בבית המשפט העליון
בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

עיריית סילוואד ואח'

באמצעות ב"כ עו"ד סוהאד בשארה ואח'
עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רח' יפו 94, ת"ד 8921, חיפה
טל': 049501610 ; פקס: suhad@adalah.org

ובאמצעות עו"ד סלימאן שאהין
ממרכז ירושלים לזכויות אדם
רח' אבן בטוטה 14 ירושלים 91200
טל': 026272982 ; פקס: 026264770

העותרים בבג"ץ 1308/17

-נ ג ד-

1. הכנסת
באמצעות היועץ המשפטי של הכנסת
הכנסת, קרית בן גוריון, ירושלים
טל': 026408638 ; פקס: 026753495

2. המפקד הצבאי באיו"ש
באמצעות פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים
טל': 026466101 ; פקס: 026467011

3. ממשלת ישראל
באמצעות ב"כ ד"ר הראל ארנון
מרחוב הרטום 16, ת"ד 45151, ירושלים 9145101
טל': 02-6509100 ; פקס: 02-6509110

המשיבים בבג"ץ 1308/17

ראש מועצת הכפר עין יברוד ואח'
באמצעות ב"כ עו"ד מיכאל ספרד ואח' וכן עוה"ד שלומי זכריה
ו/או מיכל זיו ואח'
מרח' דוד חכמי 12, תל אביב
טל': 036206947/8/9 ; פקס: 036206950

ובאמצעות ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או רוני פלי ואח'
האגודה לזכויות האזרח בישראל
מרח' נחלת בנימין 75, תל אביב
טל': 035608185 ; פקס: 035608165

העותרים בבג"ץ 2055/17

-נ ג ד-

1. הכנסת
באמצעות היועץ המשפטי של הכנסת
הכנסת, קריות בן גוריון, ירושלים
טל': 026408638 ; פקס: 026753495

2. ממשלת ישראל
באמצעות ב"כ ד"ר הראל ארנון
מרחוב הרטום 16, ת"ד 45151, ירושלים 9145101
טל': 02-6509100 ; פקס: 02-6509110

3. היועץ המשפטי לממשלה ואח'
באמצעות פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים
טל': 026466101 ; פקס: 026467011

המשיבים בבג"ץ 2055/17

תגובה מקדמית מטעם ממשלת ישראל

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 18.4.17 ולארכות שניתנו, ממשלת ישראל מתכבדת להגיש את תגובתה המקדמית לעתירות שבכותרת.

תוכן עניינים

מבוא ..... - 4 -
פרק א' - סקירה היסטורית-משפטית ..... - 7 -
א'1 - כללי ..... - 7 -
א'2 – על משטר הקרקעות החל באזור ועל הפרקטיקה של רשויות האזור ..... - 9 -
א'3 - על רכוש ממשלתי והליך ההכרזה ..... - 11 -
א'4 - צוות "קו כחול" ..... - 14 -
א'5 – מקרי בוחן של בניה הטעונה הסדרה ..... - 14 -
מקרה בוחן ראשון: מצפה כרמים ..... - 15 -
מקרה בוחן שני: עפרה ..... - 17 -
מקרה בוחן שלישי: חרשה ..... - 19 -
מקרה בוחן רביעי: משפחת אשכנזי מהיישוב נילי (כמשל) ..... - 20 -
פרק ב' - ניתוח כללי של הסדרי החוק ..... - 20 -
פרק ג' - בחינת החוק על רקע חוקי היסוד ..... - 22 -
ג'1 - מבחן הפגיעה ..... - 23 -
ג'2 - מבחן תכליות החוק והלימתן את ערכיה של מדינת ישראל ..... - 23 -
ג'3 - מבחני המידתיות ..... - 28 -
ג'3(1) - מבחן הקשר הרציונאלי ..... - 29 -
ג'3(2) - מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ..... - 29 -
ג'3(3) - מבחן המידתיות במובן הצר ..... - 31 -
פרק ד' - דחיית טיעוני העותרים ..... - 44 -
ד'1 – הערה מקדמית ביחס לטענת הבשלות ..... - 44 -
ד'2 – הטיעון נגד חוק ההסדרה מן המשפט הישראלי הפנימי ..... - 44 -
ד'2(1) – דחיית הטענה כי החוק פוגע שלא כדין בזכות הקניין ..... - 44 -
ד'2(2) – דחיית הטענה כי החוק אינו שוויוני ומפלה בין תושבי האזור הישראלים לשאינם ישראלים ובין אזרחי ישראל תושבי האזור לשאינם תושבי האזור ..... - 45 -
ד'2(3) – דחיית הטענה כי לכנסת אסור לחוקק באזור ..... - 47 -
ד'3 – הטיעון נגד חוק ההסדרה מן המשפט הבינלאומי ..... - 57 -
ד'3(1) - על סמכות הרשות השופטת לבטל חקיקה של הכנסת ..... - 58 -
ד'3(2) - דחיית ההנחה הראשונה: המשב"ל אינו יכול להוות עילה לפסילת חקיקה ראשית של הכנסת ..... - 59 -
ד'3(3) - דחיית ההנחה השניה: חוק ההסדרה אינו סותר נורמות מן המשפט הבינלאומי ..... - 65 -
ד'3(3)א - תמצית הטענות נגד החוק במישור המשפט הבינלאומי ..... - 65 -
ד'3(3)ב - דחיית הטענה כי אסור להפקיע רכוש של אוכלוסיה מוגנת לצרכים אזרחיים ..... - 66 -
א. הבהרה מושגית – "אוכלוסיה מוגנת" ו"אוכלוסיה מקומית" ..... - 66 -
ב. המגבלות על הפגיעה בקניין מכוח תקנות האג ..... - 66 -
ג. אין בסיס לטענה בדבר קיומו של איסור כזה בדין המנהגי – מנהג המדינות ..... - 68 -
ד. גם ההלכה הפסוקה של בית המשפט הנכבד מבחינה בין הפקעה אזרחית (מותרת) להחרמה ..... - 69 -
ה. הערה מושגית – הבחנה בין הפקעה לצרכים אזרחיים לבין תפיסה צבאית ..... - 70 -
ו. טובת האוכלוסיה המקומית כוללת את טובת האוכלוסיה המקומית הישראלית ..... - 71 -
ז. הפקעת מקרקעין לטובת האוכלוסיה המקומית הישראלית היא מותרת ..... - 73 -
ח. תקדים צפון קפריסין ..... - 75 -
ט. הטענה כי הפקעה במסגרת החוק היא "פשע מלחמה" היא מגוחכת ..... - 76 -
ד'3(3)ג - דחיית הטענה כי חוק ההסדרה משנה את הדין המהותי שלא כדין ..... - 78 -
סיכום ..... - 79 -

מבוא

1. החזקתה של מדינת ישראל בשטחי יהודה ושומרון (להלן: **האזור**) היא בת חמישים שנים - פרק זמן בלתי מבוטל. ספק רב אם בסיומה של מלחמת ששת הימים יכול היה מאן דהוא לחזות, כי בחלוף חמישים שנים מעמדם המדיני של מרבית שטחי האזור טרם יוכרע סופית.

2. אי-החלת החוק והמשפט הישראלי באזור, יחד עם התרחבות ההתיישבות הישראלית והתבססותה, הובילו למציאות משפטית ייחודית ומורכבת במיוחד. חייהם של מאות אלפי ישראלים שקבעו את מושבם באזור מוסדרים, בין היתר, בתחיקה צבאית. באזור חלים רבדי חקיקה מתקופות שונות: משטר הקרקעות באזור מוסדר ברובו באמצעות חקיקה עות'מאנית מן המאה התשע-עשרה, חקיקה שגם בטורקיה - מקום הולדתה - כבר תוקנה והוחלפה.

3. במהלך השנים, ובמיוחד בשני העשורים האחרונים, אזרחים ישראלים רבים תושבי האזור חיים במציאות בלתי אפשרית. כפי שיתואר לקמן, מחוות דעת של מומחים שהתמנו לכך בידי ממשלות ישראל (עו"ד טליה ששון והצוות בראשות כב' השי' א' לוי ז"ל) עולה, כי נסיבות וגורמים רבים הובילו לכך שבנייה ישראלית משמעותית באזור הוקמה תוך חוסר תשומת לב לסדרי הדין או בהעדר הקפדה עליהם. המורכבות המשפטית המובנית; ניהול חיים אזרחיים באמצעות מערכת צבאית; זכותם הטבעית של ישראלים רבים - חלקם דור שני ושלישי להתיישבות הישראלית באזור - להקים באזור את בתיהם; ורצון חלק מממשלות ישראל לבסס את ההתיישבות תוך תמרון בזירה בינלאומית מורכבת - כל אלה הובילו לפרקטיקות שונות, שלטוניות ואזרחיות כאחת, אשר תכליתן הייתה הרחבת ההתיישבות הישראלית על קרקעות מדינה. זאת, כפי שהצביעו על כך המומחים, פעמים רבות תוך חוסר הקפדה על התנהלות תכנונית תקינה.

4. מורכבות זו תרמה למציאות אשר בה מספר לא מבוטל של יישובים או שכונות נבנו, בחלקן או ברובן, ללא היתרי בנייה או תכניות מתאר בתוקף, ולעתים גם על קרקעות פרטיות של תושבים מן האזור (מרביתם אינם אזרחי ישראל). גם העובדה כי מרשם המקרקעין באזור **חסוי** וכי עסקאות מקרקעין באזור בין ישראלים לשאינם ישראלים אינן יכולות להתבצע **בתנאי שוק רגילים** - בין היתר לאור סנקציות הקבועות בחקיקת הרשות הפלסטינית - תרמו להיווצרות מציאות זו.

5. כאמור לעיל, דברים אלו אינם בגדר סוד. ביום 13.3.05 הוצגה בפני ממשלת ישראל "חוו"ד (ביניים) בנושא מאחזים בלתי מורשים" (להלן: **דו"ח ששון**, ניתן לצפיה והורדה באתר משרד ראש הממשלה בכתובת www.pmo.gov.il/SiteCollectionDocuments/PMO/Communication/Spokesman/sason2.pdf) הסוקר, בין היתר, את התנהלות רשויות השלטון הישראליות. כך נכתב בדו"ח ששון בנוגע למעורבות הרשויות בהקמת "מאחזים בלתי מורשים" באזור:

> **"ממשלות ישראל לא היו עוד מעורבות פורמאלית בהקמת המאחזים, ככל הנראה מחמת מצבה הבינלאומי של ישראל ועמדתן השלילית של רוב מדינות העולם נגד מפעל ההתנחלויות. לא כך הוא מצב לגבי רשויות ציבוריות וגופים מטעם המדינה, שנטלו חלק מרכזי בהקמתם, יחד עם אחרים, בחלקן בהשראת הדרג המדיני, מי בעצימת עין, ומי בעידוד ותמיכה, אך ללא החלטה של הדרג המדיני המוסמך מטעם המדינה"** (עמ' 19)
>
> **"במהלך השנים נבנו שכונות שלמות, בסמוך ליישובים קיימים וללא תוכנית מפורטת ואף על קרקעות שאינן אדמות מדינה"** (עמ' 219)
>
> **"כעולה מחוות דעת זו, עשו רשויות שונות של המדינה ככל יכולתן כדי לתמוך בתופעה, לממן אותה ולעודד אותה, וזאת ללא סמכות, ואף בניגוד לחוק. זהו המסר הכפול שעובר מזה שנים מהדרג המדיני ורשויות המדינה ביחס למאחזים הבלתי מורשים"** (עמ' 261)

6. על רקע זה, וככל הנראה גם בעקבות דו"ח ששון, החלו מידפקים על שערי בית המשפט הנכבד עותרים שונים, אנשים פרטיים ועמותות - על פי רוב בעלות סדר יום אידיאולוגי-פוליטי מוצהר - אשר ביקשו מבית המשפט סעדים שכוונו לסילוק יד ולהריסת הבנייה הישראלית. פעמים, כאשר מדובר היה בבנייה על קרקע מדינה, הובילו העתירות הללו להסדרת הבנייה; פעמים הובילו העתירות את בית המשפט הנכבד להורות על הריסת הבנייה, לעתים אף ישובים שלמים, על פי רוב בשל הטעם שזכויות הבעלות במקרקעין לא היו נתונות למדינה או למחזיקים בקרקע.

7. תוצאות משפטיות אלו הושתתו על מספר אדנים, ביניהם פרשנות מחמירה בכל הנוגע לתחולתן ולהיקפן של נורמות מן הדין הבינלאומי על מי שנטל את כל הסמכויות השלטוניות לפי סעיף 3 למנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (יהודה והשומרון) (מס' 2), התשכ"ז-1967 (להלן: **רשויות האזור**), כמו גם, בחלק מן המקרים, היעדר כלים בידי בית המשפט הנכבד לבחון לאשורו את מארג הזכויות במקרקעין מושא אותן עתירות.

8. אולם זוהי רק מקצת התמונה: שגרת חייהם של אזרחים ישראלים רבים המתגוררים במבנים שהוקמו בנסיבות המתוארות נפגעת פגיעה קשה גם בהיעדר הדיינות משפטית קונקרטית בדמות עתירות לבית המשפט הנכבד. העובדה כי הם מחזיקים בקרקע שהבעלות בה נתונה לכאורה לאחרים, חרף הנסיבות הייחודיות להקמת בתיהם על גביה, מונעת מן הרשויות באזור להעניק להם שירותים בסיסיים. כך, למשל, ישובים מסוימים מנועים מלפתח תשתיות, דרכי גישה וכיו"ב בשל העובדה כי פיתוחם מחייב רכישה כפויה של זכויות במקרקעין. כך, למשל, כפי שאף פורסם בכלי התקשורת בהרחבה, מצאה את עצמה משפחת הישראלי מעפרה חסרת יכולת לקבל היתר בנייה שנדרש לה על מנת שתוכל להתאים את ביתה לצרכי בנה החייל, יהודה הישראלי, שנפצע קשה במסגרת פעילות מבצעית במבצע "צוק איתן". זאת, בשל העובדה שבית משפחת הישראלי, ככל בתי שכונתו בעפרה - **שכונה שהוקמה לפני למעלה משלושים שנים** - מצוי על קרקע הרשומה כקרקע פרטית. ועפרה אינה המקרה היחיד.

9. מציאות זו הוליכה למבוי סתום. ישובים ושכונות שלמות מצויים בקיפאון מוחלט. הם שוכנים על קרקעות שאינן מוגדרות כאדמות מדינה, ללא תכניות מתאר תקפות (וממילא ללא היתרי בנייה) וללא יכולת להסדירם, לעתים אף ללא יכולת לקנות או למכור נכסים בהם. קל וחומר, שאין לאותם ישובים חמצן - אופק תכנוני - שיכול לתת מענה כלשהו לצרכי גידול טבעיים ולצרכים חברתיים בסיסים. וכך, אין תכנון, אין בנייה, אין חיים.

10. יש לזכור כי המציאות הנוכחית, והבעייתיות הכרוכה בה, לא נולדה עם כינונה של הממשלה הנוכחית. מזה עשרות שנים שבעיה אקוטית זו מעסיקה את רשויות השלטון ואף נוטלת חלקים ניכרים מזמנו של בית משפט נכבד זה. ולמרות זאת, כלל ממשלות ישראל, לדורותיהן, לא פעלו לפנות את מאות המשפחות שבתיהם אינם ניתנים להסדרה.

11. אמור מעתה, החלופה המעשית לחוק ההסדרה היא שימור המצב הקיים, שבו המציאות המשפטית והמציאות העובדתית מרחפות זו לצד זו ואינן משיקות. מציאות המטלטלת את חייהם של מאות משפחות שבנו את בתיהן גם על סמך מצגי הרשויות; מציאות שבה בעלי קרקעות אינם נהנים מזכויותיהם; ובעיקר - מציאות מקטבת, הקורעת פעם אחר פעם את החברה הישראלית, ופוגעת בצורה קשה באמון הציבור במוסדות השלטון. מצב דברים זה נמשך שנים ארוכות, עד אשר החליטו הממשלה והכנסת הנוכחית ליטול אחריות ולהסדיר את המצב לטובת כולם.

12. מציאות זו אינה בעיה פרטית של פלוני אלמוני. **מציאות זו היא בעיה לאומית**. ומציאות זו הציבה בפני כנסת ישראל וממשלתה דילמה לא פשוטה: הסדרת הבניה תוך פגיעה בזכויות הקניין של בעלי המקרקעין או הענקת הגנה משפטית מוחלטת לזכויות הקניין של בעלי המקרקעין תוך הנצחת המצב הנוכחי. הוא אשר אמרנו: מבוי סתום. **ועל רקע זה, החליטו כנסת ישראל וממשלתה לעשות מעשה**.

13. הורתו של החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017, מושא העתירות דנן (להלן: **חוק ההסדרה** או **החוק**, לפי ההקשר, מצ"ב **<u>כנספח 1</u>**) בהצעת חוק פרטית (ה"ח הכנסת תשע"ז מס' 672 עמ' 44, פ/3549/20) שאושרה בוועדת שרים לענייני חקיקה ביום 13.11.16 וזכתה לתמיכת ממשלת ישראל. מקורו ברצונן של ממשלת ישראל והכנסת להסדיר - במקומות הראויים לכך - את הבנייה האמורה. מדינת ישראל החליטה "ליישר קו", לסלק את עננת אי הוודאות ואת הקיפאון המרחפים מעל פני האזור. היא קיבלה הכרעה שעל פיה יש להסדיר את ההתיישבות ולצמצם את הפער בין המציאות העובדתית ארוכת השנים לבין המציאות הנורמטיבית. אמנם, חוק ההסדרה עושה כן גם במחיר של פגיעה בזכויות הקניין של בעלי המקרקעין. ברם, הוא עושה כן באופן מידתי, תוך שהוא מממש רציונאליים משפטיים מוכרים, עוקב אחר הסדרים קיימים בדין המקומי החל באזור ומבהיר את הטעון הבהרה. ועיקר העיקרים - הוא מבקש לאזן, באופן מידתי וראוי, בין זכויות פרטיות המתנגשות זו בזו כמו גם בין אינטרסים ציבוריים. וכך תיאר זאת היועץ המשפטי לכנסת, מר איל ינון:

> **"ראשית, מהי הסיטואציה אותה חברי הכנסת המציעים והיוזמים מבקשים להסדיר – כתוצאה מהתנהלות בעייתית ביותר, שלה היו שותפים גורמים רבים, <u>ובתוכם גם גורמים שלטוניים</u>, נוצרה במקומות מסוימים ביהודה ושומרון התנגשות חזיתית בין הדין לבין המציאות. <u>תוצאתה של התנגשות זו - מצוקה הומניטרית קשה של עשרות משפחות ישראליות שנאלצות להתמודד עם גזרה שקשה מאוד להתמודד עימה: הצורך לפנות ביתן ולהעתיק את מקום מגוריהן על כל המשתמע מכך</u>. רבים מחברי הכנסת חשים שהם לא יכולים להיוותר אדישים ואטומים למצוקה זו ומבקשים ליצור פתרון שמצד אחד ימנע את המשבר המשפחתי והקהילתי שעובר על האנשים האלה, ומצד שני יפצה פיצוי מלא וראוי, בין בכסף ובין בקרקע חלופית, את מי שנקבע כבעלים של הקרקע שעליה נבנו שלא כדין אותם יישובים ושכונות."**
>
> (עמ' 6 לפרוטוקול מס' 1 מישיבת הוועדה המשותפת לוועדת החוקה, חוק ומשפט ולוועדת החוץ והביטחון לדיון בהצעות חוק ההסדרה, יום שלישי, כ"א בחשון התשע"ז (22 בנובמבר 2016), שעה 9:00, ניתן להורדה באתר הכנסת. ההדגשות, **לאורך כל תגובה זו**, אינן במקור)

14. חוק ההסדרה **אינו** צופה פני עתיד. חוק ההסדרה **אינו** מכשיר פגיעה שרירותית באנשים פרטיים בשל הצורך לאפשר בניה ישראלית באזור. חוק ההסדרה **אינו** מעדיף אוכלוסיה ישראלית על פני אוכלוסיה שאינה ישראלית רק בשל היותה כזו. חוק ההסדרה **אינו** מהפך סדרי עולם משפטיים. ולבסוף, חוק ההסדרה גם **אינו מנוגד לדין הבינלאומי** (אפילו אם היה צורך לבחון אותו לאור הוראות הדין הבינלאומי).

15. ואת אלה מבקש חוק ההסדרה להגשים: חוק ההסדרה **פותר** בעיה לאומית חברתית ממדרגה ראשונה שטרם זכתה, עד כה, למענה מערכתי. חוק ההסדרה **מאזן**, במקרים המצדיקים זאת, בין פגיעות ודאיות וקשות בזכויות יסוד פרטיות. חוק ההסדרה **מונע הישנות תוצאות משפטיות אבסורדיות** שגזרו חורבן על ליבת חייהן של משפחות ישראליות, לעתים, בשל הגנה דווקנית על זכות קניין של תושבים מן האזור. חוק ההסדרה **מבטא את אחריות הריבון לאזרחיו**, אשר מצאו עצמם במציאות בלתי נסבלת. חוק ההסדרה מבטא את אחריותה של מדינת ישראל לנעשה באזור, על כלל תושביו, לשלטון החוק ולזכויות הקניין. חוק ההסדרה מבטא מושכל יסוד בשיטתנו המשפטית, כי המחוקק הישראלי הוא, אחרי הכל, שולחן של רשויות האזור, **הוא מקור סמכותן** לפי משטרנו הדמוקרטי, ומפיו הן חיות. חוק ההסדרה **חוזר אל הנחות היסוד של משטר הקרקעות** הנוהג באזור, אשר על פיהן קרקע פרטית היא כזו רק בהתקיימם של מספר תנאים מוגדרים. אכן, חוק ההסדרה מבטא את **ליבת סמכותה של כנסת ישראל** לתת מענה מידתי ושקול

למציאות משפטית מורכבת וקשה, שהיא תולדה של מציאות פוליטית ומדינית חסרת תקדים. כשמו, חוק ההסדרה **מבטא לקיחת אחריות ממשלתית** ורצון, סוף סוף, לעשות סדר.

16. פסילת חוק ראשי של הכנסת אינה דבר של מה בכך. כמובן, היא תיעשה **רק** על בסיס עילות ברורות ומוכרות; לא על סמך שיקולים מדיניים, לא מחמת עמדות מוסריות, ובוודאי שלא בשל מאוויי לב או משאלות פוליטיות. אך בדיוק את זאת - פסילת החוק בשל שיקולים **חוץ-משפטיים** - מבקשים העותרים. אלא שלבית המשפט הנכבד אין אלא את הדין אשר ממנו הוא בא ואליו הוא שב. **ואת חוק ההסדרה, על בסיס עילות משפטיות, ממשלת ישראל סבורה כי לא ניתן לפסול**. ממילא בית המשפט הנכבד מתבקש לדחות העתירות שבכותרת, ולהשית על העותרים תשלום הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד.

17. וכך יהא הילוכנו לקמן. **ראשית**, נסקור בקצרה את הרקע לחוק. **שנית**, נעמוד על הוראות החוק עצמן. **שלישית**, נבהיר מדוע החוק עומד במבחני החוקתיות של משטרנו. **לבסוף** נדחה, אחת לאחת, את טענות העותרים. ומכאן נצא לדרך.

<u>פרק א' - סקירה היסטורית-משפטית</u>

<u>א'1 - כללי</u>

18. בחודש אפריל 1951 סיפחה ירדן את שטחי האזור לאחר שפלשה אליהם כמה שנים קודם לכן במהלך מלחמת השחרור. על פי המשפט הבינלאומי (להלן גם: **המשב"ל**), סיפוח האזור בידי ירדן היה בלתי חוקי. זאת, בין היתר בשל העובדה, כי היא פלשה אל האזור שלא במלחמת מגן והשתלטה עליו מבלי שהייתה לה אליו כל זיקה משפטית (Meir Shamgar "*The Observance of International Law in the Administered Territories*" in **Israel Yearbook on Human Rights** 262 (1972) 264-266 (להלן: **שמגר**)). אכן, ישראל, כמו כלל מדינות העולם (למעט אנגליה ופקיסטן (ראו, שמגר, בעמ' 264)), לא הכירה בסיפוח האזור בידי ירדן. ממילא, מעמדה של ירדן באזור - על שלטונה וחוקיה - עובר לנטילת השליטה בו בידי ישראל, היה לכל היותר של בעלת שליטה אפקטיבית שלא כדין ("belligerent occupant following an unlawful invasion", שמגר, שם).

19. במהלך מלחמת ששת הימים נטלה ישראל את השליטה האפקטיבית בשטחי האזור מירדן (וזאת יתר על רצועת עזה ורמת הגולן). עמדתה המסורתית של ישראל הייתה, כי אין לדיני הכיבוש (קרי, דיני התפיסה הלוחמתית), הן של המשפט הבינלאומי המנהגי והן ההסכמי, **כמות שהם**, תחולה משפטית (*de jure*) על מציאות השליטה הישראלית באזור. זאת, בין היתר על יסוד כך שהיא נטלה את השליטה באזור במלחמת מגן; מידי ריבון לא חוקי שאחז בו שלא כדין; ושיש לה - לישראל - טענות משפטיות חזקות ומבוססות ביחס אליו:

> **"In our case, we have decided, rule of law means: (a) *de facto* observance of the humanitarian rules of the Hague Rules and of the Fourth Geneva Convention; and (b) observance of the basic principles of natural justice as derived from the system of law existing in Israel, whether or not these rules have found expression in the Fourth Convention."**
>
> (שמגר, **שם**, 266)

20. עמדת ישראל לא זכתה לתמיכה רחבה בעולם, אף שישנם משפטנים מן השורה הראשונה המצדדים בה

(ראו למשל: Y.Z. Blum, *The Missing Reversioner: Reflections on the Status of Judea and Samaria*, 3 Isr. L. Rev. 279, 283–287 (1968); Stephen M. Schwebel, *What Weight to Conquest?*, *in* 64 THE AMER. J. OF INT. LAW 344, 346 (1970); Allan Gerson, *Trustee-Occupant: The Legal Status of Israel's Presence in the West Bank*, 14 Harv. Intl. L. J. 1, 33, 39 (1973); לעצם תחולת דיני התפיסה הלוחמתית רק בשלילת שליטה של ריבון לגיטימי ראו בפרשנות המוסמכת של אמנת ג'נבה: COMMENTARY, THE GENEVA CONVENTION RELATIVE TO Protection of Civilian Persons in Time of War 275-276 (J. Pictet ed. 1958), pp. 275-276; G. VON GLAHN, THE OCCUPATION OF ENEMY TERRITORY 1, 39 (1957) כותב: "**Belligerent occupation as regulated by customary and conventional International Law presupposes a state of affairs in which the sovereign, the legitimate government of the occupied territories, is at war with the government of the occupying forces**"; L.C. GREEN, THE CONTEMPORARY LAW OF ARMED CONFLICT 248 (1996): "**For an occupation to be effective the legitimate authority must be unable to exercise its functions publicly**")

21. כאמור, מדיניות ממשלות ישראל לדורותיהן הייתה לכוף את עצמן בפועל (*de facto*) להוראות ההומניטריות של דיני התפיסה הלוחמתית, בלי להכיר בתחולתן (*de jure*). כלומר להניח – בלי לקבוע – כי על נסיבות הנוכחות הישראלית באזור חלים דיני התפיסה הלוחמתית. ביטוי לדואליות זו ניתן למצוא בעובדה כי מחד גיסא בית המשפט הנכבד לדורותיו העביר תחת שבט ביקורתו התנהלות **מנהלית** של ישראל באזור, בין היתר, על יסוד הוראות הומניטריות של דיני התפיסה הלוחמתית (במיוחד הוראות תקנות האג משנת 1907 (להלן: **תקנות האג**) הנחשבות מנהגיות ולכן נקלטות באופן ישיר לתוך המשפט הישראלי); ומאידך גיסא, ישראל לא נמנעה מלהחיל באמצעות הכנסת את החקיקה הישראלית כולה במזרח ירושלים, דבר שראוי להניח שהייתה נמנעת ממנו לו הייתה מאמצת את העמדה הפרשנית שעל פיה היא כפופה לדיני התפיסה הלוחמתית כמות שהם, האוסרים על סיפוח. למעשה, נכונותה של הרשות המבצעת – ממשלות ישראל לדורותיהן – לכוף עצמה לדיני התפיסה הלוחמתית כאמור אינה יכולה לחייב את הרשות המחוקקת, כנסת ישראל. ממילא, אפילו הייתה סתירה בהזרמת החקיקה הישראלית למזרח ירושלים או לרמת הגולן מול דיני התפיסה הלוחמתית, הרי שכנסת ישראל מעולם לא הכפיפה עצמה להוראות אלו או אחרות של המשב"ל.

22. למחרת כניסת כוחות צה"ל לאזור הוציא מפקד כוחות צה"ל באזור את מנשר מס' 2 בדבר סדרי שלטון ומשפט, אשר קבע כי "**המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ח באייר תשכ"ז (7 יוני 1967) יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר זה או לכל מנשר או צו, שיינתנו על ידי, ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור**" (סע' 2, שם). בכך, תיקף המפקד הצבאי את הדין שהחילה ירדן קודם לכן. העובדה כי מדינת ישראל, באמצעות המפקד הצבאי, החליטה על הותרת הדין הירדני (על רבדיו) על כנו אינה מובנת מאליה; ישראל לא היתה מחוייבת לכך מכוח המשפט הבינלאומי משום שירדן, כאמור, מעולם לא הייתה ריבון חוקי באזור. יובהר, כי על אף שמפקד כוחות צה"ל באזור בחר להותיר את הדין הירדני על כנו הייתה זו החלטה מדינית פנים-ישראלית **וולונטרית** על כל המשתמע מכך.

23. מן הבחינה האנליטית (וכפי שיורחב בהמשך), ראוי לציין כי מקור סמכותו של המפקד הצבאי של האזור היא היותו אורגן של מדינת ישראל וחקיקת הכנסת "**שממנה השלטון הצבאי שואב את כוחו**" (ע"פ 1/48 **סילוסטר נ' היועץ המשפטי** פסקי דין, א, 5, 29 (1948), לא הוראות המשב"ל. אכן, "**אזור המוחזק על-ידי ישראל בתפיסה צבאית ומנוהל על-ידי המפקד הצבאי. מוציא צווי הסילוק פועל מכוחו של אותו מפקד צבאי, <u>ואילו המפקד הצבאי כפוף לרשויות המדינה</u>**" (בג"ץ 9195/03 **היכליה וינשטוק נ' הממונה על הרכוש הממשלתי בחבל עזה - מר גבי סלוק** (2003)). עובדתית מקור סמכותו נובע משליטתו, כפשוטה:

> **"When a military force assumes control of an area formerly under the control of a defeated enemy, the very fact of effective control gives the military commander his authority, and in him are vested the con-comitant rights and obligations"**
>
> Meir Shamgar, "*Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government: The Initial Stage*" in **Military Government in the Territories Administered by Israel 1967-1980**, 14 (M. Shamgar ed. 1982).

24. בנוסף, סמכות זו גם מוכרת כחוקית על פי הוראות המשב"ל. סמכות זו, כמובן, אינה בלתי מוגבלת וגבולותיה משורטטים על ידי מדינת ישראל ודיניה. הנה כי כן, על בסיס העובדה שהדין הישראלי קבע זאת, זרועות הרשות המבצעת (קרי, רשויות ישראל באזור) מחויבות לדין הירדני (ולכלל הדין המהותי החל באזור). לאור נכונות הרשות המבצעת להחיל על השליטה הצבאית באזור את דיני התפיסה הלוחמתית, רשויות האזור מחויבות גם לאותן הוראות של דיני התפיסה הלוחמתית **שנקלטו** - ככל שנקלטו - לדין הישראלי על פי כללי הקליטה הנהוגים במערכת המשפט הישראלית. זאת, כמובן, לצד כפיפותן ליתר תחומי המשפט הישראלי הרלוונטיים.

25. מיניה וביה, גם ביקורת בית המשפט הנכבד את התנהלות הרשויות הישראליות באזור המבוססת על נורמות מן המשפט הבינלאומי, כפי שבית המשפט הנכבד נוהג לערוך מזה עשרות שנים, מושתתת ומתאפשרת **אך ורק** על בסיס העובדה כי המשפט הישראלי התיר את קליטת נורמות אלו אל תוך הדין הישראלי והסמיך את בית המשפט הנכבד לדון על פיהן. רוצה לומר, גם בית המשפט הנכבד, כמו כלל רשויות השלטון הישראלי, יונק את סמכותו מן הדין הישראלי, וממנו **בלבד**.

<u>א'2 – על משטר הקרקעות החל באזור ועל הפרקטיקה של רשויות האזור</u>

26. כאמור לעיל, מדינת ישראל החליטה להותיר את הדין החל באזור על כנו. כתוצאה מכך, מורכב הדין המהותי החל באזור ממספר שכבות נורמטיביות שהוכרו ונקלטו על ידי הדין הישראלי: דין עות'מאני, מנדטורי, ירדני, תחיקה צבאית, דין בינלאומי וכמובן חקיקה של הכנסת.

27. משטר הקרקעות, ברובו, מושתת על הדין העות'מאני. זה, כידוע, מבחין בין חמישה סוגי מקרקעין (מולכ, מוואת, מירי, מוקפה ומתרוכה) (סע' 1 לחוק הקרקעות העותמאני משנת 1274 להיג'ירה (1858 לספה"נ) (להלן: **חוק הקרקעות העות'מאני**); אייל זמיר, **אדמות המדינה ביהודה והשומרון - סקירה משפטית**, 28-29 (תשמ"ה) (להלן: **אדמות המדינה**), עמ' 15; יהושע ויסמן **דיני קנין - חלק כללי** §1.9 (תשנ"ג); משה דוכן, **דיני קרקעות במדינת ישראל**, פרק שני (מהדורה שניה, תשי"ג)). על פי הוראות הדין העות'מאני והירדני יכול הפרט לקנות בעלות או מעין בעלות רק במקרקעין מסוג מולכ או מירי בתנאים מסויימים (א' בן שמש **חוקי הקרקעות במדינת ישראל**, 27 (1953); זמיר, **אדמות המדינה** 5-14).

28. מן הראוי לייחד מספר מילים על קרקעות מירי משום שרובן המכריע של הקרקעות שעליהן חל החוק הן מסוג זה. קרקע מירי, בהתאם להוראות סעיף 3 לחוק הקרקעות העות'מאני, היא קרקע חקלאית ("**שדות זריעה, שדות מרעה, מרעה קיץ (יאילק), מרעה חורף (קישלאק), חורשות וכדומה**" סע' 3 שם). ברירת המחדל בנוגע לקרקעות מירי היא, כי אלו קרקעות מדינה (**אדמות המדינה**, עמ' 16; דוכן, **שם**, בעמ' 46-50, 330-334). "**הקרקעות השייכות למדינה הן ממינים שונים. מן האמור למעלה בענין הגדרות הקרקעות לסוגיהן השונים נראה, שבשורה הראשונה עומדות קרקעות מירי**" (דוכן, **שם**, 330), אלא אם כן יכול פלוני אלמוני להצביע על זכות קונקרטית שרכש באותה קרקע.

29. באופן אנליטי, הבעלות בקרקע מירי ("רקבה") היא לעולם בידי השלטון. ברם, השלטון יכול להעניק לפרט את זכות השימוש וההחזקה (תצרוף) בקרקע. נכונותו של השלטון העות'מאני להעניק לפרט זכות בקרקע מירי נבעה מרצונו לגבות מסים בגין היבול החקלאי, לאוצר השלטון העות'מאני. "**ההכנסה העיקרית של השלטון העות'מאני ממיסוי נבעה ממס המעשר... שנגבה מן ההכנסות שנבעו מתנובת הקרקע**" (ח' זנדברג **הסדר זכויות במקרקעין בארץ-ישראל ובמדינת ישראל** 112 (התשס"א) (להלן: **הסדר זכויות**)). ממילא, דרך המלך לרכישת זכויות בקרקע מירי הייתה הרשאה ישירה מן השלטון.

30. ערוץ נוסף לרכישת זכויות בקרקע מירי קבועה בסעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני, היוצר התיישנות רוכשת. כך, עשויים החזקה ועיבוד במשך עשר שנים לאפשר רכישת זכויות. זאת, בתנאי שהקרקע לא נזנחה (בדין ה"מחלול") לתקופה של שלוש שנים כקבוע בסעיף 68 לחוק הקרקעות העות'מאני (ראו אצל דוכן, **שם**, בעמ' 330; זמיר, **אדמות המדינה**, עמ' 19). "**גופה של קרקע זו אינו יוצא מרשות המלכות אלא על פי הוראת בית-דין, והשולטנים היו מוסרים קרקעות אלו רק לשימוש ואכילת פירות ... אם בעל הקרקע מירי לא השתמש בה ולא עבד אותה במשך זמן הקבוע בחוק (שלוש שנים), נעשית הקרקע רטושה - מחלול. ובמקרה זה הקרקע חוזרת לאוצר הממשלה**" (ראו אצל דוכן, **שם**, בעמ' 46). "**עולה מן המקובץ, שקרקע שאינה רשומה בטאבו, ולא עובדה מעולם או שאינה ראויה לעיבוד, או שעובדה רק בעבר הרחוק, היא קרקע מדינה**" (איל זמיר ואיל בנבנשתי '**אדמות היהודים' ביהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים**, 22-23 (1993)) (להלן: **אדמות היהודים**); ראו גם פליאה אלבק ורן פליישר **דיני מקרקעין בישראל**, 66-65 (2005); זנדברג, **הסדר זכויות**, 112).

31. חשוב לציין, כי בהיעדר שטר, המכשולים הראייתיים העומדים בפני המבקש להוכיח את זכותו בקרקע מירי בדרך של התיישנות רוכשת - קרי החזקה ועיבוד - אינם פשוטים. כך, למשל, נקבע בפסיקה כי לא כל עיבוד נחשב "עיבוד" לצורך סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני. זריעת ירקות עונתיים, חפירת באר, חציבה, מרעה, כריתת עצים ושימוש במקרקעין כגורן, אינם נחשבים עיבוד (פליאה אלבק ורן פליישר **דיני מקרקעין בישראל**, 56, ה"ש 37 (2005); ע"א 145/54, **אבו זערוט נ' אגף מקרקעי המדינה**, פ"ד ט 1756; ע"א 472/59 **אל גדיר נ' מ"י**, פ"ד טו 648; ע"א 423/61 **אל עומר נ' מ"י**, פ"ד טו 2552; ע"א 148/62 **מ"י נ' סאלח**, פ"ד טז 1446; ע"א 151/62 **מ"י נ' טראבלס**, פ"ד טז 1451). כלומר על הטוען לרכישת זכויות במקרקעין על בסיס התיישנות מכוח סעיף 78 להוכיח, כי עיבד את המקרקעין באופן כזה הנחשב עיבוד לצרכי הסעיף.

32. כך, למשל, על הטוען לרכישת זכויות במקרקעין על בסיס התיישנות להוכיח כי עיבד יותר מ-50% מן החלקה (אלבק ופליישר, **שם**, 210-211; ע"א 423/61 **אל-עומר נ' מ"י**, פ"ד טו 2552, 2553-2554; ע"א 148/62 **מ"י נ' צאלח**, פ"ד טז 1446; ע"א 151/62 **מ"י נ' טראבלס**, פ"ד טז 1451; C.A. 65/40 **Habibi v. G.O.P.** (1940) 7 P.L.R. 288).

33. כך, למשל, על הבא לטעון לרכישת זכויות במקרקעין על בסיס התיישנות להוכיח **שהוא עצמו** עיבד את המקרקעין בתקופה העולה על 10 שנים, ואין מדובר בצירוף תקופות של עיבוד על ידי אנשים שונים שכל אחד עיבד את החלקה בזמן אחר (ע"א 197/84, **יג'ורי נ' רשות הפיתוח**, פ"ד לט (2) 85, 92; דוכן, **שם**, בעמ' 303). ובכל מקרה, בהיעדר טענות **מוכחות** המקרקעין נותרים מה שהם: רכוש ממשלתי.

34. יצוין, כי בית המשפט הנכבד קבע, כי בהתאם לדין המהותי, "**כאשר מתגלעת מחלוקת בשאלה, אם מקרקעים פלוניים הם רכוש הציבור או רכוש הפרט, מקובל הכלל, כי יש לראות את הרכוש כציבורי, עד אשר שאלת הבעלות מוכרעת באופן סופי**" (בג"ץ 285/81 **אל נאזר נ' מפקד יהודה ושומרון**, פ"ד לו(1) 701, 705 (1982)). במאמר מוסגר יש לציין, כי גם על פי כללי המשפטי הבינלאומי, שעה שקיים ספק לגבי מעמדה של קרקע - קרקע מדינה או קרקע פרטית - הרי שיש לראות בה כקרקע מדינה: "**כאשר קיים ספק אם נכס כלשהו הוא רכוש ממשלתי, או רכוש פרטי, הפרקטיקה הבינלאומית היא לראות בנכס רכוש ממשלתי, עד אשר תוכרע שאלת הבעלות באופן סופי. כאשר בנכס כלשהו ישנן זכויות לפרט ולמדינה כאחד, הפרקטיקה היא לנהל את הנכס כרכוש ממשלתי, אם כי רצוי שינתן פיצוי נאות**" (זמיר, **אדמות המדינה**, עמ' 12). "**לפי דיני הקרקעות באזור, לפי סעיף 2ג לצו בדבר רכוש ממשלתי ולפי כללי המשפט הבינלאומי, נטל ההוכחה במקרה של ספק ביחס לזכויות בקרקע הוא על העוררים. כלומר אם אין הכרעה ברורה למי הזכויות הקרקע היא רכוש ממשלתי**" (**שם**, בעמ' 34. ראו גם זמיר ובנבנישתי, **אדמות היהודים**, עמ' 122).

35. האמור לעיל ביחס לקרקע מירי נכון בעיקרו לקרקע מירי שאינה מוסדרת. שעה שקרקע מירי כבר נרשמה על שם פלוני הרי שזכות הבעלות עברה אליו והיא אינה כפופה עוד להחזקה או עיבוד מתמשכים. בכך הביאה פקודת הקרקעות (סידור זכות הקניין), 1928, המנדטורית והליכי ההסדר הירדני המאוחרים לה, לשיפור מעמדה של זכות ההחזקה והעיבוד, משום שהיא העניקה את האפשרות - בהתקיים התנאים הקבועים בדין - להירשם בהליך הסדר כבעלים של הקרקע. רוצה לומר: מקום שננקטו הליכי הסדר מקרקעין לפי פקודת ההסדר, יכול היה מי שהיה קודם לכן בעל זכות החזקה ושימוש בלבד, להפוך לבעלים ממש (ראו סעיפים 51-52 לפקודת ההסדר; זנדברג, **שם**, בעמ' 242-243; חיים זנדברג "בזכות ההתחשבות בחוכרי קרקע חקלאית" **המשפט ז** 45, 51 (התשס"ב)).

36. בראשית ימי ההתיישבות הישראלית באזור הוקמו ישובים ישראלים גם על גבי קרקעות פרטיות שנתפסו בתפיסה צבאית. תפיסה צבאית זו נעשתה שלא לפי דיני המקרקעין המהותיים החלים באזור, כי אם מכוח הסמכות השלטונית הקנויה לישראל לנקוט פעולות לצרכי ביטחון, שאף עולה בקנה אחד הדין הבינלאומי המינהגי כפי שבא לידי ביטוי בתקנה 52 לתקנות האג. זאת, משום שהם הוקמו כחלק מתפיסת הביטחון באזור שאושרה בידי בית המשפט הנכבד בעניין בית-אל (בג"ץ 606/78 **אויב נ' שר הביטחון**, פ"ד לג(2) 113, 121 (1979)) (להלן: עניין **בית אל**). לאחר שבעניין אלון מורה (בג"ץ 390/79 **דוויקאת נ' ממשלת ישראל** פ"ד לד(1) 1 (1979)) בית המשפט הנכבד לא השתכנע במרכזיות הצורך הביטחוני **באותן נסיבות** וביטל את צו התפיסה הצבאית באותו מקרה, קיבלה ממשלת ישראל החלטת ממשלה (החלטה מס' 145 מיום 11.11.1979) אשר על פיה ישובים חדשים באזור יוקמו על אדמות מדינה, קרי על אדמות שהן רכוש ממשלתי.

<u>א'3 - על רכוש ממשלתי והליך ההכרזה</u>

37. סעיף 1 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) מס' 59, תשכ"ז-1967 (להלן: **הצו**) מגדיר "**רכוש ממשלתי**" כך:

"'רכוש ממשלתי' -

1. רכוש אשר ביום הקובע או לאחריו שייך, רשום על שם, או מוקנה לאחד מאלה:

א. למדינת אויב;

ב. לתאגיד אשר למדינת אויב זכות כלשהי בו, בין במישרין ובין בעקיפין, בין שיש עמה שליטה ובין שאין עמה שליטה; או רכוש שאחד מהם היה שותף בו.

2. מקרקעין שנרכשו לצורכי ציבור על פי כל דין או תחיקת בטחון, על ידי רשות מרשויות צה"ל ועבור רשות מרשויות צה"ל שאינה רשות מקומית או ועדה מקומית לתכנון ולבנייה.

3. רכוש שבעליו ביקש מאת הממונה לנהל אותו והממונה קיבל עליו את ניהולו."

38. ובהמשך, סעיף 2 לצו שכותרתו "**נטילת החזקה**" קובע, כי "**הממונה רשאי ליטול את החזקה ברכוש ממשלתי ולנקוט כל צעד הנראה לו דרוש לכך**". סעיף 2ג לצו קובע: "**אישר הממונה בתעודה בכתב חתומה בידו כי רכוש כלשהו הוא רכוש ממשלתי, ייחשב אותו רכוש לרכוש ממשלתי כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר**". סעיף 3 לצו מונה את סמכויות הניהול של הממונה ביחס למקרקעין בהן נטל את ההחזקה. ראוי לציין, כי הגדרת "רכוש ממשלתי" בצו כוללת גם מקרקעין שהפכו כאלה לאחר יום 7.6.67. כלומר הגדרת "רכוש ממשלתי" אינה רק משקפת ומקפיאה את המצב ביום 7.6.67 אלא כוללת גם רכוש שהיה נחשב רכוש ממשלתי בכל מועד מאוחר יותר (זמיר, **אדמות המדינה**, 28-29).

39. מאחר שהקרקעות באזור ברובן אינן מוסדרות (וממילא אינן רשומות), התעורר הצורך לאתר ולזהות את תחומי קרקעות המדינה, במיוחד לאור החלטת ממשלה 145 האמורה לעיל (ראו, בין היתר, דו"ח ששון, עמ' 82). ולכן, על יסוד סעיף 2 לצו, הנהיג הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באזור (להלן: **הממונה**) את הפרקטיקה המוכרת של "הכרזה" קודם שיטול החזקה בקרקע מדינה שאינה רשומה. אותה הכרזה מסתיימת בנטילת החזקה שגבולותיה מסומנים ב"קו כחול". ברם, ההכרזה על המקרקעין אינה מתיימרת - ואינה יכולה - **לשנות** את מעמדם הקנייני של מקרקעין. רוצה לומר, קרקע פרטית לא תהפוך לרכוש ממשלתי רק **בשל הכרזה**. ובאותו אופן, **קרקע שהיא רכוש ממשלתי לא תחדל להיות כזו רק בשל כך שהיא לא הוכרזה** בידי הממונה. זאת, משום שקרקע הופכת להיות רכוש ממשלתי רק בהתקיים אחד מן התנאים הקבועים בסעיף 1 לצו ו"הכרזה" איננה אחד מהם:

> **"הן לפי ההגדרה המקורית, הן לפי ההגדרה החדשה, אין צורך בשום פעולה משפטית - חקיקתית או מנהלית, פומבית או אחרת - כדי שרכוש הנופל בגדר אחת החלופות של הגדרת "רכוש ממשלתי" ייחשב ככזה. תחולת הצו היא כללית ואוטומטית, ללא צורך בצווי הקניה או הפעולות קונסטיטוטיביות (או דקלרטיביות) אחרות".**
>
> (זמיר בנבנשתי, **אדמות היהודים**, 146)

ובמקום אחר:

> **"ראוי להדגיש שביצוע אקט כלשהו של הקניית הנכס לממונה או העברת החזקה בו לידי הממונה, אינו תנאי להפיכת רכוש כלשהו לרכוש ממשלתי".**
>
> (זמיר, **אדמות המדינה**, 29)

40. הנה כי כן, ההכרזה על קרקע כאדמת מדינה באמצעות הוצאת תעודה בכתב (כקבוע בסעיף 2ג לצו) היא אמנם בעלת ערך **ראייתי** לעניין ניהולה על ידי הממונה אבל "**היא איננה משנה את המצב המשפטי הקניני המהותי, אלא רק מצהירה עליו**" (ערר (איו"ש) 37/08 **אטרש נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והרכוש הנטוש ביהודה ושומרון**, פס' 267 (13.9.2012)).

41. בית המשפט הנכבד עמד על כך במספר פרשיות:

"כאמור לעיל, רשאי הממונה ליטול חזקה ברכוש ממשלתי, ולפי סעיף 3 לצו הוטלה עליו החובה לנהל את הרכוש הממשלתי, בו נטל את החזקה. סעיף 2ג לצו הנ"ל, הנושא את כותרת השוליים "ראיות", קובע, כי אם אישר הממונה בתעודה בכתב חתומה בידיו, כי רכוש כלשהו הוא רכוש ממשלתי, יחשב אותו רכוש לרכוש ממשלתי, כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר.

אין בצו הנ"ל כדי לשנות את הדין המהותי, הקובע, אימתי רכוש הוא רכוש ממשלתי ואימתי הוא רכוש הפרט, ונושא זה מוכרע, כמובן, על-פי העקרונות, שנקבעו בסעיף 2 למנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (איזור יהודה ושומרון) (מס' 2), תשכ"ז-1967 ['המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ח באייר תשכ"ז (7 יוני 1967) יעמוד בתוקפו ... ']"

(בג"ץ 285/81 **אל נאזר נ' מפקד יהודה ושומרון**, פ"ד לו(1) 701, 705 (1982)).

וכן:

"ראשית, יש לשוב ולהדגיש כי <u>הכרזה על שטח כעל רכוש ממשלתי, היא עצמה אינה קובעת או יוצרת זכויות-בעלות בשטח; אלה האחרונות נקבעות לפי הדין המהותי</u> (בג"ץ 3998/06 **יאסין נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית** פסקה 4 (2006)).

ובעניין אחר:

"<u>הכרזה על בסיס סעיף 2ג לצו אינה משנה את הדין המהותי הקובע אימתי רכוש הוא רכוש ממשלתי ואימתי הוא רכוש הפרט</u>. כל נפקותה של ההכרזה היא ביצירת <u>חזקה ראייתית הניתנת לסתירה על פי הדין המהותי</u>, בדבר היות הרכוש רכוש ממשלתי. שאלת הבעלות בקרקע מוכרעת <u>על פי הדין המקומי</u> שהיה בתוקף ביום כינון המשטר הצבאי"
(בג"ץ 2676/09 **אבו קמל נ' הממונה על הרכוש הממשלתי הנטוש באזור יהודה ושומרון** פסקה 8 (2014)).

42. וכך קבע בית המשפט הנכבד באחת הפרשיות שעה שמדובר היה בקרקע <u>מירי</u>:

"אכן, אחת הדרכים בהן ניתן להוכיח כי קרקע מסוימת הינה רכוש ממשלתי היא על-ידי הצגת הכרזה של הממונה בעניין זה, על פי סעיף 2ג לצו בדבר רכוש ממשלתי. הכרזה כזו, כפי שכבר צוין (ועמד על כך גם בית המשפט המחוזי), אינה קונסטיטוטיבית ואינה ראיה חלוטה להיותו של הרכוש רכוש ממשלתי. <u>בה במידה העדר הכרזה אינו מהווה ראיה חלוטה לכך שהרכוש איננו רכוש ממשלתי</u>.

...

במאמר מוסגר אציין כי אין לשלול את האפשרות שהעדר הכרזה על רכוש כלשהו כרכוש ממשלתי יכול ויהא בה, בנסיבות מתאימות, כדי ליצור חזקה ראייתית הפוכה לזו הקבועה בסעיף 2ג לצו בדבר רכוש ממשלתי, דהיינו: יהא בה כדי להקים חזקה, הניתנת לסתירה, כי אין מדובר ברכוש ממשלתי, למשל מקום שבו הרכוש שבמחלוקת אינו אלא מובלעות בלתי מוכרזות מתוך מתחם שלם שהממונה נתן עליו את דעתו והכריז עליו כרכוש ממשלתי. <u>אך חזקה הפוכה כזו, אשר ייתכן ותהא לה משמעות לא מבוטלת בסוגים שונים של רכוש שנוי במחלוקת, אין לה דומני משמעות רבה מקום שבו מדובר, כמו במקרה דנן, במקרקעי מירי. ככל שמדובר במקרקעי מירי, הרי גם אם אכן קמה חזקה ראייתית הפוכה כאמור לטובת המשיבים ... אין בחזקה זו כדי להועיל להם משום שהיא נהדפת אל מול הוראות הדין המהותי שבסעיפים 3 ו-78 לחוק הקרקעות העותומאני, הקובעות כי קרקע מירי שייכת למדינה וכי מקום שמבקש בעל דין לטעון כי ניתנו בה זכויות כלשהן לאדם פרטי, עליו להוכיח כי התקיימו התנאים הקבועים לצורך כך באותם הסעיפים</u>".

(ע"א 4999/06 **הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי באזור יהודה ושומרון נ' מחצבות כפר גלעדי-שותפות מוגבלת**, פסקה 16 (2009)).

43. במסגרת הליך ההכרזה נוקטות רשויות האזור מדיניות **מחמירה** במובן המותיר גם קרקעות שהן קרקעות מדינה על פי הדין המהותי החל באזור, מחוץ לתחומי ההכרזה. כך, למשל, מחריגות רשויות האזור קרקעות אשר היו מעובדות ביום מן הימים והוברו לתקופה העולה על שלוש שנים ("מחלול"). פעמים רבות החמירו הרשויות והכריזו על קרקע כקרקע מדינה רק אם היא לא הייתה מעובדת במשך תקופה של עשר

שנים, וזאת חרף העובדה כי על פי הדין המהותי משעה שעיבודן הופסק לתקופה של שלוש שנים אין לפלוני הזכות לרכוש בהן בעלות. וזאת, אפילו שעה שאין להן דורש קונקרטי וממילא גם אין פלוני היכול להצביע על שטר קושאן שיש לו ביחס אליהן, שהוא - על פי הוראות סעיף 68 לחוק הקרקעות העות'מאני - תנאי סף העומד בפני המבקש להתגבר על טענת המחלול (אלבק ופליישר, בעמ' 66; זמיר, **אדמות המדינה**, בעמ' 23-24). ממילא, על פי מדיניות הממונה, קרקעות שהן רכוש ממשלתי על פי הדין המהותי לא הוכרזו ככאלה והיחס אליהן, במובנים הנוגעים לענייננו, הוא כאילו הם רכוש פרטי (זמיר, **אדמות המדינה**, עמ' 34).

44. מן הראוי להקדים את המאוחר ולציין, כי חלק גדול מן המבנים שעליהם חל החוק מצוי על גבי מקרקעין מעין אלה. כלומר על גבי מקרקעין שלא הוכרזו כאדמות מדינה על אף שעל פי הדין המהותי הריהם רכוש ממשלתי. דא עקא, בפועל רשויות האזור נוהגות ביחס לקרקע שלא הוכרזה כאילו היא רכוש פרטי (כמתואר לעיל ולהלן).

<u>א'4 - צוות "קו כחול"</u>

45. בשנים האחרונות, ובמיוחד החל משנת 2005, החל המנהל האזרחי באזור לבחון שוב תחומי הכרזות ישנות. רשויות האזור מבקשות להתחקות, לדייק ולטייב את גבולות ההכרזה ("הקו הכחול") של הכרזות ישנות (בקרקעות לא מוסדרות כמובן). וכך, פועל צוות "קו כחול" באמצעות אמצעי עזר מודרניים ומדויקים יותר, כדי לשרטט מחדש את גבולות ההכרזות הישנות.

46. לעתים מסיק צוות "קו כחול", כי קרקעות שלא הוכרזו כאדמות מדינה הן בעצם כאלה. לעתים מסיק הצוות, כי קרקעות שהוכרזו כקרקעות מדינה לא היו צריכות להיות מוכרזות ככאלה או שנפל פגם בהליך ההכרזה וכתוצאה מכך הוא מחריגן מגבולות הקו הכחול. מכיוון שהכרזה לעולם מתייחסת לקרקע שאינה מוסדרת (קרקע מוסדרת אינה טעונה בירור ראייתי באשר לבעליה), הרי שעל פי רוב גריעות צוות "קו כחול" מתחומי הכרזות ישנות נעשו משום שהצוות זיהה עיבודים בקרקע במובן שיכול ליצור, **באופן פוטנציאלי**, טענות לזכויות מצד מי שעיבד אותן בשעתו. וכך, רק משנת 2011 הוחרגו כ-600 מבנים מתחומי אדמות מדינה מוכרזות, וכאלף בסך הכול. הנה כי כן, מספר גדול של מבנים בתחומי ישובים באזור הפכו בעקבות עבודת צוות קו כחול למבנים שמעמדם המשפטי אינו ברור, בשל הקביעה המעדכנת כי הם יושבים על קרקע שהוחרגה מתחומי ההכרזה של אדמות מדינה. יש לציין, כי עבודת צוות "קו כחול" טרם הסתיימה, והצוות ממשיך ובוחן את גבולות ההכרזות. לכן, יש יסוד להניח, כי המספרים האמורים רק יגדלו.

<u>א'5 – מקרי בוחן של בניה הטעונה הסדרה</u>

47. כאמור לעיל, באזור מצויים אלפי מבנים שלא ניתנים להסדרה בשל העובדה שהם הוקמו, לכאורה, על אדמות פרטיות (העתק מצגת מן המנהל האזרחי מצ"ב **<u>כנספח 2</u>**). חלק לא מבוטל מהם הוקם בסיוע ובתמיכה בהיקפים שונים של רשויות שלטוניות. העובדה שמדובר בקרקעות פרטיות מונעת מרשויות האזור להסדיר את מעמדם, משום שלמעט זכות ההחזקה אין למחזיקים בהם זיקה קניינית במידה המספיקה לשם הסדרתם התכנונית. וכך, נמצאים בתי אב במבוי סתום: הם השקיעו את מיטב כספם ואונם בבניית בתים ושכונות, התבססו בהם והקימו דור שני ושלישי באותם ישובים, אך עתידם לוט בערפל במקרה הטוב או טומן בחובו הריסה במקרה הרע. חוק ההסדרה מבקש לפתור מציאות זו באופן שיפורט בהמשך. עוד קודם לכן, כדי להדגים את חומרת הבעיה שאיתה ביקשו הממשלה והכנסת להתמודד, מן הראוי להציג בפני בית המשפט הנכבד ארבעה מקרי בוחן – בעלי נסיבות ומאפיינים שונים – אשר יש בכוחו

של חוק ההסדרה להסדיר: הקמת מצפה כרמים, הרחבת הישוב עפרה, הקמת חרשה וסיפורה של משפחת אשכנזי מהיישוב נילי.

מקרה בוחן ראשון: מצפה כרמים

48. גורלה של מצפה כרמים תלוי ועומד בפני בית המשפט הנכבד (בג"ץ 953/11). העותרים שם טוענים, כי השכונה הוקמה על קרקע פרטית מוסדרת מחוץ לגבולות צו התפיסה הצבאי משנת 1980. על יסוד כך הם דורשים לבטל את תכנית המתאר החלה במקום ולהרוס את כלל המבנים. הנה כי כן, עתידה של השכונה, המונה עשרות משפחות, מוטל על הכף. בלי להודות, במפורש או במשתמע, באמור להלן, כך מתאר רא"ל (מיל') משה יעלון את נסיבות הקמת מצפה כרמים:

"2. בשנים 1998-2000 שירתי כאלוף פיקוד המרכז. במסגרת תפקידי עסקתי גם, מטבע הדברים, בענייני ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון, ובכלל זה בעניין המאחזים.

3. בין היתר, הייתי מעורב בבחירת מיקומה הנוכחי של שכונת מצפה כרמים (להלן גם - השכונה). אפרט להלן את מעורבותי במהלך.

4. עניינה של מצפה כרמים נדון, יחד עם עניינם של מאחזים לא מוסדרים אחרים, בדרגים המדיניים והצבאיים הגבוהים ביותר. ביום 10.10.99 התקבלה החלטה מס' הת/2 של ועדת השרים לענייני התיישבות ביהודה, שומרון וחבל עזה (יש"ע), אשר צורפה לפרוטוקול החלטות הממשלה וקיבלה תוקף של החלטת ממשלה ביום 28.10.99 (החלטה מס' 471 (הת/2)). החלטה זו הסמיכה את ראש הממשלה ושר הביטחון לפעול על פי סמכותו ושיקול דעתו בעניין נקודות התיישבות או מאחזים מבודדים, בהתחשב, בין היתר, בהיבטים הביטחוניים והמשפטיים הרלוונטיים (להלן - החלטת הממשלה).

5. בהמשך להחלטת הממשלה גובש "הסכם המאחזים" בין ראש הממשלה ושר הביטחון באותה עת, מר אהוד ברק, לבין ראשי מועצת יש"ע, ובו הוסכם על פינוי ו"הקפאת" מאחזים, ועל העתקה של אחרים. כאלוף הפיקוד הייתי מעורב במגעים לאותו הסכם ובמימושו. באשר למצפה כרמים - סוכם על פינויה ממקומה ועל העתקתה. תכלית ההעתקה היתה, כמובן, הסדרתה של השכונה.

6. בהתאם להחלטות אלה, הונחו אנשי המנהל האזרחי לתור אחר מיקום חלופי לשכונה. אנשי המנהל הציעו את מיקומה הנוכחי של השכונה בתוך תחומי הישוב כוכב השחר. מיקום זה אושר בידי כלל הגורמים הרלוונטים לרבות היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון, עו"ד שלמה פוליטיס (אל"מ בדימוס). זכור לי שראיתי גם חוות דעת כתובה של עו"ד פוליטיס בנושא.

7. המלצת המנהל האזרחי עברה, כבדרך כלל, לאישורי. משהמיקום המוצע אושר בידי היועץ המשפטי, עו"ד פוליטיס, אישרתי את העתקת מצפה כרמים למיקומה הנוכחי. אלמלא הייתי סבור כי המיקום הינו בתחומי שטח התפיסה צבאית לא הייתי מאשר את העתקת השכונה לשם.

8. אמנם המיקום המיועד לא היה בתחומי מפת צו התפיסה החל בכוכב השחר, אך לאור חוות דעתו של אל"מ פוליטיס בדבר היות השטח תפוס, ולאור התכניות החלות על המקרקעין מכוח צו 997 - צו בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה והשומרון) (מס' 997) התשמ"ב-1982, לא היה לי ספק שמדובר בקרקע תפוסה. זו הסיבה שאישרתי את העתקת שכונת מצפה כרמים למתחם זה, לשם הסדרתה."

(העתק תצהירו של רא"ל יעלון (ללא נספחיו) שהוגש בת"א 9754-11-13, מצ"ב **נספח 3**)

49. וכך מתאר אל"מ (דימ') שלמה פוליטיס, מי שהיה היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון:

"2. בשנים 1994-2004 שימשתי כיועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון. במסגרת תפקידי עסקתי רבות, מטבע הדברים, בענייני ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון, ובכלל זה בעניין המאחזים.

3. מתוקף תפקידי הייתי מעורב בהיבטים המשפטיים בבחירת מיקומה הנוכחי של שכונת מצפה כרמים (להלן גם - השכונה) ובאישורו. אפרט להלן את מעורבותי במהלך.

4. עניינה של מצפה כרמים נדון, יחד עם עניינם של מאחזים לא מוסדרים אחרים, בדרגים המדיניים והצבאיים הגבוהים ביותר. כך למשל, זכורה לי היטב פגישה לילית שהתקיימה במהלך חודש ספטמבר או בראשית חודש אוקטובר 99', בשעת לילה מאוחרת ביום חמישי, בלשכתו של ראש הממשלה ושר הביטחון דאז, מר אהוד ברק. הפגישה, שבה השתתפתי, עסקה בשאלת אופן הטיפול בסוגיית המאחזים ביהודה ושומרון. בעקבות פגישה זו התבקשתי בידי מר אהוד ברק להכין נוסח החלטה שיונח בפני ועדת השרים לענייני התיישבות, אשר יתייחס לנושא המשך הטיפול בנקודות התיישבות או מאחזים מבודדים.

5. נוסח החלטה כמבוקש הוכן עם משרד המשפטים, וביום 10.10.99 התקבלה החלטה מס' הת/2 של ועדת השרים לענייני התיישבות ביהודה, שומרון וחבל עזה (יש"ע), אשר צורפה לפרוטוקול החלטות הממשלה וקיבלה תוקף של החלטת ממשלה ביום 28.10.99 (החלטה מס' 471 (הת/2)). החלטה זו הסמיכה את ראש הממשלה ושר הביטחון לפעול על פי סמכותו ושיקול דעתו בעניין נקודות התיישבות או מאחזים מבודדים, בהתחשב, בין היתר, בהיבטים הביטחוניים והמשפטיים הרלוונטיים (להלן - החלטת הממשלה).

6. בהמשך להחלטת הממשלה גובש "הסכם המאחזים" בין ראש הממשלה ושר הביטחון באותה עת, מר אהוד ברק, לבין ראשי מועצת יש"ע, ובו הוסכם על פינוי ו"הקפאת" מאחזים, ועל העתקה של אחרים. באשר למצפה כרמים סוכם על פינויה ממקומה ועל העתקתה. תכלית ההעתקה היתה, כמובן, הסדרתה של השכונה.

...

8. בהתאם להחלטות אלה, הונחו אנשי המנהל האזרחי לתור אחר מיקום חלופי לשכונה. לאחר בחינה, גורמי המקצוע במנהל - ובהם אנשי תחום תשתית בהתייעצות עם קציני המטה במנהל - הציעו את מיקומה הנוכחי של השכונה.

9. זה המקום להבהיר: כל העתקה או טיפול בנקודת יישוב ביהודה ושומרון חייב את אישורי, כיועץ המשפטי לאזור. נוהל העבודה היה כזה שבו אנשי המקצוע, ובפרט אנשי תחום תשתית, העלו בפניי את הצעתם והציגו את שיקוליהם, ואני נדרשתי לאשר או לשלול את ההצעה. על פי נוהל העבודה במנהל, לפחות בשנות כהונתי בתפקיד, לא טופלה ביהודה ושומרון נקודת יישוב - על דעת המנהל האזרחי - ללא אישור היועץ המשפטי.

10. הליך העתקת מצפה כרמים בוצע לפי הנוהל הרגיל: לאחר שהוצגה בפניי הצעת גורמי המקצוע - ובראשם ראש תחום תשתית במנהל - שלפיה תועתק מצפה כרמים לקרקע תפוסה בתחום התכנית המאושרת של היישוב כוכב השחר (מערכת הנחיות 223 ו-223/1), אישרתי את העתקת מצפה כרמים למיקום המוצע. אלמלא אישרתי, ההעתקה לא היתה יוצאת אל הפועל. אציין, כי בוודאי ערכתי גם חוות דעת כתובה בנושא, לפי נוהל העבודה הרגיל, אך זו אינה בידי.

11. יש להדגיש: מיקומה המוצע של מצפה כרמים היה בתחום תכנית שאושרה מכוח צו 997 - "צו בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה והשומרון) (מס' 997), התשמ"ב-1982" (ההדגשה הוספה). עובדה זו היוותה ראיה חותכת להיות הקרקע תפוסה בתפיסה צבאית, שכן מהבחינה המשפטית הליכי התכנון על פי צו זה חלים אך ורק על קרקע שנתפסה בידי מפקד כוחות צה"ל באזור לצרכים צבאיים.

12. אם כן, לאחר שהממונה לפי צו מס' 997 (ולא ועדות התכנון הרגילות), מר שלמה מושקוביץ, אישר תכנית על הקרקע, ההנחה היא - כעניין מובן מאליו - שמדובר בקרקע תפוסה.

13. ואכן, עמדת המנהל האזרחי - לפחות עד לשנת 2003 - הייתה, כי מיקומה החדש של מצפה כרמים הוא בשטח תפוס בתפיסה צבאית. כך, למשל, במסגרת דו"ח משפטי שהכנתי בשנת 2003, שהתייחס לשורה של נקודות יישוב ישראליות/מאחזים באזור, ציינתי לגבי מצפה כרמים כי היא מצויה בתוך קרקע התפוסה ב"תפיסה לצרכים צבאיים", כאשר "מטרת הצו: הקמת ישוב כוכב השחר".

14. על רקע זה, משדובר בקרקע המצויה בתחום תכנית סטטוטורית וממילא תפוסה בתפיסה צבאית, אישרתי את מיקום השכונה הנוכחי.

15. כפי שהוצג בפני, עמדת המנהל האזרחי כיום היא כי השכונה מצויה על קרקע שאינה תפוסה בתפיסה צבאית. אינני מכיר את מכלול השיקולים לכך. אך בכל אופן, זו

לא הייתה עמדת המנהל האזרחי בעת הקמת השכונה. כמפורט לעיל, מיקום השכונה נבחר בידי המנהל האזרחי ואושר בידי על יסוד התכנית המאושרת ובהיות הקרקע תפוסה בתפיסה צבאית. כאמור, עמדתנו בדבר תפיסת הקרקע עמדה בתוקפה לפחות עד לשנת 2003.״

(העתק תצהירו של אל״מ פוליטיס ללא נספחיו שהוגש בת״א 29754-11-13 מצ״ב **בנספח 3**)

50. במסגרת העתירה הודיעה המדינה על כוונתה לפעול כמבוקש בעתירה ולצמצם את מערכת ההנחיות - תכנית המתאר - החלה על כוכב השחר, כך ששכונת מצפה כרמים תוחרג ממנה. המדינה הודיעה, כי הליך צמצום מערכת ההנחיות החל ואף ״**מצוי בשלב מתקדם ביותר**״ (סע׳ 7 להודעת עדכון מיום 7.6.17).

51. ביני וביני, נחקק חוק ההסדרה המונה את מצפה כרמים בתוספת לו. על יסוד כך הודיעה המדינה לבית המשפט הנכבד:

״עם זאת, בנסיבות העניין, ועל דעת היועץ המשפטי לממשלה, הוחלט כי אין מקום לקבל החלטה סופית בעניין מערכת ההנחיות החדשה [המחריגה את מצפה כרמים, ה״א] – בין היתר – עד שיתבהר המצב המשפטי ביחס ל-״חוק ההסדרה״ ... בהקשר זה יצויין כי חוק ההסדרה נועד, בין היתר, לבחון את אפשרות הסדרתם של כוכב השחר ומצפה כרמים, המנויים בתוספת לחוק״.

(הודעת המדינה מיום 7.6.17 במסגרת בג״ץ 953/11, סע׳ 8-9).

העתק הודעת המדינה בעניין מצפה כרמים מצ״ב כחלק **מנספח 3**.

52. הנה כי כן, בכפוף לבחינת כלל התנאים הקבועים בו, יש בחוק ההסדרה לכאורה כדי לאפשר את הסדרתה של מצפה כרמים, המונה עשרות משפחות, בתי קבע ומבני ציבור (למען הגילוי הנאות, הח״מ מייצג את תושבי מצפה כרמים בהליכים המתוארים לעיל).

מקרה בוחן שני: עפרה

53. עפרה הוקמה בראשיתה על מקרקעין מוסדרים, על גבי חלקות שהופקעו בידי השלטון הירדני לצרכי הקמת מחנה צבאי בשנות השישים של המאה העשרים. לאחר מלחמת ששת הימים עבר השטח שהפקיעו הירדנים לניהול הממונה על הרכוש הממשלתי בהתאם לדין. וכך מתאר הדו״ח על מעמד הבנייה באזור יהודה ושומרון שהוגש לממשלת ישראל ביום 21.6.12 (להלן: **דו״ח לוי**, ניתן לצפיה ולהורדה באתר משרד ראש הממשלה בכתובת http://www.pmo.gov.il/Documents/doch090712.pdf):

״בחודש יולי 1977 החליטה ממשלת ישראל להכיר בישוב עפרה כישוב קבע (ראו נספח 31). בחודש אוגוסט 1979 חתמו נציגי הישוב עם ההסתדרות הציונית העולמית כעל הסכם מכוחו נקבע מעמדם כברי רשות (נספח 32). בהמשך (1981, ו-1997) נחתמו שני הסכמים נוספים, הפעם עם הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש, ובגדרם הורחב שטחו של הישוב ל-370 דונם (נספחים 33,34). אף שתוקפם של אותם הסכמים נקבע ל-49 שנים, מעולם לא נקבע ב״צו אלוף״ תחום השיפוט של הישוב, והדיון בתכנית בנין עיר שהוגשה למוסדות התכנון, מתעכב בהוראת הדרג המדיני. חרף זאת, וללא תכנית מאושרת, הרחיב הישוב את תחומו על ידי בנייתן של שכונות חדשות (גבעת צור ונווה דוד), ואף שלכאורה הוא פעל שלא כדין, מימן המינהל לבנייה כפרית במשרד הבינוי והשיכון את שכרם של המתכננים (נספח 35), את הקמת התשתיות, כלל (נספח 36), תשתיות ליחידות מגורים, בפרט (נספחים 37,38), ועבודות עפר להכשרת מגרשים נוספים למגורים (נספחים 39,40). בנוסף, אישר המשרד לאחד הבנקים ליתן לישוב הלוואה במטרה להקים יחידות מגורים, כנגד שעבוד היחידות (נספח 41). להשלמת התמונה נוסיף, כי כיום, 36 שנים לאחר ההקמה, מתגוררות בעפרה כ-700 משפחות (3500 נפש), ועל אף הצורך ליתן מענה לריבוי הטבעי, הדבר נמנע עקב העדרה של תכנית בנייה מאושרת.״

(עמ׳ 55)

54. ביוני 1978 הוכנה תכנית מתאר לעפרה. יוזמת התכנית הייתה ההסתדרות הציונית העולמית. כבעל הקרקע נרשם מנהל מקרקעי ישראל. המבצע של התכנית היה "משרד הבינוי והשיכון, מנהל לבניה כפרית וישובים חדשים". התכנית כללה שכונות מגורים בתוך שטח ההפקעה הירדנית ומחוצה לה. ביום 21.9.80 נחתם במנהל האזרחי צו תכנון ליישוב עפרה הכולל שטחים רחבים יותר, החורגים בהרבה מתחומי ההפקעה הירדנית. כלומר צו התכנון כלל גם קרקעות פרטיות מוסדרות. ביצוע צו התכנון לא הושלם, ובינתיים, הלך והתפתח היישוב כפי שהוא כיום. שכונת המגורים הראשונה בעפרה נבנתה ברובה בתוך שטח ההפקעה המקורי. אולם, החל משנות השמונים ואילך נבנו שכונות נוספות, בהתאם לתכניות שבוצעו במימון המדינה (חרף אי אישורן הסופי) ומחוץ לשטח ההפקעה המקורי, כלומר על מקרקעין מוסדרים הרשומים בבעלות פרטית שלא הופקעו. על פי רוב, משרד הבינוי והשיכון תכנן את השכונות ורוכשי המבנים – שאותם בנתה ושיווקה האגודה השיתופית שם – קיבלו הסכמי "בר רשות" מן החטיבה להתיישבות.

55. בשנת 1980, ובעקבות פרשיית אלון מורה, נערכה חוות דעת מטעם היועץ המשפטי לממשלה דאז, יצחק זמיר. היועץ נדרש לשאלת האפשרות להקים או להרחיב התיישבות ישראלית על גבי מקרקעין פרטיים באמצעות הפקעה לפי החוק הירדני. היועץ המשפטי לממשלה חיווה דעתו כי הפקעה לצורך הרחבת יישובים קיימים אינה בלתי אפשרית לפי המשפט הבינלאומי ולפי כלל הדינים החלים באזור, אם כי עלולה לעורר קשיים משפטיים ומדיניים שונים (שברובם אינם רלוונטיים כיום, כפי שיצויין עוד להלן), ולכן המלצתו הייתה להרחיב יישובים על בסיס אדמות מדינה בלבד. ברם, היועץ ציין כי ייתכן שיהיה צורך בשימוש בהפקעה לפי החוק הירדני עבור מקרים מסויימים:

> **"קיים ככל הנראה מספר קטן של ישובים באזור הזקוקים לתוספת קרקע ואין בסמוך להם קרקע ממשלתית שתשמש לצרכי הרחבה. דוגמאות בולטות הן <u>עפרה</u> וקרית ארבע. הקרקע הסמוכה ליישובים אלה היא בעיקרה קרקע פרטית מעובדת. אם יוחלט על הפקעה מכוח החוק הירדני, יהיה זה, בראש ובראשונה, כדי לענות על הצרכים של יישובים אלה ואחרים במצבם"** (פיסקה 20 לחוות דעתו).

העתק חוות דעתו של פרופ' זמיר בעניין רכישת קרקעות לצורכי ציבור מיום 12.5.80 מצ"ב **<u>כנספח 4</u>**.

56. הנה כי כן, היועץ המשפטי לממשלה סבר, כי הרחבת הישוב עפרה תצריך הפקעת זכויות במקרקעין. אלא שבינתיים, הורחבה עופרה, בהתאם לעקרונות שהותוו בצו התכנון, אך בלי שזכויות הקניין במקרקעין הופקעו. כיום, חלק הארי של עפרה (למעלה מארבע מאות מבני מגורים) בנוי על גבי מקרקעין פרטיים מוסדרים. יצוין, כי שכונות אלה נבנו בהתאם לתכניות שכאמור לא היו בתוקף כדין, אך התושבים בהן קיבלו זכויות של "בר רשות" מאת ההסתדרות הציונית העולמית. למעשה, גם תכנית המתאר המתייחסת למקרקעין המצויים בתוך גבולות ההפקעה הירדנית אושרה רק בשנת 2014. עתירה שהוגשה לבית המשפט הנכבד נגד תב"ע זו עודנה תלויה ועומדת (בג"ץ 419/14).

57. בחודש מרס השנה, בעקבות פסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 5023/08, נהרסו תשעת הבתים האחרונים שנבנו בשכונה החדשה ביותר שהוקמה מחוץ לגבולות ההפקעה הירדנית. יש לציין, כי מאז שהחלו ההליכים באותה עתירה, לא נבנו מבנים נוספים באזורים אלו של היישוב שמחוץ לתב"ע, לרבות מבני ציבור. בכפוף לבחינת כלל התנאים הקבועים בו, יש לכאורה בחוק ההסדרה כדי לאפשר את הסדרתה המלאה של עפרה.

העתק מקצת מן המסמכים הנוגעים להקמת עפרה מצ"ב **<u>כנספח 5</u>**.

מקרה בוחן שלישי: חרשה

58. המאחז חרשה נמצא סמוך לישוב טלמון. כך מתאר דו"ח לוי את הקמת חרשה:

> **"הקמתה של "חרשה", שהוגדרה כ"שכונה חדשה" של טלמון, מעולם לא קיבלה את אישור הממשלה. חרף זאת, אישר המינהל לבנייה כפרית של משרד השיכון, בחודש יולי 1999, סכום של 600 אלף ש"ח לצורך הקמתה של תשתית לשכונה (נספח 23). בחודש דצמבר 2001 אישר אותו משרד השתתפות בסכום של 200 אלף ש"ח לבנייתו של מועדון (נספח 24), ולאחר ימים ספורים אושרה השתתפות בסכום של 300 אלף ש"ח להקמתו של מעון יום (נספח 25). סכומים אלה לא היו היחידים שהושקעו באותו מקום שהוגדר "לא מורשה", וכך לדוגמא הגדיל משרד השיכון, בחודש אפריל 2002, את השתתפותו בהקמתן של תשתיות בסכום נוסף של 300 אלף ש"ח (נספח 26); בחודש דצמבר 2003 החליט אותו משרד להשתתף בהקמתן של עשר יחידות דיור בסכום של 2.27 מיליון ש"ח ששולם מתקציבו (נספח 27). ברבות הימים, וככל הנראה כאשר ביקשו אנשים נוספים לקבוע באותו ישוב את מגוריהם, חתמה חברת עמידר, בשם מדינת ישראל, על הסכם לפיו היא תמכור לחרשה 11 מבנים יבילים (נספח 28)"**
>
> (עמ' 55, דו"ח לוי)

59. דו"ח ששון מוסיף אף את זאת:

> **"במכתב שהופנה אל החטיבה להתיישבות מיום 9.2.03 (ראה נספח 5 לחוברת ג') כותב ע' שר הביטחון מר רון שכנר את הדברים הבאים: "הריני מאשר שהישובים שיפורטו להלן מתפקדים כישובים עצמאיים לכל דבר ויש לנהוג בהם ככאלה לכל דבר ועניין כולל נושא תקציב וסימול הישוב. פני קדם; איבי נחל; חרשה; נווה ארז; מיגרון; מצפה כרמים; מבואות יריחו."**
>
> (עמ' 243, דו"ח ששון)

60. ביום 26.6.11 הוכרזו אדמות המאחז כאדמות מדינה בעקבות השלמת הליך סקר. הנה כי כן, כלל המאחז מצוי על אדמות מדינה ומתגוררות בו עשרות משפחות. ביום 20.8.14 נתן בית המשפט הנכבד פסק דין בעתירה שנגעה לגורל המאחז. וכך, בין היתר, פסק בית המשפט הנכבד:

> **"אין מחלוקת כי הבנייה בחרשה וביובל בוצעה באופן בלתי-חוקי, מבלי שאושרו תוכניות למאחזים ומבלי שהוצאו למבנים היתרים כנדרש. כמו כן, אין עוררין כי באופן עקרוני על המשיבים 1-4 לפעול לאכיפתו של הדין. עם זאת, כמו בהליכים רבים אחרים, צעדים לאכיפת דיני התכנון והבנייה ננקטים בהתאם לסדרי עדיפויות ולוחות זמנים המכתיבים את עיתוי ואופן האכיפה. ... מאז הגשתה של העתירה הראשונה, חלו התפתחויות בעמדתם של המשיבים 1-4 לעניין האפשרות להסדרת הבנייה והכשרתה במקרקעין נשוא העתירה, תוך שהדרג המדיני הכריז על כוונתו להסדיר את היישובים מבחינה תכנונית. כיום, נוכח הכרזת הממונה על הרכוש הממשלתי על חלקות במאחזים כרכוש מדינה, מרבית הבנייה נמצאת על קרקעות בהן ניתן להכשיר את הבנייה בדיעבד. על אף שאין בכך כדי להכשיר עתה את אי החוקיות, שינויים אלה משפיעים, מטבעם, על סדר העדיפויות של המשיבים 1-4 באכיפתם של צווי ההריסה. בנסיבות אלה, עת שמדובר על מבנים שנבנו לפני שנים לא מעטות, על אדמות המוגדרות כיום אדמות מדינה, אנו סבורים כי אין מקום להתערבותנו בהחלטת המשיבים 1-4 לעכב את ההריסה על מנת לבחון את האפשרות להסדרה והכשרה של הבנייה ... כל זאת, בנוגע למבנים שנבנו על אדמות מדינה או על אדמות סקר שהוכרזו כאדמות מדינה ... ביחס למבנים המצויים על אדמות מדינה, נדחית העתירה בבג"ץ 9051/05. ניתן לצפות כי המשיבים 1-4 יפעלו בהקדם על מנת לקיים את הליכי התכנון בנוגע לחלקות שהן אדמות מדינה. אין צו להוצאות".**
>
> (בג"ץ 9051/05 **תנועת "שלום עכשיו" - ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון** פסקאות 9-12 (2014))

61. ברם, הסדרתו התכנונית של המאחז הוקפאה. זאת, משום שמקטע באורך 120 מטרים מדרך הגישה ליישוב עובר בקרקע שאינה מוכרזת ואין רצף קרקעי לתכנון בין המאחז ובין ציר הגישה באזור. וכך, מצוי המאחז בהקפאה שאינה מאפשרת את המשך חייהם התקינים של תושביו. בכפוף לבחינת כלל התנאים הקבועים בו, יש לכאורה בחוק ההסדרה כדי לאפשר את הסדרתה של חרשה. זאת, משום שהחוק, על פי

סעיף ההגדרות בו, קובע מנגנון לרכישת זכויות גם לטובת דרכי גישה.

<u>מקרה בוחן רביעי: משפחת אשכנזי מהיישוב נילי (כמשל)</u>

62. למשפחת אשכנזי הוקצו זכויות של "בר רשות" מן ההסתדרות הציונית בשנת 2013. הם בנו שם את ביתם לאחר שקיבלו היתר בניה מן הוועדה המקומית לתכנון ובניה מטה בנימין. במכתב מיום 13.4.15 הודיע המנהל האזרחי למוא"ז מטה בנימין כי "**ביום 22.3.15 חתמו חברי צוות קו כחול על מפה עם סימון מדויק המתחם את אדמות המדינה בשטח**". בכך, ביתם של משפחת אשכנזי הוחרג מגבולות ההכרזה והפך לבית שאינו ניתן להסדרה בשל היותו על קרקע פרטית לכאורה. על יסוד כך, ביום 1.1.17 הגישו בני הזוג אשכנזי תביעה נגד המנהל האזרחי ונגד ההסתדרות הציונית בבית המשפט המחוזי בירושלים (ת"א 17-01-5493). ההליך תלוי ועומד.

העתק כתב התביעה וכתבי ההגנה (ללא נספחיהם) בת"א 17-01-5493 מצ"ב **<u>כנספח 6</u>**.

63. הנה כי כן, מעמדו המשפטי של ביתם של בני הזוג אשכנזי, לוט בערפל. בכפוף לבחינת כלל התנאים הקבועים בו, יש בחוק ההסדרה לכאורה כדי לאפשר את הסדרתו הסופית של ביתם של משפחת אשכנזי. (למען הגילוי הנאות, החי"מ מייצג את משפחת אשכנזי בהליך המתואר לעיל).

64. נפנה כעת להצגת חוק ההסדרה.

<u>פרק ב' - ניתוח כללי של הסדרי החוק</u>

65. וכך נכתב 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. במקרים רבים נבנו יישובים באזור בהסכמתה ואף בעידודה ובהשתתפותה של המדינה, או בתום לב של האזרחים הישראלים שבנו את היישובים, ולא היו מודעים לכך שמדובר במקרקעין בבעלות פרטית. הותרת המצב ביישובים אלו כפי שהוא היום או הריסתם עלולות לגרום לפגיעה קשה ולא מוצדקת במי שמתגוררים בהם שנים רבות. לפיכך, נדרשת הסדרה של אותם יישובים."**
>
> (הצ"ח 672, ז' בכסלו התשע"ז, 7.12.16)

66. על פי הנתונים שיש בידי רשויות האזור מצויים בו, לכל הפחות, שלושת אלפים מבנים שהוקמו על גבי מקרקעין המוגדרים פרטיים (העתק מצגת מן המנהל האזרחי מצ"ב **<u>כנספח 2</u>**). הנסיבות הכרוכות בהקמת המבנים הללו, מטבע הדברים, משתנות ממקרה למשנהו. ברם, קשה להפריז בחומרת הבעיה ובהיקפה שעה שגורלם של אלפי מבנים - מבני ציבור ובתים פרטיים - אינו ידוע. דבר אחר ברור: מבנים אלה אינם מוסדרים וממילא הם נדונו לשיתוק תכנוני וקנייני ולחוסר וודאות, לכל הפחות. הוא הדין לשכונות שלמות המצויות תחת ערפל כמצוין לעיל. רבות משכונות אלו סובלות מהעדר תשתיות ציבוריות – מוסדות חינוך, בתי כנסת ומבני ציבור אחרים – משום שלא ניתן לקדם לגביהן תכניות ולהוציא מכוחן היתרים.

67. לצורך פתרון הבעיה האמורה ביקש המחוקק הישראלי – בחוק ההסדרה – לעשות שתיים: **ראשית**, הוא צעד בעקבות הדין המהותי החל באזור והבהיר – כפי שמובן מאליו על פי כל דין – כי קרקע פרטית היא רק קרקע בה **הוכיח פלוני** את זכויותיו. ממילא, על אף כל פרקטיקה קיימת, הרי שכל קרקע אחרת היא קרקע מדינה. **שנית**, הוא קבע כי באותם מקרים שבהם הוקמו מבנים על קרקע שהיא פרטית - על פי הגדרות הדין המהותי - הרי שבהתקיים הנסיבות המנויות בחוק תופקע זכות השימוש וההחזקה מבעלי אותה קרקע תוך תשלום פיצוי חריג בנדיבותו. בכך, תתאפשר הסדרת אותם מבנים משום שהחוק מכונן

את הזיקה הקניינית ההכרחית לצורך השלמת הליכי ההסדרה התכנונית.

68. **<u>סעיפים 1-2</u>** לחוק הם סעיפי המטרה וההגדרות, בהתאמה. הגדרת "מקרקעין הטעונים הסדרה" מושא החוק היא "**מקרקעין באזור שזכויות השימוש וההחזקה בהם או בחלקם אינן נתונות לרשויות האזור או לממונה**". רוצה לומר, המקרקעין שלגביהם חל החוק הם מקרקעין שבהם אין לרשויות האזור או לממונה, כלומר למדינה, זכויות שימוש והחזקה. בהיעדר אגד זכויות זה, לא ניתן - על פי הדין הקיים באזור - להסדיר את מעמדם התכנוני של אותם מקרקעין.

69. **<u>סעיף 3</u>** הוא תורף החוק והוא קובע שני תנאי סף מהותיים לתחולתו. **ראשית**, הוא צופה פני עבר וחל רק ביחס להתיישבות שהוקמה עובר לחקיקת החוק. **שנית**, הוא דורש כי אותה התיישבות הוקמה בתום לב או בהסכמת המדינה.

70. בהתקיים שני התנאים הללו שומה על הרשויות לבחון את סיווגם של המקרקעין. כאשר מדובר במקרקעין שאינם רשומים על שם פלוני, או – כאשר מדובר בקרקע שאינה מוסדרת – שאין אדם הזכאי לרשום אותם על שמו, הרי שהם ירשמו כרכוש ממשלתי. שעה שמדובר במקרקעין הרשומים על שם פלוני או במקרקעין שלגביהם נמצא מי שזכאי לרשום אותם על שמו, הרי שהמדינה תרכוש את זכויות השימוש וההחזקה מבעלי הקרקע. זאת, בכפוף לשלושה סייגים: **ראשית**, סך ההשקעה הכוללת בהקמת אותה התיישבות עולה על שווי הקרקע, והכל בעת הקמת התיישבות. **שנית**, רכישת זכויות ההחזקה והשימוש תיעשה ככל הניתן בהתאם להוראות הדין הירדני לעניין רכישה לצרכי ציבור, שהוא הדין המהותי החל באזור בהקשר זה. **שלישית**, רכישת הזכויות תעמוד בעינה עד להכרעה מדינית בדבר מעמדו של האזור וההתיישבות שם.

71. **<u>סעיף 4</u>** קובע לוחות זמנים להשלמת הליכי הרישום (כאשר מדובר בקרקע שאינה פרטית) או רכישת הזכויות (כאשר מדובר בקרקע פרטית).

72. **<u>סעיף 5</u>** קוצב מועד להקצאת זכויות במקרקעין בידי הממונה לטובת אותה התיישבות. זאת, כמקובל בקרקעות מדינה במגזר הכפרי (גם בתחומי מדינת ישראל הריבונית) באמצעות מוסד מיישב.

73. **<u>סעיף 6</u>** מטיל על הרשויות חובה להשלים את הליכי התכנון באותה התיישבות מהר ככל האפשר ועל בסיס הצורך בהסדרת ההתיישבות.

74. **<u>סעיף 7</u>** קובע התלייה של הליכי אכיפה מינהליים תלויים ועומדים עד להשלמת הליכי התכנון ואת פקיעתם לאחר השלמת הליכים אלו.

75. **<u>סעיף 8</u>** קובע את התמורה שתינתן לבעלי הקרקע מהם רכשו את הזכויות בהתאם להוראות החוק. הסעיף קובע כי לבעלי הקרקע הזכות לבחור בין קרקע חלופית או דמי שימוש בשיעור של 125% מערכם הריאלי של דמי השימוש כפי שייקבעו בידי ועדת שומה מיוחדת. עוד קובע הסעיף לוחות זמנים לתשלום התמורה.

76. **<u>סעיף 9</u>** לחוק קובע את הרכב ועדת השומה ומתווה את סדרי עבודתה.

77. **<u>סעיף 10</u>** לחוק מכונן הקמת ועדת השגות שתשב כערכאת ערעור על החלטות ועדת השומה ומתווה את סדרי עבודתה.

78. **<u>סעיף 11</u>** קובע הוראות מעבר ביחס ליישובים המנויים בתוספת לחוק - אשר לגביהם סבור המחוקק כי לכאורה מתקיימים התנאים הקבועים בחוק - עד לסיום בחינת עמידתם של אותם יישובים בתנאי הסף של החוק.

פרק ג' - בחינת החוק על רקע חוקי היסוד

79. השאלה העיקרית הניצבת בפני בית המשפט הנכבד היא האם מתקיימת **עילה חוקתית** לפסילת החוק, קרי: האם החוק עומד במבחני חוקי היסוד שלנו כפי שנוסחו והתגבשו בפסיקת בית המשפט הנכבד. יצוין, כי חלק מן הנימוקים שהוצגו בפני בית המשפט הנכבד כעילה לביקורת שיפוטית מושתתים על טעמים אחרים, ביניהם העובדה כי החוק הוא בעל תחולה אקס-טריטוריאלית ואף סותר - כך על פי הטענה - את הדין הבינלאומי. ייאמר מיד: עמדתנו היא כי הן ברמה העקרונית-חוקתית והן במישור הקונקרטי **אין בטעמים אלו כדי לבסס עילה לביקורת שיפוטית**. אין לבסס עילה לפסילת חקיקה ראשית בהוראות הדין הבינלאומי. למעשה, וכפי שיובהר בהמשך, קבלת הטעמים לעיל לביקורת חוקתית תהווה **שינוי רדיקלי** של הנחות היסוד של שיטתנו החוקתית בדבר ריבונותה של הכנסת. לכן, ובהתאם למשטרנו החוקתי, יש לבחון את קיומה של פגיעה בזכויות יסוד, לאחר מכן – ככל שזו קיימת – את הלימתו של החוק את ערכיה של מדינת ישראל, את תכליתו ואת מידתיותו. אולם, לפני שנבחן את חוק ההסדרה לאור מבחני חוקי היסוד, נעיר שלוש הערות.

80. **ראשית**, מן הראוי לציין כי שאלת תחולת חוקי היסוד באזור הושארה בצריך עיון. "**אין לנו צורך לנקוט עמדה בשאלת התחולה המקומית (הטריטוריאלית) של חוקי היסוד, ואין לנו צורך לבחון השאלה אם חוקי היסוד מעניקים זכויות גם למי שאינם ישראלים והמצויים באזורים הנתונים לתפיסה לוחמתית, או לישראלים שאינם מצויים בשטח שבשליטת ישראל. שאלה זו מעוררת בעיות שאין לנו צורך לדון בהן, ונשאיר אותן בצריך עיון**" (בג"צ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל** פ"ד נט(2) 481, 560 (2005); י' רונן "תחולתו של חוק יסוד: כבוד האשם וחירותו בגדה המערבית" **שערי משפט** ז 149, 174 (תשע"ד)). די בטעם זה כדי לקבוע כי אין עילה חוקתית לפסילת חוק ההסדרה. ולכן, הדיון החוקתי לקמן רלוונטי רק ככל שבית המשפט הנכבד יסבור כי לחוקי היסוד תחולה באזור, תהא הקונסטרוקציה המשפטית לכך אשר תהא. **ממשלת ישראל סבורה כי אפילו אם יועמד החוק במבחני חוקי היסוד הוא יעמוד בהם בהצלחה**.

81. **שנית**, לצורך בחינת חוקתיות החוק אנו מניחים כי רכיב אחד של החוק פוגע **בחלק מזכות הקניין** של תושבי האזור אשר זכויות השימוש וההחזקה שלהם במקרקעין הטעונים הסדרה נרכשות שלא ברצונם. זאת, בהתאם להסדר הקבוע בסעיף 3(2) לחוק. זוהי אחת מליבות החלק האופרטיבי של החוק וזהו הרכיב המעורר שאלות חוקתיות. למעשה, ההסדר האמור מהווה את **ההוראה היחידה** בחוק שיש בה משום פגיעה בזכויות כלשהן **ולכן, לשיטתנו, שאלת חוקתיותו של החוק נוגעת אך ורק להוראה אחת שלו: סעיף 3(2) לחוק**. כפי שנראה לקמן, בפרק המתייחס לטענות העותרים, אנו סבורים כי החוק אינו פוגע בזכות לשוויון או בכל זכות חוקתית אחרת. כך או כך, דומה שלאור ההכרה כי החוק - בחלקו - פוגע בזכות הקניין, מתחייבת בחינת החוק לאור מבחני חוקי היסוד אפילו אם החוק, כפי הנחתנו, אינו פוגע בזכויות חוקתיות נוספות זולת זכות הקניין.

82. **שלישית**, פרישת הגנת חוקי היסוד על פגיעות בזכות הקניין של תושבים שאינם אזרחי ישראל באזור משפרת את מצבם המשפטי. זאת, משום שעל פי משטרנו החוקתי ההגנה על זכויות יסוד היא ראשונה במעלה. בהכפפת החוק דנן לחוקי היסוד יש משום **שדרוג** שריון זכויות תושבי האזור והענקת הגנה חוקתית על-חוקית לזכות הקניין שלהם, משל היו אזרחי ישראל. ממילא, בחינת החוק לאור מבחני חוקי היסוד מחמירה עם המשיבים ומגביהה את הרף שבו החוק צריך לעמוד.

ג'1 - מבחן הפגיעה

83. השאלה הראשונה בבחינת חוקתיותו של חוק כלשהו, וחוק ההסדרה בכלל, היא השאלה אם הוא פוגע בזכויות יסוד על-חוקיות. מעיון בחוק יש לקבוע כי **הסדר הרכישה הכפויה הקבוע בסעיף 3(2) לחוק** פוגע בזכות הקניין, **ובה בלבד**, ולכן מצריך דיון חוקתי. שהרי, אין שאלה כי רכישה כפויה של זכויות ההחזקה והשימוש מהווה פגיעה מיניה וביה בזכות הקניין. רוצה לומר: בסופו של יום, בנסיבות מסוימות ובתנאים מוגדרים, קובע החוק הפעלת סמכות שלטונית שמשמעותה הפקעת זכויות. ועל אף שאין מדובר בהפקעת זכות הבעלות הרי שמדובר בהפקעת זכות קניינית לכל דבר ועניין. כפי שנראה לקמן (בסעיף 174 ואילך), אנו דוחים את הטענה כי חוק ההסדרה פוגע בזכות לשוויון ולכן מתרכז דיוננו בשאלת הפגיעה בזכות הקניין.

84. נקדים את המאוחר ונאמר, כי הגם שעל פי רוב רכישה כפויה של זכויות היא פגיעה בזכות הקניין, הרי שיש מקום לסייג קמעה קביעה זו בנסיבות המיוחדות באזור. זאת, מאחר שלמכירת קרקעות לישראלי-יהודי באזור עלולות להיות השלכות על תושב ערבי, אשר אינן מאפשרות – למי שחפץ בכך – למכור זכויות במקרקעין למתיישבים ישראלים (ראו, למשל, מכתב משר המשפטים מיום 27.7.09 מצ"ב **כנספח 7** וגם בש"א (י-ם) 9340/09 **רג'בי נ' טל בנייה והשקעות קרני שומרון**, פסקה 12 (3.1.10)). וכך, לעתים, במיוחד כאשר המקרקעין מצויים בתוך ישוב ישראלי ללא היתכנות ריאלית להפיק מהם כל הנאה או להחזיק בהם, יש יסוד להניח כי לפחות חלק מן הבעלים היה חפץ למכור את המקרקעין אילולא ההשלכות האמורות על חייהם ועל בטחונם. ממילא, החוק דווקא מיטיב עמם בהקשר זה. לעובדה זו משקל נכבד בבחינת המידתיות של ההסדר, שכן משמעותה היא שעל אף שהחוק פוגע בקניין בחלק מהמקרים, הרי שבחלקם הוא דווקא **מונע פגיעה בקניין** שיוצרים איומיה האלימים של הרשות הפלסטינית על מי שמעוניין למכור את קניינו.

ג'2 - מבחן תכליות החוק והלימתן את ערכיה של מדינת ישראל

85. לחוק ההסדרה מספר תכליות שונות, מדיניות, לאומיות וחברתיות. כל אחת מהן יכולה לענות לבדה על התנאים הנדרשים בפסקת ההגבלה. ולכן, אפילו יקבל בית המשפט הנכבד את ביקורות העותרים על אחת או יותר מן התכליות ועל מידתיותן, די בכל אחת מן התכליות האחרות לבדה כדי להצדיק את החוק. אין לפסול חוק שיש לו תכלית כשרה ומידתית אך בגלל ויכוח או היעדר הכרעה בדבר "כשרותן" או מידתיותן של תכליות אחרות. ממשלת ישראל משוכנעת שכל אחת מן התכליות שלהלן היא גם ראויה וגם מידתית אך מבקשת להסב את בית המשפט לריבוי באמצעי ההגנה החוקתיים שחוק זה נהנה מהם ולתת לכל אחד מהם את משקלו הראוי בנפרד.

86. תכליתו של חוק אינה מובנית מאליה. היא איננה זהה לכוונת המחוקק. היא איננה זהה ללשון החוק. התכלית היא "**עניין נורמטיבי-אובייקטיבי, המנותק מבני האדם שביקשו להגשימה**" (א' ברק פרשנות **במשפט – תורת הפרשנות הכללית** 373). "**על תכלית החוק למד הפרשן בראש ובראשונה מלשון החוק. כן למד הפרשן על תכלית החוק מההיסטוריה של החוק, מהשתלבותו של החוק בחקיקה בעניינים דומים ומעקרונות היסוד של השיטה**" (רע"א 7028/00 **אי.בי.אי ניהול קרנות נאמנות (1978) בע"מ נ' אלסינט בע"מ**, נבו, פיסקה 14 (2006)):

> **"פרשנותו של טקסט משפטי - ובענייננו, חוק התשריר - היא פעולה משולבת של לשון ותכלית: "מילות החוק ומטרתו הן כלים שלובים. על המטרה ניתן ללמוד מהמלים, ואת המלים יש לפרש על-פי המטרה" ... הלשון קובעת את מיתחם האפשרויות הלשוניות. כל אופציה פרשנית חייבת לתחם עצמה למסגרתו של מיתחם זה. הפרשן אינו רשאי ליתן**

ללשון הטקסט משמעות שזו אינה יכולה לשאת. אכן, הפירוש ללשון הטקסט יכול שיהא מרחיב ויכול שיהא מצמצם, יכול שיהא רגיל ויכול שיהא חריג, אך הוא צריך תמיד למצוא נקודת אחיזה ארכימדית בלשון החוק. לשון הנורמה משמשת הן נקודת מוצא לתהליך הפרשנות, והן מסגרת שבתוכה הוא פועל. אמת, המרכיב הלשוני אינו תנאי מספיק לפרשנות. אך הוא תנאי הכרחי לה. "מלאכת הפירוש אינה מוגבלת אך למלים, אך המלים מגבילות את הפירוש" ... בצד הלשון עומדת התכלית. אלה הם המטרות, היעדים, האינטרסים והערכים אשר הנורמה נועדה להגשים. לכל נורמה תכלית - ולרוב מספר תכליות - שאותן היא נועדה להגשים. נורמה ללא תכלית היא דבר הבל. תכלית של נורמה היא עניין נורמאטיבי. היא נלמדת מלשון הנורמה ומההיסטוריה שלה, מסוג העניין המוסדר ומטיפוס ההסדר. על תכלית הנורמה למד הפרשן מערכי היסוד של השיטה, ובהם הרצון והצורך להגשים ערכי צדק, מוסר וזכויות אדם. מעמדה של הנורמה, יחסה לנורמות שמעליה ומתחתיה והשתלבותה בסביבתה הנורמאטיבית מסייעים בגיבוש תכלית הנורמה, שהרי "דיבור שבחיקוק הוא יצור החי בסביבתו" ... הגיונם של דברים והשכל הישר מכוונים את הפרשן לגיבושה של התכלית המונחת ביסוד הנורמה. אכן, "...אם התוצאה אינה הגיונית ונוגדת את השכל הישר, חזקה היא כי הפרשן טעה בגיבוש התכלית של דבר החקיקה" ... צורכי החברה ודרישות המציאות משפיעים על תכליתה של הנורמה. ממקורות אלה כולם למד הפרשן על התכלית המונחת ביסוד הנורמה."

(בג"ץ 4562/92 **ח"כ אליעזר זנדברג נ' רשות השידור**, פ"ד נ(2) 793, 801 (1996))

87. הנה כי כן, על תכליותיו של חוק ההסדרה **ניתן וצריך** ללמוד ממקורות שונים. מן הטקסט עצמו, מדברי ההסבר שלו, מן ההיסטוריה החקיקתית שלו, מנסיבות חקיקתו, מן התנאים החברתיים ועוד. התכלית אינה עניין עובדתי. התכלית – או התכליות – היא קביעה נורמטיבית. עיון בכל המקורות האמורים מלמד, כי לחוק ההסדרה **מספר** תכליות קרובות אשר כל אחת מהן, כשלעצמה, היא תכלית ראויה. וכולן יחד – על אחת כמה וכמה.

88. **ראשית**, תכליתו המרכזית של החוק היא להסיר, אחת ולתמיד, את ענת הקיפאון וחוסר הוודאות המרחפת על פני קהילות שלמות, חלקן ותיקות בשנים. החוק מבקש למנוע הריסה של אלפי מבנים באזור משום שממשלת ישראל והכנסת רואות בהריסה כזו פעולה רעה. ממשלת ישראל סבורה, כי הריסה של אלפי מבנים באזור, גם אם העילה לכך היא פגמים חוקיים בהקמתם לרבות חריגות לקרקעות פרטיות, היא דבר שיש להימנע ממנו גם במחיר של פגיעה בזכות הקניין של אנשי פרטיים. **זוהי תכלית אנושית-חברתית**.

89. גם בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב כך:

"מטרת הצעת החוק היא להסדיר את מעמדם של יישובים ישראליים ביהודה והשומרון (להלן - האזור), כדי לאפשר את המשך ביסוסה ופיתוחה של ההתיישבות הישראלית באזור. במקרים רבים נבנו יישובים באזור בהסכמתה ואף בעידודה ובהשתתפותה של המדינה, או בתום לב של האזרחים הישראלים שבנו את היישובים, ולא היו מודעים לכך שמדובר במקרקעין בבעלות פרטית. הותרת המצב ביישובים אלו כפי שהוא היום או הריסתם עלולות לגרום לפגיעה קשה ולא מוצדקת במי שמתגוררים בהם שנים רבות. לפיכך, נדרשת הסדרה של אותם יישובים."

(הצ"ח 672, ז' בכסלו התשע"ז, 7.12.16)

90. בהתאם, קובע סעיף 1 לחוק כך:

"מטרת חוק זה היא להסדיר את ההתיישבות ביהודה והשומרון ולאפשר את המשך ביסוסה ופיתוחה."

91. למעלה משלושת אלפים מבנים, לכל הפחות, שהוקמו על גבי מקרקעין המוגדרים פרטיים אינם בני הסדרה על פי הטופוגרפיה המשפטית הקיימת. הנסיבות הכרוכות בהקמת המבנים הללו, מטבע הדברים, משתנות ממקרה למשנהו. ברם, קשה להפריז בחומרת הבעיה ובהיקפה שעה שאלפי מבנים – מבני ציבור ובתים פרטיים – עלולים להיות נדונים להריסה במקרה הקשה, או מוקפאים בכל היבט של תכנון ופיתוח. בנוסף,

הם סובלים מקושי של ממש ביכולת לערוך בהם דיספוזיציה.

92. ממשלת ישראל והמחוקק מכירים בכך כי משמעות ההריסה היא דרמטית. קשה להפריז בעוצמת הפגיעה הכלכלית, האנושית והחברתית של הריסה כזו. מדובר במשפחות ובשכונות (לעתים אף בנקודות ישוב שלמות) העלולות להיפגע. אין צורך להכביר מילים על המשמעות הטמונה בכך בעבור אותן משפחות. קשה שלא להכיר בכך, כי פינוי מאות בתים פרטיים, לפחות, גברים נשים וטף, הוא אירוע טראומתי עבורם ועבור החברה הישראלית כולה. מדובר בעקירת משפחות שלמות ממרכז חייהם ובהריסתם בתיהם. ממשלת ישראל והכנסת מכירות בכך, כי גם אם נפלו פגמים של אי חוקיות בהקמת הבתים, ואפילו תוך חריגות לקרקעות פרטיות, הרי שדווקא לאור הנסיבות המיוחדות והמורכבות של המציאות הגיאופוליטית באזור, הפתרון לכך אינו יכול להיות עקירה שמשמעה גם פגיעה אנושה בזכויות יסוד רבות של המתיישבים. חוק ההסדרה מבטא את ההכרה, כי נכון להימנע מעקירה כזו, גם במחיר של פגיעה מסוימת בזכות הקניין של אנשים פרטיים.

93. **הנה כי כן, מטרת העל של החוק היא להסדיר את מעמדם של אותם יישובים, שכונות או בתים שהסדרתם נמנעה עד כה בעיקר בשל העובדה כי זכות הבעלות באותם מקרקעין לא נתונה למדינה או למחזיקים בהם.**

94. ראוי לציין כי החוק, כשלעצמו, אינו חל אך ורק על התיישבות ישראלית, שהרי - בשונה מנוסח הצעת החוק (שהעותרים מבקשים משום-מה להיאחז בה) - החוק אינו מבחין בין התיישבות ישראלית לשאינה ישראלית. ואכן, בעקבות חקיקת חוק ההסדרה עוכבו הליכי אכיפה ביחס לאלפי מבנים שנבנו ללא היתר במגזר הערבי באזור, שכן, לכאורה, חוק ההסדרה עשוי לחול עליהם. ברם, כך או כך, אין חולק כי מטרתו המרכזית של החוק והמוטיבציה לחקיקתו – כפי שניתן להסיק על סמך קריאה הוליסטית שלו ועל יסוד דברי ההסבר שלו – היא הסדרת מבנים בהתיישבות הישראלית.

95. תכלית זו לא באה לעולם בחלל ריק. שהרי, כשלעצמה, התכלית של התיישבות באזור הוגשמה גם לפני חקיקת החוק. **תכליתו הספציפית של החוק נולדה לאור הצורך להסדיר בנייה אשר נמנע מן הרשויות להסדירה**. החוק מבקש לתת מענה לסוגיה אנושית וחברתית ראשונה במעלה באותם מקרים שהריסה של אלפי מבנים עלולה להוביל לפגיעה באינטרס מובהק של מדינת ישראל ולפגיעה אנושה במרקם חייהם של אלפי תושבים ישראלים באזור. רצונו של המחוקק הישראלי להסדיר את ההתיישבות ולמנוע את פינויין של משפחות אלו מבתיהם, על כל הכרוך בכך, או לחילופין את הותרתן של שכונות ויישובים כשהם קפואים מבחינת האפשרות לנהל בהם חיים תקינים - מהווה תכלית ראויה. אכן, הגשמתה תובעת את מחירה; ברם, לא ניתן להתווכח עם העובדה כי כשלעצמה, אין לך תכלית ראויה מזו.

96. **שנית**, לחוק גם **תכלית מדינית-לאומית**, שעניינה מניעת פינוי התיישבות ישראלית שלא במסגרת הסכם מדיני והסדרתה התכנונית. "**שאלת ההתיישבות היהודית ביהודה ושומרון היא הכרעה מדינית, היא לא שאלה משפטית. ולכן טוב עשתה הנשיאה נאור, שקראה לכולנו בפסק הדין האחרון להחזיר את השיח אלינו, אל הריבון, אל הממשלה, ואמרה: אתם רוצים להסדיר את ההתיישבות היהודית ביהודה ושומרון? בבקשה, תעשו את זה, תפסיקו לבוא אלינו. ותפסיקו, חברים, לקחת שוב ושוב את הדיון הזה אל בית-המשפט העליון. כי אז מה? אין בעיה, אתם רוצים לשחק לידיים של ארגונים שרוצים עכשיו לעשות פה מלחמה משפטית על מה שצריך להיות מהלך מדיני, על מה ששוב ושוב ממשלות נבחרות פה כדי לקדם?**" (ח"כ שולי מועלם-רפאלי, עמ' 13 לפרוטוקול מס' 2 מישיבת הוועדה המשותפת לוועדת החוקה, חוק ומשפט וועדת החוץ והביטחון לדיון בהצעות חוק ההסדרה יום שלישי, כ"א בחשון התשע"ז (22 בנובמבר 2016),

שעה 14:00, ניתן להורדה באתר הכנסת). משום כך, עומדת לכנסת ישראל ולממשלתה הסמכות לקבוע, כי אין הצדקה לנהל את הוויכוח הפוליטי האמור בבית המשפט ובמיוחד אין מקום לאפשר פינוי התיישבות ישראלית, שהוא מעשה מדיני לכל דבר ועניין, במסגרת לוחמה משפטית (lawfare).

97. אכן, קיימת בישראל מחלוקת פוליטית בדבר ההתיישבות הישראלית באזור. ממילא, מי שסבור כי ההתיישבות הישראלית באזור אינה רצויה, יהיו טעמיו אשר יהיו, סביר שיגרוס כי גם תכליות חוק ההסדרה, חלקן או כולן, אינן ראויות. אלא, שישראל היא מדינה דמוקרטית וההכרעות בדבר "הטוב והראוי" מתקבלות באמצעות נבחרי העם; אלה הכריעו כי ההתיישבות הישראלית באזור היא ערך ראוי. למעשה, התיישבות יהודית בכל רחבי ארץ ישראל, מאז ומעולם, ובמיוחד מראשית דברי עם ישראל בעת החדשה, היא ערך ציוני מן המעלה הראשונה. דומה שאין מחלוקת כי ממשלות ישראל לדורותיהן, או למצער מרביתן המוחלטת, ראו בהתיישבות הישראלית באזור ערך שיש לקדמו או, לכל הפחות, לשמרו. מרבית ממשלות ישראל, לשון המעטה, השקיעו משאבים רבים בפיתוח ההתיישבות באזור. יהא אשר יהא מעמדם הסופי של שטחי האזור, העובדה כי לעם בישראל קשר עמוק לחבלי ארץ ישראל אלו אינה שנויה במחלוקת. ממילא, זכותם של אזרחים ישראלים לממש זיקה זו באמצעות קביעת מרכז חייהם באזור היא נגזרת טבעית, אחת מני רבות, מערך זה. אכן, התיישבות בארץ ישראל היא ערך לאומי מן המעלה הראשונה אשר לעתים אף מצדיק הפקעת מקרקעין פרטיים. וגם אם יש החולקים על **תועלתה** או **תבונתה** (מוסרית או אחרת) של התיישבות יהודית וישראלית באזור, הרי שקשה להתווכח עם העובדה, כי כשלעצמה, התיישבות ישראלית ברחבי ארץ ישראל – אחיזה בקרקע – היא ערך יסוד של התנועה הציונית. ממילא, קשה לטעון ברצינות כי רצונה של הכנסת "להסדיר את ההתיישבות ביהודה והשומרון ולאפשר את המשך ביסוסה ופיתוחה", כשלעצמו אינו מהווה תכלית ראויה או תכלית שעולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל. זוהי תכלית מדינית-לאומית שממשלת ישראל והכנסת בחרו לקדמה במסגרת חוק ההסדרה.

98. ההכרעה האמורה אינה עניין משפטי. היא שאלה פוליטית-מדינית הנתונה למחלוקת לאומית. אלא שהכנסת הכריעה בה. וכך אמר בית המשפט הנכבד שעה שדן בתכליותיו של חוק שהיה שנוי במחלוקת עזה, בעניין ההתנתקות:

> **"איננו יכולים, איננו חייבים ואיננו רשאים להכריע במחלוקת עמוקה זו. איננו יכולים לקבל הכרעה בשאלות שבמחלוקת, שכן התמונה שהוצגה בפנינו היא מטבעה חלקית, ואין בידינו כלים להערכתם של הטיעונים השונים. איננו חייבים להכריע במחלוקת זו, שכן השאלה הניצבת בפנינו איננה איזו משתי העמדות הנוגדות נראית לנו כראויה. השאלה אינה מה היינו אנו מחליטים אילו פעלנו כחברי-כנסת. איננו רשאים להכריע במחלוקת זו, שכן כפי שבית-משפט זה חזר ופסק בכל שנות קיומו במאות פסקי-דין, אין הוא מחליף את שיקול-הדעת של הרשות המחוקקת (והרשות המבצעת) בשיקול-דעתו שלו; כי בחינתו של בית-המשפט אינה בודקת את תבונתה או את יעילותה של ההחלטה השלטונית אלא את חוקתיותה או חוקיותה. נמצא כי איננו רשאים להחליט "מי צודק". אכן, השאלה שבה אנו יכולים, וחייבים, להכריע היא שאלה שונה. היא נגזרת מהמסגרת החוקתית הניצבת בפנינו. השאלה הינה זו: האם התכליות המונחות ביסוד חוק יישום ההתנתקות הן תכליות ראויות לעניין פיסקת ההגבלה? השאלה היא אפוא אם התכליות של חוק יישום ההתנתקות נועדו להגשים צורך חברתי חיוני מספיק דיו כדי להצדיק פגיעה קשה בזכויות האדם (בעיקר כבוד האדם והקניין) של הישראלים המפונים.**
>
> **תשובתנו על שאלה זו היא בחיוב. התכליות המדיניות, הלאומיות והביטחוניות שעליהן מבוססת תכנית ההתנתקות הן כבדות משקל. הן נועדו להגשים מה שנראה לכנסת ולממשלה כצורך חברתי חיוני ומהותי שיש בו, אם אמנם יתממש, כדי להצדיק פגיעה בזכויות האדם של הישראלים המפונים. אכן, השגת שלום, ביטחון, הכרה בין-לאומית וכיוצא באלה הישגים שמונחים ביסוד תכליתו של חוק יישום ההתנתקות הם ביסוד הקיום הלאומי."**

(בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל** פ"ד נט(2) 481, 569-570 (2005)).

99. הגשמת מדיניות הממשלה בענייני חוץ, ביטחון וערכים לאומיים היא תכלית ראויה. וכך גם תכליותיו המדיניות, הלאומיות והחברתיות של חוק ההסדרה. אכן, בבסיס החוק עומדת ההנחה כי פינוי התיישבות ישראלית, בנסיבות המסוימות הקבועות בחוק, הוא בעל השלכות מדיניות רחבות שיש להימנע מהן. הגשמת תכלית זו מצויה אף היא בליבת סמכויותיה של הכנסת. גם אם מימוש תכלית זו, **שהיא מדינית במהותה**, עלול להביא לפגיעה בזכויות הקניין של הבעלים הרשומים באותם מקרים שבהם יופקעו מהם זכויות, אין בעובדה זו כדי לפסול את התכלית, אלא רק לחייב את בחינת האמצעים שהחוק מכונן להגשמתה במבחני המידתיות.

100. **שלישית**, חוק ההסדרה מבקש, מבלי שתהא בזה משום הודאה בחובה משפטית כלשהי, **לבטא אחריות שלטונית של הממשלה למתן פתרון** למקרים בהם אזרחים ישראלים בנו את מרכז חייהם בהסכמת המדינה במקומות בהם היה להם יסוד להניח, כי יוסדרו בידי המדינה עם חלוף הזמן. הסדרה היא מימוש אחריות שלטונית שאינו רק ביטוי לצדק בסיסי, אלא גם ערך ראשון במעלה המחזק את אמון הציבור במוסדות השלטון:

> **" אני חושב שאחרי 50 שנה המחוקק, כמחוקק, צריך להתייחס גם לשליחיו, ל-450,000 שליחים שלו שנמצאים במרחבי ארצנו, להתייחס אליהם ולמעמדם שעד עכשיו היה אולי תלוי, ואחת ולתמיד צריך המחוקק להתייחס לזה"**
>
> (דברי יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, ח"כ ניסן סלומיאנסקי, עמ' 4 לפרוטוקול מס' 1 מישיבת הוועדה המשותפת לוועדת החוקה, חוק ומשפט ולועדת החוץ והביטחון לדיון בהצעות חוק ההסדרה יום שלישי, כ"א בחשון התשע"ז (22 בנובמבר 2016), שעה 9:00)
>
> **"ראשית, מהי הסיטואציה אותה חברי הכנסת המציעים והיוזמים מבקשים להסדיר – כתוצאה מהתנהלות בעייתית ביותר, שלה היו שותפים גורמים רבים, <u>ובתוכם גם גורמים שלטוניים</u>, נוצרה במקומות מסוימים ביהודה ושומרון התנגשות חזיתית בין הדין לבין המציאות. <u>תוצאתה של התנגשות זו - מצוקה הומניטרית קשה של עשרות משפחות ישראליות שנאלצות להתמודד עם גזרה שקשה מאוד להתמודד עימה: הצורך לפנות ביתן ולהעתיק את מקום מגוריהן על כל המשתמע מכך.</u>"**
>
> (מר איל ינון, היועץ המשפט לכנסת, עמ' 6, שם)
>
> **"אנחנו מדברים פה על יישובים ושכונות שהוקמו בשותפות ובעידוד המדינה, והמדינה ראתה בהם צורך ציבורי. ההשתתפות והעידוד של המדינה יצרו הסתמכות של מתיישבים, אנשים השקיעו פה השקעות כלכליות פרטיות וציבוריות בהיקף עצום."**
>
> (ח"כ יהודה גליק, עמ' 26 לפרוטוקול מס' 6, 7 מישיבת הוועדה המשותפת לוועדת החוקה, חוק ומשפט וועדת החוץ והביטחון לדיון בהצעות חוק ההסדרה יום שלישי, כ"ח בחשון התשע"ז (29 בנובמבר 2016), שעה 12:00, ניתן להורדה באתר הכנסת).

101. **רביעית**, חוק ההסדרה מממש גם מדיניות של יעילות כלכלית, לפחות בשני היבטים. <u>האחד</u>: משום שהעלות הכרוכה באי-הסדרת אלפי המבנים באזור – העתקתן, לעתים, של קהילות שלמות על כל המשתמע מכך – היא עצומה ועולה עשרות מונים על העלות הכרוכה בהסדרתם. המנגנונים הקבועים בחוק יאפשרו לרשויות להסדיר את המבנים ולחסוך סכומי עתק (בית המשפט הנכבד מופנה, למשל, לעתירות התלויות ועומדות הנוגעות להחלטת ממשלה 2178, מיום 18.12.16 (ניתנת לצפיה באתר משרד ראש הממשלה), בעניין מתווה עמונה, שעלותה מתקרבת ל-150 מש"ח (בג"ץ 794/17 ובג"ץ 10112/16)). <u>השני</u>: באותם מקרים לא מעטים, שבהם אין לבעלים כל אפשרות להחזיק במקרקעין (בשל היותם כלואים בתוך ישוב ישראלי או בשל שיקולים בטחוניים אחרים), הרי שהסדרת הבניה תוך תשלום דמי שימוש עדיפה עשרות מונים על הריסה חסרת תוחלת מעשית ויצירת מפגע תברואתי סביבתי. שהרי יש אינטרס ציבורי כי נכסים ככלל יהיו בידי מי שיוכלו לנצל אותם באופן מיטבי (מיגל דויטש **קניין** א §7.2 (1997); יהושע ויסמן **דיני קניין – חלק כללי** §1.6 (1993)).

102. **חמישית**, חוק ההסדרה מבקש להתגבר על מציאות ייחודית לאזור שאין להשלים עמה. העובדה כי תושבים ערבים אינם רשאים למכור קרקעות ליהודים-ישראלים בלי לחשוש לחייהם פוגעת בזכות הקניין שלהם ואף יוצרת, יש להניח, "כשל שוק" מובנה הפוגע ביכולתם של המחזיקים הישראלים במקרקעין להסדיר את בתיהם בכוחות עצמם, באמצעות רכישת המקרקעין בתנאי שוק חופשי. אותו כשל שוק מונע מתושבים ערבים המעוניינים בכך, לקבל תמורה בעד קרקעות, אשר במקרים רבים אין לאותם תושבים יכולת מעשית להפיק מהם הנאה אחרת.

103. חוק ההסדרה מתמודד אפוא עם מציאות זו בשני היבטים. ראשית, חוק ההסדרה מרכך את הקושי האמור באמצעות מנגנון המאפשר רכישה כפויה שתשלום תמורה חסרה תקדים בצדה. בכך מבקש החוק ליטול את העוקץ מן העובדה, כי במקרים מסוימים הסירוב למכור את הקרקע למחזיקים בה נובע או מונע מחקיקה גזענית של הרשות הפלסטינית שאין להשלים עמה. זוהי אמירה ערכית של מדינת ישראל. שנית, חוק ההסדרה מגן על זכות הקניין של אותם תושבים המעוניינים למכור את הקרקע אך מנועים מלעשות כן בשל חשש לביטחונם. בכך, לא רק שהחוק אינו פוגע בקניינם אלא שהוא שומר עליו. ללא החוק תונצח מציאות של פגיעה מתמדת בזכותם של תושבים שאינם ישראלים להפיק רווח כללי מקניינם. "**הבעלים, בסבירות גבוהה, היו בהחלט רוצים למכור אבל הם לא יכולים למכור לפי חוקי הרשות הפלסטינית, כי דינם מוות. אם הקרקע לא תוסדר והבנייה תיהרס, אף אחד לא יפיק מזה שום תועלת. לפני שבועיים הייתי בביקור במגרון, שלפני ארבע שנים פינו אותה כי זה שטח פרטי. מה יש שם? הרס, הרס, הרס; lose, lose, lose. פה יש הצעת חוק שכל כולה הומניטרית והיא win, win, win. יש לנו אינטרס ציבורי ומדיני למנוע הרס של יישובים ושכונות. יש פה אלמנט, שבאה הכנסת שאומרת: אנחנו מתערבים באלמנט הומניטרי. בעניין הזה, אנחנו מתגייסים לסייע לאנשים**". (ח"כ יהודה גליק, עמ' 26 לפרוטוקול מס' 6, 7 מישיבת הוועדה המשותפת לוועדת החוקה, חוק ומשפט וועדת החוץ והביטחון לדיון בהצעות חוק ההסדרה יום שלישי, כ"ח בחשון התשע"ז (29 בנובמבר 2016), שעה 12:00, ניתן להורדה באתר הכנסת). בכך, למעשה, החוק אף משפר את מצב של בעלי הקרקע, שיזכו לפיצוי משמעותי ביותר בגין השימוש במקרקעין – אפשרות שנשללת מהם ללא החוק.

104. אכן, כל אחת מן התכליות לעיל היא ראויה. התכליות האנושיות, המדיניות, הלאומיות והחברתיות שעליהן מבוסס חוק ההסדרה הן כבדות משקל. הן נועדו להגשים את מה שנראה לכנסת ולממשלה כצורך חברתי חיוני ומהותי שיש בו, אם אמנם יתממש, כדי להצדיק פגיעה בזכויות של בעלי המקרקעין (השוו בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, פסקה 101 (2005)). יש כעת הכרח לבחון אם חרף תכליתו הראויה של חוק ההסדרה הוא עומד במבחני המידתיות.

ג'3 - מבחני המידתיות

105. מקובלנו לבחון מידתיות של חוק נתון לאור שלושה מבחני משנה או תנאים: על החוק לשקף **קשר רציונאלי** בין האמצעים שהוא מכונן לבין תכליתו; האמצעי הנבחר צריך להיות זה **שפגיעתו בזכות פחותה** מבין האמצעים האפשריים, ועל החוק להיות **פרופורציונלי** כך שהנזק מפגיעתו בזכויות יסוד לא יעלה על התועלת שהוא מביא ("מידתיות במובן הצר").

ג'3(1) - מבחן הקשר הרציונאלי

106. מטרתו של החוק ותכליתו המרכזית היא, כאמור, לאפשר הסדרה תכנונית של בניה במקרקעין, כאשר המחזיק בהם אינו הבעלים. בנסיבות כאלה, ובהיעדר הסכמת הבעלים, הרי שעל פי המצב המשפטי הקיים נמנעת הסדרתם התכנונית של המקרקעין. בהיעדר הסדרה תכנונית נדונו הבתים – מבני ציבור ובתים פרטיים כאחד – להריסה או למצער להקפאה מוחלטת.

107. הסדרת המבנים האמורה מתאפשרת, על פי הוראות החוק, באמצעות רכישה כפויה של זכויות קניינית בקרקע מאת בעליהם. לאחר רכישת הזכויות על ידי המדינה, היא תוכל להקצותן לצרכי אותה התיישבות. בכך, נוצרת הזיקה הקניינית המספקת בין המחזיקים במקרקעין למקרקעין עצמם, כדי להסדיר את הבנייה מבחינה תכנונית. הנה כי כן, משעה שזכויות ההחזקה והשימוש נרכשות מבעלי הקרקע בידי המדינה הרי שניתן, על בסיס זכויות אלו, ועל בסיס זכויות ("בר רשות") שתקצה המדינה למחזיקים, לקדם ולהשלים הליכי תכנון במקרקעין. לא יכולה אפוא להיות מחלוקת, כי המנגנונים הקבועים בחוק מגשימים את תכליתו ובכך הוא צולח את מבחן המידתיות הראשון.

108. מנגנון רישום קרקעות כרכוש ממשלתי במקרים של קרקעות שאין להן בעלים קונקרטיים (אף אם לא הוכרזו בעבר כקרקעות מדינה), כקבוע בסעיף 3(1) לחוק, מקדם אף הוא, כמובן, את תכלית החוק ומאפשר הסדרת המבנים שנבנו על גבי אותם מקרקעין. הוא אינו מעורר כל קושי חוקתי משום שהוא אינו פוגע כלל בזכויות של מאן דהוא. ובהיעדר בעלים, רשאית המדינה להקנות זכויות בקרקע למחזיקים בה. אכן, ההסדר האמור משקף את הדין המהותי החל באזור על פיו קרקע היא לעולם קרקע מדינה אלא אם כן הצליח הפרט לרכוש בה זכויות. "**ככל שמדובר במקרקעי מירי ... הוראות הדין המהותי שבסעיפים 3 ו-78 לחוק הקרקעות העותומאני, [ה]קובעות כי קרקע מירי שייכת למדינה וכי מקום שמבקש בעל דין לטעון כי ניתנו בה זכויות כלשהן לאדם פרטי, עליו להוכיח כי התקיימו התנאים הקבועים לצורך כך באותם הסעיפים**" (ע"א 4999/06 **הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי באזור יהודה ושומרון נ' מחצבות כפר גלעדי-שותפות מוגבלת**, פסקה 16 (2009)). בהיעדר פגיעה בזכויות כלשהן, מצוי הסדר זה מחוץ לגבולות דיוננו החוקתי.

ג'3(2) - מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

109. כדי להשיג את תכליתו נדרש החוק, באותם מקרי קצה של בניה על קרקע בבעלות פרטית מוכחת, לפגוע בזכות הבעלות של בעלי המקרקעין. מן הראוי לציין, בעקבות פסיקת בית המשפט הנכבד, כי "**על פי מבחן המשנה השני למידתיות, יש לבחון האם המחוקק בחר באמצעי שפגיעתו בזכויות האדם היא פחותה יחסית, בהשוואה לאפשרויות האחרות שעמדו בפניו. <u>הדרישה איננה שהבחירה תהיה באמצעי שבאופן מוחלט הוא הפחות פוגעני, אלא די בכך שהאמצעי יהיה בגדרו של 'מתחם המידתיות'</u> ... ושפגיעתו תהיה מתונה יחסית, גם אם היא איננה בגדר הפגיעה הפחותה ביותר האפשרית**" (בג"ץ 5239/11 **אבנרי נ' הכנסת**, נבו, פסקה 38 (2015) (ההדגשות אינן במקור) וההפניות שם: בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים** סא(2) 202, 234-235 (2006); בג"ץ 10203/03 **המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה** פ"ד סב(4) 715, 784 (2006); בג"ץ 6304/09 **לה"ב – לשכת ארגון העצמאים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, נבו, פסקה 115 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (2010)). וכפי שיובהר לקמן, לא זו בלבד שהפגיעה בזכות הקניין של בעלי המקרקעין מצומצמת למינימום ההכרחי כדי לאפשר את הסדרת הבנייה, הרי שהיא גם מאוזנת באמצעות מספר מנגנונים נלווים.

110. **ראשית**, הזכות הנרכשת אינה זכות הבעלות; נרכשות זכויות שימוש והחזקה בלבד (כאמור בסעיף 3(2)(א) לחוק). כלומר המחוקק ביקש ליטול - ברכישה כפויה - **את הזכות המינימלית ההכרחית לצורך הסדרת המקרקעין**, קרי החזקה ושימוש ארוכי טווח. במובן זה, המחוקק נמנע מפגיעה שהיא קשה יותר – הפקעת זכות הבעלות באופן בלתי הפיך – וביכר שלילת זכויות קנייניות שעצמתה פחותה יותר.

111. בהקשר זה יש לציין, כי החוק אף אינו סוטה מן הדין המהותי החל באזור. חוק הקרקעות הירדני, כהגדרתו בחוק, מסמיך את הממשלה לרכוש קרקע מכל סוג שהוא, או זכות בקרקע, לצרכי ציבור. "צורך ציבורי", כפי הגדרתו באותו חוק, הוא "**כל צורך שהחליטה לגביו הממשלה בהסכמתו של המלך כצורך ציבורי**". סעיף 4 לחוק הקרקעות הירדני קובע כי הממשלה רשאית "**לרכוש את בעלותה של הקרקע**" או "**לרכוש את החזקה או את השימוש בקרקע לתקופה מסוימת**". הנה כי כן, גם המחוקק הירדני התיר רכישת זכויות כפויה לכל צורך ציבורי שהרשויות מוצאות לנכון. ברם, בעוד שהמחוקק הירדני התיר גם את רכישת זכות הבעלות, ביכר המחוקק הישראלי להורות על רכישה כפויה של זכויות פחותות הימנה, ההחזקה והשימוש.

112. **שנית**, נטילת הזכויות תעמוד בתוקפה "**עד להכרעה מדינית בדבר מעמדו של האזור וההתיישבות בו**" (כאמור בסעיף 3(2)(ב) לחוק). רוצה לומר, המחוקק מכיר בעובדה כי החוק מבטא פתרון זמני – גם אם ארוך טווח - לבעיה הנובעת בשל מציאות של עימות, שבה יש קושי מיוחד להשלים עסקאות מכר רגילות במקרקעין בין יהודים לערבים בשל ההשלכות ביטחוניות על שלומם של המוכרים. ממילא, כך מקוות הממשלה והכנסת, בצמוד להכרעה מדינית – וכחלק ממנה – תתפוגגנה המהמורות הקיימות היוצרות את הבעיה האמורה. לחילופין, ניתן להניח כי הכרעה מדינית באשר לעתידו של השטח, תהא אשר תהא, תכלול הסדרים שיתנו מענה קבוע למצב שנוצר בשטח במהלך השנים ובכלל זה למארג הזכויות הקנייניות בו.

113. **שלישית**, חלק לא מבוטל של המקרים שבהם דרשו עותרים מבית המשפט הנכבד, כי יורה על מימוש צווי הריסה, הוא כזה שבו "**הסיכוי המעשי לשימוש של ממש**" במקרקעין בידי הבעלים – קלוש. כך, למשל, בעניין עפרה אמר בית המשפט הנכבד, כי "**אילו חיינו במציאות 'נורמלית', כפי שנזדמן לי לכתוב בעבר, הייתה נמצאת דרך לפצות את העותרים או לרכוש מהם את הקרקע במצב שבו ניצבים תשעה בתים בנויים בלב יישוב, שהסיכוי <u>המעשי</u> לשימוש של ממש על-ידי העותרים בקרקע שתפונה הוא קלוש, לשון המעטה**" (בג"ץ 5023/08, 5.2.17, כב' המשנה לנש' א' רובינשטיין, פסקה ז'). ממילא, במקומות אלו מתן הגנה מוחלטת לזכות הקניין פירושו הגנה על היבט אחד ויחיד של זכות הבעלות: **שלילת השימוש בידי אחרים**. במילים אחרות, זכות הבעלים להדיר אחרים מרכושו. ואם על פי רוב, שעה שהבעלים מחזיק בקרקע או מפיק מהם תועלת אחרת, לזכות השלילית האמורה נודעת חשיבות מיוחדת, הרי שבמקרים שבהם אין הבעלים מחזיק במקרקעין, הופכת הזכות להדיר אחרים לביטוי המימוש היחידי של הבעלים. אמנם גם המרכיב של זכות ההדרה הוא מרכיב של זכות הקניין, אך רק מרכיב אחד שמשקלו במאזני המידתיות נמוך משמעותית מזה של פגיעה בזכות קניין מושלמת. במקרים אלו, פגיעה בזכות הבעלות – שעה שכל ביטויה הוא הדרת אחרים – עשויה להיות מוצדקת בתנאים שבהם אי הפגיעה באותה זכות יוביל בהכרח לפגיעה ממשית ואנושה בזכויותיהם של המחזיקים בקרקע ובאינטרס הציבורי שבסיום המציאות המורכבת והבעייתית באזור.

114. **רביעית**, על פי האמור בסעיף 8(א) לחוק, עומדת בפני בעלי המקרקעין הזכות לבחור **<u>בקרקע חלופית</u>** או בתשלום דמי שימוש שנתיים בשיעור גבוה יותר מערכם בתנאי שוק. בכך ביקש המחוקק לרכך עד כמה שניתן את הפגיעה בזכויותיהם. המחוקק הכיר בכך כי מידת פגיעתה - ולא רק הכלכלית - של הפקעת

זכויות במקרקעין איננה דבר של מה בכך, ולכן העניק לנפגע את הזכות **לבחור** בין פיצוי שהוא **קרקע ממש**, לבין פיצוי **כספי מוגדל**. למעשה, העובדה כי בעלי המקרקעין רשאים לקבל קרקע חלופית מפחיתה באופן משמעותי את הפגיעה בהם. יש לציין עוד, כי לפחות בחלק מן המקרים הקרקע שעליה בנו מעולם לא עובדה ואף אינה ניתנת לעיבוד, כך שמתן קרקע חלופית עשוי במקרים רבים להיטיב עם הבעלים. וגם אם מדובר בפגיעה ממשית בזכות הקניין, הרי שלכל הפחות ניתן לומר כי המחוקק צמצם את הפגיעה ככל הניתן בלי לפגוע בתכלית החוק.

115. **חמישית**, סעיף 3 לחוק קובע כי הליך רכישת הזכויות יתבצע ככל האפשר על פי הוראות החוק הירדני. החוק האמור, יחד עם כללי המשפט המנהלי הישראלי, מבטיחים כי ההליך יתבצע באופן מידתי ותקין (פרסום, זכות השגה וכיו"ב). ממילא, תינתן לבעל הקרקע הזכות לבחון ולבקר ואף לתקוף בערכאות – ומטבע הדברים אף בפני בית המשפט הנכבד – את ההחלטות המנהליות הכרוכות ביישום כל אחד משלבי החוק, לרבות התקיימות התנאים הקבועים בחוק לרכישה כפויה של הזכויות. כך, למשל, סעיף 9 לחוק מכונן ועדת שומה אשר "**תקבע את שיעור ערכם הראוי של דמי השימוש או את הקרקע החלופית שתוצע לבעל הזכויות במקרקעין, לפי העניין, לאחר ששמעה את טענותיו של בעל הזכויות במקרקעין – אם טען, ושקלה את כלל נסיבות העניין**". כך, למשל, סעיף 10 לחוק מכונן הקמת ועדת השגות אשר תאפשר ל"**בעל זכויות במקרקעין שרואה את עצמו נפגע מהחלטת ועדת השומה לפי סעיף 9(ג)(1) ... להגיש השגה לוועדת ההשגות על ההחלטה שתשב כערכאת ערעור על החלטות ועדת השומה**". הנה כי כן, החוק קובע מנגנוני ביקורת והשגה.

116. **לבסוף**, הכרחי לציין כי החוק אינו צופה פני עתיד. בכך, מבטא החוק את ההכרה כי תכליתו היא להסדיר רק את העבר, מתוך הבנה כי הנסיבות המיוחדות שתוארו לעיל, הן בדו"ח ששון והן בדו"ח לוי, מצדיקות הסדרה של העבר. החוק אינו מבקש להתיר, או לעצום עין, מהתנהלות עתידית כזו ואף מניח שהיא, ככל הנראה, פסה מן העולם. במובן זה, מבטא החוק מעין רציונאל של בטלות יחסית שעה שהוא מכיר בכך כי פגמים של אי חוקיות אינם בהכרח מחייבים מסקנה בינארית של "הכל או לא כלום", בדיוק כפי שבית המשפט הנכבד נוקט לעתים שעה שהוא מעדיף בטלות יחסית ולא בטלות מעיקרא. זהו ביטוי נוסף של המידתיות הגלומה בחוק.

<u>ג'3(3) - מבחן המידתיות במובן הצר</u>

117. האם הגשמת התכלית הראויה, לאור הפגיעה הוודאית בזכויות קניין, מוצדקת? האם, למעשה, ביקש המחוקק לעשות שימוש בכלי שהוא חסר כל פרופורציה ביחס לתכלית החוק? גם לכך התשובה שלילית.

118. כאמור לעיל, מטרת החוק היא, בראש ובראשונה, מניעת הריסתם של אלפי מבנים באזור – בתי מגורים ומבני ציבור – והסדרתם, באותם מקומות שבהם נדונו להריסה. קשה להפריז בעוצמת הפגיעה הכלכלית, האנושית והחברתית של הריסה כזו. מדובר במשפחות ובשכונות (לעתים אף בנקודות ישוב שלמות) אשר עלולות להיחרב. אין צורך להכביר מילים על המשמעות הטמונה בכך בעבור אותן משפחות. ברם, המשמעויות השליליות הכרוכות בכך נובעות גם מן העובדה, כי לעתים מימוש צווי ההריסה אינו תורם דבר לבעלי הזכויות באותם מקרקעין, בשל כך "**שהסיכוי <u>המעשי</u> לשימוש של ממש על-ידי העותרים בקרקע שתפונה הוא קלוש, לשון המעטה**" (עניין עפרה, כב' המשנה לנש' א' רובינשטיין, פסקה ז'). הימנעות מהסדרתם בדרך המוצעת בחוק, ובוודאי הריסתם בשל חוסר האפשרות להסדירם, לא תועיל לאיש. בנסיבות כאלו, להריסה משמעות נרחבת הרבה יותר מאשר פגיעה בזכויותיהם המידיות של המחזיקים בקרקע אשר בנו עליה. העובדה שההריסה או ההימנעות מהסדרה, במקרים לא מעטים, אינה

תורמת דבר לבעלים חייבת לקבל את המשקל הראוי במסגרת האיזון בין התועלת לבין הנזק.

119. גם כל אחת מהתכליות האחרות שנסקרו לעיל עומדת על עמדה במאזני המידתיות: הגשמת מדיניות ההתיישבות של ממשלת ישראל ושל ממשלות ישראל לדורותיהן, יישומה של תכלית מדינית של מניעת פגיעה בסטטוס קוו ההתיישבותי באזור, נטילת אחריות שלטונית למתן פתרון למצב הייחודי שנוצר, יעילות כלכלית כתוצאה מחסכון בעלויות הגבוהות מאוד של פינוי ישראלים, התמודדות עם כשל השוק שמונע מן התושבים הערבים המעוניינים בכך למכור את אדמותיהם אך מנועים לעשות כן בשל איומים על שלומם, והגנה בכך על זכויות הקניין שלהם.

120. ואף על פי כן, הפגיעה בבעלים המוכחים של המקרקעין אינה דבר של מה בכך. גם אם, לעתים, השתהו בעלי הקרקע במשך זמן בלי סביר. כך או כך, זיקתו הרגשית והכלכלית של אדם, כל אדם, לנכסיו בכלל היא מהותית ביותר, במיוחד כאשר מדובר במקרקעין. אכן, קניינו של אדם הוא זכות יסוד וראוי להגנה מיוחדת. ממילא, אין כל קושי להבין, כי רכישה כפויה של זכויות במקרקעין, שמשמעותה שלילת זכותו של בעלי הקרקע להפיק ממנה הנאה כלשהי או לעשות בה שימוש, פוגעת פגיעה משמעותית בזכות הקניין שלו. זאת, חרף העובדה כי זכות הבעלות שלו נותרה בידיו, וכי הוא זכאי לקרקע חלופית או לתשלום מוגדל בשל הפקעת זכויותיו. כך או כך, מצבו אינו כפי שהיה.

121. הנה כי כן, ניצב המחוקק בפני דילמה של ממש, במובנה העמוק ביותר: הסדרה במחיר פגיעה בזכות קניין או הגנה מוחלטת על זכות הקניין במחיר פגיעה בחייהן של מאות ואלפי משפחות, על ההשלכות החברתיות, הלאומיות והמדיניות הכרוכות בכך, יחד עם הפגיעה בזכות הקניין של חלק מבעלי הקרקע המנועים מלמכור את נכסיהם בשל חשש לשלומם. למחוקק אין את הפריווילגיה שלא לעשות דבר משום שבמחדלו הוא בוחר, למעשה, בחלופה האחרונה. ממילא, הוא מחויב להכרעה ואינו בן חורין להשתמט ממנה.

122. ואכן, המחוקק הישראלי הכריע. הוא הכריע כי המצב הנוכחי – של פער בין מציאות משפטית לעובדתית, של אי ודאות תכנונית וקניינית, של חרב הריסה המתנוססת מעל אלפי בתים – צריך להשתנות. הוא קבע, כי הגיעה השעה להסדיר את כל אותם מקומות שבהם המדינה, על זרועותיה, נטלה חלק בבניה. זאת, גם במחיר של פגיעה בזכות הקניין של בעלי הקרקע. זאת, בין היתר, גם בהתחשב בכך שהמחזיקים בקרקע, שהסתמכו על הרשויות (מקום שבו ההתיישבות נעשתה בהסכמת המדינה) או פעלו בתום לב, בנו את חייהם והשקיעו את מיטב אונם והונם, במציאות משפטית ופוליטית מורכבת, ובנסיבות אלה – האיזון מחייב להעדיף את זכויות המחזיקים, בכפוף לתנאים הקבועים בחוק הכוללים פיצוי מלא ונדיב לבעלים. בכך ביטא המחוקק את העיקרון הבסיסי שזכויות, וזכות הקניין בכלל, אינן מוחלטות. בנסיבות אלה, עדיף מתן קרקע חלופית או פיצוי נדיב על פני חורבן בתים או שכונות או הקפאה תכנונית שסופה לא נראה לעין. בנסיבות אלה, עדיפה מניעת הפגיעה הקונקרטית והמוחשית במהלך חייהן של אלפי משפחות ממניעת הפגיעה בזכות קניין, לעתים, מופשטת ולא בת מימוש. בנסיבות אלה, כך קבע המחוקק, אין זה סביר להרוס בתים ושכונות רק בשל שמירה קנאית ומוחלטת על זכות הקניין.

123. אכן, מדובר בקביעה אינטואיטיבית, תוצר של שכל ישר ושל הגיון בריא. ניתן להניח, כי אינטואיציה זו - על פיה אין הגיון או תוחלת בהחרבת בתים שלמים רק בשל הגנה מוחלטת על זכות הקניין - היא זו שהביאה את כבוד השי מזוז להקשות בנסיבות דומות כך:

> **"אני מבין כי המדינה לא רואה כפתרון הסדרה של ההתיישבות במקום עצמו, נכון? ... זאת לכאורה במובנים מסוימים האופציה הפשוטה ביותר. זאת אומרת להפקיע את השטחים הפרטיים ולתכנן את המקום ... מתי הפעם האחרונה שפינו יישוב מקרקע**

פרטית? כמה בתים היו שם וכמה שנים זה לקח? מתי פינו 3,000 אנשים מקרקע פרטית?".

(פרוטוקול דיון מיום 2.2.16 בעע"מ 2847/13 **איסמאילוף נ' ראש ממשלת ישראל**, עמ' 5, 9)

124. באותה פרשה דובר על התיישבות בדואית על קרקע פרטית ישראלית בתוך תחומי ישראל. במובן זה, מדובר בנסיבות שונות. אך במובן אחד מהותי אין כל הבדל: חוסר התכלית וההצדקה שבפינוי מאות משפחות רק בשל מתן הגנה מוחלטת לזכות קניין, כאשר ניתן לאזן בין האינטרסים המנוגדים ולהגיע לפתרון שהוא ראוי יותר בכל קנה מידה.

125. באיזון הנצרך בתחרות זכויות, גם באזור, אין משום חידוש. בית המשפט הנכבד נדרש בעבר לבחון את אופן האיזון שבין הזכות לפולחן מחד גיסא ושל זכות הקניין מאידך גיסא, שביצע מפקד האזור. וכך הוא קבע:

"על מפקד האזור מוטלת האחריות לביטחון הכוח הצבאי בשטח הנתון לפיקוחו בצד דאגה לסדר, לביטחון ולרווחת התושבים החיים בו. בראש סדר העדיפות באחריות לאוכלוסיית האזור עומדת החובה לדאוג לשלומם ולביטחון חייהם של התושבים. בכלל אחריותו של המפקד מצויה לא רק החובה לדאוג לביטחון החיים אלא גם האחריות להגן על זכויות אדם של כלל תושבי המקום, ערבים וישראלים כאחד. עם זכויות האדם החוקתיות הראויות להגנה נמנית הזכות לחופש דת ופולחן. בתחומי זכות זו מבקשים התושבים היהודים לתת ביטוי לאמונתם בתפילה במערת המכפלה, שהיא מקום קדוש ליהדות. מימוש זכותם זו בשבת ובמועד מחייב הליכה מקריית ארבע בואכה מערת המכפלה. הסיכון מפיגועי טרור ותנאי השטח מחייבים, כתנאי למעבר רגלי כזה, קיומם של תנאי סף מינימליים של ביטחון והגנה על המתפללים מפני פגיעה. תנאים אלה מחייבים נקיטת אמצעים מיוחדים לשם כך. מימוש אמצעים אלה כרוך בפגיעה בזכות הקניין הפרטי של תושבי המקום הערבים שקרקעותיהם מצויות לאורך הציר. זכות הקניין של תושבים אלה אף היא בעלת מעמד חוקתי מוכר. בהוציאו את צו התפיסה ביקש מפקד האזור לאזן איזון מידתי בין הזכויות החוקתיות הנוגדות כדי לאפשר מימוש זכות התפילה במקום קדוש בתנאי ביטחון יחסי להולכים בדרך.

כל החלופות האפשריות למהלך רגלי של המתפללים, פרט לציר המתפללים, נבחנו, ונמצא כי כל חלופה אחרת כרוכה בעלויות כבדות הרבה יותר מבחינת סיכונים ביטחוניים למתפללים ופגיעה ונזק צפויים לתושבי המקום. מאחר שציר המתפללים נמצא כחלופה העדיפה, הגביל מפקד האזור עד למינימום אפשרי את הפגיעה בקניין הפרטי בצדי הדרך. ... צמצום זה מקטין את הפגיעה בקניין, מצד אחד, ומעמיד את אמצעי הביטחון לציבור המתפללים על מינימום הכרחי בלבד, מצד אחר. כל המבנים נושא צו התפיסה הינם נטושים מאדם. בית אחד שנמצא מאוכלס הוצא מגדר צו התפיסה, ותוואי הדרך שונה בעטיו. הקטנת שטח ההרחבה של הדרך הדרומית מצריכה כיום הריסה חלקית של שני מבנים וחלק מבנה נוסף שאינם מאוכלסים זה שנים רבות. ההריסה אינה כרוכה בפינוי בני-אדם מבתיהם. מסגרת ההריסה אמורה להיות מפוקחת על-ידי גורמים מקצועיים בתחום שימור בניינים וארכאולוגיה כדי להגן במידת האפשר על ערכים תרבותיים-היסטוריים של הסביבה. לבעלי הקניין זכות לדמי שימוש ופיצויים בגין התפיסה וההריסה. צו התפיסה מוגבל בזמן. מקום שישתנה המצב הביטחוני וישרור שקט במקום, ההנחה היא כי הצו לא יוארך, וקניין שנתפס וניתן להחזירו יוחזר לבעליו.

האיזון בין הזכויות החוקתיות המתמודדות אינו קל ואינו מובן מאליו בנסיבות עניין זה. הוא כורך היבטים של זכויות לביטוי אנושי על דרך מימוש אמונה דתית ופולחן מול זכויות וערכים שעניינם קשר לאדמה ולקניין. מעל לכל אלה ניצב ערך כללי של אחריות לביטחון חיי אדם. נקודת שיווי המשקל בין מכלול גורמים אלה אינה קלה לאיתור, עם זאת בסופו של יום נראה כי צו התפיסה במתכונתו הצרה עומד במבחן החוקתיות באזנו איזון יחסי בין הזכויות החוקתיות. הוא מאפשר מימוש זכות הפולחן תוך מתן הגנה יחסית לביטחון המתפללים, המתאפשרת מצדה על-ידי פגיעה מוגבלת בהיקפה בזכות הקניין הפרטי הנוגדת, שפיצוי כספי בצדה. הוא אינו סותר ערכים מקובלים בחברה, הוא נעשה לתכלית ראויה, ואין הוא חורג מן המידתיות הנדרשת. אילו נמנע מפקד האזור מפגיעה יחסית בזכויות הקניין, פירוש הדבר היה מניעת אמצעי ביטחון חיוניים להבטיח את ההולכים בציר. אילו כך היה, היה הדבר עשוי לחייב שלילה מוחלטת של זכות המתפללים להגיע למערה בשבתות ובחגים מחשש להיעדר אמצעי ביטחון מספיקים להבטחת שלומם. שלילה כזו הייתה מהווה פגיעה אבסולוטית ובלתי ראויה בחופש הפולחן להתפלל במקום

קדוש ופגיעה קשה בחופש התנועה והגישה הנדרש לצורך מימוש חופש הדת. לחלופין, הדבר היה עשוי לגרור התרת הליכתם של המתפללים בציר בלא אמצעי ביטחון מיוחדים הנדרשים בנסיבות העניין תוך הגברת הסיכון המיידי לשלומם ולחייהם של גברים, נשים וטף העוברים בדרך, לעתים באלפיהם. חלופות אלה יוצרות קושי רב בצדן. על רקע זה שימורה של זכות הפולחן בתנאים של הגנה יחסית על ביטחון המתפללים תוך פגיעה יחסית, שצומצמה עד למינימום, בזכויות קניין של בעלי זכויות לאורך הציר, עומד בנסיבותיו המיוחדות של מקרה זה בתנאי האיזון החוקתי בדרך שאינה חורגת ממידת הסבירות."

בג"ץ 10356/02 **הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נח(3) 443, 468 (2004). וראו גם בג"ץ 1890/03 **עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל** פ"ד נט(4) 736, פסקה 11 (2005); בג"ץ 4331/10 **עיריית חברון נ' מדינת ישראל** נבו (2012); בג"ץ 7862/04 **אבו דהאר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון** פ"ד נט(5) 368 (2005); בג"ץ 9593/04 **מוראר, ראש מועצת הכפר יאנון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, נבו (2006).

126. ואם כך הם פני הדברים כאשר מדובר במעשה מנהלי של רשות צבאית – שהיא רשות מנהלית – ובמסגרת הדין הקיים, קל וחומר, שלכנסת ישראל הסמכות, **בחקיקה ראשית**, לקבוע את האיזון הראוי בין זכות הבעלים מחד גיסא, לזכות המחזיקים מאידך גיסא.

127. ואם כך הם פני הדברים שעה שמדובר בזכות להתפלל דווקא במקום מסוים, קל וחומר שכך הם כאשר מדובר בזכות של קהילות שלמות להמשיך לקיים חיים שלמים ותקינים ביישובים שהוקמו בתום לב או בהסכמת המדינה, ובאינטרס הציבורי שבהסדרה רוחבית של מציאות בלתי מוסדרת שעומדת במצבה זה כבר עשרות בשנים ומסבה נזקים קשים לכל הצדדים הנוגעים בה.

128. אכן, בשנים האחרונות חוותה החברה הישראלית מספר אירועים, כאמור, של הריסת בתים ושכונות. קשה להיוותר אדיש למראות ולמשמעויות החברתיות והאנושיות הנלוות לאירועים אלו. אל מול אלו, ולאחר שקילת הפגיעה בזכות הקניין ההכרחית להסדרה, הכריעה כנסת ישראל באופן שבו הכריעה: הסדרה בצד צמצום הפגיעה בזכות הקניין.

129. מן הראוי לחדד עוד את אותן נסיבות מיוחדות המצדיקות את הכרעת המחוקק.

130. **ראשית**, הגשמת יעדי החוק הכרחית במיוחד על רקע החלופה – הותרת המצב כמות שהוא – שאינה מתקבלת על הדעת. שהרי אי הסדרה איננה באמת אפשרית. אי הסדרה פירושה **קיפאון שסופו לא נראה לעין** של אלפי בתים, של שכונות ויישובים; אי הסדרה פירושה, לעתים, גם הריסה של אלפי בתים; אי הסדרה פירושה המשך החזקה בפועל של קרקעות פרטיות בלי להעניק כל פיצוי לבעליהם; אי הסדרה פירושה **הנצחת** הפגיעה בזכויות הקניין של בעלי הקרקע ללא כל פיצוי או תמורה (שהרי במציאות הקיימת איש לא מציע להם תמורה); אי הסדרה פירושה חניקה איטית ומתמשכת של ישובים שלמים באזור, שבהם מתגוררים אזרחים שומרי חוק ומשלמי מסים, ושל מקומות שבהם ישנו אינטרס ציבורי, מדיני וביטחוני בקיומה של התיישבות ישראלית.

131. על רקע זה החליטו כנסת ישראל וממשלתה לאחוז את השור בקרניו **ולהסדיר**. להסדיר באמצעות "ניתוח". הניתוח: רכישת זכויות כפויה, אינו קל; אך הוא הכרחי. ואחריו וממנו, יצאו הכל נשכרים.

132. הממשלה והכנסת בחרו להתיר את הקשר הגורדי באמצעות כלי משפטי קיים ורק התוו את התנאים המספיקים וההכרחיים להפעלתו. מדובר בנסיבות שבהן הבנייה נעשתה בתום לב **או** בהסכמת המדינה. רוצה לומר, הממשלה והכנסת קבעו, בחקיקה ראשית ובעניים פקוחות, כי הנסיבות ההיסטוריות והמציאות המורכבת באזור יצרו מבוי שאין להיחלץ ממנו אלא באמצעות מתיחת קו ברור, ודאי והגיוני אשר כל מה שמעבר לו יוסדר ובכך תיפתר, כמעט לגמרי, הבעיה הלאומית שישראל ניצבת בפניה: **הצורך**

לחלץ את יישובי האזור מקיפאון ומחוסר ודאות משפטית ולעתים, למנוע את הריסתם. הקו ששרטט המחוקק – קו פרשת המים – אשר החוצה אותו יוסדר הוא: **הסכמת המדינה או תום לב**. בתורף הכרעה זו מצויה ההכרה בכך, כי אזרחים ישראלים פעלו במציאות פוליטית, מדינית, משפטית ועובדתית משתנה ומורכבת. מציאות שבה לעתים הם פעלו מתוך הבנה, כי הם מגשימים את מדיניות הרשויות. ועל כך הסכימו הן דו"ח ששון והן דו"ח לוי ואלו גם הדברים שביטאו חברי הכנסת במהלך דיוני החקיקה (ראו למשל סעיף 100 לעיל). בתוך מציאות זו הקימו תושבים ישובים לתפארת, בהסכמת המדינה. ובמציאות המיוחדת של יהודה ושומרון, על סבך המורכבות הבינלאומית הכרוכה בה, אין הוגן יותר – כך קבעו הכנסת וממשלת ישראל – מלהסדיר את אותם מקומות. וכך, למשל, נכתב בדו"ח לוי:

"חרף האמור, הוקמו בהמשך, ללא אישור הממשלה, עשרות "שכונות" חדשות, חלקן במרחק ניכר ולעיתים ללא קיומו של קשר קרקעי רצוף עם ישוב האם, ואף מחוץ לתחום השיפוט שנקבע לו. תופעה זו היתה נרחבת ונדרש לה ממון רב, וככזו אנו מתקשים להאמין כי נעלמה מעיניהם של שרי הממשלה ואלה שעמדו בראשה, שהרי לא זו בלבד שהמשרדים של חלק מהם עסקו בכך ישירות, אלא שהרחבת התיישבות היתה נושא עליו התריעו גורמים מבית, ובהם מבקר המדינה, וגם במישור הבינלאומי שימשה אותה בנייה כלי לניגוח מדינת ישראל. <u>ואם חרף כל אלה הוסיפו החטיבה להתיישבות ומשרד השיכון לבנות את אותן "שכונות", שוב אין מנוס מלקבוע כי פרשנותה של החטיבה את החלטות הממשלה, תאמה את מאווייהם האמיתיים של רבים מאלה הנמנים עם "הדרג המדיני" הבכיר.</u>

<u>להתנהלות זו נודעת נפקות במישור המשפטי, והכוונה לדרך בה היתה אמורה להיות מובנת על ידי המתיישבים ביהודה ושומרון. להשקפתנו, אלה היו רשאים להניח כי הרחבתו של מפעל ההתיישבות, ותהא הגדרתו אשר תהא ("שכונה" או "ישוב חדש"), הוא עניין בו הממשלה חפצה ואותו היא מעודדת, ולראייה פעולותיה של החטיבה להתיישבות שפעלה (מכח הסכמי ההרשאה עם הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש), בסיועם של משרדי ממשלה שונים.</u>

לא נעלמה מעינינו העובדה כי בחלוף השנים, ונוכח הביקורת שנשמעה מבית ומחוץ על מעשה ההתיישבות באיו"ש, מיהרו אחדים מאלה הנמנים על "הדרג המדיני" הבכיר להתנער ממנו. <u>אולם, מהנתונים שהצטברו בפנינו, ונוכח הדברים שציטטנו, שוב אין ספק כי ההתיישבות נעשתה בידיעת הכל – החל בשרי הממשלה ומי שעמד בראשם, ועד אחרון דרגי הביצוע, והתכחשות לה מטרתה היתה אחת להדוף את הביקורת שהשמיעו גורמים שונים, בעיקר בינלאומיים</u>. ...

לאותה התנהלות של הממשלה ושלוחיה נודעו מספר תוצאות: אותם ישובים/שכונות שהוקמו הוגדרו כ"בלתי מורשים"; היכולת להתפתח ולו כדי לענות על הריבוי הטבעי, כמו גם האפשרות לפתור בעיות בסיסיות בתחומי התשתיות והשירותים השונים, נמנעה מהם; ותושביהם הפכו על כורחם ל"עבריינים בנייה" ו"משיגי גבול" בקרקע שאת תמורת הזכויות בה מימנו רבים מהם מכיסם, ובאמצעות הלוואות שנטלו מבנקים לאחר שהתקבלו אישור המדינה לכך."

(עמ' 54-48 לדו"ח לוי)

133. כך, למשל, מתאר דו"ח ששון מכתב מבכירה ממשרד הבינוי והשיכון:

"במכתב זה ציינה מנהלת המינהל לבנייה כפרית כי משרד המשפטים מנהל מהלכים של הכרזה על קרקעות באיו"ש כאדמות מדינה, במטרה להקים עליהם ישובים ישראלים. כאשר בנסיבות של יחסים בינלאומיים לא ניתן להקים ישובים חדשים באיו"ש, החליטו קובעי המדיניות כי לא יוקמו ישובים חדשים אלא יורחבו ישובים קיימים וזאת גם אם ההרחבה לא היתה צמודת דופן לישוב קיים. מנהלת המינהל לבנייה כפרית ציינה כי בבסיס ההתיישבות בשטחים עומדת עילה מדינית. כווני ההתרחבות נקבעו על ידי גורמים בשטח, שהם המועצות האזוריות, תנועת אמנה, בגיבוי שרי השיכון לדורותיהם. משמעות המכתב היא אם כן, שהמינהל לבנייה כפרית - לטענתה - באישור שרי השיכון לדורותיהם - התעלם מהחלטות הממשלה וסייע בהקמת המאחזים הבלתי מורשים במסווה של שכוות והרחבות לישובים קיימים" (עמ' 148)

ובמקום אחר:

"משרד הבינוי והשיכון מעורב בהקמת מאחזים בלתי מורשים. הזרוע המרכזית (אך לא היחידה) למעורבות המשרד במאחזים הבלתי מורשים היא המינהל לבנייה כפרית, שהתמקד מזה שנים בהקמת ישובים חדשים באיו"ש והרחבות של ישובים ותיקים. המינהל לבנייה כפרית פעל בהתאם למדיניות שהכתיבו שרי השיכון ומנכ"לי המשרד בשנים הרלוונטיות לתופעת הקמת המאחזים, קרי מאמצע שנות התשעים ואילך" (עמ' 29-30)

"משרד הבינוי והשיכון מתכנן ישובים חדשים בלי לבדוק את טיב הזכויות בקרקע, ומתכנן הקמת ישובים חדשים אף בקרקעות שלפי נתוני המינהל האזרחי הן קרקעות פרטיות של פלסטינים" (עמ' 157)

"המסקנה המתבקשת היא כי היעדר בדיקת הבעלות בקרקע מובילה, בין השאר למקרים של תכנון ישוב ישראלי על קרקע פרטית פלסטינית, עובדה המהווה תקלה על דעת הכל" (עמ' 159)

"משרד הבינוי והשיכון מימן הקמת תשתיות ומבני ציבור למאחזים בלתי מורשים שהוקמו על קרקעות סקר, ועל קרקעות פרטיות של פלסטינים" (עמ' 153)

134. דברים מעין אלו נכתבו גם בדו"ח מבקר המדינה 54ב (2003):

"בביקורת נמצא, כי בתקופה ינואר 2000 - יוני 2003, כרת מחוז ירושלים של המינהל לבנייה כפרית עם רשויות מקומיות 77 חוזים לבנייה ולפיתוח ב-33 מקומות באיו"ש, שעל פי נתוני המינהל האזרחי, העבודות בהם נעשו שלא כחוק, אם בשל היעדר אישור הממשלה או שר הביטחון, אם מחמת היעדר תכניות מתאר תקפות, ואם מסיבות הקשורות לבעלות בקרקע. היקפם של חוזים אלה הסתכם ב-29.7 מיליוני ש"ח. החוזים כללו עבודות מסוגים שונים: תשתיות ליחידות דיור, דרכי ביטחון, כבישי גישה ליישוב, שטח ציבורי פתוח, חיבור לחשמל, הקמת מגדל מים והנחת קו מים, והקמת מוסדות ציבור." (עמ' 359 לדו"ח מבקר המדינה)

135. כך, למשל, קובע דו"ח ששון ביחס לחטיבה להתיישבות אצל ההסתדרות הציונית:

"החטיבה להתיישבות פעלה רבות להקמת יישובים ישראלים בשטחי איו"ש. ממצאי הדו"ח מלמדים שהיא הקימה בעיקר מאחזים בלתי מורשים רבים, ללא אישור הדרג המדיני המוסמך ... כל אלו נעשו, החל מאמצע שנו התשעים ואילך, ככל הנראה בהשראת שרי שיכון שונים, מי מהם בעצימת עיניים ומי מהם בתמיכה עידוד וזירוז, תוך מתן עזרה ותמיכה של משרדי ממשלה אחרים, בין מיוזמת פקידים מסוימים ובין מיוזמה ועידוד של הדרג המדיני של אותו משרד" (עמ' 28)

"החטיבה אינה חולקת כי הקימה את המאחזים ללא תכנית בנייה בת תוקף. החטיבה טעונת כי הדבר נעשה על ידה כדבר שבשיגרה, כי כך מקימים ישובים בתוך ישראל ובשטחים." (עמ' 134)

"עיון בנתוני המנהל האזרחי מלמד כי החטיבה להתיישבות הקימה חלק מהמאחזים הבלתי מורשים על קרקעות שאינן אדמות מדינה. חלקן קרקעות סקר, חלקן קרקעות פרטיות של פלסטינים. הברור שערכתי מעלה כי חלק מהקרקעות שהוקצו לחטיבה, היו קרקע סקר או קרקעות פרטיות של פלסטינים וזאת מחמת השיבוש בנתוני המנהל האזרחי. החטיבה לא ידעה על כך וסברה כי היא מקבלת הקצאת קרקעות שהן אדמות מדינה בלבד." (עמ' 124)

"עתה מתברר כי במקרים רבים אין זהות בין תחומי ההכרזה של קרקעות מדינה, לבין הקצאת הקרקע שנעשתה; אין זהות בין גבולות אדמות המדינה שהוכרזו לבין גבול התכנית שאושרה; אין התאמה בין תחום אדמות המדינה שנקבעו לבין תחום השיפוט שנקבע ... לנתונים אלה יש השלכה על העובדה המתבררת עתה, כי חלק מהקרקעות שהוקצו על ידי הממונה לחטיבה להתיישבות, אינן בגדר אדמות המדינה מוכרזות אלא הן הן בגדר אדמות סקר, ובחלקן קרקעות פרטיות של פלסטינים". (עמ' 81)

מתברר כי חלק מהקרקעות שאינן אדמות מדינה והוקמו בהן מאחזים בלתי מורשים, הוקצו על ידי ההסתדרות הציונית למתנחלים" (עמ' 177)

אכן הממונה סמוך ובטוח כי הוא מקצה רק קרקעות שהן אדמות מדינה, ואילו אנשי חטיבה להתיישבות משוכנעים כי קיבלו לרשותם אך ורק קרקעות כאלה. אך מתברר כי אין אלה פני המציאות" (עמ' 179)

"נמצא כי הוקצו קרקעות על ידי המינהל האזרחי לחטיבה להתיישבות שחלקן קרקעות המוגדרות כאדמות סקר וחלקן אף קרקעות פרטיות של פלסטינים. זאת ככל הנראה מחמת טעויות שנפלו בדרך סימון אדמות מדינה על המפות. עקב כך, בין השאר, הוקמו חלק מהמאחזים הבלתי מורשים על קרקעות שאינן אדמות מדינה" (עמ' 34)

136. ולבסוף, כך מסכם דו"ח ששון את התמונה הכוללת בדבר מעורבות המדינה:

"נראה על כן כי הפרת החוק הפכה ממוסדת ומוסדית. אין לנו עניין עם עבריין או קבוצת עבריינים הפועלים בניגוד לחוק. התמונה הנגלית לעין המתבונן היא הפרת חוק בוטה על ידי רשויות מדינה מסוימות, רשויות ציבוריות, מועצות אזוריות באיו"ש ומתנחלים, הכל תוך הצגת מראית עין כאילו יש כאן מערכת מוסדית מסודרת הפועלת כחוק ... המסר הוא שמעשי ההתנחלות במאחזים הבלתי מורשים, על אף שאינם חוקיים, הם מעשה ציוני, ולכן יפה לו העלמת העין, הקריצה, המסר הכפול." (עמ' 44)

137. החזיק אחריו דו"ח לוי:

"את עמדתנו ביחס לצורך בהחלטת ממשלה נימקנו בפירוט רב, ומסקנתנו היתה שהקמת הישובים נעשתה בידיעתו ובהסכמתו של הדרג המדיני הבכיר ביותר – שרי הממשלה והעומדים בראשה, ועל כן קבענו כי נכון לראות בהתנהלות זו הסכמה מכללא. באשר לעובדה שאותם ישובים הוקמו ללא אישור של מוסדות התכנון, אף כאן מסקנתנו היתה שהגורם לכך היא הגישה שהיתה מקובלת על משרד השיכון והחטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית (וככל הנראה לא רק הם!), שהיתרי בנייה הם עניין אליו אפשר להידרש גם לאחר הקמת הישובים בפועל. ברם, גם כשלבסוף הוכנו תוכניות ואלה הוגשו למוסדות התכנון, החליט הדרג המדיני שלא לקדם את הדיון בהן. בנסיבות אלו, בהן האשם ל"אי חוקיות" שבהקמת הישובים ללא היתר רובץ לפתחה של הממשלה, אנו מתקשים לראות כיצד היא יכולה להתייצב ולטעון בניקיון כפיים כי המתיישבים פעלו שלא כדין, וכי יש להגיב על כך בהריסה של מה שנבנה ללא היתר" (עמ' 76)

138. מן הראוי לציין, כי במציאות המורכבת באזור, מעורבות המדינה בהליכי הבנייה היא משמעותית במיוחד. זאת, משום שדווקא לאור המציאות המדינית המורכבת ולנוכח פערי המידע שבין המתיישבים לבין הרשויות, מעורבותן של הרשויות מבססת הסתמכות של המתיישבים, אשר גם אם ידעו כי הבניה נגועה בפגמים כאלה או אחרים רשאים היו להניח, כי מדובר בפגמים שהם תוצר של מציאות מדינית מורכבת. לכן, בנסיבות מסוימות, שעה שהרשויות משדרות – בעצם מעורבותן – כי הבנייה היא על דעתן, רשאים המקימים להסתמך על המסקנה כי הסדרתם התכנונית היא עניין ביורוקרטי זמני. ואת זאת בדיוק מבקשות הכנסת והממשלה לעשות כעת. הד לסבירות שבהסתמכות הפרט על מצגים שלטוניים לא מחייבים לכך ניתן למצוא בהערת אגב של כב' השי' דורנר באחת הפרשיות:

"מן המסמכים שצרפו העותרים לעתירה עולה, כי, בפועל, התייחסו הרשויות ל"שירת-הים" כאל ישוב לכל דבר ועניין. האתר מתוקצב על-ידי ההסתדרות הציונית, הוא חובר לחשמל ומים, נסללה דרך גישה אליו ואף ניתנת לו הגנה על-ידי צה"ל ... זאת, ככל הנראה, על-יסוד מכתבו של מנכ"ל משרד ראש הממשלה לראש החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית העולמית, בו ביקש לטפל בשורה של אתרי התיישבות ש"שירת-הים" נמנה עימם, כפי שמטופלים כל הישובים שבאחריות החטיבה ... ממילא, כאשר רשויות ממשלתיות בדרגים גבוהים גילו דעתן כי רואות הן ב"שירת הים" יישוב לכל דבר ועניין, ואף הניעו את ההסתדרות הציונית לתמוך באתר, אין מקום לפנות את העותרים בטענה כי פעולותיהם מנוגדות להוראות הדרג הצבאי שהוציא את צו הסילוק."

(בג"ץ 9195/03 **היכליה וינשטוק נ' הממונה על הרכוש הממשלתי בחבל עזה - מר גבי סלוק** (2003))

139. כך, למשל, מתייחס דו"ח ששון למכתב שיצא ממשרד הבטחון לחטיבה להתיישבות ובו נכתב, כי יש לנהוג במספר מאחזים בלתי מורשים - בהם מצפה כרמים (המתואר לעיל בסעיף 48 ואילך) - כיישובים:

"המקבל ודאי יתקשה להניח כי דרג רם מעלה כמו ע' שר הבטחון להתיישבות איננו משקף את עמדת הממשלה, וכותב מכתב כזה בנגוד למדיניותה ... כל קורא סביר יסיק מהמכתב הוא שדרג רם מעלה במשרד הבטחון מאשר שמדובר בישובים חוקיים. ומי לנו יותר משופטי בית המשפט העליון והרושם שהתרשמו ממכתב דומה" (דו"ח ששון, עמ' 246)

140. אכן, אין זה בלתי סביר לקבוע, כי את מחירו של תיקון טעויות ומחדלי העבר אין להשית על אלה שהסתמכו על התנהלות הרשויות השלטוניות עצמן. ואת זאת מבקש חוק ההסדרה לעשות. אכן, החוק מסדיר רק את העבר, מתוך הכרה כי המציאות המורכבת באזור הולידה "מקרים קשים" וכי למדינה עצמה יש אחריות למציאת מזור במקרים אלו. הוא אינו מכשיר בניה עתידית על קרקעות של אחרים. הוא אינו מבקש להתיר, מכאן ואילך, הפקעת זכויות של פלוני רק בשל הרצון להעניקן לאלמוני. החוק מבקש להכריע רק בדילמה שכבר ניצבת בפניו, באותם מקרים שיש לרשויות חלק ביצירתה.

141. **שנית**, מנגנון ההפקעה הקבוע בחוק מופעל רק שעה ששווי הבנייה עולה על שווי הקרקע שהרי מנגנון רכישת הזכויות הקבוע בסעיף 3(2) לחוק מותנה בכך כי "**הסכום שהושקע בבניית ההתיישבות עלה, בשעת הבנייה, על שווים של המקרקעין בלי ההתיישבות באותה שעה**". כלומר, תנאי ואין בלתו להפעלת מנגנון הרכישה הכפויה הוא כי במקרקעין נבנתה בנייה משמעותית אשר, למעשה, השביחה את הנכס באופן דרמטי במידה העולה על שווי המקרקעין עצמם. בכך, צועד החוק, בשינויים מסוימים, בעקבות הסדר מוכר בדיני הקניין אשר נוגע לבנייה ונטיעה במקרקעי הזולת. מן הראוי להרחיב מעט בסוגיה זו.

142. המציאות שבה פלוני בונה במקרקעין של אלמוני או נוטע בהם שכיחה למדי, ובחלק ניכר ממערכות המשפט המודרניות יש התייחסות חקיקתית מפורשת לסוגיה זו (ראו למשל: יהושע ויסמן **דיני קניין – חלק כללי** §3.34 163–164 (1993)). גם אם בכל מערכת משפט אופן ההסדרה שונה במקצת מזה של רעותה, הצד השווה שבהן הוא ההכרה שבנסיבות מסוימות עשוי פלוני – שבנה או שנטע במקרקעין לא לו – לזכות בבעלות על המקרקעין ולהפקיע את זכויות הבעלות של אלמוני, שהיה בעלי המקרקעין עד לעת ההיא.

143. במבט ראשון נדמה כי ההכרה בכך שאדם עלול, בנסיבות כאלה, לאבד את זכות הבעלות שיש לו על מקרקעין מסוימים, מנוגדת לכל אינטואיציה משפטית וערכית. כיצד זה תופקע על לא עוול בכפו זכות הקניין של אדם – לא כל שכן זכות הבעלות, הנתפסת כזכות הקניין החזקה ביותר? מהי ההצדקה להכרה ביכולתו של אדם לכפות על רעהו את מכירת המקרקעין שלו בניגוד לרצונו? ואולם במבט נוסף מסתבר כי ההכרה שבנסיבות מסוימות דין זכות הקניין של אלמוני להיסוג מפני זכויותיו של פלוני אינה עומדת בסתירה לעקרונות היסוד של המשפט בכלל ושל דיני הקניין בפרט אלא היא ביטוי הכרחי שלהם מכמה בחינות.

144. <u>ראשית</u>, למרות ההילה האופפת את זכות הקניין בכלל ואת זכות הבעלות בפרט, וכפי שאף קבע בית המשפט הנכבד אינספור פעמים, זכות הקניין אינה זכות מוחלטת הראויה להגנה בכל מצב. למעשה, בנסיבות מסוימות הענקת הגנה מוחלטת לה עלולה להיחשב ביטוי לחוסר תום לב (רע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון** פ"ד נה(1) 199, 276 (1999)). ברור שזכות הקניין, ככל זכות, כפופה לאיזונים עם זכויות אחרות ועם ערכים ועם אינטרסים אחרים. ממילא ההכרה כשלעצמה – שיש שזכות הקניין של אלמוני במקרקעין תיסוג מפני זכותו של פלוני שבנה או שנטע במקרקעין ההם – אין בה חידוש עקרוני או קביעה מרחיקת לכת.

145. <u>שנית</u>, גם התאוריות המגוונות העומדות בבסיס דיני הקניין תומכות במסקנה כי בנסיבות מסוימות תועתק זכות הבעלות במקרקעין מבעליה המקורי ותוענק לבונה או לנוטע. על פי תאוריית העבודה, למשל, "לאדם זכות טבעית בפרי עמלו", ועל דיני הקניין לתת לזכות זו תוקף משפטי (יהושע ויסמן **דיני קנין - חלק כללי** §1.4 (תשנ"ג); מיגל דויטש **קניין** א §1.54 (1997)). כלומר זכותו של האדם על גופו מקנה לו גם זכות על

יציר כפיו, ומכאן שבכפוף לסייגים מסוימים, השקעתו של אדם ממשאביו ומעמלו בנכס מסוים – ונכס מקרקעין בכלל זה – מעניקה לו זכות בו. לכן לעובדה כי פלוני השקיע עמל בבנייה ובנטיעה על גבי מקרקעין של חברו יש בנסיבות מסוימות כדי לחייב את הענקת זכות הקניין במקרקעין לפלוני ההוא, אף על פי שהמקרקעין היו בבעלות אלמוני עובר למעשה הבנייה או הנטיעה (דויטש, שם, §7.2).

146. גם על פי תאוריות תועלתניות וכלכליות יש היגיון רב בהפקעת הבעלות של אלמוני לטובת פלוני שבנה או שנטע על המקרקעין שלא כדין אך בתום לב, משום שהעדפה גורפת של זכות בעלי המקרקעין המקורי הייתה מביאה לתוצאות שאינן רצויות מבחינת האינטרס הכלכלי-ציבורי. הפקעת זיקת המחזיק למבנים שהקים, וסילוק המבנים בכפייה – פוגעים באינטרס הכלכלי-ציבורי שכן הם עלולים לאפשר השחתה לא מוצדקת של הקיים ואף לתמרץ אותה (שם, §7.2). מכיוון שאחת מהנחות המוצא של תאוריות מסוג זה היא כי על החברה ככלל ועל דיני הקניין בפרט להביא למזעור בזבוז משאבים, הרי שדווקא העברת הבעלות על המקרקעין, תוך שמירה על הבנוי ומתן פיצוי נאות לבעלים המקורי של המקרקעין, היא הפתרון הרצוי מבחינת היעילות הכלכלית.

147. נימוק נוסף הקשור בתאוריות הכלכליות של דיני הקניין נעוץ באינטרס הציבורי כי נכסים ככלל יהיו בידי מי שיוכלו לנצל אותם מבחינה מיטבית. אם מניחים כי המחזיק פועל משיקולים רציונליים וכי בנה או נטע במקרקעי הזולת בתום לב, הרי שיהיה סביר לקבוע שעשה כן כדי להשיג ניצול מיטבי של המקרקעין שעמדו בשממונם; ניצול שלא יתקיים אם לא תתאפשר הפקעת המקרקעין ושמירת הבנוי ברשותו. ממילא יש היגיון רב בהעברת המקרקעין לבעלותו (בכפוף לתשלום פיצויים לבעלי המקרקעין המקורי) (שם; ויסמן, §1.6).

148. <u>לבסוף</u>, יש רגליים לסברה כי המציאות שבה בנה פלוני על מקרקעין של אלמוני היא למעשה תחרות בין שתי זכויות קניין: זכות הקניין של אלמוני במקרקעין, מול זכות הקניין של פלוני בבנוי (ובמשאבים שהשקיע בהם) עליהם. כלומר לא מדובר בתחרות בין אינטרס ההסתמכות בלבד של המחזיק לזכות הקניין של בעלי המקרקעין כי אם בהתנגשות בין שתי זכויות קניין (ראו לקמן גם בסעיף 153). בהנחה שהפרדת הנכס איננה אפשרית או איננה הגיונית כלכלית, הרי שלפנינו תחרות זכויות בין שני פרטים, שהיא כשלעצמה אינה נושא שהמחוקק נרתע מלהסדיר (ס' 9 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, הוא דוגמה אחת מני רבות). כאן כל פתרון אפשרי יפגע בזכות הקניין של אחד מהצדדים. מצד אחד, השארת המקרקעין בידי בעליהם והפקעת הבעלות על הנכסים הצמודים למקרקעין משמעה פגיעה בזכות הקניין של המחזיק. מן הצד האחר, השארת המבנים בידי בעליהם המחזיק והפקעת הבעלות על המקרקעין היא פגיעה בבעלי המקרקעין. כך או כך, על הדין לבחור בין שתי חלופות שכל אחת מהן פוגעת במידה זו או אחרת בזכויות הקניין של אחד מן הצדדים (דויטש, לעיל ה"ש 2, §7.3–§7.4).

149. התפיסה האחרונה של הסוגיה שוללת למעשה את הצגת הבעיה באופן חד-צדדי – כאילו בסוגיה דנן רק זכות הקניין של בעלי המקרקעין מוטלת על הכף – ומציעה חלופה אנליטית שעל פיה בכל מקרה ייפגעו זכויות הקניין של אחד מן הצדדים, בעלי המקרקעין או המחזיק. לכן על הדין רק לקבוע כיצד לאזן בין זכויות הצדדים בהתחשב בשיקולי היסוד של דיני הקניין ושל מערכת המשפט כולה. לתפיסה אנליטית כזו עשויה להיות חשיבות לא רק לצורך הפלפול העיוני אלא גם לאפשרות להקיש בין הסדר רגולטורי קיים למצבים שיש בהם חסר בחקיקה. כאן עשויה להיות לפריזמה האנליטית, שבאמצעותה אנו תופסים את הסדרת הסוגיה, חשיבות משמעותית בהיקש מההסדר הקיים למציאות אחרת שאינה נכנסת בבירור בגדרי ההסדר החקיקתי (דויטש, לעיל ה"ש 2, §7.3–§7.4).

150. המחוקק הישראלי הסדיר את הסוגייה האמורה בחוק המקרקעין (סעיפים 21–26 לחוק המקרקעין). גם הדין המהותי החל באיו"ש כולל הסדרים דומים. סעיף 906 למג'לה מסדיר את הסוגיה בקרקע מסוג מולכ וסעיף 10 לחוק ההחזקה (התצרוף) בנכסי דלא ניידי, מס' 49 לשנת 1953 הירדני - אשר זהה כמעט לחלוטין לנוסח שקבע המחוקק העותומני שקדם לו - מסדיר את הסוגיה בעניין קרקעות מסוג מירי. עיון בסעיפים האמורים מלמד כי בעיקרם של דברים, עקרונות הסדרת הסוגיה בדין החל באזור אינם שונים מהותית מהסדרתה בדין הישראלי. וכך, למשל, תיאר את הדין העות'מאני באזור משה דוכן, בכיר חוקרי המשפט העות'מני בארץ ישראל המנדטורית:

> **"בנוגע לבניינים ונטיעות, שנבנו וניטעו ביושר על קרקע של אחר (Bona fide), הדין הוא בדרך כלל, שבעל הקרקע או בעל התוספות ניתנת לו הזכות לרכוש את הקרקע או את התוספות, בהתחשב עם שווי הרכוש. אם שוויה של הקרקע היא גדולה משווי התוספות משלם בעל הקרקע, לבעל התוספות את שווי התוספות, ואם שווי התוספות עולה על שווי הקרקע, משלם בעל התוספות לבעל הקרקע את דמי-שוויה של הקרקע. אפשר להניח, שדין זה מבוסס על העיקרון שהובא בס' 27 מן המג'לה, הקובע ביחס לנזק חמור ונזק קל – שאת הנזק החמור מסלקים על ידי נזק הקל ממנו."**
>
> דוכן, **לעיל ה"ש** 26, בעמ' 194.

151. והנה, דרישת המחוקק בחוק ההסדרה כי תנאי לרכישת הזכויות - החזקה ושימוש אפילו לא בעלות - היא השוואת שווי הבנוי לשווי הקרקע מבטאת את מרבית עקרונות היסוד המנויים לעיל. היא מבקשת לאזן - איזון אופקי - בין שתי זכויות: זכות ההחזקה של המחזיקים במקרקעין יחד עם זכותם במשאבים שהושקעו בבנייה עצמה; היא מבטאת את ההכרה כי אין למנוע נזק קל בנזק חמור; היא מבטאת עקרונות של יעילות כלכלית שעה שברור כי, לעיתים, החרבת הבנייה לא תשרת שום תועלת כלכלית ומשמעה השחתה - ללא תכלית של ממש - של משאבים שהושקעו במשך שנים במקרקעין; היא משקפת את ההכרה כי יש הצדקה להענקת זכויות במקרקעין לידי מי שיפיק מהן תועלת של ממש, שעה שעובר לבנייה במקרקעין הן היו שוממים ולא מפותחים כלל. בכל אלה יש כדי להצדיק רכישה כפויה של זכות הבעלות במקרקעין. קל וחומר, שעה שהמחוקק נמנע, בכוונת מכוון, מליטול זכות זו אלא רק זכויות נחותות ממנה קרי, זכות החזקה והשימוש.

152. הנה כי כן, מנגנון הרכישה הכפויה הקבוע בסעיף 3(2) לחוק ההסדרה מגלם עקרון יסוד הקיים ממילא בשיטות משפט רבות, ובכלל זה בדין המהותי החל באזור. בכך, מעבר לנימוקים המנויים לעיל ביקש המחוקק לצעוד, במידת האפשר, בעקבות הסדרים וראציונאלים משפטיים מוכרים. **בכך, באופן מובהק, הוכיח המחוקק כי הוא ביקש להפעיל אמצעי מידתי להגשמת תכלית החוק.**

153. **שלישית**, לאור העובדה כי תנאי סף להפעלת מנגנון הרכישה הכפויה הקבוע בסעיף 3(2) הוא השבחה משמעותית של המקרקעין, נדמה כי ראוי להניח כי מדובר במקרקעין אותם מחזיקים המחזיקים שנים רבות. בנסיבות כאלה, חרף העובדה כי מדובר במקרקעין פרטיים, יש משקל בלתי מבוטל לכך שהבעלים ישנו על זכויותיהם תקופה ארוכה מאוד. הדין המהותי החל באזור מעניק משקל רב לעצם ההחזקה במקרקעין. כך, למשל, סעיפים 20 ו-78 לחוק הקרקעות העות'מאני מכוננים טענת התיישנות (דיונית ורוכשת בהתאמה) לטובת מחזיקים במקרקעין (פרטיים וציבוריים בהתאמה). כך או כך, העובדה כי החוק, מטבעו, על-פי רוב יסדיר את מעמדם של מחזיקים בקרקע תקופה ממושכת שעה שבעליה ישן על זכויותיו, ראויה להילקח בחשבון ומלמדת על מידתיותו.

154. **רביעית**, החוק, בשונה מהצעת החוק הראשונית שהוגשה, אינו מפקיע את זכות הבעלות אלא זכויות פחותות ממנה, ובאופן זמני. מדובר בשינוי משמעותי ביותר המצביע על רצונה של הכנסת לצמצם את

הפגיעה בבעלים. שכן אין דין הפקעה צמיתה של זכות הבעלות כדין הפקעה זמנית של זכות ההחזקה והשימוש. למעשה, חרף הנחות היסוד של החוק הישראלי שעליהן חונכנו, הרי שמגמת דיני הקניין המודרניים היא להפריד בין הקרקע לבין המצוי עליה (א' קמינצקי **חכירה לדורות** עמ' 300 ואילך, 448 (בורסי, תשע"א)). רוצה לומר, במובנים רבים מגמת דיני הקניין המודרניים היא לראות בזכות במחוברים לקרקע זכות נפרדת מזכות הבעלות במקרקעין עצמם. על רקע זה, הפקעת זכות השימוש וההחזקה תוך הותרת זכות הבעלות במקרקעין בידי בעליהם משקפת אף היא את התובנה, כי מלכתחילה מן הראוי להותיר את זכות השימוש וההחזקה בידי מי שהקים את המבנים משום שהם – על אף היותם מחוברים למקרקעין – למעשה בבעלות המחזיקים.

155. **חמישית**, רכישת הזכויות אינה תקפה לנצח, אלא רק עד להסדרה כוללת ולהכרעה מדינית בנוגע לאזור ולהתיישבות בו. כלומר מדובר במנגנון בעל אופי זמני המתחשב בנסיבות הגיאופוליטיות באזור.

156. **שישית**, לבעלי הקרקע מוצעת קרקע חלופית ובכך, למעשה, הפגיעה בו מצטמצמת מאוד.

157. **שביעית**, שיעור הפיצויים המוצע לבעלי המקרקעין הוא גבוה מאוד. למעשה, דמי שימוש בשווי של 125% משווי השוק של שימוש כזה (או קרקע חלופית) הוא סכום **חסר תקדים**. מן הראוי לזכור, כי בהפקעות רגילות, הן בתחומי ישראל והן על פי הדין החל באזור, התמורה לה זכאי מי שזכויותיו במקרקעין הופקעו לא תמיד מגיעה לשוויים המלא של המקרקעין. כך, למשל, בהפקעה לפי חוק התכנון והבנייה התשכ"ה-1965 (ראו גם עע"ם 5839/06 **בראון נ' יו"ר הועדה המחוזית** לתכנון ובנייה, מחוז המרכז (2008)). כך, למשל, גם על פי הדין המהותי החל באזור רשאיות הרשויות להפקיע עד 30% לטובת שטחים ציבורים ללא פיצוי כלל (סע' 58 לחוק תכנון ערים כפרים ובנינים חוק זמני מס' 79 לשנת 1966). מנגד, חוק ההסדרה מעניק פיצוי מוגדל גם אם חלקים מן המקרקעין, כפי שניתן לצפות, יופרשו לטובת שטחים ציבוריים.

158. **שמינית**, המנגנון הקבוע בחוק ההסדרה מיטיב את מצבם של בעלי המקרקעין ביחס למצב לפי החוק הישראלי ובכך מבטא את הייחוד של המציאות הגיאופוליטית באזור. שהרי על פי החוק הישראלי, עילת התביעה בגין פיצויי הפקעה לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, נולדת, לכל המאוחר, במועד בו תפסה הרשות חזקה במקרקעין (דנ"א 1595/06 **עזבון המנוח אדוארד ארידור ז"ל נ' עיריית פתח תקווה** (2013)). יתר על כן, על פי הדין הישראלי אם חלפו למעלה משבע שנים ממועד תפיסת ההחזקה במקרקעין הרי שהתיישנה עילת תביעת הפיצויים בגין ההפקעה. המנגנון הקבוע בחוק ההסדרה אינו מתנה את מתן הפיצויים בתפיסת החזקה במקרקעין שהיא בת פחות משבע שנים. זאת, למרות שבחלק לא מבוטל של המקרים נבנו המבנים **לפני עשרות שנים** (ראו, למשל, מקרה עפרה, מצפה כרמים ועוד). רוצה לומר, גם בנסיבות שבהן נתפסו המקרקעין לפני למעלה משבע שנים, כפי מרבית המקרים, עדיין יוכלו בעלי המקרקעין לתבוע את הפיצויים הקבועים בחוק ההסדרה. וכך, חרף האינטרסים הגלומים במוסד ההתיישנות, חוק ההסדרה אינו מתנה תשלום דמי שימוש בתקופת זמן כלשהי (וראו י' גלעד "התיישנות במקרקעין – קווים לרפורמה" **משפטים** יח 177 (תשמ"ח)). בכך, מחיל עליהם החוק הסדר שהוא טוב יותר מן ההסדר הקבוע בישראל ומבטא גם כאן את עקרון המידתיות.

159. **לבסוף**, מן הראוי לזכור: רכישה כפויה של מקרקעין לטובת התיישבות, כשלעצמה, היא כלי הקיים גם בתוך גבולות מדינת ישראל. במובן זה אין בו חידוש, שכן על פי הוראות פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, רשאיות הרשויות להפקיע מקרקעין לטובת "צורך ציבורי" אשר הגדרתו בסעיף 2 לפקודה כוללת, בין היתר, גם "**הקמה, הרחבה או פיתוח של יישוב**". ברור, כי הפקעה לצורך זה משמעה גם הקצאת זכויות לאותם אלו שעתידים להתגורר באותו ישוב שהקמתו, הרחבתו, או פיתוחו התאפשרו בשל

הפקעת המקרקעין. כלומר, העובדה כי מקרקעין שהופקעו לטובת הקמה, הרחבה או פיתוח של יישוב יוקצו בשלב מאוחר יותר לאנשים פרטיים – כחלק אינהרנטי מאופיו של הצורך הציבורי שעמד בבסיס ההפקעה – אינה מאיינת את חוקיות ההפקעה. שהרי כל הקמת שכונה או עיר משמעה, בסופו של הליך, הקצאת זכויות לאנשים פרטיים גם על אדמות שהופקעו לצורך כך. כך, למשל, אמר בית המשפט הנכבד באחת הפרשיות בהן הופקעה קרקע בירושלים לצורך הקמת שכונה:

> **"עם כל האהדה להרגשה המקוננת בלב העותרת שרכושה משמש אמצעי לדאגה לעולים אמידים המסוגלים לדאוג לעצמם, אין בידינו לקבל את הטענות נגד ההפקעה ובעד ביטולה, כולה או חלק כל שהוא ממנה ... לדעתנו, אין הדבר כך. הקרקעות שבשטח ארמון הנציב היו שייכות למאות בעלים שונים. ברור שאי-אפשר היה להשיג את המטרה של בינוי ופיתוח השטח הזה, בייחוד בצורה מאורגנת ומהירה, לו נשארה היזמה לכך בידי בעלי הקרקעות הפרטיים עצמם, מה גם שהיתה דרושה, ועודנה דרושה, השקעה עצומה של עשרות מיליונים לירות להכנת התשתית לפיתוח השטחים ולבינויים. השטח נועד לבניית כ-5,000 יחידות דיור, ורובן הגדול כבר הוקמו או עומדים בבנייתן. גם על רובה הגדול של חלקת העותרת כבר נבנו בתי מידות לשיכונים ציבוריים ומלבד השטח שנועד להקמת שלושת הקוטג'ים הוקצו בה שטחים למטרות ציבוריות שונות: גן-ילדים, מגרש חניה, שטח ציבורי פתוח, דרכים ושבילים. רובע מגורים כזה הוא מעין עיירה בפני עצמה, ולדעת מתכננים ובוני ערים מן הראוי לגוון בו את סוגי הבנייה והאוכלוסיה שלא יהיו סטנדרטיים והומוגניים. ניסיון העבר, גם בארץ, לימד את המתכננים והבונים כי הקמת רובע עירוני שלם שאוכלוסייתו משוכנת כולה במה שקרוי "שיכונים ציבוריים" של בתי מידות ועשויה מיקשה אחת מבחינה חברתית כלכלית, אינה רצויה. מוטב שהרובע יהיה מגוון עד כמה שאפשר מכל הבחינות: ארכיטקטונית, חברתית וכלכלית, ומתוך כך יש ענין שתהיה בו גם מידה מסויימת של בנייה ברמה גבוהה, שתאפשר לשכן שם אנשים בעלי עמדה ואמצעים מתאימים."**

(בג"ץ 147/74 **טובה ספולנסקי נ' שר האוצר**, פ"ד כט(1) 421, 422 (1974))

160. ואם צורך ציבורי עשוי להיות גם שעה שמדובר בהרחבת כביש גישה, או הקמת ספריה ציבורית, קל וחומר שיש צורך ציבורי שעה שללא ההפקעה ייגזר לשבט גורלן של אלפי משפחות. ואם צורך ציבורי עשוי להתעורר בשל רצון **לתכנון עתידי** קל וחומר שיש צורך ציבורי שעה שמדובר בהסדרה שהיא **הכרחית** על מנת שלא לפגוע בזכויות **קיימות**. אין לך צורך ציבורי מובהק מזה.

161. יתרה מכך, סעיף 22(1) לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) הישראלית קובע, כי "**כל אדם רשאי לפנות אל שר האוצר בבקשה שירכוש קרקע כל־שהיא בשם אותו אדם ולשם שימושו ... כאילו היתה זו קרקע שיש לרכוש אותה לצורך ציבורי**". הנה כי כן, החקיקה הישראלית מאפשרת אפילו הפקעה של זכות הבעלות במקרקעין לטובת אדם אחר, ובלבד שיש נסיבות המצדיקות זאת. וכך, למשל, בעניין אתא טקסטיל (בג"ץ 114/77 **שוורץ נ' שר האוצר** (1977)). באותה פרשה, ביקש מפעל אתא טקסטיל כי שר האוצר יפקיע קרקע פרטית שכנה, לאחר שהתברר למפעל כי עוצמת הרעש שהוא מפיק חורגת מן המותר, בלי שניתן לצמצמה. השכנים שהתגוררו במקרקעין הסמוכים אף תבעו את המפעל בגין עוולת מטרד ליחיד וזכו בצו מניעה. המפעל ניצב בפני מבוי סתום. "**אתא מצאה את עצמה במצב קשה - או שתיכנע לדרישותיהם של העותרים (אותן עוד נזכיר בהמשך הדברים) או שתפסיק את פעולת מערכת הקירור והאיוורור שמשמעה הפסקת פעולתו של המפעל כולו, ושתי האלטרנטיבות גם יחד לא נראו בעיניה כאפשריות**" (בגץ 114/77 **שוורץ נ' שר האוצר**, פ"ד לא(2) 800, 803 (1977)). "**ואז פנתה אתא אל שר האוצר (הוא המשיב מס' 1 בפנינו) וביקשה ממנו להפעיל את סמכותו לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 - (להלן - הפקודה) ולהפקיע את הנכס מבעלות העותרים. בתאריך 3.3.1977 החליט המשיב מס' 1 להיעתר לפניה**".

162. וכך קבע בית המשפט הנכבד באותה פרשה:

"סעיף 3 לפקודה מעניק למשיב מס' 1, בין היתר, את הכוח לרכוש את בעלותה של כל קרקע (היינו להפקיע את בעלות הקרקע כנגד תשלום שוויה) אם הוא נוכח כי הדבר דרוש או נחוץ לכל צורך ציבורי. המונח "צורך ציבורי" הוגדר בסעיף 2 לפקודה כ"כל צורך שאותו אישר שר האוצר כצורך ציבורי". סעיף 22, שעל-פיו פעל המשיב מס' 1 במקרה דנן, מאפשר לשר האוצר להעניק את כוחותיו (ולהטיל את חובותיו) בקשר להפקעה לאדם אחר ...

אכן נכון שסעיף 22 לפקודה מתיר את הפקעתה של קרקע לשם "שימושו" של יוזם ההפקעה, וכי שר האוצר חייב להשתכנע שההפקעה ל"שם שימושו" עשויה להיות מועילה לציבור, אלא שלדעתי אין להגביל את מובנו של המונח "שימוש" כפי שעשה זאת בא-כוח העותרים. יכול אדם "להשתמש" בקרקע לשם ניצולה לצרכי חקלאות, כריית מחצבים, בנייה או נופש, אך "שימוש" בקרקע יכול להתקיים גם לצרכים אחרים. באופן כללי ניתן לומר שאדם יכול להשתמש בקרקע לכל מטרה שיש בה תועלת בשבילו, ושימושו למטרה כזאת מהווה "שימוש" גם לצורך הפקודה. <u>במקרה דנן אין חולקין כי הנכס דרוש לאתא באופן מידי כדי שתוכל להמשיך בהפעלת בית-החרושת ללא הפרעה מצד העותרים והשימוש [ל]מטרה זאת אינו נופל מהשימוש למטרה מועילה אחרת</u> ...

מן הרגע שבו נתברר כי אתא עשתה את הכל שניתן היה, לדעת מיטב המומחים, לעשות מבחינה טכנית כדי להנמיך את מפלס הרעש במקום הימצא בתיהם של העותרים, וכי למרות מאמציה לא ירד המפלס לדרגת המקסימום הקבועה בפסק-הדין, צריך היה למצוא דרך נאותה כדי למנוע את התוצאה הקטלנית של סגירת בית-החרושת, על כל ההשלכות החברתיות הכלכליות הכרוכות בצעד הזה. <u>מניעת סגירתו של מפעל שבפעילותו התקינה תלויה פרנסתן של אלפי משפחות הוא בודאי בגדר של "צורך ציבורי" וכשלא ניתן היה להשיג מטרה זו בדרך אחרת, צריך היה לאחוז באמצעי שנותר והוא הפקעת הנכס מידי העותרים</u>"

(**שם**, 806-803)

163. ואם הפקעת זכות בעלות, צמיתה ובלתי הפיכה, מוצדקת כדי לא לאלץ מפעל פרטי לסגור את שעריו – גם אם האחריות לרעשים שהוא מייצר **שלא כדין** היא עליו – הרי שקל וחומר שהפקעת זכויות פחותות מזכות הבעלות, תוך מתן פיצוי חסר תקדים (או קרקע חלופית) עשויה להיות מוצדקת על מנת שלא לפגוע במרקם חייהם של אלפי משפחות ואף למנוע, לעתים, את הריסת בתיהם (יוער גם כי העקרון שהפקעת מקרקעין לצורך ציבורי מתיר גם הפקעת מקרקעין לידיים פרטיות, ובלבד שהתכלית היא צבורית, מוכר גם בארה"ב. ראו, למשל, Berman v. Parker, 348 U.S. 26 (1954); Hawaii Housing Authority v. Midkiff, 467 U.S. 229 (1984); Kelo v. City of New London, 545 U.S. 469 (2005)).

164. הנה כי כן, בנסיבות כאלה, רשאיות הממשלה וכנסת ישראל לקבל הכרעה נורמטיבית: לקבוע את הכללים אשר על פיהם תועדף הסדרת הבנייה על פני החלופה של הריסה ושמירה מוחלטת על זכות הקניין. חוק ההסדרה מבטא הכרעה נורמטיבית המושתתת על שיקולים רחבים.

165. אכן, השאלה האם ההתיישבות ביו"ש רצויה נתונה במחלוקת ציבורית בישראל. גם כנסת ישראל, על כל סיעותיה, משקפת את חילוקי הדעות הללו הקיימים בחברה הישראלית. זו נשמת אפה של הדמוקרטיה בכלל ושל הדמוקרטיה הפרלמנטרית שלנו בפרט. אלא שכנסת ישראל, בהליך דמוקרטי שלא נפל בו כל פגם, הכריעה ברוב קולות, כי בדילמה המוצבת בפני הרשויות שומה עליהן להכריע באופן שיאפשר את הסדרת הבניה בהתיישבות, אשר לגביה נתקיימו התנאים הקבועים בחוק. כך ביקשו הממשלה והכנסת להגשים את מדיניות ההתיישבות של ממשלות ישראל לדורותיהן; ליישם תכלית מדינית של מניעת פגיעה בסטטוס קוו ההתיישבותי באזור; ליטול אחריות שלטונית על מציאות מורכבת במקרים שבהם יש למדינה חלק; להבטיח יעילות כלכלית כתוצאה מחסכון בעלויות הגבוהות מאוד של פינוי ישראלים; ולהתמודד עם כשל השוק המונע מתושבים ערבים המבקשים למכור את אדמותיהם לעשות כן, בעקבות איומים על שלומם, ולהגן בכך על זכות הקניין שלהם. זו הכרעה נורמטיבית המצויה בליבת סמכותו של בית המחוקקים. והכול, בכפוף למגבלות של משטרנו החוקתי, קרי, מבחני חוקי היסוד שלנו. ומשעה שכנסת

ישראל אמרה את דברה - באמצעות החוק - היא הכריעה. שאלות הנוגעות לתבונתו של החוק או להשלכות הפוליטיות שלו - בארץ ובעולם - אינן עניין משפטי חוקתי. בכל מקרה, אין הן יכולות להוות עילה לביקורת שיפוטית.

פרק ד' - דחיית טיעוני העותרים

166. עיון בעתירות דנן כמו גם בעמדת המבקשים להצטרף כ"ידיד בית המשפט" (מיום 1.3.17) מגלה מגוון טענות נגד החוק, הן מבחינת המשפט הישראלי הפנימי והן מבחינת המשפט הבינלאומי ואנו נשיב להן אחת לאחת. זאת, לאחר שקיבצנו אותן והתייחסנו אליהן לגופן לאו דווקא כסדר הופעתן בכתבי הטענות בהן הן הועלו, ובלי להבחין מי מהעותרים או ממגישי בקשת ההצטרפות העלו אותן.

ד'1 – הערה מקדמית ביחס לטענת הבשלות

167. כידוע, בית המשפט הנכבד דחה לא אחת עתירות נגד חוקתיותם של חוקים וקבע, כי הללו תבשלנה רק כאשר יגיעו למימוש קונקרטי מול מסכת עובדתית קונקרטית (ראו, למשל, בג"ץ 2311/11 **סבח נ' הכנסת** (2014)). במקרה דנן, ממשלת ישראל אינה סבורה כי הדיון בחוק איננו בשל באופן כללי. כמפורט לעיל, חוק ההסדרה קובע איזון עקרוני בין התכליות העומדות ביסודו לבין הפגיעה בזכות הקניין, לרבות הסדרים קונקרטיים המצמצמים את הפגיעה בזכות וגודרים את הנסיבות שבהן החוק יופעל. איזון זה קבוע כבר בחוק, הדיון בו בשל, והכרעת בית המשפט הנכבד תכריע ממילא בנוגע ליישומיו במקרים הקלאסיים המשקפים את האיזון שמבצע החוק.

168. יחד עם זאת, ככל שיטענו העותרים לאירועים קונקרטיים ייחודיים שבהם כף הפגיעה חמורה במיוחד וכף ההצדקה על בסיס התכליות חלשה במיוחד – מכוח סעיף 3(2) לחוק, שהוא היחיד שיש בו כדי לבסס פגיעה בזכויות פרט – אזי ממשלת ישראל שומרת לעצמה את הזכות לטעון כי אין לפסול את החוק בכללותו ואף אין לקבוע לו הגבלות בשלב זה, אלא יש לאפשר לדיון במקרי קצה אלו להבשיל ולאפשר לבית המשפט להכריע בהם באופן קונקרטי בשלב יישומם, לנוכח המסכת העובדתית הייחודית להם.

169. נפנה כעת לדחיית טענות העתירה לגופן. בתחילה, נדחה את הטענות כי החוק אינו עומד במבחני חוקי היסוד. לאחר מכן, נבהיר מדוע הדין הבינלאומי אינו יכול להוות עילה לביקורת שיפוטית של חקיקת הכנסת. לבסוף נבהיר, למעלה מן הצורך, מדוע החוק עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי, ולכל הפחות, עם פרשנות ראויה שלו.

ד'2 – הטיעון נגד חוק ההסדרה מן המשפט הישראלי הפנימי

ד'2(1) – דחיית הטענה כי החוק פוגע שלא כדין בזכות הקניין

170. בדיוננו לעיל הבהרנו מדוע החוק, חרף פגיעתו בזכות הקניין של בעלי הקרקע, עומד במבחני חוקי היסוד: הוא נחקק לתכלית ראויה, בהתאם לערכי מדינת ישראל והוא מידתי. אין הכרח לשוב על כל האמור לעיל בהקשר זה. נעיר רק הערה אחת בקשר לטענה, כי תכלית החוק אינה ראויה משום שהוא, על פי הטענה, מעודד עבריינות או גזל.

171. עמדת הממשלה היא כי החוק אינו מעודד עבריינות בנייה או מכשיר "גזל קרקעות". כאמור לעיל, החוק נועד לתת מענה למציאות עובדתית ומשפטית מורכבת, ייחודית וחסרת תקדים. כל אלה חברו יחד למסכת נסיבתית שאפשרה הקמת ישובים, שכונות ובתים, בתמיכת הרשויות או בעידודן, חרף העובדה כי לא קודמו עובר להקמתם הליכי תכנון, ועל אף שמעמד הקרקע לא תמיד היה ברור לרשויות ובוודאי שלא

למתיישבים. אכן, החוק מכשיר בדיעבד התנהלות לא רגילה ובניה ללא היתרים. חוק ההסדרה מכיר בהתנהלות זו, ומבקש להסדיר את המצב שנוצר בגינה.

172. יש להדגיש כי התופעה של בניית יישובים ללא תכניות מתאר, או בניגוד להן, אינה ייחודית רק לאזור. גם בתוך גבולות הקו הירוק מצינו דוגמאות לכך. מצינו כי ישובים עולים על הקרקע בלי שתהא קיימת תכנית בניין עיר תקפה, אשר לעתים מאושרת רק תקופה ארוכה לאחר שהיישוב כבר עומד על תלו ומאוכלס. כך, למשל, הישוב אביבים הוקם בשנת 1960, והתב"ע שלו אושרה רק בשנת 1991; הישוב מירב הוקם בשנת 1982 והתב"ע שלו אושרה רק בשנת 1990; הישוב רחוב הוקם בשנת 1951 והתב"ע שלו אושרה רק בשנת 2001; הישוב אבשלום הוקם בשנת 1990 והתב"ע שלו אושרה רק בשנת 2005. (הנתונים מאתר מנהל מקרקעי ישראל: http://www.mmi.gov.il/iturtabot/taba1.asp). באזור, כאמור, הבעיה חריפה הרבה יותר בשל המציאות המורכבת ממילא שם.

173. אלא, שמשטר הקרקעות באזור יחד עם העובדה כי מרשם הקרקעות (באותם חלקים שבהם הושלם ההסדר) חסוי, תורמים לאי הוודאות ביחס למעמד הקנייני של הקרקע. ממילא, באותם מקרים שבהם רשויות המדינה היו מעורבות בהקמת המבנים, בתשתיות או במימון, שעה שמדובר בבניה רחבת היקף, לעתים שכונות שלמות, על קרקעות פנויות שאין להן מחזיקים, רשאים היו המתיישבים להניח כי גם אם נפלו פגמים פרוצדורליים בהליכי הבנייה הרי שאלה יוסדרו בעתיד. ממילא, אין בחוק דבר המכשיר גזלה מכוונת של קרקעות מאף אדם וחזקה על הרשויות שתיישמנה את הוראותיו כראוי ותבטחנה שלא תצא שגגה תחת ידן בהקשר זה.

<u>ד'2(2) – דחיית הטענה כי החוק אינו שוויוני ומפלה בין תושבי האזור הישראלים לשאינם ישראלים ובין אזרחי ישראל תושבי האזור לשאינם תושבי האזור</u>

174. כידוע, על מנת לבסס טענה בדבר אי שוויון לא די להצביע על יחס שלטוני שונה אלא יש צורך להראות כי מדובר על יחס לא שוויוני ביחס לקבוצות שוות. "**כדי לבסס טענת הפליה המהווה לפי הטענה פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, יש להצביע על קיומה של הבחנה בלתי מוצדקת בחוק הפוגע. הבחנה בין קבוצות המבוססת על שוני רלוונטי אינה מהווה כשלעצמה הפליה**" (בג"ץ 5304/02 **ארגון נפגעי תאונות עבודה ואלמנות נפגעי עבודה בישראל נ' מדינת ישראל, כנסת ישראל**, נט(2) 135 פסקה 8 (2004)); ראו גם: בג"ץ 6884/01 **נבארת עתיק נ' שר הפנים**, נז(1) 695 (2002); בג"ץ 11075/04 **גרבי נ' שרת החינוך התרבות והספורט – יו"ר המועצה להשכלה גבוהה** (פורסם בנבו (2007); בג"ץ 720/82 **אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה**, לז(3) 17 (1983); ע"פ 5/51 **שטיינברג נ' היועץ המשפטי**, פ"ד ה 1061, 1068; ד"נ 10/69 **בורונובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל**, פ"ד כה(1) 7, 35; בג"ץ 721/94 **אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ**, פ"ד מח(5) 749, 761-762)). וכך אמר בית המשפט הנכבד באחת הפרשיות, כאשר נתקפה החלטה ממשלתית – החלטה מנהלית – על יסוד הטענה כי היא מפלה שלא כדין:

> **"על אף מורכבותו וריבוי רבדיו של עקרון השוויון, משמעותו המקובלת בפסיקתנו היא כי יש לנהוג יחס שווה כלפי שווים. אין מדובר בדרישה לשוויון מוחלט, עיוור, אלא לשוויון ענייני המבקש יחס דומה לדומים על פי מאפייניהם הרלוונטיים. היינו, עינינו נשואות לא אל השוויון הפורמלי, הדורש זהות חיצונית, אלא אל השוויון המהותי, זה המחייב יחס שוויוני כלפי בני אדם ומוסדות שלהבדלים ביניהם אין רלוונטיות לצורך העניין הנבחן או שאינם מצדיקים התייחסות שונה...**
>
> **... שוויון מהותי מושג עת שמובאים בחשבון ההבדלים העניינים בין הגורמים השונים. ואולם, גם אם נמצא כי בהחלטת הרשות יש משום הפליה, אין תוצאתם של דברים כי מניה וביה נפסלת ההחלטה, אלא נדרשת בחינה – ועל כתפי הרשות הנטל להוכיח זאת בהגנה על החלטתה (השופטת דורנר, פרשת מילר, בעמ' 135 – 136) - האם הפליה**

מוצדקת היא זו, האם קיים שיקול ענייני המצדיק את הפגיעה בשוויון והאם שיקול זה הניע את הרשות בהחלטתה (עניין התנועה המסורתית, עמ' 366 - 367). הצדקתה של ההבחנה תיבחן לאור טיב העניין ומהותו. רק אם נמצא כי אלה אינם מוליכים למסקנה בדבר שונות רלוונטית מטעמים ענייניים יימצא כי בפנינו הפליה ...

ואכן, קיים בסיס רעיוני הגיוני למתן זכאות לפיצוי בעד נזק עקיף לתושבי יישובי הספר. יישובי הספר חשופים – במצב בו אין לישראל שלום עם כל שכנותיה – לפגיעות תדירות מגורמים עוינים מעבר לגבול. למדינה אינטרס ברור לעבות את ההתיישבות בסמוך לגבול ולהביא ליישוב כל חבלי הארץ ופיתוחם, לרבות אלה הרחוקים ממרכז הארץ. אינטרס זה, גם אם ניתן למצוא לו פנים שונים, הוא בטחוני במובן הרחב של המילה, מתוך תפישה הגורסת כי קיימת חשיבות ביטחונית ליישב את האזורים הסמוכים לגבולות הארץ ולפיזור אוכלוסיית הארץ בכל אזוריה, ולאו דווקא במרכזה. על מנת להגשים את היעדים האמורים, ובפרט בשל נשיאתם של התושבים ביישובי הספר בנטל הסיכון הביטחוני המתמשך, בחר המחוקק ליתן להם מטריית הגנה רחבה יותר. הסדר הפיצויים שבתקנות העיקריות, המעניק להם ככלל פיצוי בעד השווי הממשי של הנזקים העקיפים שנגרמו להם, הוא ביטוי לחשיבות ישיבתם באזורים אלה תוך חשיפה מתמדת לסיכון ולנכונות של המדינה לתמוך בהם במסגרת חלוקת המשאבים הלאומית"

(בג"ץ 6407/06 **דורון, טיקוצקי, עמיר, מזרחי עורכי דין נ' שר האוצר**, נבו, פסקאות 32-37 (2007))

175. הדברים נכונים באותה מידה גם ביחס לחקיקה ראשית. ממילא, כדי לבסס את שתי הטענות בדבר אפליה - הן מול תושבי האזור שאינם אזרחים ישראלים והן מול אזרחים ישראלים בתחומי ישראל הקטנה - שומה על העותרים להוכיח כי מדובר בקבוצות התייחסות שוות. אלא שאין זה המצב כלל וכלל.

176. כאמור לעיל, תכלית החוק נועדה להסדיר מציאות **מיוחדת וייחודית**: ראשית, משום שהיא קשורה לגורלם של אלפי מבנים, פרטיים וציבוריים, הנוגעים לחייהם של אלפי משפחות ישראליות באזור. אי הסדרתם היא בעלת משמעויות חברתיות ואנושיות חסרות תקדים. שנית, בשל המורכבות המשפטית והפוליטית המאפיינות את ההתיישבות הישראלית באזור, ורק אותה. הן דו"ח ששון והן דו"ח לוי מתארים היטב את המורכבות המשפטית והשלטונית באזור אשר היוותה את המצע לתופעה, שבמסגרתה היו הרשויות עצמן מעורבות בהקמת בתים, שכונות ויישובים ללא תכניות מתאר ולעתים, אף על קרקע פרטית. כאמור, ייחודה של המציאות נעוץ בעיקר בדומיננטיות של השיקולים המדיניים הכרוכים בהקמת ישובים ישראלים, ואשר גרמו פעמים רבות להימנע מהשלמת הליכי תכנון נאותים; בחוסר הנגישות למידע ביחס למעמדה המשפטי של הקרקע; ובעובדה כי "**עשו רשויות שונות של המדינה ככל יכולתן כדי לתמוך בתופעה, לממן אותה ולעודד אותה, וזאת ללא סמכות, ואף בניגוד לחוק. זהו המסר הכפול שעובר מזה שנים מהדרג המדיני ורשויות המדינה ביחס למאחזים הבלתי מורשים**". (עמ' 261 לדו"ח ששון). ממילא, ההשוואה ל"עבריינות בנייה" בתוך גבולות הקו הירוק אינה רלוונטית.

177. גם הטענה כי החוק מפלה - באזור - בין אזרחי ישראל למי שאינם אינה ממין העניין. **ראשית**, הקביעה כי החוק אינו חל על תושבים מקומיים שאינם אזרחים ישראלים אינה נכונה. אזרחות ישראלית אינה תנאי לתחולת החוק והיא כלל אינה רלוונטית. אמנם, תכליתו המרכזית של החוק היא מתן פתרון למורכבות עובדתית ומשפטית שמאפיינת את ההתיישבות הישראלית דווקא; ברם, משעה שהחוק בא לעולם אין לנו אלא את הוראותיו ועל פיהן, החוק אינו מפלה על בסיס אזרחות והוא עשוי לחול גם על אזרחים שאינם ישראלים. ניתן ללמוד על כך מן העובדה כי נוסח הצעת החוק כלל התייחסות מפורשת להתיישבות ישראלית דווקא, אשר הושמטה מנוסח החוק עצמו. יתר על כן, בעקבות ההסדר הדיוני מיום 12.3.17 שהציע היועץ המשפטי לממשלה, אשר על פיו, בין היתר, "**לא יבוצעו צווים אופרטיביים שעליהם חל החוק, שיש בהם כדי לשנות את המצב הקיים**", הוקפאו מאות הליכי אכיפה תכנונים **גם במגזר הערבי** באזור. רוצה לומר, בפועל, כבר כעת, החוק חל ומיושם גם על מי שאינם אזרחים ישראלים, וזאת גם אם עיקר

תכליתו מלכתחילה היא מתן פתרון לבעיה המאפיינת דווקא את המגזר הישראלי באזור.

178. **שנית**, ביחס לתכליתו של החוק, שנועד, כאמור, לפתור בעיה בהתיישבות הישראלית, יש **שוני רלוונטי** מובהק בין ההתיישבות הישראלית לערבית. מתיישבים ישראלים אינם רשאים לרכוש קרקע בשוק החופשי בשל מגבלות החוק הירדני האוסר על מכירת קרקע לישראלים (החוק בענין השכרה ומכירה של נכסי דלא ניידי לזרים, מס' 40, לשנת 1953), שאומץ על ידי הרשות הפלסטינית (ראו, למשל, דו"ח לוי, בעמ' 69). מרבית תכליותיו של החוק רלוונטיות אך ורק ביחס להתיישבות היהודית-ישראלית באזור. כל אלה יוצרים שונות רלוונטית הן בין ישראלים לערבים באזור והן בין ישראלים באזור לישראלים במדינת ישראל. בנוסף, מתיישבים יהודים-ישראלים אינם יכולים, ככלל, לבנות את בתיהם אלא בקרקעות המדינה ותוך הסתמכות על מצגי הרשויות בלבד ביחס למעמדם הקנייני של אותן קרקעות. לעומת זאת, תושב ערבי מלכתחילה אינו נזקק כלל לקרקעות מדינה על מנת לבנות את ביתו – הוא הרי רשאי לעשות כן היכן שרכש זכויות ללא כל מגבלה.

179. יתרה מכך: כל האוכלוסיה הישראלית באזור (למעט בעיר חברון) מתגוררת בשטחי C, שבהם הן האחריות האזרחית והן האחריות הבטחונית נתונות בידי ישראל. רובה המכריע של האוכלוסיה הערבית מתגורר בשטחי A ו-B אשר בהם ממילא מנוהלים החיים האזרחיים ברובם – לרבות אכיפת דיני התכנון והבניה - בידי הרשות הפלסטינית. המציאות של בניה ישראלית ותחולת החוק קיימת אפוא בשטחים אשר בהם ממילא רובה המכריע של האוכלוסיה הוא ישראלי. ובכל מקרה, הקושי שאותו תיאר המשנה לנשיאה - "**אילו חיינו במציאות 'נורמלית', כפי שנזדמן לי לכתוב בעבר, הייתה נמצאת דרך לפצות את העותרים או לרכוש מהם את הקרקע**" (בג"ץ 5023/08, 5.2.17, כב' המשנה לנש' א' רובינשטיין, פסקה ז') – קיים רק כאשר ישראלים הקימו מבנים על קרקע פרטית ערבית.

180. לאור זאת, העובדה שהחוק חל בפועל על כלל האוכלוסיות – הישראלית והערבית באזור – לצד העובדה שישנה הצדקה לתכלית שבבסיסו, בשל ייחודיות הבעיות דווקא במגזר ההתיישבות הישראלית, כל אלה שוללים את הטענה בדבר היותו של החוק מפלה. החוק מתייחס למציאות מיוחדת בעלת מאפיינים ייחודיים שמצדיקה פתרון ייחודי, ומחיל את הפתרון באופן שוויוני. טענה בדבר אפליה מהווה ניסיון לערב מין בשאינו מינו.

<u>ד'2(3) – דחיית הטענה כי לכנסת אסור לחוקק באזור</u>

181. את שאלת כוחה של הכנסת לחוקק באזור ניתן לבחון משני היבטים. ההיבט הראשון נוגע למשפט הישראלי הפנימי והשני למשפט הבינלאומי. כפי שאמרנו לעיל, וכפי שנרחיב בפרק הבא, על פי משטרנו החוקתי אין כל משמעות ברמה החוקתית ל"סתירה" בין הוראות המשפט הבינלאומי לבין הכנסת, מכיוון שהם מצויים במדרג נורמטיבי שונה, כאשר חוק חרות של הכנסת לעולם יגבר על כל הוראה מן המשפט הבינלאומי. לכן, אפילו היה המשפט הבינלאומי אוסר על חקיקה חוץ-טריטוריאלית של הכנסת – ואין זה המצב – לא היה בכך כדי לבסס עילה לביקורת שיפוטית. כך או כך, נתייחס לשני ההיבטים האמורים.

<u>הלכת "אמסטרדם"</u>

182. כה אמר בית המשפט הנכבד, מפי כב' השו' אגרנט, שעה שדן בחוקיות של צווים מנהליים שהוציא שר האוצר מכוח חקיקה ראשית, שעניינם הפקעת נכסים – ניירות ערך – המצויים מחוץ לישראל ואשר שייכים לתושבים קבועים שם:

"השאלה הראשונה העומדת לדיון היא: האם יש לה, לרשות המחוקקת, סמכות כנ"ל לגבי נכסים הנמצאים מחוץ לתחום המדינה, הן כאשר בעליהם יושבים בתוכה והן כאשר הנם גרים במדינה אחרת.

אכן, מנקודת ראות של המשפט הפוזיטיבי המקומי (המוניציפלי) לא קיימת שום הגבלה על סמכותה של מדינה ליצור (ולבטל) זכויות בנכסים הנמצאים מחוץ לגבולותיה או השייכים לבני אדם הגרים במדינה אחרת. אם רק הבליטה הרשות המחוקקת ברורות את כוונתה כי החוק שחקקה אותו יהיה בעל תוקף אכסטרה-טריטוריאלי, יהיה על בית המשפט המקומי לפסוק את הדין באופן שיוענק לו לחוק האמור, תוקף כנ"ל, והווה אומר: להתכחש כליל לאותם הסייגים המוצבים ע"י העיקרון של ריבונות טריטוריאלית....

יש להסיק כי, בהעדר חוקה עליונה המכילה הוראה נוגדת, תופס העיקרון הנ"ל – בדבר סמכותה הלגסלטיבית הבלתי מוגבלת של הרשות המחוקקת גם במדינת ישראל ...

היוצא מכל זה, שאם משמעותן האמיתית של שתי הוראות החוק הנ"ל היא, כי שר האוצר מוסמך להעביר לעצמו את הבעלות בניירות ערך הנמצאים בחוץ לארץ, בין אם הבעלים גרים כאן ובין אם הינם תושבי מדינה אחרת, לא תהא מניעה חוקית לבית משפט זה להכיר בתקפם של צווי ההעברה והמסירה האמורים, אף על פי שהם מתיימרים להיות בעלי תוקף אכסטרה-טריטוריאלי ולמרות מה שבאנגליה, בה נמצאים היום כמעט כל ניירות הערך הנ"ל, אולי לא ייחסו בתי המשפט לאותם הצווים ערך משפטי שווה או ערך משפטי כלשהו."

(בג"ץ 279/51 **אמסטרדם נ' שר האוצר** פ"ד ו 945, 965 (1952))

183. ולא נחה דעתו של כב' השי' אגרנט עד שקבע כי גם לפי כללי המשב"ל אין כל קושי בכך:

"...לא רק שהחוק הבינלאומי הוא רחוק מלהטיל איסור כללי הקובע כי חלילה להן, למדינות, להרחיב את תחולת חוקיהן ואת השיפוט של בתי המשפט שלהן על אנשים ומעשים אשר מחוץ לארצותיהן, אלא הוא משאיר בידן, בשטח זה, שיקול דעת רחב, הנתון רק במקרים מסוימים להגבלה על ידי כללים אוסרים, ואילו במקרים האחרים כל מדינה היא חופשיה לסגל לעצמה אותם העקרונות אשר היא רואה אותם כטובים ומתאימים".

...

נכון הוא כי במשפט המקובל האנגלי השתרש העיקרון של ריבונות טריטוריאלית כה עמוק עד שהיום אין מערערים עליו עוד. "בבואנו לפרש את התחיקה הסטטוטורית שלנו", אומר השופט Devlin במשפט Bank Voor Handel V. Slatford הנ"ל, "הרי מקבלים אנחנו את העיקרון, כי לבד אם נקבע ברורות היפוכו של דבר, חזקה על האקט של הפרלמנט כי איננו בעל תוקף אכסטרה-טריטוריאלי". אולם זאת לדעת: אין המדובר כאן בכלל נוקשה, בחינת חוק ולא יעבור, כי אם בכלל של פירוש, לפיו מייחסים למחוקק כוונה שלחוק החירות הנדון תהא תחולה טריטוריאלית בלבד. <u>לשון אחרת: רק במקום שתכנו של החוק אינו מחייב, במפורש או מכללא, אחרת, מן הדין לפרש את המילים הכלליות, שהשתמש בהן המחוקק, באופן שלא תחולנה על בני אדם או על נכסים הנמצאים מחוץ לתחום הטריטוריאלי</u>."

(שם, עמ' 7-966)

184. למעשה, עמדת בית המשפט הנכבד התבססה על עמדת היועץ המשפטי לממשלה דאז:

"היועץ המשפטי השיב על טענות אלו כדלקמן:

סמכותה של הרשות המחוקקת במדינה היא ללא תחום וללא גבול, ובכוחה לחוקק חוקים החלים על תושבים ועל נכסיהם הנמצאים, אלה גם אלה, בחוץ-לארץ, ובתי המשפט המקומיים חייבים לפסוק את הדין על פי התחיקה המקומית אף אם זו מתיימרת להיות בעלת תוקף אכסטרה-טריטוריאלי. ייתכן אמנם כי בתי המשפט במדינות זרות לא יתנו ערך לפסקי דין מקומיים המושתתים על תחיקה אכסטרה-טריטוריאלית כנ"ל, אך זוהי שאלה של ביצוע (enforceability), אשר אינה מענינם של בתי המשפט דכאן."

(שם, עמ' 962)

185. הדברים מדברים בעדם. ובכל זאת, בשל נפח הטענה האמורה בכתבי הטענות נרחיב קמעה לקמן.

<u>ההיבט הראשון: דבר במשטרנו החוקתי אינו אוסר על חקיקה חוץ-טריטוריאלית, לא בכלל ולא באזור</u>

186. מבחינת הדין הישראלי הפנימי אין כל מגבלה על הכנסת, האוסרת עליה לחוקק באזור. למעשה, אין על הכנסת הגבלה כלשהי לחוקק בכל מקום בעולם. שאלת יכולת אכיפתו של חוק חוץ-טריטוריאלי כזה היא שאלה נפרדת. כוחה של הכנסת מוגבל רק בחוקי היסוד, הא ותו לא. אכן, קביעה זו מבוססת על **עקרונות היסוד** של שיטתנו והיא מעוגנת **בפסיקת בית המשפט** הנכבד וגם בפרקטיקה.

187. **<u>עקרונות היסוד</u>** של שיטתנו מכירים בסמכותה הבלתי מוגבלת של הכנסת בכפוף למגבלה **אחת**: חוקי היסוד. למחוקק ראשי, בניגוד למחוקק משנה, אין מגבלות הסמכה, לרבות הסמכה טריטוריאלית. שהרי החקיקה הראשית היא-היא נורמת היסוד וממנה משתלשלות סמכויות כלל רשויות השלטון. לחברה הישראלית, באמצעות הכנסת כנציגתה הראשונית, עשוי להיות מה לומר ביחס לכל מקום בעולם אפילו אם יכולת האכיפה של מדינת ישראל תהא מוגבלת שעה שמדובר בחקיקה חוץ-טריטוריאלית. מעולם לא נתגלעה מחלוקת בדבר ריבונותה הבלתי מוגבלת של הכנסת ובלבד שהיא אינה סותרת ציוויים מפורשים של האספה המכוננת, כפי שאלו באים לידי ביטוי בחוקי היסוד.

188. העובדה כי ישראל, ככל מדינה, נמנעת על פי רוב מחקיקה חוץ-טריטוריאלית מושתתת על היעדר האפקטיביות של חוק שאכיפתו היא במדינה זרה, כמו גם על הרצון להימנע מפגיעה בריבונותה של המדינה האחרת (ראו: בג"ץ 279/51 **אמסטרדם נ' שר האוצר** פ"ד ו 945 (1952); ע"פ 123/83 **חברת ק.פ.א פלדות קרית ארבע בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(1), 813, 822 (1984); למשל, י' רונן "תחולתו של חוק יסוד: כבוד האשם וחירותו בגדה המערבית" **שערי משפט** ז 149, 162 (תשע"ד)). למעלה מן הצורך (שכן לא מדובר בתנאי לעצם יכולתה של ישראל לחוקק מחוץ לשטחה) יוער, כי בענייננו, משעה שישראל היא בעלת השליטה האפקטיבית באזור, הרי שהיא גם בעלת יכולת האכיפה שם. כמו כן, בהיעדר ריבונות אחרת – במיוחד באותם מקומות בהם חל החוק (שטחי C) – אין גם כל חשש לפגיעה בריבונות של מדינה כלשהי.

189. גם **<u>פסיקת בית המשפט הנכבד</u>** לדורותיו מאשרת זאת. ראשיתה בהלכת **אמסטרדם** האמורה, שם נקבע מפורשות כי סמכות החקיקה החוץ-טריטוריאלית של כנסת ישראל יכולה גם יכולה להתפרש על הפקעה של נכסים המצויים מחוץ לשטחי ישראל. ומי לנו אילן גבוה יותר להיתלות בו מאשר כבוד הש' (כתוארו אז) אגרנט.

190. הלכה זו שבה ונשנתה שנים אחר כך בפרשה אחרת שיישמה אותה ביחס לחקיקה ראשית באזור:

> **"באותו עניין נקבע, כי בפרשו חוק נתון 'ישים בית-המשפט המקומי את לבו גם אל העיקרון של מתן פירוש המבטיח לאותו חוק, במידת האפשר, תחולה אפקטיבית' וכי הביטוי 'נכסים כלשהם', המופיע בדבר חקיקה, עשוי להיות רחב דיו, לעניין סמכויות הפקעה של הרשות, <u>על-מנת לכלול בו נכסים המצויים בחוץ-לארץ</u>. בבג"צ 100/57, 103 הדגיש בית המשפט, כי יש שאפשר לדלות מכללא מגמה כללית, המשתקפת בחוק מסוים, לסטות מעקרון הטריטוריאליות, ומגמה כזו יכול שתשתמע למקרא מכלול סעיפיו או מטיבה של הוראת החוק, העומדת לדיון."**
>
> (ע"פ 123/83 **חברת ק.פ.א פלדות קרית ארבע בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(1), 813, 821 (1984)).

191. אכן, ללא כוונה ברורה של הכנסת חוק סתם אינו חל באזור. אך בהינתן כוונה כזו, הכנסת רשאית לחוקק שם. הבהיר זאת בית המשפט העליון גם בפרשת **חוף עזה**:

> **"ממשלת ישראל לא הוציאה כל צו להחלת המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה על אזורי יהודה, שומרון וחבל עזה, ושר הביטחון לא הוציא מנשר לעניינם על פי פקודת שטח השיפוט והסמכויות, תש"ח-1948 ... אזורים אלה לא "סופחו" לישראל, והם אינם חלק**

ממנה. <u>בהיעדר הוראה בחקיקה (מפורשת או משתמעת) אין חוקי הכנסת חלים באזורים אלה</u>".

(בג"צ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל** פ"ד נט(2) 481, 514 (2005)).

192. ובמקום אחר:

"אכן, חזקה היא כי חוקיה של ישראל חלים על יחסים משפטיים בישראל, והם אינם מכוונים להסדיר יחסים משפטיים מחוץ לישראל. כך הדין בחקיקה פלילית בישראל; <u>כך הדין בחקיקה שאינה פלילית</u>. חזקה זו ניתנת לסתירה ... דין זה חל גם לעניין תחולתה של חקיקה ישראלית באזור. יהודה, שומרון וחבל עזה אינם חלק ממדינת ישראל; לא הוכרז לגביהם כי "המשפט והשיפוט והמינהל של המדינה" חל בהם. <u>חזקה היא כי דברי חקיקה ישראלים חלים בישראל ולא באזור, אלא אם נקבע בדבר חקיקה (במפורש או במשתמע) שהוא חל באזור</u>."

בג"ץ 8276/05 **עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון**, פ"ד סב(1) 1, 20 (2006); (ראו גם בג"צ 2612/94 **שעאר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון** פ"ד מח(3) 675, 681 (1994) **"דווקא מן ההחלה הפרטנית נובע כי מעשי חקיקה, שאין לגביהם הוראת תחולה כזאת, אינם חלים מחוץ לתחומי השיפוט של ישראל"**)

193. וכך אמר בית המשפט העליון שעה שדחה ניסיון תקיפה של חקיקה ראשית של הכנסת <u>**באזור**</u>:

"הרעיון בדבר סמכותה הטריטוריאלית של המדינה מבחינת המשפט הבינלאומי זכה להתייחסות ענפה בספרות, ואין צורך להאריך ... השופט הולמס מזכיר שם את הכלל הרחב, שלכאורה או <u>במקרה של ספק</u> יש לפרש חוק חרות כבעל משמעות טריטוריאלית גרידא, והוא מונה שלוש סיבות לדרך הפרשנות האמורה: ראשית, מן הראוי להחיל על פלוני את הדין של מדינתו ולא דין של מדינה אחרת, שאין הוא מורגל למושגיה; שנית, החלת דיני מדינה פלונית מחוץ לתחומיה הטריטוריאליים יש בה כדי להתערב בסמכויותיו של ריבון זר; ושלישית, החלת דין של מדינה פלונית בתחומיה של מדינה אלמונית עשויה שלא להיות אפקטיבית. לפיכך, כך סבור השופט הולמס, אין מניעה להחיל דיניה של מדינה אחרת מחוץ לתחומיה בתחום שאין בו ריבון, כמו בים הפתוח, או במצבים אחרים שווי ערך, שבהם אך מובן הוא, שהמדינה רשאית להפעיל את כוחותיה הסוברניים גם מחוץ לתחומה.

אף אחד מן הטעמים האמורים אינו קיים במקרה שלפנינו: המערערים, אם הם אזרחי ישראל, מורגלים למושגי הדין הישראלי; החלתם המלאה של דיני מס הכנסה עליהם אינה מהווה התערבות בסמכויותיו של ריבון זר; והפעלת דיני המס עליהם במלוא היקפם בוודאי תהיה אפקטיבית"

(ע"פ 123/83 **חברת ק.פ.א פלדות קרית ארבע בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(1), 813, 822 (1984))

194. הנה כי כן, לא יכולה להיות מחלוקת בדבר סמכותה של הכנסת לחוקק מחוץ לגבולותיה.

195. ואכן, גם <u>**ברמה המעשית**</u>, הכנסת לא נמנעה מחקיקה חוץ-טריטוריאלית שעה שסברה שחקיקה כזו מוצדקת. סימן שלם בחוק העונשין תשל"ז-1977 (סימן ג' לפרק ג') עוסק בעברות חוץ ומונה בסעיפים 17-13 שורה ארוכה של עברות שהמחוקק הישראלי מחיל בעניינן את ריבונותו הפלילית מחוץ לשטח ישראל, ובהן עברות נגד ביטחון המדינה, יחסי החוץ שלה, כלכלתה וסדרי המשטר שלה, עברות נגד אזרח ישראלי בשל היותו כזה, עברות נגד יהודים (לרבות כאלה שאינם אזרחים ישראלים) על רקע אנטישמי ועוד סוגים שונים של עברות כמפורט שם. לא למותר לציין גם את החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, תש"י-1950, שאינו רק בעל תחולה אוניברסלית, אלא גם רטרואקטיבית. אכן, הכנסת לא נמנעת מלקבוע ענישה פלילית בגין עברות-חוץ שמבוצעות בידי מי שאינו אזרח שלה, ודי בכך כדי לשלול את הטענה האפריורית שעל פיה סמכותה של הכנסת מוגבלת לגבולות מדינת ישראל או למי שבחר להיכנס אליה מרצונו החופשי.

196. דוגמה נוספת ליכולתה של הכנסת לחוקק חקיקה חוץ-טריטוריאלית ניתן למצוא בחוק רמת הגולן, תשמ"ב-1981, אשר החיל עצמו (ודרכו את כל ספר החוקים הישראלי) ברמת הגולן (למעשה, גם החלת

הריבונות של ישראל במזרח ירושלים נעשתה מכוח חקיקה של הכנסת שהסמיכה לכך את הממשלה). לו הייתה נשמעת הטענה, כי הכנסת אינה מוסמכת לחוקק מחוץ לגבולות ישראל המוכרים, לא היה לחוק זה כל תוקף. ברם, טענה זו לא נתקבלה בבית משפט נכבד זה (ראו, למשל, בג"צ 205/82 **אבו צאלח נ' שר הפנים** פ"ד לז(2) 718, (1983)) ולא ראוי לקבלה כעת.

197. ככל שתתקבל טענה זו כעת, היא תעורר קושי לא רק ביחס לתחולתו של חוק רמת הגולן אלא גם ביחס לתוקפם של מעשי חקיקה במזרח ירושלים לרבות כאלה שמכוחם הופקעו זכויות בעלות – לא רק שימוש והחזקה – באלפי דונם של מקרקעין מתושבים שמעמדם, מבחינת המשפט הבינלאומי, **זהה** לתושבי האזור (כך, למשל בשכונות גילה, רמות, רמת אשכול, נווה יעקב, הר חומה, פסגת זאב ועוד). שהרי, כידוע, סיפוח מזרח העיר לא מוכר בידי מרבית מדינות העולם ובידי מרבית תושבי המקום, שאינם אזרחי המדינה ואינם מצביעים לכנסת. ולא מצינו כי יש בכך כדי לערער על תוקפם של חוקי ישראל שם.

198. דוגמה אחרונה לחקיקה חוץ-טריטוריאלית באזור היא חוק יישום תכנית ההתנתקות, תשס"ה-2005, אשר קבע מפורשות כי "**התחום הגאוגרפי שחוק זה חל לגביו הוא חבל עזה, וכן שטח בצפון השומרון**" (סע' 3 לחוק) ואף הפקיע זכויות קניין הן במקרקעין והן במיטלטלין באזור (סע' 30-28 לחוק).

199. הנה כי כן, גם ביחס **לאזור**, אין מחלוקת כי לכנסת סמכות חקיקתית. הרשות המבצעת – וצה"ל בכלל – יונקת את כוחה מדברי חקיקה של הכנסת, וממילא הכנסת היא זו שמסדירה את סמכויות מפקד צה"ל באזור. אחרי ככלות הכל, סמכות פעילות הצבא, לרבות סמכויות החקיקה שלו, נגזרת מחקיקה של הכנסת, ובראש ובראשונה מחוק יסוד: הצבא. הכנסת מעולם לא הגבילה עצמה ביחס לסמכויות החקיקה שלה עצמה באזור, ולכן אם היא חפצה בכך היא רשאית להתערב במלאכת החקיקה של מפקד כוחות צה"ל שם.

200. ואכן, הדוגמאות לחקיקה ראשית של הכנסת בעלת תחולה ישירה באזור הן רבות (חוק לתיקון ולהארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), תשס"ז-2007; פקודת מס הכנסה [נוסח חדש]; חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995; חוק אומנה לילדים, התשע"ו-2016; חוק שירות אזרחי, התשע"ז- 2017; חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים (תיקון מס' 4), התשע"ז- 2017)). כל אלה הן ביטוי לעובדה הבלתי נמנעת שאחרי ככלות הכל לישראל, ורק לישראל, האחריות להסדרת החיים באזור, לטב ולמוטב. גם אם הפרקטיקה הרווחת היא, כי החלת נורמות מן המשפט הישראלי באזור נעשות באמצעות תחיקה צבאית, הרי שאין כל מניעה חוקתית כי הכנסת תעשה זה באופן ישיר.

201. עמדו על כך חברי הכנסת עצמם בדיוני החקיקה של החוק:

> **"אני רוצה רק לומר עוד נקודה אחת קטנה – קצת לא נעים לי כאילו – אני לא יודע איך לומר את זה – לפוצץ את הבלוף הזה של המושג "המפקד הצבאי". הרי כולם מבינים - לא נראה לי שאני מגלה פה סוד ולא מסבך את ישראל בהאג – שהמפקד הצבאי איננו עומד בזכות עצמו. הוא מקבל הנחיות משר הביטחון, הוא מקבל הנחיות מהקבינט. בסופו של דבר מי שקובע את המדיניות ביהודה ושומרון הוא לא המפקד הצבאי. המפקד הצבאי – אני אומר את זה כמי שלפחות עשר שנים מתעסק בצדדים המשפטיים בהתיישבות ביהודה ושומרון – לא חותם מעולם על צו שהוא כתב. הרי את הצווים האלה מכינים לו ביועמ"ש איו"ש והוא לא עושה שום דבר. יועמ"ש איו"ש לא נותן שום צו למפקד הצבאי לחתום בלי שאנשי משרד המשפטים הנכבדים, הייעוץ המשפטי לממשלה, מאשרים לו. בסופו של יום, מי שמנהל את המדיניות וקובע את המדיניות ביהודה ושומרון זאת ממשלת ישראל, זה הדרג המדיני. אגב, אני חלוק – ויש לי על זה סימוכין משפטיים מבית-המשפט העליון – והקביעה שמקור הסמכות של המפקד הצבאי ביהודה ושומרון זה המשפט הבין-לאומי היא, אני לא רוצה להגיד חצי אמת, הכי רחוק מלהיות מדויק. בסופו של דבר**

המפקד הצבאי הוא המפקד הצבאי של המעצמה הכובשת ומקור סמכותו – אגב, גם בית-המשפט קובע לא פעם ולא פעמיים את המחויבות של המפקד הצבאי. ברק הידוע על שתי המערכות הנורמטיביות שהמפקד הצבאי נושא בילקוטו ...

כלומר, הוא מחויב גם לכללים כאלה, גם לכללים כאלה, אבל בסוף בסוף - בואו לא נעבוד על אף אחד - המפקד הצבאי הוא הכי רחוק מלהיות עצמאי בשיקול הדעת שלו כאשר הוא מנהל את החיים ביהודה ושומרון. הוא כפוף לחלוטין לשר ביטחון. אגב, לא פעם משתנה שר ביטחון ומשתנה מדיניות, וזה בסדר גמור. באותה מידה, במדינה דמוקרטית, כפי שהמפקד הצבאי הוא זרוע, הוא אורגן, הוא שליח של הממשלה, אז הממשלה היא שליחה של הכנסת. זה המדרג הנורמטיבי, זה המדרג השלטוני, זאת הפירמידה של המדינה הדמוקרטית היום. יש ממשלה, יש מעליה כנסת, יש מתחתיה הרבה מאוד שליחים, אחד מהם הוא המפקד הצבאי. לכן אני כן חושב שהכנסת בוודאי מוסמכת להורות למפקד הצבאי."

(ח"כ בצלאל סמוטריץ', עמ' 6-25 לפרוטוקול מס' 1 מישיבת הוועדה המשותפת לוועדת החוקה, חוק ומשפט ולועדת החוץ והביטחון לדיון בהצעות חוק ההסדרה יום שלישי, כ"א בחשון התשע"ז (22 בנובמבר 2016), שעה 9:00, ניתן להורדה באתר הכנסת)

202. במאמר מוסגר יצוין, כי ספק אם ההבחנה שנעשית לעתים בין חקיקה פרסונלית של הכנסת באזור לבין חקיקה טריטוריאלית - כאילו הראשונה מותרת אך האחרונה אסורה - משכנעת או מבוססת בהקשר זה. **ראשית**, גם חקיקה פרסונלית המשנה את מארג זכויותיהם של אנשים המצויים מחוץ לשטחה הריבוני של ישראל היא, בסופו של דבר, חקיקה חוץ-טריטוריאלית. **שנית**, הרי החקיקה ה"פרסונלית" של הכנסת באזור אינה באמת כזו משום שתנאי לתחולתה הוא "הימצאות באזור". רוצה לומר, חקיקה "פרסונלית" שחלה אך ורק באזור, ולא בשום טריטוריה אחרת, מיניה וביה, היא חקיקה חוץ-טריטוריאלית. אמנם, זו חקיקה חוץ-טריטוריאלית החלה רק על קבוצה מסוימת של אנשים באזור, אך בסופו של יום, משנה את הטופוגרפיה המשפטית באזור, ובאזור בלבד. כך או כך, **הלכת אמסטרדם** שרירה וקיימת.

203. בנוסף, בית המשפט הנכבד הבהיר כי חקיקה של הכנסת באזור אינה מותנית בסיפוח שלו וגם אינה מבטאת סיפוח. אין "**שום מניעה להחיל את משפט ישראל על שטחים מוחזקים גם ללא כוונה לספחם לשטח המדינה**" (ג"צ 283/69 **רוידי נ' ביהמ"ש הצבאי נפת חברון** פ"ד כד 419, 423 (1970)) ובפרשה אחרת הוסיף כי "**עצם החלתה של נורמה ישראלית פלונית על מקום אלמוני שמחוץ למדינה אינו עושה בהכרח אותו מקום אלמוני לחלק מישראל**" (בג"צ 205/82 **אבו צאלח נ' שר הפנים** פ"ד לז(2) 718, 720 (1983); בג"צ 2612/94 **שעאר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון** פ"ד מח(3) 675, 680-681 (1994)). ממילא, גם ללא סיפוח רשמי אין כל מניעה מלחוקק חוקים על ידי הכנסת ולהחילם - את כולם או אף "**נורמה ישראלית פלונית**" כדברי בית המשפט הנכבד - באזור. אכן, כאמור לעיל, הטענה כי יש לפסול דבר חקיקה בשטח שאינו חלק מתחומיה המוכרים של מדינת ישראל נדונה ונדחתה על ידי בית המשפט העליון - לפני שנים רבות - כשקבע "**אין, איפוא, ממש בטענת הסנגוריה הרוצה לפסול מעשי-חקיקה דוקא משום שיצאו מטעם מדינת ישראל ולא מטעם מפקד צבא הכיבוש**" (ע"פ 1/48 **סילוסטר נ' היועץ המשפטי** פסקי דין, א, 5, 30 (1948)). עשרות שנים מאוחר יותר קבע שוב בית המשפט הנכבד בפרשת **חוף עזה** כי רק "**בהיעדר הוראה בחקיקה (מפורשת או משתמעת) אין חוקי הכנסת חלים באזורים אלה**", אולם הכנסת - אם תרצה - רשאית גם רשאית להחיל דברי חקיקה שלה באזור (אמנון רובינשטיין "מעמדם המשתנה של ה"שטחים": מפקדון מוחזק ליצור כלאיים משפטי" **עיוני משפט** יא 439, 450 (תשמ"ו)).

204. הנה כי כן, הן עקרונות היסוד שלנו, הן הפרקטיקה והן פסיקת בית המשפט הנכבד מלמדים כולם באופן חד משמעי, כי לכנסת קיימת בהחלט סמכות לחוקק באזור.

205. למעלה מן הצורך נוסיף, כי קבלת הטענה שלפיה לכנסת אין סמכות חקיקה באזור טומנת בחובה מספר כשלים לוגיים:

206. **ראשית**, אם הכנסת נעדרת סמכות לחוקק באזור הרי שגם לרשויות הצבא אסור לפעול שם כלל. שהרי, בהתאם לעקרון חוקיות המנהל, רשות שלטונית פועלת מכוח חוק, ומכוח חוק בלבד. ואם לכנסת אסור לפעול באזור, הכרח הוא כי גם לרשות מנהלית היונקת מעצם ברייתה את כוחה מאותה כנסת – תהא אשר תהא – אין סמכות לפעול שם. שהרי מקור הסמכות של המפקד הצבאי הוא חקיקת הכנסת, "**שממנה השלטון הצבאי שואב את כוחו**" (ע"פ 1/48 **סילבסטר נ' היועץ המשפטי** פסקי דין, א, 5, 29 (1948), לא הוראות המשב"ל. אכן, "**אזור המוחזק על-ידי ישראל בתפיסה צבאית ומנוהל על-ידי המפקד הצבאי. מוציא צווי הסילוק פועל מכוחו של אותו מפקד צבאי, <u>ואילו המפקד הצבאי כפוף לרשויות המדינה</u>**" (בג"ץ 9195/03 **היכליה וינשטוק נ' הממונה על הרכוש הממשלתי בחבל עזה - מר גבי סלוק** (2003)).

207. אין ספק כי הדין – בהתאם לחזקת ההתאמה שנקבעה בפרשנות בית המשפט – דורש מהמפקד הצבאי לקיים את כללי המשפט הבינלאומי **כפי שנקלטו בדין הישראלי** כל עוד הוא עצמו – המחוקק – לא קבע אחרת. אך חובתו של המפקד למלא אחר הוראות המשפט הבינלאומי לא נובעת מהמשפט הבינלאומי בתורת שכזה, אלא רק מכך שהמחוקק הישראלי, שולחו, קלט אותו ותיקף אותו. מנקודת מבטו של המפקד הצבאי, כמו גם מנקודת מבטו של בית המשפט הנכבד, מקור סמכותו של המפקד הצבאי – כשל כל רשות ישראלית – הוא הדין הישראלי.

208. הסברה לפיה **מקור** סמכותו של המפקד הצבאי הוא הדין הבינלאומי - ולא הדין הישראלי שקלט את המשב"ל - היא לא פחות מהתפרקות של המדינה מריבונותה. אם המפקד באזור אינו יונק את סמכותו מן הדין הישראלי אלא מדין זר, גם מוסדות הפיקוח עליו, לרבות היועץ המשפטי לממשלה – שהם כולם יצירי הדין הישראלי – נעדרי סמכות לפקח עליו. ואם מקור סמכותו של צה"ל באזור אינו ישראל ודיניה, ובהיעדר כל פונקציה מוסדית בינלאומית אחרת אשר לה כפוף צה"ל באזור, המסקנה המוכרחת היא כי צה"ל באזור הוא גוף עצמאי הפועל על דעת עצמו. זו תוצאה בלתי מתקבלת על הדעת, מעין "הפיכה צבאית". ובכל מקרה, זו תוצאה הסותרת את הוראות חוק יסוד: הצבא ("**צבא-הגנה-לישראל הוא צבאה של המדינה**" והוא "**נתון למרות הממשלה**").

209. **שנית**, כשל זה חל גם ביחס לרשות השופטת. מקובלנו, כי לבית המשפט הנכבד סמכות לבחון פעולות מנהליות של הרשויות באזור ולהוציא תחת ידיו החלטות ופסקי דין המשנים את המציאות המשפטית באזור. הרשות השופטת יונקת גם היא את כוחה מן הרשות המחוקקת. קשה לבסס טיעון על פיו לרשות השופטת יש סמכות לפעול באזור בעוד שהרשות השלטונית המסמיכה אותה – הרשות המחוקקת – מנועה מלפעול שם. אם אין סמכות למסמיך לא תהא סמכות למוסמך שהרי לא יהא יפה כוח הבן מכוח האב. (ראו על קושי זה גם ר' טל "סמכות בתי-המשפט האזרחיים בישראל לדון בעניינים מינהליים הנוגעים לרשויות צה"ל באזורי יהודה, שומרון וחבל-עזה" **משפט וצבא** 13, 131 134 (התשנ"ט); ל' שלף "גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק: בשולי ובשבילי הפסיקה של בית המשפט הגבוה לצדק בשטחים" **עיוני משפט** יז(2) 757, 760 (1993)).

210. **שלישית**, אם נניח סמכות שיפוטית רק לרשות השופטת ללא הסמכת המחוקק לחוקק שם, ישאל השואל: ומהו אותו דין על פיו תדון הרשות השופטת?! שהרי בהיעדר סמכות לרשות המחוקקת אין דין, ובהיעדר דין, גם אין דיין. ואפילו שעה שהרשות השופטת שופטת באזור על פי דין "אחר" – מקומי או בינלאומי – היא עושה כן רק משום שהדין הישראלי הורה לה כך. שהרי הדין הישראלי הסמיך את המפקד הצבאי להתקין תקנות וצווים והדין הישראלי הוא שהורה על קליטה של נורמות מסוימות מן המשב"ל. ממילא, מקור הדין באזור הוא כנסת ישראל.

211. **לבסוף**, מן הראוי לציין כי הטענה שהכנסת אינה מוסמכת לחוקק באזור שומטת את הקרקע תחת טענות העותרים עצמם. שהרי הבסיס **היחיד** לביקורת שיפוטית על חוק ההסדרה חייב להיות חוקי היסוד וההגנות שהם מעניקים לזכויות יסוד. ועתה, בנדון דנן לא ניתן אפילו להתחיל לדון במבחני חוקי היסוד ללא הצבעה על פגיעה בזכויות יסוד. כלומר, על פי טענות העותרים עצמם, תושבי האזור, שעה שהם מצויים מחוץ לגבולות ישראל, זוכים להגנת זכויות יסוד, משמע כי הגנת חוקי היסוד פרושה גם בשטחים שמחוץ לתחומי הקו הירוק.

212. כשל זה לא נתעלם מן המבקשים בבקשת ההצטרפות, אשר נאלצו לנסות ולבסס שלושה מודלים אשר על פיהם ניתן להפעיל ביקורת שיפוטית על חקיקה של הכנסת גם ללא הודאה בתחולה חוץ-טריטוריאלית של חוקי היסוד. מעבר לעובדה כי לטעמנו מדובר במודלים רעועים שאינם שייכים לנסיבות דנן, הרי שגם הנחתם המובלעת של שלושת המודלים הללו היא, כי רק אי עמידה במבחני חוקי היסוד, בשל תוכנו של החוק, יש בה כדי להביא לפסילתו. משמע, העותרים עצמם מודים כי העובדה שחוק הסדרה הוא חוץ-טריטוריאלי, כשהיא לעצמה, אינה עילה לפסלותו. שהרי אם היה בעילה זו די, לא היה מקום כלל לבחון אותו לאור חוקי היסוד.

<u>ההיבט השני: המשב"ל אינו אוסר על חקיקה חוץ-טריטוריאלית</u>

213. השאלה, מבחינת המשפט הבינלאומי, אם חקיקה של מעצמה כובשת בשטח הנתון לשליטתה נעשית באמצעות אורגן צבאי שלה, או באמצעות מוסדות אחרים שלה, איננה בעלת משמעות אמתית. מדובר בשאלה משפטית פנימית הנגזרת מן המבנה הפנימי של אותה מעצמה כובשת. המשפט הבינלאומי "מתעניין" **בתוכנם** של דברי חקיקה בשטח הנתון לתפישה לוחמתית ולא **בפרוצדורה** שבה הם נחקקו.

214. ואכן, הטענה כי בשטח כבוש נתונה סמכות החקיקה רק למפקד הצבאי נדחתה מפורשות על ידי בית המשפט נכבד זה, אשר קבע כי "**אם על פי החוק הבין-לאומי יש כוח חקיקה מסויים לשלטון הצבאי, הרי על אחת כמה וכמה ישנו כוח חקיקה כזה למחוקק של המדינה הכובשת שממנה השלטון הצבאי שואב את כוחו**" (ע"פ 1/48 **סילבסטר נ' היועץ המשפטי** פסקי דין, א, 5, 29 (1948). פסק הדין התייחס לסוגיה הזו ביחס לשטחים אחרים שישראל החזיקה בתפיסה צבאית, לא ביהודה ושומרון).

215. על ההיגיון שבקביעה, כי לכנסת ישראל סמכות חקיקה באזור, עמד פרופ' דינשטיין:

> **"הכנסת היא הרשות המחוקקת העליונה בישראל ושום דבר אינו מונע בעדה מלהתערב במעשי המפקד הצבאי ובצוויו. במידה שמוקנית לכובש סמכות חקיקה בשטחים המוחזקים, הסמכות מוקנית למדינה בתורת שכזאת ולא לאורגן כלשהו שלה. נכון שבמציאות מופקדת סמכות החקיקה בדרך-כלל בידי המושל הצבאי, אשר נכנס בנעליה של הרשות המחוקקת בשטח המוחזק. זהו מצב דברים טבעי ורצוי כאחד ... אולם אין לפנינו כלל בל-יעבור, והכנסת רשאית גם רשאית לחוקק חוק, שיבוא במקום צו או צווים של המפקד הצבאי".**
>
> (יורם דינשטיין "פסק הדין בעניין פיתחת רפיח" **עיוני משפט** ג, 934, 937 (תשל"ד)).

216. וכך גם מלומדת נוספת:

> **"ככלל, המשפט הבין-לאומי הפוזיטיבי אדיש לאופן שבו המדינה מסדירה את מחויבויותיה הבין-לאומיות. ההחלה האקסטריטוריאלית של המשפט הפנימי מחוץ לשטח המדינה אינה אסורה כשלעצמה, אם כי בנסיבות מסוימות ייתכן שיש בה משום הפרה של נורמות ספציפיות. גם דיני הכיבוש באופן ספציפי אינם בהכרח שוללים החלה אקסטריטוריאלית של המשפט המדינתי בשטח כבוש, ובלבד שאין בכך סממן של ניסיון סיפוח חד צדדי או פגיעה בטובת האוכלוסייה"**

(י' רונן "תחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בגדה המערבית" **שערי משפט** ז 149, 151 (תשע"ד)).

217. לכן, מבחינת המשפט הבינלאומי, משעה שישראל היא בעלת השליטה האפקטיבית באזור, סמכויות החקיקה שם נתונות לה, ואין זה משנה כלל אם החקיקה מתבצעת בידי מפקד כוחות צה"ל או בידי הכנסת. אם המשפט הבינלאומי מעניק סמכות חקיקה למפקד הצבאי, קל וחומר שיש סמכות כזו לכנסת ישראל. הנה כי כן, השאלה האמתית היא האם יש משהו **בדין הישראלי הפנימי** האוסר על הכנסת לחוקק חקיקה בעלת תחולה מחוץ לשטחה הריבוני, ועל כך כבר ענינו בשלילה.

<u>הטענה כי חל איסור על חקיקה הפוגעת באוכלוסייה שאינה מצביעה לכנסת</u>

218. טענה אחרת שהושמעה בהקשר זה היא, כי עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: הכנסת, הם עצמם אוסרים על הכנסת לחוקק את החוק באזור (פרק ד' לבקשת ההצטרפות). רוצה לומר: גם אם ככלל יש לכנסת ישראל סמכות לחוקק חוקים חוץ-טריטוריאליים באזור, הרי שסמכות זו מתאיינת שעה שמדובר בחוק ההסדרה, משום שהוא פוגע, לכאורה, בזכויות של אוכלוסיה אזרחית שאיננה חלק מן המשחק הדמוקרטי בישראל ואף נעדרת זכות הצבעה לכנסת. אין זה ראוי, כך על פי הטענה, כי כנסת ישראל תחרוץ גורלות של מי שלא בחרו באופן חופשי – אם באמצעות כניסה לישראל או בדרך של קבלת אזרחות – להיות כפופים לה מראש.

219. נדמה כי אין כל בסיס לטענה זו, משורה של טעמים, ולמעשה, המבקשים עצמם מודים כי "**זוהי דוקטרינה שטרם הוכרה במפורש בפסיקה**" (עמ' 34 לבקשת ההצטרפות). כך או כך, נשיב כדלקמן.

220. **ראשית**, על מנת לבטל חוק של הכנסת יש צורך בהרבה יותר מאשר תאוריות בדבר האמנה החברתית. "הרבה יותר", קרי, עילה המפורשת בחוקי היסוד.

221. **שנית**, כאמור לעיל, כנסת ישראל לא נמנעה בעבר מחקיקה חוץ-טריטוריאלית ובית המשפט הנכבד בעצמו קבע כי הכנסת רשאית לכך. בין חוקים אלו ניתן למצוא כאלה הפוגעים פגיעה דרמטית הרבה יותר מזו שגלומה בחוק ההסדרה אפילו במי שאינו אזרח ישראלי או שלא בחר להיכנס לתחומי המדינה (ועברות החוץ שבחוק העונשין יוכיחו). ההבחנה שמבקשים כעת לערוך בין סוגים של חקיקה חוץ-טריטוריאלית אינה מבוססת, לא בחוקי היסוד ולא בפסיקה.

222. **שלישית**, העובדה כי תושבי האזור שאינם ישראלים נעדרי הצבעה לכנסת אינה יכולה להוות עילה לשלילת סמכות הכנסת לחוקק לגביהם. שהרי, **על בסיס אותו הגיון, גם למחוקק הצבאי אסור לחוקק חקיקה באזור שהרי גם הוא מעולם לא נבחר על ידם והוא, אחרי הכל, שלוחה של הכנסת**. עובדה היא כי ישראל שולטת באזור, והשאלה איזה אורגן שלה מחוקק באזור אינה בעלת משקל, משום שתוכנה של אותה חקיקה, בכל מקרה, כפוף לביקורת שיפוטית. כפי שהעיר פרופ' דינשטיין: "**במידה שמוקנית לכובש סמכות חקיקה בשטחים המוחזקים, הסמכות מוקנית למדינה בתורת שכזאת ולא לאורגן כלשהו שלה ... והכנסת רשאית גם רשאית לחוקק חוק, שיבוא במקום צו או צווים של המפקד הצבאי**" (יורם דינשטיין "פסק הדין בעניין פיתחת רפיח" **עיוני משפט** ג, 934, 937 (תשל"ד)). למעשה, משמעות טענה זו היא שלילת כל כוח חקיקה גם מן המפקד הצבאי, ואולי גם שלילה של כל סמכות פעולה ממנו, שהרי הוא נציג של מי שלא נבחר על ידי האוכלוסייה המקומית. ואולי זוהי בעצם טענתם של העותרים: בעיניהם השלטון הישראלי באזור – "**משטר רודני**" הוא (פסקה 9 לעתירה בבג"ץ 2225/17). אלא שאם כך הדבר, לשיטתם, קשה להבין מדוע יהא ה"רודן" הצבאי טוב יותר מן ה"רודן" הפרלמנטרי.

223. **רביעית**, שאלת הזכות לבחור ולהיבחר באזור היא שאלה מורכבת וכבדת משקל המעוררת דילמות ערכיות ופוליטיות. אך סוגיה זו כלל אינה רלוונטית לדיוננו, מכיוון שהעותרים אינם מבקשים סעד בדמות החלת **כלל** הדין הישראלי באזור (לרבות זכותם של כלל תושבי האזור לבחור ולהיבחר לכנסת). הם אפילו טוענים את ההפך: לשיטתם, אפילו סיפוח והענקת אזרחות לתושבי האזור כולם – "**ספק אם יספיק להכשיר את המהלך**" (סע' 105 לבקשת ההצטרפות). ממילא לשאלת זכותם של כלל תושבי האזור אין כל נגיעה לשאלה החוקתית דנן.

224. בהקשר זה נשמעה הטענה, כי "**כאשר סופחו מזרח ירושלים ורמת הגולן, הוחל שם החוק הישראלי כולו, לרבות זכויות יסוד לתושבי השטח שסופח**" אך "**חוק ההסדרה אינו מחיל את המשפט הישראלי**" (סע' 98 לבקשת ההצטרפות). לכאורה, כך משתמע, בעוד שחוקי היסוד שלנו מתירים חקיקה חוץ-טריטוריאלית שמחילה את כלל הנורמות הישראליות באזור – כפי שנעשה ברמת הגולן ובמזרח ירושלים – הרי שהם אוסרים חקיקה חוץ-טריטוריאלית שמחילה רק נורמות מסוימות (דוגמת חוק ההסדרה). ברם, גם זו טענה שאין לה כל בסיס או ראשית עיגון בחוקי היסוד. דבר בחוקי היסוד לא אוסר על חקיקה חוץ-טריטוריאלית, קל וחומר שאין בחוקי היסוד רמז להבחנה המוצעת. חקיקה של הכנסת, יהא תוכנה אשר יהא, יהא אזור תחולתה אשר יהא, לעולם כפופה למגבלות חוקי היסוד. שאלת היקף הנורמות שאותן הכנסת מבקשת לחוקק ביחס לשטחים שהיא לא סיפחה באופן רשמי אינה רלוונטית למבחני חוקי היסוד. למעשה, ההפך הוא הנכון. כאמור לעיל, "**במידה שמוקנית לכובש סמכות חקיקה בשטחים המוחזקים, הסמכות מוקנית למדינה בתורת שכזאת ולא לאורגן כלשהו שלה ... והכנסת רשאית גם רשאית לחוקק חוק, שיבוא במקום צו או צווים של המפקד הצבאי**" (י' דינשטיין). ואכן, בית המשפט הנכבד קבע מפורשות כי אין "**שום מניעה להחיל את משפט ישראל על שטחים מוחזקים גם ללא כוונה לספחם לשטח המדינה**" (ג"צ 283/69 **רוידי נ' ביהמ"ש הצבאי נפת חברון** פ"ד כד 419, 423 (1970)) וכי "**עצם החלתה של <u>נורמה ישראלית פלונית</u> על מקום אלמוני שמחוץ למדינה אינו עושה בהכרח אותו מקום אלמוני לחלק מישראל**" (בג"צ 205/82 **אבו צאלח נ' שר הפנים** פ"ד לז(2) 718, 720 (1983); בג"צ 2612/94 **שעאר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון** פ"ד מח(3) 675, 680-681 (1994)). ממילא, גם ללא סיפוח רשמי אין כל מניעה מלחוקק חוקים על ידי הכנסת ולהחילם – כולם או אף "**נורמה ישראלית פלונית**" כדברי בית המשפט הנכבד – באזור.

225. למעלה מן הצורך בהקשר זה נעיר, כי גם מבחינת המשפט הבינלאומי העובדה כי ישראל בחרה להזרים – באמצעות חוק – את **כל** החקיקה הישראלית במזרח ירושלים אינה מהווה, מבחינת אלו הטוענים נגד חוק ההסדרה על יסוד המשפט הבינלאומי, טענת מגן מפני ביקורת שיפוטית. שהרי לשיטת אלו הסבורים כי המשפט הבינלאומי אוסר על כל חקיקה ישראלית באזור – מה לי חוק אחד מה לי כל החוקים כולם. זה כמו אלו, ואלו כמו זה, כולם – על יסוד אותה סברה – פסולים על יסוד המשפט הבינלאומי, ולכן, מיניה וביה, גם נדונו לשיטתם לפסילה חוקתית על פי המשפט הישראלי הפנימי. למעשה, דווקא החלת **כל החקיקה** הישראלית עלולה להתפרש כסיפוח בעוד שהחלת "**נורמה ישראלית פלונית**" דווקא אינה חשודה בכך. ממילא, מבחינת המשב"ל, לכאורה, החלת נורמה מסויימת "קלה" יותר מהחלת כלל הנורמות. זו גם הסיבה שהעותרים עצמם מודים כי אפילו סיפוח של האזור לא היה מועיל לשיטתם.

226. **לבסוף**, מן הראוי להרהר בהגיונם החוץ-משפטי של העותרים. שהרי הם מבקשים את ביטולה של חקיקה ראשית של הכנסת רק משום שהיא של הכנסת. לשיטתם, עדיפות שכבות דין היסטוריות מן השלטון העות'מאני, עבור למנדט הבריטי, המשך בכיבוש הירדני וכלה בחקיקה הצבאית של מפקדי צה"ל על פני חקיקה של הכנסת, המוגבלת בחוקי היסוד. וכי שכבות חקיקה אלו עדיפות יותר, מכל היבט שהוא, על

חקיקה ישראלית?! וכי חקיקה צבאית עדיפה – מבחינת זכויות אדם – על חקיקה של כנסת ישראל?! תהליכי החקיקה של הכנסת ארוכים, עדינים ומורכבים הרבה יותר מאלו של המפקד הצבאי. הם פומביים, שקופים ופתוחים לציבור. ממילא, הם מאפשרים שמירה גדולה בהרבה על זכויותיהם של תושבי האזור מאשר חקיקה צבאית. ובכל מקרה, הם כפופים לביקורת שיפוטית. והמקרה דנן יוכיח. אכן, התעקשות העותרים כי חקיקה צבאית או פרה-ישראלית, או נורמות של המשפט הבינלאומי, כולן עדיפות על פני חקיקה של הכנסת אשר כפופה לביקורת חוקתית לפי חוקי היסוד שלנו – היא דמוניזציה אבסורדית של כנסת ישראל ושל חוקי היסוד. כאמור, המבקשים עצמם טוענים כי אפילו סיפוח והענקת אזרחות לתושבי האזור כולם "**ספק אם יספיק להכשיר את המהלך**" (סע' 105 לבקשה). אמור מעתה: לא חוקי היסוד ולא טענה חוקתית עומדים בבסיס הטיעון האמור נגד החוק, אלא התנגדות גורפת לכל ביטוי של שליטה ישראלית באזור, "כיבוש", יהא אשר יהא.

ד'3 – הטיעון נגד חוק ההסדרה מן המשפט הבינלאומי

227. הגענו כעת לטיעון המרכזי שרווח הן בשיח הציבורי והן בכתבי הטענות של העותרים: הטיעון המבוסס על המשפט הבינלאומי. טיעון זה, שלפיו דינו של חוק ההסדרה להיבטל בשל נורמות מן המשפט הבינלאומי, מושתת על שתי הנחות. **האחת**, כי המשפט הבינלאומי יכול לבסס עילה לביקורת שיפוטית ופסילה של חקיקה ראשית; **והשניה**, כי החוק לגופו מנוגד למשפט הבינלאומי.

228. אלא שההנחה כי חקיקה של הכנסת כפופה לביקורת שיפוטית המבוססת על הדין הבינלאומי היא תקדימית, מרחיקת לכת ומסוכנת. למעשה, היא מהווה לא פחות מהיפוך של סדרי המשטר שלנו על פיהם, ומנוגדת לעקרונות היסוד של הדמוקרטיה הישראלית. **יש לדחותה על הסף**.

229. גם ההנחה השניה כי החוק, לגופו, מנוגד לנורמות מן המשפט הבינלאומי היא שגויה ומטעה, וכפי שנראה להלן, עומדת בניגוד לדין הקיים כפי שמשתקף במנהג, באמנות, בספרות המקצועית ובפסיקת בית המשפט הנכבד. רק פרשנות מחמירה, בלתי הגונה, וכזו התומכת בהחלת סטנדרט ייחודי על מדינת ישראל, יכולה להוביל למסקנה כי החוק מנוגד לנורמות מן המשפט הבינלאומי. ובכל מקרה, ישראל אינה אוחזת בה. קל וחומר שאין בכוחה לשמש מצע לפסילת חוק ראשי של כנסת ישראל הריבונית.

230. וכך יהא הילוכנו. **ראשית**, נשוב מעט אל הראשונות המונחות בבסיס מערכת היחסים שבין הרשות השופטת לרשות המחוקקת ונבהיר מתוכן את המובן מאליו, לפיו **חקיקה של הכנסת איננה כפופה לביקורת המשפט הבינלאומי**. זו תמצית השיטה הדואליסטית, וזו תמציתה של ריבונות הכנסת.

231. **שנית**, נמשיך ונבהיר מדוע הטענות כי החוק נוגד את חובותיה של מדינת ישראל לפי המשפט הבינלאומי **שגויות גם לגופן**. במסגרת זו – התמודדות עם הטענות מן המשפט הבינלאומי לגופן – נטען כך:

231.1. נבהיר את עמדת ממשלות ישראל לדורותיהן לגבי **אי תחולה דה-יורה** של דיני התפיסה הלוחמתית על נסיבות השליטה הישראלית באזור.

231.2. לאחר מכן, נבהיר הבהרה מושגית, ולפיה המונח 'אוכלוסיה מוגנת' **אינו רלוונטי** לשאלה האם הפקעת זכויות במקרקעין לצרכים אזרחיים מותרת או אסורה, משום ששאלת היחס לקניין הפרטי בדיני המלחמה מוסדר בתקנות האג **ולא** באמנת ג'נבה הרביעית (להלן: **אמנת ג'נבה**) ומשום שהמונח 'אוכלוסיה מוגנת' זר לתקנות האג.

231.3. נראה כי המגבלה המרכזית הנטענת מכוח תקנות האג הנוגעת לענייננו, היא זו הקבועה בתקנה

46. ברם זו אוסרת על **החרמת** רכוש, ולא על הפקעה תמורת תשלום.

231.4. נעבור להראות כי האיסור שהעותרים טוענים לו כלל **אינו קיים במשפט המנהגי**. למעשה, מדובר בניסיון פסול להטיל סטנדרט ייחודי על ישראל, ניסיון שממשלת ישראל מתנגדת לו בכל תוקף.

231.5. נבהיר את ההבחנה בין האיסור שקבע בית משפט זה על **תפיסה צבאית** לצרכי התיישבות, כאשר המטרה היא אזרחית ולא ביטחונית, לבין **הפקעה מכוח הדין המקומי**.

231.6. נבהיר את עמדתינו לפיה, ודאי ביחס להקשר של החוק דנן, גם האוכלוסיה הישראלית באזור היא אוכלוסיה מקומית אשר המפקד הצבאי חייב לפעול לטובתה. ממילא, הפקעת מקרקעין לטובת האוכלוסיה המקומית יכול שתיעשה גם לטובת האוכלוסיה הישראלית. זו גם ההלכה שקבע בית המשפט הנכבד בעבר, שעל פיה הפקעה לצורך האוכלוסיה המקומית – מבלי שהבדיל בין אוכלוסיה ישראלית לאוכלוסיה ערבית – היא חוקית שעה שהיא נעשית על פי הדין החל באזור ולפי כללי המשפט המינהלי. בהקשר זה נראה, כי בית המשפט הנכבד מעולם לא קבע אחרת.

231.7. נפנה את תשומת הלב לתקדים **נטילת הרכוש הפרטי תמורת פיצוי בצפון קפריסין**, שנעשה בשנים האחרונות לאחר שנים רבות של תפיסה לוחמתית וזכה להכרה מטעם בית הדין האירופי לזכויות אדם.

231.8. נדחה את טענת העותרים, שלפיה יש כביכול בחוק ההסדרה משום **'פשע מלחמה'**, שהרי אין דבר הרחוק יותר מן המציאות. ממשלת ישראל דוחה מכול וכול טענה הזו, ובפרט את הניסיון להלך אימים על נבחרי הציבור, פקידי המדינה ובית המשפט. נראה כי אין לכך בסיס, לא מכוח הסתמכות על אמנת רומא, שהממשלה דוחה את הניסיון להחילה על הסכסוך הישראלי-פלסטיני, ולא מכוח אמנת ג'נבה או מקורות אחרים. אגב כך נתייחס להשוואה השגויה והמקוממת שביצעו העותרים בין החוק לבין שני פסקי דין ממשפטי נירנברג. לא פחות.

231.9. לבסוף, נדחה את הטענה כי יש בחוק ההסדרה משום **שינוי אסור של הדין המהותי החל באזור**.

<u>ד'3(1) - על סמכות הרשות השופטת לבטל חקיקה של הכנסת</u>

232. היסודות לסמכותו של בית המשפט הנכבד להעביר תחת שבט ביקורתו חקיקה ראשית של הכנסת הונחו בפרשת בנק המזרחי (ע"א 6821/93 **בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995)) ומאוחר יותר יושמו בפרשיות נוספות (ראו למשל, בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367 (1997) ; בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241 (1999)).

233. אכן, כאשר בית המשפט הנכבד נדרש להעביר את חקיקת הכנסת תחת שבט ביקורתו, לנגד עיניו תהא העובדה, כי ביקורת שיפוטית נעשית על בסיס חוקי ועקרונות היסוד מכוח מעמד-העל שניתן להם **בידי נבחרי העם** בחובשם את כובע הרשות המכוננת. עמד על כך הנשיא ברק בפרשת **בנק המזרחי** כשהבהיר כי סמכות ביקורת החקיקה מעוגנת בסמכות שניתנה לבית המשפט הנכבד **מן הריבון**:

> **"מעשה חוקה מחייב תמיד נקודת אחיזה שמחוץ לגוף המחוקק. נקודת אחיזה זו צריכה לינוק עצמה מהעם, אשר הריבונות שייכת לו. אכן, ביסוד תורת הסמכות המכוננת של הכנסת עומדת התפיסה כי סמכותה המכוננת של הכנסת באה לה מהריבון, כלומר מהעם"** (פרשת הבנק המזרחי, עמ' 356).

ובהמשך, הוסיף הנשיא ברק:

> **"חוקה היא פעולת עם היוצרת שלטון. העם הוא הקובע – על-פי תפיסתו החברתית במהלך ההיסטוריה שלו – בידי מי הסמכות העליונה במדינה, ומהו כלל ההכרה שבה. בית המשפט נותן ביטוי לקביעה חברתית זו. בית המשפט הוא הפרשן הנאמן של רצון העם בחוקה... [החוקה] היא פרי ההיסטוריה הפוליטית, החברתית והמשפטית של השיטה. היא תוצאה של ההסכמה החברתית המושתתת על הקונצנזוס החברתי בישראל..."**
>
> (**שם**, עמוד 391).

234. על בסיס זה – התפיסה כי חוקי היסוד נהנים ממעמד חוקתי על-חוקי בשל המנדט שניתן לרשות המכוננת מן הכנסת ומן העם – הבהיר הנשיא ברק כי סמכותו של בית המשפט להכריז על בטלותם של חוקים בה במידה שהם סותרים את חוקי היסוד אינה אלא מימוש רצונו של העם:

> **"אכן, הכנסת, תוך שימוש בסמכותה המכוננת, העניקה למדינה חוקי-יסוד. אלו הן נורמות עליונות במדרג הנורמאטיבי. כדי לקיים את דברה זה של הכנסת יש לבטל דבר חקיקה רגיל הסותר חוק-יסוד, בדומה לבטלותה של תקנה הסותרת חוק ... הלגיטימיות של החוקה ושל חוק היסוד מעניקים את הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק" (שם, עמוד 420).**

235. ובפרשה אחרת:

> **"בבטלו חקיקה ראשית, השופט מסכל את רצון המחוקק. הצידוק לכך הוא בכפיפותו של המחוקק להוראות חוקתיות-על-חוקיות, שהוא עצמו קבען."**
>
> (בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367, 387 (1997)).

236. הנה כי כן, התפיסה העומדת בבסיס הביקורת השיפוטית בישראל של חקיקת הכנסת מושתתת אפוא על **העיקרון הדמוקרטי**, ולפיו העם, הריבון, הוא המחליט על גורלו, הוא נושא באחריות על החלטותיו והוא קבע את הנורמות – חוקי היסוד – שאליהן כפופה הכנסת (תפיסה זו, כפי שציין בית המשפט הנכבד, מקובלת גם בשיטות משפט אחרות (ראו עניין **בנק המזרחי**, עמ' 421; א' המילטון, ג' מדיסון וג' ג'יי **הפדרליסט**, מס' 78, עמ' 389-390 (הוצאת שלם, התשס"ב, תרגום א' אמיר)). ממילא, בית המשפט ממלא אחר שליחותו של העם בהוציאו את כוחה של החוקה אל הפועל, שעה שהוא בוחן חקיקה רגילה לאורה. אכן, תפקידו של בית המשפט הנכבד בביקורת החוקתית הוא לפקח **מטעם העם, הריבון,** על נציגיו ברשות המחוקקת, כדי להבטיח שהללו לא יחרגו מסמכותם כפי שזו משורטטת בחוקי היסוד.

237. ואכן, ריסון רב דרוש בהכרזה על בטלות חקיקה ראשית של הכנסת. פסילת חוק תיעשה רק שעה שברור כי זו **חובתו** של בית המשפט הנכבד לאור חוקי היסוד, כי זו חובתו כלפי העם, על פי רצונו כפי שבא לידי ביטוי בחוקי היסוד, שהסמיכו את בית המשפט הנכבד לכך. ממילא, מנוע בית המשפט הנכבד מלבקר חקיקה של הכנסת שלא מכוחם של חוקי היסוד (לאחרונה הוכרזה בטלותו של חוק בשל פגם בהליך חקיקתו, אולם סוגיה זו אינה עניין לכאן שהרי עניינו כאן בביקורת מהותית ולא פרוצדוראלית). ולכן, כפי שיובהר להלן, נורמות מן המשפט הבינלאומי (המנהגי או ההסכמי) **אינן יכולות** לשמש בסיס לביקורת שיפוטית של חקיקת הכנסת, בדיוק כפי שגם שיקולי מוסר כלליים, אינטואיציות של צדק או היגיון, תבונה מדינית או מסורת נוהגת אין בכוחם לגבור על קביעתו של המחוקק.

<u>ד'3(2) - דחיית ההנחה הראשונה: המשב"ל אינו יכול להוות עילה לפסילת חקיקה ראשית של הכנסת</u>

238. בטרם נדחה את ההנחה הראשונה לגופה נעיר שלוש הערות על היחס שבין המשפט הבינלאומי והדין הישראלי הפנימי.

239. **הראשונה**, נוגעת למעמדו של המשפט הבינלאומי המנהגי. נורמה בינלאומית מנהגית נקלטת באופן ישיר, ללא כל צורך במעשה של קליטה, אל הדין הישראלי. ומאותה שעה שנקלטה, הריהי חלק מן הדין הישראלי לכל דבר ועניין. ולכן, אמנות דקלרטיביות (שעניינן קודיפיקציה והצהרה של הדין המנהגי) הן חלק מהמשפט הישראלי (ראו, למשל, ע"פ 1/48 **סילבסטר נ. היועץ המשפטי**, פסקים א 513 (1949); בג"ץ 393/82 **ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון** פ"ד לז(4) 793, 809 (1983); בג"ץ 591/88 **טאהה נ' שר הבטחון** פ"ד מח(2) 45, 52 (1991)).

240. **השניה**, נוגעת למעמדו של המשפט הבינלאומי ההסכמי. אמנות קונסטיטוטיביות (אשר נועדו לכונן נורמות חדשות במשפט הבינלאומי) אינן נקלטות אל המשפט הישראלי – אפילו אם מדינת ישראל צד להן והן מחייבות אותה ביחסיה הבינלאומיים – עד אשר תהפוכנה לחוקים מפורשים של הכנסת (ראו ההפניות לעיל).

241. **השלישית**, נוגעת לחזקת **ההתאמה הפרשנית** לפיה "**יש לפרש דבר חקיקה ישראלי באופן המתיישב ככל הניתן עם נורמות המשפט הבינלאומי להן מחויבת מדינת ישראל**" (ע"פ 6659/06 **פלוני ואח' נ' מדינת ישראל**, פסקה 9 (2008). רוצה לומר: שעה שדבר חקיקה ישראלי ניתן למספר פרשנויות שקולות, מן הראוי לפרש אותו באופן שיתיישב עם הנורמה הבינלאומית. מדובר בחזקה פרשנית, אחת מני חזקות פרשניות נוספות המצויות בארגז כלי העבודה של הפרשן המשפטי. וככל חזקה **פרשנית**, הנובעת מן ההנחה כי "**המחוקק שואף לתאם את חוקו לעקרונות המשפט הבין-לאומי ... מן הדין לפרש את החוק החרות, שעה שהוא משתמע לכאן ולכאן ותכנו אינו מחייב פירוש אחר, בהתאם להוראות המשפט הבין-לאומי**" (הנשיא שמגר בבג"ץ 253/88 **סג'דיה נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(3) 801, 815 (1988)), היא מוגבלת, מעצם ברייתה, **לפרשנות** חוק. כשמה, היא חזקה הניתנת לסתירה, היא אינה חזקה חלוטה. "**הלכה רווחת היא אצלנו, בעקבות ההלכה האנגלית, שבית משפט בישראל יפרש חוק חרות מקומי, אם אך תכנו אינו מחייב פירוש אחר, בהתאם להלכות המשפט הבינלאומי הפומבי**" (בג"ץ 302/72 **חילו נ. ממשלת ישראל**, פ"ד כז(2) 169, 177 (1973); ראו גם ע"פ 5/51 **שטיינברג נץ היוה"מ**, פ"ד ה 1061; ע"פ 336/61 **אייכמן נ. היועץ המשפטי**, פ"ד טז 5; ע"פ 131/67 **הישמט קמיאר נ' מדינת ישראל**, פ"ד כב(2) 85 (1968)). אך כאשר הוראות חוק אינן ניתנות לפרשנות העולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי, אם בשל חזקות פרשניות אחרות או אם בשל תכליתו או מילותיו של החוק עצמו, הרי שהחזקה מופרכת. ממילא, "**הלכה פסוקה היא אצלנו שכאשר קיימת סתירה בין דין ישראלי ובין המשפט הבינלאומי, שומה על בתי-המשפט הישראליים לתת תוקף לדין הישראלי**" (ע"א 522/70 **אלקוטוב נ' שאהין**, פ"ד כה(2) 77 (1971)). ממילא, "**כאשר מתוך החוק שנחקק בולטת ברורות מגמה נוגדת, מאבדת אותה הנחה את ערכה ובית המשפט מצווה שלא להתחשב בה**" (הנשיא שמגר בעניין **סג'דיה** לעיל).

> **"אכן, אפילו נפגעו זכויותיו של הזר על פי דיני זכויות האדם הבינלאומי ודיני זכויות האדם ההומניטריים – ואפילו נפגעו זכויותיו של הישראלי עד כמה שהן מעוגנות רק בדינים אלה – ואיננו נוקטים בשאלות אלה כל עמדה – פגיעה זו נעשתה מכוח חוק האזרחות והכניסה לישראל. <u>חקיקה מקומית מפורשת יש בכוחה, מנקודת המבט הישראלית הפנימית, לפגוע בזכויות המוענקות בדין הבינלאומי</u>. עד כמה שדין אחרון זה מהווה משפט בינלאומי מינהגי, אין בכוחו להתגבר על דבר חקיקה ישראלי הפוגע בו במפורש".**
>
> בג"ץ 7052/03, עניין עדאלה הנ"ל, (ההדגשות הוספו), פיסקה 17 לפסק הדין; ראו גם בג"ץ 2599/00 **ית"ד נ' משרד החינוך**, פ"ד נו(5) 834, 847 (2002); והפסיקה רבה בהקשר זה ראו גם: D. Kretzmer "*The Law of Belligerent Occupation in the Supreme Court of Israel*" 94 Intl. Rev of the Red Cross 207, 212 (2012).

242. ובפרשת חוף עזה, אמר בית המשפט הנכבד כך:

> **"אין די גם בכך שייקבע שהם נהנים מזכויות אדם המקובלות במשפט הבינלאומי הפומבי. עיגון כזה – שאיננו נוקטים בו כל עמדה – עם כל חשיבותו, אין בו כדי לעורר בישראל בעיה חוקתית. הטעם לכך הוא זה: <u>כאשר הפגיעה בזכות שמקורה במשפט המקובל או במשפט הבינלאומי הפומבי מתנגשת עם הוראה מפורשת בחוק של הכנסת – יד חוק הכנסת על העליונה, ובעיה חוקתית אינה מתעוררת.</u>"**
>
> בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2), 481, 544 (2005)

243. אכן, הדברים אינם שנויים במחלוקת, כפי שכתבה אחת המלומדות:

> **"שנית, ישראל היא צד לאמנות זכויות אדם ודיני כיבוש, אך אלו לא נקלטו במשפט המדינה באמצעות חקיקה. בהיעדר קליטה הדינים המעוגנים באמנות בלבד, דהיינו במשפט הסכמי בלבד, אינם אכיפים בבית משפט ישראלי במישרים, אלא לכל היותר באמצעות חזקת ההתאמה הפרשנית, שלפיה פרשנות המשפט הישראלי צריכה להיעשות ככל האפשר באופן שעולה בקנה אחד עם ההתחייבויות הבין-לאומיות של המדינה. <u>דינים המעוגנים במשפט המנהגי, בין שמדובר בזכויות אדם ובין שמדובר בדיני כיבוש, הם אמנם חלק ממשפט המדינה, אך גם הם יידחו מפני חוק מפורש הסותר אותם. לחקיקה תהיה עדיפות גם אם מדובר בתחולת הנורמות בשטח כבוש</u> (מצב חריג כפי שיידון להלן)."**
>
> (י' רונן "תחולתו של חוק יסוד: כבוד האשם וחירותו בגדה המערבית" **שערי משפט** ז 149, 159 (תשע"ד)).

244. כעת, על רקע זה יש מקום להפריך את הטענה התקדימית, שלפיה המשפט הבינלאומי עשוי להוות עילה לביקורת שיפוטית ולפסילה של חקיקה ראשית.

245. הטענה האמורה **חסרת תקדים** משום שהיא מבקשת לייבא אל תוך משטרנו החוקתי **עילת ביקורת שיפוטית חדשה** ביחס לחוקי הכנסת. מעתה, לא חוקי יסוד המבטאים את עקרונות היסוד של השיטה הם התשתית לביקורת שיפוטית, אלא **נורמות חיצוניות** וזרות לה. מעתה, לו תתקבל הטענה, אלה הופכים באופן ישיר לעילת ביקורת של הרשות השופטת כלפי הרשות המחוקקת. כאמור לעיל, על פי שיטתנו המשפטית, הצועדת בעקבות מדינות רבות בעולם, נורמה משפטית מן המשפט הבינלאומי חייבת להיקלט אל תוך המערכת המשפטית הפנימית בהתאם לכלליה שלה. על פי הכללים שעוצבו במשטר החוקתי שלנו, נורמות מנהגיות נקלטות באופן ישיר ונורמות הסכמיות טעונות חקיקה של הכנסת. הנה כי כן, הדין הישראלי, באופן בלתי תלוי, הוא המתיר את המועד והאופן שבו תיקלט נורמה מן המשפט הבינלאומי אל תוך הדין הישראלי הפנימי. כוחה של נורמה מן המשפט הבינלאומי יפה – ככל שהוא כזה – בתוך מערכת המשפט הישראלית, **רק משום שהדין הישראלי עצמו התיר זאת** לא בשל דבר מה – יהא אשר יהא – במישור המשפט הבינלאומי. מבחינה משפטית ישראלית פנימית, כוחה של נורמה מן המשב"ל יפה לא בשל העובדה שהיא כזו, אלא רק בשל העובדה כי הדין הישראלי החליט, על פי כלליו שלו, להעניק לאותה נורמה חיצונית כוח מחייב פנימה. ולכן, הפה שאסר הוא הפה שהתיר. בכוחה של כנסת ישראל לעצב, לשנות או להתעלם מכל נורמה משפטית חיצונית לה. היא אינה מחוייבת לה כלל. ולכן, כלל גדול הוא כי מעמדו של חוק חרות של הכנסת גבוה מנורמה של המשפט הבינלאומי שנקלטה אל הדין הישראלי. משעה שהכנסת אמרה את דברה – וכנסת ישראל באמצעות חקיקה ראשית היא דוברת – כל נורמה מן המשפט הבינלאומי שנקלטה לדין הישראלי ועשויה הייתה לחייב פעולה שלטונית או מנהלית רגילה, נסוגה, לכל אורך החזית, בפני דברה של הכנסת. כך הם פני הדברים. שאם לא כן, נמצאת מחדש כי נורמת-העל של הדמוקרטיה הישראלית, הנורמה הבסיסית, איננה מארג חוקי היסוד שהתקבלו באופן דמוקרטי ובהסכמה אזרחית אלא נורמות בינלאומיות חיצוניות שכמו "נכפו" על הכנסת ללא ידיעתה או הסכמתה וללא ידיעת הציבור.

246. לכן, קבלת טענה תקדימית זו תהא זו לא פחות מהפיכה חוקתית **מרחיקת לכת**, המנוגדת לתשתית העיונית של סמכות הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית. ביטול חוק של הכנסת על יסוד המשב"ל פירושו **היפוך המדרג הנורמטיבי** של משטרנו החוקתי. קבלת הטענה האמורה תעלה את המשפט הבינלאומי למעמד חוקתי על-חוקי ללא כל הצדקה. בעוד שביקורת שיפוטית על בסיס חוקי היסוד מוצדקת משום שחוקי היסוד מבטאים את רצונו העמוק של העם, את ערכי הליבה של החברה הישראלית, ולכן הם – ורק הם – יכולים לשמש מצע לפסילת חקיקה ראשית, הרי שביקורת שיפוטית של חקיקה ראשית על יסוד המשפט הבינלאומי **מבטאת בדיוק את ההפך**. המשפט הבינלאומי אינו מבטא את רצון העם והוא בשום אופן לא יכול לחייב את הכנסת ללא הסכמתה. ממילא, יצירת עילה ביקורת חדשה על בסיסו היא חסרת הצדקה ומנוגדת תכלית הניגוד לערכי היסוד של הדמוקרטיה הישראלית.

247. בהקשר זה ראוי גם לדחות על הסף את הטענה, כי גם את חוקי היסוד שומה על בתי המשפט לפרש לאור המשפט הבינלאומי משום שטענה זו היא אותה גברת – "הפיכה חוקתית" – בשינוי אדרת. שהרי חוקי היסוד הם שיקוף של רצונו העמוק של **העם בישראל**. הם **אינם** – ואסור שיהיו – שיקוף של כל דבר אחר לרבות הסכמות הנעשות בין אומות העולם או של הדין הנוהג ביחסים שביניהן. תכליתה של הביקורת השיפוטית היא להבטיח כי נציגי העם – חברי בית המחוקקים – אינם חורגים ממה שהעם קבע במסמך העליון כ'גבולות הגזרה' לפעילותם החקיקתית. שעה שבית המשפט הנכבד משמש בכובעו כפרשן חוקתי לצורך ביקורת חקיקה עליו לזכור – כפי שהוא אכן עושה – את היותו שליחו של הריבון, של החברה בישראל. היא הסמיכה אותו להתחקות אחר ערכי היסוד שהיא – החברה בישראל – קבעה בחוקי היסוד, ולא גורם זר:

> **"משפט משקף חברה, וחברה היא פרי מערכת מורכבת של נתונים. אלה משתנים ממקום למקום, ועמו משתנה המשפט. המשקל שניתן בחברה נתונה לשיקולים שונים משקף את תרבותה, את ההיסטוריה שלה ואת מכלול ערכיה, ואלה שונים בחברות שונות. <u>מכאן הצורך בזהירות רבה כאשר מתבקשת השראה השוואתית במשפט בכלל ובמשפט החוקתי בפרט</u>".**
>
> א' ברק **פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית**, 237 (תשנ"ד) (ההדגשה הוספה).

248. אכן, החוקה, ככל טקסט, מחייבת פרשנות לשם יישומה. אין כל פסול כי פרשנותה תישאב ממקורות שונים: מן הדברים שנאמרו ברקע כינונה של החוקה על ידי מנסחיה, מן המוסר והתרבות היהודיים, מאבני היסוד של הערכים בישראל והפסיקה של בית המשפט העליון, מהסדרי חקיקה ישראליים כלליים, ובמידה מסויימת ומסוייגת גם מחוקות דומות הנהוגות במדינות אחרות. אולם יש להישמר מליתן למקור **חיצוני** למשטרנו החוקתי מעמד **מחייב** בפרשנותה. מתן מעמד כזה, בלא שהחוקה קבעה זאת במפורש, כמוהו כאימוץ חוקה אחרת תחת זו שניסח הריבון על-ידי נציגיו. קביעה כי חוקי היסוד חייבים להתפרש על פי המשפט הבינלאומי היא ניסיון לבצע הפיכה חוקתית.

249. אדרבה: **עובדת קיומו של חוק ישראלי חרות משליכה על פרשנות חוקי היסוד הרבה יותר מכל נורמה זרה**. ולכן, הכפפת חוקי היסוד לנורמות של המשפט הבינלאומי תכפיף מיניה וביה את כלל החקיקה הישראלית למקורות נורמטיבים זרים ללא כל עיגון נורמטיבי-חברתי.

250. יתר על כן, קבלת הטענה כי יש לפרש את תוכנן של הנורמות שבחוקי היסוד בהתאם למשפט הבינלאומי, אפילו כחזקה פרשנית הניתנת לסתירה, משמעה **סתירת חזקת ההתאמה הקיימת היום**. שהרי אם הנורמה הגבוהה יותר (חוקי היסוד) אמורה להתפרש בהתאם למשפט הבינלאומי הרי שנורמה נמוכה יותר (חוק רגיל של הכנסת) חייבת תהא להיות נסוגה מפני הנורמה מן המשפט הבין לאומי שנשאבה אל הדין הישראלי בעקיפין, **למעמד על-חוקי**, ללא הסכמה ציבורית. וזו בדיוק מסקנה הפוכה מכללי המשפט

החוקתי שלנו, אשר על פיו **חוק רגיל** לעולם גובר על נורמה של המשפט הבינלאומי, וקבלתה תבטא את הפיכת השיטה הדואליסטית בישראל לשיטה מוניסטית. אם תתקבל, כנסת ישראל תהא כפופה למשפט הבינלאומי ללא שהעם בישראל הסכים לכך. למעשה, יהא בכך משום איבוד ריבונותה של הכנסת, איבוד ריבונות של הממשלה, והפיכה חוקתית רדיקלית במשפט הישראלי. אכן, מדובר בטענה מרחיקת לכת, לשון המעטה.

251. אך הטענה האמורה אינה רק מרחיקת לכת. היא גם **מסוכנת**. לו תתקבל הטענה יוכל פלוני מחר לעתור לביטול חוקים מחוקים שונים רק בשל העובדה כי הם, לפי אותה פרשנות של המשפט הבינלאומי שמציגים העותרים דנן, סוטים מפרשנות מקובלת של המשפט הבינלאומי. וזו, לשיטתם, מכפיפה אליה את חוקי היסוד וממילא גם חקיקה רגילה. ולאו מילתא זוטרתא היא. שהרי העותרים, המבקשים לפסול את חוק ההסדרה על בסיס המשפט הבינלאומי, סבורים כי גם החקיקה ישראלית ברמת הגולן או במזרח ירושלים מנוגדת למשפט הבינלאומי. ולא מצינו כי בית משפט ישראלי יעלה בדעתו לבחון את חוקתיותם של חוקים שהוחלו באזורים אלה – אשר מבחינת המשפט הבינלאומי מעמדם, לכל הפחות, זהה למעמד האזור – על יסוד המשפט הבינלאומי. **לו תתקבל הטענה** שמעלים העותרים עלולים בתי המשפט הישראלים למצוא עצמם דנים בחוקיותה של סגירת מרפסת בגילה לאור המשפט הבינלאומי. **לו תתקבל הטענה** שמעלים העותרים יוכל מאן דהוא לתקוף פעולות שלטוניות שונות – לרבות הפקעת זכויות במקרקעין – שמבצעות הרשויות, כבכל שטחי ישראל, במזרח ירושלים. שהרי "הכיבוש" שם – לשיטת אלו הסבורים שהאזור הוא שטח כבוש מבחינה משפטית לכל דבר ועניין ושלכנסת אסור לחוקק שם – "אינו חוקי" מבחינת המשפט הבינלאומי בדיוק באותה מידה שהוא "אינו חוקי" באזור. **לו תתקבל הטענה** שמעלים העותרים ניתן יהא, על פי הדין הישראלי הפנימי וגם בגבולות הקו הירוק, להעביר תחת שבט הביקורת השיפוטית פעולות של רשויות מנהליות מכוח סמכות מפורשת בחקיקה ישראלית רק בשל כך שהן מנוגדות, לכאורה, למשפט הבינלאומי. זאת, משום שמשמעות קבלת הטענה שמשמיעים העותרים היא, כי נורמות מן המשפט הבינלאומי לא רק נקלטות באופן ישיר ודינאמי, אלא שהן אף גוברות על חקיקה ישראלית מפורשת. **לו תתקבל הטענה** כי המשפט הבינלאומי מהווה עילה לביקורת שיפוטית של חקיקה ראשית עלול בית המשפט למצוא עצמו דן בחוקתיותם של חוק יסוד: ירושלים או חוק רמת הגולן, התשמ"ב-1981 לאור המשפט הבינלאומי. וזו, כמובן, תוצאה שאינה מתקבלת על הדעת.

252. וכך אמר בית המשפט הנכבד ביחס לטענה כי החלת החקיקה הישראלית במזרח ירושלים בחקיקה ראשית של הכנסת חסרת תוקף משום שהיא מנוגדת למשב"ל:

> **"טענתו המרכזית של בא-כוח העותרים היא כי החקיקה נגועה באי-חוקיות, באשר אינה עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי המנהגי (תקנות האג משנת 1907 וכללי אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (אמנת ג'נבה הרביעית)). לפיכך יש לקבוע כי מעולם לא הוחלה ריבונות ישראל דה-יורה על ירושלים המזרחית ואין להחיל עליה את המשפט והשיפוט הישראליים. טענה זו נדחית על-ידי.**
>
> **6. <u>גם אם אצא מתוך הנחה שהחקיקה הישראלית הפנימית אינה עולה בקנה אחד עם החוק הבינלאומי המנהגי – ואינני קובעת שכך הוא, באשר אין יסוד להנחה זו – גובר המשפט הישראלי. סוגיה זו נדונה אף היא לא אחת בפסיקת בית-משפט זה.</u>**
>
> **... <u>"דייני בהלכה הפסוקה שכללי המשפט הבינלאומי, במידה שנתקבלו על דעת רוב אומות העולם ואינם עומדים בסתירה לחוק החקוק בידי הכנסת, מהווים חלק מן הדין השורר בישראל" ... "כאשר מדובר בכלל מן המשפט הבינלאומי המינהגי, חל העיקרון ... לפיו מקום בו יש ניגוד בין החקיקה הישראלית לבין כלל מינהגי של המשפט הבינלאומי הפומבי עדיפה הוראת החוק אשר במשפטנו".</u>"**
>
> בג"ץ 256/01 **רבאח נ' בית-המשפט לעניינים מקומיים בירושלים**, פ"ד נו(2) 930, 934 (2002)

253. אם על פי משטרנו החוקתי הוראות מן המשב"ל נסוגות בפני חקיקה ראשית, קל וחומר שעה שמדובר בהוראות של דיני התפיסה הלוחמתית באזור, אשר, בהתאם לעמדת מדינת ישראל, אינן בעלות תחולה משפטית, דה יורה, אלא רק דה-פקטו. רוצה לומר: אם על פי כללי המשפט שלנו חקיקה ראשית של הכנסת גוברת גם על הוראות משב"ל שאינן שנויות במחלוקת, קל וחומר שחקיקה ראשית גוברת על הוראות דיני התפיסה הלוחמתית באזור אשר תחולתן, לכל הפחות, שנויה במחלוקת ונתונה בספק.

254. עובדה זו נכונה ביחס לאזור ביתר שאת. שהרי נכונותן של ממשלות ישראל לדורותיהן לכוף עצמן להוראות ההומינטריות של דיני התפיסה הלוחמתית מלכתחילה יכולה הייתה לחייב **רק** את הרשות המבצעת, ורק במידה שהיא הוסמכה לעשות כן על ידי הרשות המחוקקת. הרשות המבצעת לא התיימרה לחייב את הכנסת במשהו, ולמעשה – מתוקף עקרון הפרדת הרשויות – גם לא יכולה הייתה לעשות כן. לכן, לא רק שכנסת ישראל אינה כפופה לדיני התפיסה הלוחמתית – או לכל נורמה אחרת מן המשב"ל – אפילו ממשלות ישראל רשאיות להכפיף עצמן לנורמות מן המשב"ל רק כל עוד הכנסת מתירה להן זאת. ממילא, חקיקה של הכנסת באזור, אפילו הייתה סותרת את המשב"ל – **והיא לא** – אינה יכולה להיפסל רק בשל כך שממשלות ישראל הסכימו שפעולות מנהליות של הרשות המבצעת שם תהיינה כפופות לדיני התפיסה הלוחמתית.

255. ואכן, בית המשפט הנכבד כבר נדרש בעבר ל"סתירה" שבין הוראות דיני התפיסה הלוחמתית וחקיקה ראשית של הכנסת **באזור** – ולא ברמת הגולן או מזרח ירושלים - וקבע כי ב"סתירה" שבין חקיקה ראשית של הכנסת באזור (תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשכ"ז-1967) ובין הוראות דיני התפיסה הלוחמתית (ס' 49 לאמנת ג'נבה) – ידן של נורמות הכנסת על העליונה, "**בתוקף מעמדן כחקיקה ישראלית ראשית גוברות על הוראות המשפט הבינלאומי**". וכך אמר שם עוד בית המשפט הנכבד:

> **"ייאמר תחילה כי לא מצאנו שאכן מתקיים טעם מספיק לשנות מההלכה שהותוותה בפרשת סג'דיה, לעניין מעמדה של תקנה 6 לתקנות הגובר על הוראות האמנה. אשר לתחולת הוראות אמנת ג'נבה, הרי מאז החלת דיני הכיבוש על האזור ב-1967 טענה המדינה בפני בית המשפט שמדובר באמנה הסכמית, ולפי גישתה הביקורת השיפוטית על יישום הוראות האמנה היא מכוח המחויבות שהמדינה קיבלה על עצמה, <u>כעניין שבמדיניות</u>, לכיבוד ההוראות ההומניטריות שבאמנה. בהתאם לכך, בחן בית המשפט בפסיקה ענפה את קיום אותן הוראות במהלך השנים ... יהא מעמדה של אמנת ג'נבה אשר יהא, מוכנים אנו לקבל את הטענה שיש לבחון את פעולות המפקד הצבאי באזור בהתאם להוראות האמנה, כפי שנהג בית המשפט לעשות במשך שנים, ולכבד את הוראותיה המנהגיות כחלק מהדין הנוהג ... <u>עם זאת, אין חולק כי כאשר הוראת חוק מפורשת בחוק הישראלי הפנימי עומדת אל מול כללי המשפט הבינלאומי, גם כאשר מדובר במשפט מנהגי, הדין הישראלי מכריע</u>."**
>
> (בג"ץ 2690/09 **"יש דין" - ארגון מתנדבים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית - אלוף גד שמני** פסקאות 4-6 (2010) (ההדגשות אינן במקור)).

256. ובמקום אחר, בשאלת סמכותה של הכנסת לחוקק חקיקה ראשית שתחול באזור – לא מזרח ירושלים או רמת הגולן – קבע בית המשפט הנכבד: "**לא מצאתי תימוכין בבג"צ 256/72, שעל האמור בו הסתמך מר דרורי, לפרופוזיציה, שהסייגים על הטלת מסים על תושבי אזור כבוש מתייחסים גם לתושבים שהם אזרחי המדינה הכובשת, ובמבט ראשון, אין היא נראית משכנעת. לכאורה, עוסקים אנו כאן במאטריה, השונה מנושא הדיון בבג"צ 69/81, 493 הנ"ל, מאטריה המתייחסת לסמכותו של הריבון לקבוע נורמות של חיוב במס על אזרחי המדינה, גם אם העילה לחיוב נוצרה מחוץ לתחומיה הטריטוריאליים, וקביעת נורמות כאמור אינה נוגדת את המשפט הבינלאומי ... <u>ברם, גם לו היו הנורמות האמורות עומדות בסתירה למשפט הבינלאומי, הן היו תופסות ותקפות מבחינת הדין הפנימי, המחייב בית-משפט זה</u>**" (ע"פ 123/83

חברת ק.פ.א פלדות קרית ארבע בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1), 813, 819 (1984)). חד וחלק.

257. ואחר כל הדברים האלה, למעלה מן הצורך, מן הראוי להבהיר מדוע חוק ההסדרה **אף עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי**, ולכל הפחות, **אינו עומד בסתירה לו**.

ד'3(3) - דחיית ההנחה השניה: חוק ההסדרה אינו סותר נורמות מן המשפט הבינלאומי

ד'3(3)א - תמצית הטענות נגד החוק במישור המשפט הבינלאומי

258. אם נזקק את ליבת הטיעון המבוסס על המשפט הבינלאומי נגד חוק ההסדרה, כפי שמופיע בכתבי הטענות שהוגשו נגד החוק במסגרת ההליך דנן, ניתן יהא להציגו כך:

258.1. האוכלוסיה הערבית המקומית היא "אוכלוסיה מוגנת" כמשמעות המונח באמנת ג'נבה והפקעת מקרקעין של אוכלוסיה מוגנת שלא לצרכי ביטחון אסורה בתכלית האיסור;

258.2. חוק ההסדרה משנה את הדין המהותי החל באזור ללא הכרח של ממש ולכן אסור על פי המשפט הבינלאומי.

259. בטרם נפנה לבחון את הטענות האמורות ולהפריכן, נעיר מספר הערות מקדימות.

260. **ראשית**, כאמור לעיל בסעיף 18 ואילך, עמדתה של ישראל היא כי לדיני התפיסה הלוחמתית כמות שהם אין תחולה דה יורה באזור. חרף זאת, ישראל קיבלה על עצמה תחולה דה פקטו של ההוראות ההומינטריות של דיני התפיסה הלוחמתית כפי שהן באות לידי ביטוי בתקנות האג ובאמנת ג'נבה. בעוד שתקנות האג משקפות דין מנהגי ולכן נקלטות באופן אוטומטי לתוך הדין הישראלי הפנימי הרי שאמנת ג'נבה, המשקפת דין הסכמי, אינה נקלטת באופן ישיר ולכן יש צורך בחקיקה של הכנסת כדי לקלוט אותה אל תוך הדין הישראלי. כך או כך, רשויות ישראל באזור מתיימרות לפעול בהתאם להוראות ההומניטריות של שתי האמנות, ובמסגרת הדיון לקמן נקבל זאת כהנחת מוצא. אולם אין בכך משום הודאה לתחולה דה יורה של דיני התפיסה הלוחמתית ולכן, בכל מקרה, ולו מן הטעם כי מדובר בתחולה דה פקטו, הוראות אלה נסוגות מפני חקיקה ראשית.

261. **שנית**, כלל בסיסי במשפט הבינלאומי כי פעולה היא מותרת אלא אם כן נאסרה באופן ברור וחד משמעי (The Lotus Case (France v. Turkey), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7)). בית המשפט הנכבד אף פסק, כי בפרשנות של אמנות בינלאומיות "**יש להעניק להוראות שהן דו משמעיות אותה פרשנות, שהיא בעלת התוצאות המגבילות המועטות ביותר על ריבונותו של הצד לאמנה, או אשר מטילה אותן התחייבויות שהן הפחות מכבידות**" (בג"ץ 785/87 **עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** פ"ד מב(2) 1, 18 (1988)). לכן, השאלה המרכזית היא האם המנגנון הקבוע בסעיף 3(2) לחוק ההסדרה **<u>אסור בתכלית האיסור</u>** על פי המשפט הבינלאומי.

262. **שלישית**, לצרכי הדיון להלן נבחן את סמכותן של רשויות צה"ל באזור לפעול במתווה הקבוע בחוק ההסדרה כאילו לא היה נחקק החוק. או אז, הייתה פעולתם המנהלית של רשויות צה"ל חייבת להיות נדונה, בין היתר, בהתאם לכללי המשב"ל שנקלטו בדין הישראלי. אולם משעה שנחקק חוק ההסדרה - ואפילו היו פעולות מנהליות אלה אסורות לפי המשב"ל - בית המשפט הנכבד חייב לבחון את חוקיותם רק לאור הוראות החוק משום שהוראות המשב"ל לעולם כפופות לחקיקה ראשית. ברם, וכאמור לעיל, נראה לקמן כי אפילו ללא חקיקה ראשית המנגנונים הקבועים בחוק אינם סותרים את הוראות דיני התפיסה הלוחמתית.

263. נפנה כעת להפרכת הטיעון נגד חוק ההסדרה מן המשפט הבינלאומי.

<u>ד'3(3)ב - דחיית הטענה כי אסור להפקיע רכוש של אוכלוסיה מוגנת לצרכים אזרחיים</u>

264. טענתם המרכזית של העותרים בשתי העתירות בתחום המשפט הבינלאומי היא, כי הפקעת מקרקעין אסורה לפי המשפט הבין לאומי וכי היא עולה כדי פשע מלחמה. ברם, כפי שנראה להלן זו טענה שאינה משקפת את המשפט הבין לאומי כפי שהוא משתקף באמנות, במנהג, ובכתבי מלומדים. היא בוודאי אינה משקפת את פסקי דינו של בית המשפט הנכבד.

א. <u>הבהרה מושגית – "אוכלוסיה מוגנת" ו"אוכלוסיה מקומית"</u>

265. העותרים מסווגים את ההפקעה לפי החוק כ"פגיעה בקניינה הפרטי של האוכלוסייה המוגנת בשטח כבוש". כנקודת מוצא נבקש לתקן טעות זו, ולהבהיר כי למונח "אוכלוסיה מוגנת" אין נגיעה לדיון דנן בנושא הפקעת רכוש פרטי.

266. כאמור לעיל, שני המקורות הנורמטיביים המרכזיים לדיני התפיסה הלוחמתית הם תקנות האג ואמנת ג'נבה. אולם, בעוד שההגנות הקבועות באמנת ג'נבה נתונות ל"אוכלוסיה המוגנת" כהגדרתה שם (סעיף 4 לאמנה - אוכלוסיה שאינה אזרחי המדינה הכובשת), הרי שההגנות הקבועות בתקנות האג אינן מתייחסות ל"אוכלוסיה מוגנת" כלל אלא לאוכלוסיה המקומית, כלומר כלל האוכלוסיה החיה באזור הנתון לשליטה צבאית. למעשה, המונח "אוכלוסיה מוגנת" נולד לראשונה באמנת ג'נבה והוא זר לחלוטין לתקנות האג, ולכן אלו כלל לא מתייחסות לאוכלוסיה כזו.

267. והנה, **באמנת ג'נבה אין כמעט מגבלה הנוגעת להגנת הקניין, ואין כל מגבלה הנוגעת להפקעה ספציפית של רכוש פרטי**. זאת משום שאמנת ג'נבה כלל אינה עוסקת בהגנה על זכות הקניין. ממילא, בהקשר דיוננו – ההגנות הנוגעות לזכות הקניין בדיני התפישה הלוחמתית – אין כל משמעות למונח "אוכלוסיה מוגנת" שהוא מונח ייחודי לאמנת ג'נבה. הנה כי כן, העובדה כי על פי אמנת ג'נבה, אילו היתה חלה, האוכלוסיה הערבית באזור היא אוכלוסיה מוגנת אינה נוגעת כלל לשאלה אם המשפט בינלאומי אוסר על פגיעה בזכות הקניין שלה.

268. המקור להגנות על **זכות הקניין** בדיני התפישה הלוחמתית מצוי בתקנות האג ולא באמנת ג'נבה ולכן, אם כבר, מן הראוי לבחון את הוראות אלו. ממילא, השאלה אינה אם חל איסור על הפקעת זכויות של אוכלוסיה מוגנת אלא אם יש איסור כזה **ביחס לאוכלוסיה המקומית** כולה, ולא רק לאוכלוסיה המוגנת.

ב. <u>המגבלות על הפגיעה בקניין מכוח תקנות האג</u>

269. על אף הבלבול המושגי המופיע בכתבי הטענות נגד חוק ההסדרה, הטענה המרכזית מדיני המלחמה של המשפט הבין לאומי היא כי החוק עומד בסתירה לתקנה 46 **לתקנות האג** (ולא לאמנת ג'נבה, כפי שכותבים העותרים בבג"ץ 2225/17 בסעיף 204) הקובעת כי:

> "Family honour and rights, the lives of persons, and **private property**, as well as religious convictions and practice**, must be respected**".

וכן כי:

> **"Private property cannot be confiscated"**

270. לשיטת העותרים, תקנה זו מלמדת כי "כלל מינהגי עתיק יומין ומושרש של דיני הכיבוש הוא האיסור <u>המוחלט</u> של הפקעת רכוש פרטי של הנכבשים" (סע' 207 לעתירה 2055/17).

271. ואכן, החובה לכבד רכוש פרטי, הקבועה ברישא של הסעיף, אינה נתונה במחלוקת. אלא שבהקשר דידן, הוראה זו של המשפט הבינלאומי אינה מחדשת דבר, שכן חובה זו חלה ממילא על כל פעולותיהן של זרועות השלטון של מדינת ישראל מכוח הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המעניק באופן מפורש הגנה חזקה מזו שמקנה תקנה 46 על קניינו של כל אדם.

272. ובכל מקרה, מתקנה זו לא עולה "איסור מוחלט ועתיק יומין" על הפקעת רכוש פרטי כטענת העותרים. זאת, משום שתקנה 46 אינה עוסקת כלל בהפקעה כי אם **בהחרמה**, שהיא נטילת זכויות ללא תמורה (YUTAKA ARAI, **THE LAW OF OCCUPATION: CONTINUITY AND CHANGE OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, AND ITS INTERACTION WITH INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW** (Brill 2009) pg. 235). ממילא אין לה כל נגיעה לענייננו. זו גם הפרשנות שנתן בית המשפט הנכבד ללשון הסעיף. וכך קבע בית המשפט הנכבד בדיוק ביחס לטענה כי תקנה 46 אוסרת הפקעה בתשלום:

> **" וכבר כאן מקום עימי להדגיש כי תפיסת מקרקעים כנגד תמורה (requisition או seizure כפי שעוד יוסבר), אין פירושה החרמה (confiscation)"**
>
> (בג"ץ 606/78 **איוב נ' שר הבטחון** 113, 116 (1979))
>
> **"עינינו הרואות שיש הבחנה ברורה בין confiscation (שאינה אלא הפקעה ללא תמורה למטרה בלתי חוקית) לבין requisition, אשר, במקרה של נכסי דלא ניידי, אינה אלא דורשת מהבעלים, כנגד תשלום תמורה, את השימוש ברכושו, אך אינה שוללת ממנו את בעלותו." (שם**, בעמ' 121)

273. באותו האופן, גם סעיף 23(g) לתקנות האג, האוסר "**To destroy or seize the enemy's property, unless such destruction or seizure be imperatively demanded by the necessities of war**" אף הוא עוסק בהריסה או תפיסה של רכוש, ללא תשלום כמובן, כפי שנעשה במהלך לחימה, וקובע כי הללו מותרים רק אם הם נחוצים באופן מוחלט לצרכי המלחמה (לפרשנות דומה של תקנה 46 לתקנות האג ראו גם סעיף 1238 למדריך צבא קנדה: Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Level of the Judge Advocate General, ניתן להורדה בכתובת https://www.fichl.org/fileadmin/_migrated/content_uploads/Canadian_LOAC_Manual_2001_English.pdf "**Confiscation is the taking of enemy public movable property without the obligation to compensate the state to which it belongs**.")

274. למעשה, דיני התפישה הלוחמתית – תקנות האג ואמנת ג'נבה – שותקים בנוגע לסמכות ההפקעה, קרי רכישה תמורת תשלום, בשטח הנתון לתפישה לוחמתית (G. SCHWARZENBERGER, INTERNATIONAL LAW II (THE LAW OF ARMED CONFLICT) (1968), 245. ראו גם E. H. FEILCHENFELD, THE INTERNATIONAL ECONOMIC LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION (1942), 50; G. von Glahn, THE OCCUPATION OF ENEMY TERRITORY: A COMMENTARY ON THE LAW AND PRACTICE OF BELLIGERENT OCCUPATION (1957)).

275. הנה כי כן, אין בדיני התפישה הלוחמתית **איסור** על הפקעת זכויות תמורת תשלום, כפי שקובע המנגנון של סעיף 3(2) לחוק ההסדרה. דיני התפישה הלוחמתית עוסקים בהחרמה (confiscation) או תפישה צבאית

(seizure). בהפקעה תמורת תשלום הנעשית בפרוצדורה חוקית הם לא עוסקים. אכן, רשויות האזור לא נמנעו בעבר מהפקעת מקרקעין לטובת הקמת עיר ישראלית באזור (מעלה אדומים). למעשה, די בכך כדי להפריך את הטיעון נגד חוק ההסדרה מן המשב"ל שהרי, כאמור לעיל, כלל ידוע הוא במשפט הבינלאומי כי פעולה הינה מותרת אלא אם כן היא נאסרה באופן ברור וחד משמעי.

276. למעלה מן הצורך יוער כי חוקי היסוד מעניקים לזכות הקניין הגנה חוקתית שהיא מחמירה יותר עם המדינה מאשר כל מסגרת נורמטיבית אחרת, לרבות דיני התפישה הלוחמתית. "**עקרונות היסוד החלים על פי המשפט הבינלאומי ועל פי המשפט הישראלי דומים בעיקרו של דבר ... אכן, המשטרים הנורמטיביים החלים על כל אחת מן האוכלוסיות אינם זהים. יחד עם זאת, גם בהיבט זה עקרונות היסוד – ובמרכזם דרישת המידתיות - דומים הם. אופן האיזון בין השיקולים המתנגשים בהפעלת שיקול הדעת דומה בעיקרו ... בחינת שיקול הדעת בקביעת תוואי הגדר, על חלקיו השונים, תיעשה על פי אמות מידה מחמירות, דוגמת אלה הנוהגות על פי חוקי היסוד**" (בגץ 5488/04 **מועצת מקומית אלראם נ' ממשלת ישראל** פסקה 46 (2006); בגץ 281/11 **ראש מועצת בית איכסא נ' שר הביטחון** פסקה 25 (2011); בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נז(2) 349 פסקה 20 (2003); ראו גם י' רונן "תחולתו של חוק יסוד: כבוד האשם וחירותו בגדה המערבית" **שערי משפט** ז 149, 153 (תשע"ד)). ולכן, שעה שהראינו לעיל כי הפגיעה בזכות הקניין עומדת בתנאי המידתיות של חוקי היסוד, קל וחומר שהיא אינה סותרת את דיני התפישה הלוחמתית.

ג. <u>אין בסיס לטענה בדבר קיומו של איסור כזה בדין המנהגי – מנהג המדינות</u>

277. גם סקירת הפרקטיקה של מדינות העולם ביחס להפקעת קרקעות תמורת תשלום בשטחים כבושים מלמדת כי לא מוכר כל איסור על כך. למשל, המדריך הצבאי האמריקאי DEPARTMENT OF DEFENSE LAW OF WAR MANUAL, Art. 11.18.4.2 (2015), מניח כי ניתן ליטול רכוש פרטי כל עוד משולמים עבורו פיצויים והדבר אינו נחשב 'החרמה'. דוגמה נוספת מן העת האחרונה היא הכיבוש הרוסי בקרים. שם, על אף שהקהילה הבינלאומית השמיעה ביקורות רבות על פעולות שנעשו על ידי רוסיה המנוגדות לדיני המלחמה, לא נשמעה כל ביקורת על פעולות של הפקעה תמורת תשלום שנעשו שם, כמו בעניין גשר Kerch. אפילו בדו"ח התובע של בית הדין הבינלאומי בהאג לעבירות אפשריות שביצעה רוסיה בקרים, אין כל התייחסות לפעולות כאלה. שתיקה זו מצביעה על כך שפעולה זו אינה נתפסת כבלתי חוקית, ואין כל מקום להחיל על ישראל נורמה מיוחדת ומחמירה בהקשר זה. בעניין זה נבקש להפנות לחוות הדעת שהוגשה לוועדה המשותפת של הכנסת שדנה בחוק ההסדרה עובר לחקיקתו מטעם פרופ' יוג'ין קונטורוביץ', מומחה למשפט בין לאומי מאוניברסיטת Northwestern בארה"ב (מצ"ב **<u>כנספח 8</u>**).

278. כידוע, שלטון צבאי ארוך טווח נדרש לבצע פעולות רבות לטובת ניהול השטח, שאינן צבאיות גרידא. בייחוד כאשר מדובר בשלטון המתמשך חמישה עשורים, המחייב טיפול באוכלוסיות המעורבבות זו בזו והמשפיעות זו על זו, בפעילות כלכלית הנוגעת לשתי האוכלוסיות ומשפיעה על שתיהן, ובהחזקת תשתיות הנוגעות לכלל האוכלוסייה. שלטון צבאי כזה נדרש ממילא לפעולות תכנון, פיתוח ועוד. פעולות כאלה מחייבות מעת לעת הפקעה לצרכי ציבור בדומה לכל שלטון מתוקן. ואכן, במהלך חמישים השנים האחרונות ביצע המפקד הצבאי ביו"ש מאות פעולות של הפקעות לצרכי ציבור, ובית המשפט הנכבד אף דחה עתירות נגד הפקעות כאלה.

279. ועל אף שהעותרים מבקשים להצביע על קיומו של דין האוסר על הפקעה, הדבר לא עולה בידם. זאת משום שכדי לזהות כלל מנהגי מחייב יש להצביע על התנהגות מדינות (state practice) יחד עם כוונה משפטית

(Opinio juris). ולא לחינם לא הצליחו העותרים לבסס את שני היסודות הללו בנוגע לאיסור על הפקעה לצרכים אזרחיים: אין פרקטיקה כזו. ובהיעדרה יש להישמר מהכרזה על "דין מנהגי" בהעדר ביסוס רציני כמתחייב. כבר הזהיר בית המשפט הנכבד לפני שנות דור, מפי הנשיא שמגר (ההדגשה הוספה):

> **"האזהרה השנייה, העולה מתוך דברי המחבר המלומד [G. Schwarzenberger בספרו על דיני המלחמה], מופנית כלפי המכשלה הנגרמת על-ידי קשירת הכתרים, נעדרת הבסיס, לנוהג פלוני, אשר בחסותו מבקשים לעטות לאינטרס פארטיקולארי את הגלימה של כלל אוניברסאלי שאינו יאה לה. דעותיהם של צדדים או של מגזרים של מדינות, שהם צד מעוניין בקיומו של כלל פלוני, אינם בגדר השתקפות של המשפט המצוי, כאשר לא מדובר, למעשה, אלא על תיאורו של המצב המשפטי הרצוי לצד המעוניין. המסקנה המעשית המתבקשת במישור זה היא על-כן, כי מתחייבת בדיקה זהירה, קפדנית ומקיפה ובעיקר מתן משקל נאות למיגוון הדעות, הקיימות בנושא פלוני, כדי להסיק, אם מדובר על השקפה המקובלת על הרוב המכריע, או רק על דעה אחת מתוך השקפות חלופיות אפשריות."**

(בג"ץ 69/81 **באסיל אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון**, פ"ד לז(2) 197, 240 (1983))

280. הנה כי כן, הממשלה סבורה כי **בהעדר** איסור במשפט הבינלאומי על ביצוע הפקעה תמורת תשלום של מקרקעין פרטיים בשטחים כבושים – הן באמנות, הן במשפט המינהגי המשתקף באמנות, הן במשפט המנהגי המשתקף בפרקטיקת המדינות והן בכתבי המלומדים העוסקים בתחום – אין בשום אופן להטיל איסור כזה על מדינת ישראל. למעשה, גם בית המשפט הנכבד בפסיקותיו דחה את העמדה כי קיים איסור כזה.

ד. <u>גם ההלכה הפסוקה של בית המשפט הנכבד מבחינה בין הפקעה אזרחית (מותרת) להחרמה</u>

281. כאמור, בית המשפט הנכבד כבר קבע במספר רב של פרשיות כי על פי פרשנותו על תקנות האג – כפי שהן נקלטות באופן ישיר בדין הישראלי - הפקעת רכוש פרטי מותרת גם **<u>למטרות אזרחיות</u>**:

> **" הרשאי ממשל צבאי לעשות שימוש בדין המקומי ולהפקיע מכוחו רכוש פרטי? תקנות האג קובעות הוראות בכל הנוגע להפקעה או לתפיסה של רכוש למטרות צבאיות. אין בהן כל הוראה באשר להפקעה או לתפיסת חזקה, הבאות לטובת האוכלוסיה המקומית על-פי הדין המקומי. האם יש להסיק משתיקת תקנות האג הסדר שלילי בעניין זה? האין לומר, כי הוראת תקנה 46 לתקנות האג, לפיה אין להחרים (confiscate) רכוש פרטי, שוללת הפעלת הדין המקומי? התשובה על כך היא בשלילה. הגישה המקובלת היא, כי מהסדרי התקנות בעניין הפקעה או תפיסה <u>למטרות הצבא</u> אין ללמוד הסדר שלילי לעניין הפקעה או תפיסה למטרות "אזרחיות" על-פי הדין המקומי. נהפוך הוא: הגישה המקובלת היא - והיא יונקת חיותה מהוראות תקנה 43 - כי ממשל צבאי רשאי להפקיע או לתפוס חזקה ברכוש הפרט על-פי הדין המקומי, ובלבד שהדבר נעשה על-פי תנאיו של אותו דין ולמטרות האוכלוסיה המקומית. ... עומד על כך פלשנפלד, האומר:**

> **"The laws of the occupied state will usually provide for the power to expropriate private property provided it is needed and compensation is paid. During an occupation the occupant's right and duty to maintain public order and safety may involve expropriation" …**

> **על אותו רעיון חוזר גם המדריך הצבאי האמריקני באמרו:**

> **"In order to assure public order and safety, as required by Article 43 H.R … an occupant is authorized to expropriate either public or private property solely for the benefit of local population. 43article Local population. The occupant is obliged, unless absolutely prevented, to respect the laws in force in the occupied area in so doing"**

> **גישה דומה מוצאת את ביטויה אצל גרינשפן, האומר כי תקנה 43 לתקנות האג:**

> **"… permits the occupying power to expropriate either public or private property in order to preserve and maintain public order and safety**

[provided he respects] unless absolutely prevented the laws in force in the occupied country."

המחבר מוסיף ומציין, כי הפקעה זו צריכה להיות לטובת האוכלוסיה המקומית, וכי פיצויים ישתלמו על-פי הדין המקומי. ... גישה זו אומצה גם בבית-משפט זה ...

הנה כי כן סיכומו של דבר: הדין המקומי, המאפשר הפקעה או תפיסה לצורכי ציבור, ממשיך להתקיים - כל עוד לא בוטל או שונה כדין - גם בתקופת התפיסה הלוחמתית. מכוח דיני המלחמה מוחזקת סמכות ההפקעה בידי הממשל הצבאי. זה רשאי לעשות בה שימוש, בלבד שנתקיימו שלושה תנאים מצטברים: ראשית, מפעיל הסמכות פועל על-פי הדרישות הקבועות בחוק המקומי; שנית, הפעלת הסמכות הינה לטובת האוכלוסיה המקומית, כנדרש על-פי תקנה 43לתקנות האג; שלישית, בעל הסמכות מפעיל את הסמכות על-פי כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי, כגון מתן זכות שמיעה לפני ההפקעה או התפיסה"

(בג"ץ 393/82 **ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון** פ"ד לז(4) 785, 809 (1983); ראו גם בג"ץ 202/81 **טביב נ' שר הביטחון** פ"ד לו(2) 622 (1982); זמיר ובנבינשתי אדמות היהודים עמ' 119))

282. הנה כי כן, בית המשפט הנכבד כבר קבע כי על פי דיני התפישה הלוחמתית הפקעה למטרות אזרחיות עשויה להיות מותרת. אכן, הפעלת סמכות ההפקעה של המפקד הצבאי כפופה לסייגים ככל מעשה מנהלי. ברם, אין ויכוח כי סמכות זו קיימת. ואף הופעלה, תדיר, לרבות לצרכי ישראלים.

ה. <u>הערה מושגית – הבחנה בין הפקעה לצרכים אזרחיים לבין תפיסה צבאית</u>

283. מן הראוי להפריך כאן את הטענה המופיעה בעתירות כאילו בית המשפט הנכבד כבר קבע כי חל איסור להקמת התיישבות ישראלית על קרקע פרטית של ערביי האזור. זאת, כך על פי הטענה, בעקבות בג"ץ אלון מורה (בג"ץ 390/79 **דויקאת נ' ממשלת ישראל** פ"ד לד(1) 1 (1979)). אכן, מדובר בטענה הרווחת בשיח הציבור אך בטעות יסודה. נבהיר.

284. בשנת 1978, הוגשה עתירה לבית המשפט הנכבד, נגד ההחלטה להקים יישוב ישראלי – בית אל - על שטח התפוס בתפיסה צבאית. העותרים שם טענו, כי הקמת יישוב אזרחי על הקרקע סותרת את הטענה לצרכים בטחוניים בתפיסתה. בית המשפט הנכבד דחה את העתירה תוך שקבע, כי הקמת היישוב תורמת תרומה נכבדה לבטחון האזור. יודגש, כי הדיון שם התנהל בגדרם של דיני "התפיסה הצבאית", הכפופים לתקנה 52 לתקנות האג. על תפיסה כזו של רכוש פרטי להיעשות רק לאורו של צורך ביטחוני. בית המשפט הנכבד קיבל את עמדת המדינה, שלפיה קיים צורך צבאי בנוכחות ישראלית אזרחית באזורים רגישים מבחינה בטחונית, דוגמת השטח שעליו הוקם היישוב בית אל, שהינו בעל מיקום אסטרטגי וסמוך למחנה צבאי (בג"ץ 606/78 **איוב נ' שר הבטחון** פ"ד לג(2) 113, 117 (1979) (עניין **בית אל**)).

285. מספר חודשים לאחר פסיקת בית המשפט הנכבד בעניין בית אל, ניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין אלון מורה (בג"ץ 390/79 **דויקאת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(1), 1 (1979) (להלן: עניין **אלון מורה**)). בית המשפט הנכבד חזר על קביעתו העקרונית, כי **ניתן** לתפוס קרקע לשם הקמת יישוב, לצרכים צבאיים (למשל, שם בעמ' 16). אלא, **שבנסיבות הספציפיות** של הקמת היישוב אלון מורה קבע בית המשפט הנכבד, כי השיקול הדומיננטי להקמתו לא היה צרכי בטחון, כי אם שיקול מדיני, ולפיכך הוא אינו עומד בגדרי תקנה 52 לתקנות האג:

"למותר להדגיש שבכל הדברים שאמרנו בשני פסקי-דין אלה (ובאחרים כמותם) לא קבענו שמכאן ואילך כל התישבות אזרחית בתוך שטח מוחזק משמשת מטרות צבאיות. קבענו שעלינו לבדוק כל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו. שם נחה דעתנו שאמנם שימשה התפיסה לשם הקמת ישוב אזרחי מטרה בטחונית. כאן לא נחה דעתי שזאת היתה המטרה." (עמ' 23 **שם**).

286. הנה כי כן, עילות ההתערבות של בית המשפט הנכבד הייתה כי ביסוד צו **התפיסה הצבאית** עמד צורך אזרחי. למעשה, בית המשפט הנכבד קבע כי ניתן להקים ישוב אזרחי על קרקע פרטית תפוסה ובלבד שתכלית הקמתו היא צבאית-בטחונית (ראו למשל: בג"ץ 302/72 **אבו חילו נ' ממשלת ישראל**; בג"ץ 258/79 **עמירה נ' שר הביטחון**; וגם פרשת **בית אל** לעיל). **בית המשפט הנכבד לא קבע כי אסורה <u>הפקעה</u>, להבדיל <u>מתפיסה צבאית</u>, של קרקע לטובת ישוב ישראלי בהתאם לדין המקומי משום שהוא כלל לא נדרש לשאלה זו**. הנה כי כן, פרשית אלון מורה אינה נוגעת לענייננו (ראן גם D. Kretzmer "*The Law of Belligerent Occupation in the Supreme Court of Israel*" 94 INTL. REV OF THE RED CROSS 207, 213 (2012))

287. כך גם הבהיר פרופ' י' זמיר, היועץ המשפטי לממשלה דאז, בחוות דעת למר מנחם בגין, ראש הממשלה שעניינה השלכות פרשית אלון מורה על ההתישבות הישראלית באזור:

> **"חשש זה נובע במידה מסוימת מתפיסה בלתי-מדוייקת של פסק הדין בענין אלון מורה. כדי להעמיד דברים על דיוקם ראוי להציג בקצרה את עיקרו של פסק הדין: (א) פסק הדין התייחס רק למקרה של תפיסת קרקע פרטית לצורך הקמת ישוב, ואין הוא עוסק במקרה של הקמת ישוב על קרקע ממשלתית או קרקע שנרכש מבעליה והועמדה לרשות המתיישבים. (ב) פסק הדין, המתבסס על הכלל לפיו אין לתפוס קרקע פרטית אלא לצרכי הצבא, חוזר וקובע כי בנסיבות מסוימות הקמת ישוב אזרחי משרתת את הצבא, ובהתאם לכך אף מצדיקה תפיסת קרקע פרטית. (ג) בנסיבות המיוחדות של פרשת אלון מורה הגיע בית המשפט למסקנה כי השיקול העיקרי להקמת הישוב אלון מורה, במקום בו הוקם, לא היה שיקול של צרכי הצבא, ולפיכך לא היתה הצדקה במקרה זה לתפיסתה של קרקע פרטית. ... אין בפסק הדין כדי לפגוע במעמדם של ישובים אשר הוקמו על קרקע פרטית שנתפסה על ידי צו צבאי, כאשר התפיסה נועדה לשרת בעיקר צרכים צבאיים. ... בהתאם לכך אישר בית המשפט במקרים אחדים תפיסה של קרקע פרטית על-ידי צו צבאי לצורך הקמה של ישוב אזרחי כאמור. גם במשפט אלון מורה אישר בית המשפט עקרון זה."**

העתק חוו"ד של פרופ' זמיר מצ"ב **<u>כנספח 3</u>**.

288. אמנם, לאחר מתן פסק הדין בעניין אלון מורה הוחלט "**להרחיב את ההתנחלות ביהודה, שומרון, בקעת הירדן חבל-עזה ורמת הגולן, על ידי תוספת אוכלוסין ליישובים הקיימים ועל ידי הקמת יישובים נוספים על קרקע שבבעלות המדינה**" (החלטה מס' 145 מיום 11.11.1979). ואכן, זו מדיניות ממשלות ישראל מאז. ברם, דבר במדיניות זו – אשר ממשלת ישראל גם רשאית לשנותה – אינו יכול למנוע מרשויות האזור להפקיע זכויות תמורת תשלום הוגן, על פי הוראות הדין המקומי ולטובת צרכי אוכלוסיה מקומית כדי לפתור מציאות אנושית ומשפטית ייחודית ומורכבת – הליך **שאין לו דבר** עם פרשת אלון מורה ועם המגבלות הקבועות בתקנה 52 לתקנות האג. קל וחומר שדבר לא מונע מן הכנסת לחוקק חוק שמטרתו **אינה** תפיסה צבאית למטרת אזרחיות, שמטרתו **אינה** הפקעת מקרקעין לצרכי התיישבות עתידית, אלא שמטרתו היא הסדרת מציאות בלתי אפשרית, צופה פני עבר, יחד עם הצורך לאזן ולהכריע בין זכויות מתנגשות של המחזיקים בקרקע לבין בעליהן.

ו. <u>טובת האוכלוסיה המקומית כוללת את טובת האוכלוסיה המקומית הישראלית</u>

289. חובתה של מדינה המחזיקה שטח בתפיסה צבאית היא לדאוג לחייהם התקינים של אלו המצויים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. חובה זו גדלה והולכת ככל שמשך התפישה הלוחמתית ארוך יותר. נוכחותה ישראל באזור היא בת 50 שנים וקשה להצדיק תפישה משפטית המטילה עליה חובה לעמוד מלכת ולא לתת מענה לצרכי החיים הדינמיים. עמד על כך בית המשפט עוד בטרם מלאו עשור וחצי לשליטת ישראל באזור (בג"ץ 69/81 **אבו עיטה ואח' נ' מפקד אזור יהודה ושומרון** (1983); בג"ץ 393/82 **ג'מעית אסכאן** הנ"ל). ושב על דבריו גם בראשית שנות האלפיים:

> **נתון נוסף שיש בו כדי להשליך על כל ההתייחסות והתחולה של כללי המשפט הבינלאומי המנהגי הינו אורכה של התקופה שבגדרה נמצא השטח בתפיסה לוחמתית. הכללים**

המקובלים התפתחו על רקע מלחמות שונות שהביאו לכך שהתפיסה הלוחמתית נמשכה תקופה קצרה יחסית. כאשר עסקינן בתקופות ארוכות מאוד דומה שקיימת הצדקה להכיר בכך שהמדינה המחזיקה רשאית לנקוט מהלכים שיש בהם כדי להשפיע לאורך זמן על השטח שבתפיסה לוחמתית (בג"צ 9717/03 **נעלה נ' מועצת התכנון העליונה**, פ"ד נח(6) 97 , 103 (2004)).

290. ובפרשה מאוחרת יותר:

"כפי שכבר נקבע פעמים רבות בפסיקתנו, התפיסה הלוחמתית של ישראל באזור היא בעלת מאפיינים ייחודיים, שהעיקרי בהם הוא משך תקופת ההחזקה המחייבת התאמת הדינים למציאות בשטח, המטילה על ישראל חובה לניהול חיים תקינים לתקופה שגם אם מבחינה משפטית היא זמנית, היא בוודאי ארוכת טווח. לפיכך, דיני הכיבוש המסורתיים מחייבים התאמה להתמשכות ההחזקה, להמשך החיים הסדירים באזור ולקיום היחסים הכלכליים בין שתי הרשויות – המחזיקה והמוחזקת...

וכך נקבע עוד לפני שלושה עשורים על ידי הנשיא מ' שמגר:

"צרכיו של כל שטח, בין זה הנתון לשלטון צבאי ובין אחר, משתנים בדרך הטבע עם חלוף הזמן וההתפתחויות הכלכליות המתלוות לכך. כמבואר לעיל, לא ראו מנסחי התקנות להסתפק בהגדרתה של חובה, המתמצית בהחזרת המצב לקדמותו. משך הזמן של קיום השלטון הצבאי עשוי להשפיע על אופיים של הצרכים וההכרח בביצוע התאמות והערכות חדשה עשוי לגבור ככל שאורך הזמן רב יותר.... אלמנט הזמן הוא גורם משפיע על מירווח הסמכויות, בין אם שוקלים את צורכי הצבא ובין אם שוקלים את צורכי השטח, או כאשר מעצבים את האיזון בין השניים" ...

תפיסה זו קוראת לעבר אימוץ ראיה רחבה ודינמית של חובות המפקד הצבאי בשטח, המטילות עליו, בין היתר, אחריות להבטחת פיתוחו וצמיחתו של האזור בתחומים רבים ומגוונים, בכלל זה בתחום התשתית הכלכלית ופיתוחה. בהקשר זה נקבע במסגרת ענין אסכאן כי: "על כן, משתרעת סמכותו של ממשל צבאי לנקיטת כל האמצעים הנחוצים כדי להבטיח צמיחה, שינוי והתפתחות. מכאן המסקנה, כי ממשל צבאי רשאי לפתח תעשיה, מסחר, חקלאות, חינוך, בריאות וסעד וכיוצא באלה עניינים הנוגעים לממשל תקין, והדרושים להבטחת צרכיה המשתנים של אוכלוסיה בשטח נתון לתפיסה לוחמתית"

(בג"ץ 2164/09 **יש דין - ארגון מתנדבים למען זכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, נבו, פסקה 10 (2011)).

291. למעצמה הכובשת – על פי דיני התפישה הלוחמתית עצמם – חובה שלטונית לדאוג לחייה התקינים של האוכלוסיה האזרחית בשטח הנתון לשליטתה. כחלק מחובתה זו עליה לפעול בכל האמצעים העומדים לרשותה, ובמידת הצורך אף להתקין חדשים, על מנת שתוכל למלאה כיאות. בהקשר זה ראוי לציין כי בית המשפט כבר קבע, במספר הזדמנויות, כי המתיישבים הישראלים באזור הינם חלק מן האוכלוסייה המקומית (להבדיל מ"אוכלוסיה מוגנת" כמשמעה באמנת ג'נבה).

292. בית המשפט קבע זאת לראשונה עוד בימים שבהם ההתיישבות הישראלית באזור **מנתה עשרות בודדות של מתיישבים** בלבד, וקבע אז כי במסגרת חובתו של הממשל "**לדאוג לרווחתה הכלכלית של אוכלוסיית האזור**" עליו לדאוג גם למתיישבים הישראלים (ראו 256/72 **חברת החשמל למחוז ירושלים נ' שר הביטחון**, פ"ד כז(1) 124, 138 (1972), וחזר ושנה על קביעתו זו בהקשרים שונים (ראו עניין **נעלה** הנ"ל, עמוד 104).

293. בהמשך לכך, הכיר בית המשפט בהזדמנויות רבות בחובתו של המפקד הצבאי, במסגרת חובתו להבטחת הסדר והביטחון הציבוריים, לדאוג לצרכיהן של כלל האוכלוסיות הנתונות לשליטתו: "**סמכותו של המפקד הצבאי היא אפוא 'להבטיח את הסדר והבטחון הציבוריים' ... סמכות זו אינה מוגבלת אך לאנשים המוגנים על פי המשפט הבין-לאומי ההומניטרי. זוהי סמכות כללית, המשתרעת על פני כל אדם המצוי בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית**" (בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל** פ"ד ס(2) 477, 497). "**חובתו של ממשל צבאי לפעול, תוך מגבלותיו ככזה, כשלטון מתוקן, לטובת כלל האוכלוסייה האזרחית,**

בכל שטחי החיים. הטלת ארנונה על-ידי מועצות היישובים הישראליים באזור הייתה, על-כן, מחויבת המציאות, כדי שיהא בידן לדאוג לצורכי היישובים ולרווחת תושביהם" (בג"ץ 5808/93 **חברה כלכלית לירושלים בע"מ נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד מט(1) 89, 97). "**בהפעלת שיקול דעתו, עליו להתחשב בצורכי הבטחון ובצורכי האוכלוסייה האזרחית (הערבית או היהודית)**" (בג"ץ 6022/93 **סברי מחמוד אע'רייב נ' הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי** פורסם ב"נבו", סעיף 5 לפסק הדין). "**סמכותו של המפקד הצבאי 'להבטיח את הסדר והבטחון הציבוריים' מכוונת כלפי כל מי שמצוי באזור הנתון לתפיסה לוחמתית. אין היא מוגבלת ל'אנשים מוגנים' (protected persons) בלבד ... סמכותו זו משתרעת על כל הישראלים המצויים באזור**" (בג"ץ 6339/05 **מטר נ' מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה** פ"ד נט(2) 846, 852). "**בצד אחריותו של מפקד האזור להבטיח את ביטחון הכוח הצבאי שהוא מופקד עליו, עליו לדאוג לשלומם, לביטחונם ולרווחתם של תושבי האזור. חובה זו מוטלת עליו ביחס לכל התושבים בלא הבחנה בדבר זהותם - יהודים, ערבים או זרים**" (בג"ץ 10356/02 **הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** פ"ד נו(6) 352, 460). "**נמצא כי לישראלים המצויים באזור הזכות לחיים, לכבוד, לקניין, לפרטיות ולשאר הזכויות מהם נהנה כל מי שמצוי בישראל ... כנגד זכותם זו עומדת חובתה של המדינה שלא לפגוע בזכויות אלה ולהגן עליהן**" (בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל** פ"ד ס(2) 477, 500; ראו גם בג"ץ 3680/05 **ועד הישוב טנא נ' ראש ממשלת ישראל - אריאל שרון** פורסם בנבו, סעיף 9 לפסק הדין).

294. אכן, גם ברור כי סמכותו של מפקד האזור איננה רק בטחונית אלא גם אזרחית. "**סמכות זו [של מפקד האזור] כפולה היא: ראשית, החזרת הסדר והחיים הציבוריים על כנם, במקום שהם שובשו בעבר; שנית, הבטחת המשך קיומם של הסדר והחיים הציבוריים. אין התקנה מגבילה עצמה להיבט מיוחד של הסדר והחיים הציבוריים. היא משתרעת על הסדר והחיים הציבוריים בכל היבטיהם. על-כן חלה סמכות זו - בצד ענייני ביטחון וצבא - גם על נסיבות "אזרחיות" רב-גוניות, כגון נסיבות כלכליות, חברתיות, חינוכיות, סוציאליות, תברואתיות, בריאותיות, תעבורתיות וכיוצא באלה עניינים, שחיי אדם בחברה מודרנית קשורים עמהם**" (בג"ץ 393/82 **ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל**, פ"ד לז(4) 785, 798).

ז. <u>הפקעת מקרקעין לטובת האוכלוסיה המקומית הישראלית היא מותרת</u>

295. מתוקף חובתה זו לדאוג לתקינות החיים הציבורים בכל המישורים האזרחיים, רשאית "המעצמה הכובשת" - וסמכות מנהלית כרוכה גם בחובה להפעילה - לעשות כל הנדרש על מנת למלא את תפקידה. בוודאי שעה שמדובר בכלים שמעניק לה הדין המהותי החל באזור דוגמת הפקעה לצרכי ציבור. ולכן, משעה שסמכות ההפקעה נתונה לרשויות מכח חוק ההפקעה הירדני מחובתה לעשות בה שימוש גם שעה שמדובר באוכלוסיה ישראלית מקומית.

> "**בצד אחריותו של מפקד האזור להבטיח את ביטחון הכוח הצבאי שהוא מופקד עליו, עליו לדאוג לשלומם, לביטחונם ולרווחתם של תושבי האזור. <u>חובה זו חלה עליו ביחס לכל התושבים בלא הבחנה בדבר זהותם - יהודים, ערבים או זרים</u>. שאלת חוקיות ישיבתם באזור של גורמי אוכלוסיה שונים אינה עומדת כיום להכרעה בפנינו. מעצם ישיבתם במקום נגזרת חובת מפקד האזור לשמור על ביטחון חייהם ועל זכויות אדם שלהם. הדבר משתלב בפן ההומניטרי שבאחריות הכוח הצבאי בתפיסה הלוחמתית ...**
>
> **<u>חובת המפקד לדאוג לתקינות סדרי החיים באזור מתפרסת על כל מישורי החיים וחורגת מעבר לענייני ביטחון וצרכים קיומיים מיידיים. היא חלה על צורכי החיים המגוונים של התושבים, ובהם צורכי סעד, תברואה, כלכלה, חינוך, חברה וכיוצא באלה צרכים שאדם בחברה מודרנית נזקק להם. היא משתרעת גם על אמצעים הנדרשים להבטיח "צמיחה, שינוי והתפתחות</u>" ... במסגרת אחריותו לרווחת תושבי האזור על המפקד לשקוד גם על**

מתן הגנה ראויה לזכויות אדם חוקתיות של תושבי המקום במגבלות שהתנאים והנסיבות העובדתיות בשטח מקימים. הגנה כזו חלה על כל סוגי האוכלוסייה המתגוררת במקום - יהודים וערבים כאחד."

(בג"ץ 10356/02 **הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית,** פ"ד נח(3) 443, 460 (2004)).

296. בהקשר זה מן הראוי לציין כי בשנת 1980 דן פרופ' זמיר, היועץ המשפטי לממשלה דאז, בשאלה אם האוכלוסיה הישראלית עשויה להיחשב "אוכלוסיה מקומית" במובן שיאפשר הפקעת מקרקעין על פי החוק הירדני לצורך הרחבה של יישובים ישראלים. פרופ' זמיר נטה לקבוע, בעקבות פסיקת בית המשפט הנכבד, כי אכן זו אוכלוסייה מקומית, וכי אין מניעה לבצע הפקעות גם לטובתה לפי החוק הירדני. עם זאת, זמיר המליץ להימנע למעשה משימוש בסמכות זו לצורך הרחבת יישובים, מטעמים פרקטיים-מדיניים. ברם, בחינת נימוקיו מגלה כי בחלוף למעלה משלושים וחמש שנים הם איבדו ממשקלם. בניגוד למצב בשנת 1980, האוכלוסיה הישראלית באזור מונה היום מאות אלפים, אזרחים ישראלים מקיימים באזור את חייהם עשרות שנים, לעתים דור שלישי ורביעי. מעבר לעובדה כי הם ילידי האזור הרי שהם כפופים לאותו משטר קרקעות (מבוסס דין עות'מאני) וחוקי תכנון ובנייה (מבוסס דין ירדני) בדיוק כמו האוכלוסיה שאינה ישראלית. לפחות לעניין הסדרה תכנונית, המצריכה הפקעת זכויות במקרקעין על מנת לאפשר את המשך קיומם של אלפי מבנים של תושבי האזור קשה לומר כי אין מדובר באוכלוסיה מקומית.

297. והרבה טעם יש בדבר. מדוע יהא מפקד האזור מוגבל ביכולתו להפקיע קרקע לצורך ציבורי רק בשל העובדה כי אותו ציבור הוא ישראלי?! צרכיו של הציבור הישראלי הם צרכים מקומיים לכל דבר ועניין. הקביעה כי - במציאות הנוכחית ובחלוף 50 שנות התיישבות באזור - הרשויות מנועות מלהעניק לציבור הישראלי שירותי שלטון רגילים הינה בלתי סבירה. וכי תושבים ישראלים ילידי האזור, דור שני, שלישי ולעיתים אף רביעי, מנועים מקבלת שירותים שלטוניים - והפקעת זכויות במקרקעין לשם הגנה על זכויותיהם בכלל - רק בשל כך כי הם אזרחים ישראלים?! ובכל מקרה, שעה **שכנסת ישראל** מצאה לנכון כי רכישה כפויה שנועדה להסדיר ולמנוע הרס של אלפי מבנים, בתים ושכונות, היא הכריעה מיניה וביה כי יש לדחות את הטענה כי הדבר אסור רק בשל כך שהאוכלוסיה הישראלית "אינה מקומית". למעשה, סמכותו של המפקד הצבאי לפעול לטובת סיפוק צרכי האוכלוסיה הישראלית המקומית **מחייבים** אותו לעשות שימוש גם בחוק ההפקעות הירדני. ואם היה לו ספק בכך באה הכנסת והורתה לו כן.

298. מן הראוי להדגיש כי בית משפט זה מעולם לא פסק כי ישנו איסור על הפקעת מקרקעין פרטיים באזור לטובתה של ההתיישבות הישראלית ולצרכיה. כמפורט לעיל, בית המשפט קבע (עניין **ג'מעית עסכאן** הנ"ל, שעסקה בהפקעות לצורך סלילת כביש 443) כי הפקעת מקרקעין לטובת האוכלוסייה המקומית מותרת אם נעשית בהתאם לדין ולכללי המשפט המנהלי, ומעולם לא קבע כי הדבר צריך להיעשות דווקא לטובת האוכלוסייה שאינה ישראלית.

299. גם בפרשת אבו צפייה (בג"צ 2150/07 **אבו צפיה נ' שר הביטחון** (2009), שעסקה שוב בכביש 443 - הפעם במניעת האוכלוסייה הערבית להשתמש בכביש) בית המשפט הנכבד לא קבע כי על ההפקעה לשרת דווקא את האוכלוסיה הערבית. פסק הדין קבע כי לא ניתן לאשר הפקעה עבור כביש שהוא, בפועל, "כביש שירות פנימי" בין שני חלקי המדינה המחזיקה - בין ירושלים ותל אביב, ומשתמש בקרקע של האזור רק בתור "גשר". זאת, מחמת הכלל האוסר על מדינה להשתמש לנצל את השטחים שהיא מחזיקה בתפיסה צבאית רק לצורכיה הפנימיים ולא לצורך האזור התפוס עצמו:

"סמכותו של המפקד הצבאי אינה משתרעת עד כדי הטלת מגבלה קבועה ומוחלטת על תנועת כלי רכב פלסטיניים על הכביש. הטעם לכך הוא כי בהטלת מגבלות אלה, הופך כביש 443 - הלכה למעשה – לכביש המיועד לתנועת כלי רכב ישראליים בלבד, אשר חלק

300. הא ותו לא. בית המשפט הנכבד נמנע מלקבוע כי הפקעה מקרקעין פרטיים באזור חייבת לשמש את האוכלוסיה הפלסטינית (למעט אולי אמרת אגב עמומה במקרים אחדים). בית המשפט נמנע מלעשות כן משום שאין לכך כל בסיס בדין הבינלאומי, כפי שהוסבר בפירוט עד כה.

301. למעשה, אם תתקבלנה טענות העותרים הרי שמעמדם של האזרחים הישראלים יהיה גרוע משל כל אחד אחד בישראל או באזור: מצד אחד הם אינם בגדר אוכלוסיה מקומית ולכן מנועים מלקבל שירותים מרשויות האזור כפי שנהנים מהם "האזרחים המוגנים"; מצד שני, לכנסת ישראל אסור להסדיר ולדאוג לזכויותיהם באזור. אלא שהמצב המשפטי הוא אחר: הן האוכלוסיה הערבית (בשטחי C) והן האוכלוסיה הישראלית הן אוכלוסיות מקומיות, שתיהן כפופות לאותו משטר מקרקעין ודיני תכנון ובנייה, שתיהן כפופות להוראות אותו המפקד הצבאי, ושתיהן, יחד עם המפקד הצבאי, כפופים כולם להחלטות שלטוניות של מדינת ישראל, והכנסת בראשן.

302. הנה כי כן, ההסדרים הקבועים בחוק ההסדרה עולים בקנה אחד עם הנורמות מן המשפט הבינלאומי. לכל הפחות, לא ניתן להצביע באופן חד משמעי כי הם עומדים בסתירה עמן. די בכך כדי לדחות את הטענה נגד החוק המבוסס על המשפט הבינלאומי. ולבסוף, יש לזכור, אפילו הייתה סתירה בין החוק ההסדרה לבין המשב"ל הרי שעל פי משטרינו החוקתי הוראות החוק גוברות. קל וחומר שעה שסתירה כזו אינה קיימת.

ח. <u>תקדים צפון קפריסין</u>

303. העובדה כי זכות הקניין של אוכלוסיה מקומית אינה ערך מוחלט וכי ניתן, בנסיבות מסוימות, להפקיע אותן אינה חסרת תקדים. כך, למשל, בית הדין האירופי לזכויות האדם נדרש לסוגיה דומה שעה שהוא דן בתביעות של תושבי צפון קפריסין היוונים להשבת רכושם שנשלל מהם על ידי שלטונות טורקיה. הטורקים ביצעו מהלך נרחב של הפקעה רטרואקטיבית למעשה של נכסים פרטיים של תושבי דרום קפריסין לטובת המחזיקים, שהיו אזרחים טורקיים פרטיים. תביעותיהם של הקפריסאים היוונים נדחו בטורקיה והם עתרו לבית הדין האירופי לזכויות אדם. אמנם, המסגרת הנורמטיבית שם שונה מעט מזו שלפנינו, שכן בית המשפט דן בתביעה במסגרת האמנה האירופית לזכויות אדם. ברם, גם שם נדונה פגיעה בזכות הקניין של אוכלוסיה אזרחית פרטית הנתונה תחת כיבוש צבאי, על ידי רשויות הכיבוש. וכך אמר שם בית המשפט האירופי:

> **"In the present applications, <u>some thirty-five years have elapsed since the applicants lost possession of their property in Northern Cyprus in 1974</u>. Generations have passed. The local population has not remained static. Turkish Cypriots who inhabited the north have migrated elsewhere; Turkish-Cypriot refugees from the south have settled in the north; <u>Turkish settlers from Turkey have arrived in large numbers and established their homes.</u> <u>Much Greek-Cypriot property has changed hands at least once, whether by sale, donation or inheritance</u>.**
>
> **Thus, the Court finds itself faced with cases burdened with a political, historical and factual complexity flowing from a problem that should have been resolved by all parties assuming full responsibility for finding a solution on a**

political level. This reality, <u>as well as the passage of time</u> and the continuing evolution of the broader political dispute must inform the Court's interpretation and application of the Convention which cannot, if it is to be coherent and meaningful, be either static or blind to concrete factual circumstances"

Demopoulos v. Turkey, App. (Eur. Ct. H.R. 2010), par. 85.

304. ויודגש: **באותו עניין דובר על בתים בנויים, נכסים ששימשו למגוריהם של בעליהם היוונים, שנלקחו על ידי מתיישבים טורקים**. לכאורה הפגיעה בזכויות הקניין **עולה שבעתיים** על הפגיעה הנטענת בפגיעה בעניין חוק ההסדרה, של בניית בתים על קרקעות ריקות, שמתברר למפרע כי חלקן מצויות בבעלות פרטית. השוואת ההסדר שנעשה בקפריסין ואושר בבית הדין האירופי לזכויות אדם, על נסיבותיו, להסדר הקבוע בחוק ההסדרה, הופכת את האחרון למובן מאליו, במיוחד לאור העובדה כי זכות הבעלות, על פי החוק דנן, נותרת בידי הבעלים המקורי.

ט. <u>הטענה כי הפקעה במסגרת החוק היא "פשע מלחמה" היא מגוחכת</u>

305. הטענות שמעלים העותרים כביכול הפעולות שחוק ההסדרה מורה עליהן עולות כדי "פשע מלחמה" אינן רק מקוממות, הן גם מוטעות ומטעות מבחינה משפטית. בניסיון להלך אימים על נבחרי הציבור בישראל, על פקידי הממשל ועל בית המשפט הנכבד, טוענים העותרים כי "פשע מלחמה" זה יכול אף לבסס תשתית להעמדה לדין של ישראלים על יסוד אמנת בית הדין הפלילי בהאג משנת 1998 (להלן: **אמנת רומא**).

306. טענה זו שגויה מכל וכל. **ראשית**, כאמור לעיל, הפקעת הזכויות אינה אסורה על פי ההוראות המנהגיות של המשב"ל וממילא אינה יכול להיות פשע מלחמה. גם אמנת רומא קובעת כי סעיפיה יתפרשו בהתאם לדיני המלחמה הקיימים וממילא אינה מתיימרת להרחיב איסורים קיימים. **שנית**, ישראל כידוע אינה צד לאמנת רומא (כמו מדינות אחרות כגון ארצות הברית). אמנת רומא איננה יכולה לשמש מקור משפטי כשלעצמה.

307. טענה נוספת של העותרים היא כי ההסדר הקבוע בחוק ההסדרה עולה כדי "הפרה חמורה" (Grave breach) בהתאם לסעיף 147 לאמנת ג'נבה, ולפיכך עולה כדי פשע מלחמה. סעיף 147 לאמנת ג'נבה מפרט את המעשים הנחשבים הפרות חמורות, שלגביהן קובעת האמנה חובת חקירה והעמדה לדין על ידי המדינות החברות (סעיף 146). הסעיף קובע כך:

"Grave breaches to which the preceding Article relates shall be those involving any of the following acts, if committed against persons or property protected by the present Convention: wilful killing, torture or inhuman treatment, including biological experiments, wilfully causing great suffering or serious injury to body or health, unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a protected person, compelling a protected person to serve in the forces of a hostile Power, or wilfully depriving a protected person of the rights of fair and regular trial prescribed in the present Convention, taking of hostages and extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wanton"

308. העותרים מכוונים לשורות האחרונות, העוסקות בהריסה והחרמה של רכוש. בתרגום הרשמי לעברית, מדובר ב"**הריסתו והחרמתו של רכוש בקנה מידה רחב, שאין הכרח צבאי מצדיקן ואשר בוצעו שלא בהיתר ומתוך הפקרות**".

309. רוב מילים אך למותר. סעיף זה שבאמנה עוסק בפעולות אלימות ומופקרות שמבצעים צבאות כיבוש נגד אוכלוסיות אזרחיות, של פגיעה נרחבת ומופקרת ברכוש, ללא היתר חוקי, וללא הצדקה צבאית. בין איסור זה לבין הפעולות הקבועות בחוק ההסדרה, הנוגעות לרכישת זכויות כפויה אך בתמורה ולתקופת זמן מוגבלת, לפי החוק המקומי, לפי נוהל מסודר, תוך פיצוי, לאחר בחינה ספציפית של הנסיבות, ובכפוף לוועדת השגה אין דבר וחצי דבר. **יש לדחות מכל וכל את הניסיון להשוות בין השתיים.**

310. ובשולי הדברים מן הראוי לדחות את ההשוואות המקוממות שהציעו העותרים עם פעולות של המשטר הנאצי באירופה הכבושה. בשתי העתירות מפנים העותרים לשני פסקי הדין ממשפטי נירנברג (עניין Farben ועניין Krupp). ועל אף שהעותרים בבג"ץ 2225/17 טורחים לסייג קמעא את ההשוואה, הם לא נמנעים מלנקוט בה. כך או כך, מעבר להיותה של ההשוואה מקוממת, היא גם שגויה ומטעה כפי שנראה לקמן.

311. **בעניין Farben** - (The IG Farben Trial The United States of America vs. Carl Krauch et al. US Military Tribunal Nuremberg, Judgment of 30 July 1948, http://werle.rewi.hu-berlin.de/IGFarbenCase.pdf), היו מעורבים 24 בכירים לשעבר בתאגיד I.G Farben- Industrie, שהוא חברה גרמנית המאגדת מספר חברות כימיקלים ואשר הייתה מעורבת בייצור הגז "ציקלון B" הידוע לשמצה. הללו הואשמו, בין היתר, בפשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות על-ידי לקיחת חלק בגזל רכוש ציבורי ופרטי באדמות ובארצות שהיו תחת כיבוש צבא גרמניה ועל-ידי חיוב עבדות ועבודה בכפייה של האוכלוסייה האזרחית במדינות ובטריטוריות שהיו תחת כיבוש צבא גרמניה. בהקשר של עבירות רכוש, לפי כתב האישום, הם הנאשמים ב"**החרמת רכוש ציבורי ופרטי, ניצול רכוש, ביזה ועבירות נוספות נגד רכוש במדינות ובטריטוריות שהיו תחת כיבוש צבא גרמניה**". פשעים אלו התבצעו במדינות פולין, צרפת, אלזס לורן, נורבגיה ורוסיה. ואכן, פסק הדין של בית הדין הצבאי הבינלאומי הראה כי הרייך השלישי אימץ ויישם מדיניות כללית של החרמות רכוש בטריטוריות כבושות ובכך הפר את האמור באמנת האג 1907 וכי התבצעה ביזה שיטתית של רכוש ציבורי ופרטי באופן אכזרי ביותר ומבלי להתחשב בכלכלה המקומית. במדינות כבושות רבות במערב ובמזרח, העמידו הנאצים פנים כי הם משלמים עבור כל הרכוש המוחרם מבלי שעשו כן בפועל. כך, למשל, עובדי החברה השתלטו על מפעלים ועשו בהם שימוש שלא כדין (פסקה 1143 לפסק הדין)

312. **בעניין Krupp**- (Krupp et.al, US Military Tribunal Nuremberg, Judgment of 31 July 1948 http://werle.rewi.hu-berlin.de/KRUPP-Case%20Judgment.pdf) - הועמדו לדין 12 מנהלים בתאגיד הגרמני. כתב האישום כלל, הכנה וייזום מלחמה, ביזה וגזל ("Plunder and spoliation") ועבירות כנגד שבויי מלחמה ועבודה בכפייה. גם כאן, בנוגע לרכוש, נטען כי הנאשמים בזזו שטחים הכבושים על-ידי הכוחות הגרמניים באופן חסר רחמים, הרבה מעבר לצרכים של הצבא הכובש ומבלי להתחשב בצרכי המשק המקומי, בהתאם למדיניות מכוונת ומתוכננת (פיסקה 1337). ואכן, הנאשמים הואשמו בביזה בקנה מידה גדול. אחת מן ההרשעות, לדוגמא, היתה בעניינו של מפעל שהיה בבעלות יהודית ("אוסטין" בליאנקורט שבצרפת) ואשר בשנת 1940 נכפה על בעליו לעזוב את המפעל. ביהמ"ש קבע כי החרמת המפעל התבססה על חוקים אנטי-יהודיים וההשתלטות של חברת krupp על המפעל הייתה הפרה של תקנה 43 ותקנה 46 לתקנות האג. גם יתר ההרשעות עסקו במקרים של השתלטות על מפעלים תוך בזיזת ציודם לצורך גיוסו למכונת המלחמה הגרמנית, תוך הפרת של תקנות האג.

313. סיכומו של דבר, שני פסקי הדין עסקו בהשתלטות של תאגידים גרמניים שפעלו בשירות התעשייה הצבאית הגרמנית, תוך הסתמכות על חוקי גזע, תוך בזיזה של ציוד והעברתו לידיים גרמניות, שלא לצורכו של הצבא הכובש ובלי התחשבות בכלכלה המקומית (אף שבחלק מהמקרים שולמו סכומי כסף מסויימים). העבירות הללו שולבו בעבודות כפייה אכזריות. ומאלה, מבקשים העותרים כי בית המשפט הנכבד יקיש לנסיבות דנן. אוי לבושה.

<u>ד'3(3)ג - דחיית הטענה כי חוק ההסדרה משנה את הדין המהותי שלא כדין</u>

314. את הטענה כי, לכאורה, חוק ההסדרה משנה שלא כדין את הדין המהותי, ולכן עומד בסתירה לתקנה 43 לתקנות האג, יש לדחות משני טעמים לפחות. **ראשית**, אין איסור מוחלט לשנות את הדין המהותי החל באזור.

> **"נוסחה העברי של תקנה 43, כפי שאומץ בבית-משפט זה קובע לאמור:**
>
> > **"בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים, תוך כיבוד החוקים שבתוקף בארץ אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לכך".**
>
> **הרישא של הוראת תקנה זו מתייחס לסמכותו של הממשל הצבאי להחזיר ולהבטיח את "הסדר והחיים הציבוריים": עניין זה כולל בחובו הן את צורכי הביטחון של הממשל הצבאי עצמו והן את צרכיה של האוכלוסיה האזרחית הנתונה לשליטתו ... הכלל הקבוע הוא, שאת החוקים הקיימים באזור יש לכבד, ואין לשנותם, אלא אם כן לשם הגשמת סמכויות הממשל הצבאי (<u>אם במישור האזרחי</u> ואם במישור הצבאי) נחוץ שינוי בחקיקה, וכדי צורך זה"**
>
> (בג"ץ 393/82 **ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון**, פ"ד לז(4) 785, 797 (1983))

315. כך הוא בדרך כלל. קל וחומר שעה שמדובר בתפישה לוחמתית ארוכת טווח. "**אכן הכלל הוא, שהמחזיק ממשיך לנהל את עניני השטח המוחזק לפי חוקי הארץ כמו שעמדו בתקפם בזמן הכיבוש. אך לא נעלם מעיני חכמי המשפט הבינלאומי, שמקום שכיבוש צבאי נמשך עת רבה... <u>חובתו של המחזיק כלפי האוכלוסיה האזרחית אפילו מחייבת אותו לשנות מן החוקים</u>, שכן צרכי החברה משתנים במרוצת הזמן, והחוק חייב לענות על אותם הצרכים המשתנים**" (בג"צ 337/71 **אלג'מעיה אלמסיחיה נ' שר הביטחון ואח'**, פ"ד כו(1) 574, 2-581). "**יכול והסדר והחיים הציבוריים תחת השלטון הצבאי יהיו, מבחינות רבות ומטבע הדברים, שונים מן הסדר והחיים הציבוריים תחת השלטון הקודם: מבחינת השינויים הללו לא תועיל החזרת הסדרים והחיים הציבוריים לישנם כקדם, <u>אלא יש צורך בנקיטת אמצעים חקיקתיים ואחרים שונים מאלה ונוספים על אלה</u> הדרושים להחזרת סדרים קודמים על כנם**" (שם, 587).

316. ובפרשה מאוחרת יותר, קבע בית המשפט הנכבד כי "**הכלל הקבוע הוא, שאת החוקים הקיימים באזור יש לכבד, ואין לשנותם, אלא אם כן לשם הגשמת סמכויות הממשל הצבאי (<u>אם במישור האזרחי</u> ואם במישור הצבאי) נחוץ שינוי בחקיקה, וכדי צורך זה**" ((בג"ץ 393/82 **ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל**, פ"ד לז(4) 785, 798)).

317. **שנית**, חוק ההסדרה ממילא אינו משנה את הדין המהותי החל באזור אלא מאמץ הסדרים שממילא קיימים בו. זאת, בשני היבטיו המרכזיים. האחד הוא כי החוק הירדני בדבר רכישת קרקעות לצרכי ציבור - חוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) משנת 1953 - קובע מפורשות כי הממשלה רשאית לרכוש קרקע מכל סוג שהוא, או זכות בקרקע, לצרכי ציבור ו"צורך ציבורי", כפי הגדרתו בחוק, הוא "**כל צורך שהחליטה לגביו הממשלה בהסכמתו של המלך כצורך ציבורי**". רוצה לומר, עצם השימוש בכלי ההפקעה לצורך

ציבורי קיים בדין המקומי. למעשה, החוק אף מפנה מפורשות לחוק הירדני שעה שהוא קובע כי "**נטילת זכויות השימוש וההחזקה כאמור בפסקה זו, תיעשה, ככל האפשר, בהתאם להוראות חוק הקרקעות הירדני, ככל שהן אינן סותרות את הוראות חוק זה**" (סע' 3(2)(ב) לחוק).

318. הטעם השני נעוץ בכך כי ההסדר הקבוע בחוק ההסדרה על פי תירכש קרקע באופן כפוי בהתקיים מספר תנאים עוקב אחר הסדרים הקיימים אף הם בדין המקומי. תכליות הסדר זה הקיים בדין המקומי עומדות גם בבסיס הסדר ההפקעה הקבוע בחוק ההסדרה. ממילא, שינוי מהותי של הדין החל אין כאן.

סיכום

319. הסוגיות שמעוררות העתירות נגד חוק ההסדרה רבות הן ואף, בחלקן, חייבו דיון מעמיק ויסודי. אולם, משתם מסעינו, נוכל לומר בבטחה כי העותרים מבקשים לעורר מהומה רבה על לא מאומה. שהרי החוק לא סותר שום תקדים, דין או עקרון משפטי. חוק ההסדרה עולה בקנה אחד עם חוקי היסוד: הוא נועד לתכלית ראויה והוא מידתי. ולא זו בלבד שמנגנון רכישת הזכויות הקבוע בו - ההיבט היחיד בחוק ההסדרה שמעורר שאלה חוקתית רצינית - אינו יוצר יש מאין אלא שהוא מידתי יותר מן המנגנונים הקבועים הן בדין המהותי באזור והן בישראל. חוק ההסדרה גם אינו מנוגד לדין הבינלאומי כלל וכלל ואף מבטא את חובת מדינת ישראל כלפי כלל האוכלוסיה הישראלית באזור.

320. חוק ההסדרה נועד, כאמור, להתמודד עם מציאות מורכבת וייחודית כפי שתוארה לעיל, המובילה לא אחת לתוצאות קשות של הריסה ללא תועלת בצדן לאיש, ואשר גוזרת על אלפי משפחות חיים תחת עננת אי-ודאות. כדברי בית המשפט הנכבד, הפתרון למציאות זו, "**חסרת הפשר לעתים**", "**אינו מצוי בחצרי בית המשפט אלא בידי המדינאים**" (בג"ץ 5023/08 **שחאדה נ' שר הבטחון** (27.2.17), פסקה ב' לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין). המדינאים רקחו פתרון, הוא החוק מושא דיוננו. החוק אינו מנוגד לשום עקרון משפטי, תקדים או חוק. זכותם של העותרים להתנגד לו מטעמים חוץ-משפטיים. אלא שאלו אינם עקרון מוכר במערכת המשפט שלנו היכול לבסס ביקורת שיפוטית של חקיקה ראשית. ולכן, מכל הטעמים לעיל, יש לדחות את העתירות.

כ"ט אב התשע"ז (21.8.2017), ירושלים

ד"ר הראל אלרון, עו"ד
ב"כ ממשלת ישראל

רשימת נספחים

נספח	שם הנספח	עמוד
נספח מש/1	העתק חוק ההסדרה	81
נספח מש/ 2	העתק מצגת מן המנהל האזרחי	87
נספח מש/3	העתק תצהירים והודעת המדינה בעניין מצפה כרמים	97
נספח מש/4	העתק חוות דעתו של פרופ' זמיר בעניין רכישת קרקעות לצורכי ציבור מיום 12.5.80	107
נספח מש/5	העתק מקצת מן המסמכים הנוגעים להקמת עפרה	120
נספח מש/6	העתק כתב התביעה וכתבי ההגנה (ללא נספחיהם) בת"א 5493-01-17	124
נספח מש/7	העתק מכתב משר המשפטים מיום 27.7.09	144
נספח מש/8	העתק חוות הדעת מטעם פרופ' יוג'ין קונטורוביץ', מאוניברסיטת Northwestern	146

נספח מש/1

העתק חוק ההסדרה

81

רשומות

ספר החוקים

י"ז בשבט התשע"ז | מש/1 | 13 בפברואר 2017

עמוד

חוק המים (תיקון מס' 27), התשע"ז–2017 394

תיקונים עקיפים:

חוק מדידת מים, התשט"ו–1955 – מס' 4

חוק הפיקוח על קידוחי מים, התשט"ו–1955 – מס' 3

חוק מדידת מים, התשט"ו–1955 – מס' 3

פקודת בריאות העם, 1940 – מס' 30

חוק הרשות הארצית לכבאות והצלה, התשע"ב–2012 – מס' 4

חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו־2010), התשס"ט–2009 – מס' 15

חוק תכנית החירום הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2002 ו־2003), התשס"ב–2002 – מס' 6

חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז–2017 410

חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 27), התשע"ז–2017 414

חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז–2017*

מטרה

1. מטרת חוק זה היא להסדיר את ההתיישבות ביהודה והשומרון ולאפשר את המשך ביסוסה ופיתוחה.

הגדרות

2. בחוק זה –

"אזור" – כהגדרתו בתקנות שעת חירום (יהודה והשומרון – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשכ"ז–1967[1], כפי שהוארך תוקפן ותוקן נוסחן בחוק, מעת לעת;

"בעל זכויות במקרקעין" – מי שהוכיח כי הוא רשום כבעל הזכויות במקרקעין או כי הוא זכאי להירשם כבעל הזכויות במקרקעין;

"הליכי תכנון" – לרבות מתן היתרי בנייה על סמך תכניות שיאושרו;

"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;

"התיישבות" – לרבות שכונה או הרחבה של אותה התיישבות, כולל בתי המגורים שבה, המיתקנים, השטחים החקלאיים המשמשים לצורכה, מבני ציבור, אמצעי ייצור, וכן דרכי גישה ותשתיות מים, תקשורת, חשמל וביוב;

"ועדת השגות" – הוועדה שהוקמה לפי סעיף 10;

"ועדת השומה" – הוועדה שהוקמה לפי סעיף 9;

"חוק הקרקעות הירדני" – חוק הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), מס' 2 לשנת 1953, כפי שתוקן בצו בדבר חוק הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) (צו מס' 321) (יהודה והשומרון), התשכ"ט–1969[2];

"המדינה" – ממשלת ישראל או משרד ממשרדי הממשלה, רשויות האזור, רשות מקומית או מועצה אזורית בישראל או באזור ומוסד מיישב;

"מוסד מיישב" – כהגדרתו בחוק המועמדים להתיישבות חקלאית, התשי"ג–1953[3];

"הממונה" – הממונה על הרכוש הממשלתי באזור יהודה והשומרון לפי הצו בדבר רכוש ממשלתי;

"מקרקעין הטעונים הסדרה" – מקרקעין באזור שזכויות השימוש וההחזקה בהם או בחלקם אינן נתונות לרשויות האזור או לממונה;

"צו בדבר רכוש ממשלתי" – צו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז–1967[4];

"רשויות האזור" – מי שנטל את כל הסמכויות השלטוניות לפי סעיף 3 למנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (יהודה והשומרון) (מס' 2), התשכ"ז–1967[5], או לפי הוראה חוקית אחרת שתבוא במקומו.

---

* התקבל בכנסת ביום י' בשבט התשע"ז (6 בפברואר 2017); הצעת החוק ודברי הסבר פורסמו בהצעות חוק הכנסת – 672, מיום ז' בכסלו התשע"ז (7 בדצמבר 2016), עמ' 44.

[1] ק"ת התשכ"ז, עמ' 2741; ס"ח התשכ"ח, עמ' 20; התשע"ב, עמ' 476.

[2] קמצ"מ התשכ"ט, עמ' 644.

[3] ס"ח התשי"ג, עמ' 126.

[4] קמצ"מ התשכ"ז, עמ' 162.

[5] קמצ"מ התשכ"ז, עמ' 3.

רישומם של מקרקעין הטעונים הסדרה או נטילת זכויות השימוש וההחזקה בהם

3. מצאו רשויות האזור כי בתקופה שקדמה ליום פרסומו של חוק זה נבנתה בתום לב התיישבות במקרקעין הטעונים הסדרה או ניתנה הסכמת המדינה לבנייתה, יחולו לגבי כל המקרקעין שעליהם נבנתה אותה התיישבות ערב יום פרסומו של חוק זה ההוראות האלה:

(1) מקרקעין שאין בהם בעל זכויות במקרקעין – הממונה ירשום אותם כרכוש ממשלתי, לפי סעיף 2ג לצו בדבר רכוש ממשלתי;

(2) (א) מקרקעין שיש בהם בעל זכויות במקרקעין – רשויות האזור ייטלו את זכויות השימוש וההחזקה במקרקעין ויעבירו אותן לממונה, אם מצאו כי הסכום שהושקע בבניית ההתיישבות עלה, בשעת הבנייה, על שוויים של המקרקעין בלי ההתיישבות באותה שעה;

(ב) נטילת זכויות השימוש וההחזקה כאמור בפסקה זו, תיעשה, ככל האפשר, בהתאם להוראות חוק הקרקעות הירדני, ככל שהן אינן סותרות את הוראות חוק זה, והיא תעמוד בתוקפה עד להכרעה מדינית בדבר מעמדו של האזור וההתיישבות בו.

מועד לרישום המקרקעין או לנטילת זכויות השימוש וההחזקה בהם

4. (א) הממונה ירשום את המקרקעין כרכוש ממשלתי בהתאם לסעיף 3(1) בתוך 12 חודשים מיום פרסומו של חוק זה.

(ב) רשויות האזור ייטלו את זכויות השימוש וההחזקה במקרקעין בהתאם לסעיף 3(2) בתוך שישה חודשים מיום פרסומו של חוק זה.

הקצאת זכויות במקרקעין

5. בתוך 60 ימים מיום הרישום או נטילת הזכויות כאמור בסעיף 4, לפי העניין, יקצה הממונה את זכויות השימוש וההחזקה במקרקעין שנרשמו או שניטלו בהם הזכויות כאמור, לצורכי ההתיישבות שנבנתה על אותם מקרקעין, באמצעות מוסד מיישב.

השלמת הליכי תכנון

6. (א) המדינה תפעל להשלמת הליכי התכנון במקרקעין שנרשמו או שניטלו בהם הזכויות לפי סעיף 3, מהר ככל האפשר.

(ב) הליכי התכנון במקרקעין כאמור בסעיף קטן (א), ייעשו, ככל האפשר, בשים לב לצורך בהסדרת הבנייה הקיימת.

התליית הליכים ופקיעתם

7. (א) מצאו רשויות האזור כי מתקיימים בהתיישבות התנאים שברישה של סעיף 3, יותלו כל הליכי האכיפה והצווים המינהליים, הקיימים בעניין אותה התיישבות, עד להשלמת הליכי התכנון לפי סעיף 6, למעט הליכים וצווים כאמור שניתנו צווים שיפוטיים או פסקי דין בדבר מימושם.

(ב) הושלמו הליכי התכנון לפי סעיף 6, יפקעו כל הליכי האכיפה והצווים המינהליים שהותלו לפי סעיף קטן (א).

(ג) הוראות סעיף זה לא יחולו על מבנה שהריסתו הכרחית כדי למנוע סכנה לחיי אדם.

פיצוי

8. (א) נטלו רשויות האזור את זכויות השימוש וההחזקה במקרקעין בהתאם להוראות סעיף 3(2), יהיה זכאי בעל הזכויות במקרקעין לדמי שימוש שנתיים בשיעור של 125% מערכם הראוי של דמי השימוש כפי שתקבע ועדת השומה לפי סעיף 9(ג) (להלן – ערכם הראוי), לדמי שימוש מהוונים לתקופות של 20 שנה כל פעם בשיעור של 125% מערכם הראוי, או לקרקע חלופית ככל שהדבר אפשרי בנסיבות העניין, לפי בחירתו.

(ב) לא בחר בעל זכויות במקרקעין באחת מחלופות הפיצוי לפי סעיף קטן (א) עד למועד הקצאת הזכויות במקרקעין לפי סעיף 5, יהיה הוא זכאי לדמי שימוש שנתיים בשיעור של 125% מערכם הראוי.

(ג) תשלום הפיצוי לפי סעיף זה ייעשה בתוך 3 חודשים מיום קביעת ערכם הראוי של דמי השימוש לפי סעיף 9(ג)(2).

(ד) נודע לממונה כי במקרקעין שרשם כרכוש ממשלתי לפי סעיף 3(1) יש בעל זכויות במקרקעין, יחולו הוראות סעיף 3(2) ובעל הזכויות במקרקעין יהיה זכאי לפיצוי לפי הוראות סעיף זה.

(ה) אין בהוראות סעיף זה וסעיפים 9 ו־10, כדי לעכב את ההליכים לפי סעיפים 3 עד 6.

ועדת השומה

9. (א) שר המשפטים, בהתייעצות עם שר הביטחון, יקים ועדת שומה לצורך יישום הוראות חוק זה, ואלה חבריה:

(1) נציג שימנה שר המשפטים מבין עובדי משרדו – והוא יהיה היושב ראש;

(2) נציג שימנה שר האוצר מבין עובדי משרדו;

(3) נציג של רשויות האזור שימנה שר הביטחון.

(ב) שר המשפטים יקבע את סדרי הדיון בוועדת השומה.

(ג) (1) ועדת השומה תקבע את שיעור ערכם הראוי של דמי השימוש או את הקרקע החלופית שתוצע לבעל הזכויות במקרקעין, לפי העניין, לאחר ששמעה את טענותיו של בעל הזכויות במקרקעין – אם טען, ושקלה את כלל נסיבות העניין.

(2) קביעת ועדת השומה לפי פסקה (1), תיעשה בתוך 3 חודשים מיום שסיימה לשמוע את טענותיו של בעל הזכויות במקרקעין או מהיום שבו היה על בעל המקרקעין לטעון את טענותיו בהתאם לסדרי הדיון שנקבעו לפי סעיף קטן (ב).

ועדת השגות

10. (א) שר המשפטים, בהתייעצות עם שר הביטחון, יקים ועדת השגות לצורך יישום הוראות חוק זה, ואלה חבריה:

(1) נציג של רשויות האזור הכשיר להיות שופט של בית משפט השלום, שימנה שר המשפטים, בהסכמת שר הביטחון – והוא יהיה היושב ראש;

(2) נציג שימנה השמאי הממשלתי הראשי מבין עובדי משרדו;

(3) שמאי מקרקעין ששמו כלול ברשימת השמאים המכריעים לפי הוראות סעיף 202ג לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה–1965[6], שימנה יושב ראש מועצת שמאי המקרקעין.

(ב) בעל זכויות במקרקעין שרואה את עצמו נפגע מהחלטת ועדת השומה לפי סעיף 9(ג)(1), רשאי להגיש השגה לוועדת ההשגות על ההחלטה.

(ג) החלטות ועדת ההשגות יתקבלו ברוב דעות חברי הוועדה; באין רוב לדעה אחת, תכריע דעת יושב ראש הוועדה.

(ד) ועדת ההשגות לא תהיה קשורה בסדרי הדין ובדיני הראיות הנהוגים בבתי המשפט, ותפעל בדרך הנראית לה מועילה ביותר לקבלת החלטה צודקת ומהירה בהשגה.

(ה) ועדת ההשגות רשאית לאשר את ההחלטה שהתקבלה על ידי ועדת השומה, כולה או חלקה, לבטלה או לשנותה, להחזיר את הנושא לדיון מחודש בוועדת השומה או לקבל החלטה אחרת במקומה.

---

[6] ס"ח התשכ"ה, עמ' 307.

הוראת מעבר לעניין יישובים המנויים בתוספת

11. (א) (1) בתקופה של 12 חודשים מיום פרסומו של חוק זה, יותלו כל הליכי האכיפה והצווים המינהליים הקיימים בעניין התיישבות ביישובים המנויים בתוספת.

(2) במהלך התקופה האמורה בפסקה (1), יקבעו רשויות האזור אם מתקיימים ביישובים המנויים בתוספת התנאים לפי הרישה של סעיף 3.

(3) קבעו רשויות האזור כי מתקיימים ביישובים המנויים בתוספת התנאים לפי הרישה של סעיף 3, יחולו עליהם הוראות חוק זה.

(4) הוראות סעיף קטן זה לא יחולו על –

(א) הליכי האכיפה והצווים המינהליים, הקיימים בעניין התיישבות ביישובים המנויים בתוספת, שניתנו צווים שיפוטיים או פסקי דין בדבר מימושם;

(ב) מבנה שהריסתו הכרחית כדי למנוע סכנה לחיי אדם.

(ב) שר המשפטים, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי להוסיף, בצו, יישובים לתוספת.

תוספת

(סעיף 11)

(1) עפרה;

(2) נתיב האבות;

(3) עלי;

(4) כוכב השחר;

(5) מצפה כרמים;

(6) אלון מורה;

(7) מעלה מכמש;

(8) שבי שומרון;

(9) קדומים;

(10) פסגות;

(11) בית אל;

(12) יצהר;

(13) הר ברכה;

(14) מודיעין עילית;

(15) נוקדים;

(16) כוכב יעקב.

בנימין נתניהו
ראש הממשלה

איילת שקד
שרת המשפטים

ראובן ריבלין
נשיא המדינה

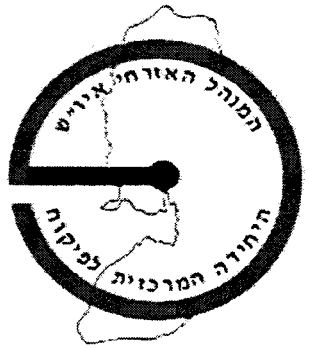
יולי יואל אדלשטיין
יושב ראש הכנסת

נספח מש/2

העתק מצגת מן המנהל האזרחי

87

בנייה ישראלית על קרקע פרטית – ריכוז נתונים



כללי

- המיפוי נערך באמצעות שכבת הבב"ח במערכת מידע גאוגרפי (ממ"ג).
- הנתונים אינם סופיים ואינם חלוטים (תתכן סטייה).
- בוצע סינון למאפייני הבב"ח (הורדו מחסנים, גדרות, דרכים, תשתיות וכו')
- הורדו בב"חים הנמצאים באדמות סקר בהליכים מתקדמים.
- כמדיניות לא בוצעה אכיפה במגזר הישראלי עד שנת 1998.

בב"ח ישראלי באדמות פרטיות – נתונים כלליים

- 1,285 תיקי בב"ח ישראלי המוגדרים כבינוי לצרכי מגורים או מוסדות ציבור שייתכן בתחום או בסמוך ל – 74 יישובים ישראלים.
- מתוכם 874 תיקים בתוך מאחזים והיתר 411 תיקים בסמוך ליישובים.
- מתוך כלל התיקים המוצגים, 543 מבנים בנויים על קרקע מוסדרת.

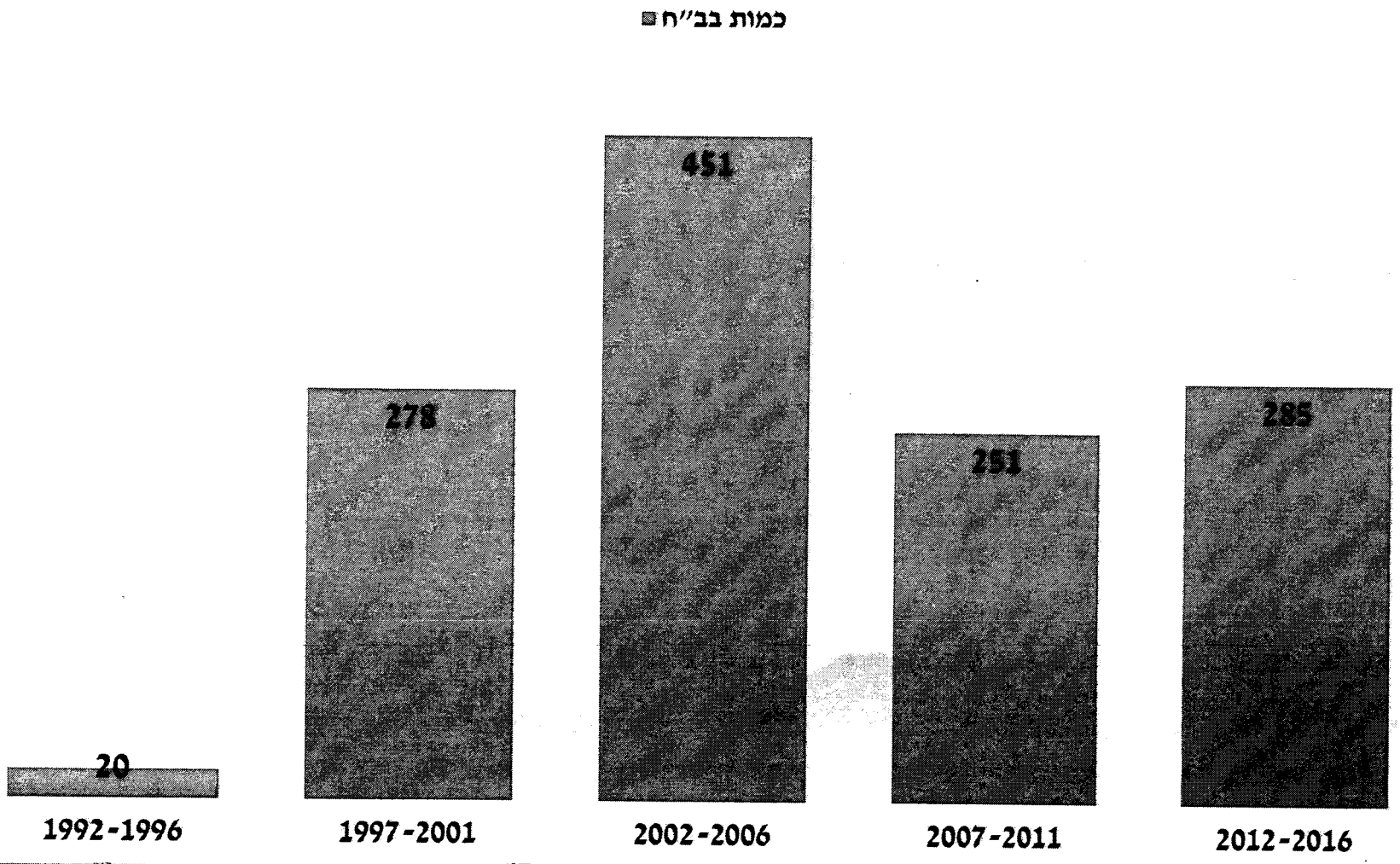
בנייה ישראלית על קרקע פרטית

שלוש קטגוריות מרכזיות:

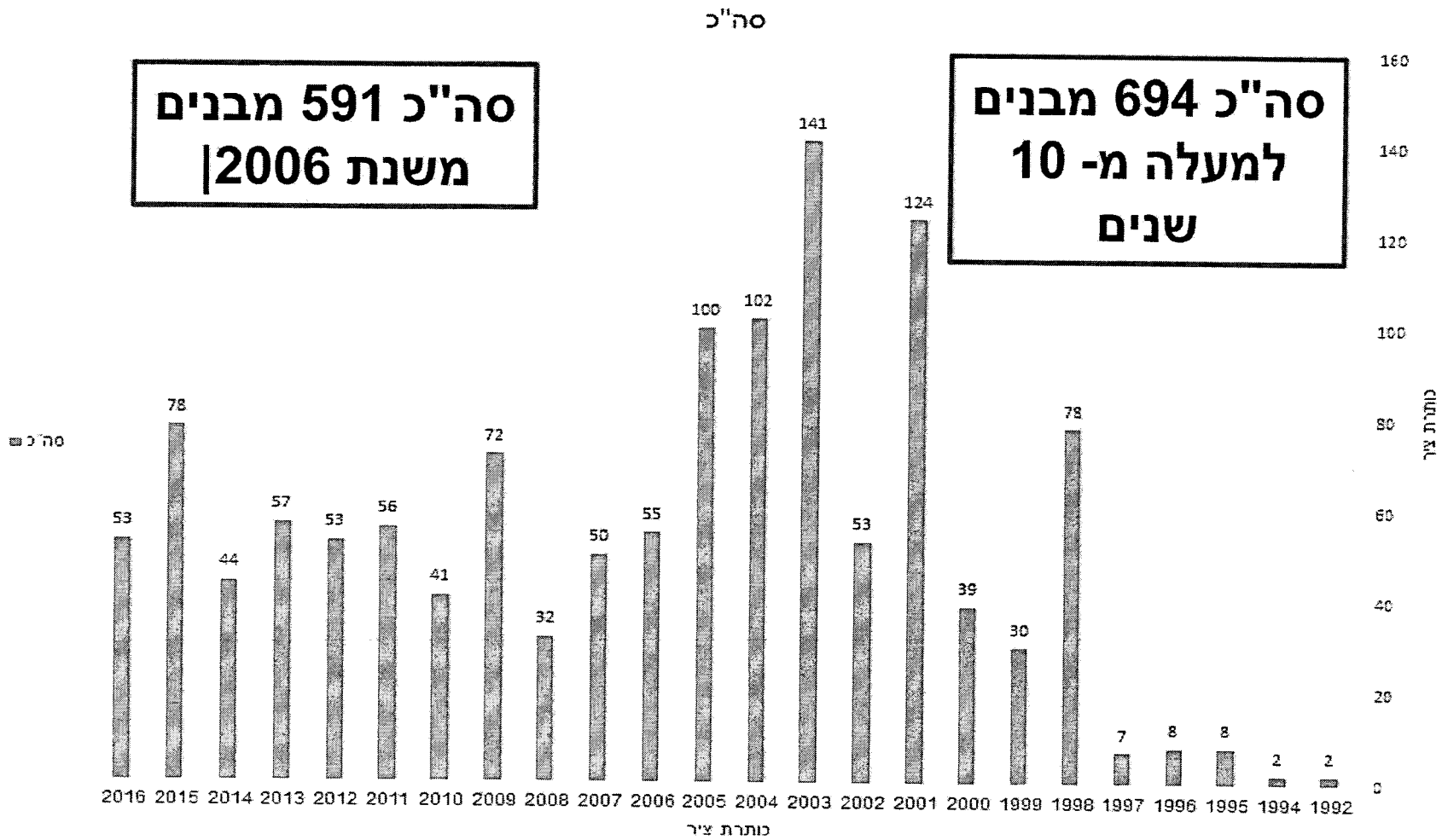
- **בב"חים על קרקע פרטית המשמשים כמבני מגורים או מוסדות ציבור (בתי ספר, בתי כנסת, גני ילדים)- 1285 מבנים.**
- **גריעת מבנים מקו כחול (רובם בתכניות בתוקף)- 1,048 מבנים.**
- **מבנים על קרקע פרטית נגדה לא ננקטו הליכי פיקוח (רובם על קרקע מוסדרת, ככלל, מדובר בבניה למעלה מ-20 שנים בתקופה לא בוצעה אכיפה- 1,122 מבנים.**

סה"כ 3,455 מבנים על קרקע פרטית

בב"ח ישראלי באדמות פרטיות - לפי שנים



בב"ח ישראלי באדמות פרטיות - לפי שנים



מבנים שנגרעו בעקבות עבודת צוות קו כחול

- קיימים 294 איתורים/ בדיקות של צוות קו כחול. מתוכם 254 איתורים/בדיקות נבדקו בסך הכול (40 איתורים יושלמו בהמשך)
- סך הכול נמצאו 1,048 מבנים.
- להלן הנתונים:
  - נגרעו אך מצויים בתכנית מתאר בתוקף – 799 מבנים (76%), מתוכם 303 במודיעין עילית (חלק בניה רוויה).
  - נגרעו מתחום ההכרזה הישנה – 172 מבנים.
  - נגרעו מקו כחול קודם (1999-2003) – 47 מבנים.
  - נבנו לאחר בדיקת צוות קו כחול ומחוץ לאדמות המדינה – 30 מבנים.

במרץ 2014 המנהא"ז ויועמ"ש איו"ש גיבשו חוות דעת המאפשרת הכשרת מבנים שנגרעו מקו כחול ומצויים בתב"ע בתוקף- הוצגה למשרד המשפטים וצוות ההסדרה- ממתינים לאישור חוות הדעת

בניה על קרקע פרטית נגדה לא ננקטו הליכי פיקוח

- כנגד חלק מהמבנים הבנויים ביישובים הישראלים על קרקע פרטית לא ננקטו הליכי פיקוח (מרביתם בקרקע מוסדרת)- סה"כ 1,122 מבנים.

שם ישוב	סה"כ
אלון מורה	146
חרמש	40
מעלה מכמש	70
עפרה	480
בית אל	193
פסגות	58
שבי שומרון	46
עלי	89
סה"כ	1,122

- כפי שצוין מדובר ברשימה חלקית אך מייצגת של יישובים בהם קיימת בנייה על קרקע פרטית שלא נגרעה / ננקטו נגדה הליכי פיקוח.

סיכום נתונים

- סך הכל בשלושת הקטגוריות שנבחנו ישנם 3,455 מבנים ישראלים שמשמשים למגורים או מוסדות ציבור אשר משמשים המצויים על קרקע פרטית.
- מתוך 3,455 המבנים 1,576 מצויים על מקרקעין מוסדרים (כ-45%).
- מדובר גם במבנים יבילים וגם במבני קבע.
-

נספח מש/3

העתק תצהירים והודעת המדינה בעניין מצפה כרמים

97

תצהיר

אני הח"מ, משה יעלון, רב אלוף (בדימ'), נושא ת"ז מס' 050102979 לאחר שהוזהרתי כי עלי לומר אמת וכי אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן, מצהיר בזאת כדלקמן:

1. אני עושה תצהירי זה במסגרת חביעת תושבי מצפה כרמים המתבררת בבית המשפט המחוזי בירושלים (ת"א 29754-11-13).

2. בשנים 1998-2000 שירתי כאלוף פיקוד המרכז. במסגרת תפקידי עסקתי גם, מטבע הדברים, בענייני ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון, ובכלל זה בעניין המאחזים.

3. בין היתר, הייתי מעורב בבחירת מיקומה הנוכחי של שכונת מצפה כרמים (להלן גם - **השכונה**). אפרט להלן את מעורבותי במהלך.

4. עניינה של מצפה כרמים נדון, יחד עם עניינם של מאחזים לא מוסדרים אחרים, בדרגים המדיניים והצבאיים הגבוהים ביותר. ביום 10.10.99 התקבלה החלטה מס' הת/2 של ועדת השרים לענייני התיישבות ביהודה, שומרון וחבל עזה (יש"ע), אשר צורפה לפרוטוקול החלטות הממשלה וקיבלה תוקף של החלטת ממשלה ביום 28.10.99 (החלטה מס' 471 (הת/2)). החלטה זו הסמיכה את ראש הממשלה ושר הביטחון לפעול על פי סמכותו ושיקול דעתו בעניין נקודות התיישבות או מאחזים מבודדים, בהתחשב, בין היתר, בהיבטים הביטחוניים והמשפטיים הרלוונטיים (להלן - **החלטת הממשלה**).

העתק החלטת הממשלה מצ"ב **כנספח 1**.

5. בהמשך להחלטת הממשלה גובש "הסכם המאחזים" בין ראש הממשלה ושר הביטחון באותה עת, מר אהוד ברק, לבין ראשי מועצת יש"ע, ובו הוסכם על פינוי ו"הקפאת" מאחזים, ועל העתקה של אחרים. כאלוף הפיקוד הייתי מעורב במגעים לאותו הסכם ובמימושו. באשר למצפה כרמים - סוכם על פינויה ממקומה ועל העתקתה. תכלית ההעתקה היתה, כמובן, הסדרתה של השכונה.

העתק מכתב משרד הביטחון בנושא מצ"ב **כנספח 2**.

6. בהתאם להחלטות אלה, הונחו אנשי המנהל האזרחי לתור אחר מיקום חלופי לשכונה. אנשי המנהל הציעו את מיקומה הנוכחי של השכונה בתוך תחומי הישוב כוכב השחר. מיקום זה אושר בידי כלל הגורמים הרלוונטים לרבות היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון, עו"ד שלמה פוליטיס (אל"מ בדימוס). זכור לי שראיתי גם חוות דעת כתובה של עו"ד פוליטיס בנושא.

7. המלצת המנהל האזרחי עברה, כבדרך כלל, לאישורי. משהמיקום המוצע אושר בידי היועץ המשפטי, עו"ד פוליטיס, **אישרתי את העתקת מצפה כרמים למיקומה הנוכחי**. אלמלא הייתי סבור כי המיקום הינו בתחומי שטח התפיסה צבאית לא הייתי מאשר את העתקת השכונה לשם.

8. אמנם המיקום המיועד לא היה בתחומי מפת צו התפיסה החל בכוכב השחר, אך לאור חוות דעתו של אל"מ פוליטיס בדבר היות השטח תפוס, ולאור התכניות החלות על המקרקעין מכוח צו 997 - צו בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה והשומרון) (מס' 997) התשמ"ב-1982, לא היה לי ספק שמדובר בקרקע תפוסה. זו הסיבה שאישרתי את העתקת שכונת מצפה כרמים למחחם זה, לשם הסדרתה.

אני מצהיר כי השם דלעיל הוא שמי, החתימה דלמטה היא חתימתי, וכי תוכן תצהירי זה אמת.

משה יעלון

<u>אישור</u>

אני החתום מטה, ד"ר הראל ארנון, עורך דין, מאשר בזה כי ביום 7.7.16 הופיע בפני משה יעלון המוכר לי אישית ולאחר שהזהרתיו כי עליו לומר את האמת כולה ואת האמת בלבד, וכי יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן, אישר את נכונות הצהרתו דלעיל וחתם עליה בפני.

ד"ר הראל ארנון, עו"ד
מ.ר. 31722

ד"ר הראל ארנון, עו"ד

תצהיר

אני הח"מ, עו"ד שלמה פוליטיס, אל"מ בדימוס, נושא ת"ז מס' 013192414, לאחר שהוזהרתי כי עלי לומר אמת וכי אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן, מצהיר בזאת כדלקמן:

1. אני עושה תצהירי זה במסגרת תביעת תושבי מצפה כרמים המתבררת בבית המשפט המחוזי בירושלים (ת"א 29754-11-13).

2. בשנים 1994-2004 שימשתי כיועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון. במסגרת תפקידי עסקתי רבות, מטבע הדברים, בענייני ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון, ובכלל זה בעניין המאחזים.

3. מתוקף תפקידי הייתי מעורב בהיבטים המשפטיים בבחירת מיקומה הנוכחי של שכונת מצפה כרמים (להלן גם - **השכונה**) ובאישורו. אפרט להלן את מעורבותי במהלך.

4. עניינה של מצפה כרמים נדון, יחד עם עניינם של מאחזים לא מוסדרים אחרים, בדרגים המדיניים והצבאיים הגבוהים ביותר. כך למשל, זכורה לי היטב פגישה לילית שהתקיימה במהלך חודש ספטמבר או בראשית חודש אוקטובר 99', בשעת לילה מאוחרת ביום חמישי, בלשכתו של ראש הממשלה ושר הביטחון דאז, מר אהוד ברק. הפגישה, שבה השתתפתי, עסקה בשאלת אופן הטיפול בסוגיית המאחזים ביהודה ושומרון. בעקבות פגישה זו התבקשתי בידי מר אהוד ברק להכין נוסח החלטה שיונח בפני ועדת השרים לענייני התיישבות, אשר יתייחס לנושא המשך הטיפול בנקודות התיישבות או מאחזים מבודדים.

5. נוסח החלטה כמבוקש הוכן עם משרד המשפטים, וביום 10.10.99 התקבלה החלטה מס' הת/2 של ועדת השרים לענייני התיישבות ביהודה, שומרון וחבל עזה (יש"ע), אשר צורפה לפרוטוקול החלטות הממשלה וקיבלה תוקף של החלטת ממשלה ביום 28.10.99 (החלטה מס' 471 (הת/2)). החלטה זו הסמיכה את ראש הממשלה ושר הביטחון לפעול על פי סמכותו ושיקול דעתו בעניין נקודות התיישבות או מאחזים מבודדים, בהתחשב, בין היתר, בהיבטים הביטחוניים והמשפטיים הרלוונטיים (להלן - **החלטת הממשלה**).

העתק החלטת הממשלה מצ"ב **כנספח 1**.

6. בהמשך להחלטת הממשלה גובש "הסכם המאחזים" בין ראש הממשלה ושר הביטחון באותה עת, מר אהוד ברק, לבין ראשי מועצת יש"ע, ובו הוסכם על פינוי ו"הקפאת" מאחזים, ועל העתקה של אחרים. באשר למצפה כרמים סוכם על פינויה ממקומה ועל העתקתה. תכלית ההעתקה היתה, כמובן, הסדרתה של השכונה.

7. העתק מכתב משרד הביטחון בנושא מצ"ב **כנספח 2** (להבנתי, התאריך הנכון של המכתב הוא זה המופיע בכתב יד, 21.10.99, שכן הסכם המאחזים גובש באוקטובר 99'. כמו כן, נפלה טעות סופר בתאריך בשורה הראשונה למכתב - צ"ל 14.10.99 ולא 14.10.00, הסכם המאחזים גובש כאמור באוקטובר 99', וכמובן שמכתב מ-99' לא יכול להתייחס לסיכום משנת 2000).

8. בהתאם להחלטות אלה, הונחו אנשי המנהל האזרחי לתור אחר מיקום חלופי לשכונה. לאחר בחינה, גורמי המקצוע במנהל - ובהם אנשי תחום תשתית בהתייעצות עם קציני המטה במנהל - הציעו את מיקומה הנוכחי של השכונה.

9. זה המקום להבהיר: כל העתקה או טיפול בנקודת יישוב ביהודה ושומרון חייב את אישורי, כיועץ המשפטי לאזור. נוהל העבודה היה כזה שבו אנשי המקצוע, ובפרט אנשי תחום תשתית, העלו בפניי את הצעתם והציגו את שיקוליהם, ואני נדרשתי לאשר או לשלול את ההצעה. על פי נוהל העבודה במנהל, לפחות בשנות כהונתי בתפקיד, לא טופלה ביהודה ושומרון נקודת יישוב - על דעת המנהל האזרחי - ללא אישור היועץ המשפטי.

10. הליך העתקת מצפה כרמים בוצע לפי הנוהל הרגיל: לאחר שהוצגה בפניי הצעת גורמי המקצוע - ובראשם ראש תחום תשתית במנהל - שלפיה תועתק מצפה כרמים לקרקע **תפוסה** בתחום **התכנית המאושרת** של היישוב כוכב השחר (מערכת הנחיות 223 ו-223/1), **אישרתי את העתקת מצפה כרמים למיקום המוצע**. אלמלא אישרתי, ההעתקה לא היתה יוצאת אל הפועל. אציין, כי בוודאי ערכתי גם חוות דעת כתובה בנושא, לפי נוהל העבודה הרגיל, אך זו אינה בידי.

11. יש להדגיש: מיקומה המוצע של מצפה כרמים היה **בתחום תכנית** שאושרה מכוח צו 997 - "**צו בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה והשומרון) (מס' 997), התשמ"ב-1982**" (ההדגשה הוספה). עובדה זו היוותה ראיה חותכת להיות הקרקע **תפוסה בתפיסה צבאית**, שכן מהבחינה המשפטית הליכי התכנון על פי צו זה חלים אך ורק על קרקע שנתפסה בידי מפקד כוחות צה"ל באזור לצרכים צבאיים.

12. אם כן, לאחר שהממונה לפי צו מס' 997 (ולא ועדות התכנון הרגילות), מר שלמה מושקוביץ, אישר תכנית על הקרקע, ההנחה היא - כעניין מובן מאליו - שמדובר בקרקע תפוסה.

העתק צו מס' 997 מצ"ב **כנספח 3**.

13. ואכן, עמדת המנהל האזרחי - **לפחות עד לשנת 2003** - הייתה, כי מיקומה החדש של מצפה כרמים הוא בשטח תפוס בתפיסה צבאית. כך, למשל, במסגרת דו"ח משפטי שהכנתי בשנת 2003, שהתייחס לשורה של נקודות יישוב ישראליות/מאחזים באזור, ציינתי לגבי מצפה כרמים כי היא מצויה בתוך קרקע התפוסה ב"**תפיסה לצרכים צבאיים**", כאשר "**מטרת הצו: הקמת ישוב כוכב השחר**".

העתק חוות הדעת משנת 2003 מצ"ב **כנספח 4**.

14. על רקע זה, משדובר בקרקע המצויה בתחום תכנית סטטוטורית וממילא תפוסה בתפיסה צבאית, אישרתי את מיקום השכונה הנוכחי.

15. כפי שהוצג בפני, עמדת המנהל האזרחי **כיום** היא כי השכונה מצויה על קרקע שאינה תפוסה בתפיסה צבאית. אינני מכיר את מכלול השיקולים לכך. **אך בכל אופן, זו לא הייתה עמדת המנהל האזרחי בעת הקמת השכונה**. כמפורט לעיל, מיקום השכונה נבחר בידי המנהל האזרחי ואושר בידי על יסוד התכנית המאושרת ובהיות הקרקע תפוסה בתפיסה צבאית. כאמור, עמדתנו בדבר תפיסת הקרקע עמדה בתוקפה לפחות עד לשנת 2003.

16. אני מצהיר כי השם דלעיל הוא שמי, החתימה דלמטה היא חתימתי, וכי תוכן תצהירי זה אמת.

עו"ד שלמה פוליאקוב

אישור

אני החתום מטה, ד"ר הראל ארנון, עורך דין, מאשר בזה כי ביום 20.6.16 הופיע בפני שלמה פוליטיס המוכר לי אישית ולאחר שהזהרתיו כי עליו לומר את האמת כולה ואת האמת בלבד, וכי יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן, אישר את נכונות הצהרתו דלעיל וחתם עליה בפני.

ד"ר הראל ארנון, עו"ד
מ.ר. 31722

ד"ר הראל ארנון, עו"ד

בגי"ץ 953/11

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

עבד אלפתח סאלחה ואח'
על-ידי ב"כ עוה"ד ח. יונס
מרחוב אלצפהאני 17, ירושלים
טל': 02-6281419; פקס: 02-6284815

העותרים

נ ג ד

1. **שר הביטחון**
2. **מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**
3. **ראשון המינהל האזרחי**
4. **מפקד משטרת מחוז ש"י**
על-ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים
טל': 02-6466395; פקס: 02-6467011
5. **ועד המאחז כוכב השחר**
ד.נ. מזרח בנימין 90641
טל': 02-9941711
6. **תנועת אמנה**
רח' פארן ירושלים, המרכז המסחרי רמת אשכול 97802
טל': 02-5322225; פקס: 02-5821666

7-45. אנגל נגה ואח'
55. ההסתדרות הציונית העולמית – החטיבה להתיישבות
המלך ג'ורג' 48 ירושלים

המשיבים

הודעה מטעם המשיבים 1-4

בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד מוגשת בזאת הודעה מטעם משיבי המדינה (המשיבים 1-4; להלן: **המשיבים**), כדלקמן:

1. עניינה של העתירה שבכותרת הוא בבקשת העותרים כי תבוטל מערכת הנחיות מס' 223/1 החלה על הישוב כוכב השחר, וכי יינקטו צעדי אכיפה לשם הפסקת פעולת בנייה ב-"מצפה כרמים", בחלקות 13 ו-23 בגוש מספר 19 מאדמות הכפר דיר ג'דיר, אשר מצויות בתחום גבול מערכת ההנחיות, אך חורגות מתחום צו התפיסה 80/18/ת. ביום 9.11.14 החליט בית המשפט הנכבד (כב' הנשיא גרוניס, כב' המשנה לנשיא נאור וכב' השופט רובינשטיין) על הוצאת צו על-תנאי בעתירה.

2. בכתבי הטענות שהוגשו מטעם המשיבים במסגרת עתירה זו, דווח על אודות מלאכת הכנתה של מערכת ההנחיות החדשה המצמצמת את תחולת מערכת הנחיות 223 ו –

223/1 כך שאלו לא תחולנה על השטח החורג מצו התפיסה 80/18/ת. בנוסף דוות על אודות תובענה אזרחית שהוגשה לבית המשפט המחוזי בירושלים (ת"א (מחוזי-ים) 29754-11-13 אנג'ל נ' אלפתאח סלאחה ואח'), אשר במסגרתה נטען, בין היתר, כי אין לסלק את ידם של המשיבים המתגוררים בחלקות 13 ו-23 שבגוש 19 (ראו למשל סעיפים 34 ואילך לתצהיר התשובה המשלים מיום 14.4.15).

3. ביום 2.11.15 התקיים דיון בהתנגדות לצו על-תנאי בפני הרכב (כב' הנשיאה נאור וכב' השופטים חיות ודנציגר) וביום 16.11.15 החליט בית המשפט הנכבד כי בנסיבות החריגות של פרשה זו ובלי להביע דעה לגבי טענות הצדדים, יש להמתין זמן סביר לבירור העובדות בהליך האזרחי המתנהל בבית המשפט המחוזי. בית המשפט הנכבד הורה, אפוא, למשיבים להגיש עדכון בעניין הכנתה של מערכת ההנחיות (תוך 4 חודשים ותוך הבעת תקווה כי עניין זה יבוא על פתרונו). עוד התבקש עדכון בעניין ההליך האזרחי תוך 18 חודשים, כאשר בעניין זה ציין בית המשפט הנכבד בהחלטתו כי ההנחה היא שכל הצדדים יתרמו לקידומו המהיר של ההליך.

4. בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד מסרו המשיבים הודעות עדכון עתיות; והעותרים הגיבו להודעות אלו.

5. כעת יבקשו המשיבים למסור עדכון נוסף מטעמם בדבר מצב הדברים בעת הנוכחית.

6. ראשית, יצוין כי ביום 22.2.17, סמוך לאחר הודעת העדכון האחרונה מטעם המשיבים, ניתנה החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים בעניין המשך ההליך האזרחי. בהחלטתו קבע כב' השופט דראל כי מאז החלטתו האמורה של בית המשפט הנכבד ביום 16.11.15 במסגרת העתירה שבכותרת, השלימו הצדדים להליך האזרחי את הגשת תצהירי העדות הראשית וכן הגשה של חוות דעת מומחים. עוד הובהר כי השלמת הגשת הראיות התעכבה במידה מסוימת בשל התדיינות שקיימו הצדדים בנוגע לחשיפת מידע הכלול במרשם המקרקעין באזור.

כב' השופט דראל הוסיף והתייחס בהחלטתו לשינויים לא צפויים שחלו בתכנית העבודה של בית המשפט המחוזי, ובכלל זה על ישיבתו בראש הרכב פשעים חמורים מיוחד שהוקם בשל גידול בפשיעה החמורה באזור ירושלים. עניין זה, כך הובהר, אינו מאפשר לקבוע ישיבות הוכחות בהליך האזרחי בפרק הזמן שנותר עד לסיום שנת המשפט, וזאת בלי לבטל ימי דיונים שנועדו לשמיעת תיקים פליליים, בהם חלק מהנאשמים מצויים במעצר. עוד צוין בהחלטה: "**בהינתן כי קיימת אפשרות שההליך יתייתר נוכח חקיקת חוק ההסדרה, מצאתי לנכון שניתן להמתין עם שמיעת הראיות פרק זמן נוסף**".

בשורה התחתונה הוחלט, אפוא, על קביעת התיק לשמיעת ראיות ליום 23.10.17 ו-30.10.17 וכן על שמיעת סיכומים ביום 27.11.17.

- העתק החלטתו של כב' השופט דראל מיום 22.2.17 מצורף ומסומן **מש/1**

7. שנית, בכל הנוגע לצמצום של מערכת ההנחיות יצוין כי בהמשך לאמור בהודעות קודמות מטעם המשיבים, ההליך מצוי בשלב מתקדם ביותר. כך, על-פי הנמסר, גורמי המקצוע במינהל האזרחי השלימו למעשה את העבודה המקצועית הדרושה לשם קבלת החלטה בעניין.

8. עם זאת, בנסיבות העניין, ועל דעת היועץ המשפטי לממשלה, הוחלט כי אין מקום לקבל החלטה סופית בעניין מערכת ההנחיות החדשה – בין היתר – עד שיתבהר המצב המשפטי ביחס ל-"חוק ההסדרה" (החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017, שפורסם ברשומות ביום 13.2.17).

9. בהקשר זה יצוין כי חוק ההסדרה נועד, בין היתר, לבחון את אפשרות הסדרתם של כוכב השחר ומצפה כרמים, המנויים בתוספת לחוק (ראו סעיף 11 לחוק וכן פרטים 4 ו-5 לתוספת). שתי עתירות, התוקפות את תוקפיותו של חוק ההסדרה ואשר מבקשות הוצאה של צווים שיפוטיים, תלויות ועומדות לפני בית המשפט הנכבד (בג"ץ 1308/17 סילואד נ' הכנסת; בג"ץ 2055/17 ראש מועצת הכפר עין יברוד נ' הכנסת). בהתאם להחלטות של בית המשפט הנכבד, לנוכח ההסדר הדיוני שהוצע על-ידי היועץ המשפטי לממשלה בתגובתו מיום 26.3.17, לא נמצאה הצדקה למתן צווים ארעיים (החלטת כב' השופט הנדל מיום 27.3.17). בהמשך לכך, נקבעו מועדים להגשת תגובות מטעם המשיבים לעתירות (החלטת כב' השופט הנדל מיום 18.4.17)

- העתק התגובה מטעם היועץ משפטי לממשלה מיום 26.3.17 מצורף ומסומן **מש/2**

10. לשלמות התמונה יצוין כי כוכב השחר כפר שיתופי בע"מ וועד המאחז מצפה כרמים פנו לשרת המשפטים, לשר הביטחון, לסגן שר הביטחון, ללשכת התכנון המרכזית במינהל האזרחי ובהמשך לכך גם ליועץ המשפטי לממשלה, בבקשה להתליה מידית של כל ההליכים בנושא צמצום מערכת ההנחיות; וזאת, על רקע חקיקתו של חוק ההסדרה כאמור. לאחר בחינת הפנייה נמצא כאמור כי אין בעצם חקיקתו של חוק ההסדרה כדי להקים מניעה משפטית להשלמת ההליך לצמצום מערכת ההנחיות ולקבלת החלטה סופית בעניין על-ידי מוסדות התכנון במינהל האזרחי. עם זאת, בנסיבות העניין, בין היתר, בשים לב לכך שחוק ההסדרה נועד כאמור לבחון את אפשרות הסדרתם של כוכב השחר ושל מצפה כרמים, הוחלט כפי שפורט לעיל כי אין מקום לקבל כעת החלטה סופית בעניין מערכת ההנחיות החדשה; וכי מוטב, חלף זאת, להמתין עם קבלת ההחלטה הסופית בעניין מערכת ההנחיות עד שיתבהר המצב המשפטי ביחס לחוק ההסדרה.

11. האמור בהודעה זו נתמך בתצהיר מטעם המינהל האזרחי.

י"ג בסיון תשע"ז
7 ביוני 2017

נחל בן אור
סגן בכיר א' בפרקליטות המדינה

נספח מש/4

העתק חוות דעתו של פרופ׳ זמיר בעניין רכישת קרקעות לצורכי ציבור מיום 12.5.80

107

מדינת ישראל

משרד המשפטים

היועץ המשפטי לממשלה

ירושלים, כ"ו באייר תש"ם
12 במאי 1980

4-157

לכבוד
מר מנחם בגין
ראש הממשלה
ירושלים

אדוני ראש הממשלה,

הנדון: החוק הירדני בדבר רכישת קרקעות לצורכי ציבור

1. נתבקשתי על-ידי הממשלה, בישיבתה ביום י"ח אייר תש"ם (4 במאי 1980), לבדוק ולחוות דעתי בשאלה אם, מבחינה משפטית, קיימת אפשרות שרשות ישראלית תעשה שימוש בחוק הירדני בדבר רכישת קרקעות לצרכי ציבור, ומכוחו של חוק זה תפקיע קרקע לצורכי ההתישבות הישראלית ביהודה ושומרון. להלן חוות דעתי בשאלה זאת.

החוק הירדני בדבר רכישת קרקעות לצרכי ציבור

2. החוק הירדני בדבר רכישת קרקעות לצרכי ציבור - הלא הוא חוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) משנת 1953 (להלן: החוק הירדני) - מסמיך את הממשלה לרכוש קרקע מכל סוג שהוא, או זכות בקרקע, לצרכי ציבור. "צורך ציבורי", כפי הגדרתו בחוק, הוא "כל צורך שהחליטה לגביו הממשלה בהסכמתו של המלך כצורך ציבורי". החוק קובע את הדרך בה יש ללכת כדי לרכוש קרקע לפי חוק זה ואת התובה לשלם פיצויים לבעלי הקרקע.

3. השאלה היא, אם הסמכות לפי החוק הירדני מצוייה כיום בידי רשות ישראלית, ואם כן - איזו רשות ומה היקף הסמכות. התשובה לשאלה זאת מתבססת על שניים: ראשית, הדין החל באזור יהודה והשומרון (להלן: האזור); ושנית, המשפט הבינלאומי.

הדין החל באזור

4. מנשר מס' 2 שהוצא על-ידי המפקד הצבאי של האזור קובע כי המשפט שהיה קיים באזור ביום 7 ביוני 1967 יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה לתחיקת הבטחון, ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צה"ל באזור. בהתאם לכך, החוק הירדני עדיין עומד בתוקפו באזור.

2/..

5. לפי אותו מנשר כל סמכות של שלטון לגבי האזור או תושביו נתונה בידי מפקד האזור או מי שפועל מטעמו. מכאן שהסמכות להפקיע קרקע לצרכי ציבור לפי החוק הירדני נתונה כיום בידי מפקד האזור או מי שיוסמך לכך על ידו.

<u>החולת המשפט הבינלאומי</u>

6. בית המשפט העליון אמר פעמים אחדות, בהקשרים שונים, כי חלקים מסויימים של המשפט הבינלאומי חלים על האזור. וכך אמר בית המשפט העליון, מפי השופט לנדוי, בבג"צ 256/72, חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נגד שר הבטחון, פ"ד כ"ז(1)124, 138:

> "חובותיו וזכויותיו של שלטון צבאי מוגדרות על-פי צרכיו הצבאיים שלו עצמו מצד אחד, ומצד שני על-פי הצורך להבטיח ככל האפשר את חייה התקינים של האוכלוסיה המקומית... בנתון לצרכים אלה חייב השלטון הצבאי לכבד את החוקים הקיימים ואת זכויותיהם הקנויות של התושבים בשטח שלטונו. ברוח זו מחייב אותו סעיף 43 של כללי האג "להבטיח ככל האפשר את הסדר והחיים של הציבור, תוך כיבוד החוקים הנוהגים בשטח, אלא אם קיימת מניעה מוחלטת לכך", וסעיף 46 מחייב את השלטון הצבאי "לכבד את הרכוש הפרטי".

ראה גם בג"צ 606/78, אויב ואחרים נגד שר הבטחון ואחרים, פ"ד ל"ג (2) 113, 122, 129, 133; בג"צ 390/79, דויקאת ואחרים נגד ממשלת ישראל ואחרים, פ"ד ל"ד(1) 1, 14, 17, 29.

7. לאחרונה נאמר על-ידי הנשיא לנדוי בבג"צ 61/80, העצני נגד מדינת ישראל ואחרים (טרם פורסם) כי "נכונה העובדה שירדן לא היתה מעולם הריבון החוקי באזור יהודה והשומרון". מכאן השאלה אם יש באמירה זאת כדי לשנות את מה שנאמר על-ידי בית המשפט העליון בפסקי דין קודמים, בדבר התחולה של חלק מן המשפט הבינלאומי על האזור. על שאלה זאת השיב הנשיא לנדוי בשלילה, וכך אמר (שם):

> "אין לערבב בין בעית הריבונות ביהודה והשומרון לפי המשפט הבינלאומי לבין זכותו וחובתו של המפקד הצבאי לקיים את הסדר הציבורי באזור, כדי להבטיח את שליטתו באזור ולהנהיג בו משטר של שלטון החוק לטובת התושבים שבו. זכות זו וחובה זו, הנובעות מדיני המלחמה המנהגיים, באו לידי ביטוי בסעיף 43 של כללי האג".

בהמשך דבריו מביא הנשיא לנדוי מדבריו של פרופ' יהודה בלום, שכתב מאמר על נושא זה, ובו נאמר כי במקרה שלמדינה אשר החזיקה קודם לכן בשטח (בענייננו - ירדן) לא היתה ריבונות חוקית על השטח, חל על השטח "רק אותו חלק של דיני הכיבוש המכוון להגן על הזכויות ההומניטריות של האוכלוסיה".

3/..

מכאן שבג"צ ימשיך לבדוק את המעשים וההחלטות של המפקד הצבאי באזור לאור כללי המשפט הבינלאומי החלים על האזור. כפי שבג"צ קבע, אלה הם הכללים ההומניטריים של דיני המלחמה המנהגיים.

8. לסיכום ענין זה יש לומר כי המפקד הצבאי של האזור מוסמך להפקיע קרקע לפי החוק הירדני, כפוף לכללים ההומניטריים של דיני המלחמה המנהגיים. דעה זאת, בדבר סמכותו של המפקד הצבאי להשתמש בחוקים קיימים בכפיפות לכללי המשפט הבינלאומי, מקובלת בספרות המשפטית, כך, לדוגמא, אומר בענין זה המלומד שוורצנברגר:

"It follows that, irrespective of any express authorisation, the Occupying Power remains free to make use for its purposes of the expropriation legislation in force in the occupied enemy territory prior to the occupation, provided that this complies with the minimum requirements of international law". (International Law, 2nd ed., Vol. 2, p. 245).

<u>ההגנה על רכוש הפרט במשפט הבינלאומי</u>

9. האם סמכותו של המפקד הצבאי באזור לפי החוק הירדני מוגבלת על-ידי כללי המשפט הבינלאומי? אמנת האג מסדירה את ההגנה על הרכוש הפרטי. בית המשפט העליון קבע כי אמנת האג מבטאת את דיני המלחמה המנהגיים, ולכן יש לה תחולה באזור. לפיכך בדק בית המשפט העליון במקרים אחדים (ובעיקר ענין בית אל וענין אלון מורה) את חוקיות הצווים שהוצאו על-ידי המפקד הצבאי לתפיסת קרקע פרטית לאור כללי האג.

10. ניתן לשאול אם כללי האג המגינים על הרכוש הפרטי הינם חלק מן הכללים ההומניטריים או, בלשונו של פרופ' יהודה בלום (פיסקה 7 לעיל), אם הם מכוונים להגן על הזכויות ההומניטריות של האוכלוסיה. התשובה היא שדיני המלחמה של המשפט הבינלאומי נחלקים, לענין זה, לשניים: ראשית, הדינים המיועדים להגן על זכויותיו של הריבון הקודם; ושנית, הדינים המיועדים להגן על האוכלוסיה המקומית, והם הדינים ההומניטריים. הדעת נותנת כי הדינים המגינים על הרכוש הפרטי נכללים במסגרת הדינים ההומניטריים שנועדו להגן על האוכלוסיה המקומית. הנה כי כן, במשפט אלון מורה, כאשר דיבר השופט ויתקון על אמנת ג'נבה, אמר כך:

"לא הייתי אומר כי ההוראות "ההומניטריות" שבאמנה זו מתכוונות אך ורק להגנה על חיי אדם, בריאותו, חירותו או כבודו, ולא להגנה על רכוש. מי כמונו יודע ערכה של נחלה" (בג"צ 390/79, דויקאת נ. ממשלת ישראל, פ"ד ל"ד (1) 29,1).

4/..

11. ההגנה על הרכוש לפי המשפט הבינלאומי, אף שהיא מכוונת למנוע פגיעה ברכוש הפרטי על-ידי המפקד הצבאי, כפופה לחריגים. חריג אחד מחייחס לצורך הבטחוני, כלומר, שהמפקד הצבאי רשאי לתפוס קרקע פרטית לצרכים בטחוניים. כזכור, בית המשפט העליון קבע במשפט ביה אל ובמשפט אלון מורה כי המפקד הצבאי רשאי לתפוס קרקע פרטית לצורך הקמת ישוב אזרחי אם הטעם העיקרי לתפיסה הינו בטחוני. חריג שני מאפשר למפקד הצבאי להפקיע קרקע פרטית לצרכי ציבור. בהתאם לכך מוסמך המפקד הצבאי באזור להפקיע קרקע פרטית לפי החוק הירדני, והלכה למעשה עשה המפקד הצבאי שימוש בסמכות זאת לצרכי ציבור שונים. אולם, הפקעה כזאת כפופה לכלל של המשפט הבינלאומי, הקובע כי סמכות זאת, כמו סמכויות אחרות של המפקד הצבאי, צריכה להיות מופעלת אך ורק לשם רווחת האוכלוסיה המקומית. כלל זה בא לידי ביטוי ברור בספרות המשפטית, והנה דוגמאות אחדות:

Von Glahn, The Occupation of Enemy Territory, (1957) p. 186:

"It should be mentioned, however, that an occupant appears to have the right to expropriate either public or private property solely for the benefit of the native population."

The Law of Land Warfare: U.S. Department of the Army, Field Manual 1956, para. 43:

"In order to ensure public order and safety, as required by Article 43 of the Hague Regulations, an occupant is authorised to expropriate either public or private property solely for the benefit of the local population."

See also E. H. Feilchenfeld, The International Economic Law of Belligerent Occupation, (1942), p. 50; Greenspan, The Modern Law of Land Warfare, p. 296; McDougal and Feliciano, Law and Minimum World Public Order, p. 757.

מהי אוכלוסיה מקומית לפי המשפט הבינלאומי

12. מה היא, אם כן, האוכלוסיה המקומית אשר עבורה רשאי המפקד הצבאי להפקיע קרקע פרטית לפי החוק הירדני? לענייננו ניתן לצמצם ולשאול אם האוכלוסיה הישראלית אף היא אוכלוסיה מקומית לענין זה. לשאלה זאת לא ניתנה עדיין תשובה פסקנית, ואין לי אלא להשיב על השאלה ככל שניתן על דרך הניתוח המשפטי.

13. לצורך השאלה ניתן לחלק את האוכלוסיה הישראלית לשניים: האוכלוסיה המתגוררת בתחום מדינת ישראל והאוכלוסיה המתגוררת בתחום האזור. נראה הדבר שהאוכלוסיה המתגוררת בתחום מדינת ישראל לא היחשב "אוכלוסיה מקומית" של האזור. אם כן, מבחינה משפטית לא ניתן יהיה להפקיע קרקע פרטית לפי החוק הירדני לצורך חלק

5/..

זה של האוכלוסיה הישראלית. לשון אחר, נראה כי אין להפקיע קרקע פרטית לפי החוק הירדני כדי להקים ישובים חדשים עבור ישראלים שיעברו ממקום מושבם במדינת ישראל להתגורר בישובים אלה באזור.

14. ומה הדין לגבי האוכלוסיה הישראלית המתגוררת כיום בישובים שהוקמו באזור מאז שנת 1967? מבחינות מסויימות הרי היא, ללא ספק, אוכלוסיה מקומית. אולם השאלה הקובעת היא אם לצורך הכלל שלפי המשפט הבינלאומי המגן על הרכוש הפרטי דינה כדין אוכלוסיה מקומית.

15. כטענה התומכת בחשובה חיובית ניתן לומר שמדובר באוכלוסיה המתגוררת בפועל באזור, חלקה במשך שנים לא מעטות, והמפקד הצבאי רשאי, ואולי אף חייב, להפעיל את סמכויותיו גם למען חלק זה של האוכלוסיה: בתחום הבטחון, השירותים הציבוריים וכל תחום אחר, כולל הפקעת קרקע לצורכי ציבור. לחיזוק טענה זאת ניתן להביא ציטטה מפסק דין של בית המשפט העליון: בג"צ 256/72, חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נגד שר הבטחון ואחרים, פ"ד כ"ז(1) 124. בפסק דין זה נדונה השאלה אם המפקד הצבאי היה רשאי להורות כי החשמל לאזור חברון יסופק באמצעות חברת החשמל לישראל בע"מ, ולא באמצעות חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ. בית המשפט פסק כי אספקת חשמל הדרוש לצרכי האוכלוסיה המקומית שייכת לתפקידים המוטלים על השלטון הצבאי, כדי להבטיח את חייה התקינים של האוכלוסיה, וכי המפקד הצבאי רשאי היה להוציא צו בדבר אספקת החשמל לאזור חברון, ולענין זה להעדיף את חברת החשמל לישראל. בהקשר זה אמר השופט לנדוי (בע' 138):

> "אין איפוא בפעילות הממשל הצבאי לגבי נשוא העתירה הזאת משום הפרה של הסעיף 43 לכללי האג. אדרבא, פעילות זו באה למלא את חובת הממשל לדאוג לרווחתה הכלכלית של אוכלוסית האזור. לענין זה יש לראות את תושבי קריית-ארבע כמי שנוספו על האוכלוסיה המקומית וגם הם זכאים לקבל אספקה סדירה של חשמל."

16. אולם קיימות טענות בכיוון הפוך, כלומר, שהאוכלוסיה הישראלית באזור אינה נחשבת, לפי המשפט הבינלאומי, כ"אוכלוסיה מקומית" אשר מותר להפקיע עבורה קרקע פרטית. ואלה הטענות שניתן להעלות בכיוון זה:

6/..

א) כאשר המשפט הבינלאומי קובע כי ניתן להשתמש בחוק המקומי כדי להפקיע קרקע פרטית לצרכי "האוכלוסיה המקומית", מסתבר שהכוונה היא לאבחן בין "האוכלוסיה המקומית" לבין סוג אוכלוסיה אחר, וניתן לטעון שהכוונה היא לאוכלוסיה הבאה מחוץ לאזור ונספחת "לאוכלוסיה המקומית". אחרת, לפי טענה זאת, די אם הכלל היה מדבר על אוכלוסיה סתם, ולא היה צורך להוסיף ולומר "אוכלוסיה מקומית".

ב) יהיה אולי מי שיבקש לחזק טענה זאת על ידי סעיף 49 באמנה הרביעית של ג'נבה משנת 1949. סעיף זה מדבר על העברת אוכלוסיה לשטח מוחזק, ובין היתר הוא אוסר על המדינה המחזיקה להעביר חלקים מן האוכלוסיה האזרחית שלה לשטח המוחזק. ישראל טוענת לענין זה, ראשית, כי אמנה זאת איבה חלה באזור, ושנית, כי לגופו של ענין ההתישבות הישראלית באזור אין בה הפרה של סעיף זה באמנה. עם זאת יתכן שיהיה מי שיסתמך על סעיף זה כדי לטעון שאוכלוסיה כזאת, המורכבת מאזרחי המדינה המחזיקה, אינה יכולה להחשב במשפט הבינלאומי כחלק מן "האוכלוסיה המקומית" שלטובתה ניתן להפקיע קרקע פרטית.

ג) אפשר שהזיקה החזקה הקיימת להלכה ולמעשה בין התושבים הישראליים באזור לבין מדינת ישראל תועלה כחיזוק לטענה שאין הם, לצרכי המשפט הבינלאומי, חלק מן "האוכלוסיה המקומית" של האזור.

ד) כידוע, המשפט הבינלאומי מסמיך את המפקד הצבאי לתפוס קרקע פרטית לצרכים בטחוניים. כלל זה של המשפט הבינלאומי מסמיך ומגביל בעת ובעונה אחת, כלומר, אין הוא מתיר למפקד הצבאי לתפוס קרקע פרטית לצרכים שאינם בטחוניים. ניתן לטעון שנובע מכלל זה כי המפקד הצבאי אינו רשאי להשתמש בחוק המקומי כדי לעקוף מגבלה זאת ולהפקיע קרקע פרטית לצרכים שאינם צבאיים של אזרחי המדינה המחזיקה. האם, ישאל מי שישאל, אותה קרקע פרטית שהפיסתה על-ידי המפקד הצבאי לשם הקמת ישוב עבור אנשים מסויימים נפסלה, משום שלא נתבססה על צרכים בטחוניים, תורשה הפקעתה עבור אותם אנשים ולאותו צורך, בתנאי שהמפקד הצבאי יקבע זאת כצורך ציבורי? לשון אחר, חיתכן טענה כי מתן אפשרות למפקד הצבאי להפקיע קרקע פרטית לכל צורך שיוגדר על-,דו כצורך ציבורי, ובכלל זה צרכים של אזרחי המדינה המחזיקה, אינו מתיישב עם הכלל של המשפט הבינלאומי הקובע כי המפקד הצבאי רשאי להפוס קרקע פרטית, אולם רק לצורך בטחוני.

7/..

ה) כנגד טענות אפשריות אלה ניתן להסתמך על דברי בית המשפט העליון במשפט חברת החשמל למחוז ירושלים (פיסקה 15 לעיל), לפיהם "לענין זה יש לראות את תושבי קרית-ארבע כמי שנוספו על האוכלוסיה המקומית וגם הם זכאים לאספקה סדירה של חשמל". אולם על כך ניתן להשיב שדברים אלה של בית המשפט יש להם משמעות מוגבלת בהתחשב בהקשר: הדברים נאמרו כאימרת-אגב לענין אספקת החשמל, בתשובה לטענות של חברת חשמל מחחרה; בפני בית המשפט לא היה עותר שהתלונן על פגיעה בקרקע שלו; שאלת האפשרות להשתמש בחוק הירדני בדבר הפקעה לצורכי ציבור לא הועלתה כלל בפני בית המשפט; ולפיכך, ניתן להוסיף ולטעון, אין דברי בית המשפט מלמדים בהכרח שגם לצורך הפקעת קרקע לפי החוק הירדני ניתן לראות את תושבי קרית-ארבע כמי שנוספו על האוכלוסיה המקומית.

ו) מי שיעלה טענות אלה עשוי לטעון שמכל מקום, גם לפי פירוש רחב של הדברים שנאמרו במשפט חברת החשמל למחוז ירושלים, יש להבחין בין הפקעה של קרקע פרטית לצרכי קו חשמל, אספקת מים, דרך ציבורית וכיוצא בזה, במיוחד כשהם עשויים לשמש את כלל האוכלוסיה באזור, לבין הפקעה של קרקע פרטית לצרכים של הרחבת ישוב ישראלי.

ז) עוד ניתן לעורר את השאלה אם אפשר לפרש את הביטוי "צורך ציבורי" בחוק הירדני, מבחינת כוונה המחוקק, כתופס גם צורך של ההחישבות הישראלית.

17. הטענות שהובאו לעיל מלמדות על הבעיתיות של ההצעה להפקיע קרקע פרטית לפי החוק הירדני לצורך ההתישבות הישראלית באזור. בשלב זה איני רואה לנכון להביע הערכתי כיצד עשוי בית המשפט להכריע בענין זה אם ידרש לכך.

עם זאת אני רואה לנכון להציג את התוצאות האפשריות של החלטה להשתמש בחוק הירדני לשם הפקעת קרקע פרטית לצורך ההתישבות הישראלית באזור, לחיוב ולשלילה.

תוצאות אפשריות של הפקעה מכוח החוק הירדני

18. כאמור, החלטה להפקיע קרקע מכוח החוק הירדני לצורך הקמת ישובים ישראליים חדשים העמוד על בסיס רעוע מבחינה משפטית, בשל הטענה שהפקעה כזאת לא תהיה לצרכי "האוכלוסיה המקומית". גם מבחינה מעשית מתעוררת שאלה בדבר הצורך בהפקעה כזאת. באזור מצוייה קרקע ממשלתית בכמות גדולה. לפי סקר שנערך לפני כשנה על-ידי הממונה על הרכוש הממשלתי באזור, מצויים באזור כ-766,000 דונם הרשומים על שם המדינה (ומהם למעלה מ-550,000 דונם בנפות רמאללה, שכם, טול כרם וג'נין).

8/..

יתכן שחלק מקרקעות אלה אינם מתאימים להתישבות וחלק אחר חפוס ומעובד על-ידי תושבים ערביים. הדבר צריך בדיקה כדי שניתן יהיה לקבוע מהן הקרקעות הממשלתיות הפנויות ומתאימות להתישבות. נוסף לכך מצויות קרקעות ממשלתיות בין הקרקעות שאינן מוסדרות. לפני זמן-מה החלה מערכת הבטחון בסקר שנועד לאתר קרקעות אלה. ביום 30 באפריל 1980 מסר סגן שר הבטחון בישיבת הממשלה כי הסקר טרם נסתיים, אך עד אותו מועד אותרו כ-600,000 דונם קרקעות ממשלתיות (ככל הנראה, נוסף לקרקעות הרשומות על שם המדינה). גם לגבי קרקעות אלה יש לבדוק ולברר מהן הקרקעות הממשלתיות המתאימות לצרכי ההתישבות. כמו-כן יש להוסיף שאם קיים צורך בטחוני להקים ישוב במקום מסויים, ובאותו מקום אין קרקע ממשלתית, יכול המפקד הצבאי בצו לתפוס קרקע פרטית לצורך הקמת ישוב באותו מקום. במצב זה מתעוררת ביתר תוקף השאלה, לא רק מן הבהינה המשפטית, אם יש עכשיו להפקיע קרקע פרטית לצורך הקמתם של ישובים חדשים באזור.

19. נובע מכאן כי אם יוחלט על הפקעת קרקע מכוח החוק הירדני, חבוצע ההפקעה בפועל לצורך הרחבה של ישובים קיימים. בהקשר זה ראוי לציין את האפשרות להרחיב ישובים קיימים על-,די תוספת קרקע ממשלתית. לפני חודשים אחדים החליטה הממשלה לבדוק את האפשרות להוסיף קרקע לישובים מסויימים, והבדיקה העלתה שלגבי רוב הישובים ניתן היה להוסיף קרקע ממשלתית שתספיק, ככל הנראה, להתפתחות הצפוייה במשך מספר שנים לפחות. ניתן, כמובן, להמשיך בדרך זאת, ולבדוק את המצב לגבי ישובים אחרים, במגמה לפתור את הבעיות הקרקעיות שלהם.

20. קיים ככל הנראה מספר קטן של ישובים באזור הזקוקים לתוספת קרקע ואין בצמוד להם קרקע ממשלתית שתשמש לצרכי הרחבה כנדרש. דוגמאות בולטות הן עופרה וקרית-ארבע. הקרקע הצמודה לישובים אלה היא בעיקרה קרקע פרטית-מעובדת. אם יוחלט על הפקעה מכוח החוק הירדני, יהיה זה, מסתבר, בראש ובראשונה כדי לענות על הצרכים של ישובים אלה ואחרים במצבם.

21. הפקעת קרקע מכוח החוק הירדני במקרים מסוג זה תהווה שינוי המדיניות הקיימת של הממשלה, לפיה יש להימנע, ככל שניתן, מתפיסת קרקע פרטית לצרכי ההתישבות הישראלית. כאמור, הקרקע המבוקשת לצורך ההרחבה של עופרה הינה פרטית ומעובדת, והעמק שבין קרית ארבע לבין גבעת החרסינה, ההולכת ונבנית, הינו מעובד ומיושב (ולפיכך אף לא נכלל בתכנית המתאר של קרית ארבע שהוכנה במשרד הבינוי והשיכון).

22. קרוב לוודאי שהפקעת קרקע פרטית מכוח החוק הירדני לצורך ההתישבות הישראלית תביא התידנות משפטית בשאלת החוקיות של ההפקעה. על-פי חחיקת הבטחון באזור אי-אפשר יהיה להתדיין בענין זה בפני בתי-המשפט המקומיים. לעומת זאת, על-פי החוק הקיים בישראל, תהיה הדרך פתוחה בפני הבעלים של קרקע שהופקעה לתקוף את החלטת ההפקעה

בפני בג"צ, ונוסף לכך לחבוע פיצויים עבור הקרקע בועדת העררים הפועלת באזור מכוח תחיקת הבטחון.

23. יש להניח שבג"צ יזקק לדיון בכל עתירה מסוג זה. נוסף לכך, לפי הנסיון באשר להחדינות בבג"צ, לא רק לגבי תפיסת קרקע לצורך החישבות ישראלית ביהודה ושומרון, אלא גם לגבי הפקעת קרקעות לצרכי ציבור בתחום מדינת ישראל, קיימת האפשרות שבית המשפט יוצא צו ביניים אשר ימנע תפיסת חזקה בקרקע עד חום הדיון המשפטי. על-פי הנסיון, הדיון במשפטים כאלה עלול להימשך תקופה ארוכה, במיוחד אם תהיינה עתירות רבות מסוג זה, ובית המשפט יתקשה לטפל בכולן במהירות. לפיכך צריך לקחת בחשבון את האפשרות שגם אם יוחלט על הפקעת קרקעות לפי החוק הירדני באופן מיידי, לא תסתיים ההתידנות המשפטית בקשר לכך, ולא יהיה ניתן לתפוס הזקה בקרקעות, לגדרן או לעשות בהן שימוש אחר, במשך תקופה ארוכה. אפשרות כזאת מעוררת את שאלת ההפקעות במסגרת הסדר האוטונומיה. לשאלה זאת עוד אשוב.

24. לאחרונה חל שינוי מסויים בגישתו של בג"צ כלפי הפקעת קרקעות לצרכי ציבור בתחום מדינת ישראל לפי החוק הישראלי. הדוגמא הבולטת ביותר היא ההחלטה להפקיע קרקע בנגב (באזור לגיה) לצורך הקמת עיירה של בדואים. ההתדינות בענין זה בפני בג"צ נמשכת כבר זמן רב, ועד כה לא היה בג"צ מוכן לאשר את ההפקעה, משום שעדיין לא השתכנע שקיימת הצדקה מבחינת הצורך הציבורי להפקיע קרקע חקלאית ואי אפשר להסתפק לאותו צורך בגבעות סמוכות שאינן ניתנות לעיבוד חקלאי. בשלב זה מתקיימים בפני בית המשפט, לפי יוזמתו, דיונים על אפשרות של פשרה לגבי הפקעת הקרקע בלגיה. קיימת האפשרות שבג"צ, גם אם יאשר באופן עקרוני את השימוש בחוק הירדני, ינקוט גישה דומה (ואולי אף קפדנית יותר) לגבי הפקעות לפי חוק זה לצרכי ההחישבות הישראלית באזור. לפיכך מתעוררת השאלה אם בג"צ היה מאשר, בתחומי מדינת ישראל ולפי החוק הישראלי, הפקעה כמבוקש, לדוגמא עבור עופרה או קרית ארבע. בתשובה יש לומר, לכל הפחות, שקיים ספק ממשי בדבר.

25. האמור לעיל מתייחס לאפשרות שבג"צ יאשר באופן עקרוני את חוקיות השימוש בחוק הירדני לשם הפקעת קרקע לצורך ההתישבות הישראלית באזור, ויבדוק בכל עתירה, כמו בישראל, את תקפות ההפקעה באותו מקרה. אולם, על יסוד הניתוח המשפטי (לעיל, פסקאות 15 ו-16), ברור שקיים חשש רציני שבית המשפט יפסול, מבחינה משפטית, את עצם השימוש בחוק הירדני לצורך זה. משום כך יש לחת את הדעת לאפשרות שכך יפסק ולמשמעות של פסיקה כזאת.

26. פסק הדין של בית המשפט בענין זה עלול לדרוש הכרעה בשאלות בעלות משמעות עקרוניו מעבר לשאלת ההפקעה, ובעיקר:

10/..

א) האם המתיישבים הישראליים נהשבים, מבחינת המשפט הבינלאומי, כ"אוכלוסיה מקומית". האפשרות של החלטה שלילית בשאלה זו יש לה השלכות מרחיקות לכת, לא רק מבחינה מדיניה - הסברתית, אלא גם מבחינה משפטית, שכן לפי המשפט הבינלאומי המפקד הצבאי חייב להפעיל את כל סמכויותיו לפי החוק המקומי לטובת "האוכלוסיה המקומית".

ב) האם עצם ההתישבות הישראלית באזור מתיישבת עם סעיף 49 של אמנת ג'נבה (ראה לעיל פיסקה 16(ב)). עד כה נמנע בית המשפט מלפסוק בשאלה זאת. ראה, לדוגמא, בג"צ 390/79, דויקאת נגד ממשלת ישראל, פ"ד ל"ד(1)1, 29.

27. בסיום, אני רואה חובה לעצמי להפנות את תשומת הלב לשיקולים במישור המדיני הנובעים מן השיקולים המשפטיים:

א) מן הראוי לקחת בחשבון את התגובות הצפויות במישור המדיני והבינלאומי בעקבות החלטה של הממשלה להפקיע קרקע פרטית לפי החוק הירדני לצרכי ההתישבות באזור וכן בעקבות ההתידנות וההחלטה של בית המשפט בענין זה.

ב) יש לשקול את האפשרות שהחלטת הממשלה כאמור תשפיע על שיחות האוטונומיה. בהקשר זה יתכן שתישמע הטענה כי הפקעת קרקע באזור, על-ידי המפקד הצבאי לצרכי ההתישבות הישראלית, אינה מתיישבת עם רוח הסכם קמפ-דייויד. כמו-כן יתכן שתועלה השאלה כיצד ישראל טוענת שהמתיישבים הישראליים הינם חלק מן האוכלוסיה המקומית לענין ההפקעה לצרכי ציבור אך אין הם נחשבים תושבים של האזור לענין האוטונומיה.

ג) אם יוחלט על הפקעה מכוח החוק הירדני, עשוייה להתעורר השאלה של תוקף ההפקעה במסגרת שיחות האוטונומיה או, אם השאלה לא הוכרע במסגרת השיחות, במסגרת האוטונומיה עצמה לכשתקום. זו שאלה קשה ומורכבת ואיני רואה צורך, בשלב זה, להציג ניתוח והערכה בשאלה זאת.

<u>סיכום</u>

28. בסיכום, מן הראוי לחזור ולציין בהמצית את השיקולים העיקריים הכרוכים בשאלה א להפקיע קרקע לפי החוק הירדני עבור ההתישבות הישראלית, תוך נסיון להעריך את ההשלכות האפשריות, כדי שניתן יהיה לבסס עליהם את ההחלטה בענין זה:

/..

א) נראה כי מן הבחינה המשפטית לא ניתן יהיה להפקיע לפי החוק הירדני קרקעות בקנה מידה גדול כמבוקש לצורך הקמת ישובים חדשים. נראה גם כי אין הכרח בהפקעה כזאת, משום שלפי הנתונים הקיימים מצויים באזור קרקע ממשלתית במידה מספקת לצורך זה. אם קיים צורך בטחוני בהקמת ישוב במקום מסויים, בו אין בנמצא קרקע ממשלתית, ניתן לתפוס אף קרקע פרטית לשם הקמת הישוב.

ב) במידה שיש צורך בקרקע להרחבת ישוב קיים, מן הראוי לבדוק בכל מקרה אם קיימת קרקע ממשלתית שניתן לצרפה לאותו ישוב. לאחרונה נעשו בדיקות כאלה, על-פי החלטת הממשלה, וברוב המקרים נמצאה קרקע ממשלתית.

ג) יתכן שלגבי מספר ישובים, בהם נדרשת קרקע לשם הרחבה, לא תימצא קרקע ממשלתית סמוכה. השאלה היא אם מאזן השיקולים מצדיק החלטה בדבר הפקעת קרקע לפי החוק הירדני בנסיבות אלה. להלן השיקולים העיקריים בשאלה זאת.

ד) מבחינה משפטית קיים ספק רציני בחוקיות השימוש בחוק הירדני לשם הפקעת קרקע פרטית לצורך ההתישבות הישראלית וקיימת אפשרות ממשית שבג"צ יפסוק כי הפקעה כזאת אינה חוקית.

ה) לצורך ההחלטה בשאלת החוקיות של ההפקעה, עשוי בג"צ להידרש להכרעה, שנמנעה עד כה, בשאלת המעמד של המתיישבים והחוקיות של ההתישבות באזור.

ו) אם יאשר בג"צ באופן עקרוני את השימוש בהוק הירדני כאמור, עלולה ההחידנות בבג"צ בעתירות שתוגשנה בעקבות ההפקעות, להימשך חקופה ארוכה, ויש לקחת בחשבון את האפשרות שבינתיים יאסור בג"צ תפיסת חזקה בקרקע המופקעת עד להכרעת הדין.

ז) אם יאשר בג"צ באופן עקרוני את השימוש בחוק הירדני לשם הפקעה כאמור, עדיין תעמוד השאלה אם יאשר את ההפקעה במקרה ובמקום זה או אחר. לענין זה יש לקחת בחשבון שלאחרונה קיבל על עצמו בג"צ לבדוק באופן מהותי, כאשר הוא דן בהפקעת קרקע לצרכי ציבור בישראל, אם הצורך הציבורי מצדיק את ההפקעה במקום ובהיקף בו מדובר. סביר להניח שבג"צ יפעל באורח דומה גם בענייננו. מכאן שקיים ספק אם בג"צ, גם אם יאשר באופן עקרוני את השימוש בחוק הירדני כאמור, יהיה מוכן לאשר את ההחלטה להפקיע קרקע במקום זה או אחר.

12/..

ח) יש לקחת בחשבון שעצם ההחלטה להפקיע קרקע פרטית לפי החוק הירדני לצרכי ההתישבות הישראלית, תעורר בקורת במישור המדינה והבינלאומי, ואולי אף תשפיע על שיחות האוטונומיה.

29. כנגד הדרך של הפקעת קרקע פרטית לפי החוק הירדני, מן הראוי לשקול את הדרך המתבססת על המצב המשפטי הקיים. כאמור, מצוייה באזור קרקע ממשלתית בהיקף רחב, אם כי טרם נסחיימה הבדיקה שחקבע, ראשית, מה הן הקרקעות הממשלתיות במסגרת הקרקעות הבלתי-מוסדרות באזור, ושנית, אילו קרקעות מבין הקרקעות הרשומות על שם המדינה פנויות למעשה ומתאימות לשימוש לצרכי ההתישבות. לפיכך ניתן להקים ועדה, או מנגנון אחר, שיבדוק את הבעיות והצרכים הקרקעיים של כל ישוב, ויחפש פתרונות במסגרת המצב המשפטי הקיים, כלומר, שימוש בקרקע ממשלתית או תפיסה של קרקע פרטית לצרכי בטחון. אם יתברר, בעקבות בדיקה כזאת, שעדיין נותרו בעיות ללא פתרון מניח את הדעת, ניתן יהיה לחזור ולדון בדבר, בהתחשב במהות ובהיקף של הבעיות.

בכבוד רב,

יצחק זמיר
היועץ המשפטי לממשלה

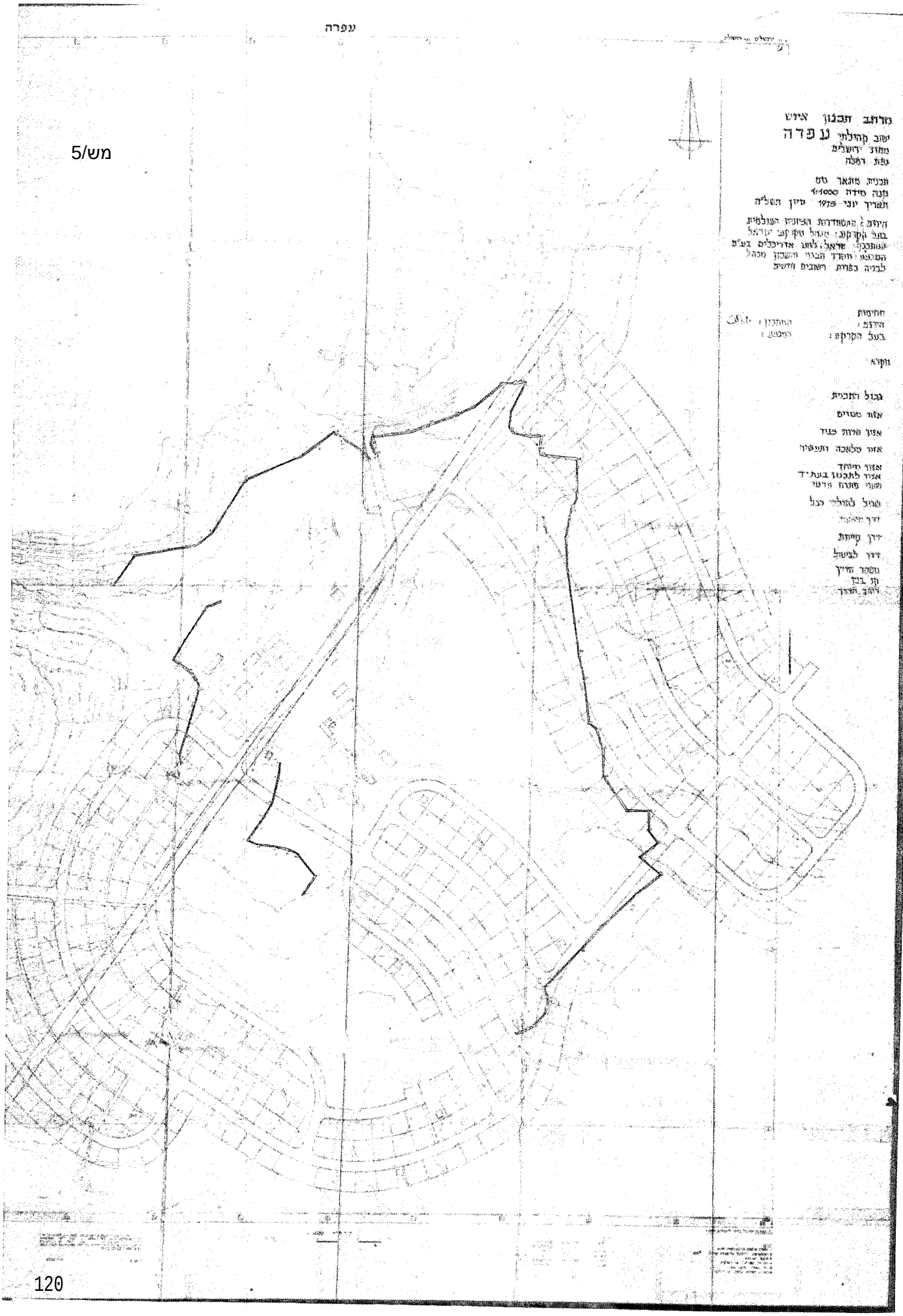
העתק: שר המשפטים

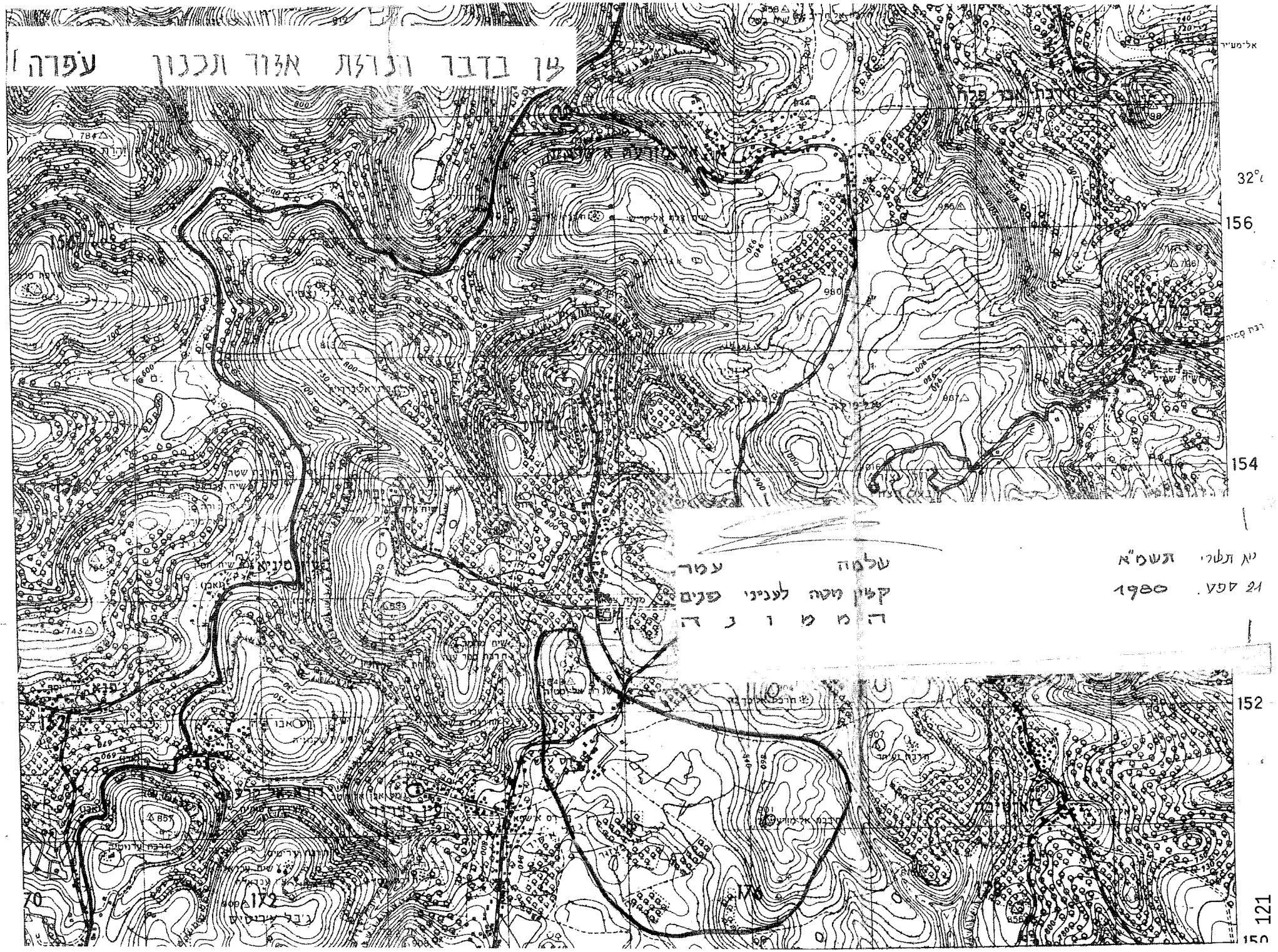
נספח מש/5

העתק מקצת מן המסמכים הנוגעים להקמת עפרה

120

מש/5


עפרה
מרחב תכנון איו"ש
ישוב קהילתי עפרה
מחוז ירושלים
עמ"ת רמלה
תכנית מתאר מס
מפה מידה 1:1000
תאריך יוני 1979 מיון הטלת
הוכנה ל: הסוכנות היהודית העולמית
בעל הקרקע: מינהל מקרקעי ישראל
המתכנן: ישראל, לוטן אדריכלים בע"מ
הסרטוט: מיכאל מגורי השכון מנהל
לבניה בפרות רשתבים ופרשים
מחיפות
הוכנה:
בעל הקרקע:
המתכנן:
הרשות:
מקרא:
גבול התכנית
אזור מגורים
אזור שרות כפרי
אזור מלאכה ותעשיה
אזור מיוחד
אזור לתכנון בעתיד
מעבר מתרחב מרחבי
שביל להולכי רגל
דרך ראשית
דרך עירית
דרך לגישה
מסמר מדרון
קו בנין
רוחב הדרך


עפרה
32°
156
154
152
150
יום תשרי תשמ"א
21 ספט. 1980
שלמה עמר
קלין מטה לעניני פנים
המועצה

מפקדת אזור יהודה ושומרון
קצין מטה פנים
לשכת התכנון המרכזית
רמאללה . ת.ד. 731 . טל 952304 - 953372

قيادة منطقة يهودا والسامره
ضابط القيادة للشؤون الداخلية
دائرة التنظيم المركزية
رام الله . ص.ب ٧٣١ - تلفون ٩٥٣٣٧٢ - ٩٥٢٣٠٤

סימוכין
الاشارة

תאריך
التاريخ 2.10.80

ועדת הערר המחוזית/ת"א, ועדת הערר/ י. רב"ן
המנהלת המחוזית ראש הט' המחוז/ת. ירושלים
רע"ב מד"מ (4)
מחה"מ י.ל.ל. /רמת הכבוש התחתית
ת. ת. מתאר - עפרה
ת. ת. מתאר - קדומים.

הנדון: איזורי תכנון ב- עפרה, קדומים
סימוכין: איזורי תכנון מהמרכז 21.4.80

עם חכרזת הצו בדבר איזורי תכנון על ידי מרעצת התכנון העליונה, הרעברו אליכם על ידי עבף בכר"מ במפקדת אי"ש המפות של איזורי התכנון לגם ההחלת התכנון של האזור, עפ"י הבחירת שבלתבר על ידי ילי"ל - רמ"ח תכנון המשטחים הבאים בדרגים לגבם תכבירות אב לאזורי התכנון מבאחריותם, ולהביאן בפני מרעצת התכנון העליונה בתוך חדשים, לגם הטמך התכנון והשלמתו.

המגמה היא להשלים את התכנון בדמה של ת. מתאר כללית לאזור התכנון, ולהגיע לפרוט של תכבית מתאר מפורטת ליד רב הכלול באזור התכנון, ראת בתוך שנה.
ליי"רבים המלולים באזורי התכנון הבי"ל אין תכבירות מתאר מאורגרת, ועל כן, הדבר מרבע את השלמתה של הרעדה המקומית להכנת רבגיה כנדרש.

עליכם לעדכן את ת. המתאר הקיימות - אך מטרם הרערך מחדש, ולהתלחם בתכנון לגבולות אזורי התכנון המרכזיים.

מפות אזורי התכנון כפי המרכזד על ידי מרעצת התכנון העליונה והמתאימות לכפות המרעבד על ידי עבף בכר"מ יישלחו בתוך מבדב.

רע"ב מד"מ: אבקשך להכיר את
הנכן מכתבי לגרדים הבאים:
מ' מהב"ע, תפ"ש, לשכת מפקד האזור.

בברכה,

אדריכל שלמה מרקוביץ
מנהל לשכת התכנון המרכזית
אזור יהודה ושומרון.

נספח מש/6

העתק כתב התביעה וכתבי ההגנה (ללא נספחיהם) בת"א 5493-01-17

124

54932-01-17

ת"א

בית המשפט המחוזי
בירושלים

1. **אורלי אשכנזי (ת"ז 024313694)**
2. **אייל אשכנזי (ת"ז 022876361)**

שניהם באמצעות ב"כ הראל ארנון ושות' - עורכי דין
מרח' הרטום 16, ת"ד 45151, ירושלים 91450
טל': 02-6509100; פקס: 02-6509110

התובעים

- נ ג ד -

1. **המנהל האזרחי ביהודה ושומרון**
ת"ד 43 בית אל 90631

2. **ההסתדרות הציונית העולמית - החטיבה להתיישבות**
המלך ג'ורג' 48, ירושלים 91000

הנתבעים

כתב תביעה

פרק א' - מבוא

1. בני זוג ושלושת ילדיהם ביקשו לקבוע את ביתם ביישוב נילי. לשם כך הם עברו תהליך קבלה ליישוב; קיבלו מאת הגורם המיישב המורשה זכויות שימוש כבני רשות במגרש הנמצא בתוך גבולות משבצת היישוב על פי תב"ע מאושרת; ובנו באמצעות קבלן בית מגורים על המגרש, כשבידיהם היתר בניה כדין. כשלוש שנים לאחר מכן נודע להם, כי המגרש שעליו בנו את ביתם הוצא בידי צוות "קו כחול" של המנהל האזרחי אל מחוץ לתחום אדמות המדינה. כך, באחת, הפך בית המגורים שלהם - שבו השקיעו את מיטב הונם ומרצם, והכול על פי דין - לנכס שזכויותיהם בו מוטלות בספק, ושערכו צנח בהתאם. מכאן תביעה זו.

פרק ב' - רקע עובדתי

ב'1 - החוזה עם החטיבה להתיישבות

2. התובעים הם בני זוג, הורים לשלושה ילדים, שהחליטו לעבור ליישוב נילי.

3. הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש ביהודה ושומרון (להלן - **הממונה**) אצל נתבע 1 (להלן - **המנהל**), הוסמך בצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), תשכ"ז-1967 לנהל רכוש ממשלתי, לרבות מקרקעין. הממונה, דרך קבע, מתקשר עם נתבעת 2, ההסתדרות הציונית העולמית - החטיבה להתיישבות (להלן - **החטיבה**) בהסכמי הקצאת מקרקעין למטרת הקמת יישובים ופיתוחם. החטיבה בתורה, מעבירה זכויות "**בר רשות**" בקרקע למתיישבים ולאגודות שיתופיות.

4. ביום **14.3.13** נחתם "חוזה בר רשות" בין החטיבה לבין התובעים (להלן - **החוזה**) בנוגע למגרש 537 ביישוב נילי "**לפי תכנית 206/3**" (להלן - **המגרש**). זאת, בתוך משבצת מקרקעין שהקצה הממונה לחטיבה לטובת הקמת היישוב נילי. ביום **20.4.13** נרשמו התובעים כבני רשות במגרש בספרי החטיבה.

העתק החוזה ואישור "**בר רשות**" מצ"ב **כנספח 1**.

5. כתנאי לקבלת זכויותיהם התחייבו התובעים בחוזה להקים על המגרש את ביתם: "**[התובעים] מצהירים ומתחייבים כי ידוע להם שהם מקבלים את זכות בר-רשות, מושא חוזה זה, אך ורק בשל התחייבותם לבנות בית מגורים על המגרש ולהתגורר בבית המגורים דרך קבע**" (סעיף 5א לחוזה). התובעים אף התחייבו לסיים את בניית בית המגורים "**תוך 36 חודש מיום כריתת חוזה זה**" (סעיף 5ג לחוזה). כן התחייבו התובעים "**לפעול על פי הוראות הממונה**" בכל הקשור לחתימה על חוזים מולו ולדרישת תשלומים כלשהם בעבור הזכויות במגרש (סעיף 3 לחוזה).

6. על יסוד כך, הקימו התובעים במגרש את ביתם (יחד עם כמאה רוכשים נוספים וכחלק מפרוייקט בניה גדול שניהל הישוב). ביום 14.3.13 התקשרו התובעים עם קבלן לבניית ביתם, תמורת 1,710,000 ש"ח; הם שילמו מס רכישה; קיבלו היתר בניה; ונטלו משכנתה לנשיאה בתשלום התמורה. בדצמבר 2015 סיימו התובעים את בניית ביתם ועברו להתגורר בו יחד עם ילדיהם. התובעים עברו להתגורר ביישוב בשכירות עוד לפני שהושלמה בניית ביתם, כדי להקל על ילדיהם המתבגרים את המעבר.

העתק היתר בניה מצ"ב **כנספח 2**.

העתק ההסכם עם הקבלן מצ"ב **כנספח 3**.

ב'2 - החלטת צוות "קו כחול"

7. ביני וביני, בחודש יוני 2016 נודע לתובעים כי למעלה משנה קודם לכן, ביום **22.3.15**, קבע המנהל כי המגרש שעליו בנו את ביתם מצוי **מחוץ לגבולות אדמות המדינה**. זאת, בעקבות עבודת "צוות קו כחול", גוף שהוקם במנהל בשנת 1999 לשם תיחום אדמות המדינה באזור יהודה ושומרון באמצעים טכנולוגיים מתקדמים מאלו שהיו בעבר.

העתק ההחלטה מצ"ב **כנספח 4**.

8. וכך, בהינף קו הפך ביתם של התובעים **לבעל מום**: מעמדו התכנוני של הבית שבנו כדת וכדין - לפתע אינו ברור; ובכל מקרה, זכויות "בר הרשות" שבידיהם רוקנו מתוכן. שהרי ככל שעמדת המנהל היא, כי המגרש אינו מצוי עוד בתחומי אדמות מדינה, נשמטה הקרקע - תרתי משמע - תחת בסיס זכויות התובעים הרשומות בספרי החטיבה. יצוין, כי עד למועד הגשת תביעה זו, המנהל לא טרח להודיע לתובעים על החלטת הצוות. והרי דבר לא מנע מן המנהל, מיד עם קבלת החלטת הצוות, לשגר הודעה לתובעים (יחד עם כל יתר בעלי הזכויות במקרקעין שזכויותיהם נפגעו כתוצאה ממסקנות הצוות) ולעדכן אותם בדבר שינוי מצב זכויותיהם. רוצה לומר: המנהל גם פגע פגיעה אנושה בזכויות התובעים וגם נמנע מלוודא שהם ידעו על כך.

9. התובעים לא היו נכונים להשלים עם מציאות כזו, ופנו ביום 16.8.16 לראש המנהל. במכתבם שטחו התובעים בפניו את מהלך האירועים הנוגעים להקמת ביתם עד להחלטת "צוות קו כחול", והבהירו באופן הפשוט והברור ביותר, כי הם "**רכשו מגרש כדין, הוציאו היתר בניה, ופעלו במסגרת החוק בלבד. חטאם היחיד היה הסתמכותם על מצגי הרשויות. שהרי, <u>מעולם לא הייתה מחלוקת ביחס לעובדה כי המגרש הוקצה להם כדין</u>. ממילא, לא יעלה על הדעת כי כעת, לאחר שכבר הוענקה לתובעים לפי דין זכות בר רשות בת קיימא במגרש שהוקצה להם ביישוב נילי, ושבהסתמך עליה בנו ורכשו את ביתם על המגרש ועברו להתגורר בו, יוכל המינהל בקלות בלתי נסבלת לפגוע פגיעה כה אנושה בקניינם**" (ההדגשה במקור). בסופו של המכתב, דרשו התובעים את הסדרת זכויותיהם במגרש. **פנייתם מעולם לא נענתה**.

מכתב הפנייה לראש המנהל מצ"ב **כנספח 5**.

פרק ג' - תמצית ההנמקה המשפטית

10. למעלה מן הפירוט הנדרש מתובע בכתב התביעה, בלי למצות את בסיסה המשפטי ובלי לוותר על כל עילה משפטית אחרת או לגרוע ממנה, להלן תמצית ההנמקה המשפטית של תובענה זו.

ג'1 - אחריות המנהל

ג'1(א) - עוולת הרשלנות

11. עוולת הרשלנות מוגדרת בסעיפים 35-36 בפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. בפסיקה קובצו יסודותיה של עוולת הרשלנות לשלושה - **האשם, הקשר הסיבתי והנזק**, כאשר האשם הוא פועל יוצא של שתיים אלה - **חובת הזהירות וההתרשלות** (למשל, ע"א 2625/02 **נחום, עו"ד נ' דורנבאום**, פ"ד נח (3) 385, 400)).

12. רשות שלטונית אינה חסינה מאחריות נזיקית בשל הפעלה רשלנית של סמכויותיה (השוו למשל: ע"א 209/85 **עירית קרית אתא נ' אילנקו**, פ"ד מב(1) 177; ת"א (י-ם) 7068/05 **דלתא להשקעות ולמסחר (קרני שומרון) בע"מ נ' מדינת ישראל - מפקד כוחות צה"ל באזור יו"ש** (פורסם במאגרים המשפטיים, 12.8.09), (להלן - עניין **דלתא**); ע"א 8361/09 **דלתא להשקעות ולמסחר (קרני שומרון) בע"מ נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון** (פורסם במאגרים המשפטיים, 16.8.12) (להלן - ערעור בעניין **דלתא**)).

13. בין הממונה לבין התובעים קיימים יחסי קרבה, המטילים על הממונה חובת זהירות. זאת, במיוחד לאור מעמדו של הממונה בניהול אדמות מדינה באיו"ש ולאור הסתמכות הציבור על מצגיו בהקשר זה:

> **"עמדת הממונה לפיה מדובר במקרקעין שאינם מקרקעי מדינה היא קרדינלית לרכישת זכויות במקרקעין... לאישור זה משמעות כלכלית ניכרת. ערכם של מקרקעין תלוי ביכולת לנצלם. הצהרת הממונה, שהוא בעל הסמכות להביע עמדתו בסוגיות אלה... מאפשרת לרוכש המקרקעין לרכוש בהם בעלות פרטית ולפתחם... אישור הממונה הועבר באופן רשמי... נוכח האמור, חייב היה הממונה לצפות כי רוכש המקרקעין עשוי לעשות בו שימוש בעת העברת זכויותיו במקרקעין, וכי רוכש פוטנציאלי של הקרקע עשוי לכלכל את צעדיו על פיו ...**
>
> **עובדות אלה יוצרות יחסי קרבה בין רוכש מקרקעין באיו"ש לבין הממונה המצדיקים הטלת חובת זהירות על הממונה. על הממונה לצפות שבעלי קרקעות ורוכשי קרקעות באיו"ש יסתמכו על אישורים וחוות דעת שהוא מוציא תחת ידו בנוגע לקרקעות באיו"ש, כי הם עשויים לבצע עסקאות בהסתמך על המידע הכלול בהם, ואף עלולים להינזק ככל שהמידע שניתן להם היה מוטעה, בלתי שלם או בלתי מדויק. הממונה חב חובת זהירות גם כלפי התובעת כצד שלישי שכן ניתן היה לצפות שאישור הממונה, שהינו כאמור בעל ערך כלכלי, יהווה בסיס לכל עסקה עם רוכש פוטנציאלי של הקרקע..."** (עניין **דלתא**, פסקה 29).

ובית המשפט העליון אישר את האמור:

> **"אומר בפתח הדברים: מקובלת עלי לחלוטין מסקנתו של בית המשפט המחוזי לפיה היה באישור הממונה משום מצג שווא רשלני כלפי כל מי שעשוי לרכוש קרקע במקום. טעמיו העובדתיים והמשפטיים של בית המשפט בהקשר זה מקובלים עלי במלואם"** (ערעור בעניין **דלתא**, פסקה 28).

14. אכן, חובת הזהירות המוטלת על הממונה כמי שמגדיר את גבולות אדמות המדינה באזור יהודה ושומרון, ובכלל זה ביישוב נילי, חייבה אותו להעביר אך ורק זכויות בנות קיימא. אלא שכעת מתברר, לאור מצגיו המעודכנים של המנהל עצמו, כי המנהל הרשה העברת זכויות באדמות שאינן אדמות מדינה; הוא "**לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות**", ובכך **התרשל** ביחס לתובעים, ופעל **ברשלנות**. הרשאה רשלנית זו היא שהובילה את התובעים להתקשר בחוזה עם החטיבה לקבלת זכויות שהתבררו כחסרות תוכן, והיא היסוד לכלל הנזקים שספגו התובעים בעקבות כך.

15. הפרת חובת הזהירות של המנהל התבטאה גם בכך שאפילו את המינימום המתבקש - מתן הודעה מסודרת על מסקנות הצוות מיד עם קבלתן - הוא לא טרח לבצע. והרי לו התוודעו התובעים למסקנות הצוות בזמן אמת, יכלו לכלכל צעדיהם ולהקטין נזקיהם. גם בכך הפר המנהל את חובתו כלפי התובעים.

ג'1(ב) - גרם הפרת חוזה

16. אחריותו של המנהל נפרשת אף לגבי פועלה של החטיבה, כמי שכרתה עם התובעים את החוזה להענקת זכויות בר הרשות, ובאיונן - הפרה אותו הפרה יסודית. האחראי גם בהיבט זה, כמי שגרם להפרת אותו חוזה, הוא המנהל.

17. חמישה יסודות מבססים את יסודותיה של עוולת גרם הפרת חוזה: "**חוזה מחייב כדין, הפרת חוזה, גרימת הפרה, ביודעין, והיעדרו של צידוק מספיק**" (ע"א 8483/02 **אלוניאל בע"מ נ' מקדולנדס**, פ"ד נח(4) 314, 368; וראו גם ע"א 123/50 **באורנפרוינד נ' דרזנר**, פ"ד ה(2) 1559, 1563), אליהן מצטרפת הדרישה לנזק ממון שנגרם לאדם השלישי בשל העוולה.

18. ואכן, המנהל - בהתנהלותו של צוות "קו כחול" - הוא שגרם להפרת החוזה שבין החטיבה לתובעים, באופן העולה כדי גרם הפרת חוזה. שהרי בין החטיבה לבין התובעים ישנו **חוזה מחייב כדין**, הוא חוזה בר הרשות; החטיבה **הפרה** את חוזה בר הרשות עם התובעים, כאשר אויינה זכות בר הרשות שהיא העבירה לתובעים לפי החוזה; הזכות אויינה **כתוצאה** מהחלטתו של המנהל בעקבות עבודת צוות "קו כחול"; זאת למרות שהמנהל **ידע** שבהחלטתו הוא גורם, מיניה וביה, להפרת החוזים שבין החטיבה לבין המתיישבים שמחוץ לגבולות המקוריים בחוזה ההרשאה (ויודגש, בנוגע ליסוד הידיעה, כי גם עצימת עיניים במשמע. ע"א 2600/90 **עלית חברה ישראלית לתעשית שוקולד וסוכריות בע"מ נ' סרנגה**, פ"ד מט(5) 796, 811). לתובעים, כפי שפורט לעיל, נגרם **נזק ממוני רב**.

19. גרימת הפרת החוזה על ידי המנהל **נעדרת צידוק מספיק**. למעשה, היא נעדרת כל צידוק. כפי שהבהירו במכתבם לראש המנהל, **התובעים לא מוכנים להשלים עם מציאות שבה לאחר שרכשו זכויות בקרקע, ולאחר שהשקיעו מאמצים כלכליים, פיזיים, חברתיים ונפשיים בבניית ביתם ובמעבר מקום מגורים, ניתן לשנות מהקצה לקצה את המצב העובדתי שעל בסיסו יצאו לדרך; את המצב העובדתי כפי שכלל הרשויות תפסו אותו כאשר העבירו זכויות בקרקע.** החלטה מסוג זה משליכה בהכרח על חיובו של המנהל כמי שאחראי על הסדרת מעמד זכויותיהם בקרקע, או לחילופין על פיצוי התובעים באופן שיעמדו באותו מקום שבו היו לפני כריתת החוזה עם החטיבה בהרשאת המנהל, כאילו בידיהם הזכות למסור לתובעים את הקרקע כבני רשות.

ג'2 - הפרת החוזה בידי החטיבה

20. החטיבה, שכרתה עם התובעים חוזה בר רשות, הפרה את החוזה עמם הפרה יסודית. להתנהלות זו משמעות כלכלית גם אם עילת הפרת החוזה נבעה ממעשי המנהל.

21. "**הפרה יסודית**" של חוזה מוגדרת בסעיף 6 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 כ"**הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה...**". הפרה כזו של צד את החוזה מקימה **עילה לביטולו** על ידי הצד השני: "**הנפגע זכאי לבטל את החוזה אם הפרת החוזה היתה יסודית**", והיא גוררת אחריה בין היתר את הזכות **לקבלת פיצויים**: "**הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה**" (סעיפים 7(א) ו-10 לחוק החוזים (תרופות), בהתאמה).

22. בנוסף, מוטלת על צדדים לחוזה, באשר הם, **החובה לנהוג בתום לב** הן בשלב שלקראת כריתתו החוזה והן בשלב הקיום שלו (סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973). חובה זו מוגברת ומחמירה יותר אצל רשות ציבורית, המחויבת מתוקף תפקידה כנאמן הציבור לפעול בנוסף גם מתוך הגינות וסבירות, **"והיא ... מחייבת אותה, בין היתר, בכשירותה כבעלת נכסים או כמופקדת על ניהולם... ונובעת, בין היתר, מקיומם של יחסי מרות בין הרשות לבין האזרח שאינם יחסי שוויון כוחות המאפיינים יחסי אזרח לאזרח"** (ע"א 6518/98 **הוד אביב בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל** פ"ד נה(4) 28, 45-46, וההפניות שם).

23. חובה זו מוגברת גם אצל גופים שאינם ציבוריים אך לפעילותם מאפיינים ציבוריים, הנחשבים לפיכך "גופים דו מהותיים". אלו כאלו כפופים, בנוסף למשפט הפרטי, גם לעקרונות המשפט הציבורי, ובהם החובה המוגברת לנהוג ביושר, בהגינות ובסבירות (ראו למשל ע"א 276/09 **טאבא נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פורסם במאגרים המשפטיים, 2.1.11, פסקאות 13-14; ד' ברק-ארז, **אחריות אזרחית של גופים ציבוריים: דואליות נורמטיבית**, משפט וממשל א, תשנ"ג).

24. כך במיוחד כאשר מדובר בהקצאה של אדמות מדינה לפרטים (ראו בעניין זה למשל ע"א 10419/03 **דור נ' רמת הדר - כפר שיתופי להתיישבות חלקאית בע"מ**, פ"ד ס(2) 277, 288-291; ע"א 7094/10 **צורן נ' שפירא** (פורסם במאגרים המשפטיים, 18.4.12)).

25. החטיבה היא, כאמור, הגוף המורשה בידי המנהל (באמצעות הממונה) להקים את היישוב נילי. כחטיבה בתוך ההסתדרות, הפועלת למעשה כזרועה הארוכה של המדינה, נחשבת החטיבה ל"גוף דו מהותי" (ראו בהקשר זה למשל בר"מ 3922/12 **ההסתדרות הציונית העולמית נ' "יש דין" - ארגון מתנדבים לזכויות אדם** (פורסם במאגרים המשפטיים, 8.7.12), פסקה 7). לכן, בנוסף לתחולת המשפט הפרטי עליה, כפופה החטיבה לעקרונות המשפט הציבורי.

26. כמוסד המיישב, התקשרה החטיבה עם התובעים **בחוזה**, שלפיו היא שקובעת את תנאי ההתיישבות ביישוב והיא שמוסרת לתובעים את זכות השימוש כבני רשות במגרש שעליו בנו את ביתם. התובעים מצדם **הסתמכו** על מצג ברור זה, שלפיו החטיבה היא בעלת הזכויות במגרש ובעלת היכולת להקצותן, **ושילמו ממיטב כספם כדי לקיים את התחייבותם** כלפיה לבנות על המגרש את בית מגוריהם.

27. שינוי גבולות אדמות המדינה בידי "צוות קו כחול" של המנהל משמעו למעשה, כי החטיבה העניקה לתובעים זכות שלא היתה ברשותה במועד המסירה. בכך הפרה החטיבה **הפרה יסודית את החוזה** עם התובעים: לב לבו של החוזה בין התובעים לחטיבה היה קבלת זכותם בקרקע שעליה בנו את ביתם. כל מטרת ההתקשרות היתה קבלת זכות בר רשות בקרקע; לו ידעו התובעים כי אין ביכולתה של החטיבה להעניק להם זכות זו - לא היו מתקשרים עמה באותו חוזה.

28. מאחר שהחטיבה הפרה את החוזה עם התובעים הפרה יסודית, זכאים התובעים **לפיצויים** בגין הנזק העצום שנגרם להם עקב ההפרה. נזק זה כולל את ירידת הערך הדרמטית של בית התובעים אשר הפך להיות - רק בשל הפרת החוזה - לבעל מום שאין מהותי הימנו.

ג'3 - סיכומם של דברים

המנהל פעל ברשלנות ביחס לזכויות התובעים בקרקע, וגרם להפרה יסודית של החוזה שכרתה עמם החטיבה. **התובעים אינם מוכנים להשלים עם מציאות שבה לאחר שרכשו זכויות בקרקע, ולאחר שהשקיעו מאמצים כלכליים, פיזיים, חברתיים ונפשיים בבניית ביתם ובמעבר מקום מגורים, ניתן לשנות מהקצה לקצה את מארג הזכויות שעליו הסתמכו ואת המציאות העובדתית והמשפטית כפי שכלל הרשויות תפסו אותה כאשר העבירו לתובעים זכויות בקרקע.**

פרק ד' - הסעדים המבוקשים

29. בין היתר על יסוד כל האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להורות לנתבעים לפצות את התובעים בסך של 1,000,000 ש"ח, סך הנזקים שנגרמו לתובעים בשל התנהלות הנתבעים. זאת, הן בגין ירידת הערך של ביתם בעקבות עוולות המנהל והפרת החוזה בידי החטיבה, והן בגין נזקים נוספים, ממוניים ולא ממוניים, ובהם עוגמת הנפש שנגרמה לתובעים.

30. בית המשפט הנכבד מתבקש לחייב הנתבעים בהוצאות הליך זה ובשכ"ט עורכי דין בצירוף מע"מ כדין.

31. לבית המשפט הנכבד סמכות עניינית (לאור שווי התביעה ומשמדובר בסעד במקרקעין) ומקומית (לאור מיקום המקרקעין) לדון בתביעה.

ד"ר הראל ארנון, עו"ד

צפנת נורדמן, עו"ד

ב"כ התובעים

ת.א 5493-01-17

בית משפט המחוזי
בירושלים

בעניין שבין:

1. אורלי אשכנזי, ת.ז 024313694
2. אייל אשכנזי, ת.ז 022876361
שניהם באמצעות ב"כ עוה"ד הראל ארנון ושות' – עורכי דין
מרח' הרטום 16, ת"ד 45151
ירושלים 91450
טל': 02-6509100 ; פקס: 02-6509110

התובעים

- נגד -

לבין:

1. המנהל האזרחי ביהודה ושומרון
ע"י ב"כ עוה"ד עינב גיא הרמן
מפרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)
מרח' מח"ל 7, ת.ד 49333, ירושלים 97763
טל': 02-5419532 ; פקס: 02-5419582

2. ההסתדרות הציונית העולמית – החטיבה להתיישבות
ע"י ב"כ עוה"ד יוסף לאופר ו/או בשמת שלוש ו/או קרן גורביץ' ו/או מיכל אברמוביץ' לוי ו/או אביבה ספרבי
מרח' המלך ג'ורג' 48, ת.ד. 92
ירושלים, 910002
טל': 02-6202335 ; פקס': 02-6202694

הנתבעים

כתב הגנה מטעם הנתבע 1

הנתבע 1 (להלן: "**המינהל**") מתכבד להגיש כתב הגנה מטעמו. בהתאם לאמור בכתב הגנה זה, מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את התביעה כנגד המינהל, ולחייב את התובעים בתשלום הוצאותיו ושכ"ט עו"ד כחוק.

פתח דבר

1. עניינה של תביעה זו, בחלק המופנה כנגד המינהל, הינו בטענת התובעים (המוכחשת) כי עבודת צוות סטטוס מקרקעין, המכונה גם "צוות קו כחול" ו"הצוות לתיחום אדמות המדינה" (להלן: "**צוות סטטוס מקרקעין**") גרמה להם לנזקים מסוג של פגיעה בזכויות במקרקעין, וירידת הערך של ביתם.

2. יודגש, כי בין התובעים לבין המינהל, אין יריבות ביחס לתביעה זו, שכן בנוגע למגרש נושא התביעה לא נחתם חוזה פיתוח או חכירה בין התובעים לבין הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש, ולא שולמו דמי חכירה או דמי שימוש בגינם לממונה; המינהל לא הציג לתובעים כל מצג ביחס למגרש הנדון, ופעולותיו נעשו בתחום הרשאה חוקית או מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית.

3. הממונה מסר להסתדרות הציונית העולמית (להלן: "**המיישבת**") חזקה באדמות מדינה לשם הקמת חישוב בו מתגוררים התובעים. לממונה לא היתה כל ידיעה בדבר זהות התושבים שרכשו או עתידים היו לרכוש זכויות במגרש הנדון, ולא היתה לו ידיעה בדבר מועדי ההתקשרות הנטענים בין התובעים לבין המיישבת.

4. סמכויותיו ותחומי פעילותו של הממונה מוגדרים בצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59) התשכ"ז-1967 (להלן: "**הצו**"), המהווה את הבסיס להפעלת סמכויותיו של הממונה בניהול מקרקעין באיו"ש. הממונה הפעיל את סמכויותיו בהתאם לדין תוך יידוע הגורמים הרלוונטיים.

5. הן ההכרזות על אדמות מדינה והן טיוב גבולותיהן על ידי צוות סטטוס מקרקעין אינן מהוות תנאי להפיכת רכוש פלוני לרכוש ממשלתי. בהתאם לצו, ההכרזה קובעת חזקה ראייתית בלבד, לפיה מעת שהכריז הממונה על רכוש פלוני כרכוש ממשלתי, ייחשב אותו רכוש כרכוש ממשלתי כל עוד לא הוכח אחרת, וגם זאת רק בכפוף לכך שהקרקע אינה מעובדת והינה ראויה להכרזה.

6. עבודת צוות סטטוס מקרקעין הבהירה את המצב המשפטי, ולא הקנתה זכויות או שללה זכויות ממאן דהוא. לפיכך, מוכחש כי עבודת צוות סטטוס מקרקעין גרמה לתובעים לנזקים כלשהם.

<u>תמצית עמדת המינהל</u>

להלן יובאו עיקר העובדות הצריכות לעניין:

7. בשלהי שנת 1980 הוחל בעבודת מטה לצורך הכרזה על אדמות המדינה בתחום האיתור של הישובים נילי - נעלה, וביום 2.3.1981 הוציא הממונה תעודת הכרזה על אדמות מדינה מכוח הצו, שכללה את חטיבת המקרקעין בה מצוי המגרש מושא התובענה (להלן: "**חטיבת המקרקעין**"), ובעקבותיה נחתם הסכם ההרשאה הראשון בין הממונה למיישבת ביחס לישוב נילי, במסגרתו הוקצתה חטיבת המקרקעין.

8. יחד עם זאת, מפת מדידה שהוכנה ביום 23.4.1981 לא כללה בגבולותיה את חטיבת המקרקעין בה מצוי המגרש (להלן: "**מפת המדידה**").

9. ביום 29.11.1981 נחתם הסכם הרשאה שני בין הממונה לבין המיישבת, שהחליף את הסכם ההרשאה הראשון, במסגרתו מסר הממונה למיישבת את החזקה באדמות המדינה במשבצת שהוגדרה במפת המדידה (למעט האמור בסעיף 2(א) להסכם) החל מיום 1.4.1981 ועד ליום 31.3.2030. הסכם ההרשאה השני <u>לא</u> כלל את חטיבת המקרקעין.

בסעיף 2(ג) להסכם הצהירו הצדדים כי ידוע להם כי גבולות המשבצת טרם נקבעו סופית, ולממונה הזכות לשנותם.

10. ביום 13.8.1984 פורסמה לתוקף תכנית המתאר לישובים נילי - נעלה, אשר לא כללה את חטיבת המקרקעין. בשלהי שנת 1985 פורסמה להפקדה תכנית נוספת עבור הישוב, אשר חלה בעיקרה על הגבעה הצפון מזרחית של הישוב נעלה.

11. בעקבות התנגדויות לתכנית והליך ערר שהוגש, החליט הממונה והצהיר בפני ועדת הערר, כי גבולות אדמות המדינה בשטח נושא הערר יקבעו בהתאם למפת המדידה. כלומר, בהתאם לעמדת הממונה משנת 1986, לה ניתן תוקף פומבי, אין לראות בחטיבת המקרקעין כחלק מהשטח שחוכרז כאדמות מדינה.

12. בשנת 1999 נבחנו גבולות ההכרזה של אדמות המדינה של הישוב על ידי צוות סטטוס מקרקעין באופן שחטיבת המקרקעין נכללה בגבולות אדמות המדינה. מכתב על כך נשלח למיישבת, ובשנת 2003 נכנסה לתוקף תכנית מפורטת מס' 206/3 שכללה את חטיבת המקרקעין בתחום הקו הכחול של התכנית.

13. בסוף שנת 2009 בעקבות בקשת המועצה האזורית מטה בנימין לשנות את תכנית המתאר של הישוב נילי, נדרשה בחינת גבולות אדמות המדינה על ידי צוות סטטוס מקרקעין פעם נוספת. לאחר בחינה מעמיקה שבוצעה והסתיימה בשנת 2015, הוחלט שיש לשוב לגבולות מפת המדידה משנת 1981 ביחס לחטיבת המקרקעין.

14. בתחילת שנת 2012, ובטרם נקבע גבול אדמות המדינה על ידי צוות סטטוס מקרקעין בשנת 2015, נשלח למועצה האזורית מטה בנימין סימון של גבול אדמות המדינה המוצע על רקע הקו של מפת המדידה. לפיכך, המועצה האזורית היתה מודעת לסימון הקו הכחול המוצע על רקע מפת המדידה בטרם הוצאו על ידה היתר בניה לבניה במגרש הנדון.

15. ביום 13.4.2015 נשלח למועצה האזורית מטה בנימין מכתב ובמסגרתו נאמר, כי ביום 22.3.2015 חתם צוות סטטוס מקרקעין על מפה עם סימון מדויק של הכרזת אדמות המדינה בישובים נילי-נעלה, והוחלט שהשטחים שנגרעו בעקבות החלטת ועדת הערר משנת 1986, שנתנה תוקף להצהרת הממונה במסגרת ההליכים, יבחנו בהתאם לנוהל אדמות סקר.

16. לפיכך, טרם התברר מעמדה הסופי של חטיבת המקרקעין במסגרת נוהל אדמות סקר, ויתכן שבעתיד, חטיבת המקרקעין תוכרז כאדמות מדינה.

התייחסות לסעיפי התביעה

להלן יתייחס המינהל לסעיפי כתב התביעה כסדרם:

17. מוכחש האמור בסעיף 1 לכתב התביעה.

18. מוכחש האמור בסעיף 2 לכתב התביעה בהיעדר ידיעה.

19. האמור בסעיף 3 לכתב התביעה אינו מוכחש.

20. מוכחש האמור בסעיפים 4, 5 ו – 6 לכתב התביעה בהיעדר ידיעה.

21. מוכחש האמור בסעיף 7 לכתב התביעה. המינהל מפנה בעניין זה לאמור בסעיפים 5 ו – 6 לכתב ההגנה.

22. מוכחש האמור בסעיף 8 לכתב התביעה. מבלי לגרוע מכך, יטען המינהל כי התובעים אינם מוכרים למינהל, ולא קבלו זכויות במקרקעין מהממונה, שכן לא נחתם חוזה פיתוח או חכירה בין התובעים לבין הממונה, ולא שולמו דמי חכירה או דמי שימוש בגין המגרש מושא התביעה, לממונה.

23. מוכחש האמור בסעיף 9 לכתב התביעה. עצם משלוח המכתב מיום 16.8.2016 אינו מוכחש.

24. מוכחש האמור בסעיפים 10 – 15 לכתב התביעה. מבלי לגרוע מכך, יטען המינהל, בין היתר, כי הממונה לא הציג בפני התובעים כל מצג, כי אין בין הממונה לתובעים יחסי קרבה המטילים על הממונה חובת זהירות, כי המינהל לא התרשל כלפי התובעים, כי אין קשר סיבתי בין כל מעשה ו/או מחדל נטענים לבין נזקיהם הנטענים והמוכחשים של התובעים, וכי לא היתה כל חובה או אפשרות מעשית לידע את התובעים בדבר החלטת צוות סטטוס מקרקעין, שהועברה לידיעת המועצה האזורית והנתבעת 2 - המיישבת. יצוין, כפי שנכתב במכתב מיום 13.4.2015 (נספח 4 לכתב התביעה), כי מעמדה של חטיבת המקרקעין, "שנגרעה" מתחום אדמות המדינה טרם הוברר, ויתכן שבעקבות הליך סקר שיבוצע באזור, יוכרזו האדמות בעתיד כאדמות מדינה.

25. מוכחש האמור בסעיפים 16 – 19 לכתב התביעה. מבלי לגרוע מכך, יטען המינהל, בין היתר, כי עבודת צוות סטטוס מקרקעין נעשתה בתחום הרשאה חוקית או מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית, וכי מעמדה של חטיבת המקרקעין, "שנגרעה" מתחום אדמות המדינה טרם הוברר, ויתכן שבעקבות הליך סקר שיבוצע באזור, יוכרזו האדמות בעתיד כאדמות מדינה.

26. מוכחש האמור בסעיפים 20 – 28 לכתב התביעה, ככל שיש בו כדי להטיל אחריות על המינהל.

27. מוכחש האמור בסעיפים 29 – 31 לכתב התביעה, מוכחש הנזק הנטען בהיותו מוגזם, מופרך ונעדר כל בסיס עובדתי ומשפטי. מוכחשת כל אחריות של המינהל לנזק וכל קשר סיבתי נטען בין מעשים ומחדלים (מוכחשים) של המינהל לנזק הנטען.

28. טענות המינהל נטענות במצטבר ו/או בהשלמה ו/או לחלופין בהתאם להדבק הדברים והקשרם.

29. כל טענה אשר המינהל לא הודה בה במפורש תחשב כמוכחשת.

30. בכל מקום בכתב הגנה זה בו מוכחש האמור בכתב התביעה ואחריו מופיע פירוט טענות המינהל אין בפירוט הטענות כדי לגרוע מכלליות ההכחשה. כמו כן אין בפירוט טענות זה, או בטיעון לגופם של דברים בכל חלקי כתב ההגנה כדי למצות את טענות המינהל בעניינים הנדונים.

31. אין בהעלאת טענה ו/או איזכור עובדה בכתב ההגנה, כדי להעביר את נטל ההוכחה מהתובעים, בכל ענין שנטל ההוכחה עליהם, אלמלא נטענה הטענה ו/או אוזכרה העובדה, כאמור לעיל.

אשר על כן מתבקש ביהמ"ש הנכבד לדחות את התביעה, ולחייב את התובעים בהוצאות ושכ"ט פרקליטי הנתבע 1, כדין.

עינב גיא הרמן, עו"ד

סגנית בכירה אי

בפרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)

ת.א 5493-01-17

בית משפט המחוזי
בירושלים

בעניין שבין:

1. **אורלי אשכנזי, ת.ז 024313694**
2. **אייל אשכנזי, ת.ז 022876361**

שניהם באמצעות ב"כ הראל ארנון ושות' – עורכי דין
מרח' הרטום 16, ת"ד 45151
ירושלים 91450
טל': 02-6509100 ; פקס: 02-6509110

התובעים

- נגד -

לבין:

1. **המנהל האזרחי ביהודה ושומרון**
ע"י ב"כ עוה"ד עינב גיא הרמן
מפרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)
מרח' מח"ל 7, ת.ד 49333, ירושלים 97763
טל': 02-5419532 ; פקס: 02-5419582

2. **ההסתדרות הציונית העולמית – החטיבה להתיישבות**
ע"י ב"כ עוה"ד יוסף לאופר ו/או בשמת שלוש ו/או קרן גורביץ' ו/או מיכל אברמוביץ' לוי ו/או אביבה ספרבי
מרח' המלך ג'ורג' 48, ת.ד. 92
ירושלים, 910002
טל': 02-6202335; פקס': 02-6202694

הנתבעים

כתב הגנת מטעם הנתבעת 2 ההסתדרות הציונית העולמית – החטיבה להתיישבות

בהתאם לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 מתכבדת ההסתדרות הציונית העולמית - החטיבה להתיישבות (להלן: "**החטיבה להתיישבות**" ו/או "**החטיבה**" ו/או "**הנתבעת 2**") להגיש את כתב הגנתה כדלקמן:

א. רקע כללי

1. הנתבעת 2 תהא מיוצגת בתובענה זאת על-ידי באי-כוחה כמפורט בכותרת כתב הגנה זה. כמען הנתבעת 2 להמצאת כתבי בי-דין, ישמש מען משרדו של ב"כ כאמור בכותרת.

2. כל טענה משפטית הנטענת בכתב הגנה זה נטענת באופן מצטבר, משלים וחילופי לכל טענה אחרת הנכללת בו, בין אם נאמר הדבר במפורש ובין אם לאו, הכול לפי תוכן הדברים והקשרם.

3. אין בהעלאת טענה או באזכור עובדה בכתב הגנה זה כדי להעביר את נטל ההוכחה מן התובעים בכל עניין שבו היה נטל ההוכחה מוטל עליהם, אלמלא נטענה או אוזכרה העובדה.

4. הנתבעת 2 שומרת על זכותה לתקן ולשנות את כתב הגנתה, ככל שיידרש, כאשר יגיעו לידיה פרטים נוספים, או אם יובאו לידיעתה עובדות נוספות הקשורות לתביעה.

5. מוכחשות בזאת כל הטענות והעובדות הנטענות, ו/או המאוזכרות בכתב התביעה, למעט טענות ועובדות בהן הודתה הנתבעת 2 במפורש. אין בפירוט טענות הנתבעת 2 כדי לגרוע מכלליות ההכחשה של כל המוכחש בכתב הגנה זה.

6. הנתבעת 2 הינה גוף וולונטרי, אשר תפקידה ומעמדה תוארו והוכרו בחוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית והסוכנות היהודית לא"י, התשי"ג-1952 ובאמנות שנכרתו בינה לבין ממשלות ישראל בשנת 1954 ובשנת 1979. באמנות ובחוק פורטו תפקידי ההסתדרות הציונית העולמית וביניהם יישוב הארץ ופיתוחה.

7. הנתבעת 2 פועלת כמחלקה בתוך ההסתדרות הציונית העולמית (להלן: **"הצ"ע"**) ועוסקת מטעם ממשלת ישראל, בין היתר, בהקמת ישובים כפריים בטיפול בישובים וביסוסם ובמימון מלא מתקציב מדינת ישראל. בהתאם להחלטות ממשלת ישראל ועל פי הסכם שנחתם בין הממשלה ובין הצ"ע פועלת הנתבעת 2,בין היתר, באזור יהודה והשומרון.

<u>ב. רקע עובדתי רלוונטי</u>

8. לחצ"ע הסכם הרשאה לתכנון ופיתוח על השטח נשוא התביעה עם הנתבע 1 - הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי באזור יהודה ושומרון (להלן: **"הממונה"**), החל מיום 01.04.1981 לתקופה של 49 שנים עד ליום 31.03.2030. להסכם ההרשאה צורפה מפה התוחמת את גבולות ההרשאה ומהווה חלק בלתי נפרד מהסכם ההרשאה.

*** העתק הסכם ההרשאה והמפה, **מצ"ב לכתב הגנה זה ומסומן כנספח "א"**.

9. בפועל הצ"ע מחזיקה ומנהלת, באמצעות הנתבעת 2, את מרשם זכויות המתיישבים בשטח נשוא התביעה מאז הוקם הישוב נילי" ועד עתה, בהתאם להחלטת הממשלה ולאישורים שהתקבלו להקמת ותפיסת החזקה בשטח נשוא התביעה.

10. הנתבעת 2 לא קיבלה הודעה כל שהיא מאת הממונה, כי חלק מהשטח אשר לגביו קיבלה הרשאה מאת הממונה, כאמור לעיל, אינו אדמות מדינה והוא שייך

לבעלים פרטיים כלשהם, בטרם רשמה את זכויות התובעים בשטח נשוא התביעה.

11. לתובעים נרשמו במרשם הזכויות, המנוהל על ידי הנתבעת 2, זכויות רשות (בר רשות) על מגרש מספר 537, דירה מספר 1 ביישוב נילי״י בהתאם לתכנית מתאר תקפה שמספרה 206/3 (להלן: **״המגרש״**) וזאת מכוח הסכם בר רשות אשר נחתם בינם לבין הצ״ע, ביום 14.3.2013.

*** העתק מהסכם בר הרשות מיום 14.3.2013 , **צורף לכתב התביעה כנספח ״א״.**

12. ביום 15.4.2015, יותר משנתיים לאחר שנרשמו אצל הנתבעת 2 זכויותיהם של התובעים, התקבלה אצל הנתבעת 2 הודעה מאת הממונה על תחלפת המפה של הסכם ההרשאה, במפה חדשה אשר עודכנה בעקבות עבודת ״צוות קו כחול״ הפועל אצל הנתבע 1 (להלן - **״הודעת הממונה משנת 2015״**).

*** העתק הודעת הממונה על החלפת מפות בעקבות שינוי הקו הכחול מתאריך 15.04.2015, **מצ״ב לכתב הגנה זה ומסומן כנספח ״ב״.**

13. עבודת צוות ״קו כחול״, של הנתבע 1, קובעת אילו קרקעות הן בבחינת אדמות שניתן לחגדירן בוודאות כאדמות מדינה.

14. למעשה בכך ששונה תוואי ״הקו הכחול״, אין כדי להסיק שהשטח שנגרע ״מהקו הכחול״ הקודם אינו אדמות מדינה, ניתן להסיק רק שהשטח שנכלל בתוך תחומי ״הקו הכחול״ הוא כן אדמות מדינה, ניסיון להסיק מכך את המסקנה ההפוכה, כי שטח שאינו נכלל בתוך תחומי ״הקו הכחול״ אינו אדמות מדינה, אינו בהכרח נכון.

15. יוצא איפה, כי הממונה, טרם תחילת עבודת צוות ״קו כחול״, כלל לא הודיע לנתבעת 2 על גריעת שטח מהשטח בו קיבלה הצ״ע הרשאה לתכנון ופיתוח ושבו היא מנהלת, באמצעות הנתבעת 2, את מרשם הזכויות של המתיישבים מכוח הסכם ההרשאה בינה לבין הממונה ואשר בתחומו העניקה ורשמה אצלה את זכויות חרשות של התובעים.

ניהול המקרקעין, באזור יהודה והשומרון, על ידי הממונה

16. הממונה מנהל את הרכוש הנטוש והממשלתי באזור יהודה והשומרון מכוח צווים מס׳ 58 ו - 59 בדבר רכוש ממשלתי, בהתאמה.

17. הוראות סעיף 5 לצו מס׳ 59 קובעות הסדר של תקנת שוק (כשרות עסקה) לפיו כל עסקה שנעשתה בתום לב בין הממונה ובין אדם אחר, בכל נכס שהממונה חשבו בשעת העסקה לרכוש ממשלתי, לא תיפסל ותעמוד בתקפה גם אם יוכח שהנכס לא היה באותה שעה רכוש ממשלתי.

*** העתק צו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), תשכ"ז-1967, **מצ"ב לכתב הגנה זה ומסומן כנספח "ג".**

עבודת צוות "קו כחול"

18. בעדכון המפה אשר נערך על ידי "צוות קו כחול" נראה, כי "הקו הכחול" החדש עובר בשטח המגרש בו קיבלו/נרשמו לתובעים זכויות בר רשות במרשם המנוהל על ידי הנתבעת 2 וכי מגרש זה נמצא בתחום תכנית מתאר מפורטת מס' 206/3 שקיבלה תוקף ביום 22.03.2015.

* העתק תכנית מתאר מפורטת מס' 206/3 מצורפת להודעת הממונה משנת 2015, המצ"ב לכתב הגנה זה ומסומנת כנספח "ב".

19. הנתבעת 2 הקצתה את השטח ורשמה זכויות רשות (בר רשות) לתובעים כדין מתוך שטחים שבחזקת הצ"ע, מתוקף הסכם ההרשאה עם הממונה ובהתאם לתכנית מתאר מפורטת. ככל שכעת החליט הממונה לגרוע שטחים כלשהם מן השטחים שחוקצו להצ"ע בתחום הסכם ההרשאה, הרי שכל טענות התובעים צריכות להיות מופנות אל הממונה ולא אל הנתבעת 2.

<u>ג. טענות מקדמיות</u>

20. בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לדחות את התביעה על הסף משלושה טעמים עיקריים: <u>הראשון</u>: עיכוב הליכים לאור תקיקת החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017 שייתכן וייתר את ההליך נשוא התביעה דנן; <u>השני</u>, היעדר יריבות; <u>השלישי - אין מקום לפגוע בזכויות התובעים מכוח תקנה 5 לצו מס' 59 בדבר ניהול הרכוש הממשלתי, כאמור לעיל.</u>

עיכוב הליכים

21. ביום 6.2.2017 התקבל בקריאה שלישית החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017 (להלן: "**החוק**"), העשוי להסדיר את המחלוקות העולות בהליך דנן.

*** העתק נוסח החוק, **מצ"ב לכתב הגנה זה ומסומן כנספח "ד".**

22. לפיכך, מתבקש בית המשפט הנכבד לעכב ההליכים בהליך דנן, וזאת בכדי לתת לממשלה הזדמנות להוציא לפועל את ההסדרים שנקבעו בחוק.

היעדר יריבות

23. הסעדים אותם מבקשים התובעים הינם סעדים שהנתבעת 2 אינה הנמען אליו צריכים להפנות התובעים את תביעתם. הנמען לתביעתם הינו הנתבע 1.

24. הזכויות בשטח עליו הוקם הישוב, מוסדרות בהסכם הרשאה שנכרת בין הממונה ובין הצ"ע , כאמור לעיל

25. נקודת המוצא של הנתבעת 2 בעת שהקצתה/רשמה אצלה את זכויות התובעים הינה כי הממונה הינו בעל הסמכות כאמור בהסכם ההרשאה שנכרת בין הממונה לבין הצ"ע:

> **"והואיל ונתפסה חזקה במשבצת על ידי הממונה בהתאם לסמכויותיו כרשות המוסמכת במינהל האזרחי של אזור יהודה ושומרון;**
>
> **והואיל והממונה מצהיר כי בתוקף הסמכויות המוקנות לו הינו רשאי למסור את החזקה במשבצת"**

26. הממונה אם כן, הוא שמסר להצ"ע כדין את החזקה בשטח. בהתאם לכך, מכוח הסכם ההרשאה שנכרת בין הממונה לבין הצ"ע (בית המשפט מופנה לסעיף 8ב בהסכם ההרשאה נספח א' לכתב הגנה זה) ועל פי תכנית מתאר תקפה, הקצתה/רשמה הנתבעת 2 זכויות רשות (בר רשות) לתובעים.

27. לאור האמור לעיל, ולאור העובדה כי לא הנתבעת 2 היא זו ששינתה את תחומי "הקו הכחול" וכי אין לנתבעת 2 יכולת לאמת את המידע שנמסר לה מאת הממונה לגבי הבעלות על הקרקע מתבקש בית המשפט הנכבד בהתאם לתקנה 101(א)(3) לתקנות סדר הדין האזרחי להורות על דחיית התביעה על הסף מחמת חיעדר יריבות (ע"א 54/87 **אמגר נ' ק.י.מ.א. להשקעות ובניין ואח'**, פ"ד מג(2) 347 (1989)).

תקנת השוק

28. סעיף 5 לצו מס' 59 בדבר רכוש ממשלתי מתייחס לכשרות עסקות מקרקעין. ניתן לראות את העסקה בין הממונה להצ"ע בעת שנכת הסכם ההרשאה בין הצדדים כעסקה שנעשתה בתום לב ומכאן גם הענקת/רישום זכויות התובעים על ידי הנתבעת 2 נעשו בתום לב ועוד בטרם הנתבעת 2 ידעה או יכלה לדעת על שינוי "הקו הכחול" והוצאת השטח נשוא התביעה מתכולת הקו הכחול.

29. לפיכך, הואיל ובעת עריכת העסקה הממונה סבר כי המדובר ברכוש ממשלתי וכך גם הנתבעת 2, בעת שהעניקה/רשמה את זכויות התובעים, הרי שאין מקום לפסול את העסקה והיא צריכה לעמוד בתוקפה גם אם יוכח שהנכס לא היה רכוש ממשלתי בעת שהוקצה להצ"ע וממנה לתובעים .

30. לאור האמור לעיל בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לדחות את התביעה על הסף מהטעם של היעדר יריבות והצורך לקיים את תקנת השוק הקבועה בסעיף 5 לצו מס' 59, נספח ג' לכתב התגנה.

31. התובעים מגישים תביעה זו על נזקים שכלל לא התרחשו להם שכן, שגם אם אכן יתברר כי הקרקעות ששבחן ניתנה לתובעים ,נגרעו מאדמות מדינה הרי שזכויות התובעים בקרקע שרירות וקיימות מכח הוראות סעיף 5 לצו 59. נספח ג' לכתב הגנה זהלכן, לתובעים לא נגרם כל נזק בגריעתם בדיעבד משטח ההקצאה.

32. לפיכך, מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את התביעה על הסף, הן בגין כל אחת מהעילות בפני עצמה, קל וחומר מכוחן המצטבר של העילות המפורטות לעיל.

ד. טענות הנתבעת 2

אי הפרת חוזה על ידי הנתבעת 2

33. תחילה יודגש כי הנתבעת 2 לא הפרת חוזה, ו"ההפרה" – המוכחשת וככל שתהיה- נובעת רק מפעולות הממונה, ועל התובעים לפנות אל הממונה בדרישה לשיפוי או פיצוי ולא אל הנתבעת 2. יתר על כן, התובעים בעצמם מאשרים כי הממונה הוא זה ש"גרם להפרת חוזה" (ראו סעיפים 16 - 20 לכתב התביעה). מכאן, כי אין הם יכולים לבוא בטענות כלפי הנתבעת 2.

34. עוד תטען הנתבעת 2, כי ההחלטה על הקמת צוות "קו כחול" או הפיקוח על עבודת צוות "קו כחול" אינן בגדר סמכויותיה והן נתונות לסמכות הנתבע 1. כל שכן, גריעת השטח על ידי צוות "קו כחול" נודעה לנתבעת 2 רק בעת קבלת הודעת הממונה משנת 2015, **קרי שנתיים לאחר ההתקשרות בכתב ההתחייבות עם התובעים.**

35. לפיכך, הנתבעת 2 לא ידעה בעת ההתקשרות עם התובעים, כי צוות "קו כחול" יבצע גריעה בשטחים ביישובים בהם קיבלה הרשאה, ומכאן גם לא ניתן לומר כי היא פעלה בחוסר תום לב באופן שאינו מתיישב עם חובותיה של רשות מנהלית.

הירידה המוכחשת בערך ביתם של התובעים

36. תחילה יצוין , כי גריעת השטח על ידי צוות "קו כחול" **אין משמעותה בהכרח ירידת ערך ביתם של התובעים**, זאת לאור המוסבר לעיל בדבר הסדר תקנות השוק הקבוע בסעיף 5 לצו 59 נספח ג' לכתב הגנה זה.

37. התובעים רק מציינים כי ההוצאות ששילמו על בניית ביתם עומדים על 1,710,000 ₪ ואילו הם תובעים פיצוי של 1,000,000 ₪ על הנזק שנגרם להם. אולם, **התובעים לא מציינים בתביעתם בגין מה הנזק, לכאורה, שנגרם להם. התובעים החליטו בעלמא, מבלי להסתמך על דבר, כי שווי ביתם ירד.**

38. התובעים לא צירפו הערכת שמאי לירידת ערך ביתם ,טרם גריעת השטח על ידי צוות "קו כחול", ולא אחרי הגריעה במגרש, והתובעים לא צירפו הצעת מחיר לקניית ביתם הנמוכה יותר מערך ביתם קודם לגריעת השטח בגלל שינוי במיקום

הקו הכחול, הנטען על ידם ובכך להקטין את הנזק, המוכחש, וזאת על פי חובתם לפי סעיף 14 חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970.

39. כיוצא מכך, **מאחר ולא הוכחה ירידה בשווי ביתם לא התגבש נזק** אצל התובעים ואין הם יכולים לבוא בדרישות לפיצוי ממוני מהנתבעת 2.

טענות לגופו של עניין:

מבלי לפגוע באמור לעיל, תתייחס הנתבעת לסעיפים המפורטים בכתב התביעה:

40. **הנתבעת 2 מאשרת את האמור בסעיפים 1 -5 לכתב התביעה**, למעט האמירה בסעיף 1 לכתב התביעה בדבר הטלת ספק בזכויות התובעים בנכס וירידת ערך בית מגוריהם. הנתבעת 2 תחזור על טענותיה לעיל, כי גריעת השטח על ידי צוות "קו כחול" אין משמעותה בהכרח ירידת ערך בית המגורים או "פגיעה" בזכויותיהם של התובעים שעדיין מחזיקים בזכות בר רשות במגרש, כל שכן התובעים לא הוכיחו פוטנציאל לירידת ערך ביתם או ירידה בפועל של שווי ביתם.

41. **מוכחש האמור בסעיפים 6-7 לכתב התביעה מחוסר ידיעה**, למעט עבודת צוות קו כחול מיום 22.03.2015 שנודעה לנתבעת ביום 15.04.2015.

42. **מוכחש האמור בסעיף 8 לכתב התביעה מחוסר ידיעה**. הנתבעת 2 תחזור על טענותיה בסעיפים 14, 34-35 ו- 36-39 לעיל.

43. **מוכחש האמור בסעיף 9 לכתב התביעה מחוסר ידיעה**.

44. **מוכחש האמור בסעיפים 10 -19 לכתב התביעה**. אולם, הנתבעת 2 תטען כי ככל שאכן בוצעה הפרה יסודית של החוזה, הדבר נגרם על ידי הממונה - הנתבע 1, כבר בעת שכרת הסכם עם הנתבעת 2 אשר בתום לב ומכוח אותו הסכם העניקה/ רשמה במרשמיה את זכויות בר הרשות לתובעים. הנתבעת 2, כפי שהוצג לעיל, בעת ההתקשרות עם התובעים לא ידעה על עבודת צוות "קו כחול" בישוב נילי" ולא היה ביכולתה ובסמכותה לפקח על פעילות צוות "קו כחול" והחלטותיו ולכן, ככל שיקבע כי הנתבעת 2 ביצעה הפרה –דבר שממילא מוכחש בהסכם בינה לבין התובעים , על התובעים לפנות לממונה (נתבע 1) בלבד כדי לפצותם על נזקיהם, המוכחשים.

45. **מוכחש מכל וכל האמור בסעיפים 20-28לכתב התביעה.**

46. **מוכחש האמור בסעיף ג'3 לכתב התביעה.**

47. **מוכחש האמור בסעיפים 29-30 לכתב התביעה.**

48. **הנתבעת 2 מאשרת את האמור בסעיף 31 לכתב התביעה**, לעניין סמכותו העניינית והמקומית של בית המשפט הנכבד.

ה. סוף דבר

49. התובעים לא הוכיחו עילת תביעה כנגד הנתבעת 2 ולכן, מתבקש בית-המשפט הנכבד לדחות את התביעה על הסף הן מחמת היעדר יריבות והן מחמת קיומה של תקנת השוק

50. לחילופין, מתבקש בית המשפט הנכבד לעכב את ההליך שבכותרת עד לביאור מעמדו, פירושו ויישומו של החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017.

51. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את התביעה כנגד הנתבעת 2 ולחייב את התובעים לשלם לנתבעת 2 הוצאות משפט, לרבות שכר טרחה עו"ד בתוספת מע"מ כדין, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית, עד ליום התשלום בפועל.

יוסף לאופר, עו"ד (מ.ר. 10086)
ב"כ הנתבעת 2

נספח מש/7

העתק מכתב משר המשפטים
מיום 27.7.09

144

שר המשפטים

ירושלים
ו' אב תשס"ט
27 יולי 2009

מס' מכתב: 2009-0002-5681
פנימי: ת"מ
(בתשובה נא לציין מס' מכתבנו)

לכבוד
ח"כ אורי אריאל
הכנסת
ירושלים

אורי הי"ר,

שלום רב,

הנדון: שאילתה שמספרה 99 בנושא:
גזר דין מוות על מכירת קרקע ליהודים

בהתאם לסיכום עם עוזרך יגאל ולבקשתנו, מועברת אליך תשובת השאילתה שבנדון:

להלן תשובת עו"ד גל לברטוב, מנהל המחלקה הבינלאומית בפרקליטות המדינה:

"ככל הידוע, בשנת 1997 הודיע יו"ר המועצה המחוקקת הפלסטינית כי זו דנה בטיוטת חוק העוסק בקביעת כללים לגבי מכירת קרקעות ובחטלת עונשים על מי שמעורב במכירת קרקעות לישראלים.
במקביל, בהודעות פומביות של התובע הכללי הפלסטיני, הודיע, כי מכירת קרקעות פלסטיניות מהווה בגידה שעונשה מוות. לא ברור עדיין אם מדובר במכירת קרקעות ליהודים או לישראלים בלבד, או שמא לזרים בכלל.

הנושא מערב היבטים מדיניים ומטופל במישור זה על ידי משרד החוץ".

בברכה, ובכבוד,

יעקב נאמן

רחי צלאח א-דין 29, ת.ד. 49029 ירושלים מיקוד 91490, טל' 02-6466527-30, פקס' 02-6285438

נספח מש/8

העתק חוות הדעת מטעם פרופ׳ יוג׳ין קונטורוביץ׳, מאוניברסיטת Northwestern

146

Kohelet Policy Forum (R.A.)
8 Am Ve'olamo Street
Jerusalem, Israel
9546306
office@kohelet.org.il
www.kohelet.org.il

29 Cheshvan 5777
29 November 2016
[Ref. EK1]

Dear Chairman Slomiansky and honorable members of the Committee,

I am pleased to share with you an expanded version of my testimony at the Knesset Constitutional Law Committee's hearings on Hok Hasdera on Nov. 22, 2016. I would be pleased to answer any further questions you have about these issues, or respond to any questions or elaborate on any of these points. I will soon be sending a Hebrew version of these comments.

Prof. Eugene Kontorovich
ekontorovich@kohelet.org.il

Overview.

1. Governing international law framework – no reason to think law of occupation, from Hague and Geneva Convention, applies.
2. But even if it the law of occupation does apply, this does not bar the use of eminent domain – that is, compensation. It bars confiscation – which is taking without compensation.
3. There is no rule preventing benefit to Israelis, who can be considered part of local population
4. Dropping this bill will not stop ICC action. On the contrary, adopting the principle that Israeli is an occupier will make such action easier, and will make any construction, demolition, or infrastructure work in eastern Jerusalem or Judea and Samaria easier for the Prosecutor to target.

Legality Under International Law

A. Applicability of international law of occupation.

Those who think the proposal violates international law have in mind the restrictions on belligerent occupiers of the Fourth Geneva Convention of 1949 and the Hague Convention of 1907. The Government of Israel has always strongly rejected the view that the Geneva Conventions apply to Judea and Samaria. If they do, it is not just a problem for the proposal, but also for the entire Jewish presence in these areas

The Hague Convention has received less attention (because they do not deal with settlements) and is apparently the basis of the legal objections raised by the legal advisors against the Proposal. However, as with the Geneva Convention, there is no reason to think that the Hague treaty applies to Judea and Samaria.

First, Israel has a sovereign claim to these territories, based on the League of Nations Mandate.[1] Second, the Hague Convention's provisions on occupation apply only "the territory of the hostile state," and Judea and Samaria were not the territory of Jordan in 1967, and certainly have not been since the peace treaty of 1994. Indeed, the only international decision on this question held that the Hague Convention does not apply to the occupation of territory over which the opposing country has only partial or quasi-sovereignty.[2] To be sure, the Israeli Supreme Court and the military authorities, along with most academics, seem to have assumed the applicability of the Hague Conventions. But Bagatz has not formally decided this, and while it seems a long-held assumption, the basis for this is not obvious, and should not be conceded.

B. The legality of compensated takings, as opposed to confiscation

[1] Avi Bell & Eugene Kontorovich, *Palestine,* Uti Possidetis Juris *and the Borders of Israel,* 58 ARIZONA LAW REVIEW 633-92 (2016)

[2] *Cession of Vessels and Tugs for Navigation of the Danube* Arbitration, Allied Powers v. Austria, Bulgaria, Germany & Hungary, (1921), I Rep. Int'l Arb. Awards 8, 05.

Assuming, for the sake of argument, that the law of belligerent occupation applies, we must ask if it forbids the use of eminent domain by the occupying authorities. Art. 46 of the Hague Convention states that that "private property cannot be confiscated." Many of the legal advisors addressing the committee have broadly declared that Art. 46 of The Hague Conventions broadly prohibits any action involving private property absent military necessity. This is not the established law, but rather one view of a longstanding debate.

Put simply, the ban on "confiscation" of real property does not mean a ban on expropriation, that is, a taking subject to just compensation, or "eminent domain." Confiscation appears to mean an *uncompensated* taking. A recent treatise on the law of occupation specifically distinguishes the question of "expropriation" with compensation from Art. 46's ban on "confiscation." The treatise makes clear that "many experts argue that expropriation ... is not forbidden."[3] It goes on to cite the leading post-war authority George Schwarzenberger as maintaining that ordinary eminent domain for development purposes is not governed at all by the law of occupation. That is, the articles of The Hague Convention simply do not address this issue.

Some examples of permissible purposes for such eminent domain include "land reform" addressing feudally based land-ownership.[4] Certainly the current property situation in Samaria, created by broad and lawless grants to clans by an occupying Jordanian monarch, would qualify. To be sure, there are also authorities that say expropriation is forbidden, but currently there is no resolution of this dispute. That means there is no prohibition, as the basic rule of international law is that action is permitted unless a clear prohibitory norm has emerged.[5]

---

[3] YUTAKA ARAI, THE LAW OF OCCUPATION: CONTINUITY AND CHANGE OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, AND ITS INTERACTION WITH INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW pg. 235 (Brill 2009).
[4] Id. at 236. See also the major U.S. Supreme Court eminent domain case,, Hawaii Housing Authority v. Midkiff (allowing use of eminent domain for land reform to transfer properties acquired by private owners in a feudal manner to different private owners).
[5] The Lotus Case (France v. Turkey), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7).

Leading military manuals, such as the influential U.S. Law of War Manual assumes that private property can be taken provided compensation is paid, and this is not called "confiscation," but rather "appropriation."[6] Indeed, property owners who have been compensated have no injury to complain of. As the French Government wrote in its submission to the International Court of Justice in the *Wall* Case, "international law... requires compensation which effectively makes good the entire injury suffered by the owners of the property in question.

It is important to note that the entire question of eminent domain – which involves a transfer of title – will only arise in prolonged occupations. In the typical short-term occupation envisioned by The Hague and Geneva Conventions, the occupier has no need or interest to exercise change the title to land, which is always about long-term policies.

Those who argue international law forbids such action fail to cite any state practice outside of Israel for this proposition. To be sure, the payment of compensation by belligerent occupiers is probably quite rare, as typically long-term occupiers seem to simply take what they want without bothering about compensation. Yet in several prominent cases, long-term occupiers have used compensated takings, and the international community appears to have acquiesced, and certainly did not declare it illegal. Examples include the Turkish occupation of Northern Cyprus, where a compensation scheme aimed at permitting Turkish settlers to remain in Greek properties has been approved by the European Court of Human Rights. Similarly, the Russian occupation of Crimea takes private property with compensation (often in the form of other land), even for highly controversial projects like the Kerch Bridge,[7] which will serve to deeply entrench the occupation and facilitate the transfer of settlers. Yet while

---

[6] DEPARTMENT OF DEFENSE LAW OF WAR MANUAL, Art. 11.18.4.2 (2015).

[7] Amendments from March 24, 2016 to Law of Republic of Crimea № 38-ЗРК from 31 July, 2014, Amended Art. 9.3, available at http://crimea.gov.ru/textdoc/ru/7/project/833.pdf. The associated press release explained the law was designed to facilitate the Kerch Bridge project, which itself is designed to benefit Russian settlers. See Ministry of Property and Land Affairs of Republic of Crimea, *Crimea has developed a draft law regulating the procedure seizure of land for state and municipal needs*, March 3, 20160, available at http://mzem.rk.gov.ru/rus/index.htm/news/331600.htm. See also news report at http://kerch.fm/2016/08/17/dachniki-iz-pod-kerchenskogo-mosta-nedovolny-usloviyami-izyatiya-dach.html (Russian).

many aspects of Russia's occupation of Crimea have been denounced as illegal by the international community,[8] the use of eminent domain has not. In particular, the ICC Prosecutor's report on possible Russian crimes in Crimea makes no mention of it.[9] The fact that many aspects of Russia's Crimean occupation have been explicitly criticized but this one ignored suggests it is not seen as illegal.

C. Benefit to the local population

Thus even if The Hague Convention applies, it allows for expropriation to the full extent allowed by the normal laws in place in the occupied territory. Jordanian and Israeli eminent domain law allow for taking of property with compensation when done for a public benefit.

The concept of "public benefit" can have two meanings: one within the law of expropriation/eminent domain, and the other relating to the rights of occupier. The former certainly not limited to benefit to Palestinians. Under standard Anglo-American conceptions of public benefit, avoiding the destruction of homes built in good faith would constitute a public benefit. So would ending a situation in which property is tied up with legal claims that prevent its development.[10] That is currently the case, as the nature of the Palestinian land claims are such that even with the destruction of Israeli homes, they would not necessarily be able to use the land.

Nor does the law of occupation limit the notion of public benefit to things that solely benefit non-Israelis. There is a notion, mentioned by the Supreme Court in the *Beit El* case, that "public benefit" cannot include benefit to the Israeli population, but only to the "local population." Crucially, this notion could only come from the Geneva Convention,

---

[8] See Jack Stubbs and Yeganeh Torbati, *U.S. imposes sanctions on 'Putin's bridge' to Crimea,* Reuters, Sept. 1, 2016, available at, http://www.reuters.com/article/us-ukraine-crisis-russia-usa-sanctions-idUSKCN1175E0.

[9] See ICC Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination Activities (Nov. 2016), pars. 72-76.

[10] The leading decisions are the U.S. Supreme Court's rulings in *Kelo v. City of New London,* 545 U.S. 469 (2005); *Hawaii Housing Authority v. Midkiff,* 467 U.S. 229 (1984).

which distinguishes between the "protected population" – those already in the territory at the time of occupation – and all others. But the State of Israel does not recognize the de jure application of the Geneva Convention in Judea and Samaria. If Israel recognizes the validity of arguments based on the Geneva Convention in the context of eminent domain, it would also weaken its arguments about the legality of Jewish communities in the area in the first place.

The notion that land use must benefit the local population comes from the broader notion that an occupation has usufructary powers over the resources of a territory. But that does not mean there can be *no* benefit to the occupying nationality, only that there must be *some* benefit to the local population.

Even under the Geneva Convention, there is good reason to believe that the current residents of the settlements, or at least many of them, can be regarded as part of the local population whose benefit the occupying power may legitimately seek. In particular, international practice supports the view that children of settlers – i.e. those who did not themselves move into the occupied territory – are treated differently from settlers themselves, and can be considered part of the local population. For example, European Court of Human Rights has suggested that after the passage of time since the 1975 Turkish invasion of northern Cyprus, Turkish settlers can be considered part of the local population for whom compensated property takings can be implemented. In *Demupolous v Turkey* (ECtHr 2010), the Court wrote about Northern Cyprus: [11]

Generations have passed. ***The local population has not remained static.*** *Turkish Cypriots who inhabited the north have migrated elsewhere; Turkish Cypriot refugees from the south have settled in the north;* ***Turkish settlers from Turkey have arrived in large numbers and*** *Much Greek Cypriot property has changed hands at least once, whether by sale, donation or inheritance....* ***established their homes.***

The Court went on to say that the "passage of time and continuing evolution of the broader political dispute" and the interests of the settlers were legitimate considerations

[11] Par. 85 (emphasis added).

for the occupation authorities to consider in adopting a scheme of compensation for any private property owners whose land was taken.[12]

Similarly, the United Nations Human Rights Council distinguishes between "Turkish settlers" in Northern Cyprus and their children, who are not considered part of the settler population.[13] Furthermore, internationally-backed conflict resolutions to numerous situations of occupation give the descendants of settlers the same political rights in voting on the future of the territory as those enjoyed by the local population.[14] Given the very young average age of the Israeli population in Judea and Samaria, and that the vast majority of population increase there is a result of births not migration, it would not be unreasonable to presume that a significant portion of the population of the yishuvim could be considered "local" under this international practice, even assuming the Geneva Conventions apply.

International diplomatic consequences

Israel is not a member of the International Criminal Court. While the Court's prosecutor has provisionally recognized "the State of Palestine" as a member, the decision is legally baseless, and Israel (and its allies such as the U.S. and UK) does not recognize its validity. Even if Palestine were a state, there no reason to think Area C falls within its jurisdiction, [15]and certainly Israel should not encourage this view.

The most dangerous thing about this bill is the view that it would fall within the jurisdiction of the ICC. If Israel acts as if ICC has jurisdiction, it surely encourages ICC to act as if it does. That is, the views of the legal advisors can be seen by the ICC as in

---

[12] Id., at Par.116.

[13] *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the question of human rights in Cyprus*, A/HRC/28/20, Par. 31 (Jan. 23, 2015). See also, *U.K. Parliament Foreign Affairs Committee Report*, http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmselect/cmfaff/196/19604.htm, par. 41, which argues that the children of settlers "should not be treated as a separate category" from the local population.

[14] See Eugene Kontorovich, *Unsettled: A Global Study of Settlements in Occupied Territories*, Northwestern Public Law Research Paper No. 16-20 (2016), available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2835908.

[15] Eugene Kontorovich, *Israel/Palestine – The ICC's Uncharted "Territory,"* 11 JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 979-99 (2013)

affect admitting ICC jurisdiction over Israeli actions in Judea and Samaria. This would greatly encourage ICC action, because instead of having to prove Palestinian statehood, Palestinian borders, and the applicability of the law of occupation, they could just say that Israeli officials have already admitted it. That is why Israel must challenge ICC jurisdiction at every juncture, and must be very careful to take no action that would seem to implicitly concede it. Indeed, the ICC Prosecutor is much more likely to succeed with an investigation of countries that in effect accept its legitimacy than those who do not and refuse to cooperate in any way. **Thus if the Knesset signals its support of Israeli legal advisors who have already in essence convicted Israel in The Hague themselves, the ICC Prosecutor would likely see this as an encouragement to act.**

The ICC Prosecutor has many legally baseless views about Israel, such as that it occupies Gaza. The fact that the ICC Prosecutor thinks this and may act on it is no reason for Israel to accept it. To be sure, the ICC prosecutor will likely see Hok Hasdera act as problematic. But it is no more problematic than any building or action across the Green Line. In the ICC Prosecutor's view, building apartments in Gilo is also illegal; providing infrastructure to existing communities is illegal; demolishing Palestinian homes built without permits is illegal.[16] If the Knesset conforms its actions to the ICC's likely view, it must cease all building, infrastructure and other activities. **There is no way to distinguish this law, in its ICC implications, from any other activity Israel takes in Judea and Samaria, and condemning the law condemns those activities.** Indeed, this is arguably less severe than construction in settlements, as it involves the payment of

---

[16] See ICC Office of the Prosecutor, *Report on Preliminary Examinations* (2016), at par. 130 (emphasis added):

> *Alleged settlement activities*: The Israeli government has allegedly led and directly participated in the planning, construction, development, consolidation and/or encouragement of settlements on West Bank territory. This settlement activity is allegedly created and maintained through the implementation of a set of policies, laws, and physical measures. Such activities are alleged to include the **planning and authorisation of settlement expansions or new construction at existing settlements**, including the regularisation of constructions built without the required authorisation from Israeli authorities (so-called outposts); the confiscation and appropriation of land; **demolitions of Palestinian property and eviction of residents; discriminatory use of basic infrastructure and resources**, such as water, soil, grazing lands, and market; imposition of other forms of access and movement restrictions upon Palestinians; and a scheme of subsidies and incentives to encourage migration to the settlements and to boost their economic development.

compensation. Palestinians do not receive compensation for suffering the "crime" of having Israeli neighbors.

In short, while it is likely these bills will be invoked in hostile lawfare efforts against Israel, the abandonment of the bill would not stop these efforts, and may encourage them. **However, if the Knesset rejects these bills in reliance on ICC threats, it risks legitimizing the broader international legal theories that the ICC and others use against Israel. The easiest case for the ICC to make against Israel is one where Israel itself has conceded the fundamental principles.**

Professor Eugene Kontorovich
Prof. Eugene Kontorovich is a professor of international and constitutional law and Northwestern University's Pritzker School of Law. His prolific scholarship has been published in leading academic journals, and cited by federal and foreign courts in important international and foreign relations law cases.

He is widely recognized as a primary authority of legal and diplomatic issues related to the Israel-Arab conflict. His analysis about the legality of Israel's presence in Judea and Samaria have revolutionized discussions of this issue. As a prominent conservative commentator recently wrote, Kontorovich "has emerged as a one-man legal lawfare brain trust" as well as "one of the cagiest commentators" on Israel.

Prof. Kontorovich is also a prominent constitutional law scholar, particularly in the field of U.S. foreign relations law. His writings have played an important role in developing the constitutional and intellectual case against excessive U.S. involvement in international legal institutions. His frequent commentary has provided some of the basic intellectual support for a range of current issues ranging from the case against early voting to the illegality of the Iran deal.

He has been deeply engaged in numerous public policy initiatives. Most recently, Prof. Kontorovich is the policy mastermind of the wave of state laws opposing boycotts of Israel, which have been adopted in 14 states in the past 18 months. He wrote a Supreme Court amicus brief in the Jerusalem passport case. He is regularly called on to advise legislators and cabinet members in the U.S., Israel, and Europe on questions pertaining international law.

Prof. Kontorovich's is a regular contributor to the *Washington Post*'s Volokh Conspiracy blog, and his essays and op-eds have appeared in the *New York Times, Wall Street Journal, Los Angeles Times, USA Today,* POLITICO, and many other leading publications. He is regularly sought out for legal commentary by the nation's major news organizations.

He attended college and law school at the University of Chicago, and later taught there. He clerked for Judge Richard Posner on the United States Court of Appeals for the Seventh Circuit. In a previous career, he was a newspaperman at Wall Street Journal, and New York Post. He has been honored with a fellowship at the Institute for Advanced Study in Princeton, in 2011-12, and with the Federalist Society's prestigious Bator Award, given annually to a young scholar (under 40), for outstanding scholarship and teaching.

Prof. Kontorovich's deep expertise makes him particularly well suited to dealing with Israel-related issues. Moreover, his broad experience in both international and constitutional law issues make him a strong candidate for a position that requires scope and versatility, such as the State Department Legal Advisor, or White House advisor. He can provide the legal and policy tools for reorienting the U.S. approach to international organizations and treaties to best serve American interests.