

העותרים :

1. ראש מועצת הכפר עין יברוד
2. ראש מועצת הכפר יאסוף
3. ראש מועצת הכפר ג'אלוד
4. ראש מועצת הכפר אל-מע'ייר
5. ראש מועצת הכפר תורמוסעיה
6. ראש מועצת הכפר קריות
7. ראש מועצת הכפר יתמא
8. ראש מועצת הכפר קצרה
9. ראש מועצת הכפר סינג'יל
10. ראש מועצת הכפר אל-ח'אדר
11. ראש מועצת הכפר דיר דיבואן
12. ראש מועצת הכפר מחמאס
13. ראש מועצת הכפר דיר ג'ריר
14. ראש מועצת כפר מאלכ
15. ראש מועצת כפר עקב
16. ראש מועצת הכפר דורא אל קרע
17. ראש מועצת הכפר אלבירה
18. ראש מועצת הכפר ענאתא
19. ראש מועצת הכפרים אמאתין-פרעתא
20. ראש מועצת הכפר ג'ית
21. ראש מועצת הכפר ארטאס
22. ראש מועצת הכפר זעתרה
23. XXX
24. XXX
25. XXX
26. XXX
27. XXX
28. יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם, ע"ר 580442622
29. האגודה לזכויות האזרח בישראל, ע"ר 580011567
30. ש.ע.ל - שלום עכשיו לישראל מפעלים חינוכיים, ע"ר 580037430
31. במקום – מתכננים למען זכויות אדם בתכנון, ע"ר 580342087
32. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר, ע"ר 580163517
33. קרן נשים למען זכויות אדם בע"מ (מחסום WATCH) חל"צ - 513573139
34. שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם, ע"ר 580151967
35. עמק שווה בע"מ, חל"צ 514214295
36. רופאים לזכויות אדם, ע"ר 580142214
37. גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע, ע"ר 580438174
38. עקבות המכון לחקר הסכסוך הישראלי-פלסטיני, ע"ר 580578680
39. עיר עמים, ע"ר 580361202
40. חקל – ברית להגנה על זכויות אדם, ע"ר 580633816

כולם באמצעות עוה"ד מיכאל ספרד ו/או אמילי שפר עומר-מן ו/או מיכל פסובסקי ו/או מוריה שלומות ו/או סופיה ברודסקי ו/או קרין תורן היבלר ;

וכן עוה"ד שלומי זכריה ו/או מיכל זיו ו/או מוחמד שקיר

כולם מרח' דוד חכמי 12, תל אביב 6777812 ;
טל : 03-6206947/8/9, פקס : 03-6206950

וכן עוה"ד דן יקיר ו/או רוני פלי ואח'
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, תל אביב 6515417
טל' : 03-5608185 ; פקס : 03-5608165

--- נ ג ד ---

1. המשיבים : הכנסת

באמצעות הלשכה המשפטית, הכנסת
טל' : 02-6408636, פקס' : 02-6753495

2. הממשלה

באמצעות מזכירות הממשלה, קרית בן גוריון, בנין ג',
ירושלים, 91950, טל' : 02-6109898, פקס' : 02.5605000

3. היועץ המשפטי לממשלה, ד"ר אביחי מנדלבליט

4. הפרקליט הצבאי הראשי, תא"ל שרון אפק

5. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלוף רוני נומה

6. ראש המינהל האזרחי, תא"ל אחוות בן חור

7. הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש במינהל האזרחי, יוסי סגל

באמצעות מחלקת הבג"צים, משרד המשפטים, ירושלים

עתירה לצו על תנאי ולצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא ייקבע, כי חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017 (להלן – "החוק") בטל ; לחלופין, מדוע לא יימנעו המשיבים 3-7 מליישם את הוראות החוק. החוק כפי שפורסם ברשומות מצ"ב ומסומן נספח ע/1 ; הצעת החוק מצ"ב ומסומנת נספח ע/2.

בקשה לצו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיבים 7-3 או לכל גורם אחר הפועל מטעמם שלא ליישם את סעיפים 7-3 ו-11 לחוק (להלן – "הסעיפים האופרטיביים") עד להכרעה בעתירה.

הצורך הדחוף בצו הביניים נובע מהוראות הסעיפים האופרטיביים, אשר על-פי נוסחם מחייבים את המשיב מס' 7 לבצע הפקעה כפויה ללא זכות ערר בזכויות קנייניות מובהקות של תושבים פלסטינים, וכן לבצע רישום של מקרקעין על שמו, הכל על פי לוחות זמנים דחוסים ודוחקים כפי שקובעים סעיפים אלה.

לאחר ביצועה של הפקעה כפויה זו, הסעיפים האופרטיביים קובעים מסלולי הקצאה של הזכויות הקנייניות המופקעות לצדדים שלישיים שונים, ומשכך, ובטרם ייווצרו ציפיות לצדדים שלישיים, מתבקש בית המשפט להורות למשיבים 7-3 שלא ליישם את הסעיפים האופרטיביים עד להכרעה בעתירה.

הנימוקים המלאים לבקשה לצו ביניים מופיעים לאחר הנימוקים לעתירה.

תוכן העניינים

6 1. פתח דבר

7 7. רקע עובדתי

7 א. הצדדים לעתירה

12 ב. הרקע הרלבנטי לחקיקת החוק

12 א. עתירות ופסקי דין בנוגע לבנייה הלא חוקית של ישראלים על אדמות פלסטינים

16 א. דו"ח ששון ודו"ח שפיגל

18 ג. חוק הפקעת מקרקעי פלסטינים ("החוק")

18 סעיף 1 – מטרה

18 סעיף 2 – הגדרות

20 סעיף 3 – רישומם של מקרקעין הטעונים הסדרה או נטילת זכויות השימוש והחזקה בהם:

22 סעיף 5 – הקצאת זכויות במקרקעין

23 סעיף 6 – השלמת הליכי תכנון

23 סעיף 7 – התליית הליכים ופקיעתם

24 סעיף 8 – פיצוי

24 סעיף 9 – ועדת השומה וסעיף 10 – ועדת ההשגות

24 סעיף 11 – הוראת מעבר לעניין יישובים המנויים בתוספת

ד. השוואה והבחנה בין הפקעה על פי חוק ההסדרה לבין חוקי הפקעה "רגילים" הקיימים בישראל

25 ובאזור

26 ה. עמדות היועץ המשפטי לממשלה, יועמ"ש הכנסת ויועמ"ש מערכת הביטחון בנוגע להוראות החוק

27 א. עמדת המשיב מס' 2, היועץ המשפטי לממשלה

ב. עמדת היועץ המשפטי לכנסת (כפי שבאה לידי ביטוי בחוות הדעת של היועץ המשפטי לוועדה המיוחדת שהוקמה

28 בכנסת לצורך הדיונים בחוק)

29 ג. עמדת היועץ המשפטי למערכת הביטחון

29 ו. פניות ועמדות העותרים במהלך ההליכים שנוהלו בפני ועדת הכנסת ולאחריהן

30 ז. ההשלכות האופרטיביות של החוק

34 7. הטיעון המשפטי

34 א. הטיעון המשפטי בקצרה

34 ב. הטיעון המשפטי (I) – הזכויות המופרות (משפט ישראלי ומשפט זכויות האדם הבינ"ל)

34 הזכות לקניין פרטי

35 הזכות לפרנסה

36 הפלייה פסולה על בסיס מוצא לאומי

39 ג. הטיעון המשפטי (II) – הפרה חמורה של המשפט הבינלאומי ההומניטארי

39 (1). המסגרת הנורמטיבית החלה על השליטה הישראלית בגדה

41 (2). החוק מהווה חריגה מסמכות / מעשה סיפוח אסור

- (3). החוק מהווה הפרה של חובת כיבוד הדין המקומי וחריגה מסמכות החקיקה המצומצמת הניתנת לכובש בדין הבינלאומי _____ 41
- (4). החוק מהווה הפרה של איסור הפגיעה בקניין הפרטי ושל איסור ההפקעה. _____ 43
- ד. הטיעון המשפטי (III) – הפרה של המשפט הפלילי הבינלאומי** _____ 45
- (I) נטילה נרחבת של רכוש שאינה מוצדקת ע"כ כורה צבאי _____ 46
- (II) תפיסה של רכוש האויב שאינה מוצדקת בצורך צבאי _____ 48
- (III) הכרזה שזכויותיהם ופעולותיהם של אזרחי הצד העוין מבוטלות, מושעות או בלתי קבילות בבית משפט _____ 48
- ה. הטיעון המשפטי (IV) – הפרת פיסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו** _____ 49
- א. תחולת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו _____ 49
- ב. החוק אינו חוקתי _____ 51
1. החוק פוגע בזכות לקניין, בזכות לפרנסה ובכבודם של בעלי האדמות _____ 51
2. החוק אינו הולם את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית _____ 52
3. תכלית החוק אינה ראויה _____ 53
4. החוק אינו מידתי _____ 56
- ה. הטיעון המשפטי (V) – חריגה מסמכות של המחוקק** _____ 57
- חוסר סמכות ופגיעה בעיקרון חוקתי שלא לפי תנאי פסקת ההגבלה _____ 57
- ו. סיכום הטיעון המשפטי _____ 59
- III. סוף דבר** _____ 60
- נימוקי הבקשה לצו ביניים** _____ 61

I. פתח דבר

1. בליל ה-6 בפברואר 2017 הורתה המשיבה מס' 1, הכנסת, למשיבים 3-7 ולכל רשויות המדינה האחרות הפועלות בגדה המערבית, **לבצע פשע מלחמה**.
2. חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017 (להלן: "החוק") מורה לרשויות האזור (כהגדרתן בחוק) להפקיע את הזכויות בכל האדמות הפרטיות השייכות לפלסטינים החיים בגדה המערבית תחת תפיסה לוחמתית של צה"ל, ושישראלים פלשו אליהן ובנו עליהן או נטעו עליהן בניגוד לחוק, ובלבד שעשו כן בטרם כניסת החוק לתוקף.
3. **ובכדי לקיים עד תומו את הפסוק "הרצחת וגם ירשת", החוק מוסיף ומורה לרשויות המדינה בשטח הכבוש להעביר את האדמות המופקעות לשימושם של הפולשים ועברייני הבניה ולהכשיר בדיעבד תכנונית את הבניה והשימוש כאמור**.
4. היות שהיקף הפלישה של ישראלים לאדמות פלסטיניות פרטיות והיקף הבניה הלא חוקית שבוצעה עליהן בשנים האחרונות הוא עצום, בין היתר בשל מדיניות האכיפה הקלוקלת והמוטה פוליטית שאפשרה את התופעה, הרי שגם היקף ההפקעה עליה מורה החוק הוא גדול מאוד. הערכה שביצעה העותרת, תנועת שלום עכשיו, מעלה כי החוק יביא להפקעה של למעלה מ-8,000 דונם של אדמות פרטיות עליהן קיימת בניה ועוד אלפי דונמים רבים עליהם הפולשים נטעו גידולים חקלאיים.
5. כפי שיפורט להלן, האדמות המיועדות להפקעה **מצויות בבעלות של אלפי פלסטינים, ואף ייתכן שמדובר בעשרות אלפים**.
6. אם כן, המדובר בחוק שגוזל אדמות מאלפי אנשים (בהערכה זהירה) ומעבירן לשימוש של אחרים שפלשו אליהן, וכיוון הגזל עליו הוא מורה הינו חד-סטרי: ההפקעה נעשית רק מפלסטינים ומוטבי ההפקעה הם ישראלים בלבד. וכאמור לא כל ישראלי ייחנה מההפקעה אלא רק ישראלים שפלשו לאדמות המופקעות ובנו עליהן או עשו בהן שימוש אחר לא חוקי תוך גזילתן מבעליהן.
7. אכן, מדובר בחוק שבריש גלי מתענה לקרבנות ומעניק פרס לעבריינים.
8. וזה עוד לא הכל: **בחקיקת החוק, הכנסת התיימרה להפקיע זכויות באדמות המצויות מחוץ לשטח המדינה מאנשים שאינם אזרחים או תושבים של ישראל ולפיכך אינם שותפים ואינם מיוצגים בהליך החקיקה שהם קורבנותיו**.
9. **זוהי ההגדרה מילונית של משטר רודני: משטר הפוגע בזכויות של בני אדם אשר להם אין קול והשפעה על קביעת החוקים בו.**
10. לאור כל אלה, הכנסת הפרה באופן חסר תקדים בחריפותו ובוטותו את הנחיותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלא לפגוע בכבוד, בקניין ובזכויות נוספות. זהו מקרה מובהק של חוק פוגעני שאינו חוקתי.
11. בנוסף מדובר בחריגה מסמכות מובהקת של הכנסת אשר אין בסמכותה להסדיר את דיני המקרקעין בשטח שאינו שטחה הריבוני של מדינת ישראל.
12. אך, כמובן, החוק לא מפר רק את המשפט החוקתי הישראלי. כל הפקעה של נכסי דלא נידי של אזרחים מוגנים המצויים תחת משטר של תפיסה לוחמתית (כיבוש צבאי), בוודאי הפקעה נרחבת שכזו, מהווה הפרה חמורה של איסורים של המשפט הבינלאומי המינהגי, המעוגנים הן בתקנות

הנלוות לאמנת האג משנת 1907 והן באמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בעת סכסוך מזויין משנת 1949, ואף במסמכים עתיקים יותר, מימי מלחמת האזרחים האמריקאית באמצע המאה ה-19, המהווים אבן הבסיס של הדין ההומניטארי המודרני.

13. חמור מכך: יישום הוראות החוק לא רק יהווה הפרה של איסורים הקבועים במשפט ההומניטארי הבינלאומי אלא הוא אף עלול לסבך את האזרחים והקצינים שיתבקשו להוציאו לפועל בהפרת המשפט הפלילי הבינלאומי ובביצוע מגוון של פשעי מלחמה שהמרכזי שבהם הוא הפקעה נרחבת של רכוש שאינה מוצדקת ע"י כורח צבאי (סעיף 8(2)(א)(iv) לאמנת רומא בדבר חוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי – להלן: "חוקת רומא").

14. בכך הוסיפה הכנסת חטא על פשע וסיבכה את קציני צה"ל שאמורים לבצע את הוראות החוק בסכנה של ביצוע פשע בינלאומי שעליו הם עלולים להיות נרדפים מחוץ לישראל. אם-כך, החוק לא אדיש רק לסבלם של פלסטינים שאינם אזרחי המדינה וממילא נעדרים זכויות ומשקל בהווה הפוליטית הישראלית, אלא אף מוכן למען המטרה של גזל האדמות לטובת המתנחלים לסכן את קציני המינהל האזרחי ופיקוד מרכז ואולי גם אזרחים ישראלים שיהיו מעורבים ביישומו.

15. אי החוקיות, אי-החוקתיות, הפליליות ואי-המוסריות המובהקת של החוק, כמפורט לעיל ולהלן, אף הביאו באופן נדיר את כל ראשי השירות המשפטי הציבורי הנוגעים בדבר - היועץ המשפטי לממשלה, היועץ המשפטי לכנסת, היועץ המשפטי למערכת הביטחון והפרקליט הצבאי הראשי – להתנגד באופן נחרץ ופומבי לחקיקתו. היועץ המשפטי לממשלה אף הודיע כי לא יגן על החוק אם תוגש עתירה לבטלו לבג"ץ.

16. מביך, מביש ועצוב מאוד שלא נמצאו 61 ידיים בבית המחוקקים הישראלי כדי למנוע את החרפה של חקיקת חוק רודני, מרושע, גזלני ומפלה, שמפר את עקרונות וערכי היסוד של המשפט המודרני של כל אומות העולם, עקרונות שאמורים לשמש כבסיס הערכי שעליו הוקמה מדינת ישראל.

17. עצוב שאנו נדרשים לבקש סעד בעניין זה מבית המשפט הגבוה לצדק, אך אין לנו ברירה לנוכח הפגיעה החמורה והנרחבת שהחוק יגרום אם לא יבוטל לאלפי אנשים.

18. לפיכך מוגשת עתירה זו המבקשת מבית המשפט הנכבד לעשות את הדבר היחיד שרשות שופטת יכולה לעשות במצב שנוצר – להכריז על בטלותו של החוק.

II. רקע עובדתי

א. הצדדים לעתירה

19. העותרים 1-27 הינם תושבים פלסטינים וראשי מועצות כפרים פלסטינים ברחבי הגדה המערבית, אשר ישראלים פלשו לאדמותיהם ואדמות תושביהן ובנו עליהן בניגוד לכל דין; שדרכים נפרצו וכבישים נסללו עליהן ותשתיות שונות הונחו עליהן או בהן; ושבחלקן נטעו הפולשים ומקיימים בה חקלאות. כלל האוכלוסייה הפלסטינית המצויה בכפרים אלה הינה אוכלוסייה מוגנת בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי, אשר חל על השליטה הישראלית בשטחי הגדה המערבית.

20. כך, למשל, תושבי הכפר עין יברוד אשר העותר מס' 1 מהווה את נציגם בעתירה זו פנו מספר פעמים בעבר לבית המשפט הנכבד בעתירות אשר עוסקות בהחלטות גורמי אכיפת החוק שלא לממש את צווי ההריסה ביחס לבניה בלתי חוקית שבוצעה על אדמותיהם (ראו למשל: בג"ץ 9949/08 **מרים חמאד נ' שר הביטחון**, אשר עסק במקבץ הבניה הבלתי חוקית של המאחז עמונה על אדמות שבבעלות תושבי הכפר האמור לצד בעלי האדמות מהכפרים סילוואד וטייבה; בג"ץ 5023/08 **סעיד זהדי מוחמד שחאדה נ' שר הביטחון** [פסק דין מיום 8.2.2015] אשר עסק בתשעה מבני קבע אשר נבנו שלא כדין על אדמות תושבי הכפר עין יברוד; בג"ץ 4457/09 **מחמד אחמד יאסין מנאע נ' שר הביטחון** [פסק דין מיום 27.7.2011], אשר עסק במתקן לטיהור שפכי ההתנחלות עפרה אשר נבנה על אדמות תושבי הכפר שלא כדין ותוך שימוש בהיתרי בניה מזויפים).

העותר גם היה לצד תושבי הכפר אחד העותרים בעתירה בבג"ץ 7043/10 **שעיב נגד מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (במאוחד עם בג"ץ 10078/09 **ראש עיריית סילוואד נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** [פסק דין מיום 25.9.2011]) אשר עסקה בבינוי של גדרות ופריצות דרכי גישה אשר תחמו את גבולותיה של ההתנחלות עפרה וכלאו את אדמותיהם של העותרים דשם בין מתקנים אלה.

21. העותר מס' 2, ראש מועצת הכפר יאסוף, היה אחד מהעותרים בעתירה בבג"ץ 2297/15 **ראש מועצת הכפר יאסוף נ' שר הביטחון** [פסק דין מיום 7.2.2017], אשר עסקה בדרישה לאכיפת הדין ביחס לבניה הבלתי חוקית אשר בוצעה במאחז תפוח מערב, בחלקה הניכר בניה שבוצעה על אדמות פרטיות של תושבי הכפר יאסוף.

בגזרת הכפר יאסוף ידוע לעותרים כי קיימת גם בניה בלתי חוקית על אדמות פרטיות בהתנחלות האם כפר תפוח עצמה של כ-20 מבנים הכוללים יחידות דיור שונות וכן מבני ציבור.

22. העותרים 3-6, ראשי מועצות הכפרים תורמוסעיא, ג'אלוד, קריות ואל-מעיייר, הגישו בשנת 2014 עתירה נגד אי אכיפת הדין ביחס למבני המאחז עדי עד והתשתיות הסובבות אותו, אשר מצויות בחלקן על אדמות פרטיות (בג"ץ 8395/14 **ראש מועצת הכפר תורמוסעיא נ' שר הביטחון**; העתירה תלויה ועומדת).

במקרים אחרים עתרו תושבי כפרים אלה לבית המשפט הנכבד נגד החלטות של המשיב מס' 4 וכפיפיו שלא לאכוף את הדין ביחס לבניה בלתי חוקית ופלישות חקלאיות של תושבי המאחזים הסמוכים לכפרים אלה ולאדמותיהם החקלאיות של בעליהן (ראו למשל: בג"ץ 2186/11 **מחמוד מוחמד מחסן אלעארג' נ' מפקד כוחות צה"ל** [העתירה תלויה ועומדת]; בג"ץ 5411/14 **מועין יוסף מוסא נ' שר הביטחון** [פסק-דין מיום 30.1.2017]; בג"ץ 6174/15 **פאוזי אבראהים עבד חג' מחמד נ' ראש המנהל האזרחי בגדה המערבית** [העתירה תלויה ועומדת]; בג"ץ 7359/15 **פאוזי אבראהים עבד חג' מחמד נ' ראש המנהל האזרחי בגדה המערבית** [פסק דין מיום 22.12.2015]; בג"ץ 2759/09 **עבד אל נאצר חמד לבום - ראש מועצת הכפר קריות נ' שר הביטחון** [פסק דין מיום 20.8.2014]).

בדומה, לעותרים ידוע כי על אדמות פרטיות השייכות לתושבי הכפרים ג'אלוד ותורמועיא ממוקמים כ-12 מבנים (כחלק ממאחזי הסביבה - עדי עד, אש קודש ו-"הבית האדום").

ועוד בדומה, על אדמות פרטיות של תושבי הכפר קריות ממוקמים 14 מבני מגורים, חלקם במאחז "היובל" וחלקם במאחז "נוף הרים" הסמוכים שניהם להתנחלות עלי.

ההשתלטויות החקלאיות של ישראלים על אדמות פרטיות של תושבי כפרים אלה עצומה בהיקפה: כך, למשל, כ-1,150 דונם מאדמות הכפר ג'אלוד, כ-160 דונם מאדמות הכפר תורמוסעיא וכ-480 דונם מאדמות הכפר קריות, מצאו את דרכן להיות קרקע פורה להשתלטויות חקלאיות נעדרות אכיפה מצד המשיבים 4-5.

23. גם תושבי הכפר סינגייל, אשר העותר 9 משמש כנציגם בעתירה זו, פנו בעבר לבית המשפט הנכבד על מנת שיוורה לנציגי המנהל האזרחי, הפועלים תחת המשיב מס' 5 ובמסגרת חובתו לשמור על התושבים המוגנים ועל רכושם, בדרישה שיפעיל את סמכותו ביחס לפלישות חקלאיות שבוצעו לאדמותיהם על ידי תושביהם הישראלים של מאחזים המקיפים את הכפר (ראו למשל: בג"ץ 9711/10 מוחמד שבאנה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית [פסק דין מיום 24.10.2013]).

למיטב ידיעת העותרים למעלה מ-10 דונם מהאדמות החקלאיות אשר בבעלות תושבי הכפר נפלו קורבן להשתלטויות חקלאיות מצד תושבי מאחזים ישראלים המקיפים את הכפר.

24. אף תושבי הכפר אלח'אדר, אשר העותר מס' 10 משמש כנציגם בעתירה זו, עתרו לא אחת לבית המשפט הנכבד בכל הנוגע לבניה בלתי חוקית של ישראלים המתבצעת על אדמותיהם (ראו למשל: העתירות בבג"ץ 7292/14 מוסא ואח' נ' שר הביטחון [פסק דין מיום 1.9.2016] ובג"ץ 5480/15 מוסא נגד שר הביטחון [העתירה תלויה ועומדת] העוסקים בבניה בלתי חוקית במאחז נתיב האבות; בג"ץ 9413/12 עיריית אל ח'דר נ' שר הביטחון [פסק דין מיום 7.10.2014], העוסקת בבניה בלתי חוקית של מבנים ותשתיות על אדמות פרטיות של תושבי הכפר אל ח'אדר במאחז שדה בועז).

על פי נתונים המצויים אצל העותרים, כ-60 מבני מגורים, מבני ציבור ומבני תעשייה וחקלאות ממוקמים על אדמות שבבעלות תושבי הכפר אלח'אדר, בין היתר במאחז "דרך האבות" הסמוך לאלעזר, וכן בשולי ההתנחלויות אפרת ונווה דניאל.

25. בנוסף, תושבי הכפר דיר דיבואן, אשר העותר מס' 11 משמש כנציגם בעתירה זו, עתרו לא אחת לבית המשפט הנכבד בכל הנוגע לבניה בלתי חוקית של ישראלים המתבצעת על אדמותיהם (ראו למשל: בג"ץ 8887/06 אל נאבות' נ' שר הביטחון [פסק דין מיום 2.8.2011], אשר עסק במאחז מגרון; וכן בג"ץ 5383/09 אחמד שמעה וגיה עבד אלכרים נ' שר הביטחון, בג"ץ 4621/13 נהלה עבד אללה מחמד מנאצרה נ' שר הביטחון [פסקי דין מיום 11.11.2015], אשר עסקו בבניה בלתי חוקית במאחז "מצפה דני").

על פי נתונים המצויים אצל העותרים, עשרות יחידות דיור ומבני ציבור בהתנחלות מעלה מכמש ובמאחזי הלווין שלה מצפה דני ונווה ארז, מצויות על אדמות פרטיות בבעלות תושבי הכפר דיר דיבואן ומחמאס, אשר העותר מס' 12, ראש מועצת הכפר מח'מאס, משמש כנציגם.

26. גם תושבי הכפר דיר ג'ריר, אשר העותר מס' 13 משמש כנציגם בעתירה זו, עתרו לבית המשפט הנכבד נגד בניה בלתי חוקית של מאחז "מצפה כרמים" אשר נבנה שלא כדין על אדמותיהם (ראו בג"ץ 953/11 עבד אלפתאח סאלחה נ' שר הביטחון [העתירה עודנה תלויה ועומדת]).

על פי נתונים המצויים בידי העותרים כ-40 יחידות דיור ומבני ציבור המצויים במצפה כרמים נבנו שלא כדין על אדמות פרטיות בבעלות תושבי הכפר דיר ג'ריר. זאת, בנוסף לעשרות מבנים אחרים אשר נבנו שלא כדין על אדמות פרטיות של תושבי כפר מאלק (שהעותר מס' 14, ראש מועצת כפר מאלק משמש כנציגם) ותושבי דיר ג'ריר, בהתנחלות כוכב השחר הסמוכה למצפה כרמים. יצוין כי חלקים ניכרים מהבניה בכוכב השחר מצויים בתחומי צו תפיסה צבאי שהוצא לצרכים ביטחוניים בשנות ה-70.

לנתונים בדבר הבניה האמורה יש להוסיף את העובדה כי כ-700 דונמים של אדמות פרטיות בבעלות פלסטינית נפלו קורבן להשתלטות חקלאית על ידי ישראלים.

27. לגבי תושבי כפר עאקב, אשר העותר מס' 15 משמש כנציגם, אלה עתרו בעבר לבית המשפט הנכבד נגד בניה בלתי חוקית אשר התבצעה על אדמות הכפר (בג"ץ 6505/13 עלי דאוד אסמעיל ברכאת, ראש מועצת כפר עקב נ' שר הביטחון [פסק דין מיום 5.3.2014]). יוער, כי בעקבות הליך זה ביקשו נציגי

המשיב מס' 2 לבצע הכרזה על תא השטח שנידון בעתירה ולראותם כאדמות מדינה, אולם ביום 26.7.16 נקבע על ידי הערכאה המוסמכת כי ההכרזה שבוצעה בטלה וכי לא ניתן היה כלל לבצע הכרזה בתא השטח באופן בו הדברים בוצעו (ערר 68/13 ראש מועצת כפר עאקב נ' הממונה על הרכוש הממשלתי בגדה המערבית [החלטה מיום 26.7.2016; פורסמה בנבו]). משכך, ומשלא ניתן לראות באדמות אלה אדמות מדינה, היה על המדינה לעמוד בהתחייבויותיה לאכוף את הדין ביחס לבניה זו. על פי נתונים המצויים בידי העותרים, למעלה מ-200 יחידות דיור, מבני ציבור ומבני חקלאות ותעשייה, נבנו שלא כדין על אדמות פרטיות של תושבי כפר עאקב כמו גם תושבי הכפר סמוך בורקה, במתחמים הגובלים בהתנחלות כוכב יעקב.

28. אשר לתושבי דורא אל קרע, אשר העותר מס' 16 משמש כנציגם בעתירה זו, אלה פנו לא אחת בעבר לבית המשפט נגד בניה בלתי חוקית אשר מתבצעת על אדמתם מחוץ לתחומי ההתנחלות בית אל ובמאחזי הלויין שלה (ראו למשל: בג"ץ 9060/08 יאסין נ' שר הביטחון [פסק דין מיום 23.9.2011], אשר עסק בבניה במאחז המכונה ג'בל ע'רטיס/ גבעת האולפנה; בג"ץ 3615/14 פואקה נ' שר הביטחון (העתירה עודנה תלויה ועומדת)).

על פי נתונים המצויים בידי העותרים, על אדמות בבעלות תושבי דורא אל קרע ממוקמים כ-26 מבנים במאחז ג'אבל ערטיס (שכונת האולפנה) על אדמות פרטיות בבעלות תושבי דורא אל קרע.

כמו כן, סמוך להתנחלות בית אל עצמה ממוקמים עשרות רבות של מבני מגורים ומבני ציבור שונים, ללא היתרי בניה, מחוץ לתחום צווי התפיסה שהוצאו לצורך הקמת ההתנחלות בית אל (צווים מס' 1/70 ו-23/79), ואף מחוץ לתחום השיפוט של בית אל. חלקם אף מצויים על אדמות הכפר אל בירה, אשר העותר מס' 17, משמש כנציגם.

יוער, כי גם חלקים ניכרים מההתנחלות פסגות, אשר נבנתה על גבי אדמות פרטיות שנתפסו בצו תפיסה בשנות ה-70, מצויים על אדמות אל-בירה, על פי נתונים המצויים אצל העותרים (המדובר על עשרות יחידות דיור ומבני ציבור).

לכך יש להוסיף כי כ-70 דונמים מאדמות אל בירה סמוך להתנחלות פסגות הפכו להיות קרקע בהשתלטות חקלאית ישראלית שלא כדין.

29. תושבי הכפר ענתא, אשר העותר מס' 18 משמש כנציגם בעתירה זו, פנו לבית המשפט הנכבד זה לא מכבר בנוגע לבניה בלתי חוקית של כבישים ופריצת דרכים אשר התבצעה על אדמותיהם בסמוך להתנחלות עלמון/ענתות (בג"ץ 278/16 טאהא מחמד חמדאן נ' שר הביטחון [פסק דין מיום 20.9.2016]).

על פי מידע המצוי בידי העותרים, על אדמות שבבעלות תושבי הכפר נבנו מספר יחידות דיור בנקודה המכונה גבעת גרניט (נופי פרת), סמוך להתנחלות עלמון/ענתות.

30. תושבי הכפרים פרעתא ואמאתין, אשר העותר מס' 19 משמש כנציגם בעתירה זו, פנו בעבר לבית המשפט בנוגע לבניה בלתי חוקית של מבנים במאחז חוות גלעד, אשר התבצעה על אדמותיהם של אלה (בג"ץ 1486/12 עזת אסעד רשיד צואן נ' שר הביטחון [פסק דין מיום 22.4.2014]). גם חלק מאדמות הכפר גיית, שהעותר מס' 20 מייצג אותם, נפל קורבן להשתלטויות ממינים שונים מצד המאחז.

31. העותרים 23-26, ארבעה מתושבי הכפר אל-ח'אדר, מנהלים כבר שנים ארוכות מאבקים להשיב לחזקתם את אדמתם, כפי שאלה פורטו בין היתר במסגרת פסקי הדין בבג"ץ 8255/08 ובג"ץ 7292/14 המוזכרים לעיל. כחלק ממאבק רב שנים זה, בימים אלה העותרים מנהלים ערר בפני ועדת העררים הצבאית נגד הכרזה של המשיב מס' 7 על אדמותיהם כאדמות ציבור, הכרזה שבוצעה עוד בשנת 2014

(ערר 50/14 מוסא ואח' נגד ממונה על הרכוש הממשלתי). הוראות החוק ביחס לעותרים אלה יורידו את מאבקם זה לטמיון, שכן גם אם תצלח דרכם במסגרת הערר, לא יזכו אלה לממש את פירות מאבקם, ואדמותיהם שיוכרו כפרטיות יופקעו על ידי המשיבים.

32. העותר מס' 27, תושב הכפר תורמוסעיא, הינו חקלאי בעל אדמות רבות במרחב הכפר. מזה שנים רבות מנהל העותר הליכים משפטיים במטרה לפנות פולשים חקלאיים לאדמותיו, רובם מקרב המאחז הסמוך לכפר העונה לשם עדי עד, דוגמת בג"ץ 2186/11 שהוזכר לעיל. בעקבות עתירה זו, מתנהל מזה מספר שנים ערר בפני ועדת העררים הצבאית בעניין פלישה חקלאית שבוצעה לאדמות העותר ותושבים אחרים מהכפר תורמוסעיא (ערר 51/12 אסף אזולאי נ' ראש המנהל האזרחי). העותר ושאר תושבי הכפר נאבקים נגד מדיניות העדר אכיפה ביחס לבניה בלתי חוקית ופלישות נוספות של תושבים של מאחזי הסביבה, בין היתר במסגרת בג"ץ 8395/14 הנזכר לעיל, אשר העותר מס' 27 הינו אחד מהעותרים בעתירה דשם.

33. כפי שיפורט להלן, העותרים מייצגים קהילות שלמות אשר אדמותיהן הפרטיות נפלו קורבן להשתלטות מסוגים שונים של תושבים ישראלים ברחבי הגדה המערבית: מי בבינוי מבני מגורים, מבני ציבור ומבנים לצורך תשתיות; מי בפריצת דרכים, סלילת כבישים, גידורים שונים והקמת "מתקנים"; ומי באמצעות פלישה חקלאית רחבת היקף לאדמות פרטיות.

34. הצגת העותרים שלעיל מלמדת כי תופעת הפלישה והבניה או הנטיעה הבלתי חוקית ברחבי הגדה המערבית תוך הפרת זכויות הקניין של התושבים המוגנים, הינה תופעה רחבה החורגת מאזור כפר אחד או נפה מסויימת. היא מעידה כי במהלך השנים, בעלי האדמות בחרו בפניה למאבק משפטי על מנת להוביל לאכיפת החוק ביחס לרכושם, לנוכח אזלת היד המכוונת שגילו רשויות אכיפת החוק, בהוראת הדרג המדיני. בסופו של יום, רובם של ההליכים שנזכרו לעיל (כמו גם רבים אחרים אשר אינם מוזכרים לעיל שכן הם אינם נוגעים ישירות לעותרים ולקהילות המיוצגות על ידם) הובילו לכך שחרף אי הרצון המופגן של המדינה לאכוף את הדין ביחס לעבירות אלה, רק בעקבות התערבות בית המשפט – בין אם באמצעות פסקי דין ובין אם במסגרת התחייבויות של המדינה שלוו בבחינה של בית המשפט – מומשו הליכי אכיפת החוק והושב מעט מכבודו לאזור. את המעט הזה, החוק הנוכחי מבקש לאיין.

35. העותרים 28-40 הינם ארגונים של החברה האזרחית בישראל, אשר מתוקף פועלם רב השנים בתחום ההגנה על זכויות האדם של תושבים פלסטינים ברחבי הגדה המערבית וירושלים המזרחית, וכן בתחום השגת השלום בין ישראל לבין שכנותיה, מתעדים סוגים שונים של פגיעות בזכויותיהם של התושבים המוגנים בשטח הכבוש של הגדה המערבית ומעניקים סיוע משפטי או אחר לקורבנות ההפרות.

36. חלק מעותרים אלו היו מעורבים בשנים האחרונות, ועודם מעורבים כיום, בהליכים משפטיים שמטרתם להגן על זכויות הקניין של פלסטינים, בין היתר מפני פלישה וגזל שנעשה על-ידי תושבים ישראלים הפוגעים בהם, לעיתים בסיוע הרשויות, וכן בהליכים תכנוניים העלולים להביא להדרת בעלי האדמות הפלסטינים מאדמותיהם או להגביל את זכות הגישה אליהן.

37. המשיבה מס' 1, הכנסת, הינה בית המחוקקים ובית הנבחרים הישראלי. הזכות לבחור ולהיבחר לכנסת נתונה על-פי חוק יסוד: הכנסת לאזרחי מדינת ישראל בלבד. **העותרים 1-27 אינם יכולים לבחור ולהיבחר לכנסת והם מנועים מלהיות מעורבים בהליכי החקיקה.**

38. המשיבה מס' 2, היא הממשלה, הינה הגורם המאגד את הרשות המבצעת בישראל והיא מוסמכת לפעול על פי חוק יסוד: הממשלה בתחומים הקבועים בחוק. היא משיבה דרושה לאור הודעת היועץ

המשפטי לממשלה מיום 1.3.2017, לפיה הוא התיר לממשלה להיות מיוצגת בנפרד בעניין זה על ידי עורך דין פרטי שיישכר על ידה.

39. המשיב מס' 3, היועץ המשפטי לממשלה, הינו העומד בראש המערכת המשפטית של הרשות המבצעת בישראל. בין תפקידיו של המשיב ניתן למנות את היותו ראש התביעה הכללית מטעם המדינה, הגורם האחראי על ייצוג רשויות המדינה בבתי המשפט, ייעוץ לממשלה בעניינים משפטיים וייעוץ בהכנת תזכירי חוק של הממשלה. בפרט, המשיב מייצג את האינטרס הציבורי ואת השמירה על קיום החוק ושלטון החוק במדינה. המשיב מס' 2 מחוייב לייצג את האינטרס הציבורי וכן מהווה הגורם המוסמך לפרש את הדין במדינת ישראל עבור הממשלה, הביע את עמדתו בגלוי ובפומבי כי החוק נשוא העתירה אינו אינו חוקתי עד כדי מניעות משפטית, כפי שיורחב עוד להלן.

40. המשיב מס' 4, הפרקליט הצבאי הראשי, הינו הגורם המשפטי הבכיר בצבא ההגנה לישראל, ומשמש הן כראש מערכת אכיפת החוק הצבאית והן כיועץ המשפטי העליון לפיקוד הבכיר בצבא. מתוקף תפקידו מייעץ הפצ"ר לגורמי צה"ל השונים ומנחה אותם בדבר חובותיהם וסמכויותיהם על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי החולש על אזור הגדה המערבית.

41. המשיב מס' 5, מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, הינו חליפו של הריבון אשר היה בשטח עובר לכיבוש הגדה המערבית על ידי כוחות צה"ל בשנת 1967. דיני הכיבוש הבינלאומיים הם שהאצילו למשיב זה, במגבלות מסוימות וחשובות, את סמכויות הניהול, המינהל והחקיקה בשטח המוחזק על-ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית והטילו עליו את החובה להחזיר לאזור את הסדר והביטחון ולהגן על האזרחים המוגנים שבו ועל זכויותיהם.

42. המשיב מספר 6, ראש המינהל האזרחי, עומד בראש הגוף שהוקם על-ידי הצבא לצורך ניהול המערכות האזרחיות של השטח הכבוש, ובין היתר ניהול מרשם המקרקעין וענייני תכנון ובנייה. בהתאם להסכם הביניים בין ישראל לארגון לשחרור פלסטין שנחתם בווינגטון בשנת 1995, המינהל האזרחי מנהל את ענייני המקרקעין באזור C בלבד.

43. המשיב מס' 7, הממונה על הרכוש הממשלתי במינהל האזרחי, הינו הגוף המוסמך על פי הצו בדבר רכוש ממשלתי (מס' 59) (יהודה ושומרון), לנהל את הרכוש הממשלתי, כפי שהורה לו המשיב מס' 5. בהתאם להוראות החוק מושא עתירה זו, משיב זה אמור ליטול זכויות קנייניות במקרקעין פרטיים, לרבות של העותרים ושל תושבי הכפרים החיים בהם, ולהעביר אותם לשימושם הבלעדי של תושבים ישראלים אשר עושים במקרקעין אלה שימוש בלתי חוקי וללא כל הרשאה מטעם הבעלים החוקיים שלהם.

ב. הרקע הרלבנטי לחקיקת החוק

I. עתירות ופסקי דין בנוגע לבנייה הלא חוקית של ישראלים על אדמות פלסטינים

44. במסגרת הצגת העותרים הבאנו לעיל מקצת מההליכים שהתנהלו בפני בית המשפט הנכבד, הנוגעים לתופעה הנרחבת – ללא ספק ראויה לתואר מכת מדינה (או: מכת "אזור") – של אי אכיפת הדין בשטחי הגדה המערבית ביחס לפלישה ולבניה ישראלית בלתי חוקית המתרחשת זה שנים על אדמות פלסטיניות פרטיות, וכן שימושים אחרים, ביניהם חקלאיים, שנעשים על-ידי ישראלים באדמות פלסטיניות פרטיות. אין המדובר במקרים ספוראדיים, וגם לא בהכרח ביוזמות "פרטיות".

45. לא אחת מדובר בפלישות מתוכננות ומכוונות המונחות על-ידי גורמים מקרב ההתיישבות, לרבות מועצות אזוריות ומקומיות. זאת ועוד: מכת הפלישות והגזל של אדמות לוותה במשך שנים (ועדיין במידה רבה) בעצימת עיניים חזקה של המינהל האזרחי ושל המשיב מס' 5 ולמרבית הצער והבושה, לא אחת, גורמים שלטוניים סייעו שלא כדין להקמתם של מבנים אלה.

46. לאורך חמישים שנות כיבוש, אישר בית המשפט הנכבד קשת רחבה של מדיניות ופרקטיקות שהפעילו הרשויות בשטח הכבוש. חלקן הביאו לפגיעה בזכויות של התושבים המוגנים וזאת בשל האיזון שערך בית המשפט בין לבין אינטרסים אחרים ובעיקר האינטרס הביטחוני. אולם פסיקותיו של בית המשפט הנכבד היו חד משמעיות לגבי האיסור המוחלט על פגיעה בקניין פלסטיני למטרות אידאולוגיות-התיישבותיות. המדובר בעקרון ממנו לא סטה בית המשפט לאורך שנים רבות שהחלו בפרשת אלון מורה (בג"ץ 390/79 עזת מחמד מוסטפה דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (1) 1 (1979)) והמשיכו בפסיקותיו ביחס למאחזים ולבניה אחרת על גבי אדמות פרטיות.

47. כך, בפרשת מגרון שהוזכרה לעיל (בג"ץ 8887/06 בעניין אל נאבות), קבע בית המשפט את הדברים הנכוחים הבאים (פסק דין מיום 2.8.2011, פסקה 16 לפסק דינה של הנשיאה ביניש):

"הקו המנחה ובעל המשקל המכריע בהכרעותינו השיפוטיות הוא כי על רשויות המדינה לפעול לקיום החוק ולאכיפתו באזור, במיוחד כך כאשר הפרת החוק פוגעת בזכויות הקניין של התושבים המוגנים; זאת, כפי שצוין קודם, אף בהתאם לעמדתה המוצהרת של המדינה אשר הובאה בפנינו פעמים רבות. אין חולק כי על פי דין אין להקים ישוב על קרקע פרטית של תושבים פלסטינים, וגם לשיטת המשיבים יש לראות בחומרה רבה פגיעה בזכות הקניין של תושבים אלה. לפיכך אף הציבה המדינה עקרון זה בראש סדרי העדיפויות לאכיפת החוק באזור.

מדיניותה המוצהרת של ממשלת ישראל עולה בקנה אחד עם העקרון הבסיסי המנחה את בית המשפט הזה עוד מראשית דיוניו בסוגיית הקמת הישובים באזור יהודה ושומרון. בפרשת אלון מורה הנ"ל, נאמר עוד מפי הנשיא מ' לנדוי:

"... כאשר בזכויות קניין של הפרט המדובר, אין לפטור את העניין בטענה של 'יחסיות' הזכות. לפי שיטת המשפט שלנו זכות הקניין של הפרט היא ערך משפטי חשוב המוגן בדין האזרחי והפלילי כאחד, ואין נפקא מינה, במה שנוגע לזכותו של בעל האדמה להגנה על רכושו על-פי דין, אם האדמה היא אדמה מעובדת או אדמת טרשים" (שם, בעמ' 15-14).

ברוח הדברים שנאמרו בפסק-הדין האמור ובפסקי-דין רבים נוספים שיצאו מלפנינו במשך השנים, נאמר אף אנחנו, כי הדין מחייב את המדינה שלא לנהוג בגרירת רגליים מתמשכת בנסיבות בהן עליה לפעול לאכיפת החוק, במיוחד כך כשהיא עצמה אינה חולקת על חובתה זו.

כך גם במסגרת עתירה, אשר במסגרתה התבקשה אכיפת צווי תיחום שהוציא המשיב מס' 5 לשישה מאחזים בתחומי האזור, נקבעו בבג"ץ 7891/07 ש.ע.ל מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון [פסק הדין מיום 18.11.2013] הדברים הבאים החשובים לענייננו (פסקה 13 לפסק דינו של הנשיא גרוניס):

"בנוסף לסוגיית העמידה בהתחייבויות וקיום מדיניותה המוצהרת, המקרה הנדון בעתירה מעורר סוגיה נוספת הנוגעת לפגיעה בזכויות הקניין של התושבים המוגנים ביהודה ושומרון. לא אחת צוין בפסיקה כי אכיפת החוק ביהודה ושומרון מקבלת משנה

חשיבות כאשר ההפרות מביאות לפגיעה בזכויות קנייניות (ראו, למשל, בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (1) 1, 14-15 (מ"מ הנשיא מ' לנדוי; (1980) פרשת אל-נאבות, בפיסקה 16). כך הדבר, כאשר המבנים נשוא ההפרה מצויים על קרקע פרטית. במוקד העתירה שלפנינו ישנם גם מבנים הבנויים על קרקע פרטית. על כן, ככל שמדובר במבנים אלה, יש להתחשב גם בהיבט הקנייני, נוסף על השיקולים של שלטון החוק. יצוין, כי ניתן להניח שזכות הקניין של התושבים המוגנים היא הטעם המרכזי העומד בבסיס המדיניות השונה שמבקשת המדינה לנקוט כלפי מבנים המצויים על קרקע פרטית (אותם מבקשת המדינה לפנות) לעומת המדיניות הננקטת ביחס למבנים המצויים על אדמות מדינה (אותם, ככלל, מבקשת המדינה להכשיר)."

48. גם בפרשת עפרה שהוזכרה לעיל (בג"ץ 5023/08 בעניין שחאדה), ביקשה המדינה כי גורלם של תשעת המבנים נשוא העתירה – אשר אינו שונה לדבריה ממצבם של מבנים רבים בהתנחלות עפרה – יוכרע במסגרת הסדר קבע בין ישראל לבין הפלסטינים, אשר יקבע את גורלה של עפרה כולה. בית המשפט דחה עמדה זו מכל וכל וקבע את הדברים הבאים (הדגשות הוספו):

"15. אשר על כן, העתירה שלפנינו נוגעת למבנים אשר אין עוררין כי בנייתם נעשתה באופן בלתי חוקי. מדובר בבנייה על מקרקעין מוסדרים, המצויים בבעלות פרטית פלסטינית. כך לפי הרישום במרשם המקרקעין, שלא נסתר בהליך דנא. בנוסף, הבנייה נעשתה תוך הפרת צווי ההפסקה וצווי ההריסה שהוציאו הרשויות והושלמה במה שנחזה כמחטף שנעשה לאחר הגשת העתירה. בנסיבות העניין, ספק אם ניתן להכשיר את הבנייה, אף בדיעבד. יתרה מכך, לא נטען לפנינו באופן ממשי (להבדיל מטענות כלליות שנטענו בעלמא) כי נעשו מהלכים לשם הסדרה תכנונית של בנייה זו או כי כלל ישנו תכנון לעשות כן. משכך, אינני רואה כל טעם להימנע מביצוע הצווים שהוצאו לגבי המבנים. כפי שהבהרנו באחת הפרשות:

"חיוב המדינה לפנות ולהרוס את המבנים המצויים על קרקע פרטית אינו אלא הגשמה של מדיניות שהמדינה עצמה ביקשה לנקוט, פעם אחר פעם, תוך שנקבה מועדי יעד לביצועה. מדיניות זו, המתבטאת בין השאר גם בהצבת המבנים על קרקע פרטית בראש סדרי העדיפויות לאכיפה, נותנת ביטוי ראוי לזכות הקניין של התושבים המוגנים ולערכי שלטון החוק" (עניין ששת המאחזים, בפיסקה 16 (פסק הדין החלקי מיום 18.11.2013)).

16. איני מקל ראש במשמעויותיה של ההחלטה להורות על ביצוע צווים שמכוחם יפונ וייהרסו מבנים המשמשים למגורי תושבים. מובן כי להחלטה זו משמעויות קשות וכואבות עבור התושבים ומשפחותיהם, שהשתקעו ביישוב וודאי התערו בקהילה שבו. עם זאת, אין בכך כדי להצדיק בנסיבות העניין הכשרה למעשה של בנייה בלתי חוקית על קרקע פרטית או כדי להכשיר אי-אכיפה של הדין מצד רשויות המדינה, וזאת, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם המדיניות שקבעו הן עצמן. **לו הוחלט לדחות את העתירה, היה בכך משום מתן היתר לפגיעה חריפה בזכויות התושבים המוגנים באזור ובשלטון החוק, וזאת אין לקבל.**"

49. בפרשת עמונה שהוזכרה לעיל (בג"ץ 9949/08 בעניין חמאד), קבע בית המשפט (מפי הנשיא גרוניס ובהסכמת השופטים חיות ומלצר), את הדברים הבאים (פיסקה 15 לפסק הדין; ההדגשות הוספו):

"על המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון מוטלת החובה לפעול באופן אקטיבי על מנת להגן על זכויות הקניין הפרטי של התושבים המוגנים, ובכלל זאת להגן עליהם מפני בנייה שלא כדין על אדמתם והשתלטות עליה. לפיכך, קיומה של בנייה בלתי חוקית על קרקע בבעלות פרטית מחייבת את אכיפתם, בעדיפות גבוהה, של צווי הפסקת העבודה וההריסה."

ובפסקה 17 באותו פסק דין קבע בית המשפט כי הערך של שמירה על זכויות הקניין של הפרט ואכיפת שלטון החוק גובר באופן ברור על הקושי של פינוי יישוב שלם דוגמת המאחז עמונה :

"17. לא בנקל מורים אנו על ביצוע של צווים שמתוקפם יפוגו מבני היישוב, המשמשים למגורים של תושביהם במשך שנים לא מעטות. אין ספק כי השלכות ביצועם של צווי ההריסה קשות וכואבות הן עבור התושבים ובני משפחותיהם, אשר השתקעו ביישוב והקימו בו קהילה משותפת. עם זאת, אין בקושי זה כדי לאפשר הכשרה של בנייה בלתי חוקית על קרקע פרטית, ואין בו כדי להצדיק אי-אכיפה של הדין מצד המשיבים 1-4. אי פינויים של המבנים מהווה הפרה של התחייבויותיהם החוזרות של המשיבים 1-4 בפני בית המשפט לביצועם של צווי ההריסה, תוך פגיעה חריפה בזכויותיהם של התושבים המוגנים באזור ומניעת גישתם לקניינם הפרטי. פגיעה זו בשלטון החוק ובזכויות התושבים המוגנים היא המחייבת, על אף הפגיעה בתושבי היישוב, את פינויים של המבנים בשטחו."

50. במקרה אחר קבעה המשנה לנשיא נאור (כתארה אז), כי "העיקרון לפיו אין לאפשר בנייה בקרקע פרטית הוא עקרון מקודש" (בג"ץ 9669/10 קאסס נ' שר הביטחון [פסק דין מיום 8.9.2014], פסקה 15), וכן כי: "ההבחנה בין קרקע פרטית לאדמות מדינה בכל הנוגע להכשרת בנייה בדיעבד, נובעת בעיקר מכך שמן הפן הקנייני – לא ניתן להכשיר בנייה פרטית על קניין פרטי". (שם, פסקה 8 לפסק דינה של השופטת נאור).

51. במקרה נוסף, אשר עסק במאחז דרך האבות המצוי על אדמות הכפר אל-ח'אדר (בג"ץ 7292/14 מוסא נ' שר הביטחון שהוזכר לעיל), נקבע כי :

"כאשר דובר במקרים שעסקו בבניה בלתי חוקית על קרקע פרטית פלסטינית, ניתן משקל רב לחובתו של המפקד הצבאי להגן על קניינם של תושבים מוגנים באזור" (פסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה נאור וכן ראו פסקה 26 שם).

52. בפסקי דין אחרים אשר יצאו תחת ידו של בית המשפט הנכבד, היכן שביקשו בעלי אדמות פלסטינים כי יעשה שימוש בכלים הקיימים בידיו של המשיב מס' 5 לאכיפת הדין ביחס לפלישות חקלאיות אשר אינן כוללות מבני מגורים, קבע בית המשפט את הדברים הבאים :

11. הוראותיו של צו שימוש מפריע מגשימות את חובתו של המפקד הצבאי לשמור על הסדר הציבורי באזור ואת חובתו לשמור ולהגן על קניינם של התושבים המוגנים. מקורן של חובות אלה בהוראות המשפט הבין-לאומי המחייבות את המפקד הצבאי, ובפרט בתקנות 43 ו-46 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית משנת 1907, המהוות חלק מהמשפט הבין-לאומי המנהגי המחייב את ישראל. כפי שמציין ראש המנהל האזרחי בתגובתו לעתירה מיום 10.11.2009, הצו נועד ליתן מענה מקיף לצורך למלא ביעילות אחר חובות אלה, ולפתור את הבעיה עליה הצביע בית משפט זה בבג"ץ 548/04 אמנה – תנועת ההתיישבות של גוש אמונים נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נח(3) 373, 383-384 (2004) :

"ההתמודדות עם תופעת המאחזים הבלתי חוקיים ... מחייבת קיום אמצעים יעילים לבלימת השתלטות על שטחים – בין באמצעות בנייה בלתי חוקית ובין באמצעים אחרים. בצד דיני התכנון והבנייה, הדין המקומי באזור העוסק בסילוק פולשים (צו מס' 1472 בדבר מקרקעין (סילוק פולשים) משנת 1999) אף הוא אינו עונה לצורך המיוחד שלפנינו, ולו מן הטעם שהפעלתו מותנית לגבי קרקע פרטית ביוזמתו העצמאית של בעל הזכות בקרקע, וזאת בתוך 30 יום מיום תפיסת הקרקע. ברי כי בנסיבות הקיימות באזור יכולת מיצויה של יוזמה כזו בידי בעלים פרטי נתונה בסימן שאלה בין בשל העובדה כי לא אחת בעל הקרקע אינו מצוי באזור או אינו מודע כלל לקיומה של פלישה לאדמתו, ובין מאחר שלא תמיד נתונים בידו אמצעים ויכולת ליזום בעצמו פעולות לסילוק הפולש. בתנאים הקיימים באזור מתחייב אפוא הסדר חקיקתי ישיר וכולל אשר יסמך את המפקד הצבאי לפעול לצורך מניעת השתלטות בלתי מורשית על שטחי קרקע באזור, וההתמודדות עם תופעה זו אינה יכולה למצוא את פתרונה בהסדרי החקיקה הקיימים. בנסיבות אלה התקנתם של הצווים בידי המפקד הצבאי נדרשת כדי למלא חסר הקיים בדין המקומי וכדי לאפשר השגת התכלית שהם נועדו להשיג." (ההדגשה הוספה – ד.ב.).

אכן, בשינויים המחויבים יפים דברים אלה גם לענייננו. המפקד הצבאי מחויב מכוח תפקידו להגן על ביטחונם ועל קניינם של התושבים המוגנים באזור, ומתוקף כך למנוע פלישות ושימוש מפריע במקרקעיהם הפרטיים. כפי שכבר נפסק, הגנה זו היא אחת מחובותיו הבסיסיות ביותר של המפקד הצבאי (בג"ץ 9593/04 ראש מועצת הכפר יאנון ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון ואח', פ"ד סא(1) 876, 844 (2006) (להלן: עניין הכפר יאנון)). צו שימוש מפריע מאפשר לו, באמצעות ראש המנהל האזרחי המוסמך בצו, לעמוד בחובות אלה ונותן בידיו כלים ממשיים לביצוען."

בג"ץ 5439/09 עבדאלקאדר נ' וועדת העררים הצבאית [פסק דין מיום 20.3.2012], פסקה 11 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; ההדגשה במקור

53. פסקי דין אלה ואחרים, וכן מקרים נוספים אשר טופלו בעקבות פניות בעלי האדמות בלבד ולא חייבו הליכים משפטיים, הם הרקע לחקיקת החוק: תופעה נרחבת ביותר של פלישות, בניה ונטיעה לא חוקיים, עשרות אלפי דונמים של אדמות פרטיות שנגזלו מבעליהן (פירוט של היקף האדמות יובא בהמשך) וסדרה של פסקי דין, בהן חזר בית המשפט הנכבד שוב ושוב על העיקרון של חובת המשיבים להגן על הרכוש הפרטי ולפנות את הפולשים.
54. על רקע כל האמור, התקבל החוק מושא עתירה זו שהיה תוצאה של לחצים פוליטיים כבדים מצד מנהיגות תנועת ההתנחלות ובעלי בריתם הפוליטיים, אשר ביקשו למנוע אכיפת הדין על הבנייה והנטיעה הלא חוקיים שתוארו.

II. דו"ח ששון ודו"ח שפיגל

55. תמונת המצב העובדתית העגומה בדבר היקפי הבניה הבלתי חוקית הישראלית והיקף הפלישות החקלאיות החלה להתברר גם במסגרת דו"חות רשמיים של המדינה. הראשון שעסק בכך באופן מקיף

היה חוות הדעת שחברה על ידי עו"ד טליה ששון לבקשת ראש הממשלה המנוח אריאל שרון, שהוגשה לרה"מ במרץ 2005. חוות-הדעת עסקה במאחזים הבלתי מורשים ונקבה בכמאה שהוקמו עד ליום פרסומה. חוות דעת זו קבעה מספר קביעות עובדתיות מטרידות, ולצידן המליצה מספר המלצות אשר נועדו לשנות את המצב המחפיר של העדר אכיפת חוק ושותפות ישירה או עקיפה של גופים ממשלתיים וציבוריים בהפקרות זו.

56. מסקנתו החד משמעית של הדו"ח הייתה שרשויות ציבוריות וגופים מדינתיים סייעו בהקמת המאחזים והתרחבותן של התנחלויות קיימות בניגוד לדין, תוך הפרת חוק מובהקת. חלק נכבד מהדו"ח התמקד בפעילות הבלתי חוקית של החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית, אשר הקימה מאחזים ללא תכניות בניה בתוקף, ללא אישור של המשיב מס' 5, מבלי שהיו ברשותה השטחים האמורים אותם הקצתה לידיהם של אחרים.

57. חוות הדעת שחברה על ידי עו"ד ששון כללה גם מספר המלצות לצורך חיזוק הליכי האכיפה ושלטון החוק באזור, אשר נדמה שהפך להיות מערב פרוע אחד גדול, בו רשויות מוניציפליות נעזרות במישרין או בעקיפין במימון ממשלתי ולאחר מכן מבקשות להסתמך על מימון זה כהצדקה לפעילות הבלתי חוקית אשר התבצעה על ידם. ובמילותיה של חוות הדעת:

"נראה על כן כי הפרת החוק הפכה ממוסדת ומוסדית ... ובוצעה על ידי רשויות מדינה מסוימות, רשויות ציבוריות, מועצות אזוריות ומתנחלים, הכל תוך הצגת מראית עין כאילו יש כאן מערכת מוסדית מסודרת הפועלת כחוק... המסר היה שמדובר במעשה ציוני ולכן יפה לו העלמת עין, הקריצה והמוסר הכפול"

ובכל הנוגע לפלישות החקלאיות, אשר הפכו להיות תופעה שגורה ונפוצה בסמוך למאחזים ולהתנחלויות ככלי עקיף להרחבת מימד השליטה באזורים אלה, קבע הדו"ח את הדברים הבאים:

"תכלית זו של תפיסת חזקה בקרקע מושגת על ידי עיבוד הקרקע, נטיעה, זריעה, רעייה, ישיבה פיזית בקרקע, גידור, מניעת גישה, סלילת דרכים, הצבת עמודי תאורה הצבת מבנים, השתלטות על מערות, ובדרכים אחרות. כאשר נתפסות קרקעות פרטיות של פלסטינים על ידי מתנחלים, מתברר כי ההגנות המשפטיות העומדות להם אינן אפקטיביות. (דו"ח ששון, שם, בעמ' 313).

58. חוות הדעת אומצה על ידי הממשלה בהחלטה מס' 3376 מיום 13.3.2005.

59. במקביל, בשנים 2004-2006 חובר במשרד ראש הממשלה דו"ח סודי על ידי תא"ל ברוך שפיגל, אשר סקר את היקפיה של הבניה הבלתי חוקית הישראלית ברחבי הגדה המערבית, ואשר התייחס גם להתנחלויות ולא רק למאחזים כפי שהדבר נבחן על ידי חוות הדעת של דו"ח ששון. מסד הנתונים שהוכן על ידי תא"ל שפיגל העלה, כי מעבר למאחזים הבנויים על אדמות פרטיות (ורובם בנויים לפחות בחלקם על אדמות פרטיות), גם כ-30 התנחלויות בנויות לכל הפחות בחלקן – ולא אחת, חלקים ניכרים בהן – על גבי אדמות פרטיות שבבעלות פלסטינית. בין התנחלויות אלה ניתן למנות את עפרה, אלעזר, קריית ארבע, עלי, בית אל ועוד רבות אחרות.

60. דוחו"ת אלה יצרו תמונה משלימה לדו"חות שחוברו על ידי ארגונים לא ממשלתיים ישראלים (לרבות חלק מהעותרים דכאן), ביניהם ניתן למנות את אלה:

(א) שלום עכשיו, "עבירה גוררת עבירה – בניית התנחלויות על קרקעות בבעלות פלסטינית פרטית", אוקטובר 2006, זמין בקישורית הבאה:

http://peacenow.org.il/wp-content/uploads/2007/03/Breaking_The_Law_in_WB_nov06Heb.pdf

(ב) יש דין, "מסלול הנישול – המקרה של המאחז עדי עד", פברואר 2013, זמין בקישורית הבאה:

http://adeiad.yesh-din.org/MaslulHanishul_Heb_Web.pdf

(ג) יש דין, "פרקטיקות של השתלטות על אדמות בגדה המערבית", ספטמבר 2016, זמין בקישורית

הבאה: <http://www.yesh-din.org/en/land-takeover-practices>

(ד) בצלם, "עפרה – מאחז בלתי מורשה", דצמבר 2008, זמין בקישורית הבאה:

http://www.btselem.org/hebrew/publications/summaries/200812_ofra

(ה) בצלם, "אדמה שדודה – חסימת הגישה של פלסטינים לקרקע סביב התנחלויות", ספטמבר

2008, זמין בקישורית הבאה:

http://www.btselem.org/hebrew/publications/summaries/200809_access_denied

61. כל אלה הובילו את הממשלה לקבוע מדיניות, לפיה כי ככלל בניה בלתי חוקית הנעשית על אדמות פרטיות תוסר ואילו בניה בלתי חוקית המתבצעת על אדמות ציבור תיבחן האפשרות להכשירה, וזאת בין היתר לאור שיקולים מדיניים כאלה ואחרים. החלטה זו של ממשלת ישראל כפי שהוצגה לא אחת בפני בית המשפט הנכבד (ראו למשל פירוט שלה כפי שהוא מופיע בפסק הדין בבג"ץ 9669/10 בעניין קאסם הנזכר לעיל), נבעה בעיקר לנוכח החובות המשפטיות החלות על המשיב מס' 2, כמי שמשמש כחליף הריבון בשטח הכבוש.

ג. חוק הפקעת מקרקעי פלסטינים ("החוק")

62. לאחר שסקרנו את הרקע העובדתי אשר הוביל לחקיקת החוק, נתאר להלן את הוראותיו.

סעיף 1 – מטרה

63. סעיף המטרה של החוק קובע שמטרת החוק הינה להסדיר את ההתיישבות ביהודה ושומרון ולקדם את ביסוסה ופיתוחה. מטרה זו היא הפרה מפורשת של איסור המעוגן בדיני התפיסה הלוחמתית על העברה של אוכלוסיית המעצמה הכובשת לשטחים הכבושים, במישרין או בעקיפין.

64. נזכיר כי אמנם בית המשפט הנכבד כבר קבע בעבר כי סוגיית ההתיישבות הישראלית בשטחים הכבושים הינה נושא בלתי שפיט (בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210 (1993)), אך יחד עם זאת בית המשפט מעולם לא קבע כי התיישבות זו הינה חוקית.

סעיף 2 – הגדרות

65. ההגדרות שבסעיף 2 לחוק יוצרות טווח תחולה רחב מאוד לחוק ביחס לכמעט כל בנייה או פלישה לא חוקית של יהודים לקרקעות של פלסטינים. הדבר נעשה בעיקר באמצעות ההגדרות הבאות:

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

66. הגדרה זו מגדירה מחדש את המושג "זכות במקרקעין" ולמעשה מוחקת במשיכת קולמוס זכויות שבדין מציבור שלם של בעלי אדמות פלסטינים. המדובר בהגדרה עמומה ביותר אשר אינה כוללת לכאורה זכויות במקרקעין שאינן בעלות.

"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.

"המדינה" – ממשלת ישראל או משרדי הממשלה, רשויות האזור, רשות מקומית או מועצה אזורית בישראל או באזור ומוסד מיישב. ["מוסד מיישב" – כהגדרתו בחוק המועמדים להתיישבות חקלאית, התשי"ג-1953].

שתי ההגדרות הנ"ל יחדיו מאפשרות ליחס הסכמה למדינה לגבי כמעט כל קשת הנסיבות של בנייה לא חוקית ופלישה לאדמות פרטיות של פלסטינים בגדה המערבית הכבושה. זאת מכמה סיבות:

67. **ראשית**, 'המדינה' מוגדרת בין השאר גם כרשות מקומית או אזורית בישראל או באזור ומוסד מיישב הוא כהגדרתו בחוק המועמדים להתיישבות חקלאית, התשי"ג-1953. מוסד מיישב מוגדר בחוק המועמדים להתיישבות חקלאית כ: "...הממשלה, ההסתדרות הציונית העולמית – הסוכנות היהודית לא"י, וכל גוף אחר העוסק ביישוב בני אדם על הקרקע, ושר החקלאות, בהודעה ברשומות, הכיר בו כמוסד מיישב לענין חוק זה."

מכאן, שהסכמה לבנייה בלתי חוקית על קרקע פרטית יכולה להינתן על-ידי גופים שונים שאינם ממשלתיים וחלקם אף אינם בשליטת המדינה כלל (כמו ההסתדרות הציונית העולמית או הסוכנות היהודית לא"י, או אפילו האגודה השיתופית אמנה, זרוע הביצוע של גוש אמונים והגוף שאחראי על חלקים עצומים מהבניה הבלתי חוקית במאחזים ובהתנחלויות בגדה, אשר זכה למעמד של מוסד מיישב). נזכיר שדו"ח ששון קבע כי ההסתדרות הציונית העניקה בעשרות אם לא יותר מכך מקרים הרשאות ישראלים לתכנון ולפיתוח של משבצות קרקע בבעלות פלסטינית פרטית וכי למעשה הייתה זו שיטה. האגודה השיתופית אמנה מוזכרת תדיר באשר למעורבותה בבניה בלתי חוקית ברחבי הגדה המערבית

גם העובדה שרשויות מוניציפליות באזור היו מעורבות בבניה בלתי חוקית, מי בהזרמת תקציבים ומי במתן היתרים בפועל (כפי שעולה מהודאה של ראש המועצה האזורית מטה בנימין בפרשת מט"ש עפרה, בג"ץ 4457/09 ובג"ץ 8088/14 הנזכרים לעיל), הייתה אחד הממצאים המרכזיים של דו"ח ששון.

68. **שנית**, 'הסכמה' יכולה להינתן "במפורש או במשתמע" וכוללת לא רק הסכמה מראש אלא גם הסכמה לאחר מעשה, קרי, לאחר שבוצעו כלל העבירות שהובילו להקמת התיישבות או נטיעת גידולים על קרקע פרטית ותוך פלישה אליה. מרכיב רטרואקטיבי זה בהגדרה מבקש להתמודד עם מצבים שבהם המדינה, מלכתחילה ועל-פי הדין, **לא נתנה את הסכמתה**. לדוגמה, במקרים שבהם היא הוציאה לבנייה הבלתי-חוקית במקומות אלו צווי אכיפה שונים כגון צווי הריסה, צווי הפסקת עבודות, צווי פינוי וכדומה. הוספת המרכיב הרטרואקטיבי להגדרה זו מאפשר לפרש כל פעולה בדיעבד, מבין אינסוף הפעולות האפשריות, ואפילו הזניחות ביותר, המופיעות בהגדרה (כפי שיפורט

להלן) – ובכלל זה פעולות בלתי-חוקיות – כביטולו של היעדר-ההסכמה הראשוני והענקת "הסכמה" של המדינה, במשמעות מונח זה בחוק.

בזכות המרכיב הרטרואקטיבי בהגדרה, תושבי היישובים הבלתי-חוקיים והמשתלטים על קרקעות חקלאיות, אינם זקוקים עוד לתירוצים כגון "המדינה יישיבה אותנו פה" או "לא ידענו שמדובר באדמה פרטית". גם אם המדינה לא יישיבה אותם וגם אם ידעו שמדובר באדמה פרטית, ואפילו אם המדינה נקטה בפעולות ממשיות המבטאות באופן מפורש את אי-הסכמתה להתיישבות, מספיקה קריצת עין מעודדת של נציג מועצה אזורית, או השקעה לא חוקית של כספי ציבור כפי שנעשה רבות על-ידי הרשויות המקומיות הישראליות בשטחים הכבושים, כדי להתגבר על כל המכשולים האלו ולקבוע כי בהתאם להגדרות בהמשך מדובר באדמה שהחוק חל עליה. במילים אחרות, הסכמה במשתמע מבטלת אי-הסכמה מפורשת.

69. **שלישית**, כפי שמעידה המילה "לרבות" המופיעה בהגדרת ה'הסכמה', רשימת הפעולות שתיחשבה כהסכמה משתמעת של המדינה איננה רשימה סגורה, אלא פתוחה למצבים אינסופיים נוספים שבהם ניתן יהיה לייחס למדינה הסכמה משתמעת לבניה הבלתי-חוקית. כך, למשל, העלמת עין מבנייה בלתי חוקית יכולה להתפרש כהסכמה במשתמע, וכך גם אי-אכיפת צווי הריסה, התבטאות חיובית כלפי הפעולה הבלתי-חוקית מצד נציג ציבור, נוכחות נציג ציבור בשטח ההתיישבות הבלתי-חוקית וכיוצא באלה אינספור מצבים שעשויים להתפרש כהסכמה במשתמע.

70. נוסף על כך, הפעולות המנויות בהגדרת ה'הסכמה' מנוסחות באופן כללי מאוד המאפשר לכלול בגדרה כמעט כל סיטואציה. כך, למשל, ההגדרה אינה מחייבת כי "פרסומים שנועדו לעודד" יהיו קונקרטיים לבנייה ספציפית בהתיישבות ספציפית, אלא הם יכולים על-פי לשון הסעיף גם להתייחס באופן כללי לבנייה בשטחים כדי להיחשב ל'הסכמה'; כמו-כן, לשון הסעיף אינה מגדירה מהי "השתתפות בכסף או בעין" ומכאן כי כל תרומה קטנה, זניחה ככל שתהיה, עשויה להיחשב כתמריץ העולה כדי 'הסכמה'; גם המונחים 'הענקת תמריצים' ו'תכנון תוכניות' הם סתומים וכלליים מדי ומאפשרים לפרש מגוון סיטואציות כ'הסכמת מדינה' (למשל: הסעות תלמידים מטעם המועצות האזוריות, הצבת תחנות אוטובוס, קו חלוקת דואר). מכאן, שאין גבול לכמות המצבים שבהם ניתן יהיה לייחס למדינה 'הסכמה'.

"התיישבות" – לרבות שכונה או הרחבה של אותה התיישבות, כלל בתי המגורים שבה, המתקנים, השטחים החקלאיים המשמשים לצרכה, מבני ציבור המשמשים את המתגוררים בה, אמצעי ייצור, וכן דרכי גישה ותשתיות מים, תקשורת, חשמל וביוב.

71. הגדרה זו כוללת את כל סוגי הבניה הבלתי-חוקית על קרקע פרטית, ולא רק את זו המשמשת למגורים, בין שזו נבנתה בסמוך ליישוב ובין שנבנתה במקום מרוחק ממנו, כגון תשתיות ביוב, בין שדרושה לצרכי מגורים ובין שאיננה דרושה לצרכי מגורים כגון שטחים חקלאיים.

72. **הכללת שטחים חקלאיים בהגדרה היא בעלת השלכות דרמטיות כפי שיובהר בחלק הבא של העתירה העוסק בהיקף האדמות שעליו יחול החוק ויביא להפקעתן.**

סעיף 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.

73. **שינוי דיני המקרקעין המהותיים** : לראשונה ישראל משנה את דיני המקרקעין בשטחים הכבושים במובן זה שהחוק קובע נורמות הקובעות זכויות קניין באופן שמשנה את הדין הקיים.

74. **תחולה רטרואקטיבית** : לפי הסעיף, החוק נועד להכשיר בנייה קיימת שנבנתה שלא כדין לפני שנחקק חוק זה.

75. **קריטריון תום הלב** : מעבר לעובדה כי המדובר בקריטריון עמום, הרי שהוא אינו קריטריון הכרחי לצורך העברת הזכויות במקרקעין הנגזלים לידיהם של הגוזלים, והיא תתאפשר גם היכן שלא היה תום לב בתנאי שניתנה הסכמת המדינה, במובנה הרחב כפי שהוסבר לעיל.

76. **סעיף 3(1)** כובל את שיקול הדעת של הממונה ומחייב אותו לרשום קרקעות שאין בהן "בעל זכויות", כהגדרתו בחוק זה, כרכוש ממשלתי. לפי סעיף 2ג לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס' 59), ביצוע הכרזות על אדמות מדינה ורישומן כרכוש ממשלתי הם בסמכותו הבלעדית של הממונה. הוראות צו זה מעניקות לממונה שיקול דעת רחב ובלעדי. החוק שולל ממנו את סמכותו זו ותחת זאת מחייב אותו לפעול באופן אוטומטי ללא שיקול דעת כלל ובהתאם להחלטות הדרג הפוליטי בממשלה. לא בכדי המשיב מס' 3, היועץ המשפטי לממשלה, התנגד נחרצות לסעיף זה אשר בפועל מבקש לשנות מהאופן בו נוהגות הרשויות באזור בכל הנוגע להכרזה (ולא רישום) של אדמות ציבוריות באזור, אשר אמורות להתבצע בהתאם לדין המקומי-המהותי בדבר קביעה מתי אדמות הן פרטיות ומתי הן ראויות להיחשב כאדמות ציבור. בנוסף, הסעיף אף מבקש למנוע השלמת הליכי ההסדר שהוחל בהם טרם כניסת כוחות צה"ל לגדה, ושהותלו על ידי המפקד הצבאי באמצעות צו מס' 291 שהוזכר לעיל.

77. על פי סעיף 4(א) לחוק, הרישום האמור יעשה בתוך 12 חודשים מיום פרסום החוק.

78. **סעיף 3(2)(א)** הוא ליבו של החוק והוא קובע הפקעה של אדמות פרטיות, בפועל כאלו המצויות בבעלות פלסטינית בלבד. בדומה לסעיף 3(1), סעיף זה כובל את שיקול הדעת של הרשויות ומחייב אותן להפקיע מפלסטינים את זכויות השימוש וההחזקה שלהם באדמותיהם הפרטיות, זכויות שהן לב-ליבה של זכות הקניין ובפרט של זכות הבעלות. זאת, על-מנת להקצותן לשימוש של מי שפלשו אליהן ו/או בנו באופן לא חוקי עליהן ו/או נטעו בהן באופן לא חוקי.

79. על פי סעיף 4(ב) לחוק, נטילת הזכויות הקנייניות על ידי המשיב מס' 7 תעשה בפרק זמן של 6 חודשים מיום פרסום החוק.

80. **סעיף 3(2)(ב)** קובע כי ההפקעה תעמוד בתוקפה עד להגעה להסדר מדיני. סעיף זה נועד ככל הנראה לפסוע בנתיב פסק הדין בפרשת בית אל (בג"ץ 606/78 **איוב נ' שר הביטחון**, פ"ד לג(2) 113 (1979)), אשר בו התמודד בית המשפט הנכבד עם הכלל במשפט הבינלאומי שהוכר בפסיקה, כי הכיבוש הוא זמני, וכי על כן כל פעולה שמבצעת המעצמה הכובשת בשטח זה חייבת להיות בעלת אופי זמני ובלתי-קבוע. אלא שפסק-הדין בפרשת בית אל אינו עוד ההלכה לגבי תפיסת אדמות פרטיות לשם הקמת יישובים ישראלים שהרי מספר חודשים לאחר שניתן נתקבל פסק הדין בפרשת אלון מורה (בג"ץ 390/79 **דויקאט** הנזכר לעיל), שבו נאסרה תפיסת אדמות פרטיות שלא לצרכי ביטחון מובהקים.

סעיף 5 – הקצאת זכויות במקרקעין

81. סעיף זה קובע כי על המשיב להקצות, באופן אוטומטי, את המקרקעין שהזכויות ניטלו בהן על פי סעיף 3, לידי "מוסד מיישב".

82. המינוח מוסד מיישב שאוב מחוק המועמדים להתיישבות חקלאית, התשי"ג-1953, וזו הגדרתו בחוק האמור:

"מוסד מיישב" פירושו - הממשלה, ההסתדרות הציונית העולמית - הסוכנות היהודית לא"י, וכל גוף אחר העוסק ביישוב בני אדם על הקרקע, ושר החקלאות, בהודעה ברשומות, הכיר בו כמוסד מיישב לעניין חוק זה;

83. בין המוסדות המיישבים שהוכרו לפי החוק, ניתן למצוא את הגופים הבאים: תנועת המושבים, הקיבוץ הארצי, הקיבוץ הדתי, התאחדות האיכרים, משקי חרות בית"ר, וכן, הפלא ופלא, גם **את תנועת "אמנה" – האגודה השיתופית של גוש אמונים**, אשר אחראית לחלקים ניכרים מהבניה הבלתי חוקית ברחבי הגדה המערבית, ויש לה "מניות יסוד" בהקמתם של מאחזים כגון מגרון ועמונה, אשר נבנו שלא כדין על אדמות פרטיות, כמו גם מאחזים רבים אחרים המוגדרים על ידה כ-"ישובי אמנה".

84. באופן לא מפתיע, כל הגופים אליהם עתיד המשיב מס' 7 להקצות את המקרקעין הינם גופים ישראלים הפועלים למען ישראלים, ובראשם כמובן החטיבה להתיישבות ותנועת "אמנה", אשר ההיסטוריה מלמדת כי פועלן התמקד בשנים האחרונות בעיקר בבנייה בלתי חוקית, או הכנת הבסיס לכך, כשחלקים ניכרים ממנה מתבצעת על אדמות פרטיות.

85. בפועל, סעיף 5 מצווה "להקצות" את רכושם הפרטי של הפלסטינים כאילו היה רכוש ציבורי. גם המילה "הקצאה" היא מילה מכובסת שכן גם אם מדובר היה ברכוש שמותר להקצותו, הרי שהקצאה מחייבת בחינת כלל האינטרסים הציבוריים העומדים על הפרק, שקילה שוויונית של כל המועמדים הפוטנציאליים ליהנות מההקצאה וצמצום פגיעה פוטנציאלית בזכויות יסוד – פעולות שהחוק הנוכחי טורח לייתר, בעיקר באמצעות ביטול שיקול דעתם של הממונה ושל המפקד הצבאי. ברור כי במקום שבו כבר נקבעו עובדות בשטח אין מדובר בהקצאה, אלא בהעברה של זכויות מאדם לאדם **כאשר בפועל הנגזל הוא תמיד פלסטיני והנהנה יהיה תמיד ישראלי.**

86. אם כן, סעיף 5 מחייב את הממונה לפעול, במודע ובגלוי, באופן בלתי-שוויוני, ולהקצות רכוש שהוגדר בחוק זה "ממשלתי" למתנחלים בלבד, תוך הפליית התושבים הפלסטינים המוגנים. למעשה, החוק קובע כי רכוש, שעל-פי הגדרתו בחוק זה הוא ציבורי ונועד לשמש את כלל הציבור, יוקצה אך ורק

להתנחלויות, ללא צורך בבחינת קריטריונים של צורך או אינטרס ציבורי או של פגיעה בלתי מידתית בזכויות.

סעיף 6 – השלמת הליכי תכנון

(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.

87. סעיף זה חותר תחת מושכלות יסוד של הליכי תכנון, ומחייב את המדינה להכשיר תכנונית בדיעבד את כל הבניה הבלתי חוקית, ולמעשה כובל את שיקול דעתן של רשויות התכנון לתכנון שיהווה אישור של הבניה שכבר נעשתה בפועל. מעבר לעובדה כי האחראים על הליכי התכנון הינם גורמי המנהל האזרחי ולא גורמי מדינת ישראל, בפועל החוק מצווה על גורמי התכנון להתיישר על פי הבניה הבלתי חוקית הקיימת, ולא לבחון זאת בהתאם לשיקולי תכנון נאותים.
88. למעשה, לא ברור מדוע הסעיף מפנה הוראה למוסדות התכנון, שהרי עם כבילת שיקול הדעת שלהם מוסדות אלו הופכים לחותמת גומי במובן הכי ממשי של המילה. לא ברור אם כן מה תפקידם.

סעיף 7 – התליית הליכים ופקיעתם

(א) מצאו רשויות האזור כי מתקיימים בהתיישבות התנאים שברישת 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.

89. סעיף זה קובע למעשה כי אין לאכוף את הדין ביחס לבניה הבלתי חוקית, וזאת לאור התנאים הרחבים המופיעים בסעיף 3 ככאלה המאפשרים הכרה בכך כי קיימת "הסכמת המדינה".
90. הסעיף בשלב הראשון מתלה את צווי ההריסה, הפינוי והפסקת העבודות שהוצאו למבנים אלו ולפלישות החקלאיות הסמוכות להם, ומייתר את ההליכים המשפטיים בעניינם, התלויים ועומדים בפני בית המשפט העליון או בפני בתי משפט אחרים, ועדות ערר, מועצות תכנון ורשויות אחרות.
91. היבט עקיף של הסעיף הינו שלילת הזכות של בעלי האדמות הפלסטינים להליך הגון ולגישה לערכאות וחסידות דרכם למיצוי זכויותיהם. במילים אחרות, זהו סעיף חסר תקדים בחקיקה של הכנסת (וכפי הנראה בחקיקתם של פרלמנטים דמוקרטיים ברחבי העולם) שקובר את ערך שלטון החוק ואוסר על אכיפת הדין.
92. במילים אחרות, בעלי קרקעות שעל אדמתם נבנו מבנים לרווחתם של ישראלים או נפרשה חקלאות ישראלית, מנועים על-פי סעיף זה מלנהל מאבק משפטי על-מנת להסיר את הבניה או הנטיעה הלא חוקית שנעשתה על אדמתם.

93. ולבסוף, הסעיף קובע כי עם השלמת האישור התכנוני הליכי האכיפה יבוטלו.

סעיף 8 – פיצוי

94. הסעיף כופה על בעלי הקרקע לבחור בין קבלת דמי שימוש שנתיים שאותם תקבע ועדת השומה, דמי שימוש מהוונים או קבלת קרקע חלופית "ככל שהדבר ניתן". החוק אינו קובע מהם הפרמטרים להיתכנות קבלת קרקע חלופית.

95. מעבר לכך, ובעיקר, הסעיף אינו מאפשר כל זכות של השגה נגד הליכי ההפקעה או נטילת הזכויות הקנייניות בניגוד לכל הליך קיים, בישראל או בשטחי הגדה המערבית.

סעיף 9 – ועדת השומה וסעיף 10 – ועדת ההשגות

96. סעיף 9 קובע כי תוקם ועדת שומה, אשר יהיו בה חברים נציג משרד המשפטים, נציג משרד האוצר ונציג רשויות האזור.

97. סעיף 10 מקים את ועדת ההשגות אשר מאפשרת השגה רק על החלטת ועדת השומה על פי סעיף 9, ולא על עצם ההפקעה של הזכויות הקנייניות.

סעיף 11 – הוראת מעבר לעניין יישובים המנויים בתוספת

98. סעיף זה תופר "דין מיוחד" למספר יישובים מיוחסים. היישובים המנויים בתוספת הם יישובים שמתנהלים לגביהם הליכים משפטיים על ידי בעלי קרקעות פלסטיניים שעל אדמתם נבנו אותם יישובים, או שהיקף הבעיה הקרקעית לגביהם ידוע עוד מימים ימימה.

99. הסעיף נועד להבטיח כי הליכים אלו לא ימוצו, ויש לכך סיבה טובה, שהרי היישובים האלה, או חלקים בהם, נבנו על מקרקעין פלסטיניים פרטיים (וכמובן בניגוד לחוק) ומיצוי ההליכים יוביל קרוב לוודאי להחלטה שיפוטית כי יש לאכוף עליהם את הדין – תוצאה שהמחוקק מבקש להימנע ממנה מכל וכל.

100. לא בכדי ההתנחלויות והמאחזים המופיעים בראש התוספת, כגון עפרה, דרך האבות, בית אל, מצפה כרמים, עלי, כוכב יעקב, מודיעין עלית, מעלה מכמש – כל אלה התנחלויות אשר עניינם העסיק את רשויות אכיפת החוק במדינה וכן את בית המשפט הנכבד לא אחת בשנים האחרונות.

101. סעיף 11 משריין, באופן חסר תקדים, את היישובים הללו ואחרים המנויים גם הם בתוספת, ומתלה את ההליכים התלויים ועומדים נגדם ואת צווי האכיפה שניתנו בעניינם עוד לפני שנקבע לגביהם שהם עומדים בתנאים של סעיף 3. זאת, על אף האמור בסעיף 7, הקובע כי ראשית על הרשויות למצוא כי התנאים מתקיימים ורק לאחר מכן יחלו בהליכי "ההסדרה" לפי סעיף 3. החוק מאפשר גם הוספה של נקודות יישוב נוספות, ככל ששרת המשפטים (חלק מהמשיבה מס' 2) תמצא לנכון, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (חלק מהמשיבה מס' 1).

ד. השוואה והבחנה בין הפקעה על פי חוק ההסדרה לבין חוקי הפקעה "רגילים" הקיימים בישראל

ובאזור

102. כאשר בוחנים את החוק על רקע חוקי הפקעה אחרים, אי אפשר שלא להבחין בחוסר ההלימה של החוק לדיני הפקעות שקיימים במדינת ישראל ובאזור.

103. עקרון יסוד של דיני הפקעות הוא שהמטרה של ההפקעה חייבת להיות **ציבורית**. עילת הפקעה מכוח פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, מכוח חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, ואף מכוח החוק הירדני הרלבנטי החל בגדה (חוק הקרקעות – רכישה לצרכי ציבור, מס' 2 לשנת 1953), הינה קיומו של צורך ציבורי, קיומה של מטרה שתשרת את הציבור בכללותו.

104. החוק מושא עתירה זו מצהיר במפורש שמטרתו שונה (בסעיף 1). הנהנים של ההפקעות שהוא מורה על הוצאתן אל הפועל הינן **אנשים קונקרטיים ולא הציבור**. ההפקעות מכוח החוק לא נועדו לשרת צורך ציבורי כללי, אלא צורך פרטני של אינדיבידואלים – אמנם לא מעטים – אבל מסויימים, אשר פלשו לאדמות אחרים. המטרה היחידה של ההפקעה היא להיטיב עם אותם פרטים אשר כבר נמצאים בשטח, ומשכך – לשיטתה המוצהרת של המשיבה 1 – אין המדובר בהפקעה לצרכי ציבור.

105. אם נפנה מבטינו לדין בישראל, הרי שפקודת הקרקעות, 1943 מקנה לרשויות המוסמכות את הסמכות להפקיע זכויות במקרקעין אם הדבר נדרש או נחוץ "צורך ציבורי". קביעת הצורך הציבורי נעשית לאחר התייעצות עם וועדה מייעצת שהפקודה הקימה לשם כך. אמנם, המונח צורך ציבורי הוגדר בתיקון לפקודה כפי שנערך בשנת 2010 גם כ"הקמה, הרחבה או פיתוח של יישוב", אבל הכוונה היא להרחבה עתידית ולכן לא מדובר על הקנית קרקע של פלוני לידי אלמוני, אלא לטובת הכלל.

106. מבחינת אופן ביצוען של הפקעות על פי הדין הישראלי, הרשות המוסמכת חייבת ליתן הודעה טרם ביצוע ההפקעה, והרשות חייבת לציין את מטרת ההפקעה בהודעות אלה. זאת לכל בעלי הזכויות הקנייניות בקרקע (בין בעלים ובין מי שיש לו טובת הנאה בקרקע). הפקודה אף מאפשרת זכות טיעון נגד ההחלטה על ההפקעה בצורה של שימוע, ועד להכרעה בשימוע זה ההפקעה אינה מתממשת. לעומת זאת בחוק מושא עתירה זו, אין שום מנגנון של שימוע, ומימוש ההפקעות מכוחו אינו מותנה במתן הפיצוי שקבוע בהן. ההפקעה מתממשת באופן אוטומטי, וזאת אף ללא יידוע בעל הזכות המופקעת(!).

107. גם הדין המהותי הירדני החל באזור, חוק הקרקעות – רכישה לצרכי ציבור, מאפשר נטילת חזקה ובעלות בזכויות קנייניות, אולם כפי שקבעה הפסיקה במדינת ישראל, הפקעה כאמור צריכה להיעשות (1) לפי הדין המקומי; (2) לטובת האוכלוסייה המקומית כנדרש לפי תקנה 43 לתקנות הנלוות לאמנת האג; (3) בהתאם לכללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי (בהגנות, ביושר, תוך שמירה על כללי הצדק הטבעי לרבות זכות טיעון).

108. מבחינת הפרוצדורה, הפקעת מקרקעין נעשית בהליך מסודר, שתוכנו, בקצרה, הוא: **פרסום הודעה על כוונה להפקיע** ובדבר הצורך הציבורי בכך; **החלטת המפקד הצבאי** על אישור ההפקעה, וזאת לאחר שהשתכנע בנחיצות ההפקעה, היתכנותה ובהיותה לטובת הציבור; **פרסום החלטת המפקד**

הצבאי באזור; **יידוע בעל הקרקע** המיועדת להפקעה בדבר ההחלטה של הרשות המוסמכת; **רישום הערה** בגין ההפקעה בספרי המקרקעין כי החלקה מיועדת להפקעה; קיום **משא ומתן** עם הבעלים על ידי "המקיס" במטרה להגיע להסכם לרכישת הזכויות; **רישום הקרקע המופקעת**, וזאת לאחר העברת התשלום לבעלים.

109. החוק החדש לא כולל אף אחד מהוראות אלה: לא רק שהמפקד הצבאי או כל רשות אחרת הפועלת מכוח החוק אינם נדרשים לפעול בהתאם למבנה הדיוני של ביצוע ההפקעה, אין שום רשות אשר צריכה להשתכנע או לתת דעתה האם קיים "צורך ציבורי" בקרקע!

110. מעבר לכך – כפי שעולה מנוסח החוק ובפרט מהתוספת המתייחסת לסעיף 11, הוא נועד לסייע למאחזים ולהתנחלויות קיימים, אשר הינם לעולם יישובים יהודיים. גם הגורם המתווך בין הקרקע המופקעת לבין הנהנה הוא לעולם "מוסד מיישב", ישראלי או יהודי.

111. העותרים ערים להוראה שהוספה לחוק – כי הליכי ההפקעה אמורים להתבצע "במידת האפשר" בהתאמה לחוק הירדני החל בשטח, עד להכרעה מדינית ביחס למעמד השטח (סעיף 3(2)(ב) לחוק). אולם בפועל זו הוראה ריקה מתוכן, לאור העובדה כי השאלה הראשונה שהרשות המפקיעה אמורה לבחון לפי החוק הירדני היא קיומו של צורך ציבורי, ואילו בחוק מושא העתירה נשלל שיקול הדעת מהמפקד הצבאי ושאלת הצורך הציבורי אינה קיימת. גם שאר ההליכים הפרוצדוראליים הקבועים בדין המקומי אינם רלוונטיים לאור לוחות הזמנים הקצובים והצפופים הקבועים בחוק; לאור העדר התלות בין ההפקעה לבין הפיצוי; וכן לאור העובדה כי ברירת המחל היא קיום הוראות החוק הנוכחי ולא החוק המקומי.

112. בפועל, החוק הופך את האוכלוסייה הישראלית בגדה המערבית ל"אוכלוסייה מקומית", ומעניק לה עדיפות על פני האוכלוסייה המקומית הפלסטינית, שהיא בעלת המקרקעין שהחוק מפקיע. גישה זו של החוק אינה עולה בקנה אחד עם תקנה 43 לתקנות האג, ואף לא עם פסיקת בית המשפט לאורך השנים (השוו: בג"ץ 2150/07 **אבו צפיה נ' שר הביטחון** [פסק דין מיום 29-12-2009]).

ה. עמדות היועץ המשפטי לממשלה, יועמ"ש הכנסת ויועמ"ש מערכת הביטחון בנוגע להוראות החוק

113. עוד בשנת 2012 כשהוצעו הצעות החוק הראשונות שביקשו להביא להכשרה של הבניה הבלתי חוקית של ישראלים שבוצעה על אדמות פרטיות של פלסטינים ברחבי הגדה המערבית, היועץ המשפטי לממשלה דאז, יהודה ויינשטיין, התנגד להן נחרצות.

114. ואכן גם במהלך הליכי החקיקה של החוק מושא עתירה זו, הציג המשיב מס' 3 עמדה, לפיה החוק אינו חוקתי. היועץ המשפטי של המשיבה מס' 1 הבהיר גם הוא כי החוק כולל רכיבים בעייתיים מאד מבחינת סמכות, מידתיות, שלטון החוק וזכויות אדם. היועץ המשפטי למערכת הביטחון הבהיר, על דעת שר הביטחון, כי מערכת הביטחון מתנגדת לחוק באופן "חד וחלק". להלן פירוט של עמדותיהם.

115. היועץ המשפטי לממשלה הביע את התנגדותו הנחרצת לחוק בכתב ובעל פה בפומבי במספר רב של הזדמנויות. נציג היועץ המשפטי לממשלה הופיע בפני הוועדה המיוחדת שהוקמה על ידי הכנסת לצורך דיונים בהצעת החוק על גלגוליה השונים, והוא מסר את עמדת היועץ ביחס להצעת החוק.

116. בחוות דעתו הכתובה של היועץ המשפטי לממשלה, שהוגשה לוועדה, מנה היועץ המשפטי לממשלה את עילות אי-החוקיות של החוק, לראיתו:

(א) החוק והוראותיו עומדים בסתירה לחובת המפקד הצבאי בגדה המערבית להגן על קניינה של האוכלוסייה הפלסטינית באזור, בהיותו משקף הסדר של הפקעה אסורה של זכויות קניין ושליטת מקרקעין מבעליהן החוקיים. המדובר **בחובה מוגברת** הקבועה בהוראות הדין הבינלאומי הנוהג בשטח הנתון תחת כיבוש.

(ב) **אין הבדל בפועל בין הפקעת זכות השימוש והחזקה לבין הפקעת זכות הבעלות**, אין בה כדי לאיין את חומרת הפגיעה ואת אי חוקיותה שכן זכויות השימוש והחזקה במקרקעין הן זכויות מרכזיות ומשמעותיות בתוך אגד הזכויות המרכיב את זכות הבעלות. זאת, מעבר לכך שהפקעה אינה מוגבלת בזמן, ומשכך המדובר בהפקעה ובשליטה קבועה של הזכות.

(ג) **הפקעה באזור הגדה המערבית אמורה להיעשות על פי הדין המקומי, לצורך ציבורי, ותוך עמידה בדרישת המידתיות** (או תפיסה לצרכים צבאיים). זאת, בניגוד להפקעה שבתכלית החוק, המבקשת להסדיר בדיעבד בניה ישראלית בלתי חוקית על קרקע פרטית פלסטינית.

(ד) על פי הוראות המשפט הבינלאומי, **מדינה אינה יכולה להחיל את חוקיה ביחס למקרקעין המצויים מחוץ לשטחה**. בעל הסמכות לחוקק באזור הכבוש הוא המשיב מס' 4 בלבד. לכן קידום הסדר הנוגע למקרקעין באזור והפקעת זכויות השימוש אמור להיעשות בתחיקת הביטחון בלבד, ובכפוף להוראות הדין הבינלאומי שהן המקור לסמכות של הריבון בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי ספק אם לחוק יש נפקות ככל שהוא יוסדר רק בחקיקה ישראלית, והמפקד הצבאי לא יוכל לחוקק הסדר דומה בתחיקת הביטחון לאור הסתירה לדין הבינלאומי.

(ה) **הוראת החוק על רישום המקרקעין ע"ש המשיב מס' 6 משנה באופן מהותי את דיני המקרקעין הנוהגים באזור** הגדה המערבית והמדיניות הנוגעת לאדמות ציבור בשטח זה. לפי המדיניות הקיימת, המשיב מכריז על קרקע (ולא רושם בבעלותו), רק היכן שנמצא כי כלל הרישומים והממצאים העובדתיים מלמדים כי אין המדובר בקרקע פרטית. מדיניות זו נובעת מהחובה להגן על רכוש הפרט, וכן לאור העובדה כי המפקד הצבאי היה זה שמנע את השלמת הליכי ההסדר במקרקעין עם כניסתו לאזור בשנת 1967, (באמצעות צו מס' 291 שהוזכר לעיל).

(ו) החוק מבקש להכשיר בדיעבד ובאופן גורף בניה בלתי חוקית, בפרט כזו שהוצאו לגביה צווים מינהליים. **חקיקה כזו יש בה משום פגיעה קשה בעקרון שלטון החוק**.

העתק מחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה כפי שהוגשה לוועדה המיוחדת

שהוקמה בכנסת מצ"ב ומסומן **נספח 3**.

117. עמדה זו של היועץ המשפטי לממשלה ממשיכה קו עקבי של יועצים משפטיים לממשלה בעשורים האחרונים. כך, למשל, חוות דעת של היועץ המשפטי לממשלה בשנת 1980, פרופ' יצחק זמיר,

המתייחסת לאפשרות הפקעת קרקע פרטית פלסטינית לטובת הקמת התנחלויות באזור, קובעת דברים דומים: כי הדין החולש על האזור הוא הדין הבינלאומי; כי הפקעות יש לבצע בהתאם לדין המקומי הירדני; כי קשה לראות את האוכלוסיה הישראלית במקום כאוכלוסיה מקומית לצרכי שימוש בהפקעה זו; כי כל הפקעה כאמור תגרור עמה קשיים מדיניים ומשפטיים רחבי היקף.

העתק מחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, פרופ' יצחק זמיר, מיום 12.5.1980, מצ"ב ומסומן **נספח 4**.

ב. עמדת היועץ המשפטי לכנסת (כפי שבאה לידי ביטוי בחוות הדעת של היועץ המשפטי ליועדה המיוחדת שהוקמה בכנסת לצורך הדיונים בחוק)

118. גם היועץ המשפטי של וועדת חוק חוקה ומשפט, מטעם היועץ המשפטי של הכנסת (המשיבה 1), קבע כי החוק אינו חוקתי, וכי הוא מתנגש עם הוראות של המשפט הבינלאומי. בחוות דעת מפורטת מיום 27.11.2016 קבע היועץ המשפטי לכנסת את הדברים הבאים:

(א) קיים ספק האם החוק עומד בהוראת תקנה 43 לתקנות הנלוות לאמנת האג בדבר דיני הלחימה ביבשה, 1907 המאפשר הפקעה אך ורק על פי הדין המקומי לטובת האוכלוסיה המקומית או לצורך הסדר והחיים הציבוריים.

(ב) לחקיקה של המשיבה מס' 1 – הכנסת – קיימת תחולה אך ורק בשטח הריבוני של מדינת ישראל וכי לחקיקה הנוגעת לשטחי הגדה המערבית יש משמעויות סיפוחיות או מעין סיפוחיות, אשר להן השלכות רחבות היקף מבחינת המשפט הבינלאומי.

(ג) החוק משקף הסדר רחב וגורף הרבה יותר מהסדרים חקיקתיים קיימים הנוגעים לבניה במקרקעי הזולת, בין אם בדין הישראלי ובין אם בדין המהותי החל בשטחי הגדה המערבית. המדובר בהסדר המוחל באופן לא שוויוני ונעדר יחס בין שווי המקרקעין לבין שווי הבניה.

(ד) הליך ההפקעה הקיים בחוק חורג באופן ניכר מהמתווה, המאפשר למשיב מס' 5, המפקד הצבאי בגדה המערבית, להפקיע מקרקעין לצורך ציבורי. הליך ההפקעה נעשה על ידי גורם מינהלי ללא קיומו של הליך הפקעה מסודר העולה בקנה אחד עם הדין המקומי או עם כללי המשפט המינהלי החלים על רשויות ישראליות; ההפקעה נעשית באופן לא שוויוני; ההפקעה נועדה לצורך פעולות שנעשו מלכתחילה באופן לא חוקי; ספק אם ניתן להכיר בתושבים הישראלים בגדה המערבית כ-"אוכלוסיה מקומית" לעניין המשפט הבינלאומי, באופן המעדיף באופן מובהק עדיפות לתושבים ישראלים, כפי שתקנה 43 קובעת ומתפרשת.

(ה) פגיעה בזכות הקניין הינה פגיעה בזכות יסוד, ומהות הפקעת הזכויות הקנייניות הינה זכות הבעלות, בין היתר לאור העדר זמן קצוב למשך ההפקעה. זאת מעבר לכך שהמדובר בהפקעה גורפת; שהמונח הרחב של הגופים השלטוניים המוגדרים כ-"מדינה" אכן יכול לבסס הצדקה לפגיעה בקניין; האם הפגיעה בקניין מוצדקת כדי להכשיר בדיעבד בניה בלתי חוקית; וכן ההסדר אינו מידתי בשל החריגה הקיצונית שלו מכללי המשפט הבינלאומי.

(ו) לבסוף, החוק גורם לפגיעה בשוויון והעדפה גורפת של אינטרסים של ישראלים המעורבים בבניה בלתי חוקית, כאשר הסיוע (או "הסיוע") של המדינה או גופים הנחזים על פי החוק להיות "מדינה" הינו של גופים הפועלים אך ורק עבור הישראלים המתגוררים בגדה המערבית. השוני

ה"חשוד" בין הקבוצות נובע, בין היתר, מהעובדה כי הקבוצה המעורבת בבניה הבלתי חוקית הינה כזו בעלת זכות בחירה לגוף אשר חוקק את החוק ואילו הקבוצה אשר אדמותיה הפרטיות מופקעות בחוק נעדרת זכות זו.

העתק מחוות הדעת של היועץ המשפטי לכנסת מיום 27.11.2016 מצ"ב ומסומן

נספח 5

119. יוער, כי יו"ר הוועדה המיוחדת שהוקמה לצורך הדיונים בחוק, ח"כ ניסן סלומיאנסקי, אשר על היועץ המשפטי לוועדה להציג את עמדתו בעל פה ולבאר אותה בפני חברי הוועדה, וזאת חרף דרישתם של חלק מחברי הוועדה.

ג. עמדת היועץ המשפטי למערכת הביטחון

120. בפני הוועדה הופיע גם היועץ המשפטי למערכת הביטחון, עו"ד אחז בן ארי, אשר הביע את הסתייגותו והתנגדותו לחוק, או כדבריו: "**מערכת הביטחון מתנגדת להצעה הזאת, חד וחלק**". אלה עיקר טיעוניו של יועמ"ש מערכת הביטחון, כפי שהובעו בדיון שהתקיים ביום 12.12.2016:

(א) לכנסת אין סמכות לחוקק חוקים הנוגעים למעמד מקרקעין מחוץ לתחום המצוי בריבונותה של המדינה. כדבריו: "זו הפעם הראשונה שהכנסת מחוקקת בענייני מקרקעין שנמצאים מחוץ לתחום השיפוט של מדינת ישראל".

(ב) בעל הסמכות היחיד לחוקק בשטחי הגדה המערבית הוא המפקד הצבאי (המשיב מס' 5), כאשר סמכות זו מסורה לו מתוקף המשפט הבינלאומי והיא מתבצעת בהתאם ובכפוף לתנאים והמגבלות שמציב תחום זה.

(ג) לחוק הנוכחי אין אח ורע בדברי החקיקה בתוך ישראל וספק אם הוא היה עובר ביחס למקרקעין ובניה בתוך ישראל. לא ניתן לפנות לדיני ההפקעה כדי לפתור בעיות מקרקעין. תנאי הסף להפקעה נמוכים באופן חריג, ודי בכך שהמועצה האזורית בחרה לבנות בתים כדי לבצע את הדילוג להיבט של ההפקעה.

(ד) [חלק זה נותר חסוי]

העתק מהעמודים הרלוונטיים של דבריו של עו"ד אחז בן ארי מצ"ב ומסומן נספח 6.

121. הנה כי כן, באופן נדיר ואף חסר תקדים חוות דעתם של היועצים המשפטיים של כלל הגורמים המקצועיים הרלוונטיים הייתה בעניינו של חוק זה אחידה וקבעה כי החוק אינו חוקתי, מפר את המשפט הבינלאומי ופגמיו מגיעים כדי **מניעות משפטית**. מנגד, לא הובאה כל עמדה של גורם מקצועי מקרב רשויות השלטון, הגורסת כי החוק חוקתי וכזה העומד בכללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי.

1. פניות ועמדות העותרים במהלך ההליכים שנוהלו

בפני וועדת הכנסת ולאחריהן

122. מספר חברים בקבוצה השנייה של העותרים (ארגוני החברה האזרחית בישראל) הופיעו בפני הוועדה המיוחדת שהוקמה בכנסת לצורך הדיונים בחוק. הוועדה לא מצאה לנכון לזמן ולו פלסטיני אחד, בעל אדמות אחד, אשר יציג בפניה את עמדתו.

123. נציגת העותרת מס' 29, האגודה לזכויות האזרח בישראל, הופיעה בפני הוועדה ביום 22.11.2016. עובר להופעתה בפני הוועדה, ביום 22.11.2016, שיגרה את עיקרי עמדתה אל הוועדה.

העתק מנייר העמדה של העותרת מצ"ב ומסומן נספח 7.

124. נציגי העותר מס' 28, ארגון יש דין, נכחו בדיון הוועדה מיום 28.11.2016, ונציג העותרת מס' 30, תנועת שלום עכשיו (ש.ע.ל מפעלים חינוכיים), נכח בדיון מיום 22.11.2016 והציג את עמדת התנועה וזאת בקצרה לאור מגבלות שהשית עליו יו"ר הוועדה.

125. לאחר שפורסם כי החוק עבר בקריאה שנייה ושלישית בכנסת, פנו הח"מ בשם העותרים 28-30 אל המשיבים 3-4 ודרשו מהם להנחות את הרשויות באזור להימנע מיישום הוראות החוק לנוכח עמדתם הפומבית כאמור לעיל שהחוק אינו חוקתי, מפר באופן חמור איסורים הקבועים במשפט הבינלאומי וכי קיימת מניעה משפטית ליישם את הוראותיו.

העתק מפניית הח"מ בשם העותרים אל המשיבים 3-4 מיום 7.2.2017 מצ"ב ומסומן נספח 8.

126. ביום 19.2.2017 התקבל מכתב לאקוני מלשכת המשיב מס' 3, המאשר כי המכתב התקבל. לבד מכך, לא התקבל כל מענה מהמשיבים 3-4 לפניית אלה. העתק מתשובה זו מצ"ב ומסומן נספח 9.

ז. ההשלכות האופרטיביות של החוק

127. כאמור לעיל, החוק מורה לרשויות האזור (כהגדרתן בחוק) ליטול את זכויות השימוש והחזקה בכל קרקע שנבנתה עליה התיישבות (במובנה הרחב מאוד כאמור לעיל והכולל לא רק מקרקעין עליהם נבנו מבנים אלא גם שטחים חקלאיים ומתקני תשתית) – ולהעבירן לממונה (סעיף 3 לחוק), וזאת בתוך שישה חודשים מיום פרסומו (סעיף 4(2)).

128. היות שטרם ההפקעה המקרקעין (להלן: "המקרקעין המופקעים") היו בבעלות פרטית, הרי שההתיישבות שנבנתה על המקרקעין הינה בהגדרה בלתי חוקית והמתגוררים בה פולשים (להלן בהתאמה: "ההתיישבות הלא חוקית" ו-"הפולשים").

129. עוד מורה החוק לממונה לרשום את המקרקעין המופקעים כרכוש ממשלתי בתוך שנה מיום פרסומו (סעיף 4(1)), להקצותם (קרי: לחתום על חוזה המעניק זכויות שימוש במקרקעין) לפולשים (סעיף 5) ולהכשיר את השימוש המפר שנעשה בהם בדעבד תכנונית (סעיף 6).

130. העותרת מס' 30, תנועת שלום עכשיו, חקרה את השלכות החוק וזאת באמצעות מסד נתונים גיאוגרפי דיגיטלי, שרוב המידע שבו נמסר במסגרת הליכי חופש מידע מהמשיב מס' 6 (המינהל האזרחי). מידע זה כולל שכבות דיגיטאליות המציינות קרקע פרטית וקרקע ממשלתית וכן קרקע שנתפסה בצווי תפיסה צבאיים וקרקעות שהוכרזו כקרקעות ציבוריות.

131. תוצאות המחקר פורסמו בדו"ח שפרסמה שלום עכשיו שכותרתו "חוק שוד הקרקעות הגדול" (דצמבר 2016).

עותק של הדו"ח מצ"ב ומסומן **נספח 10**.

132. מהמחקר עולים הממצאים הבאים :

- א. החוק יביא להפקעה של 8,138 דונם של אדמות פרטיות בבעלות פלסטינית ועוד 3,174 דונם של אדמות פרטיות בבעלות פלסטינית המצויות כיום תחת צו תפיסה צבאי. אלה הן אדמות פרטיות המצויות בשטחים הבנויים של התנחלויות ומאחזים לא מורשים.
- ב. סה"כ, אם-כן, יופקעו 11,357 דונם הממוקמים בשטחים הבנויים באופן לא חוקי.
- ג. **בנוסף יופקעו אלפי דונמים של אדמות, שהפולשים עושים בהם כיום שימוש חקלאי ושעל פי הנוסח הסופי של החוק יופקעו גם הם.** ההיקף המדויק של אדמות אלה אינו ידוע לעותרים.
- ד. מתוך האדמות שיופקעו בשטחים בנויים, ושאינן תפוסות בצו תפיסה צבאי, 3,019 דונם מצויים בשטחים עליהם חולשים 54 מאחזים בלתי מורשים.
- ה. 5,015 דונמים נוספים של אדמות פרטיות באזורים בנויים, שאינם תפוסים בצו תפיסה צבאי ושיופקעו, מצויים בתוך תחומי התנחלויות רשמיות.

133. חשוב לציין כי נתונים אלה הם תולדה של הערכת חסר, כלומר הם נתוני מינימום וסביר שהנתונים בפועל יהיו גבוהים יותר ואף באופן משמעותי, כיוון שלא נכללו בהם שטחים נרחבים של אדמות פרטיות, המצויות בתוך התנחלויות ובמאחזים שעל גביהן נבנו כבישים ותשתיות ושעל פי החוק יופקעו אף הם.

134. כמו-כן, ומשמעותי אף הרבה יותר, החוק הכליל בהגדרת "התיישבות" את השטחים החקלאיים "המשמשים לצורכה", והורה גם על הפקעתן של אדמות אלו. היקף האדמות הפרטיות שנעשה בהם כיום שימוש חקלאי על-ידי פולשים ישראלים אינו ידוע לעותרים, אולם הם מעריכים אותו באלפי דונמים.

135. דו"ח של גוף המחקר "כרם נבות" מאוקטובר 2013 העריך, שלמעלה מ-27,000 דונם של אדמות פרטיות פלסטיניות מעובדות כיום על-ידי ישראלים שפלטו אליהן. הערכה זו נעשתה אף היא בהתבסס על נתונים של המינהל האזרחי המעודכנים לשנת 2012.

דרור אטקס "החקלאות הישראלית בגדה המערבית" **כרם נבות** (אוקטובר 2013), עמ' 73. ניתן לצפייה בקישור - <http://www.keremnavot.org/keremnavot>

136. כמו כן אדמות פרטיות פלסטיניות בתוך התנחלויות, שעליהן לא הוקמו מבנים, לא נכללו בחישוב הנתונים.

137. לאור האמור, החוק יביא להפקעה של אלפי דונמים רבים, וככל הנראה עשרות אלפי דונמים של אדמות פרטיות בבעלות פלסטינית.

138. אין בידינו מספר מדויק של פלסטינים שייפגעו מהחוק, אולם בהתחשב באזורים שבהם מצויות האדמות שיופקעו ומתוך היכרות עם מבנה הבעלות הפרטית האופייני בשטחים החקלאיים שבגדה, יותר מסביר להעריך שעשרות אלפי הדונמים שיופקעו בהתאם לחוק מצויים בבעלות של אלפי פלסטינים, וככל הנראה אף עשרות אלפי פלסטינים (בעלים ישירים ובעלים מכוח ירושה).

139. הנה כי כן, החוק אם ימומש יביא להפקעה נרחבת עצומת מימדים מקבוצה גדולה מאוד של תושבים פלסטינים.

140. לשם ההמחשה, להלן דוגמאות להשלכות החוק על קהילות קונקרטיות:

141. הכפר הפלסטיני ג'אלוד סובל זה שנים מהשתלטות חקלאית מאסיבית מצד אנשי המאחזים שלרוע מזלו של הכפר הוקמו על אדמותיו – קידה, אש קודש, אחיה ועדי עד. הישראלים המתגוררים במאחזים אלו השתלטו בכוח על כ-1,125 דונם של אדמות פרטיות של תושבי הכפר ונטעו בהן נטיעות.

צילום אוויר של ההשתלטות החקלאית על אדמות ג'אלוד מצ"ב ומסומן **נספח 11א**

אם החוק לא יפסל על-ידי בית המשפט הנכבד קיימת סבירות גבוהה שאדמות אלו יופקעו.

142. הכפר הפלסטיני סינג'יל סובל זה שנים מהשתלטות על קרקעות שבבעלות תושביו על-ידי תושבי המאחז גבעת הראל. בין היתר נטעו תושבי המאחז נטיעות בכ-116 דונמים של אדמות חקלאיות השייכות לתושבי הכפר ובנו על גבי עשרות דונמים נוספים.

צילום אוויר של ההשתלטות החקלאית והבנייה הלא חוקית על אדמות סינג'יל מצ"ב ומסומן **נספח 11ב**

אם החוק לא יפסל על-ידי בית המשפט הנכבד קיימת סבירות גבוהה שאדמות אלו יופקעו.

143. הכפר הפלסטיני עין יאברוד סובל זה שנים רבות מבנייה לא חוקית על אדמותיו ומנטיעה על ידי תושבי ההתנחלות עפרה. כ-500 דונם מאדמות הכפר נגזלו בדרך זו.

צילום אוויר של ההשתלטויות של עפרה על אדמות עין יאברוד מצ"ב ומסומן **נספח 11ג**.

אם החוק לא יפסל על-ידי בית המשפט הנכבד קיימת סבירות גבוהה שאדמות אלו יופקעו.

144. הכפר הפלסטיני קריות סובל מהשתלטות על אדמותיו ובשנים האחרונות כמעט 500 דונם מאדמותיו נגזלו ונעשה בהם שימוש חקלאי על-ידי מתנחלים. בנוסף נבנו מבנים על אדמותיו.

צילום אוויר של ההשתלטות על אדמות קריות מצ"ב ומסומן **נספח 11ד**.

אם החוק לא יפסל על-ידי בית המשפט הנכבד קיימת סבירות גבוהה שאדמות אלו יופקעו.

145. אלה הן רק דוגמאות. החוק יביא להפקעת אדמות מפלסטינים המתגוררים בחלק ניכר ומשמעותי של הכפרים הפלסטינים שברחבי הגדה.

II. הטיעון המשפטי

א. הטיעון המשפטי בקצרה

146. החוק מושא עתירה זו מפר באופן בוטה וחסר תקדים מקבץ של זכויות יסוד של אלפי אזרחים פלסטינים (ואולי עשרות אלפים) החיים תחת שלטון כיבוש בגדה המערבית. בין היתר החוק מפר את זכותם לקניין, לפרנסה, לכבוד ולשוויון.

147. הפרת זכויות אלה נעשית בחוק מושא עתירה זו תוך אי עמידה בתנאי פיסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – הפגיעה אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, היא לא נעשית לתכלית ראויה ובוודאי שהיא בלתי מידתית בעליל.

148. החוק מביא להפרה של איסורים הקבועים במשפט הבינלאומי – הן במשפט ההומניטארי הבינלאומי והן במשפט הפלילי הבינלאומי. הפרות אלו הן של עקרונות מרכזיים ושל ערכים יסודיים שקבעה האנושות. לפיכך ובשים לב לכך שערכיה של מדינת ישראל אמורים להשתלב ולא לסתור את העקרונות המרכזיים והערכים הבסיסיים של הקהילה הבינלאומית הבאים לידי ביטוי במשפט הבינלאומי – הפרתן היא אינדיקציה ברורה לאי עמידה בתנאי פיסקת ההגבלה של חוק היסוד.

149. לאור האמור החוק אינו חוקתי ודינו בטלות.

ב. הטיעון המשפטי (I) – הזכויות המופרות (משפט ישראלי ומשפט זכויות האדם הבינלאומי)

הזכות לקניין פרטי

150. הזכות לקניין פרטי זוכה להגנה נפרדת ונרחבת בהוראות הדין השונות - הן בדיני הכיבוש, הן במשפט זכויות האדם והן בדין הישראלי. הזכות זכתה למקום של כבוד גם בשיטתנו המשפטית. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אימץ נוסח מרחיב, לפיו "אין פוגעים בקניינו של אדם." כלומר, העיקרון הוא שכל אדם, ולא רק תושב או אזרח, רשאי להנות מקניינו ללא התערבותם של אחרים, אלא אם הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד.

151. ועל פי האמור בסעיף 11 לחוק היסוד "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". לעניין זה יפים דבריה של הנשיאה ביניש בפסק הדין בעניין מוראד: "בשיטתנו המשפטית מוגנת זכות הקניין כזכות יסוד חוקתית (סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). זכות זו הינה זכות מוכרת, כמובן, גם במשפט הבינלאומי הפומבי [...] לפיכך, לתושבים באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית זכות מוגנת לקניינם." (בג"ץ 9593/04 מוראד נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (2006)).

152. יישום החוק מושא העתירה יגרום לפגיעה ישירה בזכויות הקניין של העותרים. הוא יפקיע את אדמותיהם ויעביר אותן לאחרים, לא לצרכי הציבור ולא בשל צורך צבאי. הם יאבדו את קניינם רק בשל כך שהרשויות התרשלו בשמירה על קניינם עד כה.

153. הזכות לפרנסה מהווה את אחת הזכויות הבסיסיות ביותר, וזאת נוכח הקשר הישיר בינה לבין היכולת לממש רמת חיים בסיסית הולמת. הזכות להתפרנס מעוגנת היטב במשפט זכויות האדם הבינלאומי, בין היתר בסעיף 6 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, סוציאליות ותרבותיות:

"The right to work... includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses and accepts... The steps to be taken by a State Party... to achieve the full realization of this right shall include technical and vocational guidance and training programs, policies and techniques to achieve steady economic, social and cultural development and full and productive employment under conditions safeguarding fundamental political and economic freedoms to the individual".

154. דברים אלו מקבלים חיזוק בפרשנות שניתנה על-ידי ועדת האו"ם לזכויות אדם:

"The right to work contributes at the same time to the survival of the individual and to that of his/her family, and insofar as work is freely chosen or accepted, to his/her development and recognition within the community... The right to work, as guaranteed in the ICESCR, affirms the obligation of States parties to assure individuals their right to freely chosen or accepted work, including the right not to be deprived of work unfairly. This definition underlines the fact that respect for the individual and his dignity is expressed through the freedom of the individual regarding the choice to work, while emphasizing the importance of work for personal development as well as for social and economic inclusion."

(CESCR General Comment No. 18 (2005), The Right to Work. UN Doc. E/C.12/GC/18 (Adopted on 24 November 2005.))

155. במשפט הישראלי מעוגנת הזכות בחוק יסוד: חופש העיסוק וכן בזכות לכבוד, שכוללת אף את הזכויות החברתיות-כלכליות.

156. הפקעת אדמותיהם הפרטיות של תושבים מוגנים פוגעת בנוסף לזכות הקניין גם בזכותם וביכולתם לעבד את אדמותיהם. עבודת האדמה היתה פרנסתם של רבים מהנפגעים מחוק זה, עד שהוקמו על אדמותיהם הפרטיות בתים ומאחזים. אי האכיפה ע"י המשיבים עד כה והפקעת האדמות המתוכננת פוגעות ישירות ביכולתם של בעלי הקרקעות להתפרנס, וכתוצאה מכך גם בזכותם לחיות בכבוד.

157. האיסור על אפליה הוא מעקרונות היסוד הבסיסיים ביותר של זכויות האדם. החוק מעדיף את האינטרסים של המתנחלים הישראלים על פני זכותם של הפלסטינים על האדמות שבבעלותם. החוק מורה בפועל לרשויות "ליטול את זכויות השימוש וההחזקה במקרקעין" רק מפלסטינים ו"להקצות את זכויות השימוש וההחזקה במקרקעין" אך ורק למתנחלים.

158. החוק מנוסח באופן שמבטיח כי בפועל הוא יחול אך ורק על בנייה או נטיעה לא חוקיים במקרקעין בבעלות פלסטינית ואך ורק לטובת מתנחלים ישראלים שבנו עליהם או נטעו עליהם באופן לא חוקי.

159. במרכז המנגנון המפלה מצויה דרישת "הסכמת המדינה". דרישה זו הינה מרכזית לקביעת המקרים שבהן החוק יביא ל"הסדרת" בנייה או נטיעה לא חוקיים (ראו סעיף 3) והיא תפורה להתיישבות הישראלית שבהתאם לאמור בדו"ח ששון סייעה, עודדה תכננה והעניקה תמריצים (לרוב בחריגה מסמכות של המסייעים) להקמת המאחזים. **אין בנמצא סיוע כאמור לבנייה לא חוקית של פלסטינים בגדה.**

160. גם רשימת היישובים הקבועה בתוספת (בהתאם לסעיף 11 ואשר לגביהם החוק מתלה את הליכי האכיפה לצורך הליך ה"הסדרה", קרי הפקעה והכשרה תכנונית) – הם כולם יישובים ישראלים.

161. בנוסף החוק מורה על מימוש ההקצאה וההכשרה בדיעבד של הבנייה או הנטיעה הלא חוקיים באמצעות "מוסד מיישב". כפי שפורט בחלק העובדתי מוסד מיישב כולל אך ורק מוסדות ציוניים שהקימו לאורך השנים אך ורק יישובים יהודיים בישראל ובשטחים הכבושים. ברור שהחוק לא התכוון שההסתדרות הציונית או הסוכנות היהודית (או הזרוע המיישבת של גוש אמונים, תנועת אמנה ...) יקימו יישובים פלסטינים בגדה המערבית.

162. ההיסטוריה החקיקתית, דברי ההסבר לחוק והרקע לחקיקתו, כפי שפורטו בחלק העובדתי, אף הם מורים כי החוק נועד לשרת את ציבור המתנחלים בלבד במקרים, בהם הם בנו על קרקעות של פלסטינים.

163. מדובר בחוק, המנוגד למושכלות יסוד בסיסיים של המשפט – הן המשפט הבינלאומי והן המשפט הישראלי – הקובעים את איסור האפליה כאחד עקרונות היסוד של המשפט:

א. אמנת ג'נבה הרביעית קובעת, כאחד מהעקרונות הבסיסיים של דיני הלחימה, את חובתו של המפקד הצבאי לנהוג באוכלוסייה האזרחית ללא כל הפליה:

..."

(1) בני אדם, שאינם נוטלים חלק פעיל בפעולות האיבה, לרבות חיילים שהניחו את נשקם, וחיילים שהוצאו מן המערכה עקב חולי, פצועים, מעצר או כל סיבה אחת, יהיו נוהגים בהם תמיד מנהג אנושי, ללא כל הפליה לרעה מטעמי גזע, צבע דת או אמונה, מין, יוחסין, מצב חומרי, או מכל טעם אחר כיוצא בזה."

(סעיף 3 לאמנת ג'נבה. כן ראו סעיף 27 פסקה שלישית לאמנה)

ב. האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות מורה למדינות להבטיח שוויון בפני החוק לכל המצויים תחת סמכות השיפוט שלהן ואוסרת על אפליה, בין השאר על בסיס גזע או מוצא לאומי (סעיף 26 לאמנה).

ג. האמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית, 1966, מגדירה בסעיף 1 "אפליה גזעית", כ"כל הבחנה, הוצאה מן הכלל, הגבלה או העדפה המיוסדים על נימוקי גזע, צבע, יחוס משפחתי, מוצא לאומי או אתני, שמגמתם או תוצאתם יש בהן כדי לסכל את ההכרה, ההנאה והשימוש, או לפגום בהכרה, בהנאה או בשימוש, על בסיס שווה, של זכויות האדם וחירויות היסוד בחיים המדיניים, הכלכליים, החברתיים, התרבותיים, או בכל תחום אחר בחיי הציבור".

סעיף 3 לאמנה קובע, כי "המדינות בעלות האמנה מגנות במיוחד הפרדה גזעית ואפרטהייד, ומתחייבות למנוע, לאסור ולבער כל נוהגים מסוג זה בשטחים המצויים בסמכותן".

ואילו סעיף 5 לאמנה קובע, כי :

"במילוי חובותיהן היסודיות שנקבעו בסעיף 2, מתחייבות המדינות בעלות האמנה לאסור ולבער אפליה גזעית בכל צורותיה, ולערוב לזכותו של כל אדם, בלא הבחנה באשר לגזע, צבע, או מוצא לאומי או אתני, לשוויון בפני החוק, בעיקר בהנאה מן הזכויות דלקמן :

...

ד. זכויות אזרחיות אחרות, במיוחד :

(1) הזכות לחופש התנועה והמגורים בתוך גבול המדינה ;

"...

164. האיסור על אפליה על בסיס גזעי-לאומי הינו כה חיוני למערך דיני זכויות האדם במשפט הבינלאומי עד כי לא ניתן לסטות ממנו אף במצבי חירום (ראו המלצה כללית מס' 30 של ועדת ה- ICERD ; כן ראו : (Human Rights Committee, General Comment 29, States of Emergency (article 4), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001))

165. על חשיבותה ומעמדה של הזכות לשוויון עמד בית משפט זה בשורה ארוכה של פסקי-דין :

"השוויון הוא מערכי היסוד של מדינת ישראל. כל רשות בישראל – ובראשן מדינת ישראל, רשויותיה ועובדיה – חייבת לנהוג בשוויון בין הפרטים השונים במדינה..."

בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 273 (2000)

166. ההפרה של הזכות לשוויון בענייננו גלויה היא על פניה, אך למעלה מן הצורך נבהיר, כי גם אם יטען המחוקק כי לא התכוון להפלות (אף שזוהי תכליתו של החוק כולה), די בכך, שתוצאתן של הוראות

או של מדיניות היא מפלה. החלטה על הפעלתו של יחס שונה היא פסולה, לא רק כאשר המניע הוא לפגוע בשוויון, אלא גם כאשר המניע הוא אחר, אך הלכה למעשה נפגע השוויון:

"כחוט השני עוברת בפסיקתו של בית המשפט העליון התפיסה כי "הפליה היא פסולה גם כשאין ביסודה כוונה להפלות" ... "השאלה אינה רק מהו המניע של המחליטים; השאלה הינה גם מהי התוצאה של ההחלטה. החלטה היא פסולה, לא רק כאשר המניע הוא לפגוע בשוויון, אלא גם כאשר המניע הוא אחר, אך הלכה למעשה, נפגע השוויון"

בג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 333 (1988)

167. הפגיעה בשוויון הוכרה על ידי בית המשפט הנכבד כפגיעה במהותה של הזכות החוקתית לכבוד האדם. זאת, כאשר היא קשורה בקשר ענייני לכבוד האדם, על פי המכונה "מודל הביניים". מודל הביניים אינו מצמצם את כבוד האדם אך להשפלה וביזוי, אך הוא גם אינו מרחיבו לכלל זכויות האדם. על פיו, נכללים בגדר כבוד האדם אותם היבטים של כבוד האדם אשר מוצאים בחוקות שונות ביטוי בזכויות אדם מיוחדות, אך המתאפיינים בכך שהם קשורים, על פי תפיסתנו, בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו). על פי גישה זו, ניתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם הפליה שאין עימה השפלה, ובלבד שהיא תהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית. "בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא (1) 619 (2006) בפיסקה 38; ראו גם: בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים (פסק דין מיום 6.5.14) בפיסקאות 30-34 לפסק דינו של הנשיא ברק.

168. הפגיעה בשוויון בחוק זה היא באופן מובהק פגיעה בזכות לכבוד האדם, שכן היא מפקיעה מידי כל פלסטיני שאת אדמתו גזל שלא כדין ישראלי את זכויותיו בקניינו.

169. גם אם לא כתוב במפורש שהניזוקים כולם יהיו פלסטינים והנהנים יהיו כולם יהודים, הרי שהחוק מבהיר זאת היטב: כל הישובים שעליהם יחול החוק הם ישובים שבהם האוכלוסייה היא אוכלוסייה היהודית וכל הקרקעות הן בבעלות פלסטינית פרטית. עמד על כך הנשיא ברק בפרשת קעדאן:

"השילוב בין התוצאה הבלתי שוויונית של המדיניות ובין הטעמים הבלתי שוויוניים שבבסיסה, יוצר "מסה" חזקה של היעדר שוויון, "מסה" שאינה מתבטלת ואף אינה פוחתת נוכח הנכונות העקרונית להקצות מקרקעין להתיישבות קהילתית כפרית נפרדת של ערבים."

(בג"ץ קעדאן, בעמ' 280; ר' גם בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג (2) 398 (2009) בפיסקה 24.

170. גם אם בין הנפגעים מן החוק – הם התושבים המוגנים - ובין הנהנים ממנו לא מתקיים שוויון או אפילו מראית עין של שוויון גם ללא יישום חוק זה, הרי שהנזק שבאפליה הוא יסודי ופגיעתו החברתית היא מן החמורות שיש:

"...טענת הפליה לעולם נשמע לה, והיא בתשתית התשתיות. עקרון ההפליה יסודו בצורך עמוק הטבוע בנו, בכל אחד מאתנו – שמא נאמר ביצר ובצורך שבאדם: באדם, אך לא רק בו – כי לא יפלו אותנו לרעה,

כי נזכה לשוויון, מאלוה ממעל ולמצער מן האדם... הפליה (אמיתית או מדומה) מוליכה אל תחושה-של-קיפוח ותסכול, תחושת-קיפוח ותסכול מישרים אל קנאה, ובבוא קנאה תאבד תבונה"

בג"ץ 1703/92 ק.א.ל. קווי אויר למטען בע"מ נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 203 (1998)

171. התכלית היסודית של ההכרה בזכות לשוויון היא אכיפת החובה להתייחס אל כל בני האדם כאל שווים. מדיניות המסוגלת כמדיניות מפלה כוללת שני מרכיבים: פגיעה בכבודו של אדם – הנובעת מהיחס של השלטון לאדם בשל השתייכות לקבוצה מסויימת ופגיעה בכלל חברי הקבוצה (ראו ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 290 (2016), להלן ברק מדינה), פגיעה בזכויות הפרט רק כי הוא שייך לקבוצה מסוימת, או במקרה שלפנינו רק כי הוא אינו שייך לקבוצה המועדפת – היא המתנחלים, מגיעה לכדי פגיעה מהותית בכבודו.

172. לנוכח האמור בחלק זה, החוק יוצר פגיעה קשה בזכות לקניין, לפרנסה, לכבוד ולשוויון של נפגעיו – פלסטינים תושבי הגדה המערבית

ג. הטיעון המשפטי (II) – הפרה חמורה של המשפט הבינלאומי ההומניטארי

173. החוק מפר באופן יסודי וחמור איסורים מוחלטים של המשפט ההומניטארי הבינלאומי. בשים לב לחומרת ההפרה ולמרכזיות הנורמות המופרות, הפרות אלה הינן אינדיקציה ברורה לאי עמידת החוק בתנאי פיסקת ההגבלה, ובמיוחד לדרישות כי החוק יהיה "הולם את ערכיה של מדינת ישראל", כי ישרת "תכלית ראויה" וכי הפגיעה בזכויות הגלומה בו תהיה מידתית.

(1). המסגרת הנורמטיבית החלה על השליטה הישראלית בגדה

174. הגדה המערבית נכבשה על ידי כוחות צה"ל בשנת 1967, ועל-כן דיני התפיסה הלוחמתית חלים על פעילות צה"ל בה. דינים אלו מעוגנים בעיקר באמנת האג בדבר דיני המלחמה משנת 1907 והתקנות הנלוות לה, בהוראות אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בעת מלחמה משנת 1949, בהוראות המינהגיות הקבועות בפרוטוקולים הנלווים לאמנות ג'נבה משנת 1977, ובעקרונות הכלליים של המשפט הבינלאומי.

175. אמנת האג אשר משקפת משפט בינלאומי מינהגי חלה ישירות על פעילות צה"ל בשטחים הכבושים ומחייבת את כל רשויות מדינת ישראל לרבות את המשיבים (ראו: בג"ץ 606/78 איוב נ' שר הביטחון, פ"ד לג (2) 113, 120-121 (1979)), והיא מתווה את עקרונות הבסיס בנוגע ליחסי כובש-נכבש ובנוגע לגבולות הכוח של המעצמה הכובשת בשטח כבוש.

176. תקנה 43 לתקנות האג היא שקובעת את המסגרת הכללית לפעילות כוח כובש בשטח כבוש, ומהווה כלל-על ליחסי שלטון-אזרח של השטח הכבוש (התקנה אף כונתה בספרות "חוקה בזעיר-אנפין" של

הכיבוש; ראו לעניין זה: בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד לז(2) 197 (1983).

177. תקנה 43 מעניקה לצבא הכיבוש סמכויות וכוחות שלטוניים ומתווה את השיקול המרכזי להפעלתם ע"י הכובש: טובתה של האוכלוסייה המקומית של השטח הכבוש ועקרון שימור הקיים. למען הסדר הטוב, נביא את נוסח התקנה בשלמותה:

בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, ינקוט הלה בכל האמצעים שביכלתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין.

178. הפרשנות של תקנה 43 הוסיפה לכלל העליון של דיני הכיבוש המופיע בו במפורש – דאגה לרווחת האוכלוסייה הכבושה – את הקוטב הנובע מהיות דיני הכיבוש, ותקנה 43 בתוכם, חלק מדיני המלחמה והלחימה: שמירה על האינטרסים הביטחוניים של המעצמה הכובשת. שני קטבים אלה, טובת הנכבשים וביטחון הכובש, הם שמניעים את דיני הכיבוש ויוצרים את מארג השיקולים ה"חוקיים" שיכולה המעצמה הכובשת לשקול בעת שהיא עושה שימוש בכוחות שלטוניים ומנהלת את השטח הכבוש.

179. פרשנות זו עוברת כחוט השני גם בפסיקתו של בית המשפט הנכבד בעתירות שעניינן הכיבוש הישראלי (לדיון מקיף ב"שני הקטבים" של דיני הכיבוש ראו: בג"ץ 393/92 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785 (1983) – להלן: "פרשת ג'מעית אסכאן").

180. דיני הכיבוש, עפ"י תפיסה זו, הם משטר של נאמנות זמנית והיא מחייבת, בין השאר, שכל שינוי ארוך טווח בשטח הכבוש, ככל שהוא מותר, ייעשה לטובתה של האוכלוסייה המקומית (היא אוכלוסיית האזרחים המוגנים). פן שני, שלילי, של חובת הנאמנות היא **האיסור המוטל על המעצמה הכובשת לנצל את השטחים הנתונים לשליטתה לצרכיה-שלה, למעט (במגבלות מסויימות) לצרכיה הביטחוניים**. ולדבר גם היגיון רב שהרי אלמלא כן, היה בכך לדרבן את הכוח הכובש להאריך את משך זמן הכיבוש אף מעבר לפרק הזמן הנדרש, שהוא כאמור פרק זמן מינימאלי וזמני, או אף חמור מכך – היה בכך כדי לדרבן מדינות לצאת למלחמות ולכבוש שטחים, לצרכים שאינם ביטחוניים-הגנתיים.

181. מופע מובהק של תפיסה זו הוא הלכתו הידועה של בית המשפט הנכבד בפרשת ג'מעית אסכאן, הקובעת כי כאשר המפקד הצבאי עושה שימוש בסמכויות הניהול של השטח הכבוש שדיני הכיבוש מסרו לידו, אסור לו לשקול שיקולים הנוגעים לצרכיה הכלכליים של ארצו. ציטטנו את הדברים בפתח כתב העתירה, אך בשל חשיבותם נחזור עליהם כאן:

"אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסייה המקומית. אפילו צורכי הצבא הם צרכיו הצבאיים ולא צורכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב. אזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אינו שדה פתוח לניצול כלכלי או אחר."

(פרשת ג'מעית אסכאן, עמ' 795-794, ההדגשה הוספה)

182. התפיסה המשפטית של הכיבוש כזמני, כחלק מרע הכרחי אשר עשוי לנבוע מלחימה, היא זו הכובלת את המעצמה הכובשת לבל תבצע שינויים ארוכי טווח בשטח הכבוש ובכך תפר את חובת הנאמנות שלה. היקפם של שינויים ארוכי טווח הינו עניין שנוי במחלוקת, אולם גם אלו המצדדים בכך ששינויים מסויימים מותרים, מציבים מגבלות ברורות על היקפם ועומקם של שינויים אלו, כאשר בראש ובראשונה התנאי-בלעדיו-אין לחוקיות שינויים ארוכי-טווח הוא שהם נועדו לטובת האזרחים המוגנים המצויים בשטח הכבוש, לטובתה של האוכלוסייה המקומית. **בכך מוגשם עיקרון העל של דיני הכיבוש, כפי שהוא קבוע ומעוגן בתקנה 43 לתקנות האג.**

183. העולה מאלה, שדיני הכיבוש מעניקים למעצמה הכובשת כוחות שלטוניים של ניהול ומינהל ומנגד הם אינם הופכים את הכובש לריבון. השימוש בכוחות הניתנים לכובש, בהם הוא מחזיק באופן זמני, חייב להיעשות באופן שיקיים את חובתו ע"פ תקנה 43 "להבטיח את הסדר והחיים הציבוריים" של האוכלוסייה הכבושה, וכן כדי לקיים את האינטרסים הביטחוניים של המעצמה הכובשת.

184. בנוסף, מוטל איסור ספציפי על המעצמה הכובשת לשנות את הדין הנוהג בשטח הכבוש "אלא אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין", כלשונה של תקנה 43, והפרשנות של נבצרות זו עוסקת באותם קטבים של ביטחון וטובת הנכבשים. על כך ביתר פירוט להלן.

(2). החוק מהווה חריגה מסמכות / מעשה סיפוח אסור

185. לכנסת אין סמכות לחוקק חוקים המשנים את המשפט בשטח הכבוש, והדבר מצוי בסמכותו הבלעדית של המפקד הצבאי בכפוף למגבלות דיני הכיבוש.

186. לא נתעכב על טענה זו כאן ונרחיב לגביה בפרק שיעסוק בחריגה מסמכות של הכנסת (מהזווית של המשפט הישראלי), רק נציין, כי המשפט הבינלאומי שהפקיד את סמכויות החקיקה בשטח הכבוש בידי המפקד הצבאי (והגביל אותה), הכתיב למפקד הצבאי קשת שיקולים שלה הוא מחוייב השונה מזו של המחוקק הישראלי.

187. בעוד שהמפקד הצבאי מוסמך לשקול אך ורק את טובת האוכלוסייה הנכבשת ואת צרכי הביטחון (ראו הציטוט לעיל מ(פרשת ג'מעית אסכאן עמי 794-795), המחוקק הישראלי מוסמך לשקול קשת רחבה בהרבה של שיקולים ואינטרסים.

188. לכן, בין היתר, חקיקה טריטוריאלית ביחס לשטח משמעה תפיסה כי השטח מצוי תחת ריבונות המחוקק שהינו חופשי לשקול שיקולים שונים ואינטרסים שונים של המדינה אותה הוא משרת. לא כך צבא כיבוש.

189. חקיקת החוק לפיכך היא מעשה מובהק של ריבונות, קרי מעשה מובהק של **סיפוח**.

190. עיקרון יסודי של דיני המלחמה הבינלאומיים הוא שסיפוח בכוח הזרוע של שטח כבוש הינו אקט בלתי חוקי ואסור.

(3). החוק מהווה הפרה של חובת כיבוד הדין המקומי וחריגה מסמכות החקיקה המצומצמת הניתנת לכובש בדין הבינלאומי

191. החוק מתיימר לשנות את דיני המקרקעין בשטח הכבוש על ידי קביעת הוראות שעניינן נטילת זכויות והענקת זכויות בהן.

192. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית שינה לאורך השנים את הדין המקומי במאות צוויים שיצאו תחת ידו ובהתאם לדיני הכיבוש הם בגדר חקיקה ראשית של השטח הכבוש. עם זאת, **זו למעשה הפעם הראשונה שמדינת ישראל, באמצעות הכנסת¹ ביצעה שינוי של דיני המקרקעין המהותיים, קרי הנורמות הקובעות זכויות במקרקעין באזור.**

193. כאמור לעיל, חובתה של המעצמה הכובשת הקבועה ב"חוקת דיני הכיבוש", היא תקנה 43, הינה לכבד את "החוקים הנוהגים במדינה" [הנכבשת]. לחובה זו יש חריג והוא מנוסח בתקנה במילים: "חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין". חובה זו קבועה גם באמנת ג'נבה הרביעית בהקשר לחוק הפלילי (סעיף 64).

194. הפרשנות הרשמית של הצלב האדום קובעת כי ה"נבצרות" מכיבוד החוק המקומי בשטח הכבוש, היוצרת חריג לכלל, נוגעת לשני תחומים בלבד והם ביטחון וטובת האוכלוסיה המקומית (ההדגשה שלנו):

"The first relates to the security of the Occupying Power, which must obviously be permitted to cancel provisions such as those concerning recruiting or urging the population to resist the enemy. The second reservation is in the interests of the population and makes it possible to abrogate any discriminatory measures incompatible with humane requirements. It refers in particular, to provisions which adversely affect racial or religious minorities, such provisions being contrary to the spirit of the Convention (Article 27), which forbids all adverse distinction based, in particular, on race, religion or political opinion.

...

These two exceptions are of a strictly limitative nature. The occupation authorities cannot abrogate or suspend the penal laws for any other reason -- and not, in particular, merely to make it accord with their own legal conceptions.

J. S. Pictet (ed), **The Geneva Conventions of 12 August 1949, Commentary – IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War** (Geneva: International Committee of the Red Cross, 1958), p. 335-336

¹ הפעם היחידה, בה בוצע שינוי של דיני המקרקעין המהותיים בגדה המערבית על ידי מפקד האזור, הייתה באמצעות צו בדבר אישור הקמה ופטור מרישיון לאתרי מגורים ארעיים בעלי חשיבות אזורית (הוראת שעה) יהודה שומרון (מס' 1777), התשע"ז-2016. צו זה בוטל ביום 1.2.2017 בפסק דינו של בית המשפט הנכבד, בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית [ללא נימוקים, מיום 1.2.2017].

195. החוק נועד בהתאם לאמור בדברי ההסבר שלו "להסדיר את מעמדם של יישובים ישראלים ביהודה והשומרון, כדי לאפשר את המשך ביסוסה ופיתוחה של ההתיישבות הישראלית באזור" (הצעות חוק הכנסת 672, מיום 7.12.2016, בעמ' 44).

196. זוהי כמובן מטרה פוליטית, אידיאולוגית, אבל אין לה דבר עם שיקולי ביטחון או שיקולי טובת האוכלוסייה הנכבשת (ההיפך הגמור הוא כמובן הנכון). לפיכך מדובר בשינוי דין המהווה הפרה של חובת הכיבוד של הדין המקומי הקבועה בתקנה 43 וחריגה קיצונית מסמכות החקיקה המסורה למעצמה הכובשת.

(4). החוק מהווה הפרה של איסור הפגיעה בקניין הפרטי ושל איסור ההפקעה

197. החוק הוא בראש ובראשונה התקפה חזיתית על זכויות הקניין של אלפי פלסטינים (וככל הנראה עשרות אלפים), החיים תחת הכיבוש הישראלי זה חמישים שנה. כפי שהוסבר באריכות, החוק מפקיע את זכויותיהם של תושבים אלה, אשר מעמדם בדיני הכיבוש הוא של "אזרחים מוגנים" (ראו סעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית).

198. דיני הכיבוש משובצים לאורכם ולרוחבם באיסורים ובהגבלות על כוחה של המעצמה הכובשת והכוח הכובש בשטח הכבוש. למרבית האיסורים מתלווים חריגים המאפשרים הפרתם בתנאים מסויימים.

199. בהקשר של פגיעה ברכוש, החריג לאיסור הפגיעה בו מוגדר ומתוחם היטב לשיקולי ביטחון מיידיים והכרחיים. תקנה 23(g) לתקנות האג וסעיף 53 לאמנת ג'נבה מתירים פגיעה פיזית ברכוש ואף את תפיסתו הזמנית (seizure) רק בתנאי שפגיעה או תפיסה זו נדרשת באופן החלטי לצרכי המלחמה ("imperatively demanded by the necessities of war").

200. אחד המקרים הנדירים בהם דיני הכיבוש נוקבים באיסור מוחלט הינו האיסור על הפקעת רכוש השייך לאזרחים מוגנים. תקנה 46 לתקנות האג קובעת באופן שאינו משתמע לשתי פנים:

"Private property cannot be confiscated"

ובעברית: "אין להחרים רכוש פרטי"

201. האיסור על הפקעת רכוש הוא אחד האיסורים הוותיקים בדיני הכיבוש המודרניים ומקורו באמצע המאה ה-19, בקוד ליבר שנחתם על-ידי הנשיא האמריקאי אברהם לינקולן כפקודה לצבא ארצות הברית בעיצומה של מלחמת האזרחים. סעיף 22 לקוד ליבר קבע את הכלל, לפיו יש להמנע מפגיעה ברכוש הפרטי:

"As civilization has advanced during the last centuries, so has likewise steadily advanced, especially in war on land, the distinction between the private individual belonging to a hostile country and the hostile country itself, with its men in arms. The principle has been more and more acknowledged that the unarmed citizen is to be spared in person, property, and honor as much as the exigencies of war will admit."

(General Orders No. 100: The Lieber Code, INSTRUCTIONS FOR THE GOVERNMENT OF ARMIES OF THE UNITED STATES IN THE FIELD, Prepared by Francis Lieber, promulgated as General Orders No. 100 by President Lincoln, 24 April 1863).

202. סעיפים 37-38 לקוד ליבר קובעים איסור על החרמה של רכוש פרטי, ובכלל זה נדל"ן, תוך שימור חריג לתפיסה זמנית לצרכים צבאיים. הפקודה אף קובעת חובת העמדה לדין של הפרת עקרונות אלו. קריאת סעיפי קוד ליבר מראה כמה עתיקי יומין הם הכללים, שעברו קודיפיקציה בתקנות האג ובסעיפי אמנת ג'נבה, וכמה הדמיון ביניהם גדול:

Art. 37.

*The United States acknowledge and protect, in hostile countries occupied by them, religion and morality; **strictly private property**; the persons of the inhabitants, especially those of women: and the sacredness of domestic relations. Offenses to the contrary shall be rigorously punished.*

*This rule does not interfere with the right of the victorious invader to tax the people or their property, to levy forced loans, to billet soldiers, or to appropriate property, especially houses, lands, boats or ships, and churches, **for temporary and military uses.***

Art. 38.

***Private property**, unless forfeited by crimes or by offenses of the owner, **can be seized only by way of military necessity**, for the support or other benefit of the army or of the United States.*

If the owner has not fled, the commanding officer will cause receipts to be given, which may serve the spoliated owner to obtain indemnity.

203. אחת עשרה שנים לאחר התקנת קוד ליבר אומצה הכרזת בריסל בדבר כלליה ונהגיה של המלחמה. הכרזת בריסל הייתה תולדה של הניסיון הבינלאומי הראשון (בחסות הצאר הרוסי) לאחד בכתב את דיני המלחמה, והיא נחשבת למקור המרכזי שעל בסיסו התקבלו בסוף המאה ה-19 ובתחילת המאה העשרים אמנות האג.

204. סעיף 38 להכרזת בריסל הוא הורו-מולידו של סעיף 46 לאמנת ג'נבה, שנחתמה שבעים וחמש שנים (ושתי מלחמות עולם) מאוחר יותר (ההדגשה שלנו):

Art. 38. Family honour and rights, and the lives and property of persons, as well as their religious convictions and their practice, must be respected.

Private property cannot be confiscated.

(International Declaration concerning the Laws and Customs of War. Brussels, 27 August 1874)

205. נזכיר עוד את מדריך אוקספורד לחוקי המלחמה ביבשה, שפורסם על-ידי המכון למשפט בינלאומי (Institute of International Law) בשנת 1880. מדריך זה נחשב למבטא את הכללים המינהגיים של המלחמה ביבשה נכון לסוף המאה ה-19 וגם הוא כולל כללים האוסרים על הפקעה ומתירים תפיסה זמנית לצרכי ביטחון בלבד (ראו סעיפים 54-60).

206. לאור כל אלה לא פלא שמחקר הצלב האדום על הכללים המינהגיים של המשפט ההומניטארי הבינלאומי מצא שהאיסור על פגיעה ברכוש פרטי או על הפקעתו הינו עקרון מינהגי מחייב:

Rule 50.

The destruction or seizure of the property of an adversary is prohibited, unless required by imperative military necessity.

Rule 51. In occupied territory: [...]

(c) private property must be respected and may not be confiscated; except where destruction or seizure of such property is required by imperative military necessity.

J.M. Hanckaerts and L. Doswald-Beck (eds.), **Customary International Humanitarian Law**, reprinted with corrections, 2 vols. (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), vol. I, Rules 50-51.

207. העולה מהאמור הוא שכלל מינהגי עתיק יומין ומושרש של דיני הכיבוש הוא האיסור המוחלט על הפקעת רכוש פרטי של הנכבשים.

ד. הטיעון המשפטי (III) – הפרה של המשפט הפלילי הבינלאומי

208. החוק מפר איסורים הקבועים במשפט הפלילי הבינלאומי. בשים לב לחומרת ההפרה ולהיות ההפרה בגדר מעשה שהקהילה הבינלאומית הגדירה כפשע בינלאומי, הפרות אלה הינן אינדיקציה ברורות

לאי עמידת החוק בתנאי פיסקת ההגבלה, ובמיוחד לדרישות כי החוק יהיה "הולם את ערכיה של מדינת ישראל", כי ישרת "תכלית ראויה" וכי הפגיעה בזכויות הגלומה בו תהיה מידתית.

209. ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית והתכליות של חקיקת הכנסת עולות בקנה אחד עם העקרונות המרכזיים של המשפט הבינלאומי ובוודאי של המשפט הפלילי הבינלאומי. לפיכך הפרה של איסורי המשפט הפלילי הבינלאומי בהכרח מצביעה על דבר חוק שאינו עומד בדרישות פיסקת ההגבלה.

210. אם-כן, מעבר להפרת האיסורים הקבועים במשפט ההומניטארי הבינלאומי כמתואר בחלק הקודם, החוק מפר איסורים שנתקבלו כעבירות במשפט הפלילי הבינלאומי.

211. באופן ספציפי, הפקעה של זכויות האזרחים המוגנים, בהיקפים המתוארים לעיל, תסבך את המעורבים בכך בביצוע שלושה פשעים בינלאומיים והם:

א. נטילה נרחבת של רכוש שאינה מוצדקת ע"י כורח צבאי (סעיף 8(2)(a)(iv) לאמנת רומא בדבר חוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי – להלן: "חוקת רומא");

ב. השמדה או תפיסה של רכוש האויב אלא אם כן ההשמדה או התפיסה כאמור נדרשים באופן חיוני ע"י כורח המלחמה (סעיף 8(2)(b)(xiii) לחוקת רומא).

ג. הכרזה שזכויותיהם ופעולותיהם של אזרחי הצד העניין מבוטלות, מושעות או בלתי קבילות בבית משפט (סעיף 8(2)(b)(xiv) לחוקת רומא).

(I) נטילה נרחבת של רכוש שאינה מוצדקת ע"י כורח צבאי

212. מקורה של עבירת הנטילה הנרחבת של רכוש שאינה מוצדקת על-ידי כורח צבאי בהפרות החמורות המוגדרות בסעיף 147 לאמנת ג'נבה הרביעית, ולפיכך היא ממוקמת ברשימה הראשית של פשעי מלחמה המוגדרת בסעיף 8(a) של אמנת רומא.

213. האיסור על נטילת רכוש הוגדר כעבירה גם בחוקת בית הדין לשפיטת פשעי המלחמה שבוצעו ביוגוסלביה לשעבר, ה-ICTY (סעיף 2(d) לחוקת בית הדין).

214. הביטוי "נטילה" (appropriation) כולל את כל סוגי ההחרמה – תפיסה זמנית, גניבה, ביזה והפקעה (ראו: Kunt Dörmann, *Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Court* (ICRC, 2003), p. 89-95).

215. יסודות העבירה כפי שהוגדרו על-ידי הפרשנות הרשמית של הצלב האדום לאמנת רומא הינן:

- א. המבצע השמיד או נטל רכוש;
- ב. ההרס או הנטילה לא היו מוצדקים על ידי צורך צבאי;

- ג. ההרס או הנטילה נעשו באופן שרירותי ;
- ד. הרכוש הנ"ל היה מוגן לפי אחת או יותר מאמנות ג'נבה משנת 1949 ;
- ה. המבצע היה מודע לנסיבות העובדתיות שיצרו את המעמד המוגן ;
- ו. המעשה היה קשור לסכסוך חמוש בינלאומי ובוצע במסגרתו ;
- ז. המבצע היה מודע לנסיבות העובדתיות שיצרו את הסכסוך החמוש.

(Kunt Dörmann, *Elements of War Crimes*, p. 81)

216. הפרשנות הרשמית אף מדגישה, כי בין סוגי הרכוש המוגן (שיסוד מספר ד' לעיל מתייחס אליהם) מצוי רכוש פרטי בשטח כבוש. עוד יש לציין שרכיב העבירה המחרוג נטילה המוצדקת בצורך צבאי אינו נוגע להפקעה היות שהפקעה ממילא אינה מותרת גם בהינתן צורך צבאי (בהתאם לסעיף 45). לעניין זה מבהירה הפרשנות הרשמית :

"It is important to indicate that military necessity covers only measures that are lawful in accordance with the laws and customs of war. Consequently, a rule of the law of armed conflict cannot be derogated from by invoking military necessity unless this possibility is explicitly provided for by the rule in question and to the extent it is provided for"

(Kunt Dörmann, *Elements of War Crimes*, p. 81)

217. עבירה זו, בגלגוליה שטרם אמנת רומא, כהפרה של האיסורים הקבועים באמנת האג הרביעית על פגיעה ברכוש פרטי, נדונה במספר משפטים בינלאומיים, בעיקר בעקבות ההחרמות הרבות של רכוש פרטי שבוצעו על ידי הנאצים בשטחי הכיבוש שלהם באירופה בזמן מלחמת העולם השנייה (ואין צורך לומר שאין, חלילה, כל מקום להשוואה בין החוק מושא עתירה זו ומעשי הנאשמים שם, לא בהיקף ולא בשיטות, והדברים מובאים רק לצורך הדין בכלל המשפט).

218. כך, למשל, באחת הפרשות שנדונה בטריבונל הצבאי האמריקאי, הורשעו 9 אנשי ממשל ואנשי עסקים גרמנים בביצוע פשעי מלחמה בכך שהורו וביצעו נטילה של רכוש פרטי בשטחי הכיבוש (ראו : *The IG Farben Trial*, US Military Tribunal, UNWCC, LRTWC vol. X, (London 1949) (p. 1)).

219. תיק נוסף שעסק בביזת רכוש פרטי בשטח כבוש ואיזכר את תקנות 45-52 לאמנת האג הרביעית כמקור לאיסור על נטילת רכוש של מוגנים בשטח כבוש הוא משפטם של תעשיינים גרמניים – *The Krupp Trial*, US Military Tribunal, UNWCC, LRTWC, vol. XIV, London 1949, p.49), 104

220. המסקנה מכל האמור היא שהפקעה של רכוש תוך הפרת האיסורים הקבועים בתקנות האג ובאמנת ג'נבה בהקשר של כיבוש מהווה פשע מלחמה מסוג נטילת רכוש. החוק מורה לרשויות בגדה המערבית לבצע אם כן פשע מלחמה מסוג זה.

(II) תפיסה של רכוש האויב שאינה מוצדקת בצורך צבאי

221. עבירה זו שהינה עבירה-אחות של עבירת הנטילה הנרחבת של רכוש נגזרת מהגדרתו של האיסור על פגיעה ברכוש בתקנה 23(g) לאמנת האג. רכיבי העבירה כמעט זהים לאלה של עבירת הנטילה הנרחבת ולפיכך לא נחזור עליהם אלא נתעכב רק על ההבדל ביניהם.

222. ההבדל המרכזי בין שני הפשעים הוא היעדרו של רכיב ה"נרחבות" בעבירת התפיסה של רכוש האויב, כלומר פשע מלחמה זה יכול להתבצע גם במקרה של פגיעה ברכוש יחיד של אזרחים מוגנים.

223. לפיכך, גם אם יקבע שהיקף ההפקעה שעליו מורה החוק אינו "נרחב", הרי שהחוק מורה לבצע פשעי מלחמה רבים מסוג תפיסה של רכוש שאינה מוצדקת בצורך צבאי.

(III) הכרזה שזכויותיהם ופעולותיהם של אזרחי הצד העוין מבטלות, מושעות או בלתי קבילות

בבית משפט

224. פשע מלחמה זה נועד להטיל אחריות על מתווי המדיניות ומפליל את מי שבסמכותו לבטל זכויות של אזרחי האויב (ובהם אזרחי שטח כבוש כמובן).

225. למעשה, הדוגמא הגנרית שניתנת בספרות היא מעשה חקיקה של אחד הצדדים לסכסוך המבטל זכויות של אזרחי הצד היריב (ראו: (Kunt Dörmann, *Elements of War Crimes*, p. 263).

226. מקורו של פשע ההכרזה על ביטול זכויות בתקנה 23(h) לתקנות האג, הקובעת איסור "להכריז, כי זכויות אזרחי האויב ופעולותיהם בטלות ומבטלות ואינן מוכרות בדיון משפטי".

227. רכיבי העבירה כפי שפורטו בפרשנות הרשמית של הצלב האדום הם:

א. המבצע הביא לבטלות, השעיה או ביטול של היכולת לפעול על פי זכויות או תביעות מסוימות בבתי משפט.

ב. הבטלות, ההשעיה או הביטול כוונה כלפי אזרחי היריב.

ג. המבצע התכוון כי הבטלות, ההשעיה או הביטול יכוונו כלפי אזרחי היריב.

ד. המעשה היה קשור לסכסוך חמוש בינלאומי ובוצע במסגרתו.

ה. המבצע היה מודע לנסיבות העובדתיות שיצרו את הסכסוך החמוש.

228. כל הרכיבים האלו מתקיימים בחוק מושא עתירה זו.

229. הנה כי-כן, בחקיקת החוק אשר מבטל את זכויות הקניין של פלסטינים החיים בגדה המערבית, ומשעה הליכי אכיפה נגד פולשים לאדמותיהם, ביצעו חברי הכנסת פשע מלחמה מסוג הכרזה על ביטול זכויות אזרחי הצד היריב.

ה. הטיעון המשפטי (IV) – הפרת פיקת ההגבלה של

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

א. תחולת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

230. עד היום נמנע בית המשפט הנכבד מלהכריע בשאלה האם התושבים המוגנים בשטחים הכבושים נהנים מן הזכויות המנויות בחוקי היסוד. כך בפרשת חוף עזה ובפרשת עדאלה (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 560 (2005) בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון, פ"ד סב (1) 1 (2006)).

231. בבואנו לבחון את השאלה האם ניתן במקרה זה לבטל את החוק משום שאינו חוקתי (כפי שנראה בהמשך), אנו מוצאים את עצמנו מתגלגלים למחוזות האבסורד המשפטי. לו היו חוקיה של הכנסת חלים על הגדה המערבית השאלה כלל לא היתה מתעוררת מלכתחילה. לו הכנסת היתה נמנעת מלחוקק חוקים המתייחסים לשטח בו היא אינה הריבון, גם אז השאלה היתה נמנעת. אך משהתגלגלנו למצב בו הכנסת מחוקקת חוק, הנוגע כולו לאזור בו היא אינה הריבון על פי כל דין, נשאלת השאלה האם הכנסת בבואה לחוקק את החוק מושא הדיון בעתירה היתה משוחררת מכל המגבלות החוקתיות שהיא עצמה קבעה ושמטרתן למנוע פגיעה בזכויות אדם.

232. אין להשלים עם מצב בו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו יכול להוות בסיס לבחינה של החוק. קביעתנו זו נשענת על שתי רגליים. הראשונה: בית המשפט נשען כבר לא פעם בעבר על המשפט החוקתי הישראלי בבואו לדון בעתירות נגד פגיעה בזכויותיהם של הפלסטינים תושבי השטחים הכבושים. הלכה למעשה מכיר בית המשפט בחוקי היסוד כמקור נורמטיבי לזכויות אלו ולא פעם, כפי שיפורט להלן, ביטל החלטות של המפקד הצבאי משמצא שהן פוגעות פגיעה יתרה בזכויות המנויות בחוק היסוד ועל כן אינן מידתיות. יש לשים לב גם ללשונו של חוק היסוד: כשביקש מחוקק חוק היסוד לסייג את תחולתו, קבע זאת במפורש (ראו סעיף 6(ב) לחוק לגבי זכותו של אזרח להיכנס לישראל). הזכויות האחרות המנויות בו מגנות על כל אדם באשר הוא אדם.

233. הרגל השנייה עליה נשענת עמדתנו היא החובה שחבה כל רשות שלטונית ישראלית (גם אם לא בתוך שטחי מדינת ישראל) שלא לפגוע בזכויות המנויות בחוק היסוד. מסקנה זו מתחזקת לגבי אזור המצוי בתפיסה לוחמתית, בו מצד אחד מתגוררים תושבים מוגנים חסרי זכויות וכוח פוליטי, הזקוקים להגנה מוגברת על זכויותיהם, ומצד שני רשויות הצבא הכובש חבות חובות מיוחדות לשמור על זכויותיה של האוכלוסיה האזרחית.

234. כאמור, בית המשפט החיל לא אחת את חוק היסוד על הפלסטינים בגדה המערבית בבואו לבקר את פעולותיו של המפקד הצבאי:

כך, למשל, בפרשת תוואי גדר ההפרדה בבית סוריק שם קבע בית המשפט כי במבחן המידתיות, המתבסס על המשפט הבינלאומי ההומניטרי ועל המשפט המינהלי הישראלי, ברוב המקרים שאליהם התייחסה העתירה הנזק לתושבים המקומיים אינו עומד ביחס ראוי לתועלת הביטחונית הצומחת מהקמת הגדר בתוואי נשוא העתירה:

"מידתיות אינה רק עיקרון כללי של המשפט הבינלאומי (הכללי וההומניטרי). מידתיות היא גם עיקרון כללי של המשפט המינהלי הישראלי ... תחילה כעיקרון הילכתי ואחר כך כעיקרון חוקתי שהוא חלק מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 8), הוא כיום אחד מערכי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי ... עקרון המידתיות חל לעניין כל פעולה של

רשות מינהלית ישראלית. הוא חל גם לעניין הפעלת סמכותו של המפקד הצבאי על-פי דיני התפיסה הלוחמתית.

הנה-כי-כן, דיני המשפט הבינלאומי, מזה, ועקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי, מזה, מכירים במידתיות כאמת מידה המאזנת בין סמכותו של המפקד הצבאי באזור לבין צרכיה של האוכלוסיה המקומית. אכן, כחוט השני עובר בפסיקתו של בית-המשפט העליון עקרון המידתיות כאמת מידה המגבילה את כוחו של המפקד הצבאי ...”

בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004)

ההיגיון העומד בבסיס החלת חוקי היסוד הוא התפיסה לפיה כוחו של המפקד הצבאי, כחלק מן השלטון הישראלי, מוגבל ע"י עקרונותיהם של חוקי היסוד.

”למשפט הישראלי אין אמנם תחולה ישירה באזור, אך בית משפט זה מחיל את עקרונות היסוד שלו על המפקד הצבאי באזור ועל פיקודיו מכוח הסמכות הפרסונלית, בהיותם נמנים על רשויות המדינה ופועלים שם בשרותה”

בג"ץ 3940/92 ג'ראר נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד מז(3) 298, 305 (1993)

235. לא רק המפקד הצבאי כפוף לעקרונות חוק היסוד, אלא עקרונות אלה מגבילים גם את הכנסת. סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מחייב כל רשות מרשויות השלטון לכבד את הזכויות המנויות בחוק. על כן, גם אם אין לתושבים הפלסטינים בשטחים הכבושים הגנה ברורה וודאית על זכויותיהם מתוקפו של חוק היסוד, הרי שעל הכנסת מוטל איסור לפגוע בזכויות באופן שאינו חוקתי.

236. אם כך, בבואו לדון בפרשות שונות הגדיר בית משפט זה את חוקי היסוד כחלק מן המקורות הנורמטיביים שיש לבחון את נדרש לדון בחוקיות פעולותיו של המפקד הצבאי. בית המשפט לא נסמך רק על המידתיות, אלא הסתמך גם על הזכויות המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכות הקניין של פלסטינים, היא גם הזכות המרכזית הנפגעת מחוק מושא עתירה זו, הוכרה ע"י בית המשפט הן מתוקפו של סעיף 3 לחוק היסוד והן מתוקף הדין הבינלאומי בשורת פרשות שהגיעו לפתחו:

”בצד זכות זו עומדת זכות הקניין של תושבי האזור, המוכרת אף היא כזכות יסוד חוקתית מוגנת. היא מוכרת ככזו מכוח המשפט החוקתי בישראל על-פי סעיף 3 ל.חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו/ היא מוגנת מפגיעה גם במשפט הבינלאומי. הפגיעה בזכויות קניין, ובכלל זה פגיעה בזכויות מקרקעין של הפרט, אסורה על-פי דיני המלחמה של המשפט הבינלאומי, אלא מקום שהדבר הכרחי לצורכי לחימה.”

בג"ץ 7862/04 דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נט(5) 368, 377 (2005)

”זכות הקניין הפרטי בקרקעות ובמבנים נשוא צו התפיסה הינה זכות חוקתית מוגנת. היא מוכרת במשפט הבינלאומי, ובכלל זה באמנת האג ובאמנת ג'נבה. היא זכתה למעמד חוקתי בישראל בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו”

בג"צ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625, 712, 716 (2001); ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629, 641 (2001).

"זכות הקנין של הפרט אינה פוקעת גם בעת מלחמה"

בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח (3), 464, 443 (2004)

"כאמור, זכות בסיסית נוספת אשר יש להתחשב בה בענייננו היא, כמובן, זכות הקנין של החקלאים הפלסטינים באדמותיהם. בשיטתנו המשפטית מוגנת זכות הקנין כזכות יסוד חוקתית (סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). זכות זו הינה זכות מוכרת, כמובן, גם במשפט הבינלאומי הפומבי (ראו: בג"ץ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (טרם פורסם), פסקה 8 והאסמכתאות הנזכרות שם (להלן: פסק דין אבו דאהר)). לפיכך, לתושבים באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית זכות מוגנת לקניינם"

בג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד סא (1) 844, 857 (2006).

237. אם כן, אף שבית המשפט הנכבד לא הכריע מפורשות בשאלה האם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו חל על הגדה המערבית, ההלכות הקודמות מלמדות כי עת מגיעות לפתחו עתירות הנוגעות לזכויות של תושבי השטחים הפלסטינים, המשפט החוקתי הישראלי מוחל הלכה למעשה על רשויות השלטון הישראליות הפועלות בגדה.

ב. החוק אינו חוקתי

238. לאחר שהראנו כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו חל במקרה זה, נבקש להראות כי הוא פוגע בזכויות המנויות בחוק, הוא אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, תכליתו אינה ראויה והוא אינו מידתי.

1. החוק פוגע בזכות לקניין, בזכות לפרנסה ובכבודם של בעלי האדמות

239. הזכות לקניין, הזכות לכבוד והזכות לשוויון הן הזכויות העיקריות בהן יפגע יישום החוק. כמפורט לעיל סעיף 3 לחוק מורה למשיב מסי' 6 ליטול חזקה, ובמילים אחרות: להפקיע, את זכויותיהם של תושבים פלסטינים בקניינם. אין לממונה כל שיקול דעת וסעיף 4 לחוק מגביל אותו בזמן.

240. סעיף 5 לחוק קובע כי על רשויות האזור להקצות, באופן אוטומטי, את המקרקעין שהזכויות ניטלו בהן על פי סעיף 3, לידי "מוסד מיישב".

241. וזהו כל הסיפור כולו. החוק מפקיע זכויות קנייניות ומעבירן לאחרים. הפגיעה בזכות הקניין של בעלי הקרקע היא פגיעה אנושה. ראוי לזכור כי הפגיעה הזו באה לאחר פגיעה ארוכת שנים בעקבות התיישבות בלתי חוקית ושאינה מורשית של האנשים שיקבלו את הרכוש המופקע. כל זאת בשל אזלת ידן של רשויות אכיפת החוק.

242. הפיצוי הקבוע בחוק אינו יכול לרפא את הפגיעה בזכות לקניין, בפרט במקום בו אין לבעלי הקרקע כל אפשרות להשמיע טענותיהם ולהתנגד לעצם ההפקעה. בחוק המקרקעין הישראלי ניתן מענה למקרה בו אדם בנה בתום לב על מקרקעין בלתי מוסדרים של חברו. ההסדר הזה מקים למי שטעה לחשוב כי הקרקע היא שלו את הזכות לרכוש את הקרקע במחיר שווי הקרקע בלבד, וזאת בתנאי שהרכישה לא תגרום לבעלי הקרקע נזק חמור שהתשלום לא יכול לפצותו. חוק זה מתאים לשני בעלי דין השווים בזכויותיהם ומתייחס למקרקעים שאינם מוסדרים בלבד. חוסר השוויון המובנה בין

המתנחלים, הם שיהנו מן הזכות להשתמש בקרקע ללא מגבלת זמן, לבין בעלי הקרקע וכן זיקתו המובהקת של השלטון באזור, הוא הכוח הכובש, לראשונים, יוצרת מצב בו ההפקעה אינה פוגעת באינטרסים כלכליים של בעלי הקרקע בלבד (ראו לעניין זה עמיחי כהן "דין עמונה כדין תל אביב: התפרקותה של פרדיגמת הכיבוש בשטחים: בעקבות בג"ץ 9949/08 **חמאד נ' שר הביטחון** והחוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז–2017" **המשפט ברשת זכויות אדם: מבזקי הארות פסיקה** 61 (2017) 6).

243. רבות מחלקות האדמה אותן מורה החוק להעביר היו עד להשתלטות של המתנחלים עליהן מקור פרנסה משמעותי לבעליהן, כפי שפורט בהרחבה לעיל. החוק אמנם מפצה את בעלי הקרקע על אבדן זכויותיהם הקנייניות אך אינו לוקח חשבון את אבדן הפרנסה בשנים הארוכות שנבעה מגזילת אדמתם שלא כדין ועל אבדן פרנסתם העתידית שצפויה מהפקעת אדמתם לפי חוק זה.

244. ההפקעה אליה מתייחס החוק היא לעולם מתושבים פלסטינים וההעברה היא אך ורק למתנחלים ישראלים (באמצעות מוסד מיישב). יש כאן הפליה ברורה וזועקת, העדפה מוחלטת של האינטרסים של הישראלים שפעלו שלא כדין על פני זכויותיהם והאינטרסים של התושבים המוגנים. זוהי פגיעה מובהקת בכבודם. לא נדרש בחוק תום לב של מי שהתיישב על קרקע לא לו, וגם לא שיהיה קושי לאתר את בעלי הקרקע, שכן החוק מוחל גם על אדמות מוסדרות שבעליהן רשומים. כל שנדרש הוא הסכמת המדינה, וההגדרה לזו רחבה מאוד: כל פעולה שלטונית כמעט המעודדת או מסייעת למי שהתיישב שלא כדין על קרקע פרטית נחשבת כהסכמה של המדינה המאפשרת את הפקעת הקניין מתוקף החוק.

245. עצמת הפגיעה של החוק מציבה אותו בקבוצת המקרים בהם הליך הנקבע בחוק אינו ראוי להפעלת הסמכות, על כן הוא בטל אף אם טרם ייושם. חוק זה נופל בגדר המקרים בהם הענקת הסמכות מבטאת מסר הפוגע בכבוד האדם. "היתר לפגוע באנשים מחמת השתייכותם לקבוצה חברתית מובהקת (או היתר להעדיף בני קבוצה כזו) עלול להיחשב פגיעה בזכות אף בטרם הופעלה הסמכות. הטעם בכך הוא האפשרות שההיתר עצמו מבטא את עמדת המחוקק המצדיקה התייחסות אל בני קבוצה כלשהי כאל מי שאינם שווים לאחרים." (**ברק מדינה**, בעמ' 101).

2. החוק אינו הולם את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

246. שוב אנו מוצאים עצמינו נשאבים למחוזות האבסורד המשפטי בבואנו לבחון את ערכי החוק בראי המדינה היהודית והדמוקרטית שחוקקה אותו. החוק, כאמור, יחול כולו במקום שאינו מוגדר כיהודי, וודאי שאינו מוגדר כדמוקרטי. ועדיין, על החוק לבטא ערכים אלה והוא אינו צולח משימה זו.

247. החוק אינו עומד בערכים היהודיים, אשר מחייבים בין השאר שוויון לכל אדם באשר הוא אדם כפי שציין השופט אלון "ייסוד מוסד בעולמה של יהדות הוא רעיון בריאת האדם בצלם אלוקים (בראשית א, כז). בכך פותחת תורת ישראל, וממנו מסיקה ההלכה עקרונות יסוד בדבר ערכו של האדם - כל אדם באשר הוא - שוויונו ואהבתו" (ע"ב 2/84 **ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה**, פ"ד לט(2) 225, 298 (1988)).

248. גם בנוגע לזכות הקניין ולזכותו של השלטון להפקיע קניינו של אדם לא הולם החוק את רוח היהדות:

"אם כן הרבים גם כאשר בידם עילה מוצדקת להפקעת ממונו של היחיד ולפגיעה בקניינו - אינם יכולים לנהוג בקניינו של היחיד מנהג של "גזלנים". עליהם לעשות כל מאמץ למזעור הפגיעה בזכותו של היחיד, ואף הפיצוי הכספי אינו יכול תמיד לכפר על עוון ההפקעה. זאת ועוד: גם כאשר מדובר ב"צרכי

ציבור", אפילו בכאלה המוגדרים כצרכי "בית ה", אין המטרה מקדשת את כל האמצעים, שהרי "אין זה מין השם לבנות בית ה' בלא צדק ועליותו בלא משפט", ואין לעשות כן תוך פגיעה שאינה הכרחית או מוצדקת בקניינו של היחיד. גם במקום בו מבקשת הרשות להפקיע מקרקעין לצרכי ציבור, שומה עליה לעשות כן מתוך שיקול דעת מעמיק ובחינת חלופות אחרות שלא תגרורנה פגיעה כה קשה בקניינו של היחיד. רק כשאינן כל אפשרות אחרת, ניתן להפקיע אבל גם במקרה זה - רק "במידה שאינה עולה על הנדרש" ותוך פיצוי מלא ואמיתי לבעלי המקרקעין המופקעים

אביעד הכהן "וכי הרבים גזלנים הם?" – על הפקעת מקרקעין ופגיעה בזכות הקניין במשפט העברי" **שערי משפט** א 54 (1997).

249. החוק גם אינו מקיים את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. כפי שנכתב גם כאן, זכויותיהם של התושבים המוגנים בגדה המערבית נפגעות לא אחת משיקולי ביטחון. על המאזניים מונחות בפני בית המשפט זכויותיהם של הפלסטינים בצד אחד ומולם הערך כבד המשקל של בטחון המדינה:

"כשופטים אנו יודעים, כי עלינו לאזן כראוי בין זכויות האדם לבין הביטחון. "באיזון זה, זכויות האדם אינן יכולות לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין טרור, וביטחון המדינה אינו יכול לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות אדם. נדרש איזון עדין ורגיש. זהו מחיר הדמוקרטיה. זהו מחיר יקר, אשר כדאי לשלמו. הוא מחזק את כוחה של המדינה. הוא נותן טעם למאבקה" (פרשת עגורני, עמ' 383)

7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202, 363 (2006).

250. בבסיס חוק זה לא עומדים שיקולי ביטחון. החוק דורס ברגל גסה את עקרון שלטון החוק שהוא מעקרונות היסוד של הדמוקרטיה. לאחר שנים של הפרת החוק, וללא אכיפה מצד הגורמים האמונים על אכיפת החוק, מציע חוק זה לשנות את הכללים, ולתת למפירי חוק היושבים שלא כדין על קניינם של התושבים המוגנים את מה שחמסו בכוח, על פי דין. כל זאת מבלי שקולם של הנפגעים יישמע.

251. בהינתן כל אלו, אין שום דרך לקבוע שהחוק צולח את התנאי של הלימה לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

3. תכלית החוק אינה ראויה

252. מבחן "התכלית הראויה" מורכב משלושה מבחני משנה:

"שלוש משוכות, בזו אחר זו, נדרש חוק לצלוח כדי שמטרתו הקונקרטית תיחשב ראויה: [א] עליו להיות מכוון להשגתם של יעדים חברתיים, היינו, לשרת אינטרס ציבורי ממשי. ניתן לכנות דרישה זו בשם מבחן האינטרס; [ב] אינטרס זה צריך להיות חשוב דיו כדי שיצדיק פגיעה בזכות יסוד מוגנת, וזאת בהתחשב במהותה של הזכות ובעומק הפגיעה בה. ... זהו מבחן הנחיצות. ... [ג] על החוק להלום משטר חוקתי המגן על זכויות אדם. מדברים אנו במבחן הרגישות לזכות."

בג"ץ 466/07 ח"כ גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (פסק דין מיום 11.1.2012), פסקה 22 לפסק דינו של השופט לוי.

253. על מקומו של מבחן המשנה בדבר הרגישות לזכויות אדם במסגרת מבחן "התכלית הראויה", עמד גם הנשיא ברק:

"נראה לנו כי תכליתו של חוק הפוגע בזכויות אדם היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל."

בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא (1) 619 (2006), פסקה 52 לפסק דינו של הנשיא ברק.

254. לא די בכך שהחוק מצהיר כי הוא מקדם אינטרס חברתי רצוי על מנת שייחשב כ"חוק שנועד לתכלית ראויה". חוק המקדם אינטרס חברתי כזה, אך אדיש לחלוטין לזכות יסוד, אינו חוק "שנועד לתכלית ראויה":

"יתרה הקורא: כיצד זה יכול חוק, שכל מהותו היא גריעה מן הזכות, לבטא רגישות לאותה זכות? התשובה על כך פשוטה. כדי שייחשב ראוי מבחינת מטרות, על החוק הפוגע לגלות דעתו כי אין הוא מבקש לפגוע בזכות המוגנת באורח כה אנוש, עד כי הוא נעשה אדיש לחלוטין למשקלה ולחשיבות ההגנה עליה. חוק, שאינו מכיר כל ועיקר בחשיבותה של זכות היסוד הנפגעת, הוא חוק שתכליתו אינה ראויה. לא ניתן להולמו בגדרו של סדר חברתי ששיח הזכויות הוא מאושותיו... כדי לצלוח את מבחן הרגישות לזכות יש להראות, אפוא, כי החוק מותיר – ככל שהדבר ניתן – מרווח אמיתי לקיומה, ולו הגרעיני, של הזכות – רחב יותר או פחות, כעת או לעתיד לבוא, במגבלות כאלו או אחרות – ובלבד שקריאתו מובילה למסקנה כי אין הוא מתכחש לזכות זו... ראוי להטעים, כי אין ענין לנו כאן במאזן תועלות או בהיבטים אחרים של מידתיות, סוגיות שמקומן יכירן בשלב הבא של הביקורת החוקתית, ומתמקדות בכשרותו של האמצעי המשמש ביישום החוק, ביחס בינו לבין מטרת החוק וביחס בין זו לבין הערך המוגן (ראו גם ברק, מידתיות במשפט, בעמ' 297). 425; בשלב בדיקתה של התכלית, לאמצעי יש משקל מתוך שהוא עשוי ללמד על נאותותה של מטרת החוק."

עניין גלאון, פסקה 23 לפסק דינו של השופט לוי.

255. בסעיף המטרה של החוק מושא עתירה זו נקבע, כי מטרת החוק היא "להסדיר את ההתיישבות ביהודה והשומרון ולאפשר את המשך ביסוסה ופיתוחה". למעשה, החוק נועד לחול רטרואקטיבית על מאחזים שנבנו שלא כדין לפני כניסת החוק לתוקף. הוא נועד להכשיר עבירות שנעברו, לנקות את העבריינים ולאפשר להם ליהנות מפרי עבירתם. כל זאת בניגוד לדין הבינלאומי ובניגוד לדין הישראלי. קשה לטעון כי תכלית זו מעניקה צידוק לפגיעה כל כך מאסיבית בזכויות אדם:

"בחנית השאלה אם התכלית היא 'ראויה' נעשית בהקשר של הפגיעה בזכות האדם המוגנת בחוק-היסוד. השאלה עליה יש להשיב הינה אם ניתן להצדיק את הפגיעה בזכויות האדם בתכליתה הראויה של החקיקה... נמצא, כי חקיקה הפוגעת בזכויות אדם תקיים את הדרישה בעניין

*'תכלית ראויה', אם תכליתה של אותה חקיקה מעניקה צידוק מספיק
לאותה פגיעה בזכויות אדם "*

פרשת המועצה האזורית חוף עזה, פסקה 63 לפסק דין הרוב.

256. גם טבעו המפלה של החוק מעיד על תכליתו הלא ראויה. החוק נועד להסדיר התיישבות יהודית בלבד. אין בכוונתו לבסס ולפתח יישובים פלסטינים בגדה המערבית ואין בכוונתו להימנע מהריסה ומפינוי של מבנים של תושבים פלסטינים שנבנו בניגוד לחוק – גם אם הם עומדים בתנאי החוק. למעשה, בהעדפתו ציבור בעל הון פוליטי, המשתייך לאוכלוסיית המעצמה הכובשת, על פני האוכלוסייה המקומית, משוללת זכויות האזרח והנעדרת ייצוג פרלמנטרי, החוק מבטל את מעמדם של תושבי האזור הפלסטינים כתושבים מוגנים ומחריף את עמדת הנחיתות שלהם. כך, מקצין החוק את ההפליה הקיימת ממילא לכדי פגיעה קשה בכבוד האדם.

257. בהקשר זה חשוב לציין כי החוק מפלה גם עברייני בניה ישראלים שלא בנו את ביתם על אדמה פלסטינית פרטית. חוק זה, על-פי מטרתו ומהותו, נועד לחול מחוץ לתחומי ישראל בלבד. במילים אחרות, החוק אינו מסדיר בדיעבד התיישבות בלתי-חוקית, שנעשתה בתום לב או בעידוד הרשויות, הנמצאת בתוך שטח ישראל, או של פלסטינים בתחומי הגדה המערבית, אלא רק של קבוצה פוליטית מסוימת והיא המתנחלים הישראלים המתגוררים במאחזים בלתי חוקיים בגדה המערבית.

258. הפקעת רכוש פרטי של אדם לטובת הציבור מותרת כדי לענות על הצורך לאפשר לחברה שירותים נדרשים כגון כבישים, גני ילדים ומוסדות אחרים המשרתים את הקהילה. הפיצוי שניתן לבעל הקרקע נועד לחלק את הנטל בין הבעלים לבין הקהילה (ראו לעניין זה ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ - החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ (פסק דין מיום 14.5.2012)). ההפקעה בחוק זה לא נועדה לשרת את הציבור. בעלי האדמות הפלסטינים לא יהנו ממנה. היא משרתת פרטים מסויימים (אלו שכבר מחזיקים במקרקעין אליהם פלשו) מציבור אחד על חשבון ציבור אחר.

259. אם כך, אותה "הסדרה" היא ניסיון להכשיר את השרץ ולהפוך פעולות שהוגדרו פעמים רבות ע"י בית משפט זה כלא חוקיות לחוקיות. תכלית זו אינה יכולה להיות ראויה.

"... אין פוגעים בזכויות אדם אלא בדבר חקיקה שנועד לתכלית ראויה (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). השאלה אם תכלית היא ראויה נבחנת בשני מישורים: המישור האחד בוחן את התוכן של התכלית; המישור השני בוחן את מידת הצורך בהגשמתה. במישור הראשון, תכלית היא ראויה אם היא מהווה מטרה חברתית הרגישה לזכויות האדם. כמו כן, תכלית היא ראויה אם היא נועדה להשיג תכליות חברתיות כלליות, כגון מדיניות רווחה או שמירה על אינטרס הציבור (ראה פרשת בנק המזרחי [28], בעמ' 434). במישור השני, התכלית היא ראויה אם הצורך בהגשמתה הוא חשוב לערכיהן של החברה ושל המדינה. מידת החשיבות של הצורך עשויה להשתנות על-פי מהותה של הזכות הנפגעת."

בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 52 (1997)

260. לרוב, עת מתייחסים לתכליתו של הסדר נהוג להתייחס לתכלית האובייקטיבית והמרכזית. עם זאת, המניע של המחוקקים הוא גורם חשוב בחשיפת תכליתו האמיתית של החוק. רכיב חשוב הוא המסר הנובע ממנו כלפי האנשים המושפעים מההסדר שנקבע. העובדה שההסדר מקדם גם תכלית ראויה אינה מצדיקה התעלמות מהפגיעה שהתכלית הלא ראויה עלולה לגרום. (ברק מדינה, בעמ' 165). בחוק מושא עתירה זו התכלית עצמה כפי שמנוסחת בחוק נוגדת מפורשות את הדין הבינלאומי, והתכלית שאינה כתובה חותרת, כך ממש, תחת עקרון שלטון החוק ותחת פסיקת בית משפט זה משיקולים פוליטיים.

261. במהלך הליך החקיקה הגיש פרופ' עמיחי כהן נייר עמדה בשם המכון הישראלי לדמוקרטיה לוועדה המיוחדת שדנה בהצעת החוק. בנייר העמדה עמד על הקשיים בהבנת התכלית האמיתית שעומדת בבסיס הצעת החוק: התכלית המצוינת בסעיף המטרה של החוק היא תכלית פוליטית. אשר אזכורה בחוק ישראלי רשמי משחק לידיהם של הטוענים כי ישראל מפרה את הדין הבינלאומי, במיוחד בהקשר לחקירה אפשרית של בית הדין הפלילי הבינלאומי. לפיכך סעיף המטרה בעייתי באופן מיוחד.

262. פרופ' כהן עמד על תכליות נוספות של החוק: תכלית אחת היא מניעת פינוי בתי מתנחלים. מניעת פינוי אדם מביתו היא מטרה ראויה. אך מטרה נוספת של הפגיעה בקניין היא הכשרתם של יישובים שקמו ללא אישורים מתאימים, ללא הליך תכנוני מסודר, ופעמים רבות על קרקעות של אדם אחר.

ראו פרופ' עמיחי כהן, חוות דעת בדבר הצעת חוק להסדרת התיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2016, (נייר עמדה, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 14.11.2016).

חוות הדעת מצורפת ומסומנת נספח ע/12

263. סעיף המטרה של החוק אינו חושף, כפי שפורט לעיל, את כל תכליתו. הסעיף אינו מלמד על הפגיעה הקשה בזכויותיהם של התושבים המוגנים שעומדת בבסיסן של ההוראות המרכזיות בחוק, ועל הפגיעה המהותית בשלטון החוק. תכליתו של החוק היא לאפשר למדינה להמשיך ולהימנע מאכיפת החוק ומהגנה על זכות הקניין והזכות לכבוד של הפלסטינים בעלי הקרקעות. זוהי התפרקות מוחלטת מחובות הרשות הפוגעת רק בתושבים המוגנים. זוהי, כאמור, העדפה של אינטרסים של קבוצה אחת בלבד על פני כל קבוצה אחרת.

4. החוק אינו מידתי

264. חומרת הפגיעה בזכויות שבבסיס חוק זה והקביעה שהחקיקה אינה לתכלית ראויה ו/או אינה הולמת את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית די בה בכדי להביא למסקנה כי החקיקה אינה חוקתית (אהרן ברק **מידתיות במשפט** 143, 297 (2010)). למעלה מן הצורך נציין, כי הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות של התושבים המוגנים כמפורט לעיל הינה בלתי מידתית.

265. גם אם נניח שהסדרתה ופיתוחה של ההתיישבות ביהודה ושומרון צולחת את מבחן התכלית הראויה, אין כל הצדקה שהתיישבות זו תוסדר ותפותח דווקא על קניינם הפרטי של תושבים מוגנים תוך הפקעה מוחלטת של זכויותיהם באדמותיהם, תוך רמיסת ההלכה הפסוקה בנוגע לגבולות ההתיישבות הזו ועקרון שלטון החוק.

266. העובדה שהוקם ישוב ישראלי על קרקע היא סיבה מספיקה להפקעת הקרקע, ללא כל בחינה של מספר האנשים שיפגעו בשני הצדדים, משך העיבוד של הקרקע ומשך הזמן בו הקרקע בבעלות העותר ומשפחתו למול משך הזמן שבו היישוב קיים, בלא בחינה כלל של היקף הקרקע המופקעת אל מול התועלת ליישוב. פגיעה כזו בבעלות פרטית על מקרקעין אינה יכולה להחשב כפגיעה מדתית או מאוזנת.

267. משך הזמן שנקצב להסדרת הקרקע, ההליכים האוטומטיים ודרישות ההוכחה, מעידים על כך שמטרתו העיקרית של החוק אינה להגיע לפתרון מידתי, אלא לרישום מקסימלי על שם המדינה והקצאה למתנחלים.

268. ביטול כל צווי ההריסה ופסקי הדין שניתנו בעבר, בלי קשר לשאלה מתי ניתנו, מה נאמר בהם, מה מידת הפגיעה בבעלי הקרקע ובלי כל בחינה שלהם – גם היא גורפת ואינה עומדת במבחני המידתיות (ראו חוות דעתו של פרופ' כהן, נספח ע/12 לעיל).

269. כפי שפורט לעיל, בית המשפט נמנע בפסיקתו רבת השנים בנושא מלהכריע לגבי עצם חוקיות ההתיישבות הישראלית בשטחים הכבושים. ההכרעה העיקרית של בית המשפט בעניין זה הינה הגבול שהציב בכל הנוגע לשימוש בקרקע פלסטינית בבעלות פרטית לצורך עניין זה. כך, הורה בית המשפט לרשויות המדינה מספר פעמים בעבר לפנות יישובים שנבנו על אדמות פרטיות. זה למעשה הגבול הממשי היחיד שהציב בית המשפט לבניה ישראלית בשטחים ואף אותו החוק הזה מוחק. היעדר כל גבול לריסון הבניה בשטחים הכבושים כדי להימנע מיישום של פסיקות צפויות של בית משפט זה בעתירות עומדות ותלויות הנוגעות לבניה בלתי חוקית על קרקעות פרטיות סותר את עקרון המידתיות. העיקרון הזה מחייב בין השאר שהליך החקיקה יביא בחשבון נתונים רלוונטיים, יבוא לאחר הליכי בירור יסודיים ויביא לבחירה מנומקת של האמצעי המועדף לפגיעה בזכות. (**ברק מדינה**, בעמ' 192).

270. עקרון המידתיות מחייב שהפגיעה בזכות תהיה מזערית ביותר לשם הגשמת התכלית. ההוראה הגורפת בחוק לשלילת זכות הקניין של כל מי שעל אדמתו הוקם מבנה שלא כדין, מבלי שעומדת תכלית של הגנה על זכות משמעותית של כלל הציבור, אינה מידתית בפרט אם החלופה היא שבית המשפט יברר כל אחד מהמקרים לגופו. אמנם השימוש בחוק גורף הוא יעיל יותר מצד המדינה, אך עלות החלתו מבחינת הפגיעה בזכויות היא גבוהה ביותר. עקרון המידתיות מחייב שימוש בבחינה פרטנית של כל בית, אדמה או יישוב. האוטומטיות של כל ההוראות בחוק הזה, הופכים את ההסדר שבו ללא מידתי. (**ברק מדינה**, בעמ' 210).

271. המדינה רשאית אמנם להעדיף את האינטרסים של אזרחיה על פני אזרחים זרים. כדי לבחון אם מידת ההעדפה הזו הינה מידתית יש לקחת בחשבון את מהות הזכויות הנפגעות של שני הצדדים ואת חומרת הפגיעה בהן. בית משפט זה איפשר לא פעם פגיעה בזכויות, גם באופן גורף, של התושבים המוגנים כאשר מנגד עמדה הזכות לחיים של אזרחי המדינה או שיקולי ביטחון. אך גם שיקולי ביטחון לא תמיד הכריעו את הכף לטובת השלילה המוחלטת של הזכות, כך בפרשת האיסור הגורף שהוטל על פלסטינים להשתמש בכביש 443 (ראו בג"ץ 2150/07 **ראש מועצת הכפר בית סירא נ' שר הביטחון**, פ"ד סג(3) 331 (2009)). הערכים העומדים על המאזניים בבחינת חוק זה אינם ערכים של שמירה על החיים. הם ערכים של קניין ושמירה על החוק. פגיעה גורפת בזכויות אינה יכולה להיות מידתית בנסיבות אלה.

ה. הטיעון המשפטי (v) – חריגה מסמכות של המחוקק

חוסר סמכות ופגיעה בעיקרון חוקתי שלא לפי תנאי פסקת ההגבלה

272. עקרון יסוד בכל שיטות המשפט הלאומיות הוא כי ריבונות המדינה תחומה לגבולות המדינה. במשפט הבינלאומי מוכר עיקרון זה כעקרון הכיבוד בין המדינות. במשפט הפנימי עיקרון זה מגולם בכלל התחולה הטריטוריאלית, משמע כי על דרך הכלל מוגבלת סמכותה של הרשות המחוקקת לשטח עליו חלים סדרי השלטון והמשפט של המדינה.

273. בהקשר זה עקרון הטריטוריאליות מהווה חלק מהמארג החוקתי של המדינה. הוא הביטוי לגבולותיה של האמנה החברתית מכוחה שואב המשטר הדמוקרטי את כוחו, ומכוחו למדינה מערכת מיוחדת של חובות וזכויות עם אזרחיה ותושביה ועם השוהים בתוך גבולותיה, שהיא שונה במהותה ממערכת החובות והזכויות של המדינה עם מי שאינם אזרחיה ותושביה או עם מי שאינם שוהים בגבולותיה.

274. במישור הדוקטרינרי מעמדו החוקתי העל-חוקי של עקרון הטריטוריאליזם יכול להילמד משלושה מקורות: ראשית, מדובר ברכיב מובהק של עקרונות היסוד של השיטה. מדובר בעצם מעצמותיה של המדינה הלאומית והדמוקרטית, בלעדיו אין. שנית, יש לראות בסעיף 1 לחוק יסוד: הכנסת, הקובע את ריבונותה של הכנסת, הוראה הקובעת, מניה וביה, את גבולות ריבונותה של הכנסת. שלישית, סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התשי"ח-1948, שהוסף בשנת 1967 כדי לאפשר לממשלה להחיל בצו את המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה גם בירושלים המזרחית, וחוק רמת הגולן, התשמ"ב-1981, שקבע קביעה דומה לגבי רמת הגולן, אף הם מלמדים על מעמדו החוקתי של עקרון הטריטוריאליזם. במאמר מוסגר יצוין, שעל פי המשפט הבינלאומי בשני המקרים מדובר בסיפוח לא חוקי של שטח כבוש, אבל ענייננו בפרק זה במבט דרך משקפי המשפט הישראלי הפנימי.

275. ברי, כי בעצם העובדה שהכנסת מצאה שיש צורך מפורש בהחלת השלטון הישראלי על שטח ירושלים המזרחית ורמת הגולן כדי ללמד על כך שגם לשיטתה, תנאי לחקיקה ספציפית הוא קביעה פוזיטיבית של הכנסת לגבי ריבונות המדינה בשטח הנדון. בהקשר זה, הגם שפקודת סדרי השלטון והמשפט היא חוק במדרג רגיל, יש לראותה כחוק בעל סממנים חוקתיים מובהקים, בדומה לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 וחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, חוקים שנוכח טיבם יש להם מעמד הגובר על זה של חוקים המצויים במדרג הרגיל של החקיקה.

276. מהאמור לעיל עולה, כי עקרון ריבונות הכנסת כולל בתוכו, בין אם מכוח עקרונות היסוד של השיטה ובין אם כשלעצמו, את גבולות הסמכות הטריטוריאליזם של הכנסת.

277. העותרים סבורים שהכנסת איננה מוסמכת מדעיקרא לחוקק חקיקה שתתייחס למקרקעין מחוץ לגבולות המדינה. יחד עם זאת במקרה שלפנינו הכנסת חרגה מהגבולות שהיא עצמה קבעה לריבונותה.

278. צדו השני של המטבע – פגיעה בעקרון הריבונות משמעה הפעלת סמכויות ריבונות של המדינה באופן שפוגע בריבונות של מדינה אחרת.

279. עד היום החקיקה הישראלית האקס טריטוריאליזם היתה חקיקה פרסונלית, שמתייחסת לאזרחים או לתושבים ישראלים ששהים בחו"ל או לאנשים שביצעו בחו"ל פעולות שקשורות לישראל. כך בהוראות לגבי עבירות חוץ שבחוק העונשין, התשל"ז-1977 וכך בחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התשי"י-1950.

280. הוא הדין גם בחקיקת הכנסת שהתתייחסה לגדה. עד היום החקיקה התייחסה אך ורק למי שרשומים במרשם האוכלוסין הישראלי ושמגוררים בגדה. חקיקה זו החילה חוקים מסויימים בתחולה פרסונלית על ישראלים שמתגוררים בגדה. ראו בעניין זה, בין היתר:

התוספת לחוק להארכת תקפן של תקנות-שעת-חירום (יהודה והשומרון – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשכ"ז-1967

אהרן ברק **פרשנות במשפט: פרשנות החקיקה** (כרך שני, 1993) 579-580 ;

בג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון**, פ"ד סב (1) 1, 19-20 (2006).

281. מעולם עד היום לא התיימרה הכנסת לחוקק דבר חקיקה, שמתייחס למקרקעין שנמצאים מחוץ לישראל בכלל ולמקרקעין שנמצאים תחת תפיסה לוחמתית בפרט:

"לפי המשפט הבינלאומי, ישנה מגבלה על מדינה מלהחיל את חוקיה ביחס למקרקעין המצויים מחוץ לשטחה"

(חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה כפי שהוצגה לוועדה המשותפת בכנסת שדנה בהצעת החוק, נספח 3).

אכן, הכנסת איננה מוסמכת לחוקק חוק שיעסוק בזכויות הקניין של מקרקעין באיסלנד, ואף אין למדינה כל אפשרות ליישם או לאכוף חקיקה שכזו.

282. לכאורה ענייננו שונה – הוא עוסק במקרקעין שנמצאים בשטח כבוש שמוחזק על ידי ריבון ישראלי. יחד עם זאת ישראל מעולם לא סיפחה את שטח הגדה ואף לא החילה עליו את המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל (ברור שעל פי המשפט הבינלאומי אסור למדינה לספח באופן חד צדדי שטח שכבשה). לא ניתן לקבל סיפוח על דרך האינואנדו ולפיכך הכנסת לא היתה מוסמכת לחוקק חוק, שמתייחס למקרקעין בגדה.

עמיחי כהן "דין עמונה כדין תל אביב? התפרקותה של פרדיגמת הכיבוש בשטחים: בעקבות בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון והחוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז–2017" **המשפט ברשת זכויות אדם: מבוקי הארות פסיקה 61** עמ' 24-25 (2017).

283. בהקשר זה, יוזכר כי בית המשפט הנכבד כבר פסק, שמבחינת פסקת ההגבלה יחולו גם מקום בו נפגע עקרון חוקתי הקבוע בחוק יסוד, שאינו כולל מבחן חלופי המגדיר את אופן ביצוע הביקורת השיפוטית. ראו לעניין זה:

בג"ץ 4908/10 ח"כ בר-און נ' **כנסת ישראל**, פ"ד סד (3) 275 (2011);

בג"ץ 3166/14 **גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פסק דין מיום 12.3.2015).

284. ניתוח תנאי פסקת ההגבלה נכלל בפרק העוסק בפגיעה בזכויות האדם וכוחו יפה גם לכאן.

285. העולה מן המקובץ הוא שבין אם הכנסת חרגה מסמכותה ובין אם החוק פוגע בהוראה שבחוק יסוד שלא לפי תנאי פסקת ההגבלה, אחת דינו – בטלות.

286. אף אם יטען הטוען כי אין בסיס חוקתי להטלת מגבלות על כוח החקיקה של הכנסת, לא ניתן להחיל את החוק בגדה ללא צו של המפקד הצבאי, שיחיל במפורש את ההסדר שבחוק בחקיקת הביטחון באזור, והמפקד מנוע מלעשות כן, שכן בכך יפר את חובותיו על פי המשפט הבינלאומי כריבון בשטח המצוי בתפיסה לוחמתית.

1. סיכום הטיעון המשפטי

287. לאור כל האמור בחלק זה דין החוק מושא עתירה זו בטלות.

288. המדובר בחוק שמפר מקבץ של זכויות יסוד של אנשים המצויים תחת שלטון כיבוש ובמסגרתו אינם משתתפים בהליך החקיקה. החוק מאיין את זכויותיהם באופן גורף תוך הפרה בוטה של איסורים של המשפט ההומניטארי הבינלאומי ואף של המשפט הפלילי הבינלאומי.

289. הניתוח המשפטי מראה, כי מדובר במקרה מובהק של חוק שאינו עומד באף תנאי הקבוע בפסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

290. עוד עולה כי החוק מהווה חריגה מסמכות של המחוקק הישראלי, המתיימר להחיל נורמות על מקרקעין מחוץ לשטח המדינה, וזאת ללא שקדם לכך דבר חקיקה המכריז על תחולת המשפט, השיפוט והמינהל הישראליים בשטח זה.

291. מכל הסיבות האלו המדובר בחוק בלתי חוקתי, בהפרה בוטה של איסורים של דיני הכיבוש ואף בפשע מלחמה.

III. סוף דבר

לאור כל האמור מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית העתירה ולאחר קבלת תשובת המשיבים – להופכו למוחלט.

בית המשפט מתבקש אם-כן לקבוע, כי חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017 – בטל.

בנוסף יתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות משפט ובשכ"ט עו"ד.

העובדות המופיעות בעתירה זו נתמכות בתצהירה של הגב' חגית עופרן מטעם העותרת מס' 30.

נימוקי הבקשה לצו ביניים

- א. כאמור בפתח העתירה, בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו ביניים אשר ימנע את יישום סעיפים 3-7 ו-11 לחוק, והכל עד למתן פסק דין סופי בעתירה זו.
- ב. יצוין, כי האגודה השיתופית עפרה, אשר חלק ניכר ממבניה ומשטחים חקלאיים אשר מעובדים על ידה נבנו שלא כדין על אדמות תושבי הכפר עין יברוד ועיריית סילוואד, פנתה לפני ימים ספורים אל המשיבים 4-6 וביקשה מהם להחיש את יישום הוראות החוק בקשר לאדמות עליהן מתגוררים חבריה. העתק מפניית ב"כ הכפר שיתופי עפרה אל המשיבים מיום 19.2.2017 מצ"ב ומסומן **נספח 13**.
- ג. נאמר את המובן מאליו והוא כי ביצוע שינויים ברישום מקרקעין או הפקעת זכויות במקרקעין וזאת בטרם תוכרע חוקיות וחוקתיות החוק עלולים לגרום לעותרים נזק בלתי הפיך (נזכיר כי המשיבים 3-4 טרם השיבו לפניית ב"כ העותרים בנושא אי הוצאתם לפועל של הוראות החוק).
- ד. לכך יש להוסיף את העובדה שהחוק עצמו מצביח לוחות זמנים צפופים ודחוסים ביותר לצורך יישומו של החוק:
- כך, סעיף 4 קובע כי יש להשלים את הפקעת המקרקעין ביחס לכלל המקומות בהן נבנתה או בוצעה פלישה חקלאית או אחרת על אדמות פרטיות של פלסטינים בהתאם לסעיף 3(2), בתוך פרק זמן של שישה (6) חודשים;
- כך, אותו סעיף מורה להשלים את הרישום ביחס למקרקעין העונים על ההגדרה בסעיף 3(1) בתוך פרק זמן של שנה אחת (נעיר, כי הליכים הנוגעים להכרזות על אדמות מדינה במקומות ספציפיים אורכים בדרך כלל מספר שנים);
- כך, סעיף 5 קוצב פרק זמן של 60 ימים להקצאת המקרקעין שנרשמו או הופקעו על ידי המשיב מס' 6;
- וכך, סעיף 6 מורה למוסדות התכנון לאשר בדיעבד את עבירות הבניה מהר ככל האפשר.
- ה. הליכים מואצים אלה נועדו לקבע את תוצאות החוק, אשר כאמור אינו מחייב כל הודעה על הפקעה ואינו מתנה את השלמת הליך ההפקעה בהליכי הפיצוי או בהליכים אחרים. זאת, על ידי יצירת שרשרת של "הקצאות" שבסופן תוכל להטען טענת מעשה עשוי ו"הסתמכות" של צד שלישי "בתום לב". לוחות זמנים קצובים וקצרים אלה מחייבים, לשיטת העותרים, את הוצאתו של צו הביניים, שאם לא כן עד להכרעה בעתירה – אשר לכל הפחות תיקח פרק זמן של מספר חודשים, יתבצעו בהתאם להוראות החוק שינויים מרחיקי לכת שיגרמו נזקים בלתי הפיכים לעותרים ולאחרים.
- ו. וזאת, כפי שנטען בעתירה בהרחבה, היכן שהליכים אלו מתבססים על חוק שהוא אינו חוקתי, הסותר את המשפט הבינלאומי ההומניטארי החולש על השטח, סותר את הוראות היסוד החוקתיות של מדינת ישראל, וחותר תחת כל כלל משפטי בסיסי של הגינות ושמירה על כללי הצדק הטבעי.
- ז. כפי שמורה פסיקת בית המשפט הנכבד, אין להמתין עד לרגע בו תמומש ההפקעה ו/או ההקצאה במסגרת הליכי התכנון (השוו: בג"ץ 281/11 ראש מועצת בית איכסא נ' שר הביטחון [פסק דין מיום 6.9.2011, פסקה 15 לפסק דינו של השופט פוגלמן]).
- ח. הפקעת המקרקעין או רישומם על שם המשיב מס' 7, ובעקבותיה התקשרות של המשיבים 6-7 או מי מהם עם צדדים שלישיים לצורך הקצאה ותכנון ביחס למקרקעין אלה תוביל למצב, שבו – אם תתקבל העתירה – עשויה להיטען טענת הצד השלישי לנזק שהוא תוצאה של שינוי מצבו לרעה. אשר על כן יש להורות למשיבים להימנע מהתקשרות שכזאת ולהימנע מיישום בפועל של הוראותיו האופרטיביות של החוק, כדי למנוע פעולות שיהיו בלתי הפיכות ויביאו לכך שהעתירה לא תאפשר סעד שיהיה אפקטיבי עבור בעלי האדמות כולם.

ט. כידוע, תכליתו של צו ביניים היא לשמור על המצב הקיים כדי לאפשר לבית המשפט להיענות לסעד הראשי שהתבקש על ידי העותרים, ככל שימצא כי ראוי לעשות כן באופן שיהיה אפקטיבי וימנע את הפרת הזכויות הנטענת בעתירה. ואכן, מטרת הבקשה לצו ביניים היא למנוע נזקים שיגרמו כתוצאה מהסתמכויות של גורמים שלישיים.

י. כאשר בוחנים את שני הפרמטרים שנקבעו בפסיקה כמנחים אם להיעתר לצו ביניים, מאזן הנוחות וסיכויי העתירה, ברור כי מקבילית הכוחות נוטה באופן מובהק לטובת העותרים:

יא. מבחינת מאזן הנוחות, הרי שנכון לכתובת שורות אלה, המצב המשפטי הינו כדלהלן: האדמות בהן מדובר הינן אדמות פרטיות, שכלל הזכויות הקנייניות בהן שייכות לבעליהם או מי שזכאי להירשם כבעלים. החלת החוק תשנה באופן קיצוני את המעמד המשפטי של המקרקעין, הן כשמדובר באדמות שחל עליהן סעיף 13(1) לחוק והן אדמות שחל עליהן סעיף 23(2). בכל המקרים האלו ייפגעו זכויותיהם של בעלי אדמות והכל לטובת אנשים שאין להם זכויות בקרקע.

יב. כידוע, כאשר מטרת הסעד היא לשמור על המצב הקיים בעת פתיחת ההליך ייטה בית המשפט להיעתר לבקשה למתן הסעד הזמני (ראו ע"א 732/80 ארנס נ' בית אל, פ"ד לח(2) 645, 652 מול האות ה' (1984), ע"א 1226/90 בנק לאומי לישראל נ' הסתדרות הרבנים באמריקה, פ"ד מט(1) 177, 196 (1995)). זו בדיוק מהותו של צו הביניים המבוקש בעתירה.

יג. זאת ועוד - הבקשה לצו ביניים מכוונת לשימור המצב עד להכרעה האם הוראות החוק העוסקות בחקיקת הכנסת מעבר לגבולות הריבוניים של מדינת ישראל, וכן בפגיעה בזכויות הקנייניות של תושבים מוגנים בשטח כבוש - חוקית, חוקתית ואפשרית בנסיבות האמורות. כפי שבית המשפט הנכבד קבע לא אחת במגוון פסקי דין: "בית המשפט נוטה יותר להוציא צו מניעה, כאשר הזכות הנטענת בתובענה היא קניינית". (ראו: ר"ע 555/85 מרכז הארגונים בע"מ נ' שמה, פ"ד מ(1) 559 (1986); רע"א 7139/96 טריגוב נ' "טפחות" בנק למשכנתאות לישראל בע"מ, פ"ד נא(2) 661 (1997); רע"א 4327/06 בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ נ' שרביט (2006)).

יד. גם כאשר בוחנים את סיכויי העתירה, הרי שאלה נוכחים ומשמעותיים ביותר:

← המשיבים מודים כי הם ביצעו שינוי של הדין הקיים, וזאת באופן אשר אינו עומד בקנה אחד עם הדין המקומי או הבינלאומי.

← לכך יש להוסיף את העובדה כי כלל היועצים המשפטיים הרלוונטיים, בראשם היועץ המשפטי לממשלה, הפרקליט הצבאי הראשי והיועץ המשפטי למערכת הביטחון הבהירו באופן חד משמעי כי החוק הינו בלתי חוקי, נעדר סמכות, בלתי חוקתי וסותר חזיתית את הוראות המשפט הבינלאומי עד כדי "מניעות משפטית" של הוראותיו. מניעות משפטית זו - כפי שהגורם המוסמך לפרש את החוק במסגרת משרדי הממשלה קבע בחוות הדעת הנחרצת שיצאה תחת ידו - מחייבת הקפאת המצב עד להכרעה בשאלות הקרדינליות העולות מהחוק.

← אף היועץ המשפטי של המשיבה מס' 1 הבהיר, כי החוק מעלה קשיים משמעותיים מתחום המשפט הבינלאומי, המשפט החוקתי, המשפט המינהלי ודיני זכויות האדם.

טו. משכך, סיכויי העתירה הינם טובים ומשמעותיים ביותר, בוודאי לנוכח הקושי העצום העולה משימוש בסמכות החקיקה של המשיבה מס' 1 על שטחים המצויים מחוץ לתחומיה הריבוניים של המדינה; העובדה שהחוק מפר באופן חזיתי איסורים מרכזיים של המשפט הבינלאומי ההומניטארי ולכאורה גם איסורים חמורים הקבועים במשפט הפלילי הבינלאומי.

טז. משכך, מאזן הנוחות נוטה במובהק לטובת העותרים ולכיוון של הוצאת צו הביניים כמבוקש. מנגד, אי הוצאת צו הביניים המבוקש עלול לייתר את ברור ההליך העיקרי עבור בעלי אדמות רבים ולגרום לפגיעה אנושה בזכויות העותרים ואחרים.

יז. יצוין, כי במספר מקרים בית המשפט הנכבד הוציא צווי ביניים נגד חוקים שיצאו תחת ידה של המשיבה מס' 1, אשר נתקפו בפני בית המשפט:

← כך, במסגרת העתירה בבג"ץ 1030/99 ח"כ אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002) הוצא צו ביניים המונע את כניסת התיקון לחוק הבזק לתוקף, וזאת על מנת שלא ייפגעו זכויות המנויות בחוק יסוד: חופש העיסוק.

← כך, במסגרת בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים – חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר [פסק דין מיום 19.11.2009] העוסק בחוקתיות תיקון מס' 28 לפקודת בתי הסוהר, באופן שיאפשר הפעלת בית סוהר באופן פרטי, ניתן ביום 18.3.2009 צו ביניים המורה על אי הפעלת בית הסוהר הפרטי חרף השלמת בנייתו.

יח. במקרים בהם נטען כי פעולות גופים שונים נעשות על פי האמור בתקנה 43, וזאת בדמות חקיקה ראשית של המשיב מס' 5 בשמשו כחליפו של הריבון באזור, הוצאו צוים ארעיים עוד טרם קבלת עמדת המשיבים, הגם שהמדובר בחקיקה ראשית של הגורמים המוסמכים (ראו: בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, החלטה מיום 23.1.2017). ברור שאילו ייטען כי החוק נשוא העתירה נעשה מתוקף סמכותה של המשיבה מס' 1 בהתאם לתקנה 43, הרציונל בהחלטת בית המשפט בבג"ץ 794/17 בעניין זיאדה חל במקרה זה, ואף ביתר שאת.

יט. אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו ביניים, אשר יורה למשיבים 5-7 שלא ליישם את הוראותיו האופרטיביות של החוק (סעיפים 3-7 ו-11 לחוק), ובפרט כל הוראה הנוגעת להפקעה, רישום, הקצאה ותכנון של המקרקעין בתחומי הגדה המערבית, כל זאת עד מתן פסק דין סופי בעתירה.

5 במרץ 2017

מיכל זיו, עו"ד

שלומי זכריה, עו"ד

מיכאל ספרד, עו"ד

רוני פלי, עו"ד

דן יקיר, עו"ד

ב"כ העותרים