

המבקשים:

1. פרופ' דוד אנוך
2. ד"ר אורי ארונסון
3. ד"ר דניאל בן-אוליאל
4. פרופ' ארנה בן-נפתלי
5. פרופ' איל בנבנישתי
6. פרופ' תומר ברודי
7. ד"ר איתי בר-סימן-טוב
8. פרופ' אייל גרוס
9. פרופ' חנוך דגן
10. ד"ר תמר חוסטובסקי-ברנדס
11. פרופ' גיא הרפז
12. פרופ' עמיחי כהן
13. פרופ' משה כהן-אליה
14. ד"ר רונית לוי-שנור
15. ד"ר דורין לוסטיג
16. ד"ר אליאב ליבלך
17. פרופ' ברק מדינה
18. ד"ר אילן סבן
19. ד"ר מיטל פינטו
20. פרופ' אלכסנדר קיזר
21. פרופ' דוד קרצמר
22. ד"ר יניב רוזנאי
23. פרופ' יעל רוזן
24. ד"ר יאיר שגיא
25. ד"ר סיון שלמה-אגון
26. פרופ' יובל שני
27. ד"ר אדם שנער
28. ד"ר מנאל תותרי גובראן

ע"י ב"כ עו"ד באנה שגרי-בדארנה ו/או סוריא בשארה
מהקליניקה לזכויות אדם בינלאומיות ו/או כל עו"ד
אחר מהמרכז לחינוך משפטי קליני, הפקולטה
למשפטים, האוניברסיטה העברית,
הר הצופים, ירושלים 91905
טלפון: 02-5882554, פקס: 02-5882544
דואל: law_clinics@savion.huji.ac.il

בעניין שבין:
העותרים:

עיריית סלואד ו- 19 אח'
ע"י ב"כ עו"ד סוהאד בשארה ועו"ד מאיסאנה מוראני
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
ועו"ד סולימאן שאהין, ממרכז ירושלים לזכויות אדם

1. הכנסת

ע"י היועץ המשפטי למשכן הכנסת
משכן הכנסת

2. המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית

ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה
רח' סלאח א-דין 29, ירושלים
טלפון: 02-6466328, פקס: 02-6467011

בקשת הצטרפות כ"ידיד בית משפט" (Amicus Curiae)

בית המשפט הנכבד מתבקש להתיר למבקשים להצטרף לעתירה דנא, כידיד בית המשפט, ולפרוס בפני בית המשפט את טיעוניהם ביחס לעניין הנדון בו.

ואלה נימוקי הבקשה:

1. עניינה של העתירה בתקיפת חוקתיותו וחוקיותו של החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017 (להלן: "חוק ההסדרת"), בהיותו חוק חסר תקדים הן מבחינת תוכנו, והן מבחינת עצם חקיקתו על-ידי הכנסת ותחולתו על פלסטינים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית.

2. חוק ההסדרה מעורר שאלות עקרוניות במשפט הבינלאומי הפומבי ובמשפט החוקתי, שמקצתן צפויות לעלות לדיון בפעם הראשונה בבית המשפט הנכבד. בשים לב לתקדימיות החוק והשלכותיו מרחיקות הלכת על משפטה החוקתי של מדינת ישראל, צד שלישי בעל מומחיות רלבנטית, דוגמת המבקשים, יכול לסייע לבית המשפט, תוך הצגה מלאה, נטולת פניות ומעמיקה של שלל הסוגיות המשפטיות העומדות על הפרק.

3. בתי המשפט מכירים, כעניין של שגרה, ובמספר הולך וגובר של הליכים, במוסד ידיד בית המשפט (ראו ישראל (איסי) דורון ואח', עשור ל"ידיד בית המשפט: ניתוח אמפירי של החלטות בתי- המשפט עיוני משפט לד 667 (2011)). ברבות השנים, מוסד ידיד בית המשפט הורחב גם לצדדים אשר מייצגים, מתוקף עיסוקם או תפקידם, "אינטרס או מומחיות שמן הראוי שישמעו בפני בית המשפט בסכסוך ספציפי" (מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529, 552 (1999), להלן: פרשת קוזלי).

4. בפרשת קוזלי, מנה בית המשפט רשימה (פתוחה) של קריטריונים שיש לשקול בהחליטו בבקשת הצטרפות "ידיד בית משפט". בין יתר הקריטריונים, בית המשפט יבחן אם יהא בנוכחות המבקש בהליך "כדי לתרום לגיבושה של החלכה בעניין מסוים, זאת על יסוד הצגת מלוא העמדות הרלוונטיות בעניין הנדון ותוך מתן ייצוג ופתחון פה ודעת לגופים מייצגים ומקצועיים" (שם, עמ' 553). כן יבחן בית המשפט אם יש בהצטרפות כדי "לתרום הן לדיון עצמו והן לאינטרס

הציבורי" תוך שמירה על יעילות הדיון ועל זכויות הצדדים (שם, עמ' 530). מלבד תרומתו הפוטנציאלית של המבקש לגיבוש החלכה, יש לשקול את מהות הגוף המבקש להצטרף, מומחיותו, ניסיונו והייצוג שהוא מעניק לאינטרס שבשמו מבקש הוא להצטרף להליך. בנוסף, יש לתת את הדעת לצדדים להליך עצמו, למהות הסוגיה העומדת להכרעה, לסוג ההליך, הפרוצדורה הנוהגת בו, והשלב שבו הוגשה בקשת ההצטרפות (שם, עמ' 554).

5. במבקשים מתקיימים כל הקריטריונים שנקבעו בפסיקה ופוטנציאל תרומתם לדיון ולאינטרס הציבורי ניכר, שכן המבקשים הם מרצים וחוקרים בפקולטות ובבתי ספר למשפטים בישראל המתמחים במשפט ציבורי, במשפט בינלאומי פומבי, בדגש על משפט בינלאומי הומניטרי ומשפט זכויות האדם, ובדיני קניין. על אף שלמבקשים עמדות וגישות שונות בתחומיהם, בקשת הצטרפות זו מבטאת הסכמה רחבה ונדירה, המקיפה חלק ניכר מהאקדמאים העוסקים בתחום בישראל. מעבר לכל אלה, מהות הסוגיה העומדת להכרעה, המחלוקת המשפטית והציבורית, וההשלכות העוללות להיות לה, במישור הבינלאומי מחזקת את הטעמים שביסוד בקשה זו.

6. המבקשים פעילים בארץ ובחו"ל, מופיעים תדיר בפני גופים מדינתיים ובינלאומיים בתחום מומחיותם, כותבים ומלמדים, בין היתר, אודות הסוגיות המתעוררות בעתירה. למבקשים ניסיון מצטבר רחב מאד בתחומים בהם עוסק חוק ההסדרה. משכך, היכרותם של המבקשים עם המאטריה המשפטית ביססה אצלם את הידע והמומחיות הדרושים לצורך בחינת השאלות העקרוניות העוללות מהעתירה.

7. המבקשים הם גם מורים במוסדות אקדמיים בישראל אשר מופקדים על החינוך המשפטי של הדור תבא של המשפטנים בישראל. הצטרפותם להליך זה מבטאת את האחריות התברתית המוטלת עליהם, לסייע לבית-המשפט בעשיית הצדק ובביצור ההגנה על שלטון החוק.

8. המבקשים יטענו כי צירופם להליך אינו צפוי להכביד על הדיון המשפטי. המבקשים מעוניינים להצטרף כידיד בית המשפט אך לצורך הגשת חוות דעת מטעמם. כל מעורבות בהליך מעבר לכך, תיקבע כמובן על-ידי בית המשפט. בנוסף, אין בבקשה זו כדי לפגוע ביעילות הדיון או להביא לדחייתו, שכן העתירה הוגשה אך לאחרונה, טרם חלף המועד לתגובת המשיבים, וממילא טרם נקבע מועד לדיון בעתירה לגופה.

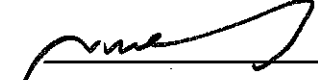
9. בקשת ההצטרפות מבוססת על שלושה אדנים. הראשון, המשפט החוקתי של מדינת ישראל והפגיעה שהחוק מסב לזכות הקניין, השוויון והכבוד. השני, אי החוקיות בחקיקה של הכנסת אשר קובעת הסדרים על תושבי האזור, אשר אינם נמצאים בתחומה הריבוני של ישראל ואינם אזרחי או תושבי מדינת ישראל. תושבים אלה מעולם לא הסכימו להיות כפופים לחקיקת הכנסת, והחלה של חוק של הכנסת עליהם מפרה עקרון יסוד של המשפט החוקתי הישראלי. השלישי, היותו של חוק ההסדרה מנוגד לשורה של נורמות מהמשפט הבינלאומי ההומניטרי אשר מסדירות ומחייבות את המפקד הצבאי בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. במצטבר, שלושת האדנים מבססים את היותו של חוק ההסדרה חוק חריג – אשר אף היועץ המשפטי לממשלה

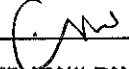
מסרב להגן עליו בפני בית המשפט הנכבד – הסותר הן נורמות של המשפט הפנימי והן של המשפט הבינלאומי, ואשר דינו אחד – בטלות.

10. בפרקים א' עד ד' להלן, נפרט אודות הרקע העובדתי והמשפטי לחקיקת חוק ההסדרה ואת עיקריו של החוק. בפרק ה', ידון נושא אי-החוקיות בחקיקה של הכנסת הקובעת הסדרים על תושבי האזור. פרק ו' יוקדש ליחס בין חוק ההסדרה למשפט הבינלאומי ההומניטרי. בפרק ז' נסכם, והכל לפי ראשי הפרקים כדלקמן.

11. בקשת ההצטרפות, לרבות עמדת המבקשים, הועברה לעיון ב"כ העותרים וב"כ המשיבים 1 ו-2. ב"כ העותרים עו"ד סוהאד בשארה הודיעה כי היא מסכימה לבקשה. ב"כ המשיבה 1, עו"ד קרן דהרי בן-נון מסרה כי המשיבה 1 מבקשת להותיר את ההכרעה בבקשה לשיקול דעת בית המשפט הנכבד. ב"כ המשיב 2, עו"ד ענר הלמן ביקש שבית המשפט הנכבד יאפשר הגשת תגובה בכתב לבקשה, במועד שייקבע על ידו.

ירושלים, ____ במרץ 2017


סוריא בשארה, עו"ד


באנה שגרי-בדארנה, עו"ד

ב"כ המבקשים

עמדת המבקשים

6	א. הקדמה
7	ב. הרקע המשפטי והעובדתי לחקיקת חוק ההסדרה
12	ג. החוראות העיקריות של חוק ההסדרה
15	ד. חוק ההסדרה בטל משום שהוא פוגע שלא כדין בזכויות חוקתיות
	1. הגבלת כוחה של הכנסת לחוקק את חוק ההסדרה
15	מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו
23	2. חוק ההסדרה פוגע שלא כדין בזכות החוקתית לקניין
30	3. חוק ההסדרה פוגע שלא כדין בזכות החוקתית לשוויון
	ה. חוק ההסדרה בטל משום שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אוסר
34	על הכנסת לחוקק באזור
	ו. חוק ההסדרה בטל כיוון שהוא מנוגד למשפט הבינלאומי החל על
37	פעולות ישראל באזור
	1. החוק מנוגד לתקנות האג ול"חוראותיה החומניטריות"
38	של אמנת גינבה הרביעית
	2. המפקד הצבאי אינו מוסמך להפעיל את הסמכויות שחוקנו
44	לו בחוק ההסדרה
	3. חוק ההסדרה מנוגד לחוראות אמנת גינבה הרביעית ועלול
46	לחייב את המפקד הצבאי לבצע פשעי מלחמה
51	4. חוק ההסדרה מנוגד לדיני זכויות האדם במשפט הבינלאומי
	5. חקיקת הכנסת שנועדה לחול באזור כפופה לחוראות המשפט
54	הבינלאומי
57	ז. סיכום

א. הקדמה

1. החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017 (להלן: חוק ההסדרה) הוא חוק יוצא דופן, שחורג בעליל מעקרונות היסוד החוקתיים שעליהם מושתתת מדינת ישראל. חוק ההסדרה הוא חריג בשני היבטים – בתוכנו של ההסדר שנקבע בו ובזהותם של האנשים שבהם פוגע החוק. כל אחד מן ההיבטים הללו כשהוא לעצמו גורם לכך שחוק ההסדרה אינו תקף ודינו בטלות; קל וחומר כך בהצטרפם יחד.
2. הקביעה שחוק ההסדרה אינו תקף יכולה להיעשות גם בלי שביית-המשפט יבחן מחדש את גישתו בדבר הימנעות מהכרעה שיפוטית בסוגיית חוקיות ההתנחלויות ביהודה ושומרון/הגדה המערבית (להלן: האזור). ביסוד כך העובדה שהחוק הנדון פוגע באופן ישיר בזכויותיהם של תושבי האזור. בית-המשפט פסק באופן עקבי כי אין להימנע מהושטת סעד שיפוטי לשם הגנה על זכויותיהם של התושבים המוגנים באזור, אף אם הדבר כרוך בהכרעה בסוגיות השנויות במחלוקת פוליטית. בית-המשפט עמד על-כך כבר בפרשת הקמת היישוב בית אל: "בהנחה [...] שרכושו של אדם נפגע או נשלל ממנו שלא כדין, קשה להאמין שביית-המשפט יקפוץ את ידו מאותו אדם, כיון שזכותו של זה עשויה לעמוד לוויכוח במשא ומתן פוליטי. טענה זו לא הוסיפה משקל ליתר טענות המשיבים" (בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113, 124 (1979) (השופט ויתקון); וכן שם, בעמ' 128-129 (מ"מ הנשיא לנדוי)).
3. הקביעה שחוק ההסדרה אינו תקף ויש להכריז על בטלותו מושתתת על שלוש עילות חלופיות. **העילה הראשונה** מבוססת על המשפט החוקתי של מדינת ישראל, ועניינה הפגיעה שגורם חוק ההסדרה בזכויות החוקתיות לקניין ולשוויון שמעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. פגיעה זו אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה ולפיכך דינו של החוק בטלות. פגם חוקתי זה שבחוק ההסדרה מבוסס על המשפט החוקתי הפנימי של מדינת ישראל, ודינו של החוק בטלות אף אם מתעלמים מן העובדה שהחוק נועד לחול בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית.
4. שתי העילות האחרות מבוססות על-כך שחוק ההסדרה מוחל על מקרקעין באזור, תוך פגיעה בזכויותיהם של תושבים מוגנים כדי לקדם אינטרסים של אזרחי ישראל שמתגוררים באזור. בהיבט זה, חוק ההסדרה הוא חוק שאין לו תקדים במשפט הישראלי, ולא בכדי. ההחלה של חוק של הכנסת לשם הסדרת זכויות במקרקעין באזור פגומה בשני היבטים. היבט אחד – וזו **העילה השנייה** שבגינה חוק ההסדרה בטל – הוא האיסור המוטל על הכנסת לקבוע הסדרים בעניינם של תושבי האזור שאינם אזרחי ישראל. עקרון יסוד של השיטה המשפטית הדמוקרטית של מדינת ישראל הוא שהכנסת אינה רשאית לקבוע בחוק הסדר שפוגע בזכויותיהם של מי שאינם אזרחי ישראל, ולפיכך אינם רשאים להשתתף בהליך הדמוקרטי, או של זרים שניתן לייחס להם באופן סביר הסכמה לכפוף עצמם לחקיקת הכנסת, למשל מחמת בחירתם להיכנס אליה או להחזיק בבעלותם נכסים בה.

חוק ההסדרה מפר עקרון יסוד זה של המשפט החוקתי של מדינת ישראל, ובגין כך החוק פוגע בזכותם של תושבי האזור לכבוד האדם ואף משום כך דינו בטלות.

5. ההיבט השני של העובדה שחוק ההסדרה נועד להסדיר זכויות במקרקעין באזור, בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית ולא בשטחה הריבוני של מדינת ישראל, ההיבט שמבסס את העילה השלישית לבטלות החוק, הוא הסתירה התזתית שבין החוק לבין שורה של נורמות של המשפט הבינלאומי המסדיר את סמכויותיו של המפקד הצבאי בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. ההיבטים הייחודיים של חוק ההסדרה מחייבים את הקביעה שהכנסת אינה רשאית לחוקק חוק, שנועד, כל כולו, לחול באזור ולפגוע בזכויותיהם של התושבים שאינם אזרחי ישראל, שתוכנו מפר באופן נרחב את נורמות המשפט הבינלאומי. עילה שלישית זו עומדת לעצמה, אך לה חשיבות רבה גם בביסוס שתי העילות הראשונות. פרשנות חוקתית, במקרה זה פרשנותו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, צריכה להיעשות בהתחשב בהוראות המשפט הבינלאומי, בוודאי כך בנסיבות הייחודיות של חוק ההסדרה, שנועד לחול בשטח שסמכויותיה של המדינה בו נקבעות לפי המשפט הבינלאומי.

6. יתר על כן, מעל חוק ההסדרה מתנוסס דגל שחור: החוק עצמו, למעשה, כמוהו כפקודה בלתי חוקית בעליל היוצאת מהמחוקק ישירות למפקד הצבאי. אין שולי עמימות, אין "שיקולי בטחון" ואין כל אצטלה אחרת שעשויה "להלבין" את חוק ההסדרה, ולו באופן אשר שולל את אי-חוקיותו הברורה על פניה – גם למפקד הצבאי עצמו – על פי הדין הפלילי הבינלאומי. חוק ההסדרה מעמיד לפיכך את המפקד הצבאי במצב בלתי אפשרי: יפעל בהתאם לחוק, עלול הוא לבצע פשע מלחמה ולכל הפחות יפעל בניגוד למשפט הבינלאומי שמקנה לו את הסמכות לפעול באזור; יימנע מלפעול, יימצא מפר את הדין הישראלי. הדרך היחידה להיחלץ מן המצור הזה היא בהכרזה על בטלותו של חוק ההסדרה.

7. בשורות הבאות מובא פירוט של שלוש העילות האמורות. קודמים לכך תיאור הרקע העובדתי והמשפטי לחקיקת חוק ההסדרה והצגה של עיקריו של החוק.

ב. הרקע המשפטי והעובדתי לחקיקת חוק ההסדרה

8. ההתיישבות הישראלית באזור החלה זמן קצר יחסית לאחר שהשטח נתפס על-ידי מדינת ישראל בעקבות מלחמת ששת הימים. בצד יוזמה ממשלתית, הקמת ההתנחלויות נעשתה בחלקה גם ביוזמה פרטית, בניגוד למדיניות הממשלה. מאוחר יותר בחרה ממשלת ישראל לתמוך גם בהתנחלויות שהוקמו ביוזמה פרטית. הדבר נעשה בדרך של תמיכה במתיישבים, באמצעות הספקת שירותים שונים, סלילת דרכי גישה, הבטחת ביטחונם של המתתיישבים ועוד. עד סוף שנות השבעים הוקמו ישובים מכוח צווי תפיסה צבאיים, כאשר צוים אלו הוצדקו באמצעות הטענה כי הקמת ישובים ומאחזי נח"ל מהווים חיזוק לביטחון המדינה. גישה זו השתנתה בעקבות פסק-הדין בעניין אלון מורה (בג"ץ 390/79 דו"קאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979)), והחל מראשית שנות השמונים הוקמו ישובים ישראלים רבים

בדרך של הקצאת קרקע שסווגה "ציבורית", מכוח הצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1969. לאורך השנים נמנעה הכנסת מלקבוע בחקיקה הסדר ישיר כלשהו הנוגע להקמת ההתנחלויות.

9. בית-המשפט נמנע מלהכריע בשאלה אם עצם יישובם של אזרחי ישראל באזור מהווה הפרה של האיסור בסעיף 6)49 (6) לאמנת ג'נבה הרביעית (1949), שלפיו "המעצמה הכובשת לא תגרש ולא תעביר חלקים מאוכלוסייתה האזרחית שלה לשטח שכבוש על ידה". נפסק כי הוראה זו איננה חלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי (בג"צ 606/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113, 121 (1979)), וכי שאלת החוקיות של הקמת ההתנחלויות היא עניין ל"ויכוחים מדיניים מופשטים", בעוד "בתי המשפט דנים בסכסוכים ובמחלוקות ענייניים, מוגדרים וספציפיים" (בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210, 217 (1993) (הנשיא שמגר). ראו גם, למשל, בג"ץ 3125/98 עימד נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נה(1) 913, 917 (1999) (השופט שטרסברג-כהן): "סוגיית ההתיישבות הישראלית הנה חלק מן הנושאים הנמצאים על שולחן הדיונים בין ישראל ואש"ף במסגרת הדיונים על הסכם הקבע. במסגרת ההסדרים המדיניים יוכרע מעמדם של הישובים הישראליים באזור. אין בית משפט זה אמור להידרש לסוגיה זו בעיצומם של המגעים המדיניים ולהתערב בעקיפין בשרטוט המפות".

10. בצד זאת, בית-המשפט דן בחוקיות הפעלת סמכויות שלטוניות באזור בתחום הזכויות במקרקעין, וזאת בהתבסס על שני מקורות: האחד, הנורמות שמגבילות את כוחו של הכוח הכובש בעניין תפיסת קרקע ושימוש במשאבים ציבוריים, נורמות שעיקרן קבוע בתקנות האג הנספחות לאמנת האג הרביעית בדבר דיני מלחמה ביבשה (1907) (להלן: "תקנות האג") ובחוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה; והשני, הקביעה שגם במקרים שבהם מוכרת סמכותו של המפקד הצבאי לפגוע בזכויות במקרקעין של התושבים, סמכות זו כפופה לדרישת המידתיות, שנובעת הן מן המשפט הבינלאומי והן מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

11. סוג ההגבלות הראשון, שעניינו איסור מוחלט ליטול זכויות במקרקעין, קבוע בתקנות 46 ו-52 לתקנות האג, העוסקים בתפיסת קרקע לצרכי צבא הכיבוש, ותקנה 43 לתקנות האג העוסקת במגבלות סמכותו של הכוח הכובש. בתקנה 46 נקבע כי יש לכבד את זכות הקניין ואין להחרים רכוש פרטי; ובתקנה 52, בעניין תפיסה, נקבע כי "אין לתפוס דברים שבעין ואין לכפות על הרשויות המקומיות או על התושבים, מתן שירותים, אלא לצרכי צבא הכיבוש". לכך נוספת תקנה 43, המחייבת את הכובש "לנקוט" בכל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין". עניינה של סמכות התפיסה שבתקנה 52 היא לפיכך "צורך צבאי", ואילו זו שעולה מתקנה 43 בתפיסה (או הפקעה) שנועדה לקידום צרכי האוכלוסייה המקומית.

12. תחילה נדרש בית-המשפט לסמכות התפיסה שבתקנה 52, וזאת נוכח השימוש שעשה המפקד הצבאי בסמכות זו, כאמור במהלך שנות השבעים של המאה העשרים, לשם הקמת התנחלויות. עניין זה נדון תחילה, בשנת 1973, בעניין פתחת רפית, שם הוטל איסור על התושבים המוגנים להיכנס לשטח שנתפס. בית-המשפט קבע כי איסור הכניסה נועד לצרכי ביטחון; ושהקמת התנחלות באזור זה היא אמצעי בטחון, ולפיכך אין להתערב בהחלטה (בג"ץ 302/72 אבו חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169 (1973)).

13. בית-המשפט שב ונדרש לסוגיה זו של שימוש בסמכות התפיסה של קרקע פרטית לצורך הקמת התנחלות בשני פסקי-דין שניתנו בשנת 1979. תחילה נקבע, בעניין בית-אל, כי תפיסת קרקע לצורך הקמת התנחלויות מותרת, שכן היא נועדה לצורך צבאי (בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113, 118 (1979) (השופט ויתקון): "אין לפקפק בכך שנוכחותם בשטח מוחזק של ישובים – אפילו 'אזרחיים' – של אזרחי המעצמה המחזיקה תורמת תרומה נכבדה למצב הבטחוני שבאותו שטח ומקילה על הצבא את מילוי תפקידו. [...] התיישבות יהודית בשטח מוחזק – וכל עוד קיים מצב של לוחמנות – משמשת צרכים בטחוניים ממשיים"). אולם, חודשים אחדים לאחר מכן, בעניין אלון מורה, נקבעה תוצאה הפוכה. שם קבע בית-המשפט כי נוכח חילוקי הדעות בין הרמטכ"ל, שסבר שיש אכן צורך צבאי בהקמת היישוב האזרחי על הקרקע שנתפסה, לבין שר הביטחון, שסבר כי "ניתן לממש את צרכי הביטחון שלא בדרך הקמת ישוב במקום האמור", לא הוכח קיומו של צורך ביטחוני ודינה של ההפקעה להתבטל (בג"ץ 390/79 דזיקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 16 (1979) (מ"מ הנשיא לנדוי): "הגעתי לכלל דעה שהשקפה מקצועית זו של הרמטכ"ל, היא עצמה, לא היתה גורמת לקבלת ההחלטה על הקמת היישוב אלון מורה, אלמלא סיבה אחרת שהיא היתה הכוח הדוחף לקבלת ההחלטה על כך בוועדת השרים לענייני ביטחון ובמליאת הממשלה, דהיינו רצונם העז של אנשי גוש אמונים להתנחל בלבה של ארץ ישראל, קרוב ככל האפשר לעיר שכם").

14. ביסוד ההחלטה בפרשה זו עמד גם טעם נוסף: "ההחלטה להקים ישוב קבע הנועד מראש לעמוד במקומו לצמיתות – ואף מעבר לתקופת הממשל הצבאי שהוקם ביהודה ושומרון – [נתקלת] במכשול משפטי שאין להתגבר עליו, כי אין ממשל צבאי יכול ליצור בשטחו עובדות לצרכיו הצבאיים שנועדו מראש להתקיים גם אחרי גמר השלטון הצבאי באותו שטח, כאשר עדיין אין יודעים מה יהיה גורל השטח אחרי סיום השלטון הצבאי. יש בזה משום סתירה על פני הדברים המראה גם היא לפי הראיות שלפנינו בעתירה זו, שהשיקול המכריע אשר הניע אתה דרג המדיני להחליט על הקמת היישוב הנדון לא היה השיקול הצבאי. בנסיבות אלה גם ההצהרה המשפטית של תפיסת החזקה בלבד, ולא הפקעת הקניין, אינה יכולה לשנות את פני הדברים, דהיינו נטילת החזקה שהיא עיקר תוכנו של הקניין, לצמיתות".

15. ההלכה שנקבעה בפרשת אלון מורה, שלפיה הקמת התיישבות אזרחית אינה מהווה צורך צבאי המאפשר תפיסת קרקעות פרטיות, הפכה הלכה מחייבת. בכמעט ארבעים השנים

שחלפו מאז ניתנה נמנע המפקד הצבאי מתפיסת קרקע פרטית או מהפקעתה לצורך הקמת התנחלויות (למשל, בעניין המאחז מגרון, בג"ץ 8887/06 אל-נאבות נ' שר הביטחון, פס' 16 לפסק דינה של הנשיאה בייניש (2011): "אין חולק כי על פי דין אין להקים ישוב על קרקע פרטית של תושבים פלסטינים").

16. בית-המשפט הכיר בכך שבצד סמכות התפיסה שנועדה לצורך צבאי – שכאמור, לפי החלכה הפסוקה אינו כולל הקמת התנחלויות – מוקנית למפקד הצבאי סמכות ההפקעה גם לשם הבטחת צרכי האוכלוסייה המקומית, וזאת בהתבסס על תקנה 43 לתקנות האג. נוכח משך הזמן הארוך של הכיבוש מוסמך המפקד הצבאי להפקיע קרקע לשם סלילת כבישים והקמת מתקנים ציבוריים אחרים (למשל, בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 792 (1983)). בית-המשפט אמנם הכיר בכך שבהפעלת סמכות ההפקעה רשאי המפקד הצבאי להתחשב גם בצרכיהם של אזרחי ישראל המתגוררים באזור (למשל, בג"ץ 202/81 טביב נ' שר הביטחון, פ"ד לו(2) 622 (1981)), אולם אסורה תפיסת או הפקעת קרקע פרטית שתכליתה היחידה היא שירות אינטרסים אזרחיים של האזרחים הישראלים המתגוררים באזור (למשל, בג"ץ 2150/07 אבו צפיייה נ' משרד הביטחון (2009): "סגירת הכביש לכלי רכב פלסטיניים מביאה לכך שכביש 443 משמש בעיקר לתנועת כלי רכב פנימיים בישראל – בין מרכז הארץ לבין ירושלים. [...] לצד זה, משמש הכביש לתנועתם של תושבי ישובים ישראליים הממוקמים באזור. בהתאם לפסיקת בית משפט זה, לא היה המפקד הצבאי מוסמך להורות על סלילת הכביש מלכתחילה, לו זו היתה המטרה שבבסיס הסלילה. [...] הסדר שזו תוצאתו חורג מסמכותו של המפקד הצבאי ואינו עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי שעניינם תפיסה לוחמתית"; בג"ץ 281/11 מועצת הכפר בית איכסא נ' שר הביטחון, פס' 26 לפסק דינו של השופט פוגלמן (2011): "הכוח הכובש אינו רשאי, אפוא, להפקיע אדמות שלא לצורך צבאי, אלא אם השימוש שיעשה בהן נועד לשרת את התושבים המוגנים"). אזרחי ישראל תושבי ההתנחלויות אינם מוכרים כ"תושבים מוגנים" לעניין המשפט הבינלאומי (למשל, בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, פס' 12 לפסק דינו של הרוב (2005)). המפקד הצבאי אינו רשאי לתפוס או להפקיע קרקע פרטית לשם קידום אינטרס אזרחי בלעדי של הישראלים תושבי ההתנחלויות או של ישראל.

17. לבסוף, גם במקרים שבהם מוכרת סמכותו של המפקד הצבאי לפגוע בזכויות במקרקעין של התושבים, וזאת, כאמור, משום שתפיסת הקרקע נועדה לצורך צבאי (כפי שהיה, למשל, באשר להקמת גדר הפרדה) או שהפקעת הקרקע מיועדת לצרכי האוכלוסייה המקומית, נפסק כי סמכות זו כפופה לדרישת המידתיות. דרישה זו, כך נפסק, נובעת הן מן המשפט הבינלאומי והן מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (למשל, בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פס' 38 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2004): "מידתיות אינו רק עקרון כללי של המשפט הבינלאומי (הכללי והחומניטרי). מידתיות הוא גם עקרון כללי של המשפט המינהלי הישראלי. תחילה כעקרון הלכתי, ואחר כך כעקרון חוקתי המהווה חלק מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 8), הוא מהווה כיום אחד מערכי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי. עקרון המידתיות חל לעניין כל פעולה של רשות מנהלית

ישראלית. הוא חל גם לעניין הפעלת סמכותו של המפקד הצבאי על פי דיני התפיסה הלוחמתית" (ההפניות הושמטו)). בית המשפט קבע כי השיקולים שחלים לעניין זה באשר להפקעת קרקע שנועדה לצרכי ביטחון הם דומים, בין אם הקרקע בישראל ובין אם היא באזור (למשל, בג"ץ 959/13 דגיאני נ' שר האוצר, פס' 48 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור (2013)). סוגיה זו תידון ביתר פירוט בהמשך.

18. המסקנה שנובעת ממכלול הוראות אלה היא שלילת סמכותו של המפקד הצבאי להפקיע קרקע פרטית לצרכי הקמת התיישבות ישראלית באזור. לפיכך, ממשלת ישראל או המפקד הצבאי אינם רשאים ליזום הקמת התנחלות על קרקע שבבעלות פרטית של תושב האזור שאינו אזרח ישראל, ולתפוס או להפקיע לשם כך את זכויותיהם של בעלי הקרקע. במשך קרוב לארבעים השנים שחלפו מאז ניתן פסק-הדין בעניין אלון מורה לא יזמה הממשלה הקמת התנחלות על קרקע שבבעלות פרטית של תושב האזור שאינו אזרח ישראל (אף אם לא תמיד פעלה בתקיפות מספקת כדי לפנות התנחלות כזו שהוקמה שלא ביוזמתה).

19. לאורך השנים נקטה ממשלת ישראל גישה מרחיבה לעניין הגדרתן של "קרקעות מדינה" באזור, בהתבסס על פרשנות מרחיבה של חוקי המקרקעין העות'מאניים. פרשנות זו הביאה לכך שקרוב ל-40% מהשטח באזור מוגדר כקרקע שהיא "רכוש ממשלתי". בית המשפט נמנע מלדון במעמדה של פרקטיקה זו ובחוקיותה של המדיניות שלפיה מוכרות קרקע באזור "רכוש ממשלתי" לטובת הקצאתה לשימושים של אזרחים ישראלים (בג"ץ 27/784 א'ערייב נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש, פ"ד מ(2) 57 (1986); בג"ץ 2676/09 אבו קמל נ' הממונה על הרכוש הממשלתי הנטוש באזור יהודה ושומרון (7.9.2014)).

20. בנוסף לכך, מאז שנות התשעים החלו נוקטים גורמים שונים בפעולות להקמת ישובים על קרקע פרטית של תושבים פלסטינים, וזאת ללא הסכמת בעלי הקרקע וללא היתר מראש לכך של המפקד הצבאי או של הממשלה (ישובים אלה מכונים לעתים "מאחזים בלתי מורשים"). לעתים נעשה הדבר בדרך של הרחבת ישובים שהוקמו על קרקע ציבורית או בדרך של תפיסה שלא כדין של מובלעות של קרקע פרטית בתוך ישובים כאמור.

21. במקרים אחדים פעלו רשויות הביטחון לפינוי מבנים שהוקמו על קרקע פרטית ללא הסכמת בעלי הקרקע וללא היתר של המפקד הצבאי, אך ברוב המקרים ננקטה גישה הפוכה. במהלך הדרגתי סופקו למאחזים הללו תשתיות שונות, שירותי אבטחה ובמקרים מסוימים אף הוצאו היתרי בניה. בשורה של מקרים פנו בעלי הקרקעות לרשויות המוסמכות, ולאחר מכן גם לבית-המשפט הגבוה לצדק, בתביעות להשיב לידיהם את הקרקע (לפירוט ראו טליה ששון "מאחזים בלתי מורשים" (חוות-דעת לראש הממשלה, 2005)). התקדמות הטיפול בתביעות אלה להשבת הקרקע היא איטית מאד, ובמקרים מסוימים התמשכה ועדיין מתמשכת שנים רבות מאד.

22. בית-המשפט הכיר בחובה המוטלת על המפקד הצבאי ועל הגורמים המוסמכים לפעול להגנה על זכויותיהם של בעלי הקרקעות (למשל, עניין אל-נאבות, פס' 16 לפסק דינה של הנשיאה בייניש: "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"; בג"ץ 9949/08 **חמאד נ' שר הביטחון**, פס' 15 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (2014): "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"; בג"ץ 5439/09 **עבדאלקאדר נ' ועדת העררים הצבאית**, פס' 11 לפסק דינה של הנשיאה בייניש (2012): "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 מתובותיו הבסיסיות ביותר של המפקד הצבאי"; בג"ץ 7891/07 **תנועת "שלום עכשיו" – ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון**, פס' 13 (2013); בג"ץ 5665/11 **כפר אדומים כפר שיתופי להתיישבות קהילתית בע"מ נ' שר הביטחון**, פס' 12-14 (2012); ועוד).

ג. תחורות העיקריות של חוק ההסדרה

23. על רקע המציאות בשטח והנורמות המשפטיות, החליטה הכנסת לפעול ל"הסדרת" מעמדם של היישובים באזור שהוקמו שלא כדין או של הרחבות של יישובים אחרים. המדובר בשני פגמים משפטיים עיקריים שבגינם ההתיישבות אינה חוקית: האחד, השתלטות שלא כדין על מקרקעין; והשני, הקמת מבנים ללא תכניות תכנון והיתרי בניה כדין. חוק ההסדרה, שחקיקתו הושלמה בראשית חודש פברואר 2017, נועד "להכשיר" בדיעבד את היישובים האמורים והרחבותיהם שהוקמו שלא כדין, באמצעות הסדרים שנועדו לבטל את שני המקורות הללו של אי החוקיות.

24. בעניין הראשון, חוק ההסדרה קובע שני הסדרים מקבילים – הסדר הפקעה והסדר הכרזה. הסדר הפקעה הקבוע בסעיפים 3(2), 4(ב), 5 ו-8 עד 10 לחוק. לפי סעיפים 3(2) ו-4(ב), על רשויות האזור (מפקד כוחות צה"ל באזור) ליטול לאלתר את זכויות השימוש וההחזקה במקרקעין שנבנתה עליהם התיישבות, וזאת בתוך שישה חודשים מיום פרסום החוק. בסעיף 5 נקבע כי מיד לאחר מכן, וללא סמכות להפעיל שיקול דעת בעניין, על הממונה על הרכוש הממשלתי להקצות את זכויות השימוש וההחזקה במקרקעין שניטלו, וזאת לצורכי ההתיישבות שנבנתה על אותם מקרקעין. הקצאה זו נעשית דרך "מוסד מיישב". התקצאה דרך מוסד מיישב, כהגדרתו בחוק המועמדים להתיישבות חקלאית, התשי"ג-1953,

מבטיחה למעשה כי ההקצאה תתבצע לטובת ישראלים יהודים בלבד. סעיפים 8-10 קובעים מנגנון לתשלום דמי שימוש, לשומתם ולהשגות על החלטות השומה.

25. הסדר ההכרזה קבוע בסעיפים 13(א), 4(א) ו-5 לחוק. לפי סעיפים 13(א) ו-4(א), על הממונה על הרכוש הממשלתי לפעול לאלתר לרשום מקרקעין כרכוש ממשלתי, אם לא נמצא אדם "שהוכיח כי הוא רשום או זכאי להירשם כבעל הזכויות". לשון החוק נוקטת אמנם את המונח "לרשום", אך ההפניה בסעיף 13(א) לחוק לסעיף 22 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967 (להלן: "צו הרכוש הממשלתי") מעלה כי הכוונה היא להכריז על מקרקעין אלה בתעודה כי הם "רכוש ממשלתי" כאמור בצו. בהתאם לסעיף 5, מיד בסמוך לאחר מכן, וללא סמכות להפעיל שיקול דעת, על הממונה על הרכוש הממשלתי להקצות את זכויות השימוש וההחזקה במקרקעין שניטלו לצורכי ההתיישבות שנבנתה על אותם מקרקעין.

26. בעניין השני – הקמת מבנים ללא תכניות תכנון והיתרי בניה כדין – נקבעה בחוק חובתן של הרשויות המוסמכות להשלים "מהר ככל שניתן" את הליכי התכנון במקרקעין שנרשמו כרכוש ממשלתי או שניטלו מבעלי הזכויות בהן, וזאת "בשים לב לצורך בהסדרת הבנייה הקיימת" (סעיף 6). יתר על-כן, נקבע כי החל ממועד חקיקת החוק, בתקופה של 12 חודשים, "יותלו כל הליכי האכיפה והצווים המינהליים הקיימים בעניין ההתיישבות ביישובים המנויים בתוספת" (סעיף 11(א)), והליכים וצווים אלה יוסיפו להיות תלויים מעת ש"מצאו רשויות האזור כי מתקיימים בהתיישבות התנאים שברישתה של סעיף 3 [לחוק] [...] עד להשלמת הליכי התכנון לפי סעיף 6 [לחוק]" (סעיף 7(א)).

27. הכנסת קבעה כי ההוראות בדבר התליית הליכים והצווים לא יחולו על התיישבות שביחס אליה הוצאו צווים שיפוטיים או פסקי דין בדבר מימושם של הליכים וצווים בגין בנייה שלא כדין (סעיף 7(א)). סייג זה לא הוחל לעניין הסמכות ליטול קרקע מבעליה, המוסדרת כאמור בסעיף 3 לחוק, ולפיכך ניתן להחילה גם לגבי מקרקעין שלגביהם הוצא צו מנהלי או שיפוטי שמחייב את פינויים. עוד נקבע כי משהושלמו הליכי התכנון לפי סעיף 7 יפקעו כל הליכי האכיפה והצווים המנהליים שהותלו לפי סעיף 7(א) (סעיף 7(ב)).

28. החוק קובע תנאים שרק בהתקיימם יוחלו ההסדרים שתוארו, כלומר תוטל על הרשויות החובה להכריז על הקרקע כעל רכוש ממשלתי או ליטול את הקרקע מידי בעליה, ולהקנות את זכויות השימוש וההחזקה בה למתיישבים, יותלו כל הליכי האכיפה והצווים המנהליים, ויעשה תכנון בדיעבד במטרה מוצהרת להכשיר את כל הקיים. בתמצית, נקבע כי הסדרים אלה יחולו על "התיישבות במקרקעין הטעונים הסדרה" אשר "נבנתה בתום לב או ניתנה הסכמת המדינה לבנייתה" (סעיף 3). המדובר למעשה בתנאים המצטברים הבאים:

א. ההתיישבות היא במקרקעין באזור (סעיף 2). כלומר, חוק ההסדרה אינו מקנה זכויות כלשהן למי שבנו התיישבות במקרקעין בתחומי מדינת ישראל.

"התיישבות" הוגדרה כ"לרבות שכונה או הרחבה", כולל בתי מגורים, מתקנים, שטחים תקלאיים, דרכי גישה, תשתיות ועוד. כלומר, תנאי הסף הוא שהמקרקעין הנדונים משמשים – באופן הרחב ביותר – לצורך התיישבות. ב"התיישבות" הכוונה הברורה והבלתי ניתנת לסתירה היא התיישבות של אזרחים ישראלים בלבד ובאזור בלבד.

ב. זכויות השימוש וההחזקה במקרקעין אינן נתונות לרשויות האזור או לממונה (סעיף 2). לא נקבעה בחוק הדרישה כי המדובר במקרקעין "לא מוסדרים" או לא רשומים, כלומר שאין לגביהם רישום מוסדר של בעלות במרשם מקרקעין.

ג. ההתיישבות נעשתה ב"תום לב", תנאי שאינו מוגדר בחוק; או שהיא נעשתה ב"הסכמת המדינה" (סעיף 3). משמע, גם מי שפלש למקרקעין נשוא הסדרה ביוזעין ובחוסר תום לב, יוכל ליהנות מהוראות החוק אם הפלישה נעשתה בהסכמת המדינה. לעניין החלופה בדבר "הסכמה המדינה" נקבעה בחוק הגדרה רחבה מאד: "המדינה" לעניין זה כוללת את "ממשלת ישראל או משרד ממשלתי הממשלה, רשויות האזור, רשות מקומית או מועצה אזורית בישראל או באזור ומוסד מיישב" (מוסד מיישב הוא כהגדרתו בחוק המועמדים להתיישבות חקלאית, תשי"ג-1953, שם נקבע כי במסגרתו נכללים "ההסתדרות הציונית העולמית – הסוכנות היהודית לא"י, וכל גוף אחר העוסק ביישוב בני אדם על הקרקע, ושר החקלאות, בהודעה ברשומות, הכיר בו כמוסד מיישב [...]"); ואילו "הסכמה" לעניין הדרישה האמורה היא "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" (סעיף 2).

ד. ביחס למקרקעין שלא ניתן להכריז עליהם כעל רכוש ממשלתי, נדרש כי הסכום שהושקע בבניית ההתיישבות עלה, בשעת הבנייה, על שווים של המקרקעין בלי ההתיישבות אותה שעה (סעיף 3(2)(א)).

29. לבסוף, בחוק נקבע שההפקעה תעשה בדרך של הפקעת זכות השימוש וההחזקה ללא הגבלת זמן, עד להכרעה מדינית (סעיף 3(2)(ב)). ההפקעה כפופה לפיצוי של דמי שימוש שנתיים בשיעור של 125% מ"ערכם הראוי" או להעמדת "קרקע חלופית ככל שהדבר אפשרי בנסיבות העניין", לפי בחירתו של בעל הזכויות במקרקעין (סעיף 8(א)). בחוק לא הוקנתה זכות לדמי שימוש עבור התקופה שבה נגולה הקרקע מידי בעליה עוד לפני חקיקת החוק וההכרזה על נטילת הקרקע. ככל הנראה, תשלום דמי השימוש מכוח חוק ההסדרה יהיה מקופת המדינה ולא יעשה על-ידי האזרחים הישראלים שמתגוררים בשטח.

30. התוצאה היא שאם חוק ההסדרה לא יוכרז בטל, הדבר יביא לביטול למפרע של ההלכה הפסוקה, שנקבעה כאמור כבר לפני כמעט ארבעים שנה, שלפיה המפקד הצבאי אינו מוסמך לתפוס או להפקיע קרקע פרטית לשם הקמת יישוב אזרחי ישראלי באזור או לשם הרחבת

ישוב כאמור. ההסדר שנקבע נועד להכשיר בדיעבד את ההקמה שלא כדין של אלפי יחידות דיור בשישה-עשר יישובים לפחות שנמנו בתוספת לחוק, ובהם ההתיישבות אלון מורה (במיקומה החדש), שבעניינה ניתן פסק-הדין שקבע את ההלכה בנושא, עוד בשנת 1979. החוק יגרום גם להפקעה גורפת של זכויות במקרקעין, ללא הפעלת שיקול דעת ובחינת ההשלכות של המעשה ביחס לכל מקרה ומקרה; להכרזה על רכוש ממשלתי למטרה המוצהרת של הקצאתו לטובת יישובים שנועדו להתיישבות אזרחים ישראלים בלבד באזור; ולפגיעה יסודית במימוש תכליתם של דיני התכנון והבניה, מכוח הקביעה כי יש להכשיר בדיעבד את היישובים ואת הבניה הבלתי חוקית ביישובים עליהם יוחל החוק.

31. הוראות החוק אינן מותירות שיקול דעת לרשויות המוסמכות. החוק מחייב את הרשויות להכריז על קרקע ממשלתית ולהפקיע קרקע פרטית, ולהקצות את אלה לשימוש המתיישבים הישראליים, להתלות תוקפם של צווי הריסה ולהעניק הכשר תכנוני למבנים שהוקמו שלא כדין. בנסיבות אלה, אין כל הצדקה להמתין ליישום החוק בטרם תוחל ביקורת שיפוטית. דרישת ה"בשלות" מתמלאת עם חקיקת החוק ואין כל תועלת, מבחינת המידע הנוסף שעתיד להתקבל מיישום החוק, בהמתנה ליישום. במיוחד כך לאור החשש שיישום החוק יגרום נזק חמור לזכויותיהם של התושבים המוגנים ולאינטרס הציבורי בכללותו, נזק שבחלקו לפחות עלול להיות בלתי-הפיך.

ד. חוק ההסדרה בטל משום שהוא פוגע שלא כדין בזכויות חוקתיות

32. הסדרים שנקבעו בחוק ההסדרה פוגעים בשורה של זכויות אדם חוקתיות שמעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הפגיעות העיקריות הן בזכויות לקניין, לשוויון ולכבוד האדם, ופגיעות אלה אינן מקיימות את התנאים שנקבעו בפסקת ההגבלה שבחוק היסוד. סוגיה מקדמית היא אם יש מקום לקבוע שחקיקת הכנסת שיעקר פועלה הוא באזור, כלומר מחוץ לשטחה של מדינת ישראל, פטורה מהוראות חוקי היסוד, ובכלל זה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. המענה לסוגיה זו הוא בשלילה. אין כל יסוד לסברה שבצד שני ה"כובעים" שחובשת הכנסת, רשות מכוננת מזה ורשות מחוקקת מזה, יש להכיר גם ב"כובע" שלישי, רשות מחוקקת באזור, שבמסגרתו היא פטורה כביכול מכבלי הנורמות החוקתיות שמגבילות אותה בכובעה כרשות מחוקקת בישראל. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמו גם כל חוקי היסוד האחרים, מגבילים את כוחה של הכנסת כרשות מחוקקת, יהא מקום תחולתה של החקיקה אשר יהא. לאחר דיון בסוגיה עקרונית זו, תוצג בהמשך המסקנה שחוק ההסדרה פוגע בזכויות החוקתיות לקניין, לשוויון ולכבוד, ושפגיעות אלה אינן מקיימות את הדרישות של פסקת ההגבלה. לאור כך המסקנה היא שמכלול הוראות החוק אינן תקפות ודין בטלות.

1. כוחה של הכנסת לחוקק את חוק ההסדרה מוגבל מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

33. תוקפו של חוק ההסדרה כפוף להוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. העובדה שהחוק נועד לחול באזור, ולפגוע בזכויותיהם של מי שאינם אזרחי ישראל, אינה פוטרת את הכנסת

מן המגבלות החוקתיות הרגילות שחלות על סמכות החקיקה שלה. מסקנה זו תקפה בהתבסס על כל אחת משלוש הגישות האפשריות בעניין זה: לפי גישה אחת, חוקי היסוד מסדירים את סמכות החקיקה של הכנסת, יהיו תוכנה של החקיקה ואזורי התחולה שלה אשר יהיו. גישה אפשרית שנייה, מצמצמת יותר, מכירה בייחודה של הנורמה החוקתית שעניינה החובה לכבד זכויות אדם, ומכוחה מוטלת על הכנסת חובה לכבד זכויות חוקתיות של כל אדם שכלפיו מופעלת סמכות שלטונית של מדינת ישראל, ללא תלות באזרחותו ובמקום הפעילות של הפרט שהחוק נועד להסדיר. לבסוף, גישה שלישית, הצרה מכולן, דוגמת זו שהוחלה בפרשת **עדאלה נ' שר הביטחון** (2006), מכירה בתחולת חוקי היסוד כאשר ההסדרים שנקבעו בחוק פוגעים בזכויות שמימושן אמור היה להיעשות בישראל. כאמור, ההחלה של כל אחת משלוש הגישות הללו מוליכה לתוצאה זהה – תוקפו של חוק ההסדרה מותנה בכך שהוראותיו עולות בקנה אחד עם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

34. **שלטון החוק**. על-פי מושכלות היסוד של המשפט בישראל, תכליתו היסודית של המשפט החוקתי היא להבטיח את תקינות פעולתן של רשויות השלטון. ידועים בהקשר זה דבריו הנוקבים של השופט חיים כהן בעניין **קוואסמה** (1980), שעסקו בהפעלת סמכות שלטונית – גירוש – כלפי תושבי האזור שנעשתה כל כולה באזור: "עוצמתה המוסרית וצדקתה העניינית של לחימת השלטונות [באויבי ישראל] תלויות כל כולן בשמירתם על חוקי המדינה: בויתור על עוצמתה זו ועל צדקתה זו של לחימתה, משרתים השלטונות את מטרות האויב. הנשק המוסרי אינו נופל בחשיבותו מכל נשק אחר, ואולי עולה עליו – ואין לך נשק מוסרי יעיל משלטון החוק" (בג"ץ 320/80 **קוואסמה נ' שר הביטחון**, לה(3) 113, 130, 132 (1980)).

35. שיקול זה, החובה לכבד את שלטון החוק, עומד כידוע גם כאחת ההצדקות היסודיות לפתיחת שערי בית-המשפט לעתירות של תושבי האזור וביסוד ההכרה בזכות העמידה שלהם ובשפיטות של העתירות שמובאות בפני בית-המשפט. מכוח שיקול זה ברור ההכרח בהחלת חוקי היסוד על חקיקת הכנסת גם כאשר החקיקה מכוונת לפעילות שנעשית באזור. חוקי היסוד חלים בכל מקרה שבו הכנסת בוחרת להחיל את המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת ישראל על אזורים שמחוץ לשטח המדינה. יתר על-כן, החוק מטיל חובות על עובדי ציבור ישראליים – המפקד הצבאי, הממונה על הרכוש הממשלתי, רשויות התכנון באזור, גופי האכיפה ועוד. הסמכות המוענקת להם, כעובדי ציבור ישראליים, כפופה למשטר החוקתי של מדינת ישראל, מכוח העובדה שהם מפעילים סמכויות שלטוניות של מדינת ישראל.

36. הקביעה שהכנסת כפופה להוראות חוקי היסוד נחוצה במידה רבה עוד יותר מאשר החלת גישה זו על רשויות המנהל ובכללן המפקד הצבאי: כידוע, הלכה מושרשת היא שהמפקד הצבאי כפוף להוראות המשפט הבינלאומי שמספק הגנה רחבה למדי על תושבי האזור. בצד זאת, הגישה שנהוגה עד כה אינה מכירה בכפיפותה של הכנסת להוראות המשפט הבינלאומי. אף שניתן להטיל ספק בהצדקתה של גישה זו, ומשום כך מוצע בהמשך הדברים

לבתון אותה מחדש (לפחות לגבי חקיקה כגון זו שבענייננו), הרי שכל עוד לא שונתה ההלכה יש לה חשיבות מכרעת בכל הקשור לקביעה כפיפותה של הכנסת לחוקי היסוד.

37. קביעה שהכנסת אינה כפופה להוראות חוקי היסוד בקביעת נורמות שחלות באזור, לצד הקביעה כי היא אינה מוגבלת מכוח המשפט הבינלאומי, עלולה להוביל לתוצאה שכוחה של הכנסת לחוקק באזור הוא בלתי מוגבל. זוהי תוצאה שעומדת בסתירה חזיתית לתפיסה היסודית בדבר החובה המוטלת על כל רשויות השלטון לכבד את שלטון החוק. זוהי תוצאה שאינה רצויה בשום חברה דמוקרטית, שאינה מכירה בכוח בלתי מוגבל של גורם שלטוני כלשהו. חוק ההסדרה נועד להסדיר במישרין מעשים שנעשים באזור, ומשמעותו החלה של משפט, שיפוט ומנהל של מדינת ישראל, לפחות בכל הקשור למקרקעין ולתכנון, על תושבי האזור. לא תיתכן החלה של המשפט הישראלי ביחס לנושא כה חשוב, בלא הנורמות החוקתיות שעומדות בבסיסו.

38. **זכויות אדם**. גישה שנייה, שמחייבת אף היא את המסקנה שסמכותה של הכנסת לחוקק את חוק ההסדרה כפופה להוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מתמקדת בייחודה של החובה לכבד זכויות אדם. זכויות האדם מבוססות על ההכרה באוטונומיה של הפרט, בחשיבות של כיבוד חופש הבחירה שלו כיצד לנהוג וביצירת תנאים שיאפשרו חיים בכבוד. עקרונות אלה תקפים ביחס לכל אדם שהמדינה מפעילה כלפיו סמכויות שלטוניות, אף אם אינו אזרח או תושב המדינה (לדיון בסוגיה זו ראו ליאב אורגד "חוקה של מי ובעבור מי: על היקף תחולתם של חוקי-היסוד" **משפט וממשל** יב 145 (2010)). בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ניתן לכך ביטוי מפורש, מכוח הקביעה שהזכויות המנויות שם – מלבד הזכות להיכנס לישראל (סעיף 6ב) לחוק היסוד) – מוקנות ל"אדם" ולא רק לאזרח המדינה או תושבה.

39. בשורה של מקרים הכיר בית-המשפט בחובתה של המדינה לכבד את זכויות האדם גם של מי שאינם אזרחי המדינה ותושביה. הביטוי המובהק ביותר לכך ניתן בשלושת פסקי-הדין שבהם הוכרז על בטלותן של הוראות בחוק למניעת הסתננות, שלפיהן הוענקה סמכות לעצור את מי שנכנסו לישראל שלא כדין לתקופה ממושכת, עניין **אדם** (2013), עניין **איתן** (2014) ועניין **דסטא** (2015). נקבע שם כי המדינה חייבת לכבד גם את הזכויות של אדם שנכנס לישראל שלא כדין, ובכלל זה כבוד האדם והחירות ממעצר, ולפיכך אין להתזיקו במעצר שתכליתו הרתעת אחרים להיכנס לישראל שלא כדין. בלשונה של השופטת ארבל בעניין **אדם**: "הזכות החוקתית לחירות ולכבוד האדם חלה על כל אזרח ישראלי, כמו גם על הגר, מסתגן או פליט שנכנס לישראל בנסיבות אשר תהיינה. חירותו של אדם היא זכות הנלווית אליו לכל מקום שילך, בין אם במדינתו ובין אם במדינה אחרת; בין אם שוחה הוא במקום שהותר לו לשהות בו, ובין אם נכנס למקום שנאסר עליו. אמנם, במקרים מתאימים ניתן יהיה לשלול ממנו חירות זו, אך תמיד תחייב שלילה זו בחינה זהירה ומבוקרת של מבחני המידתיות. חירותו של אדם וכבודו מהווים נורמות תשתית לחיים יחידיו במדינה לאזרחים ולתושבים, ותחומי פרישתן גם לזרים החיים בקרבם" (בג"ץ 7146/12 **אדם נ**

הכנסת, פס' 113 לפסק דינה של השופטת ארבל (2013); ראו גם בג"ץ 7385/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פס' 122 לפסק הדין של השופט פוגלמן (2014): "מהזכות לכבוד האדם זכאי ליהנות כל אדם באשר הוא אדם. כך מתחייב מחוק היסוד. [...] כך אף מתחייב מאדני היסוד של הדמוקרטיה בכלל ושל שיטתנו המשפטית בפרט"; וכן בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (2015)).

40. החובה המוטלת על רשויות השלטון, והכנסת בכללן, לכבד את הזכויות החוקתיות של כל אדם אינה מוגבלת למקרים שבהם הפרט מצוי בישראל. הגישה העולה מן הפסיקה מבטאת הכרה בכך שרשויות השלטון חייבות בכיבוד הזכויות החוקתיות גם של מי שמדינת ישראל מפעילה כלפיהם סמכויות שלטוניות מחוץ לשטחה של המדינה, מכוח תפיסה לוחמתית של האזור שבו הם מתגוררים. בית-המשפט קבע כך באופן חד-משמעי לעניין הפגיעה בזכויותיהם של אזרחים ישראלים שנעשית באזור.

41. ההלכה, כפי שנקבעה בעניין חוף עזה (2005), לעניין פינוי היישובים הישראליים מרצועת עזה, היא כי חוקי היסוד בדבר זכויות האדם "מעניקים זכויות לכל מתיישב ישראלי בשטח המפונה. תחולה זו היא אישית. היא נגזרת משליטתה של מדינת ישראל על השטח המפונה" (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' הכנסת, פ"ד נט(2) 481, 560 (2005)). בית-המשפט הכיר בכך שהפינוי עצמו, כמו גם הגבלות שונות שנקבעו ביחס לזכויות לפיצוי בגין הנזק שנגרם עקב הפינוי, גורמים פגיעה בזכויות אדם, שטעונה הצדקה עלפי פסקת ההגבלה, ואף הכריז נוכח זאת על בטלותן של כמה הוראות בחוק יישום תכנית ההתנתקות. הלכה זו הוחלה גם בהקשרים אחרים, ולפיה "למפקד הצבאי נתונה הסמכות לפגוע, באמצעות צווים, גם בזכויותיהם של אזרחים ישראלים הנמצאים באזור, כל עוד הפגיעה נעשית בהתאם לכללי המשפט הציבורי הישראלי", ובכלל זה דיני זכויות האדם (בג"ץ 4101/10 תכחן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פס' 18 לפסק דינה של השופטת נאור (2011). ראו גם, למשל, בג"ץ 7772/05 אדלר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נט(2) 860, 861-862 (2005)).

42. גישה דומה עולה מן הפסיקה בכל הקשור לתחולתה של החובה לכבד זכויות חוקתיות של תושבי האזור שאינם אזרחי ישראל. הטעמים שבגינם אין מקובלת לעיתים החלה של חובת כיבוד זכויות האדם מחוץ לשטחה של המדינה אינם רלוונטיים בהקשר זה. אין ישות מדינית אחרת, מלבד ישראל, שיכולה להגן על זכויות התושבים באזור (מלבד הרשות הפלסטינית, אך סמכויותיה מוגבלות), ולישראל שליטה אפקטיבית בשטח (ראו, למשל, יעל רונן "תחולתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בגדה המערבית" *שערי משפט* 149 (2014); Galia Rivlin, *Constitutions Beyond Borders: The Overlooked Practical* (2012) *(Aspects of the Extraterritorial Question, 30 BOSTON U. INT'L L. J. 135 (2012))*.

43. גישה זו הוחלה בשורה ארוכה של מקרים שעסקו בהפעלת סמכויות שלטוניות שפגעו בזכויותיהם של תושבי השטחים לתכלית ביטחונית. הדין המוחל הוא שילוב שבין המשפט

הבינלאומי ההומניטארי, שמחייב להימנע מפגיעה בתושבים שאינם נוטלים חלק פעיל במאבק המזוין, עם דיני זכויות האדם של מדינת ישראל. למשל, נקבע שצה"ל אינו רשאי להיעזר בתושבים לשם מסירת אזהרה לחשודים בטרור שמתבצרים בבית ("נוהל שכ"ן"), וזאת בהתבסס הן על עקרונות המשפט הבינלאומי והן על המשפט החוקתי הישראלי: "הנחת מוצא שאין חולק עליה היא כי המפקד הצבאי והסרים למרותו חייבים בכיבוד הנורמות של המשפט הבין-לאומי והעקרונות החוקתיים של שיטתנו המשפטית" (בג"ץ 3799/02 **עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצח"ל**, פ"ד ס(3) 67, 85 (2005) (הנשיא ברק). ראו גם שם, בעמ' 87 (השופט ביניש): "התנאים שנקבעו בנוהל, מלבד היותם פגומים כשלעצמם, מאפשרים גלישה במדרון החלקלק הגורמת להפרה בוטה של כללי המשפט הבין-לאומי ושל העקרונות החוקתיים של שיטתנו").

44. ההלכה היא כי המפקד הצבאי מופקד "לא רק על שמירת הסדר והביטחון של התושבים אלא גם על הגנת זכויותיהם, ובייחוד על זכויות האדם החוקתיות הנתונות להם. הדאגה לזכויות אדם עומדת במרכז השיקולים ההומניטריים שחובה על המפקד לשקול" (בג"ץ 10356/02 **חס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נח(3) 443, 455 (2004) (השופט פרוקצ'יה)). בשורה ארוכה של פסקי-דין הוחלו דיני זכויות האדם ביחס למעצרים מנהליים ומעצרים לצרכי חקירה שנעשו באזור, בדומה לדין שמוחל לעניין זה ביחס למעצרים בישראל (למשל, בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נז(2) 349, 363–364 (2003) (הנשיא ברק):

"מעצר לצרכי חקירה פוגע בחירותו של העצור. לעתים אין מנוס מכך, אם לשם מניעת שיבוש החקירה ואם לשם הבטחת ביטחון הציבור ושלומו. נדרש אפוא איזון עדין בין חירותו של הפרט (הנהנה מחזקת החפות) לבין ביטחונו של הציבור ושלומו. כך הדבר לעניין האיזון בתוך המדינה פנימה (בין האזרח לבין מדינתו) וכך הדבר לעניין האיזון מחוץ למדינה (בין עצור בשטח הנתון לתפיסה מלחמתית לבין המדינה התופסת). [...] גישה זו תואמת את המשפט הישראלי. היותו של אדם בן-חורין מונח ביסוד ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"; בג"ץ 3368/10 **משרד האסירים הפלסטינים נ' שר הביטחון**, פס' 52–55 (2014): "זכות האדם לחירות היא זכות חוקתית, המעוגנת בסעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. [...] מזכות החירות נגזרת הזכות להליך הוגן בטרם תישלל חירותו של אדם, ואף מתבקש כי יתאפשר לו להגיב ולטעון טענותיו בטרם תישלל זכות יסוד זו. [...] לצד זאת, האינטרס הציבורי הוא לחשוף עבריינים ולמנוע עבריינות, ובוודאי לנסות לסכל עבירות ביטחון. לפיכך, יש למצוא את האיזון במתח המתמיד הקיים במציאות הישראלית, שבין ביטחון לבין שמירה על זכויות החשוד בביצוע עבירה. מתח זה עולה גם בסוגיה שלפנינו – תקופות המעצרים של פלסטינים תושבי האזור. [...] משמעות הדברים היא שיש להתאים את שיטות החקירה לצורך להפסיק בשלב מסוים את החקירה כדי לאפשר קיומו של הליך שיפוטי אפקטיבי והוגן. חקירה המתבצעת לאורך זמן, כאשר הנחקר נמצא במעצר ואינו יכול לבוא לפני בית המשפט ולהשמיע את דברו, עלולה להגיע לידי פגיעה בכבוד האדם ובחירותו באופן בלתי מידתי". גם לעניין תיחום מקום המגורים של חשודים בפעילות טרור פורשו כללי המשפט הבינלאומי בהתאם לדיני זכויות האדם: "נקודת המוצא העקרונית הינה כי הוצאתו של אדם ממקום מגוריו והעברתו הכפויה למקום אחר פוגעת קשות בכבודו, בחירותו ובקניינו. [...] זכויות אדם אלה מקורן בחלקן במשפט הפנימי [...] ובחלקן מעוגנות הן בנורמות של המשפט הבינלאומי. [זכויות האדם] ניתנות לפגיעה כדי לקדם מטרות חברתיות ראויות, אשר בסופו של יום יקדמו את זכויות האדם עצמן. אכן, זכות האדם וההגבלה

עליה יונקות ממקור משותף, שעניינו זכותו של האדם בחברה הדמוקרטית"
(בג"ץ 7015/02 עיורי נ' **מפקד כוחות צה"ל בעזת**, פ"ד נו(6) 365 (2002)).

45. גם ביחס למדיניות הריסת בתי מחבלים, הן בתחומי מדינת ישראל והן בשטחים, נקבע כי חלים דיני זכויות האדם בכלל וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בפרט (למשל, בג"ץ 8091/14 **המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון**, פס' י"ח-כ"ד לפסק הדין של המשנה לנשיאה רובינשטיין (2014)). כך גם לעניין פגיעות שונות בקניין (למשל, בג"ץ 9593/04 **מוראד נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד סא(1) 844, פס' 14 לפסק הדין (2006): "זכות בסיסית נוספת אשר יש להתחשב בה בענייננו היא, כמובן, זכות הקניין של החקלאים הפלסטינים באדמותיהם. 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 [...]. משנמנעת, אפוא, מן העותרים הגישה לאדמות המהוות את קניינם, וכן נמנעת מהם האפשרות לטפל בגידולים החקלאיים השייכים להם, הרי שבכך מתבצעת פגיעה חמורה בזכותם לקניינם וביכולתם ליהנות ממנו"; בג"ץ 7862/04 **אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד נט(5) 372, 386 (2005)).

46. הלכות רבות אלה עסקו, רובן ככולן, באופן הפעלת סמכויות שמוקנות לרשויות מינהליות שונות, ובהן המפקד הצבאי. הדין הוא שהפעלת סמכות שלטונית, גם כאשר היא מופנית כלפי תושבי האזור שאינם אזרחי ישראל, חייבת להיעשות תוך כיבוד זכויותיהם החוקתיות, הקבועות בחוק היסוד. אין כל בסיס להבחנה בין חובה זו של רשויות המנהל, שנובעת כאמור מחוק היסוד, לבין חובתה של הכנסת. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מבחין לעניין חובת כיבוד הזכויות בין רשויות השלטון השונות (סעיף 11 לחוק היסוד). אין זאת אלא שההכרה בכך שרשויות המנהל חייבות בכיבוד זכויות האדם משמעה, מיניה וביה, הכרה דומה גם בחובתה של הכנסת.

47. **פגיעה בזכויות שמימושן בישראל**. לבסוף, המסקנה שחוק ההסדרה כפופה להגבלות שנובעות מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו תקפה גם אם מאמצים עמדה שלפיה חוק היסוד הוא בעל תחולה טריטוריאלית בלבד, כך שהוא מגן רק מפני פגיעה בזכויות בתחומי מדינת ישראל. ההלכה היא שדי בכך שמימוש ההסדר שנקבע בחוק כרוך גם בהפעלת סמכויות בישראל כדי שתחול לגביו חובת כיבוד הזכויות שקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

48. הפסיקה עשירה בדוגמאות לקביעות מסוג זה. דוגמה אחת היא ההכרה בכך ששלילת זכאותו של אזרח ישראלי המתגורר דרך קבע בחו"ל לקצבאות הביטוח הלאומי היא פגיעה בזכויות האדם שנגרמת בישראל, ולפיכך תוקפה מוכרע על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו בג"ץ 8313/02 **אייזן נ' המוסד לביטוח לאומי**, פ"ד נח(6) 607 (2004); ע"מ 4515/08 **מדינת ישראל נ' נאמן** (2009). לדיון זו ראו טל גולן וישראל דורון "עלייתה ונפילתה של פרשת חלמיש: 'תושבות' והזכות לקצבאות זקנה בעידן של גלובליזציה והזדקנות" **משפט וממשל** י 637 (2007)). בית-המשפט הסתפק בכך שהגוף שאמור לשלם את הקצבאות

הוא מוסד ישראלי כדי להכיר בקיומה של זיקה מספקת בין החקיקה הנדונה לבין מדינת ישראל, שמוליכה להכרה בחובה המוטלת על הכנסת לכבד את הוראות חוקי היסוד.

49. ההכרעה העיקרית בתחום זה ניתנה בפרשת **עדאלה נ' שר הביטחון** (2006), שם נדון תוקפה של הוראה בחוק **הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה)** התש"י-1952. בית-המשפט הכריז על בטלותה של הוראה בחוק שלפיה נשללה אחריות המדינה בנזיקין לנזק שנגרם לתושבים פלסטינים באזור, בשל מעשה שביצעו כוחות הביטחון (בג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון**, פ"ד סב(1) 1 (2006)). סעיף 5ג לחוק הנזיקים האזרחיים הוחל באופן חד-משמעי על האזור בלבד: בחוק נקבע כי "על אף האמור בכל דין, אין המדינה אחראית בנזיקים לנזק שנגרם באזור עימות בשל מעשה שביצעו כוחות הביטחון"; ו"אזור עימות" הוגדר במפורש כ"אזור מחוץ לשטח מדינת ישראל ששר הביטחון הכריז לגביו [...] שכוחות הביטחון פעלו או שחו באזור במסגרת העימות" (ההדגשה הוספה). עובדה זו לא מנעה מבית-המשפט לקבוע כי סמכותה של הכנסת לקבוע הוראה זו כפופה להוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפסוק, לאחר שנמצא שהחוק פוגע שלא כדין בזכות החוקתית לקניין, על בטלותו של החוק.

50. רוב השופטים שם נמנעו מלהכריע בשאלה העקרונית, אם חוק היסוד מגביל את כוחה של הכנסת לפגוע בזכויותיהם של תושבי האזור. לשיטתו של הנשיא ברק, אף שהמעשים של צה"ל שבגינם נגרם נזק לתושבי השטחים נעשו מחוץ לשטח ישראל, הרי שלעניין זכותם לפיצוי, "הזכויות של תושבי האזור אשר [סעיף 5ג] פוגע בהן, הן זכויות המוקנות להם בישראל [משום ש] בהתקיים הנסיבות המתאימות, ניתן לתבוע בישראל, ועל-פי דיני הנזיקין הישראליים, גם בגין עוולה אשר בוצעה מחוץ לישראל. אכן, מאז מלחמת ששת הימים, וביתר שאת מאז האינתיפאדה הראשונה, מתבררות בישראל על פי דיני הנזיקין הישראליים תביעות נזיקין של פלסטינים תושבי האזור שנפגעו באזור ממזיק ישראלי בכלל [...] וכתוצאה מפעולותיהם של כוחות הביטחון באזור בפרט. נמצא, כי [סעיף 5ג] פוגע בזכויות שהיו לניזוקים מהאזור בישראל. לעניין שלילת זכויות אלה חל עקרונית חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. תחולה זו אינה אקסטר-טריטוריאלית. תחולתו הינה טריטוריאלית" (שם, בעמ' 21). גישה דומה הוחלה גם במקרים אחרים (למשל, לעניין שלילת זכותו של נתין אויב לתבוע פיצויים ממשלת ישראל, דנ"א 5698/11 **מדינת ישראל נ' זיראני** (2015), שם נכון היה בית-המשפט להניח זאת).

51. מכוח הלכות אלה, העובדה שהחוק נועד להסדיר פעולות שנעשות באזור – עולות נזיקיות או גזל של קרקע – אינה גורמת בהכרח לכך שתחולתו של החוק תהיה כולה מחוץ לישראל. די בכך שהחוק משפיע באופן ממשי על פעולות שנעשות בישראל, או אמורות היו להיעשות בארץ אלמלא החוק, כדי שהחוק יהיה גם בעל תחולה מקומית ועמה, גם לפי הגישה הצרה הנדונה כעת בדבר תחולה טריטוריאלית בלבד של חוקי היסוד, גם תחולה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

52. התוצאה הנובעת מיישום גישה זו בהקשר הנדון היא דומה לזו שנדונה בעניין חוק הנוזקים האזרחיים. כידוע, לא רק תביעות נזיקין של פלסטינים תושבי האזור שנפגעו באזור ממזיק ישראלי מתבררות בבתי המשפט בישראל, אלא גם תביעות שעניינן זכויות במקרקעין באזור (וזאת בהתאם לעקרונות המשפט הבינלאומי הפרטי והחוק להארכת תקפן של תקנות-שעת-חירום (יהודה והשומרון – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשכ"ז-1967). משום כך, בדיוק כשם שחוק הנוזקים האזרחיים התפרש כפוגע בזכויות בישראל משום שהוא שולל עילת תביעה שהייתה מוקנית לתושבי האזור שניתן היה לממשה בישראל, כך גם חוק ההסדרה, אשר שולל את הזכות ועמה את עילת התביעה לפינוי קרקע ולפיצויים שניתן היה לממשה בישראל.

53. בנוסף לכך, החוק קובע כי יוקמו ועדת שומה ועדת השגה, שייקבעו את גובה הפיצוי לבעלי הקרקעות. בוועדות אלה יכהנו, מלבד נציגים של "רשויות האזור" שימנה שר הביטחון, גם נציגים של משרדי המשפטים והאוצר, שפועלים בתחומי מדינת ישראל ואשר פעולתם כפופה כמובן להוראות חוקי היסוד. בעניין זה דומה חוק ההסדרה לחוק יישום תכנית ההתנתקות. בהתייחס לתחולתו של חוק היסוד על הוראות חוק זה קבע בית-המשפט, בדרך של ציטוט בהסכמה של תגובת המדינה לעתירה בפרשת **חוף עזה**, כי "בהתחשב בנסיבות המיוחדות ויוצאות הדופן של חוק יישום ההתנתקות, היותו חוק ישראלי (להבדיל מצו היוצא בשטחים), וזיקותיו הרבות לפעולות הנעשות בתחומי מדינת ישראל, על ידי נושאי תפקידים ברשויות ציבוריות ישראליות והמתייחסות לישראלים – מוכנים המשיבים לצאת מן ההנחה שחוק היסוד חל על הוראות שנקבעו בחוק זה" (עניין **חוף עזה**, פסי' 78).

54. בדומה לכך ביחס לחוק ההסדרה. הפעלת הסמכויות מכוח חוק ההסדרה צפויה להיות כפופה, לפי ההלכה הפסוקה, לביקורת שיפוטית. החלטה ליטול את הקרקע או להכריז עליה כעל רכוש ממשלתי, מכוח סעיף 3 לחוק, ההחלטה להקצות את הקרקע להתיישבות הישראלית לפי סעיף 5, החלטה על השלמת הליכי התכנון לפי סעיף 6, החלטה להתלות את הליכי האכיפה, מכוח סעיף 7, והחלטות בדבר גובה הפיצוי, מכוח סעיף 8, צפויות להיות נתונות כולן לביקורת שיפוטית בישראל, בבג"ץ או בבתי משפט אחרים. החוק נועד לשלול את זכותם של בעלי המקרקעין, זכויות שההגנה עליהן אמורה הייתה להינתן בבית-המשפט בישראל. זוהי תחולה של חוק ההסדרה שיש לה זיקה מובהקת למדינת ישראל.

55. התוצאה הנובעת מכל הגישות שהוזכרו היא שתוקפן של הוראות חוק ההסדרה צריך להיקבע בהתאם לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק היסוד מתווה את גבולות כוחה של הכנסת, ומטיל עליה חובה לכבד את זכויות האדם של כל מי שכפוף לשליטתה האפקטיבית של מדינת ישראל. קל וחומר כך בנסיבות שבהן מדובר בחקיקה שמכוונת כל כולה לפגיעה בזכויותיהם של תושבי האזור שאינם אזרחי ישראל, לשם קידום אינטרסים של אזרחי ישראל שמתגוררים באזור. גישה שונה, שמכירה בחופש פעולה מוחלט של הכנסת בחקיקתה באזור עלולה לעשות פלסטר את כל המפעל האדיר של הכרה במגבלות משפטיות

על סמכותה של ממשלת ישראל בפעולתה באזור. האזור אינו "מערב פרוע", שבו איש הישר בעיניו יעשה ומכל מקום לא ראוי שכך יהיה. שליטתה של מדינת ישראל בשטח מקנה לה סמכויות מסוימות, אך בצדן של סמכויות אלה מוטלות עליה גם חובות. הבכירה שבהן היא החובה להכיר בערך האדם, בכבודו ובחירותו.

56. החלת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מוליכה למסקנה שחוק ההסדרה אינו תקף. כמפורט להלן, חוק ההסדרה פוגע בעיקר בשתי זכויות חוקתיות – הזכות החוקתית לקניין והזכות החוקתית לשוויון. בשורות הבאות מובא דיון בשתי הפגיעות הללו.

2. חוק ההסדרה פוגע שלא כדין בזכות החוקתית לקניין

57. הוראה מרכזית בחוק ההסדרה מורה לרשויות האזור ליטול מידי בעלי מקרקעין באזור את זכויות השימוש וההחזקה במקרקעין שנבנתה בהם התיישבות ישראלית ולהעביר את הזכויות לידי הממונה על הרכוש הממשלתי באזור (סעיף 3(2) לחוק), אשר נדרש להעבירן באופן אוטומטי להתיישבות (סעיפים 4(ב) ו-5), בתמורה לתשלום דמי שימוש לבעלי הזכויות במקרקעין.

58. הוראה זו פוגעת בזכות החוקתית לקניין של בעלי הזכויות במקרקעין. כידוע, הזכות החוקתית לקניין מגנה לא רק על השווי הכספי של הבעלות במקרקעין אלא גם על השליטה של אדם בנכס ועל כוחו להחליט מה יעשה בו. מכאן התפיסה שהעובדה שניתן פיצוי בגין שווי הנכס שהופקע, אף אם מדובר בפיצוי שגובה מערך השוק של הנכס, אינה שוללת את סיווגה של ההפקעה כפגיעה בזכות לקניין. הפיצוי הוא תנאי הכרחי להכרה בחוקיותה של הפגיעה בקניין אך לא תנאי מספיק לכך (למשל, דנג"ץ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, מט(4) 68, 84 (1995); ע"א 6417/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קרית אתא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629, 641 (2001); בג"ץ 959/13 דגיאני נ' שר האוצר, פס' 47 (2013); ע"א 119/01 אקונס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 817, 844 (2003); בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625, 698-699 (2001)). דוגמה לגישה זו ניתן למצוא בסעיף 23 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, שם נקבע כי בתנאים מסוימים רשאי המקים בתום לב במקרקעי הזולת לכפות על בעל הקרקע למכור לו את הקרקע, אך זאת בתנאי ש"רכישת המקרקעין על ידי המקים אינה עלולה לגרום לבעל המקרקעין נזק חמור שאין בתשלום שווים כדי לפצותו עליו" (סעיף 23(א)(3)). המחוקק ביטא כאן הכרה מפורשת בכך שתשלום שווים של המקרקעין אינו מבטא בהכרח הגנה על האינטרסים (או מלוא האינטרסים) של בעל המקרקעין.

59. אם כך בדרך כלל, קל וחומר שפיצוי אינו מבטל את קיומה של פגיעה בזכות הקניין בנסיבות המיוחדות שבהן עוסק חוק ההסדרה. יש לזכור כי אין מדובר כאן בסכסוך פרטי בלבד. ההתיישבות שבה מדובר כאן, שהוקמה על קרקע שבעלות תושבי האזור, היא התיישבות שנועדה למגורים של אזרחים ישראלים בלבד (ובפועל, אזרחים ישראלים יהודים בלבד). אין זו שכונת מגורים או יישוב שגם בעלי המקרקעין רשאים, אם חפצם בכך, להתגורר

בהם, ובוודאי שאלו האחרונים אינם זוכים להטבות שמוענקות לאזרחי ישראל שמתגוררים במקום. יתר על כן, המדובר בהתיישבות שמוקמת על ידי המעצמה הכובשת, שמפעילה את כוחה השלטוני כלפי בעלי המקרקעין המשתייכים לקהילה פוליטית שונה. בנסיבות מסוג זה, הבעלות על הקרקע תורגת באופן מובהק מן האינטרס הכספי-הרכושי שנלווה לה וממילא אין בפיצוי הכספי כדי לבטל את הסיווג של נטילת הקרקע כפגיעה בזכות החוקתית לקניין.

60. הסוגיה הטעונה הכרעה היא לפיכך אם פגיעה זו בזכות החוקתית לקניין היא כדין. ניתן לברר את העניין בשני אופנים עיקריים: האחד, התמקדות בסכסוך הפרטי בין המתישבים לבין בעלי הקרקע, תוך היקש מן הדינים בדבר המקים במקרקעי הזולת; והאחר, אפיון ההסדר כהענקת סמכות הפקעה. כאמור לעיל, האפיון הראשון אינו מבטא באופן מלא את ייחודו של המקרה הנדון, וההתייחסות אליו נובעת מטיעון של קל וחומר: אם לא ניתן להצדיק את ההסדר הנדון אפילו היה מדובר בהסדרת סכסוך פרטי גרידא, קל וחומר כך נוכח הייחוד של המקרה הנדון. כמפורט להלן, המסקנה העולה משני אופני הניתוח היא אחת – הפגיעה בזכות החוקתית לקניין שגורם חוק ההסדרה אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

61. **סכסוך פרטי.** כאמור לעיל, בתחומי מדינת ישראל המתוקק הסדיר מקרים של סכסוכים פרטיים שבהם אדם מקים מבנה במקרקעי הזולת, ללא הסכמת בעל הקרקע. הסדר זה קבוע בחוק המקרקעין. נקודת המוצא היא סעיף 21(א) לחוק המקרקעין, ולפיו "הקים אדם מבנה או נטע נטיעות (להלן – הקמת מחוברים) במקרקעין של חברו בלי שהיה זכאי לכך על פי דין או לפי הסכם עם בעל המקרקעין, הברירה בידי בעל המקרקעין לקיים את המחברים בידו או לדרוש ממי שהקים אותם (להלן – המקים) שיסלקם ויחזיר את המקרקעין לקדמותם". בצד זאת נקבע לכך חריג, בסעיף 23(א) לחוק המקרקעין: "הוקמו המחברים במקרקעין לא-מוסדרים, זכאי המקים לרכוש את המקרקעין במחיר שווים בלי המחברים, בשעת תשלום המחיר, אם נתמלאו שלושה אלה: (1) המקים סבר בתום לב בשעת הקמת המחברים כי הוא בעל המקרקעין; (2) הסכום שהשקיע המקים במחברים עלה, בשעת הקמתם, על שוויים של המקרקעין בלי המחברים באותה שעה; (3) רכישת המקרקעין על ידי המקים אינה עלולה לגרום לבעל המקרקעין נזק חמור שאין בתשלום שווים כדי לפצותו עליו".

62. הסדר זה שבחוק המקרקעין מבטא, כך יש להניח, את עמדת המחוקק באשר לאיזון הראוי בין האינטרסים המתנגשים כאן, של המקים מזה ושל בעל המקרקעין מזה. ודוק: הסדר יחודי זה חל במצב של מקרקעין בלתי-מוסדרים ומקים שפעל בתום לב. בעת הערכת התנהגותו של המקים, כמו גם של אחרים שנטלו ללא הסכמה את רכוש הזולת (בהקשרים שעניינם, למשל, "תקנת השוק"), דרישת תום הלב היא יסוד מוסד של דיני התחרות בזכויות במקרקעין, תנאי שבלעדיו אין. בעבר מקובל היה לומר שדרישת תום הלב בהקשר זה הינה סובייקטיבית, כך שהיא שוללת את האפשרות לגרוע מזכות הבעלים המקורי ממי שידע על זכותו או עצם את עיניו; עם זאת, המגמה הניכרת בעשורים האחרונים בהקשרים

מסוימים של דיני התחרות, היא להחמיר דרישה זו ולעמוד אף על קיומם של נטלים אקטיביים למניעתה של "תחרות משפטית" (ראו, למשל, ע"א 1117/06 חברת אלקודס קורפוריישן נ' עבד אלרחמן (2010); ראו גם חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 203–204, 280–281 (2005); רונית לוי-שנור דיני רישום מקרקעין – הרישום, החסדר ותוצאותיהם בישראל ובגדה המערבית 242 (2012)).

63. כך או כך, העובדה שבחוק ההסדרה בחר המחוקק לוותר כליל על דרישת תום הלב, והסתפק תחתיה בקיומה של "הסכמת המדינה" להתיישבות, שמוגדרת בצורה רחבה ביותר שהופכת אותה לתנאי חסר משמעות כמעט, היא פגם יסודי בהסדר שנקבע בחוק מנקודת המבט של דיני התחרות. העובדה כי החלת ההסדר היא גורפת, כוללת וחד-צדדית, ונעשית על ידי המדינה כגורם מתערב, מוציאה אף היא את ההסדר מתחולת דיני התחרות.

64. והנה, בבואו לקבוע כיצד יוכרעו סכסוכים דומים באזור שעניינם סכסוך בין אזרחי ישראלי לתושב האזור שאינו אזרח (להסדר הכללי החל באזור ראו להלן), בחר המחוקק בהסדר שונה בתכלית, המבטא העדפה מוחלטת של האינטרסים של המקיים-הישראלי על פני האינטרסים של הבעלים-הפלסטיני. הדבר בא לידי ביטוי בשלושה גורמים (מעבר לכך שההסדר נעשה באופן גורף ועל ידי המדינה): ראשית, העדפת האינטרס של המקיים אינה מותנית בכך שהמקרקעין המדובר לא היו מוסדרים, כלומר היה קושי לברר את זהות בעליהם, אלא היא חלה גם במקרקעין מוסדרים; שנית, אין מוחל הסייג שעניינו מקרים שבהם רכישת המקרקעין על ידי המקיים עלולה לגרום לבעל המקרקעין נזק חמור שאין בתשלום שוויים כדי לפצותו עליו; ושלישית, ובוזה העיקר, חוק ההסדרה אינו מתנה את תחולתו בכך שהמקיים פעל בתום לב.

65. כזכור, בחוק ההסדרה נקבע שיש להעדיף את זכויותיו של המקיים, וליטול את זכויותיו של בעל המקרקעין, גם אם המקיים פעל שלא בתום לב, וזאת בכל מקרה שבו ההקמה נעשתה ב"הסכמת המדינה", יסוד שמוגדר בצורה כה רחבה עד שבפועל הוא חל על כל הקמה שנעשית באזור (כזכור, בסעיף 2 לחוק ההסדרה נקבע כי לעניין "הסכמת המדינה", הגדרתה של "המדינה" שנתנה את ההסכמה כוללת את "ממשלת ישראל או משרד ממשלתי הממשלת, רשויות האזור, רשות מקומית או מועצה אזורית בישראל או באזור ומוסד מיישב" (מוסד מיישב מוגדר ככולל את "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"); ואילו "הסכמה" לעניין הדרישה האמורה היא "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".

66. משמעותו של הפער הניכר בין שני ההסדרים - זה שבחוק המקרקעין וזה שבחוק ההסדרה - היא אחת: בעוד חוק המקרקעין מבטא איזון נאות בין האינטרסים המתנגשים, חוק ההסדרה מבטא העדפה מוחלטת, בלתי מסויגת, לאינטרסים של המקיים כאשר הוא ישראלי. בכך יש כדי לשפוך אור על הבחינה החוקתית: אין זאת אלא שההסדר שנקבע כאן לא נועד לתכלית ראויה. ההסדר לא נועד להכריע באופן הוגן וראוי בסכסוכים פרטיים שבהם אדם מקיים בתום לב מחוברים במקרקעי זולתו ללא הסכמת הבעלים. אילו זו הייתה תכליתו של ההסדר, היה מקום לצפות לכך שהמחוקק יכבד את ההסדר הקיים בדין האזור או לכל הפחות יחיל הסדר אחיד בישראל ובאזור.

67. ההבדלים בנסיבות חברתיות-כלכליות או הפוליטיות אינם מספיקים כדי להצדיק החלחלה של הסדר שונה בשני המקרים. אם לשיטתו של המחוקק האיזון הראוי בין האינטרסים המתנגשים הוא זה שנקבע בחוק ההסדרה, היה עליו להחילו גם בתחומי מדינת ישראל. הבחירה לקבוע הסדרים שונים מן היסוד מלמדת שתכליתו של חוק ההסדרה אינה להכריע באופן הוגן וראוי בסכסוכים פרטיים. תכליתו של החוק היא להעדיף באופן גורף את האינטרסים של המקיים, שהוא כאמור אזרח ישראלי, על פני האינטרס של בעל הקרקע, שהוא כאמור תושב האזור שאינו אזרח ישראלי. התכלית, כפי שצוינה במפורש בסעיף 1 לחוק ההסדרה, היא "להסדיר את ההתיישבות ביהודה והשומרון ולאפשר את המשך ביסוסה ופיתוחה". ככל שתכלית זו מגלמת פגיעה בזכויות תושבי האזור שאינם אזרחים ישראלים המתגוררים בהתיישבות שחוק ההסדרה נועד להסדיר, זוהי תכלית מפלה, שמבטאת שימוש לרעה בסמכויותיה של מדינת ישראל ככוח כובש באזור. זו אינה תכלית ראויה לפגיעה בזכויות חוקתיות.

68. מסקנה דומה תקפה גם לעניין דרישת המידתיות. לכל הפחות, ההסדר הנדון אינו עומד במבחן-המשנה השלישי של המידתיות. הפגם היסודי בהסדר הנדון הוא היעדר כל התחשבות בהתנהגות המקיים. הבחירה של המחוקק לוותר על דרישת תום הלב של המקיים משמעותה הנחייה לרשויות האזור להתעלם כליל מהתנהגותו של המקיים. אף אם המקיים הוא גזלן במזיד, שידע היטב כי הקרקע שעליה הוקם היישוב היא בבעלותו של אחר שמתנגד להקמה, השתמש בקרקע לאורך שנים ללא תשלום דמי שימוש ותוך התעלמות מזכויותיו של הבעלים, זכאי המקיים לפי ההסדר שנקבע בחוק לגבור על בעלי המקרקעין. זהו הסדר שאילו היה מקיים את דרישת המידתיות ניתן לצפות שהיה מותל גם בישראל.

69. חוק ההסדרה משנה גם את הדין המקומי, הוא הדין הירדני, שמסדיר את הסוגיה של בנייה במקרקעי הזולת. בסעיף 12 לחוק החזקה (התצרוף) בנכסי דלא נידי, מס' 49, לשנת 1953, נקבע הסדר דומה לזה שבסעיף 21 לחוק המקרקעין הישראלי: "אדם נטפל שהקים בניינים או נטע עצים או גפנים בקרקע מסוג 'מירי' או 'מוקופה' הנמצאת בהחזקתו של אדם אחר, רשאי המחזיק לדרוש מאת הנטפל להרוס או לעקור את אשר בנה או נטע; היתה ההריסה או העקירה עלולה לגרום נזק לקרקע, יהא רשאי לשלם לנטפל את השווי של הבניינים או העצים, כשהם בני הריסה או עקירה, ואז יהיו בבעלותו ובהחזקתו". היינו,

לפי הדין המקומי אין מוקנית למקים תם הלב הגנה במקרה ששווי המבנים עולה על ערך הקרקע ערב ההקמה. בסעיף 10 לחוק החזקה נקבע הסדר שונה לעניין מקים שהחזיק בשטר רישום, ולאחר ההקמה הופיע זכאי לאותה קרקע.

70. לפיכך, חוק ההסדרה מתיימר לשנות את הדין המקומי, והוא עושה כן למפרע, ביחס למעשים שנעשו בטרם נחקק חוק ההסדרה, ותוך החלתו באופן סלקטיבי, להגנה על אזרחים ישראלים בלבד. גם בגין כך – היומרה להחיל את ההסדר הנדון למפרע, תוך שינוי הדין המקומי ביחס לקבוצה אחת של מקרים, ובאופן שאינו שוויוני – הפגיעה שגורם חוק ההסדרה בזכות החוקתית לקניין אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

71. **סמכות הפקעה.** חוק ההסדרה פוגע שלא כדין בזכות החוקתית לקניין גם מנקודת המבט העיקרית הרלוונטית לבחינתו, שעניינה הענקת סמכויות תפיסה והפקעה לרשויות האזור. גם בהקשר זה, בדיוק כמו קודם, יש השלכה מכרעת לעובדה שהמחוקק בחר להחיל באזור הסדר שונה מן היסוד מזה שחל בתחומי מדינת ישראל לעניין הפקעת קרקע. ההסדר העיקרי בעניין זה בישראל הוא פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (להלן: הפקודה), ובפרק ח' **לחוק התכנון והבניה**, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק התכנון והבניה). בפקודה נקבעו הוראות מפורטות באשר לתנאים שבהם מותר להפקיע מידידיו של אדם את הקרקע שבבעלותו. העיקריים שבהם הם שלושה: הקרקע נחוצה "לצרכי ציבור"; החובה להיוועץ בוועדה המייעצת, שבה חברים גם נציגי ציבור שאינם עובדי מדינה, לפני קביעה של שר האוצר כי ההפקעה אכן נחוצה; והענקת זכות טיעון לבעלי הקרקע "לטעון את טענותיהם נגד רכישת הקרקע". בחוק התכנון והבניה נקבע כי מותר לוועדה המקומית לתכנון ולבניה להפקיע קרקע שנועדה בתכנית לצורכי ציבור, וזאת לאחר שנערך הליך תכנוני מקיף ודמוקרטי.

72. הסדרים אלה, והאופן שבו פורשו בפסיקה, מבטאים גם בהקשר זה את תפיסת המחוקק באשר לאיזון הראוי בין האינטרסים המתנגשים, כאן זכותו של הפרט לעניין מזה והאינטרס הציבורי ביחס לשימוש בקרקע מזה. זהו הסדר שמבטא את ההכרח להתחשב במכלול השיקולים הרלוונטיים בכל מקרה ומקרה, לברר אם אמנם קיים צורך ציבורי בהפקעה ואם אין לה חלופות פוגעניות פחות לפי נסיבותיה של כל הפקעה. כאמור, גם כאן בחירתו של המחוקק שלא להחיל את ההסדר המפורט שבפקודה או בחוק התכנון והבניה ולהחיל תחתיו הסדר ייחודי, שחל רק באזור ביחס להתיישבות ישראלית, מלמדת באופן מובהק על הפגמים שבחוק ההסדרה.

73. הבחירה להחיל באזור ביחס להתיישבות ישראלית הסדר שונה מזה שבפקודה ובחוק התכנון והבניה ובלא הסייגים שמנויים בהם מעידה שתכליתו אינה תכלית ראויה. ההסדר מבטא קביעה גורפת כי קיים אינטרס ציבורי מוחלט, שאין צורך לבחון אותו לפי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה, בהותרת ההתיישבות הבלתי חוקית על כנה ובהפקעת קרקע פרטית לטובת שימוש למגורים. תכליתו של החוק אינה כוללת התחשבות נאותה בזכויות הקניין

של בעלי המקרקעין אלא העדפת האינטרסים של אזרחי ישראל שהתיישבו באזור. זוהי תכלית מפלה, שאינה עולה בקנה אחד עם חובתה של מדינת ישראל לכבד את הזכויות של תושבי האזור.

74. אין מקום להכיר בכך שקיים אינטרס ציבורי, בוודאי לא כזה שעולה כדי "צורך ציבורי", להסדיר בדרך של הפקעת מקרקעין ובאופן גורף ומוחלט את כל המאחזים הבלתי חוקיים שהוקמו בשטחים ואת הרחבות היישובים שנבנו ללא כל תכנון מוקדם, יהיו נסיבות הקמתם אשר יהיו והחומרה שבמעשיהם של מי שהקימו אותם אשר תהא. המדובר בהסדר שתכליתו אינו קידום אינטרס ציבורי, אלא נטילה זכויות מבני קבוצה אחת, שאינם אזרחים, והעברתם לידי קבוצה אחרת, אזרחי ישראל המתגוררים באזור. ההתעלמות מעבירות פליליות שנעשו במסגרת ההקמה וההתעלמות הגורפת מזכויותיהם של בעלי המקרקעין, הופכות את התכלית של הכשרה גורפת של כל המאחזים והמבנים הבלתי חוקיים בהתנחלויות לתכלית לא ראויה.

75. היקש אפשרי בעניין זה ניתן ללמוד מפרשת אורון (2002). כאן נשלל תוקפו של סעיף 73(7) לחוק הבזק, התשמ"ב-1982, שבו נקבע כי רואים תחנות רדיו ששידרו ללא היתר לכך במשך לפחות חמש שנים כאילו קיבלו רישיון כדן. בית-המשפט פסק שההסדר פוגע בחופש העיסוק, לאור כך שלא ניתנה הזדמנות שווה למתחרים-בכוח להתמודד על הזיכיון לשדר שידורי רדיו, ושפגיעה זו אינה כדן משום שתכליתה להיטיב עם גורמים אחדים על חשבון אחרים, מפרי חוק, וזו אינה תכלית ראויה: "למותר לציין, כי תכלית זו של מתן רישיון וזיכיון לתחנות רדיו אשר פעלו ללא רישיון וזיכיון כדן, אינה ראויה בעליל. היא נותנת פרס למי שפעלו שלא כדן, ובכך מהווה פגיעה קשה בשלטון החוק" (בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 664 (2002) (השופט אור)). קביעה זו חלה גם במקרה הנדון כאן. חוק ההסדרה הוא בטל משום שהוא פוגע בזכות החוקתית לקניין שלא לתכלית ראויה, ובאופן שנותן פרס למי שפעל שלא כדן.

76. זאת ועוד. סמכות ההפקעה לפי חוק ההסדרה היא פגומה באופן יסודי משום שלא מתקיים עיקר בסיסי המצדיק את סמכויות ההפקעה על דרך כלל: האחריות והסולידריות שבקיום חיים משותפים (ראו: דני"א 1346/02 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רעננה נ' תורוץ (2004)). הגישה המקובלת בפסיקה, כמו גם בספרות האקדמית, מבטאת הכרה רחבה בכוחו של השלטון להפקיע מקרקעין, לקבוע את ייעודו של השטח ואת מנגנון הפיצוי, בהתבסס על ההנחה שההפקעה נעשית על-ידי נבחרי הציבור, לטובת הקהילה בה חברים בעלי הזכויות שהופקעו. השילוב בין האחריות (accountability) של מקבלי ההחלטות לבין הסולידריות החברתית בקהילה, המבוססת על הדדיות ארוכת-טווח, בה המפסידים מהכרעה מסוימת צפויים להיות המרוויחים מהכרעה אחרת בעתיד, הם יסוד חשוב להכרה בסמכות ההפקעה של השלטון, חרף מעמדה החוקתי של זכות הקניין (ראו ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל (2012); לדיון ראו למשל חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 109-175 (2005)).

77. פשיטא ששני חלקיה של הנחה זו אינם מתקיימים כאן: ההחלטה נעשתה על-ידי מי שאינם מייצגים את האינטרסים של הציבור שעמו נמנים בעלי הזכויות במקרקעין, וההפקעה נועדה לקדם אינטרסים של אנשים שאינם נמנים עם הקהילה בה חברים בעלי הזכויות. תפיסת האחריות החברתית של הקניין אין לה דבר עם הסדר ההפקעה שנקבע בחוק העניין. ההפך הוא הנכון: תפיסה זו עצמה שוללת מיניה וביה את ההצדקה המוסרית, ועמה גם את ההצדקה המשפטית, של הסדר ההפקעה, לאור כך שהנחות היסוד של תפיסת האחריות החברתית של הקניין אינן מתקיימות כאן. יתר על כן, הסדר ההפקעה מפלה בין קבוצת הרוב החזקה לקבוצת המיעוט החלשה באופן החותר תחת יסודות הצדק החלוקתי (ראו בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות (2002)). לפיכך יש לקבוע שהסדר ההפקעה פוגע בזכות החוקתית הקניין לתכלית שאינה תכלית ראויה ולפיכך דינו בטלות.

78. הדברים דומים גם לעניין דרישת המידתיות. אפילו הייתה התכלית שתוארה תכלית ראויה, הענקת סמכות ההפקעה אינה עומדת במבחן-המשנה השלישי של המידתיות. במסגרת האיזון בין האינטרסים המתנגשים הכרחי להתחשב, כאמור, לא רק במאפיינים הפרטיים של הסכסוך בין המקיס לבין הבעלים. כזכור, כסכסוך פרטי מצוי ההסדר בתחומו של הדין הירדני וממילא המדינה אינה מוסמכת להפעיל את סמכותה הכופה כדי להסדירו. המדובר כאן בהקמת יישובים שנעשתה בניגוד לחוק, תוך הפרת צווים שהוצאו נגד המקימים, ובעיקר מדובר בהקמת יישובים שאסור לתושבי האזור שאינם אזרחי ישראל להתגורר בהם ובמקרים מסוימים אסור להם אפילו להיכנס ליישובים אלה.

79. קביעה של הסדר גורף, שאינו מותיר לרשויות האזור שיקול דעת להתחשב במכלול הנסיבות הרלוונטיות, במידת היעדר תום הלב של המקימים, בחומרת הפגיעה שתיגרם לבעלי המקרקעין ובגורמים רלוונטיים נוספים, גורמת לכך שההסדר הנדון אינו מידתי (לקביעה החובה להתחשב במכלול נסיבות העניין לפני הפעלת סמכות הפקעה ראו למשל ע"א 1528/05 רשות הנמלים והרכבות נ' אביגדורוב (2005); ע"א 119/01 אקונס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 817, 844 (2003); ועוד). הסדר מידתי הוא הסדר שמחייב להתחשב במכלול נסיבות העניין, אשר מורה לרשות השלטונית לשמוע את טענותיו של בעל המקרקעין לא רק לעניין גובה הפיצוי אלא גם לעניין עצם ההצדקה להפעיל את סמכות ההפקעה ולהתחשב בטענות אלה; הסדר מידתי הוא הסדר שמחייב להתחשב גם בחומרת מעשיהם של המקימים, ולבחון אם מוצדק להעניק להם הטבה כה גורפת – על חשבון בעלי המקרקעין מזה והקופה הציבורית מזה – כגמול על הפרת החוק מצדם. חוק ההסדרה מפר את כל אחת ואחת מן הדרישות היסודיות הללו הנובעות מן ההגנה החוקתית של הזכות לקניין.

80. נוכח זאת, יש להכריז על בטלותו של הסדר ההפקעה, שקבוע בסעיפים (2)3, (4)ב, 5 ו-8 עד 10 לחוק. הקביעה בסעיפים (2)3 ו-4ב לחוק, כי על רשויות האזור ליטול לאלתר את זכויות השימוש וההחזקה במקרקעין שנבנתה עליהם התיישבות, וזאת בתוך שישה חודשים מיום פרסום החוק, והקביעה, בסעיף 5 לחוק, כי מיד בסמוך לאחר מכן, וללא סמכות להפעיל

שיקול דעת בעניין, על הממונה על הרכוש הממשלתי להקצות את זכויות השימוש ותחזוקה במקרקעין שניטלו, וזאת לצורכי ההתיישבות שנבנתה על אותם מקרקעין, פוגעת בזכות החוקתית לקניין של בעלי המקרקעין. פגיעה זו אינה עומדת בדרישותיה של פסקת ההגבלה – היא לא נועדה לתכלית ראויה והיא אינה מידתית. משום כך, אף בלא להזקק בעניין זה להוראות המשפט הבינלאומי שחל באזור, הסדר ההפקעה הוא בטל לאור עקרונות היסוד של המשפט החוקתי של מדינת ישראל. מסקנה זו מתחזקת, כמפורט בהמשך, לאור העובדה שהסדר ההפקעה סותר באופן יסודי ועמוק את הוראות המשפט הבינלאומי שחל באזור, ולאור החזקה הפרשנית בדבר התאמה בין הוראות הדין הישראלי – בהקשר זה, הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בדבר הגנה על הזכות החוקתית לקניין – לבין המשפט הבינלאומי שחל באזור.

81. תוצאה דומה תקפה גם לעניין ההסדר האחר שקבוע בחוק התסדרה – הסדר ההכרזה. כזכור, לפי סעיפים 13(1) ו-4(א), על הממונה על הרכוש הממשלתי לפעול לאלתר לרשום מקרקעין כרכוש ממשלתי, אם לא נמצא אדם "שהוכיח כי הוא רשום או זכאי להירשם כבעל הזכויות". ההפניה בסעיף 13(1) לחוק לסעיף 2 לצו הרכוש הממשלתי מעלה כי הכוונה היא להכריז על מקרקעין אלה בתעודה כי הם "רכוש ממשלתי" כאמור בצו. גם כאן חלה הוראת סעיף 5, על פיה מיד בסמוך לאחר מכן, וללא סמכות להפעיל שיקול דעת, על הממונה על הרכוש הממשלתי להקצות את זכויות השימוש ותחזוקה במקרקעין שניטלו לצורכי ההתיישבות שנבנתה על אותם מקרקעין.

82. הוראה זו פוגעת אף היא בזכות החוקתית לקניין. ההסדר שנקבע בחוק אינו מתנה את סמכותו של הממונה על הממונה על הרכוש הממשלתי להכריז על מקרקעין כרכוש ממשלתי בגיבוש עמדה כי הרכוש הנדון הוא ממשלתי מבחינת הדין המהותי. ההסדר נועד להקים חזקה שהקרקע היא רכוש ממשלתי, אשר תסתר רק אם בעל זכות יוכיח את זכותו. המנגנון להוכחת זכותו של אדם במקרקעין לא נקבע בחוק. זהו הסדר שעלול לגרום לפגיעה בלתי מוצדקת בזכות החוקתית לקניין. היפוך נטל ההוכחה לקיומה של בעלות מעורר קושי ניכר במיוחד לאור העובדה שהמחוקק מטיל כאמור על הממונה להקצות את המקרקעין לצורכי התיישבות ישראלית מיד לאחר הכרזה עליהם כעל כרכוש ממשלתי. הסדר זה אינו מקיים את דרישות פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך גם דינו בטלות.

3. חוק התסדרה פוגע שלא כדין בזכות החוקתית לשוויון

83. בצד הפגיעה בזכות החוקתית לקניין, חוק התסדרה פוגע גם בזכות החוקתית לשוויון. הפגיעה נגרמת בשני מישורים עיקריים: האחד, התפליה שנובעת מהסדרי ההפקעה וההכרזה שנקבעו בחוק, שעניינה הפליה בין אזרחי ישראל שהקימו שלא כדין בתים באזור לבין תושבי האזור שאינם אזרחי ישראל; והשני, הפליה בין אזרחי ישראל שהקימו שלא כדין בתים באזור לבין אזרחי ישראל שהקימו שלא כדין בתים בתחומי מדינת ישראל.

84. מישור אחד של הפגיעה בשוויון נובע מהסדרי ההפקעה וההכרזה שנקבעו בחוק. אלה הם הסדרים שמבטאים העדפה מוחלטת ובלתי-מוצדקת של האינטרסים של אזרחי ישראל שהקימו שלא כדין בתים באזור לבין האינטרסים של תושבי האזור שאינם אזרחי ישראל. אף שלהלכה החוק אינו מבחין במפורש בין אזרחי ישראל המתגוררים באזור לבין תושבי האזור שאינם אזרחי ישראל, התוצאה שנובעת בפועל מהחלת חוק ההסדרה היא במובהק לא-שוויונית. כאמור בסעיף 1 לחוק ההסדרה, תכליתו היא הסדרת "ההתיישבות ביהודה ושומרון", כדי לאפשר את "המשך ביסוסה ופיתוחה", ומהקשר הדברים והרקע לחקיקת החוק מובן שעניינה של "ההתיישבות" שבה מדובר, ושלה יכול שניתנה "הסכמת המדינה", הוא רק התיישבות של אזרחי ישראל באזור, ולא התיישבות של תושבי האזור שאינם אזרחי ישראל.

85. התוצאה הנובעת מהסדרי ההפקעה וההכרזה שנקבעו בחוק היא לא-שוויונית בעליל: הסדרי ההפקעה פוגעים אך ורק באינטרסים של פלסטינים תושבי האזור, שאינם אזרחי ישראל, ומיטיבים עם האינטרסים של ישראלים תושבי האזור. תוצאה מפלה מסוג זה מוכרת כפגיעה בזכות החוקתית לשוויון (למשל, בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1 (2006); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (2012)).

86. בדומה לכך, גם הסדרי ההכרזה על רכוש ממשלתי מולכים לתוצאה לא-שוויונית: בעניין זה, התוצאה הלא-שוויונית שגורם החוק, שתחולתו צפויה לפגוע בעיקר באינטרסים של תושבים פלסטינים, מתווספת לאי-השוויון שכבר קיים בשימוש ברכוש הממשלתי באזור. לפי הנתונים שנמסרו בשנת 2013 על ידי המנהל האזרחי, מתוך הרכוש הממשלתי שהוקצה לשימושים שונים (48% מכלל הרכוש הממשלתי), ההקצאה לשימושים של אזרחי ישראל כוללת: כ-60% הוקצו להסתדרות הציונית, כ-15% נוספים לחברות סלולריות, מועצות מקומיות ואזוריות ומבני ציבור בהתנחלויות, וכ-24% למשרדי ממשלה, מקורות, חברת חשמל, בזק וכדומה; ואילו ההקצאה לשימושים של הפלסטינים תושבי האזור הסתכמה בכ-0.00001% מהרכוש הממשלתי שהוקצה. כזכור, חוק ההסדרה מחייב את הממונה על הרכוש להקצות את הרכוש הממשלתי שיוכרו מכוח החוק לשימושם של תושבי ההתיישבות שהוקמה שלא כדין באזור, כלומר לשימושם של אזרחי ישראל בלבד. מכאן הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון. פגיעה זו, בדומה לפגיעה בזכות החוקתית לקניין, אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, והדיון שהובא בעניין זה לעיל תקף גם כאן.

87. היבט שני שבו חוק ההסדרה פוגע בזכות החוקתית לשוויון נובע מהוראותיו בעניין ביטול הליכי האכיפה והצווים המנהליים בגין בניה ללא היתרים. בהיבט זה, ההפליה היא גם בין אזרחי ישראל לתושבי האזור שאינם אזרחי ישראל, וגם בין אזרחי ישראל שמתגוררים באזור לבין אזרחי ישראל שמתגוררים במדינת ישראל. כידוע, באזור ובמדינת ישראל יש מאות אלפי מבנים שנבנו ללא היתרי בניה, חלק ניכר מהם במגזר הערבי. בולטת במיוחדת בהקשר זה המציאות הקשה במגזר הבדואי בנגב, שם מתגוררים עשרות אלפי אזרחים

ישראלים ביישובים "בלתי מוכרים" ובישובים פלסטיניים בבקעת הירדן. חוק ההסדרה הוחל, כאמור לעיל, רק על מבנים לא חוקיים במגזר אחד – מאחזים ושכונות שהוקמו באזור. לפי הדין, החלה סלקטיבית של סמכויות אכיפת החוק, כמו גם של סמכויות חנינה וביטול הליכים, היא פגיעה בזכות החוקתית לשוויון. הסדר שמוחל באופן לא שוויוני הוא בטל, אלא אם ניתן להצדיק את החלתו הסלקטיבית. דרישה זו אינה מתקיימת כאן ולפיכך הפגיעה בשוויון אינה כדין ודינו של חוק ההסדרה בטלות.

88. החובה לנקוט בשוויון בכל הקשור להפעלת סמכויות אכיפת החוק היא ממושכלות יסוד של המשפט הציבורי. אכיפה סלקטיבית של החוק, באופן שפוגע באנשים מסוימים בלבד, היא לא רק שימוש לרעה בסמכויות שלטוניות אלא גם פגיעה בזכות לשוויון (למשל, בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית בארשבע, פ"ד נג(3) 289 (1999); וכן, בהקשר קרוב, בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הבטחון, פ"ד ה 399 (1950). ראו גם מיכל טמיר **אכיפת סלקטיבית** (2008)). בית-המשפט הוסיף וקבע כי גם הימנעות מהפעלת סמכויות אכיפה עלולה לעלות כדי פגיעה בזכות לשוויון. במקרה אחד, עניין ניר, אף הוכרה האפשרות שהענקת חנינה למגזר מסוים בלבד – מכוח חוק הפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין תכנית ההתנתקות, התש"ע-2010 – עלולה לגרום פגיעה בזכות החוקתית לשוויון. בית-המשפט קבע שם כי החלטת הכנסת להעניק חנינה רק למי שהורשע (או הואשם) בעברה בגין התנגדותו לתכנית ההתנתקות, אך לא לאחרים, פוגעת בזכות החוקתית לשוויון, וזאת בשל עצם מתן החנינה לקבוצה מסוימת בלבד של אנשים (אם כי במקרה זה נקבע, כמפורט להלן, שהפגיעה כדין): "התוצאה הנגרמת עלפי החוק הנדון היא קשה ואינה שוויונית, כיוון שהיא מייחדת קבוצה אחת בחברה הישראלית ומחריגה אותה מהדין הפלילי.

89. קבוצת השוויון הרלוונטית בנסיבות אלה היא למעשה הציבור כולו, החשוף להעמדה לדין, או שהועמד כבר לדין בגין עבירות דומות" (בג"ץ 1213/10 ניר נ' יושב-ראש הכנסת, פס' 16 לפסק הדין של הנשיאה ביניש (2012)). בית המשפט ציין שם כי הדבר נובע מן ההערכה שההסדר הנדון נועד להעדיף "קבוצה מובחנת ומובהקת, פוליטית ואידיאולוגית [...] הנהנית מתמיכתו של רוב פוליטי בכנסת", העדפה שהיא בגדר "שיקול זר להחלת הדין הפלילי" (שם, פס' 14-15).

90. מצב דברים זה חל גם ביחס לחוק ההסדרה. בעוד שהתופעה של גזל קרקע והקמת מבנים על קרקע הזולת ללא רשותו ובלא לשלם לבעלי הקרקע בגין השימוש בה היא למרבה המזל נדירה למדי בתחומי מדינת ישראל, לא כך, כאמור, המציאות של בנייה ללא היתר. הבחירה של הכנסת לייחד את ההסדר הנדון לישראלים שמתגוררים באזור בלבד, ולהימנע מלהחיל אותו – לפחות בכל הקשור להסדר בדבר התליית הליכי האכיפה והצווים המנהליים בגין הבנייה ללא היתר וקביעת החובה להסדיר את הבנייה מבחינה תכנונית – על כלל התושבים באזור ובמדינת ישראל, היא פגיעה בזכות החוקתית לשוויון. דוגמה מובהקת לכך היא ההחלטה שלא להחיל את חוק ההסדרה על יישובים "בלתי מוכרים" של הבדואים בנגב, לפחות אותם יישובים – כמו היישוב אום אל-חיראן – שתפיסת התזקה בהם נעשתה כדין,

בהתאם לרשות שניתנה מאת המדינה (ראו רע"א 3094/11 **אלקיעאן נ' מדינת ישראל** (2015)). בעניין זה נוספת להפליה שנובעת מהעדפת אינטרסים של קבוצה מסוימת, שזוכה לתמיכתו של הרוב הפוליטי בכנסת, גם הפליה על בסיס לאום, בין אזרחי ישראל היהודים לבין האזרחים הערבים ותושבי האזור שאינם אזרחי ישראל (ראו, בהקשר קרוב, בג"ץ 8300/02 **נסר נ' ממשלת ישראל** (2012)). מכאן שהבחירה להחיל את חוק ההסדרה רק על מגזר אחד מקרב אזרחי ישראל והאוכלוסייה הנתונה לשליטת ישראל היא פגיעה בזכות החוקתית לשוויון.

91. הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון יכולה להיות מוצדקת אם קיים ייחוד מובהק באשר לקבוצה שלגביה הותל ההסדר השונה. למשל, בעניין **ניר**, שעסק בחנינה למתנגדי ההתנתקות, הוכר ייחוד כזה, שעניינו השאיפה לאחות את "הקרע בעם" שנגרם עקב יישום תכנית ההתנתקות (לדיון ביקורתי בהצדקה זו ראו ברק מדינה ואילן סבן "על 'עם', קרעיו ושאיפת איחוי: פסק הדין בעניין חוק החנינה למפרי חוק על רקע התנגדותם לתכנית ההתנתקות" **משפט, מיעוט וסכסוך לאומי** 375 (ראיף זריק ואילן סבן עורכים, 2017)). בהקשר הנוכחי אין כל הצדקה מסוג זה, לייחוד החלתו של חוק ההסדרה רק על אזרחי ישראל שמתגוררים באזור ולא על אזרחים שמתגוררים בישראל או על תושבי האזור שאינם אזרחי ישראל, שכן ניתן היה לקדם את תכלית החוק – עידוד ההתיישבות באזור – גם מבלי לייצר הסדרים מפלים נוספים בתחום הקניין.

92. אין זאת אלא שהתכלית של חוק ההסדרה היא תכלית מפלה, כפי שכבר הובהר לעיל – התכלית היא קידום האינטרסים של מגזר אחד, שיש לו כוח פוליטי בכנסת, תוך התעלמות מכוונת מן החובה לנהוג בשוויון במדיניות אכיפת החוק. משכך הם פני הדברים, אין ההסדר הנדון מקיים את הדרישה לתכלית ראויה ולאור הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון דינו בטלות.

93. יתר על כן, אף אילו ניתן היה למצוא תכלית ראויה להסדר שנקבע בחוק, ההסדר אינו מידתי. הכשרת המאחזים הבלתי חוקיים והמבנים שהוקמו בתוך התנחלויות קיימות אינה חייבת להיעשות בדרך הגורפת שבה היא נעשתה בחוק ההסדרה. ניתן היה למשל לקבוע חובה לשקול להעניק למבנים היתרי בניה, בהתחשב במכלול הנסיבות הרלוונטיות ובכלל זה בהתנהגותם הבלתי חוקית של המתישבים. העיקר, אין הצדקה להבחנה בין תחולת החוק בשטחים (ביחס להתיישבות ישראלית) לתחולתו בישראל. החלת החוק בישראל לא הייתה גורעת מהשגת היעדים שנקבעו לחוק ההסדרה.

94. ההימנעות מן ההחלה הגורפת של חוק ההסדרה גם בישראל מלמדת, בדיוק כמו לעניין הזכות לקניין, כי המחוקק עצמו אינו סבור שההסדר הנדון הוא ראוי וניתן להצדקה. הבחירה של המחוקק להימנע מלהכשיר גם חלק מהמבנים הלא חוקיים בישראל (שנבנו בקרקע שהחזקה בה הייתה חוקית ונבנו תכופות בהסכמה משתמעת של השלטונות- כמו כל המבנים שנבנו באזור "הסייג" בתקופת הממשל הצבאי) מעידה על הכרתו שדיני התכנון

והבנייה הם בעלי חשיבות רבה, ואכיפתם אינה עניין של מה בכך, שניתן לוותר עליו בהינף קולמוס, באופן גורף ומוחלט. מכאן שגם הפטור הגורף שניתן רק לתושבי ההתנחלויות מנשיאה בהליכי האכיפה ומן הצווים המנהליים אינו ניתן להצדקה ודינו בטלות.

95. התוצאה הנובעת מן הדיון שהובא לעיל היא שדינו של חוק ההסדרה בטלות, מחמת כך שתוכנו אינו עולה בקנה אחד עם המשפט החוקתי של מדינת ישראל. החוק פוגע שלא כדין בזכויות חוקתיות, הן של "תושבים מוגנים" והן של אזרחי ישראל.

ה. חוק ההסדרה בטל משום שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אוסר על הכנסת לחוק באזור

96. בצד הקביעה שחוק ההסדרה אינו תקף מחמת תוכנו, כלומר מחמת הפגיעה שהוא גורם באינטרסים מוגנים מסוימים, עילה שנייה, חלופית, שבגינה חוק ההסדרה אינו תקף מבוססת על-כך שהכנסת כלל אינה רשאית לתקוק חוק שנועד לחול על תושבי האזור, שאינם בעלי זכות בחירה לכנסת. זוהי דוקטרינה שטרם הוכרה במפורש בפסיקה, אך היא המשך ישיר של ההכרה בקיומם של עקרונות יסוד שבאים לידי ביטוי ב"אמנה החברתית" שביסוד מהותה של הדמוקרטיה, עקרונות שקיומם הוא תנאי מוקדם להכרה בכוחה של המדינה להפעיל סמכויות שלטוניות. עקרונות אלה מעוגנים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מכוח הזכות החוקתית לכבוד האדם, או בסעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת, שלפיו הכנסת היא "בית הנבחרים של המדינה", ולפיכך הפרתם מחייבת להכריז על בטלותו של חוק ההסדרה.

97. כידוע, בית-המשפט כבר הכיר בזיקה שבין קיום עקרונותיה של האמנה החברתית לבין ההכשר להפעיל סמכויות שלטוניות. בפרשת הפרטת בתי-הסוהר קבע בית-המשפט כי הענקת סמכויות שלטוניות לגורם פרטי, הפועל למטרות רווח, היא פגיעה שלא כדין בזכויות החוקתיות לחרות ולכבוד האדם: "הסמכות להפעיל כוח כופה של שלילת חירות ושל קביעת מגבלות ניתנה למדינה מכוח 'חזקה' או 'אמנה' חברתית מטפורית שנכרתה בינה לבין האזרחים המתגוררים בה, שבמסגרתה מסרו לה האזרחים מרצונם את הסמכות לשלול חירויות ולעשות שימוש בכוח כופה, בין היתר, לשם הבטחת הגנתם וביטחונם ושמירה על קניינם. [...] סמכות זו שנמסרה למדינה בשליחות הקהילה הפוליטית עומדת בגרעין המזוקק ביותר של הפונקציות השלטוניות הנובעות מן הריבונות, בשורה אחת עם הסמכות לקיים צבא, משטרה ובתי משפט. נטילתן של פונקציות אלה והעברתן לגורם פרטי, פוגמות בהצדקה העומדת ביסוד הפעלת הסמכות ויש בהן משום הסתלקות של המדינה, גם אם חלקית, מקיום 'חלקה' בחוזה החברתי והצבתה בפוזיציה של צופה מן הצד אשר אינה מבקשת להגשים יעדים עצמאיים משלה" (בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ"ש האוצר**, פ"ד סג(2) 545 (2009) (השופטת ארבל)). תפיסה זו חלה לא רק לעניין החובה המוטלת על המדינה להשתמש בעצמה בסמכויותיה, אלא גם בכיוון

ההפוך – האיסור על המדינה להשתמש בסמכויות כלפי מי שלא ניתן לייחס להם הסכמה להפעלת סמכויות אסדרה על-ידי המדינה.

98. כאשר סופחו מזרח ירושלים ורמת הגולן, הוחל שם החוק הישראלי כולו, לרבות זכויות יסוד לתושבי השטח שסופת. חוק ההסדרה אינו מחיל את "המשפט הישראלי". הפלסטינים תושבי האזור הם אובייקטים בלבד של הכוח השלטוני, בניגוד לרצונם ובלא הסכמתם. זוהי הפרה של הזכות להשתתף בהליך הדמוקרטי, שהיא הבסיס לגיטימיות של החוק במדינה דמוקרטית. אכן, לכנסת הסמכות להסדיר זכויות של זרים – מהגרים שהגיעו לארץ, או משקיעים זרים – אולם במקרים אלה הבסיס לסמכות הוא ההסכמה של הזר לכפוף את עצמו לחוקי המדינה בכניסתו אליה מרצונו. מדינה רשאית להפעיל את כוחה השלטוני רק כלפי מי שחברים בקהילה הפוליטית שלה, או כלפי זרים שקיבלו את מרותה.

99. חוק הפוגע בקניין של פלסטינים בלא השתתפותם ובלא הסכמתם, אינו תואם את ערכי הדמוקרטיה. זהו היסוד שעליו הושתתו דבריו הידועים של הנשיא אגרנט בפרשת **ירדור**, שציין, בהתייחסו לאמור בסעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת, שלפיו "הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה": "הדיבור הזה מה כוונתו אם לא למוסד המורכב מהנציגים שנבחרו על ידי כלל האזרחים ואשר מתפקידו לשקוד, באמצעות הממשלה הנושאת באחריות כלפיו, על הבטחת קיומה של מדינת ישראל ושלמותה" (ע"ב 1/65 **ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית**, פ"ד יט(3) 365 (1965)). הנשיא אגרנט אמנם הדגיש באותה פרשה את הסיפא של הדברים, בדבר החובה להבטיח את שלמותה של מדינת ישראל; אך מסקנה זו מושתתת על הרישא – הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה, כלומר היא מוסד שמורכב מהנציגים שנבחרו על-ידי כלל האזרחים, כלומר מוסד שמוסמך להסדיר את עניינם של האזרחים ולא את עניינם של אחרים, שמתגוררים מחוץ לשטחה של המדינה ולא בחרו להכפיף עצמם למרותה (ראו ברוח דומה, דן מרידור "קלון על ספר החוקים שלנו" **הארץ** 2.2.2017: "הכנסת מעולם לא חוקקה חוקים המסדירים את קניינם של ערביי יהודה ושומרון. הכנסת נבחרה על ידי הישראלים והיא מחוקקת בשבילם. הערבים ביו"ש לא בחרו בכנסת ואין לה סמכות לחוקק בשבילם. אלה עקרונות יסוד של הדמוקרטיה ושל המשפט הישראלי. ככלל, הנבחרים מחוקקים לבוחריהם ולא לה שנימצאים בשטח השיפוט שלהם, לא לאחרים").

100. הבעייתיות שבהחלת חקיקת של הכנסת באזור היא מובחנת במיוחד בנסיבות שבהן הכנסת מחוקקת חוק שנועד להסדיר את מערכת היחסים בין אזרחי ישראל לבין תושבי האזור שאינם אזרחים. חקיקת הכנסת שנועדה לחול באזור כפופה לסכנה – וכאמור לעיל, סכנה זו התממשה במובחן בחקיקת חוק ההסדרה – של מתן העדפה בלתי מוצדקת לאינטרסים של אזרחי ישראל באזור, שיש להם נציגות בכנסת, על-פני אלה של תושבי האזור שאינם אזרחים, שכלל אינם זכאים להיות מיוצגים בהליך הפוליטי בישראל. חשש זה צריך להוביל לכלל, שלפיו החקיקה של הסדר כאמור פוגעת, כשהיא לעצמה וללא קשר

לתוכנה, בזכות לכבוד האדם של תושבי האזור שאינם אזרחים, שכן היא מתעלמת מרצונותיהם, מזכויותיהם ומהאינטרס שלהם לשלוט בגורלם, ולפיכך ככלל היא אסורה.

101. אין הכרח להכריע בעתירה זו בשאלה אם כל הפעלה של סמכות שלטונית ישראלית על פלסטיני תושב האזור (להבדיל מהפעלת סמכות על ידי המפקד הצבאי, הנובעת מהמשפט הבינלאומי) תיחשב פגיעה אסורה בזכות לכבוד, לאור כך שהיא מתייחסת אל הפרט כאל אובייקט ואינה מבקשת את הסכמתו למרותה בהליך דמוקרטי, אם לאו. לכל הפחות די בקביעה כי היומרה של הכנסת, שאין בה ייצוג לתושבי האזור שאינם אזרחי ישראל, לפגוע בזכויותיהם של תושבים אלה, פוגעת שלא כדין בזכותם לכבוד האדם. למצער, מאפיין ייחודי זה של חוק ההסדרה צריך לבוא לידי ביטוי באופן היישום של פסקת ההגבלה, כך שניתן יהיה להצדיק מכוחה פגיעה בזכויות רק אם הפגיעה הכרחית באופן מוחלט לקידום אינטרסים חיוניים במיוחד, אך לא במקרים אחרים, ובהם המקרה הנדון כאן.

102. חקיקת חוק ההסדרה שינתה באחת את המסגרת המשפטית שתלה באזור מאז נכבש בחודש יוני 1967. במשך חמישים שנה הקפידה מדינת ישראל להפריד בין מערכת המשפט הישראלית לבין המערכת הצבאית שבראשה אלוף פיקוד המרכז. מערכת המשפט הישראלית היא זו שסמכותה נובעת מהסכמת אזרחי המדינה ושחוקיה הם חוקי כנסת ישראל, נציגותם של הבוחרים. לעומתה, מערכת המשפט הצבאי מקורה בסמכותו של המפקד הצבאי לנהל את השטח שבתפיסתו הלוחמתית ולדאוג לרווחת תושביו על פי המגבלות והדרישות שמקורן במשפט הבינלאומי. חוק ההסדרה מתיימר לנתץ את התבחנה הזו.

103. רבות דובר על הפיקציה המשפטית שיצרה ההבחנה בין שתי שיטות המשפט, זו הישראלית וזו הצבאית שכוונה בשטחים הנתונים לתפיסה לוחמתית. ד"ר שבתאי רוזן, היועץ המשפטי הראשון של משרד החוץ, קבע כבר בעת מבצע סיני כי כל עוד המשפט הישראלי לא הוחל על השטח שכבש צה"ל, הגורם המוסמך לנהל את השטח הוא "הרמטכ"ל בעצמו או באמצעות הפיקוד במקום" וכן ש"זכויותיו של המפקד הצבאי [בשטח שבשליטתו] מתבססות על המשפט הבינלאומי בלבד והן זכויות של המפקד של צבא הכיבוש". מאיר שמגר, כפרקליט הצבאי הראשי במלחמת ששת הימים, הסביר ביולי 1967 את הטעם לכלל: "לאזור [שנכבש] יש ריבון שאינו משתנה, אלא שהשליטה המעשית על השטח נמנעת ממנו, ולכן עובר ניהולו של השטח לידי גורם צבאי". שמגר הזכיר גם את תקנות האג משנת 1907. אלה קובעות במפורש שסמכות השליטה נתונה לצבא שהשתלט על השטח ולא למדינה ששלחה אותו. ואכן, מאז 1967 שולט באזור אותו "גורם צבאי" שסמכותו עוצבו על פי דרישות המשפט הבינלאומי ולפי הנחיותיהם של רוזן ושמגר.

104. אכן, בפועל המפקד הצבאי שימש לא אחת הזרוע הארוכה, אם כי העקיפה, להחלת מדיניות ישראלית ולהעתקת נורמות ישראליות. ובכל זאת, יש משמעות להסרת המסכה

מעל המפקד הצבאי כמי שעומד בראש הפירמידה המשפטית בשטח שבשליטתו. הקונסטרוקציה שביטאה הבתנה בין שתי שיטות המשפט היא היחידה שאפשרה לישראל לטעון במשך 50 שנה שישראל לא סיפחה לעצמה את האזור ואת התושבים הנתונים לשליטתה הצבאית – דבר המנוגד למשפט הבינלאומי ההומניטרי – ואינה מתויבת לפיכך, עדיין, בהענקת זכויות אזרח מלאות לתושבים אלו בדומה לתושביה האחרים – כמתחייב ממדיני זכויות האדם במשפט הבינלאומי. חוק ההסדרה מניע את ישראל לתפישת משפטית שונה בתכלית ביחס לאזור, לפיה הסמכות באזור נתונה למדינת ישראל במישרין. בתנאים אלה, מתעוררות שאלות חדשות, שהעיקרית שבהן היא היקפה של החובה לכבד את זכותם של כל הכפופים למרותו של החוק הישראלי להשתתף בעיצוב החוק, בדרך של השתתפות בבחירות, כדרישה הבסיסית במשטר הדמוקרטי.

105. לפיכך, מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אין הכנסת רשאית לחוקק הסדר שנועד לפגוע בזכויות של תושבי האזור שאינם אזרחי ישראל, בלא להעניק להם אזרחות ישראל וזכות הצבעה לכנסת (ואף זאת, ספק אם יספיק כדי להכשיר את המהלך). לכל הפחות נדרש להכיר בהגנה חזקה במיוחד שמוענקת לתושבי האזור מפני פגיעה שכזו בזכויותיהם, וזאת באמצעות פרשנות מתאימה של חוק היסוד.

ו. חוק ההסדרה בטל כיוון שהוא מנוגד למשפט הבינלאומי החל על פעולות ישראל באזור

106. הדיון שהובא עד כה התמקד בעיקרו במשפט החוקתי הפנימי. אך ההכרעה בתוקפו של חוק ההסדרה, כמו גם פרשנותו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, צריכה להיעשות גם בשים לב להוראות המשפט הבינלאומי שחל באזור. המשפט הבינלאומי הוא מקור הכרחי בפרשנות חוקי היסוד והחקיקה שמוחלת באזור. בהתאם לכך הדיון שמובא להלן עוסק בבחינת תוקפו של חוק ההסדרה לאור המשפט הבינלאומי. דיון זה רלוונטי גם אם אין מכירים בכך שהמשפט הבינלאומי מגביל את כוחה של הכנסת ישירות, שכן, כאמור, הוראות המשפט הבינלאומי הן מקור לפרשנות ההגבלות שנובעות מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על חקיקה של הכנסת שנועדה לפגוע בזכויות של תושבים באזור.

107. חוק ההסדרה מנוגד למושכלות יסוד של המשפט הבינלאומי המחייב את ישראל, כפי שדין זה מפורש על ידי בית המשפט העליון מזה עשרות שנים, וכפי שהדין מובן על ידי הגופים המוסמכים בקהילה הבינלאומית. יתר על כן, הוראות החוק מטילות על המפקד הצבאי ומי שפועל מטעמו חובות עשה העומדות בניגוד מוחלט לחובותיו על פי המשפט הבינלאומי. החוק מקים על כן מנגנון המחייב את המפקד הצבאי לעמוד במצב של "אוי לי מיוצרי ואוי לי מיצרי": אם יקיים את חובותיו הבין-לאומיות יפר את החוק; אם יקיים את חובותיו על פי המשפט הבינלאומי יפר את החוק; אם יקיים את חובותיו לפי החוק יפר את המשפט הבינלאומי. כך או כך, אין החוק יכול לעמוד. החוק מנוגד להוראות המשפט הבינלאומי המחייבות את ישראל, ובראש ובראשונה אלו הקבועות בדיני התפיסה

הלוחמתית. החוק מחייב את המפקד הצבאי לבצע מעשים שעלולים לעלות לכדי פשעי מלחמה, ובכך לחשפו להליכים פליליים בפורומים שונים. הגורמים האזרחיים המכוונים את פעולות המפקד הצבאי אף הם עלולים לשאת באחריות כזו. כמו כן, הוראות החוק מנוגדות לדיני זכויות האדם במשפט הבינלאומי.

108. העובדה כי מדובר בענייננו בחקיקה ראשית של הכנסת אינה מקנה לחוק ההסדרה מעמד נורמטיבי עדיף על-פני המשפט הבינלאומי. המפקד הצבאי שואב את סמכותו לפעול מהמשפט הבינלאומי, ולכן חקיקה ראשית של הכנסת יכולה אמנם להתוות את האופן בו הוא מפעיל סמכותו אך אינה יכולה לחייבו לפעול בניגוד לחובות מתחום המשפט הבינלאומי המגדירות את היקף הסמכות שלו. חקיקה אקסטרטוריאלי, המתיימרת להסדיר קרקעות הנמצאות מחוץ למדינה, תוך פגיעה באוכלוסייה שאינה נוטלת חלק בחקיקתה, מפרה כשלעצמה עקרונות יסוד של המשפט הבינלאומי.

109. מטעם זה, יש לעשות כל מאמץ לפרש את דיני מדינת ישראל, לרבות חוקי היסוד (שגם אותם חוק ההסדרה מפר), ברוח המשפט הבינלאומי, ולהתחשב בתכניו בעת קביעת היקף ההגנה על הזכויות המנויות בחוק היסוד ובעת יישום פסקאות ההגבלה שבו. הואיל וחוק ההסדרה מתיימר לקבוע את אופן הפעלתן של סמכויות שלטוניות שמקורן אינו מצוי במשפט הישראלי, אלא במשפט הבינלאומי, הרי שהגבלות המוטלות על חקיקה במשפט החוקתי הישראלי מהווה, הלכה למעשה, תחליף להגבלות המעין חוקתיות המוטלות על אותן סמכויות שלטוניות במשפט הבינלאומי.

1. החוק מנוגד לתקנות האג ול"הוראותיה החומניטריות" של אמנת גינבה הרביעית

110. כאמור, האזור נתון לתפיסה לוחמתית מאז שנת 1967 (למשל, עניין חוף עזה). ככלל, הדינים בעניין תפיסה לוחמתית מוסדרים בתקנות האג (1907), באמנת גינבה הרביעית (1949), במשפט החומניטרי המינהגי, ומושלמים על ידי משפט זכויות האדם הבינלאומי (בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לז(4) 785; בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו(2) 349; בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507; בג"ץ 3969/06 אלחרוב נ' מפקד כוחות צה"ל (ניתן ביום 22.10.2009).

111. למרות שמדינת ישראל אינה מקבלת רשמית את תחולתה המלאה של אמנת גינבה הרביעית בשטחי הגדה המערבית, היא קיבלה על עצמה לפעול לפי הוראותיה החומניטריות של האמנה (עניין חוף עזה, פס' 4). עם זאת, מחוץ לישראל קיים קונצנזוס בינלאומי מוחלט לפיו אמנה זו אכן חלה בשטחים (ראו, למשל, את החלטת העצרת הכללית של האו"ם: G.A. Res. 32/91 [A-C], U.N. Doc. A/RES/32/91 [A-C] (Dec. 13, 1977); מועצת הביטחון של האו"ם, S.C. Res. 237, U.N. Doc. S/RES/237 (June 14, 1967); S.C. Res. 799, U.N. Doc. S/RES/48 (1992); SC Res. 2334 (Dec. 23, 2016), U.N.

Wall (2016) Doc. S/RES/2334 ; את עמדת בית המשפט הבינלאומי לצדק: *Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports (2004) 136, § 101 ; וכתבי מלומדים: A. Roberts, 'Prolonged Military Occupations: The Israeli-Occupied Territories since 1967' 84 *American Journal of International Law* 44, 64 (1990); EYAL BENVENISTI, *THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION* 206-209 (2nd ed. 2012).

112. אכן, גם בית המשפט קבע כי ניתן לראות בהתחייבות המדינה להחיל את ההוראות ההומניטריות בסיס מספיק להחלת האמנה במקרה שלפניו (בג"ץ 7015/02 **עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל**, פ"ד נו(6) 352, פס' 13). על אף שלעתים נטען בשיח הפוליטי והציבורי כי יש לכפור בתחולת דיני התפיסה הלוחמתית בשטחים, תפיסה זו, שכאמור לעיל אינה מקובלת על אף גורם משפטי-בינלאומי, סותרת גם את עמדתה המשפטית הרשמית של מדינת ישראל, אשר באה לידי ביטוי בין היתר במנשרים שיצאו לאחר מלחמת ששת הימים, ונוגדת את פסיקתו ארוכת השנים של בית המשפט (עניין **חוף עזה**, פס' 3). עצם משכה הארוך של התפיסה הלוחמתית, כמו גם גלגוליהם המשפטיים של השטחים עד תפיסתם על ידי ישראל בשנת 1967, אין בכוחם לשנות עובדה זו (וראו, לעניין זה, Oma Ben-Naftali & Rafi Reznik, *The Astro-Nomos: On International Legal Paradigms and the Legal Status of the West Bank*, WASH. U. GLOB. ST. L. REV. 399, 406–430 (2015)).

113. כך אן כך, אין חולק כי פעולות המפקד הצבאי כפופות לתקנות האג (1907). אף בלא להידרש בשלב זה להוראות אמנת גינבה הרביעית בכללותן, שידונו בהמשך הדברים, הוראות החוק מפרות את המשפט הבינלאומי לכל הפחות באשר הן מנוגדות לתקנות האג, וכן להוראות ההומניטריות של אמנת גינבה הרביעית.

114. נקודת המוצא של דיני התפיסה הלוחמתית מצויה בתקנה 43 לתקנות האג, שהינה הוראת "על" הקובעת את גדר סמכויותיו של המפקד הצבאי (עניין **גימעית אסכאן**, פס' 17). תקנה 43 היא בגדר "חוקת" דיני הכיבוש, בהיבט זה שהיא בו-זמנית מהווה את מקור סמכותו של המפקד הצבאי, וגודרת את היקף סמכויות אלה (Benvenisti, עמ' 69). אכן, כפי שפסק בית המשפט, סמכויות אלה מוגבלות לשתי תכליות בלבד: הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של התופס בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית, והבטחת צרכיה של האוכלוסייה האזרחית המקומית (עניין **גימעית אסכאן**, פס' 12). תקנה 43 משקפת את עקרון הנאמנות, אחד העקרונות היסודיים ביותר של ההסדר המשפטי החל בשטחים המוחזקים בתפיסה לוחמתית, ואשר על פיו אין המפקד הצבאי נכנס בנעליו של הריבון הקודם ואינו רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים של מדינתו שלו; וממילא הוא אינו רשאי להעדיף אפריורית את האינטרסים הללו או לנצל את האזור למטרותיה הלאומיות של מדינתו, על חשבונם של התושבים המקומיים וללא הצדקה בטחונית לגיטימית (עניין **גימעית אסכאן**, פס' 13).

115. הוראות חוק ההסדרה מנוגדות לחלוטין לתקנה 43. ההסדר הקבוע בחוק חורג אפריורית מסמכויותיו של המפקד הצבאי כפי שפורטו לעיל, משום שהוא נועד להיטיב עם אזרחים של המדינה הכובשת וזאת על חשבון התושבים המוגנים. ויודגש, בהעדר ריבון בשטח, נכנס המפקד הצבאי בנעלי הריבון, בכפוף למגבלות המשפט הבינלאומי ממנו הוא שואב את סמכותו. בהקשר זה, דיני התפיסה הלוחמתית באים לספק הגנה לאוכלוסייה המקומית, בדיוק בשל העובדה שעל אף שהיא נמצאת תחת שליטתו של המפקד הצבאי, היא אינה חלק מהאמנה החברתית המכוננת של המעצמה הכובשת. אכן, זוהי הצדקת היסוד לכך שדינים אלו מכירים במעמד של "אזרח מוגן" למי שאינו אזרח של המדינה הכובשת אך נתון לשליטתה (אמנת ג'נבה הרביעית, ס' 4). בהיעדר ריבון, דיני התפיסה הלוחמתית באים למלא את החסר כדי להגן על האוכלוסייה המקומית (Benvenisti, עמ' 1). חוק ההסדרה מבקש לאיין מעמד זה באמצעות הטלת חובה על המפקד הצבאי לפעול לטובתם של אזרחי מדינתו-שלו בלבד. חוק זה סותר חזיתית את המשפט הבינלאומי, על לשונו והגיונו.

116. זאת ועוד, הוראות חוק ההסדרה סותרות הוראות ספציפיות הקבועות במשפט ההומניטרי, אשר עניינן הגנה על הקניין הפרטי. סמכותו של המפקד הצבאי לתפוס קרקעות – פרטיות כמו גם ציבוריות – "חייבת להיות מעוגנת בדיני התפיסה הלוחמתית" (עניין חוף עזה, פס' 14). בעניין זה, קובע החוק כזכור שני הסדרים המנוגדים לחלוטין למשפט הבינלאומי – הסדר ההפקעה והסדר ההכרזה (ראו פס' 15 לעיל).

117. **הסדר ההפקעה מפר את דיני התפיסה הלוחמתית.** תקנה 46 לתקנות האג קובעת כי "יש לכבד (respect) רכוש פרטי" וכי אין להחרימו. תקנה 52 קובעת כי אין לתפוס (requisite) רכוש פרטי "אלא לצרכי צבא הכיבוש". ואכן, בית המשפט עמד על כך כי הדין הבינלאומי דורש בחינה פרטנית של השאלה האם תפיסת הקרקע הפרטית, במקרה ספציפי, נועדה לצרכים צבאיים. בלשונו של מ"מ הנשיא לנדוי, "מובן מאליו [...] שבפסיקתו זו לא נתן בית-משפט זה גושפנקא משפטית מראש לכל תפיסה של אדמה פרטית למען התיישבות אזרחית ביהודה ושומרון, אלא יש צורך לבדוק בכל מקרה אם אמנם הצדיקו צורכי הצבא, כפי שמושג זה חייב להתפרש, את תפיסת האדמה הפרטית" (עניין דויקאת, פס' 8).

118. הוראות חוק ההסדרה סותרות לחלוטין מושכלות יסוד אלה. הן כלל אינן מתיימרות לתפוס את הקרקע לצרכים צבאיים או ביטחוניים; אלא, שבאופן מפורש, מטרת החוק היא "להסדיר את התיישבות ביהודה ושומרון לאפשר את המשך ביסוסה ופיתוחה" (סעיף 1; סעיף 3 רישא) זאת ועוד, סעיף 3(2) לחוק מחייב את המפקד צבאי להפקיע מקרקעין שהינם רכוש פרטי, וזאת לטובת האינטרס הצר של אזרחים ממדינתו, בניגוד להוראות הדין ההומניטרי לעיל (ולהרחבה בעניין זה, ראו Ronit Levine-Schnur, *Private Property and Public Power in the Occupied West Bank* (December 17,

119. גם כאשר בסמכותו של המפקד הצבאי לתפוס קרקע פרטית, תפיסה זו מוגבלת, על ציר הזמן, רק למשך קיומו של הצורך הצבאי לתפיסתה. הוראות החוק, מנגד, לא רק שמאפשרות תפיסה של קרקע פרטית ללא צורך צבאי, אלא שהן שוללות את שיקול דעתו של המפקד הצבאי באשר לצורך בהמשך התפיסה לאורך זמן, בכך שהן קובעות מראש כי זו "תעמוד בתוקפה על להכרעה מדינית בדבר מעמדו של האזור וההתיישבות זו" (סעיף 3(2)(ב)). גם בכך, נכנסת הכנסת בפועל בנעלי המפקד הצבאי ומרוקנת את סמכותו הייחודית, במנוגד למשפט הבינלאומי.

120. אמנם, ייתכן כי על פי הדין ההומניטרי ניתן להפקיע רכוש בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, כאשר סמכות זו קיימת על פי הדין המקומי בשטח הכבוש. ואולם, סמכות זו צריכה להיות מופעלת לטובת האוכלוסייה המקומית בלבד (עניין ג'מעית אסכאן, ס' 31). גם אם – לאור פסיקת בית המשפט בנושא ועל אף ספקות רבים לגבי נכונות קביעה זו – נראה במתנחלים הישראליים כחלק מהאוכלוסייה המקומית לצרכים מסוימים (שעיקרם ביטחונם האישי), בית המשפט הבהיר כי סמכות ההפקעה מותנית בכך כי מטרתה המרכזית היא שירות טובת התושבים המוגנים, אף אם נלוות לכך תועלות אחרות לתושבי ישראל או למתיישבים באזור: "לפי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי, סמכות ההפקעה של הממשל הצבאי נקטה, על-פי הדין המקומי ובמסגרתו, לטובת האוכלוסייה המקומית, היינו התושבים המוגנים [...]". בצד האמור, תכנונו של כביש 443 לטובת האוכלוסייה המקומית הניח כי הכביש ישרת גם את תושבי ישראל, ואת צרכי התנועה בין האזור לבין ישראל" (בג"ץ 2150/07 ראש מועצת הכפר בית סירא נ' שר הביטחון, פ"ד סג(3) 331, פס' 26 מפי השופט פוגלמן). בית המשפט הוסיף כי השאלה העיקרית בנוגע להפקעת קרקעות באזור היא "אם מטרת הרכישה היא מטרה כשרה בהתאם להוראות סימן 43", וכי אף אם ניתן להביא בחשבון, כשיקול משני, את התועלת שתצמח להתיישבות ישראלית או למדינת ישראל כתוצאה מהפקעת קרקע באזור – אין כל סמכות להפקיע כאשר עניינם של תושבי האזור כלל אינו מהווה צורך ציבורי או תכלית להפקעה (בג"ץ 202/81 טביב נ' שר הביטחון, פ"ד לו(2) 622, 635-632).

121. עקרון השוויון, אשר חל באזור, בין היתר מכוח ההוראות ההומניטאריות של אמנת ג'נבה וכחלק מהתחולה המשלימה של דיני זכויות האדם, אוסר על העדפת צרכים של אזרחי מדינתו של המפקד הצבאי, באופן אפריורי, על פני צרכיה של האוכלוסייה המוגנת, שהרי אחרת, דיני התפיסה הלוחמתית מרוקנים מתוכם לחלוטין. למעשה, העובדה כי האוכלוסייה הפלסטינית מצויה במעמד של "תושבים מוגנים" מחייבת זהירות מיוחדת בעת ביצוע איזון בין צרכיה לבין אלו של הישראלים באזור, ועל המפקד הצבאי מוטלת החובה לנקוט בכל אמצעי סביר על מנת שלא לפגוע בעת מימוש חובותיו בזכויותיהם של "התושבים המוגנים" (Guy Harpaz and Yuval Shany, *The Israeli*).

Supreme Court and the Incremental Expansion of the Scope of Discretion under Belligerent Occupation Law, 43 ISR. L. REV 514, 548-549 (2010). כאמור, בענייננו לא מדובר בהפקעה מותרת כלל ועיקר: הסמכות אינה מופעלת כדין מקומי ואינה מופעלת לטובת האוכלוסייה המוגנת כלל. היא מופעלת על ידי דין חיצוני (חקיקה ישראלית) לטובת אזרחי המעצמה הכובשת בלבד, באמצעות הקביעה כי המקרקעין יוקצו לצורך ההתיישבות שנבנתה על המקרקעין, באמצעות מוסד מיישב (סעיף 5 לחוק).

122. עצם ההידרשות להסדר ההפקעה הקבוע בחוק מראה כי הסדר זה אינו אפשרי על פי הדין המקומי החל באזור, והוא אף משנה אותו, וזאת, שוב, שלא לטובת האוכלוסייה המוגנת או צרכי הצבא, כמחוייב מהוראות תקנה 43. כך, בהתאם לחוק הקרקעות רכישה לצרכי ציבור, מס' 2 לשנת 1953, כפי שתוקן בתחיקת הביטחון (צו בדבר חוק הקרקעות (יהודה והשומרון) (מס' 321), התשכ"ט-1969 ובהתאם למנשר 1 ו-2, הפקעה תעשה לצורך ציבורי שהוא צורך אותו קבעו רשויות האזור. ואילו לפי החוק, נשללת הפעלת שיקול דעתו של המפקד הצבאי או מי מטעמו, שכן כנסת ישראל מורה לו בסעיף 3(1) כי חובה עליו להפקיע את המקרקעין. הטלת החובה להפקיע את המקרקעין לטובת ההתיישבות הישראלית עושה פלסטר את הדרישה כי הפקעה תעשה לצורך ציבורי, כאשר כצורך ציבורי יש – כאמור לפי הדין הבינלאומי והפסיקה – להביא בחשבון לכל הפחות כשיקול מרכזי את עניינם של תושבי האזור. זאת ועוד. חוק ההסדרה משנה, גם כן שלא לטובת האוכלוסייה המוגנת או צרכי הצבא, את דיני התכנון והבניה החלים באזור, ובפרט חוק תכנון ערים, כפרים ובנינים, חוק מס' 79 לשנת 1966, כפי שתוקן בתחיקת הבטחון, הקובע מדרג תכנוני לאישור תכניות, בכפוף לשמיעת התנגדויות הציבור ושקילת שיקולים תכנוניים ואלה בלבד.

123. לסיכום נקודה זו, בכל פסיקתו של בית המשפט לאורך השנים, הוא מעולם לא אישר הפקעה או תפיסה של קרקע פרטית של האוכלוסייה המוגנת לשם שירות מטרותיה של ההתיישבות הישראלית ומטרות אלה בלבד, בוודאי לא באופן גורף, חסר הבחנה ורטוראקטיבי. פעולה מסוג זה היא מחוץ לגדרי ההסמכה המצויה בתקנה 43 לתקנות האג, ועומדת בניגוד מוחלט לחובות המפקד הצבאי על פי המשפט הבינלאומי – תקנות 46 ו-52 לתקנות האג בפרט.

124. **הסדר ההכרזה מפר את דיני התפיסה הלוחמתית.** כאמור לעיל, לפי הסדר ההכרזה על הממונה על הרכוש הממשלתי לרשום (להכריז) על מקרקעין שאין לגביהם בעל זכויות במקרקעין כ"רכוש ממשלתי", ולהקצותם לאלתר לצורכי ההתיישבות (סעיף 5 לחוק). הוראות אלה מנוגדות להוראות המשפט ההומניטרי הקשורות לניהול רכוש ציבורי. תקנה 55 לתקנות האג קובעת כי "המדינה הכובשת נחשב רק לנאמן ולנהנה של הבניינים הציבוריים, נכסי דלא ניידים, יערות ומפעלים חקלאיים השייכים למדינה האויבת והנמצאים במדינה הכבושה. עליה לשמור על קרן הנכסים האלה ולנהלם לפי כללי טובת-החנאה". כמו כל הוראה מדינית התפיסה הלוחמתית, הרי שככלל, הנאמנות הקבועה בתקנה

55 כפופה לחובה לפעול לטובת התושבים המקומיים ובראשם האזרחים המוגנים; הקביעה מראש כי מקרקעין ציבוריים יוקצו לטובת ישראלים-יהודים שפלו לשטח, בלא שיהיו להם זכויות כלשהן בו, סותרת לחלוטין את רוחה של תקנה זו.

125. לשם ניהול מקרקעין אלה, נדרש המפקד צבאי להפעיל שיקול דעת. עליו לשקול האם טובת האזור דורשת שימוש במקרקעין ציבוריים לצורך כזה או אחר. ואולם, סעיף 5(13), בצירוף עם סעיף 5 לחוק, קובעים כי מקרקעין שאין בהם בעל זכויות במקרקעין, יירשמו (יוכרוזו) כרכוש ממשלתי, ובנוסף יוקצו לצורכי "ההתיישבות שנבנתה על אותם מקרקעין". בעצם הקביעה כי המפקד הצבאי חייב לנהל רכוש ציבורי לטובת "ההתיישבות", שולל החוק מהמפקד הצבאי את היכולת להפעיל את שיקול הדעת הנדרש ממנו על פי הדין הבינלאומי ההומניטרי, ומטיל עליו חובה לפעול אך ורק לטובת האינטרסים של אזרחי המדינה הכובשת.

126. בית המשפט אמנם נמנע בעבר מלהתערב בטענות של עותר ספציפי בדבר השימוש שיעשה באדמתו לטובת התיישבות ישראלית בשל העדר זכות עמידה (בג"ץ 277/84 א'עריב נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש, פ"ד מ(2) 57 (1986) או חוסר בשלות (בג"ץ 2676/09 אבו קמל נ' הממונה על הרכוש הממשלתי הנטוש באיזור יהודה ושומרון (2014)), אך מעולם לא נפסק כי מדיניות לפיה תוכרו קרקע כ"רכוש ממשלתי" לטובת הקצאתה לשימושים ישראלים-יהודיים בלבד היא חוקית. והרי שהיא אינה. על פי המשפט הבינלאומי אין למפקד הצבאי, וממילא גם אין לכנסת ישראל, הסמכות לקבוע כי קרקע שהיא רכוש ממשלתי המוחזק בנאמנות על-ידי המפקד הצבאי תוקצה אך ורק לטובת הקמת התיישבות יהודית, ודאי לא כעניין שיטתי כקבוע בחוק. פעולה כזו עומדת בסתירה ישירה לחובותיו של המפקד הצבאי לשמור על הרכוש הציבורי – ולכלל הפחות להפעיל שיקול דעת בנוגע לשימוש בו – לטובת תושבי האזור.

127. זאת ועוד, החוק – על הסדר ההפקעה והסדר ההכרזה הקבועים בו – מנוגד להוראות יסודיות של אמנת ג'נבה הרביעית שמשתייכות ל"הוראותיה ההומניטריות" של האמנה. כך, סעיף 27 לאמנת ג'נבה קובע הגנה על כבודם של אזרחים מוגנים, ואוסר על הפליה בין אזרחים מוגנים על פי שייכותם הקבוצתית. הוראות החוק, בחיובן את המפקד הצבאי ליטול זכויות מתושבים מוגנים לטובת אזרחי המעצמה המחזיקה, פוגעות בכבודם של פרטים מוגנים (ולעניין הפגיעה המהותית בשוויון, ראו האמור בפס' 40-46 לעיל). בנוסף, החובה לפעול שלא להפלות בין אזרחים מוגנים על פי השתייכות קבוצתית חייבת לחול, מכוח קל וחומר, כאשר מדובר בהפליה בין אזרחים מוגנים לבין אזרחי המעצמה הכובשת, זו תוצאה המתחייבת גם מתחולתם המשלימה של דיני זכויות האדם, כפי שנפרט בהמשך. כאמור לעיל, ההיגיון הבסיסי של דיני התפיסה הלוחמתית, מחייב את המפקד הצבאי, בראש ובראשונה, לשקול את טובת האזרחים המוגנים.

2. המפקד הצבאי אינו מוסמך על פי הדין הבינלאומי להפעיל את הסמכויות שהוקנו לו בחוק

ההסדרה

128. חוק ההסדרה מחייב את המפקד הצבאי לפעול באופן המנוגד לחלוטין לדין הבינלאומי אשר פורט לעיל. אולם, עצם סמכותו של המפקד הצבאי לפעול באזור מקורה בהוראות הדין הבינלאומי עצמו. בעשותו כן, החוק מתיימר, בדרך לא דרך ובלשון מתחמקת, לקבוע סדר משפטי חדש באזור, החורג מהדין המקומי הנוכחי (הדין הירדני כפי שתוקן במרוצת השנים על-ידי צווים מטעמו של המפקד הצבאי). על-פי סדר חדש זה, זכויותיהם של תושבים מקומיים, הנהנים לפי המשפט הבינלאומי ממעמד של תושבים מוגנים – שלמענם מוסמך המפקד הצבאי לפעול מלכתחילה – מוקרבות למען האינטרסים של אזרחי המעצמה המחזיקה, שאינם זכאים למעמד דומה של תושבים מוגנים (עניין חוף עזה, פס' 4).

129. חוק ההסדרה מנסה להשיג מטרה הזוהה מבחינה מעשית לסיפוח טריטוריאלי (האסור בפני עצמו על פי המשפט הבינלאומי המנהגי) אך ללא הענקת זכויות שוות לתושבים המוגנים, להן היו זכאים אילו השטח היה חלק ממדינת ישראל. המנגנון הקבוע בחוק מכפיף, לראשונה, את המפקד הצבאי ישירות לחקיקת הכנסת, שולל את שיקול דעתו, ומורה לו לתפוס קרקעות מסוימות ולעשות בהן שימוש מסוים. פגיעתו של החוק היא לפיכך כפולה: היא עולה כדי סיפוח למעשה של מקרקעין, תוך יצירת משטר זכויות שונה ומפלה שלא היה מתאפשר על פי הדין הישראלי גם אם היה מתקיים סיפוח דה-יורה.

130. "האחדה" מסוג זה מנוגדת לרוחם והגיונם של דיני התפיסה הלוחמתית. בשל ההכרה כי המדינה הכובשת אינה ריבון בשטח הכבוש, הדין הבינלאומי מקפיד על הפרדה בין רשויות השלטון של המדינה הכובשת ככזו לבין המפקד הצבאי המנהל את השטח מטעמה. כפי שמציין פרופ' בנבנישתי: "Article 43 emphasizes that the authority belongs to the 'occupant' as opposed to the 'occupying state'. This is not a coincidence... This insistence on the distinct character of the occupation administration should also be kept in practice. [...] What is important is the establishment of a separate system by the occupant to execute the powers and duties (Benvenisti, עמ' 5) . ברוח דומה, ציין פרופ' דינשטיין: "The government of an occupied territory is military *per definitionem* [...] the top military commander... is the pinnacle of authority in the occupied territory" (YORAM DINSTEIN, THE INTERNATIONAL LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION 56 (2009)).

131. אמנם, כפי שמציין פרופ' דינשטיין, אין חולק כי המפקד הצבאי כפוף למדינתו, כחלק מצבאה (Dinstein, עמ' 56). אך קיים הבדל בין הכוונת מדיניות כללית, לבין ניהולו היומיומי של השטח, עניין הדורש הפעלת שיקול דעת תוך הבאה בחשבון של האינטרסים

המוגנים בדיני התפיסה הלוחמתית. לכן, המשפט הבינלאומי דורש הפרדה בכל הקשור לניהול היומיומי של השטח הכבוש, ולבטח בכל הקשור להגנה על הרכוש פרטי.

132. נפרדות זו נובעת אף ממקור סמכותו של המפקד הצבאי לפעול באזור, שאינו החקיקה הפנימית הישראלית. אכן, צבא ההגנה לישראל הוא אורגן של מדינת ישראל, וככזה הוא כפוף ככלל לחוקיה. ואולם, מקור וגדר סמכויותיו של המפקד הצבאי, בכובעו כאדמיניסטרטור של האזור, אינו בדין הישראלי. כבר לפני עשורים, נפסק כי מקור סמכותו של המפקד הצבאי לפעול בגדה המערבית הינו לכל הדעות "בסמכויות שהמשפט הבינלאומי מקנה למפקד הצבאי בשטח שנכבש על-ידי כוחותיו במלחמה" (עניין אלון מורה, פס' 8 מפי מ"מ הנשיא לנדול). השלטון הצבאי באזור הינו "שלטון שאינו יונק תיותו מבחירתם של בני האזור, שאינו ריבון מכוח עצמו, והשוואב את כוחו מדיני המלחמה עצמה" (עניין ג'מעית אסכאן, פס' 23); וברוח דומה, נקבע בעניין עגורי כי "סמכותו של המפקד הצבאי [...] נגזרת מדיני התפיסה הלוחמתית. הם מקור סמכותו, ועל פיהם ייקבע כוחו" (פס' 13). משמעות הדבר היא כי השלטון הצבאי באזור הינו נפרד באופן מהותי מהמדינה, במובן זה שמקור כוחו הוא הדין הבינלאומי. אכן, כאמור, המפקד הצבאי הוא אורגן המדינה; אך המבנה הנורמטיבי של דיני התפיסה הלוחמתית מבוסס על נקודת המוצא כי בהפעילו סמכות בשטח הוא נאמן של הריבון הקודם (בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, 230 (1983), ולפיכך, עליו לפעול בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי, המגבילות את כוחותיו המשפטיים לשנות את הדין הקיים, וקובעות את גדרי שיקול דעתו. הוראות חוק ההסדרה, מנגד, מתיימרות לחייב את המפקד הצבאי לפעול באופן גורף בניגוד לדין הקיים ולדיני התפיסה הלוחמתית עצמם, תוך ריקון מתוכן של סמכותו כנאמן הריבון בשטח. בכך, החוק יוצר "שעטנו" לא חוקי, במסגרתו עצם הסמכות להפעיל כוח שלטוני מקורה בדיני התפיסה הלוחמתית, ואילו אופן הפעלת הסמכות מנוגד אליהם לחלוטין.

133. דיני התפיסה הלוחמתית אינם מקנים למדינה הכובשת סמכות לחוקק בשטח הכבוש, ולפיכך על המחוקק להצביע על סמכות אחרת במשפט הבינלאומי לקבוע חקיקה מסוג זה. הכלל הרגיל הוא שלמדינה סמכות להפעיל כוח ריבוני רק ביחס לשטחים המצויים בריבונותה, וזאת ללא קשר למעמדו הספציפי של השטח שמעבר לריבונות זו (בין אם שטח של מדינה אחרת, ים פתוח או שטח כבוש) (השוו, Al-Skeini v. UK, 55721/07, השוו) §131 (ECHR (2011)).

134. כבר בפרשת לוטוס הידועה קבע בית הדין הבינלאומי הקבוע לצדק (PCIJ) כי אף אם מדינה יכולה לחוקק באופן שירחיב את סמכות שיפוטה – כאשר היא פועלת בטריטוריה שלה – כלפי מעשים שנעשו מחוץ לטריטוריה שלה (למשל, בהעמדה לדין בגין פשעים שבוצעו בים הפתוח), הרי שהיא אינה יכולה להפעיל ולאכוף סמכות כזו מחוץ לשטחה הריבוני: "In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be its territory except by virtue of a permissive rule exercised by a State outside

derived from international custom or from a convention". (The Case of the S.S. Lotus (Fr. v. Turk.), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7) ¶45

135. עקרון זה חל מכוח קל וחומר ביחס לשטחים המוחזקים בתפיסה לוחמתית, לגביהם קיים הסדר מיוחד, המעוגן בתקנה 43 לתקנות האג ובס' 64 לאמנת ג'נבה הרביעית (ביחס לחקיקה פלילית), המשאירים על כנם את הדין הקיים, ומאפשרים שינוי שלו, באמצעות חקיקה צבאית, רק בנסיבות מיוחדות.

136. האיסור על החלת החקיקה של המדינה הכובשת על שטח כבוש המוחזק בתפיסה לוחמתית נובע אף מעקרון ההגדרה העצמית. הזכות להגדרה עצמית מעוגנת בשורה ארוכה של אמנות, ומקובלת כעקרון יסוד של המשפט הבינלאומי הפומבי (לסקירת מקורות אלה ראו למשל, Re Secession of Quebec, Supreme Court of Canada, [1998]2 SCR 217, לעם הפלסטיני עומדת הזכות להגדרה עצמית, באופן המוכר על ידי הקהילה הבינלאומית (ראו, למשל Wall Advisory Opinion, פס' 88-89) ואף על ידי מדינת ישראל עצמה, בהכרתה המפורשת בעם הפלסטיני (Israel-PLO Mutual Recognition Letters, Sept. 10, 1993) אין צורך בענייננו להיכנס לשאלה מתי הזכות להגדרה עצמית מקימה זכות למדינה נפרדת, זאת משום שברור, כי באופן מינימאלי, משמעותה הבסיסית ביותר היא כי מדינה לא יכולה להכפיף עם אחר לחקיקתה הפנימית באופן חד-צדדי, אלא אם ובאופן העולה מהוראה ספציפית של המשפט הבינלאומי. אשר על כן, בענייננו קיימת לישראל סמכות הפעלת כוח שלטוני התחומה בדיני התפיסה הלוחמתית, אך לא מעבר לכך.

137. לסיכום נקודה זו: הטלת חובת עשה מוחלטת על המפקד הצבאי ומי מטעמו לפעול בהתאם לנורמות הקבועות בחוק ההסדרה מובילה להסדרה של זכויות קנייניות המתייחסות למקרקעין המצויות מחוץ לתחומי המדינה, באופן שמשמעותו המשפטית ותוצאתו זהה לחלוטין להסדרה ישירה. בכך שונה חוק זה, למשל, מחוקי הכנסת החלים באופן פרסונאלי על תושבי ההתנחלויות מכוח היותם אזרחי ישראל המתגוררים באזור (עניין חוף עזה) או מהלכות המשפט המנהלי המסדירים את אופן בו על המפקד הצבאי להחיל סמכויות שלטוניות, מבלי לאיין את שיקול הדעת שלו (וכמובן, מבלי לחייבו להפר את הוראות המשפט הבינלאומי) (עניין עגור).

3. חוק ההסדרה מנוגד להוראות אמנת ג'נבה הרביעית ועלול לחייב את המפקד הצבאי לבצע פשעי מלחמה

138. להשלמת התמונה המשפטית והבנת עוצמת הפגיעה שגורם החוק בעקרונות של המשפט הבינלאומי – כפי שזה מובן על ידי קונצנוס רחב בקהילה הבינלאומית – יש ליתן את הדעת להוראות אמנת ג'נבה בכללותן, וכן למשפט הפלילי הבינלאומי המבוסס על הוראות אלה, כמו גם על הוראותיהן השונות של תקנות האג.

139. לעניינו רלוונטי במיוחד סעיף 6)49) לאמנת ג'נבה הרביעית, הקובע כי "המעצמה הכובשת לא תגרש ולא תעביר חלקים מאוכלוסייתה האזרחית שלה לשטח שכבוש על ידה". הוראה זו אינה מתייחסת אך לגירוש או העברה בלתי רצונית של תושבים, משום שתכליתה היא הגנה על האזרחים המוגנים ועל הסטטוס קוו הקיים בשטח הכבוש, בצד הוראות אחרות האוסרות על שינוי הדין בשטח ומחייבות את ניהול הקניין בשטח באופן המפריד בין השימוש בפירות לבין השימוש בקרן. כפי שנכתב בקומנטר לאמנת ג'נבה הרביעית: "Such transfers worsened the economic situation of the native population and endangered their separate existence as a race"

140. ההכרה כי הסעיף חל על העברה כפייה כמו גם על העברה בהסכמה, מתחזקת כאשר משווים בין סעיף 6)49) לסעיף 1)49) לאמנה זו, אשר אוסר על forcible transfer של אוכלוסייה מוגנת מתוך השטח. מסקנה זו מתחדדת גם נוכח סעיף 2)8) (ב)8) לחוקת בית המשפט הפלילי הבינלאומי (אמנת רומא), המטיל אתריות פלילית בגין הפרה של סעיף 6)49) לאמנת ג'נבה הרביעית, בין אם העברת האוכלוסייה נעשתה במישרין ובין אם היא נעשתה בעקיפין.

141. כיוון שהוראות סעיף 6)49) עניינן הגנה על הזכויות והאינטרסים של האוכלוסייה המוגנת, הוראות הסעיף תלות אף על מעבר ברצון. יתר על כן, גם אם יכול להיות ספק אם הוראת סעיף 6)49) כלולה לכל דבר ועניין בין ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה שישראל התחייבה להחיל, הרי שלא יכול להיות ספק כי האיסור על העברת אוכלוסייה הגוררת פגיעה בזכויות יסוד של התושבים המוגנים, כגון הזכות לקניין, כלול בגדר התחייבות כזו (ראו, למשל, דו"ח מזכ"ל האו"ם בעניין השפעת ההתנחלויות על זכויות אדם U.N. Secretary General, Israeli Settlements in the Occupied (Palestinian Territory, U.N. Doc. A/71/355 (Aug. 24, 2016).

142. יש קונצנזוס בינלאומי רחב על כך שהוראת סעיף 6)49) משקפת דין בינלאומי מנהגי. הצלב האדום, במחקרו המשפיע בדבר המשפט ההומניטרי המנהגי במשפט הומניטרי, קבע כי הוראה זו משקפת משפט מנהגי (JEAN-MARIE HENCKAERTS & LOUISE DOSWALD BECK, CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, Vol. 1: Rules, Rule 13). מועצת הביטחון, שהחלטותיה מחייבות את ישראל במישור הבינלאומי נוכח סעיפים 25 ו-103 למגילת האו"ם, קבעה כי ההתנחלויות הישראליות מהוות הפרה "בוטה" (flagrant violation) של הדין הבינלאומי וגינתה את הפקעת הקרקעות שמשנה את הרכבם הדמוגרפי, אופיים מעמדם של השטחים (החלטה 2334, סעיף 2). הוראות החוק סותרות חזיתית את המשפט הבינלאומי בעניין זה, משום שהן נועדו ליתן תוקף לפעילות אשר פוגעות בזכויות פרטים ומנוגדות להחלטות מועצת הביטחון.

143. מעבר לכך שהחוק מפר את המשפט הבינלאומי במישור אחריותה של המדינה, הרי שבהטלת החובה על המפקד הצבאי לפעול מכוחו ולנקוט באמצעי הפוגע בקניין פרטי על מנת לאפשר את המשך ביסוסה והתפתחותה של התיישבות ישראלית על אותו הקניין (כפי שקבוע בסעיף 1 לחוק ההסדרה), מטיל המתוקק על האחרון חובה לפעול באופן העלול לעלות כדי פשעי מלחמה. בתוך כך, האחריות הפלילית אף עשויה לחול על גורמים אזרחיים הממונים על פעולות הצבא. ביום 16.1.2015 פתח משרד התובעת בבית הדין הפלילי בהאג בבחינה מקדמית של המצב בגדה המערבית ועזה. חוק ההסדרה עלול לעלות להוות הזמנה לתובעת בבית הדין הפלילי בהאג לקדם את הבחינה המקדמית שהחלה בה לשלב החקירה: אמנת רומא מגדירה "פשע מלחמה", בין היתר, ככולל "The transfer, directly or indirectly, by the Occupying Power of parts of its own civilian population into the territory it occupies" (Art. 8(2)(b)(iii))

לפיכך, בין היתר, בוחנת התובעת את הדברים הבאים:

"Alleged settlement activities: The Israeli government has allegedly led and directly participated in the planning, construction, development, consolidation and/or encouragement of settlements on West Bank territory. This settlement activity is allegedly created and maintained through the implementation of a set of policies, laws, and physical measures. Such activities are alleged to include the planning and authorisation of settlement expansions or new construction at existing settlements, including the regularisation of constructions built without the required authorization from Israeli authorities (so-called outposts); the confiscation and appropriation of land; demolitions of Palestinian property and eviction of residents; discriminatory use of basic infrastructure and resources, such as water, soil, grazing lands, and market; imposition of other forms of access and movement restrictions upon Palestinians; and a scheme of subsidies and incentives to encourage migration to the settlements and to boost their economic development." (Office of the Prosecutor, ICC, Report on Preliminary Examination Activities 2016, ¶130, (Nov. 14, 2016).

144. דברים אלה מדגימים שחוק "ההסדרה" ("regularization", בלשון התובעת) נופל בבירור בגדר החשדות אותן בודקת התובעת, לגבי פעולות הקשורות לכאורה להעברה במישרין או בעקיפין של אוכלוסייה לשטח הכבוש. זאת ועוד, אף "שימוש מפלה" בקרקע הינו חלק מהחשדות אותן בודקת התובעת. גם בכך פגום החוק, שכן הוא מחיל את "ההסדרה" רק לגבי פלישות למקרקעין פרטיים שבוצעו על ידי יהודים, ומכוחו קרקע פרטית וציבורית תופקע ותוכרז, בהתאמה, לצורך שימוש ייחודי ובלעדי של יהודים.

145. הדברים חלים ביתר שאת לגבי מצבים בהם מדובר בהפקעת מקרקעין פרטיים. תיק יהיה קביל בבית הדין הפלילי בהאג (admissible) אך אם הוא עומד בדרישות של חומרה (gravity) (על-פי סעיף 17(1)(d) לחוקת רומא). חומרה, על פי פסיקת בית הדין והפרקטיקה של משרד התובעת, תיבחן לאור ההיקף, האופי, ואופן ביצוע הפשעים, וכן לאור השפעתם (ראו, למשל The Office of the Prosecutor of the ICC, Situation on Greece and Cambodia, Article 53(1) Report, Registered Vessels of Comoros (Nov. 6, 2014)). הפקעה או תפיסה של מקרקעין פרטיים שלא כדין תיתפס כחמורה יותר

מאשר השתלטות על מקרקעין שאינם פרטיים (אף כי שתי התפיסות תהיינה בלתי חוקיות), ובפרט לאור היקף התפיסה (החל לפי דברי ההסבר לחוק ביחס ליחידות דיור רבות מאד), והשימוש בחוקי המדינה הכובשת כדי להכשיר את התפיסה. בעניין זה, קבעה התובעת כך:

“The manner of commission of the crimes may be assessed in light of, inter alia, the means employed to execute the crime, the extent to which the crimes were systematic or resulted from a plan or organised policy or otherwise resulted from the abuse of power or official capacity (Office of the Prosecutor Policy Paper on Case Selection and Prioritisation, ¶40 2016).”

146. אף ללא צורך להתייחס לעבירת העברת האוכלוסין, אמנת רומא מגדירה כפשע מלחמה גם תפיסה של רכוש פרטי כאשר הדבר אינו נדרש לחלוטין לצרכי המלחמה: “Destroying or seizing the enemy’s property unless such destruction or seizure be imperatively demanded by the necessities of war” (Art. 8(2)(b)(xiii)) ה”תפיסה” על פי חוק ההסדרה כלל אינה מתיימרת להיות לתכלית צבאית. כל תכליתה היא מדינית: הגנה על האינטרסים של המתנחלים המצויים בשטח הפרטי, וזאת על חשבון האזרחים המוגנים.

147. נוכח זאת, יש חשיבות מיוחדת לביקורת השיפוטית האפקטיבית של בית המשפט העליון. זאת משום שסמכותו של בית הדין הפלילי בהאג קמה אך במצבים בהם המדינה הרלוונטית אינה מעוניינת, או אינה יכולה, לחקור, להעמיד לדין או להעניש בגין המעשים המדוברים בעצמה (סעיף 17 לאמנת רומא). כאשר הכנסת קובעת בחקיקה ראשית כללים המפרים באופן כה בוטה את המשפט הבינלאומי, יש לכך השלכה מרחיקת לכת על תפיסתה של המדינה כמי שנכונה לקיים בעצמה את הוראות הדין הבינלאומי, נוכח עקרון המשלימות. הדבר נכון אף לרשות השופטת. הותרת החוק בעינו על ידי בית המשפט (מכוח דחיית העתירה “על הסף” או לגופה) עלולה לחזק אף יותר את תפיסה זו, ולהציג את מערכת המשפט הישראלית בכללותה ככזו ש”אינה יכולה או מעוניינת” (“unable or unwilling” לפעול כנגד ביצוע הפשעים המנויים באמנת רומא).

148. יתר על כן, הפקעה או תפיסת רכוש פרטי שאינה נדרשת לשם צורך צבאי מהווה פשע עלפי המשפט הבינלאומי אף מחוץ למסגרת של בית הדין הפלילי בהאג. אשר על כן, הוצאתן לפועל של הוראות חוק ההסדרה עלולות להעמיד את המפקד הצבאי בסיכון לאחריות פלילית על פי סמכות פלילית אוניברסלית (קרי – להעמדה לדין במדינות שלישיות) (ראו, לדוגמה, ע”פ 336/61 אייכמן נ’ היועץ המשפטי לממשלה, פ”ד טו 2033 (1962); (Ex Parte Pinochet Ugarte 3 WLR 1,456 (H.L. 1998)). בחיובו את המפקד הצבאי לבצע מעשים שעלולים לעלות כדי פשעי מלחמה, החוק חושף את המפקד הצבאי – ורבים אחרים – לסכנת העמדה לדין כזו.

149. כך, סעיף 147 לאמנת ג’נבה הרביעית, מגדיר כ”הפרה חמורה” של האמנה – קרי, הפרה המקימה אחריות פלילית במשפט הבינלאומי אשר חובה על המדינות החברות

להפלייל, להעמיד לדין ולהעניש בגין ביצוען – ואף להפעיל סמכות אוניברסלית בעניין – תפיסה נרחבת של רכוש פרטי מקום בו לא קיים צורך צבאי (extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly). משמעות המושג unlawfully כאן, עניינו תפיסה שאינה מוצדקת על ידי מקור אחר במשפט הבינלאומי. חקיקה פנימית בפני עצמה לא יכולה להפוך תפיסה שהינה אסורה על פי המשפט הבינלאומי ל-lawful בהקשר של סעיף 147. המושג wantonly מתקיים אף הוא בענייננו, בשל ההפליה הבוטה שבסיס החוק וההיקף הגורף של הפגיעה בקניין שהחוק מאפשר.

150. החוק אף מחייב את המפקד הצבאי לפעול באופן שעלול לעלות כדי ביצוע פשע הביזה. תקנה 47 לתקנות האג קובעת כי "הביזה אסורה בהחלט". פעולת הביזה מוכרת כמקימה אחריות פלילית בינלאומית – בין אם בבית הדין הפלילי הבינלאומי (סעיף 8(2)(b)(xvi) לאמנת רומא) ובין אם מחוצה לו (Henckaerts & Doswald Beck, Rule 52). אכן, היסטורית, פשע הביזה התייחס בעיקר לתפיסה בלתי מאורגנת של רכוש פרטי על ידי חיילים בודדים, לטובת שימוש הפרטי. ואולם, לפחות מאז מלחמת העולם השנייה, הכירה הפסיקה הבינלאומית הפלילית בכך שעצם מעורבות המדינה אינה שוללת את אופיו של המעשה כביזה, ולבטח כאשר המדינה היא אך גורם מתווך בין בעלי הרכוש לבין המשתמש הפרטי, כבענייננו כאן (לעניין זה, ראו במיוחד US v. Carl Karuch et al (Military Tribunal VI Case No. 6) (1948)). אכן על פי פרשנותו המודרנית של פשע הביזה, מרכיב יסוד בעבירה הינו כי "The perpetrator intended to deprive the owner of the property and to appropriate it for private or personal use." (International Criminal Court, Elements of Crimes, Art. 8(2)(b)(xvi).

151. כך, בית הדין הבינלאומי הפלילי ליוגוסלביה קיבל כי עבירת הביזה משתרעת על "The destruction, taking, or obtaining by the accused of such property was committed with the intent to deprive the owner or any other person of the use or benefit of the property, or to appropriate the property for the use of any person other than the owner" (Prosecutor v. Delalic, Trial Chamber (Judgment, Case No 585) ¶1988 IT-96-21-T (1998). לפיכך, העבירה כוללת גם מהלך "כפול" של לקיחה: ראשית בתפיסת הרכוש, ושנית בהעברתה לשימוש פרטי – כאשר עצם מעורבות גורם מדינתי אינה מעלה ואינה מורידה. סעיף 2)3 לחוק ההסדרה, אשר עניינו תפיסה מדינתית והעברה לשימוש פרטי, נופל בדיוק להגדרה זו. העובדה שהועברו לבעלים פיצויים אינה מונעת קטגורית את הגדרת המעשה כביזה: החשוב הוא היעדר ההסכמה של הבעלים (Elements of Crimes, Art. 8(2)(b)(xvi).

152. יוצא, אפוא, שהוראות החוק מחייבות את המפקד הצבאי לבצע פעולות העשויות לעלות כדי פשעי מלחמה, בין אם ענייננו בפשע העברת האוכלוסין, ובין אם עניינו בפשע תפיסת רכוש פרטי ללא צורך צבאי, ובין אם ענייננו בפשע הביזה. לפיכך מדובר בחוק חסר

תקדים, אשר הופך על פניו ומרוקן מתוכנו את שלטון החוק, בכך שהוא מחייב ביצוע מעשים פליליים.

153. נוכח הדברים האמורים לעיל, מעל החוק מתנוסס דגל שחור: החוק עצמו, למעשה, כמוהו כפקודה בלתי חוקית בעליל היוצאת מהמחוקק ישירות למפקד הצבאי (השוו מר (מרכז) 3/57 **התובע הצבאי נ' מלינקי**, פ"ד מח' יז 90 (1958): לכל הפחות בקשר לפשע של תפיסת רכוש ללא צורך צבאי, הרי שכאן מדובר במטרתו המוצהרת של החוק. אכן, אין שולי עמימות, אין "שיקולי בטחון" ואין כל אצטלה אחרת שעשויה "להלבין" חוק זה, ולו באופן אשר שולל את אי-חוקיותו הברורה על פניה – גם למפקד הצבאי עצמו – על פי הדין הפלילי הבינלאומי. ככזו, היא מעמידה את המפקד הצבאי במצב בלתי אפשרי: יפעל בהתאם לחוק, עלול הוא לבצע פשע מלחמה; יימנע מלפעול, יימצא מפר את הדין הישראלי.

154. יש לזכור כי, בהקשר זה, מושכלת יסוד בדין הבינלאומי היא כי אין בכוחו של חוק להכשיר פשע בינלאומי. בעניין **אייכמן** קבע השופט אגרנט כי פשעים בינלאומיים "חורגים כליל מתחומי סמכותה ה'ריבונית' של המדינה אשר ציוותה לבצעם או 'הכשירה' אותם בדיעבד, ולפיכך האנשים שהשתתפו באותם המעשים חייבים לתת בעצמם את הדין עליהם ואין בכוחם לחסות מאחורי האופי הרשמי של תפקידם-שליחותם או מאחורי 'חוקי' המדינה אשר מכוחם התחזו לפעול; דינם אינו אלא שווה לדינו של אותו אדם, אשר אין נותנים לו, שעה שביצע עבירה לצורך ענייניה של הקורפורציה, שהוא מייצג, להסתתר מאחורי האחריות הקולקטיבית המוטלת על זו האחרונה בגינה. לשון אחר, הנחת המשפט הבינלאומי היא, כי מן הנמנע שמדינה תוכל לתת גושפנקה למעשה הפוגע באיסוריו החמורים ומכאן הרעיון העומד במרכז המושג 'פשע בינלאומי': כי האדם שנתן את ידו לפשע שכזה נושא באחריות עונשית אינדיבידואלית. שאם לא תאמר כן, אינך אלא עושה פלסטר את הוראותיו הפליליות של משפט העמים" (עניין **אייכמן**, עמ' 2072).

4. חוק ההסדרה מנוגד לדיני זכויות האדם במשפט הבינלאומי

155. הוראות חוק ההסדרה מנוגדות אף למשפט זכויות האדם המחייב את ישראל. בשנים האחרונות התגבש קונצנזוס כי דיני זכויות האדם חלים באופן אקסטרטוריאל, לכל הפחות בשטח המצוי תחת שליטה אפקטיבית של המדינה (ראו למשל פרשת Al-Skeini, פס' 140-130 (2004); Human Rights ; Committee, General Comment 31 (2004); Wall Advisory Opinion, פס' 102-112). בנוסף, קיים קונצנזוס כי דינים אלה חלים, באופן כזה או אחר – כדין משלים כמו גם לצרכי פרשנות – לצד דיני התפיסה הלוחמתית (Wall Advisory Opinion, שם; הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 (ועדת טירקל), דו"ח שני, עמ' 58-63). בית המשפט זה התייחס לא פעם לדיני זכויות האדם כמקור משלים לדיני המשפט ההומניטרי (ראו, עניין **הוועד הציבורי נגד העניינים בישראל**, פס' 18; עניין **מרעב**, פס' 21).

156. חוק ההסדרה מפר שורה של זכויות אדם. ראשית, ההסדרים הקבועים בו, בהעדפתם המוחלטת את הפולש למקרקעין פרטיים ("המקיס", ראו פס' 31-32 לעיל) מהווים הפרה של החובה "לכבד ולהבטיח" את זכויותיהם של הפלסטינים תושבי האזור (האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966) סעיף 2(1)). חובה זו כוללת הן פן "שילי" ("לכבד") והן פן חיובי ("להבטיח"), כאשר הפן החיובי מחייב את המדינה להגן על זכויות הפרט כנגד הפרות המבוצעות בידי פרטים אחרים (General Comment 31, פס' 6, 8). הוראות חוק ההסדרה מפרות שני פנים אלה, משום שהן גם פוגעות אקטיבית בזכויות אדם (בנטילת הזכויות ברכוש), גם מכשירות פגיעה בזכויות אדם בידי גורמים פרטיים (בהלבנת נטילת הרכוש על ידי פרטים), וגם מונעות סעד אפקטיבי בעניין זה (שם, פס' 8).

157. החוק מפר את החובה הכללית שלא להפלות בהגנה על הזכויות המנויות באמנה (האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, סעיף 2(1)). בפרט, החוק מפר את הזכות להגנה שווה בפני החוק (ס' 26 לאמנה). המושג "הפליה" כפי שמוגדר ביני זכויות האדם הבינלאומיים, עניינו:

"any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life." (UN Human Rights Committee, General Comment 18 ¶6 (1989))

158. בעניינו, משום שהוא בא להיטיב עם אזרחים ישראלים בלבד – בין אם בהעברת רכוש של פלסטינים לישראלים ובין אם בהעברת רכוש ציבורי לישראלים בלבד – החוק מבצע הבחנה לאומית ואתנית פסולה לעניין כיבוד והגנה על זכויות אדם (וראו גם סעיף 1 לאמנה לביעור כל צורת ההפליה הגזעית (1965)). העובדה כי מדובר בשטח המצוי בתפיסה לוחמתית אינה מורידה מעניין זה. סעיף 2(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מטיל את החובה לכבד ולהבטיח זכויות אדם כלפי כל היחידים "בתחומה והכפופים לשיפוטה" של המדינה החברה; כאמור לעיל בפס' 85, המושג "הכפופים לשיפוטה" קובע אף יחידים המצויים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית.

159. בהעברתו של רכוש פרטי לטובת מי שפלו אליו, מהווה החוק פגיעה קשה בזכות לקניין המעוגנת בס' 17 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, ובדין הבינלאומי המנהגי (השוו: הפרוטוקול לאמנה האירופית לזכויות אדם, סעיף 1 (1952), המגילה האפריקאית לזכויות אדם ולזכויות עמים, סעיף 14 (1981); האמנה האמריקאית לזכויות אדם, סעיף 21 (1969)). אכן, כמו בדין החוקתי הפנימי, ההגנה על הקניין בדין הבינלאומי אינה מוחלטת. כך, למשל, סעיף 1 לפרוטוקול לאמנה האירופית קובע כי "Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international

“The preceding provisions shall not, however, in any way, law; ובהמשך הדברים, impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest [...]”

160. על פי פסיקתו של בית המשפט האירופי לזכויות אדם, יש לקרוא את זכות זו באופן משולב, כך שנטילת רכוש פרטי יכולה להיות מותרת כאשר היא נעשית לטובת "תכלית לגיטימית", אשר כוללת בחובה את "האינטרס הציבורי", שהינו למעשה גם "האינטרס הכללי" (ראו למשל 111, ¶98, Beyeler v. Italy, (2000)). ברי, כי כאשר עצם הנטילה הינה לטובת קבוצה לאומית-אתנית מסוימת, שהיא קהילת הרוב של המעצמה הכובשת, אפריורית היא אינה יכולה להיות לטובת "האינטרס הציבורי" או "האינטרס הכללי". לשון אחר, כוחה של המדינה לפגוע בקניין אינו גובר על חובתה הבסיסית שלא להפלות.

161. במסגרת הדיון בחוק ההסדרה הוזכר לעיתים "המודל הקפריסאי" – הכינוי שניתן בישראל למנגנון הפיצוי שהוקם על ידי הרפובליקה של צפון קפריסין (שעל פי המשפט הבינלאומי היא שטח קפריסאי כבוש על ידי טורקיה) (לעניין "המודל הקפריסאי" ראו עמיתי 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, פברואר 2017, 6). המנגנון קובע הסדר ליישוב תביעות של תושבי צפון קפריסין שגורשו או ברחו לדרום קפריסין ושנכסיהם הוחרמו הועברו לידיים פרטיות אחרות על ידי הממשל המקומי.

162. בפרשת Demopolous v. Turkey (2010), אישר בית הדין האירופי לזכויות אדם את היות המנגנון סעד מקומי לגיטימי למתן פיצויים לתובעים. אולם, ההכרעה הזו אינה רלוונטית לענייננו, וזאת ממספר טעמים: ראשית, הפסיקה המדוברת עוסקת ביישומה של האמנה האירופית לזכויות אדם, ולא ביישום של דיני התפיסה הלוחמתית (השוו את פסיקת בית המשפט האירופי בעניין חסן: Hassan v. UK (2014)). דיני זכויות האדם אינם מקנים לממשלה כוח להפר איסורים הקבועים באופן מפורש בדיני התפיסה הלוחמתית (לסוגיה זו ראו Aeyal M. Gross, *Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation?* 18 EUR. J. INT'L (2007) 1). שנית, פסק-הדין שדן במודל הקפריסאי אינו עוסק בבחינת חוקיותה של פעולה שלטונית – להיפך, הוא יוצא מנקודת הנחה כי הזכות לקניין הופרה, וכל כולו עוסק בשאלה מהו הסעד הראוי בנסיבות אלו. שלישית, בית הדין האירופי אישר את החוקיות של מנגנון הסעדים רק לאחר שהוא תוקן כך שיכלול אפשרות להשבה בעין של נכסי המקרקעין, ולא רק לפיצויים. חוק ההסדרה אינו כולל מרכיב זה באופן ברור או מחייב.

163. נוסף על אלו, המנגנון עוסק בנסיבות שונות לחלוטין מאלו שבהן נחקק חוק ההסדרה: בעלי הנכסים נמצאים מזה שנים רבות ביחידה האחרת מזו שבה נכסיהם, ובה הם נהנים מזכויות אדם על פי המשפט החוקתי והבינלאומי גם יחד, והמתזיקים בנכס

בעניין זה, משום שאין דינה של קביעה שדין מקומי קודם – שמעמדו מוגן על פי הדין הבינלאומי – גובר על הוראות ספציפיות של המשפט הבינלאומי, כדינה של קביעה שדין ישראלי חדש גובר על המשפט הבינלאומי החל באזור.

167. בפרשת **שטיינברג** קבע בית המשפט כי הדין הישראלי בדבר חובת גיוס גובר על הוראות המשפט הבינלאומי אשר אוסר על גיוס תושבים בשטח מוחזק (שם, פס' 5). ואולם, בפרשת **שטיינברג** העותר היה חלק מהקולקטיב היהודי-ישראלי, וניתן לומר כי החקיקה הישראלית מייצגת את הסכמתו במסגרת האמנה החברתית הישראלית. בפרשת **סגידה** קבע בית המשפט כי הסמכות לכלוא את תושבי האזור בתחומי ישראל, מכוח תקנה 6(ב) לתקנות שעת-חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשכ"ז-1967, גוברות על דיני התפיסה הלוחמתית (עמ' 809, 815-814). ואולם, בפרשה זו, עסקינן בהסמכת רשויות הכליאה הישראליות לכלוא אזרחים מוגנים בתוך תחומי ישראל. בשל הקשר הטריטוריאלי בין הפעלת הסמכות ומדינת ישראל, ניתן להגן, תיאורטית – ומבחינת הגיונו של הדין הישראלי הפנימי – על הקביעה כי דין פנימי גובר במקרה זה.

168. ואולם, בעניינו של חוק ההסדרה מדובר במצב שונה וחסר תקדים. הכלל לפיו "דין פנימי גובר", שהינו כלל מקובל במערכות משפט דואליסטיות אנגלו-אמריקאיות, מבוסס בראש ובראשונה על הרעיון הדמוקרטי (ראו, למשל, עניין **שטיינברג**, פס' 5). הרעיון הדמוקרטי גורס כי משום שמקור כוחה של המדינה טמון בהסכמת אזרחיה, הרי שכאשר רצונם של אזרחים אלה מתבטא באופן המנוגד לדין הבינלאומי, מערכת המשפט – אשר שואבת את כוחה גם היא מהסכמת האזרחים – מתויבת ליתן קדימות לדין הפנימי (ראו, לעניין זה, תומר ברודי, "מעמדו של המשפט הבינלאומי במשפט המדיני", **משפט בינלאומי** 65 (רובי סיבל ויעל רונן, עורכים 2016)). ואולם, הנחת יסוד זו מניחה כי קיים קשר בין הקבוצה הקובעת את הרצון הדמוקרטי לבין הקבוצה המושפעת מהדין (למשל, כפי שהיו העובדות עניין **שטיינברג**), או, לכל הפחות, שקיים קשר טריטוריאלי בין המדינה לבין מקום תחולת הדין (למשל, כפי שהיה בעניין **סגידה**).

169. חוק ההסדרה, מנגד, קובע חובה לפעול בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. בשטח זה, מקור הסמכות אינו הדין הישראלי, ואף אינו נובע מהסכמת האזרחים המקומיים (ראו פס' 71 לעיל). החוק משפיע לרעה על תושבים שאינם יכולים ליטול חלק במערכת הדמוקרטית הישראלית. במצב זה, נשלל לחלוטין הרציונל המצדיק את הקביעה כי הדין הישראלי גובר על המשפט הבינלאומי. לסיכום נקודה זו, דין פנימי הסותר חזיתית את הדין הבינלאומי אינו גובר על האחרון, מקום בו השליטה בשטח מבוססת אך ורק על הדין הבינלאומי ומקום השפעתו היחידה של הדין היא מחוץ לתחומי המדינה, וכלפי פרטים שאינם חברים בקבוצה הדמוקרטית הקובעת את חוקי המדינה.

170. לחלופין, נדרש לכל הפחות לפרש את חוק היסוד בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי. כלל יסוד בפסיקתו של בית המשפט, כי ככל הניתן בית המשפט יפרש את הוראות החוק הפנימי כעולות בקנה אחד עם הדין הבינלאומי (ראו למשל דנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, פס' 20 מפי הנשיא ברק (2000)). זוהי "חזקת ההתאמה הפרשנית". הטענה כי "חזקת ההתאמה הפרשנית" חלה אף כלפי פרשנותם של חוקי היסוד הועלתה בפני בית משפט זה אך הוא לא הכריע בה לכאן או לכאן (השוו, בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פס' 57 (2013)). בענייננו, לא נדרשת החלטה עקרונית בסוגיה זו, לאור ייחודיות המקרה. הכנסת בחרה לחוקק בנוגע לאופן הפעלת סמכות שמקורה אינו בחקיקת הכנסת עצמה, אלא במשפט הבינלאומי. נוכח זאת, אך הגיוני כי כאשר בית המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית על חוק זה – החל בשטח שהבסיס לדינים בו הוא המשפט הבינלאומי – הוא "יקרא" לתוך חוק היסוד את כללי המשפט הבינלאומי, אשר כאמור, מהווים את המקור החוקי לסמכות מלכתחילה. בכך יתן בית המשפט ביטוי לאופי המעין-חוקתי של הוראות היסוד של המשפט הבינלאומי החלים באזור, השאובים מדיני המשפט הבינלאומי ההומניטרי ודיני זכויות אדם, ויתאים את הוראות חוק היסוד להקשר בו חוק ההסדרה מבקש לחול.

171. דוגמה ראויה לכך היא הקביעה בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, בסעיף 1 לחוק, כי "חוק זה נועד להסדיר את כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, אשר אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה, בדרך העולה בקנה אחד עם מחויבותיה של מדינת ישראל לפי הוראות המשפט הבין-לאומי ההומניטרי". במקרים מסוג זה, ובהם נכלל גם חוק ההסדרה, יש לקרוא הוראה מסוג זו לתוך החוק, גם אם לא נאמרה בו במפורש. כאמור, במקרה זה אין צורך להכריע בשאלת תחולת החזקה על כל חקיקה של הכנסת. עם זאת, לגבי חקיקה הנושאת את המאפיינים הייחודיים של חוק ההסדרה, קרי, החלת החוק בשטח בו החוק הישראלי בכללותו אינו חל, וכלפי פרטים שאינם חלק מהקולקטיב הדמוקרטי הישראלי, החלת החזקה מתבקשת.

172. אכן, בית המשפט פרש בעבר הוראת חוק והוראות חוקי יסוד לאור כללי המשפט הבינלאומי. קל וחומר שלמצער, עליו לעשות כן בהקשר מובהק זה. אכן, אין כל מניעה כי בפרשנותו את הוראות חוק היסוד ייתן בית המשפט משקל – ולו כמשקל משכנע – להוראות הדין הבינלאומי בכל הקשור ליישום, כפי שעשה במקרים רבים בעבר. (ראו, למשל, פרשת אדם, שם בחן בית המשפט את חוקתיות החוק למניעת הסתננות, ובמיוחד את אופן החלת פסקת ההגבלה בין היתר תוך התבססות – כעניין משכנע – על הוראות המשפט הבינלאומי (למשל, בפס' 78, 91-92, 106-107)).

173. חוק ההסדרה הוא חוק שאין לו תקדים במשפט הישראלי ומן הראוי שלא יהיה לו. זהו חוק שגורם פגיעה חמורה, שאינה ניתנת להצדקה, בשורה ארוכה של עקרונות יסוד של המשפט החוקתי של מדינת ישראל ושל המשפט הבינלאומי. חוק ההסדרה מבטא יומרה של כנסת ישראל להסדיר את משטר הקרקעות בשטח שאינו נתון לריבונות ישראל ואשר הכפופים לו אינם אזרחי ישראל. חוק ההסדרה מבטא העדפה בוטה של אינטרסים של אזרחים פורעי חוק, שפעלו תוך רמיסת זכויותיהם של בעלי הזכויות במקרקעין ותוך הפרת דיני התכנון והבנייה, העדפה שמבטאת פגיעה שלא כדין בזכויות חוקתיות ובאינטרס הציבורי. לאור כל זאת, דינו של חוק ההסדרה בטלות.

174. לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להעניק למבקשים רשות להצטרף להליך במעמד של ידיד בית המשפט, ולאור עמדתם המפורטת לעיל, לקבל את העתירה ולהורות על בטלותו של חוק ההסדרה.