

בג"ץ 1308/17
בג"ץ 2055/17

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

העותרים בבג"ץ 1308/17: עיריית סלואד ואח'

ע"י ב"כ עו"ד סואהד בשארה ואח'
מעדאלה- המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רחוב יפו 94 ת.ד. 8921 חיפה 31090
טל: 04-9501610, פקס: 04-9503140
דוא"ל: suhad@adalah.org
ועו"ד סולימאן שאהין ממרכז ירושלים לזכויות אדם
רח' אבן בטוטה 14 ירושלים 91200 ת.ד. 20166
טלפון: 02-6272982, פקס: 02-6264770

העותרים בבג"ץ 2055/17:

ראש מועצת הכפר עין יברוד ואח'
באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ואח'
מרח' דוד חכמי 12 תל אביב 6777812
טל: 03-6206947, פקס: 03-6206950
וכן עו"ד דן יקיר ואח'
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75 תל אביב 6515417
טל: 03-5608185, פקס: 03-5608165

נגד

המשיבים בבג"ץ 1308/17:

1. הכנסת
2. המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון
3. ממשלת ישראל
4. המועצה האזורית מטה בנימין

המשיבים בבג"ץ 2055/17:

1. הכנסת
2. ממשלת ישראל
3. היועץ המשפטי לממשלה
4. הפרקליט הצבאי הראשי
5. מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון
6. ראש המינהל האזרחי
7. הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש במינהל האזרחי
8. המועצה האזורית מטה בנימין

משיבה 1 בשתי העתירות (הכנסת)
באמצעות היועץ המשפטי של הכנסת
הכנסת קריות בן גוריון, ירושלים
טל: 02-6408638, פקס: 02-6753495

משיבים 2-3 בבג"ץ 1308/17 ומשיבים 2,4,5,6,7 בבג"ץ 2055/17

באמצעות ב"כ ד"ר הראל ארנון
מרח' הרטום 16 ת.ד. 45151 ירושלים 9145101
טל: 02-6509100, פקס: 02-6509110
משיב 3 בבג"ץ 2055/17 (היועמ"ש)
באמצעות פרקליטות המדינה
משרד המשפטים ירושלים
טל: 02-6466101, פקס: 02-6467011

משיבה 4 בבג"ץ 1308/17 ומשיבה 8 בבג"ץ 2055/17 מוא"ז

בנימין

ע"י ב"כ עו"ד שמחה דן רוטמן ואח'
מרח' הלל 18 ירושלים
טל': 052-8743868 פקס: 077-4449672
דוא"ל sdr3868@gmail.com

פרופ' דוד אנוך ו-27 אח'

ע"י ב"כ עו"ד באנה שגרי-בדראנה ו/או סוריא בשארה
מהקליניקה לזכויות אדם בינלאומיות
הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית,
הר הצופים, ירושלים 91905
טלפון: 02-5882554 פקס: 02-5882544
דוא"ל: law_clinics@savion.huji.ac.il

המבקשים להצטרף
כידיד בית המשפט:

תגובה מקדמית מטעם המועצה האזורית מטה בנימין לעתירות

בהתאם להחלטות כב' בית המשפט מיום 26.6.2017 ומיום 12.7.2017 מתכבדת המועצה האזורית מטה בנימין (להלן: "המועצה") להגיש את תגובתה המקדמית לעתירות.

שתי העתירות מבקשות מבית המשפט לקבוע כי החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון התשע"ז-2017 (להלן: "חוק ההסדרה") בטל. לחילופין מבקשים העותרים בבג"ץ 1308/17 כי בית המשפט יקבע שחוק ההסדרה חסר תוקף בשטחי יהודה ושומרון, והעותרים בבג"ץ 2055/17 מבקשים כי בית המשפט יורה לגורמי השלטון השונים, המשיבים 3-7 בעתירה, להימנע מליישם את הוראות החוק.

בנוסף, עתרו שתי קבוצות העותרים לצו ביניים לפיו עד להכרעה בעתירה, לא יוחל ביישומו של החוק בטענה לפיה התחלת יישומו של החוק, תייצר ציפיות לצדדים שלישיים (העותרים בבג"ץ 2055/17) או תגרום לעותרים 1-17 לנזק בלתי הפיך (העותרים בבג"ץ 1308/17).

מבוא ותמצית

1. המועצה האזורית מטה בנימין תטען כי לא זו בלבד שחוק ההסדרה תקף, ואין כל עילה במשפט הישראלי או הבינלאומי לבטלו, אלא שאין כל מקום למתן צו ביניים גורף בקשר ליישום החוק, כאשר העותרים לא הראו, ואף אינם יכולים להראות כי החלת יישומו של החוק עלולה לייצר פגיעה כלשהי בהם או באינטרס או בזכות כלשהי שלהם. על אחת כמה וכמה פגיעה בלתי הפיכה.
2. בנוסף, תטען המועצה כי עצם שמיעת עתירה בנוגע לתוקפו של חוק הכנסת שניתן ליישום בדרכים רבות, ללא הבאת מסכת עובדתית קונקרטית בפני בית המשפט העליון וטענה של עותר ממשי שזכותו על פי החוק נפגעת, מייצרת דיון אקדמי ותיאורטי בדבר נורמות מתחום המשפט הבינלאומי, ואף מתחום המשפט החוקתי הישראלי, באופן שאינו נדרש ואינו נצרך.
3. לא בכדי קיימת זהות כמעט מוחלטת בין הטענות שהעלו אנשי האקדמיה שביקשו להצטרף להליך, לבין הטענות שהגישו העותרים בעתירות השונות. אלה כאלה, בחרו לעסוק בחוק באופן תיאורטי גרידא ואקדמי, ומבקשים מבית המשפט לקבוע שבעצם קיומה של הנורמה החוקית, עוד לפני התנגשות כלשהי בינה לבין זכות של אדם ממשי, יש פגם היורד עד לשורשה.
4. המועצה תטען שרק מתוך ניתוק מוחלט ממסכת העובדות ההיסטוריות ומהמציאות העובדתית והמשפטית בשטח וגם מהכללים החלים בתחום המשפט הבינלאומי, ניתן לטעון נגד תכליתו הראויה של החוק, או נגד היותו מידתי ועולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.
5. הניתוק מהכללים החלים בתחום המשפט הבינלאומי, כפי שאלה הוסברו על ידי משפטנים ידועי שם בעולם עוד בשנות ה-60 וה-70 של המאה החולפת, ואשר עליהם מבוססת עד היום עמדתה הרשמית של מדינת ישראל, כמו גם מהמציאות הנוהגת בעולם בתחום המשפט הבינלאומי, הוביל לטענות בדבר חלות הדין הבינלאומי בשטחי יהודה ושומרון, ובדבר היותו של החוק מנוגד לנהוג ולמקובל בקרב מדינות העולם, ולדיני המשפט הבינלאומי ההומניטארי.
6. כנגד אותו ניתוק אקדמי, תביא בתגובה זו המועצה האזורית מטה בנימין – המועצה האזורית הגדולה בארץ, ששטח השיפוט שלה משתרע על כמיליון דונם, בין אזור בקעת הירדן ממזרח ועד שפלת לוד ממערב, ובין השומרון מצפון ועד פרוזדור ירושלים מדרום – כמה עובדות מהשטח, שבשיח המשפטי התיאורטי, נשכחו מלב.

7. כנגד אותן "זכויות" תיאורטיות, שעלולות להיפגע לטענת העותרים, תביא בתגובה זו המועצה האזורית מטה בנימין את העובדות בדבר זכויות קניין, זכויות חוזיות, אינטרסים של הסתמכות והבטחות מנהליות שניתנו לאנשים בשר ודם, שבתום לב, רכשו מאת מדינת ישראל מגרשים, בתים ודירות. או את הזכויות הממשיות, והלא-תיאורטיות, של חברי קהילות שלמות, שהשקיעו את כספם, חלבם ודמם, בבניית בתיים, בנטיעה, זריעה והתיישבות, בתום לב, ותוך הסתמכות על פעולותיה והצהרותיה של הממלכה, מדינת ישראל, ושל שלוחיה במנהל האזרחי ובמשרדי הממשלה השונים.
8. כנגד אותן טענות תיאורטיות ומנותקות, המתיימרות לסייע לפיקציה דמיונית של "הגנה" על "תושבים מוגנים", תציג המועצה את הפגיעה היומיומית שהיעדר חקיקת חוק ההסדרה או עיכוב כניסתו לתוקף, יוצרים לחיי תושבי האיזור, **יהודים וערבים כאחד**. את הפגיעה בנגישות למים זורמים, את סיכון החיים של המשתמשים בדרכים, ללא אבחנה בין דם לדם, שיוצרות תשתיות תחבורה לקויות, את הביורוקרטיה הבלתי נסבלת בתחום הקרקעות בתחומי יהודה ושומרון, הן מבחינת החקיקה והן מבחינת המרשם, שמונעת תכנון וביצוע של פרויקטים לרווחת תושבי האיזור, כמו גם הסדרה תכנונית רטרואקטיבית, שבתחומי מדינת ישראל היא כמעט טריוויאלית, תוך אפליה חמורה על בסיס מקום מגורים בין אזרחי מדינת ישראל.
9. המועצה תטען שמחובתו ומתפקידו של בית משפט זה לראות מבעד למסווה שעטו עליהם חלק מהעותרים, בחוסר נקיין כפיים, שבמראית עין של דאגה לזכויות הקניין של התושבים הערבים ביהודה ושומרון, פועלים בשירות חוקי ה"זבור" וה"גזנגה" של הרשות הפלסטינית, הקובעים ומבצעים עונשי מוות למי שמנסה לממש את אותה זכות קניין, ולמכור את הקרקע שלו ליהודי.
10. המועצה תטען שכניסתו לתוקף של חוק ההסדרה והקדמת יישומו, יצמצמו את הפגיעה בזכות הקניין וייטיבו את מצבם הן של בעלי הקרקע, יהודים וערבים כאחד, והן של המחזיקים בקרקע, יהודים וערבים כאחד, שחוק ההסדרה חל על שטח שבבעלותם או בהחזקתם.

תוכן

- 3..... מבוא ותמצית
- 7..... רקע בדבר הצורך בחוק ההסדרה ותכליתו
- 7..... המצב ה'לא נורמלי' - אחריותה של מדינת ישראל להיווצרותו
- 8..... המצב הלא נורמלי – מעמד הקרקעות
- 9..... המצב הלא נורמלי – מעמד הקרקעות – הליכי הרישום והעיון בו
- 9..... המצב הלא נורמלי – מעמד הקרקעות – תנאי השוק והחשש לחיי פלסטינים המוכרים קרקע
- 10..... המצב הלא נורמלי – מעמד הקרקעות – דיני רכישה לצרכי ציבור והפקעה
- 11..... המצב הלא נורמלי – מעמד הקרקעות – סיכום ביניים
- 11..... המצב הלא נורמלי – הקמת יישוב על אדמות מדינה
- 12..... המצב הלא נורמלי - תכנון
- 14..... המצב הלא נורמלי – המסר הכפול
- 14..... המצב הלא נורמלי – המסר הכפול – דוגמת עפרה
- 15..... המצב הלא נורמלי – דוגמת עלי
- 16..... רקע – תכליות נוספות לחוק ההסדרה
- 16..... רקע – תכליות נוספות לחוק ההסדרה – הזכות לחינוך כדוגמא
- 17..... רקע – תכליות נוספות לחוק ההסדרה – תשתיות חיוניות לכלל תושבי האזור
- 18..... רקע – חוק ההסדרה – תכלית החקיקה
- 18..... רקע – תכלית אובייקטיבית – חובה המוסרי והבינלאומי של מדינת ישראל ושל המפקד הצבאי
- 20..... רקע לחקיקת חוק ההסדרה - סיכום
- 21..... טענות מקדמיות וטענות סף
- 21..... העתירות אינן בשלות, נגועות בכוללניות, תיאורטיות ואינן מבוססות
- 23..... היעדר זכות עמידה של העותרים
- 23..... היעדר זכות עמידה – עותרים ציבוריים
- 24..... היעדר זכות עמידה של העותרים שהם גורמים מדיניים זרים
- 25..... היעדר זכות עמידה של העותרים שלא הראו עניין אישי
- 25..... טענות מקדמיות ועילות סף – סיכום
- 26..... דין העתירות, דחייה גם לגופן
- 27..... סמכות הכנסת לחוקק
- 29..... טיב ההסדרים שבחוק ההסדרה
- 29..... טיב ההסדרים שבחוק ההסדרה – היעדר אפליה
- 30..... טיב ההסדרים שבחוק ההסדרה - זמניות
- 30..... טיב ההסדרים שבחוק ההסדרה – הפיצו'
- 31..... טיב ההסדרים שבחוק ההסדרה – האם ההסדרים שבחוק ההסדרה אכן פוגעים בקניין?
- 31..... טיב ההסדרים שבחוק ההסדרה – השוואה לדינים קיימים
- 32..... שאלת הצורך הציבורי
- 34..... המבחן החוקתי – סיכום ביניים

36.....	המבחן החוקתי – הניסיון לקרוא לתוך חוקי היסוד את הדין הבינלאומי
37.....	הדין הבינלאומי
38.....	הדין הבינלאומי בעניין "כיבוש"/תפיסה לוחמתית – תחולתו ביהודה ושומרון
40.....	המשפט הבינלאומי – בהנחה שדיני התפיסה הלוחמתית חלים בשטחי יהודה ושומרון
40.....	המשפט הבינלאומי – בהנחה שהדין הבינלאומי חל בשטחי יהודה ושומרון – סמכות החקיקה של הכנסת
41.....	המשפט הבינלאומי – בהנחה שדיני התפיסה הלוחמתית חלים בשטחי יהודה ושומרון – האם שינוי הדין הנוהג הינו בניגוד לתקנות האג
42.....	המשפט הבינלאומי – בהנחה שדיני התפיסה הלוחמתית חלים בשטחי יהודה ושומרון – האיסור על הפקעת קרקע לצרכי התיישבות
43.....	דיני התפיסה הלוחמתית – בהנחה שהם חלים בשטחי יהודה ושומרון – הטענות לפשעי מלחמה
44.....	התייחסות נקודתית לפסקי דין ולעובדות לא נכונות שהובאו בעתירות
47.....	סיכום

ואלה נימוקי התגובה:

רקע בדבר הצורך בחוק ההסדרה ותכליתו

11.

"אילו חיינו במציאות 'נורמלית', כפי שנודמן לי לכתוב בעבר, הייתה נמצאת דרך לפצות את העותרים או לרכוש מהם את הקרקע במצב שבו ניצבים תשעה בתים בנויים בלב יישוב, שהסיכוי המעשי לשימוש של ממש על-ידי העותרים בקרקע שתפונה הוא קלוש, לשון המעטה. אך במציאות הטעונה שבה אנו חיים, הדברים אינם לעת הזאת, כנראה, בגדר האפשר. היה עלינו להידרש איפוא לפסק הדין החלוט כמות שהוא וליישמו, וכאן אנו מצויים".
באמירה זו ביקשתי להמחיש את המציאות חסרת הפשר לעתים שהיא מנת חלקנו, שהפתרון לה אינו מצוי בחצרי בית המשפט אלא בידי המדינאים, אך עלינו להכריע משפטית. (פסקה ב' בדברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, בג"ץ 5023/08 סעיד זהדי מוחמד שתאדה ואח' נ' שר הביטחון ואח'. החלטה מיום 27.2.2017) (ההדגשה שלי, ש.ד.ר.).

המצב ה'לא נורמלי' - אחריותה של מדינת ישראל להיווצרותו

12. תושבי יהודה ושומרון בכלל, ותושבי המועצה האזורית בנימין בפרט, לא חיים במציאות 'נורמלית'. מאז שכוחות צבא ההגנה לישראל שחררו את שטחי יהודה ושומרון בשנת 1967, הוקמו יישובים ישראלים רבים ביהודה ושומרון בכלל, ובתחומי המועצה בפרט, בגלוי, באופן רשמי ובשם המדינה. המדינה תכננה, מימנה תשתיות, עודדה בנייה, העניקה משכנתאות בתנאים טובים ועוד כהנה וכהנה פעולות שעוד ידובר בהן להלן. אולם, במהלך השנים, בשל קשיים מדיניים, פעלה ממשלת ישראל באופן מבלבל ביותר.

13. יישובים רבים הוקמו או הורחבו, כאשר יד אחת של המדינה בונה, ויד שנייה מדביקה צו הריסה. עין אחת קורצת, ועין שנייה זועמת. הסיבות לנקיטת דרך זו על ידי רשויות המדינה מגוונות, וניתן לחלוק על המניעים של הגורמים השונים המעורבים בה, **אולם על עצם קיומה של שיטה זו, אין חולק.**

14. עו"ד תליה ששון בחרה לתאר את הפעילות הזו מטעם המדינה כ"הפרת חוק"; אפשר להסכים למסקנה זו ואפשר שלא להסכים לה, אולם על העובדות עצמן אין חולק:

"לא זו אף זו: רשויות המדינה מדברות בשני קולות. לעיתים מאשרות ולעיתים מונעות. הכללים הפכו גמישים. יד אחת פועלת להקמת המאחוזים והאחרת משקיעה משאבים וכוחות בפינויים. מעשים אלה נעשו לא בידי יחידים בלבד. הקושי המיוחד טמון בכך שרשויות המדינה ורשויות ציבוריות הן שנטלו חלק בהפרות החוק. הן שמימנו בניה בקרקע ללא החלטות של הדרג המדיני וזאת בניגוד להחלטות הממשלה, ללא תוכנית בעלת סטטוס תכנוני כדין, ופעמים – בקרקעות שאינן אדמות מדינה, ובחלקן קרקעות פרטיות של פלסטינים.

רשויות המדינה ורשויות ציבוריות – הן שהפרו את החוק, הכללים, והנהלים שקבעה המדינה עצמה." (דו"ח ששון, עמ' 341). (ההדגשות שלי, ש.ד.ר.)

15. בכל הנוגע לאותה מציאות עובדתית, אין מחלוקת של ממש בין דו"ח ששון לדו"ח הוועדה בראשות השופט המנוח אדמונד לוי, שגם הוא התייחס לתופעה זו וקבע כי האזרחים שבנו את ביתם ביישובים אלה, שהוקמו תוך התנהלות דואלית של מדינת ישראל, הפכו למעשה ל"עבריינים בעל כרחם", "בקרקע שאת תמורת הזכויות בה מימנו מכיסם, ובאמצעות הלואות שנטלו מבנקים לאחר שהתקבל אישור מהמדינה לכך". (דו"ח על מעמד הבניה באזור יהודה ושומרון, א' בתמוז התשע"ב, 21.6.2012, (להלן: "דוח לוי"))

• דו"ח לוי מצורף לתגובה זו כנספח א

16. מציאות זו, תודגם בשני נספחים שמצורפים לתגובה זו, נספח היישוב "עלי" ונספח היישוב "עפרה". יצויין כי ניתן להדגים את המציאות הזו על מקומות רבים ויישובים רבים נוספים, אולם בשני יישובים אלה ניתן למצוא ייצוג נאה מתוך מנעד הסיטואציות שאותן נועד חוק ההסדרה לפתור ולהסדיר.

17. בשל העובדה שבדו"ח לוי, נכללת התייחסות מפורטת ליישוב עפרה, הנמצא בתחום המועצה, ובשל חשיבות התיאור לעניין אחריותה של המדינה, תובא הפסקה (מעמ' 56 לדו"ח לוי) בשלמותה:

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

18. כבר בשלב זה יוער כי המועצה תטען, כפי שנקבע בדו"ח לוי, כי להתנהלות זו מצד רשויות המדינה השונות -

"נודעת נפקות במישור המשפטי, והכוונה לדרך בה היתה אמורה להיות מובנת על ידי המתיישבים ביהודה ושומרון. להשקפתנו, אלה היו רשאים להניח כי הרחבתו של מפעל ההתיישבות, ותהא הגדרתו אשר תהא, הוא עניין בו הממשלה חפצה ואותו היא מעודדת." (דו"ח לוי, עמ' 42).

המצב הלא נורמלי – מעמד הקרקעות

19. לפני הגדרת המצב הלא נורמלי בעניין מעמד הקרקעות, יש להגדיר את המצב הנורמלי. במצב נורמלי:

- א. מתקיימים רישומי מקרקעין והליכי הסדר קרקעות.
- ב. המרשם הקיים פתוח לעיון הציבור.
- ג. המעוניין בקרקע לכל מטרה שהיא, יכול לעיין במרשם, לפנות לבעלים ולהציע להם לרכוש מהם את הקרקע ולשלם להם תמורה בתנאי שוק.
- ד. במידה שהבעלים לא מעוניין למכור את הקרקע, אולם יש צורך ציבורי בקרקע, לשלטון ישנה היכולת לבצע "רכישה לצרכי ציבור" או במינוח המקובל, "הפקעה", ולשלם את תמורת הקרקע לבעלים.

20. המצב המתואר לעיל, מתקיים בשטחי מדינת ישראל, והתקיים למעשה ברובו גם בשטחי יהודה ושומרון, עד שנת 1967 על ידי השלטון הירדני.

21. אולם מאז שנת 1967, בסדרה של פעולות ומחדלים מצידה של מדינת ישראל ומצדו של מפקד האיזור, הפך המצב לילא נורמלי.

המצב הלא נורמלי – מעמד הקרקעות – הליכי הרישום והעיון בו

22. הרישום והסדרי הקרקעות הופסקו בצו של המפקד הצבאי בשנת 1968 **בצו בדבר הסדר קרקעות ומים (יהודה והשומרון) (מס' 1737)**, (התשכ"ט-1968).

23. המרשם הקיים איננו פתוח לעיון הציבור. (ר' בעניין זה **צו בדבר מקרקעין (עיון במרשמים) (יהודה והשומרון) (מס' 1737)**, (התשע"ד-2014)). סוגיה זו עלתה בעבר בפני בית משפט נכבד זה בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים:

עניינו הרואות, כי בהתאם לדין הנוהג באי"ש, מרשם המקרקעין באזור אינו פתוח לעיון הציבור הרחב, וחשיפת המידע במרשם מותנית בהסכמת "בעל זכות במקרקעין", או בהעדר התנגדות מצדו. זאת, בשונה מהדין הנוהג בישראל, לפיו המידע המצוי בלשכת רישום המקרקעין פתוח לעיון כלל הציבור. (פסקה 31 בדברי כב' השופט א. שהם. רע"א 2505/16 איציק אנג'ל נ. המנהל האזרחי ביהודה ושומרון, ניתן ביום 22.12.2016) (להלן: **עניין אנג'ל**) (ההדגשות שלי, ש.ד.ר.).

המצב הלא נורמלי – מעמד הקרקעות – תנאי השוק והחשש לחיי פלסטינים המוכרים קרקע

24. הן בשל היעדר המרשם המסודר, והן בשל החיסיון על המרשם, רכישת קרקע ביהודה ושומרון הינה פעולה מורכבת. אולם במורכבות זו לבדה אין כדי להבהיר עד כמה המצב לא נורמלי. **בעניין אנג'ל**, טען המנהל האזרחי כי ביהודה ושומרון יש צורך:

"במנגנון גילוי מיוחד שתחולתו באי"ש, והרציונלים שבבסיסו מיוחדים לאי"ש והם: חשש לחייהם של פלסטינים המעורבים במכירת קרקעות; שמירה על פרטיות הצדדים לעסקה; החשש מזיוף; והבטחת השמירה על רכוש נטוש." (שם, פסקה 4 בדברי השופט י. עמית)

25. כבר בשלב זה יוער כי אותו חשש לחייהם של פלסטינים המעורבים במכירת קרקעות, שנעסוק בו בהרחבה בהמשך התגובה, מטיל צל כבד על טענות העותרים, ולפיהן כדי להגן על זכויות הקניין של בעלי הקרקע, יש להימנע מיישומו של חוק ההסדרה.

26. לא ברור כיצד הפקרת פלסטינים, המעורבים במכירת קרקעות והמנסים לממש את זכות הקניין שלהם, לסכנת חיים, עולה בקנה אחד עם חובותיו של המפקד הצבאי על פי המשפט הבינלאומי לשמירת חייהם וקנייניהם של תושבי האיזור, ודווקא תשלום פיצוי הולם בגין הפקעת הקרקע לצורך פיתוח האיזור, הוא המהווה הפרה חמורה של זכות הקניין ושל חובותיו של המפקד הצבאי.

27. יפים לטענה אבסורדית מעין זו דבריו של הסופר הבריטי, ג'ונתן סוויפט:

"יש בתוכנו עדת אנשים אשר גודלו מנעוריהם להוכיח, במילים אשר יכבירו לדבר הזה, כי הלבן הוא שחור והשחור - לבן; הכל לפי השכר אשר יתנו להם השוכרים אותם. לעדה הזו משועבדים כל יתר העם." (ג'ונתן סוויפט, מסעי גוליבר, חלק רביעי)

28. במצב הנורמלי, הנוהג במדינת ישראל, במדינות העולם, ואף על פי המשפט המקומי הנוהג ביהודה ושומרון, בידי הריבון נמצאת הסמכות להפקיע קרקעות פרטיות לצרכי ציבור.
29. במדינת ישראל מוסדרות סמכויות אלו ב-**פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943**, הקובעת במפורש סמכות לשר האוצר לרכוש לצורך ציבורי קרקע, ולשלם פיצוי לבעליה, גם ללא הסכמתו. כאשר סעיף ההגדרות, אשר תוקן בשנת 2010, קובע באופן מפורש את רשימת הצרכים הציבוריים שפריט 2 בה הוא "הקמה, הרחבה או פיתוח של יישוב", זאת מלבד סעיף סל המאפשר קביעה של צרכים ציבוריים נוספים בהתייעצות עם ועדת הכספים של הכנסת.
30. הפקעה יכולה להתבצע גם על ידי ועדה מקומית בהתאם להוראות פרק ח' **לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965**. כאשר רשימת הצרכים המופיעה בה שונה במקצת. בדרך הטבע לוועדה מקומית, בשל אופיה המוניציפלי, אין סמכות להפקיע קרקע לצורך הקמה או הרחבה של יישוב, שכן בכך תחרוג מתחומה המוניציפלי.
31. יצויין כי על פי שני דברי החקיקה הללו, ניתן להפקיע חלקים מסוימים בקרקע, אף ללא תשלום פיצויים לבעל הקרקע, ובכך לבצע פגיעה חריפה בהרבה מזו המוצעת בחוק ההסדרה. כך קובע ס' 20(א) לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) שכאשר ההפקעה מתבצעת למטרות מסוימות, לא ישתלמו פיצויים בגין הפקעה של עד 25% משטח המגרש. כאשר ההפקעה מתבצעת לפי ס' 190 לחוק התכנון והבניה, הרי שבאותם מקרים שטח המגרש שניתן להפקיע ללא תשלום פיצויים, עולה ל-40%.
32. גם בחוק המקומי החל ביהודה ושומרון, קיימת למפקד הצבאי סמכות לבצע הפקעה לצרכי ציבור. נוסח החוק המסמיך דומה מאוד לנוסח החוק הקיים במדינת ישראל, בנוסח הנרחב יותר, שנהג בפקודה המנדטורית, ומסמיך את המפקד הצבאי להפקיע קרקע לצורכי ציבור החוק הבסיסי הוא החוק הירדני – **חוק הקרקעות רכישה לצרכי ציבור, מס' 2 לשנת 1953** ועליו נוסף **צו בדבר חוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (יהודה ושומרון) (מס' 321)** התשכ"ט-1969.
33. בנוסף לסמכויות אלו הקיימות ביהודה ושומרון, למפקד הצבאי יש סמכות **לתפוס קרקעות (ולא להפקיע) לצרכים צבאיים וביטחוניים**. כאשר סמכות זו נובעת הן מהדין שחל באזור טרם כניסת כוחות צה"ל ליהודה ושומרון, הן מכח תחיקת הביטחון, והן מכח דיני התפיסה הלוחמתית שבדין הבינלאומי. ההבחנה בין שני סוגי נטילת המקרקעין הללו חשובה, ועוד נדבר בה בהמשך.
34. כבר בשלב זה יוער כי העותרים חוזרים בכתבי העתירה שוב ושוב על הטענה כאילו פסק הדין בג"ץ 390/79 **דויקאת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(1) 1 (1979) **(להלן: "עניין אלון מורה")** קבע קביעה בעניין היכולת להקים התיישבות על קרקע פרטית באמצעות הפקעה, בעוד שפסק הדין עוסק אך ורק בהקמת התיישבות אזרחית שאין בהקמתה מניע בטחוני, על קרקע שנתפסה **בתפיסה צבאית מכח סמכותו של המפקד הצבאי ככזה**, ולא מתוקף סמכותו כבא בנעלי השלטון האזרחי, וכפי שנאמר ברקע העובדתי באותו פסק דין:
- ביום 5.6.1979, יומיים לפני עלית המתנחלים על הקרקע, חתם תת אלוף בנימין בן אליעזר, מפקד איזור יהודה ושומרון, על צו בדבר תפיסת מקרקעין מס' 79/16. בראש הצו נאמר כי "בתוקף סמכותי כמפקד האזור, ומאחר והנני סבור כי הדבר דרוש לצרכים צבאיים הנני מצוה בזה לאמור: " ובגוף הצו מכריז על החותם של שטח כ-700 דונם, אשר הוגדר במפה שצורפה לצו, כ"נתפס לצרכים צבאיים". (שם, עמ' 5)
35. נשוב להפקעה לצרכי ציבור מכוח החוק המקומי: למרות ההסמכות המפורשות על פי הדין המקומי להפקיע קרקעות לצורך ציבורי, ועל אף שגזירה שווה מהחוק הישראלי ומאופן השימוש בו הייתה צריכה להוביל את המפקד הצבאי לעשות שימוש נרחב יותר בסמכותו

זו, עושה המפקד הצבאי שימוש בהפקעות אלה במשורה, ממניעיו שלו, שככל הנראה קשורים גם לשיקולים מדיניים ופוליטיים.

36. יצויין כי לצורך הקמת מעלה אדומים, הופקעו שטחים על פי החוק המקומי בהיקף נרחב בהתאם להחלטת ועדת השרים לצורך הקצאת קרקעות (החלטה מס' 385 מיום 30.3.1975) וכי לאורך השנים בוצעו הפקעות רבות על ידי המפקד הצבאי, לצרכים שונים ומתוקף סמכותו על פי הדין המקומי.

37. בשנים האחרונות, ככל הנראה בשל פרשנות שגויה ומגמתית של הדין החל, נמנע המפקד הצבאי מהפקעת קרקע לצרכי ציבור במקרים בהם האוכלוסייה הצפויה ליהנות מההפקעה אינה כוללת תושבים "מוגנים". זאת למרות הסמכות המוקנה לו על פי דין, באופן שעולה לעיתים עד כדי אפליה פסולה. חוק ההסדרה נועד בין היתר לתקן מצב זה.

המצב הלא נורמלי – מעמד הקרקעות – סיכום ביניים

38. בהקמת יישוב חדש או בהרחבתו יש להתמודד עם השאלה של מעמד הקרקע במישור הקנייני. בנוסף יש להתמודד עם השאלה התכנונית לצורך קביעת חלוקת המגרשים, ייעודי הקרקע ושימושיה, הסדרת דרכי הגישה, ועוד.

39. מהאמור לעיל עולה כי טרם חקיקת חוק ההסדרה, בכל הנוגע להסדרת המעמד הקנייני של הקרקע, דרכי הפעולה החוקיות, המקובלות והסבירות שנוהגות במדינת ישראל, כמו בכל מדינה המכבדת את עקרון שלטון החוק, ואמורות לנהוג גם ביהודה ושומרון, לטובת כלל התושבים, ערבים ויהודים כאחד, לא נתנו מענה מספק:

- א. מרשם הקרקעות חלקי ביותר וחסוי מפני המעוניינים לעיין בו.
- ב. רכישת קרקעות בתנאי שוק, חושפת את בעלי הקרקע לרצח ועינויים במרתפי הרשות הפלסטינית או במשפטי שדה וראווה.
- ג. המפקד הצבאי, משיקולים שונים, ממעט לעשות שימוש בסמכויותיו לרכישת קרקע לצרכי ציבור, ועושה זאת במשורה.
- ד. המפקד הצבאי נמנע מעשיית שימוש בסמכות ההפקעה שלו לטובת תושבי האיזור היהודים, תוך ופרשנות שגויה של הדין החל.

המצב הלא נורמלי – הקמת יישוב על אדמות מדינה

40. כמתואר בדו"ח ששון ובדו"ח לוי, בשל אותה מדיניות המעדיפה להימנע מהפקעות לצורך הקמת יישוב (למרות שהדבר מותר על פי הדין המקומי) ובשל החלטת בית המשפט העליון בעניין אלון מורה, המונעת שימוש בתפיסה צבאית של קרקע פרטית לצורך הקמת יישוב, החליטה ממשלת ישראל לקדם את ההתיישבות ביהודה ושומרון באמצעות הקמת יישובים על אדמות מדינה, והחלה בהליך לסימון אדמות מדינה, או כפי שהן נקראות בתחיקת האיזור "רכוש ממשלתי".

41. יישובים רבים הוקמו על אותן אדמות מדינה, אולם הליך ההכרזה על אדמות מדינה, לא שינה את הזכויות בקרקע, ולא היווה חסם בפני טענות בעלות המגיעות לאחר תהליך ההכרזה או טעויות שנופלות בו.

42. כתוצאה מכך, אירע שיישובים הוקמו ברשות ובסמכות, בהחלטות ממשלה וגורמים מוסמכים, ולאחר מכן התברר שחלקים שונים בקרקע הוכרזו כאדמות מדינה בטעות, או ששינויים בשיטות המדידה, התפתחויות טכנולוגיות ושינוי מדיניות מצד המנהל האזרחי, הובילו לגריעת חלקים מאדמות המדינה. יצוין כי בעיות דומות קיימות גם בשטחים שבתוך הקו הירוק, עד כדי כך שבנוהל רמ"י [רשות מקרקעי ישראל] מס' 38.018 מיום 28.6.2016, שעניינו "חוזי חכירה לנחלות ולמשבצות חקלאיות במושבי עובדים ובכפרים שיתופיים", נקבע (סעיפים 1.2 ו-1.3) כי "אם תצ"ר [תכנית לצורכי רישום] נרשמה לפני 5 שנים ומעלה ממועד הגשת הבקשה לחתימה על חוזה חכירה לדורות, יש להמציא אישור מודד מוסמך, כי המצב בפועל תואם את הרישום. אם יתברר כי קיימות אי התאמות בין המצב המוחזק

בפועל לבין הרישום על פי התצ"ר, באחריות האגודה [האגודה השיתופית] לפעול לביצוע ההתאמות הנדרשות, לרבות תיקון התצ"ר, בטרם תפנה בבקשה לחתימה על חוזה חכירה". ואכן, קיימים כיום מושבים רבים שעומים לא חידשה רמ"י את חוזה החכירה עד שעניין זה יבוא על תיקונו. אם כך המצב בתחומי הקו הירוק, לא ייפלא שמעבר לקו הירוק גם כן ניגלו שיבושים וטעויות הטעונים תיקון.

43. התושבים המתגוררים באותם יישובים, עומדים נכון להיום בפני שוקת שבורה, וזאת למרות שלא יכול להיות חולק הן לגבי תום ליבם, והן לגבי הסתמכותם על מעשי המדינה.

44. ואם בכך לא די, הרי שהליכי התכנון באזור יהודה ושומרון, שהם שלב נוסף ונדרש לבניית יישוב או להרחבתו ומהווים מכשול בירוקרטי קשה גם בשטח שבו חלים חוקי מדינת ישראל, הופכים את האנומליה בדיני הקרקע, לקשה הרבה יותר.

המצב הלא נורמלי - תכנון

45. אחת הטענות שעולות מדברי העותרים כנגד המתיישבים וכנגד תום ליבם או ביסוס הסכמת המדינה, נובעת מהטענה כי בחלק מהמקרים בוצעה בניית הבתים של המתיישבים ללא היתר בניה כחוק וליישובים אין תכנית מתאר מאושרת כחוק.

46. לטענה זו אין כל בסיס, והדרך היחידה בה ניתן לסגור על המעלים אותה, היא שמדובר בחוסר הבנה של האופן בה פעלה מדינת ישראל בהקמת התיישבות במגזר הכפרי – הן בתוך שטחי הקו הירוק והן ביהודה ושומרון. די בעניין זה לראות את הפסקה מדו"ח לוי (עמ' 35)

33. באשר לעובדה שהקמת היישובים קדמה למלאכת התכנון, טען מר פונק ש"בכל ההתיישבות הכפרית, מעת הקמת המדינה ועד לעת הנוכחית, הקדימה מלאכת ההתיישבות הפיזית את סיום הליכי התכנון המאושרים. בדרך זו נכבשה הקרקע על ידי ההתיישבות, במרבית שנות קיומה של המדינה. כך הוקמו, בשלהי שנות ה-70 ובמהלך שנות ה-80, היישובים שלחלקם דבק הכינוי 'מצפים' בגוש שגב ובגליל, דוגמת: מורשת, עדי, עצמון, אלון הגליל, הושעיה, מעלה צביה, יובלים, יעד, שכניה ואחרים שהוקמו ללא תכנית מתאר בתוקף. כך הוקם לאחרונה הישוב מרחבעם בנגב וכך הוקמו בראשית שנות ה-50 ישובי 'חבל עדולם' אשר לחלקם אין גם כיום תכנית מתאר בתוקף, דוגמת: צפרירים, עג'ור ואחרים... בדרך זו פעלה המיישבת וגורמים ממשלתיים נוספים בכל חלקי הארץ, כל היישובים החדשים 'עלו' על הקרקע עוד בטרם הושלמו הליכי התכנון הסטטוטורי ובדרך זו נהגו כל הגורמים הממשלתיים שהיו מעורבים בהקמת היישובים, לרבות המינהל האזרחי...

47. לאותם הליכי תכנון ממושכים, שבדרך הטבע הנהוגה במדינת ישראל, מסתיימים לאחר שההתיישבות כבר קמה ולאחר שהתושבים כבר ממוקמים בבתיים, הוסיפו כמה מממשלות ישראל עיכובים ממניעים מדיניים, תוך פגיעה במתיישבים שהסתמכו על קידום הליכי התכנון. (ראה בעניין האישורים השונים של שר הביטחון הנדרשים לשלבים השונים, עמ' 90 לדו"ח ששון).

48. וכך צוטט בדו"ח לוי (עמ' 51), היועץ המשפטי של משרד הביטחון:

מפיו של עו"ד אחז בן ארי, היועץ המשפטי של משרד הביטחון (ראו פרוטוקול יום כ"ג בניסן התשע"ב - 18.4.2012, עמ' 2), שמענו דברים דומים:

"בשנות ה-80 הייתה תנופת בניה, לא הקפידו על דיני התכנון והבניה כמעט מאידיאולוגיה. כשהממשלה אישרה את רבבה כבר עמדו שם צריפים. ההקפדה כמו בישראל עצמה הייתה שייכת לשלב אחר. גם היום בארץ יש המון ישובים ללא תוכנית מתאר. כשהתחלתי להיות יועמ"ש איו"ש נתקלתי בבעיות פרקטיות כמו בקשות לתוספת בניה, הפרוגרמה של משרד השיכון שעליה נבנה הישוב באופן מקורי כבר לא ענתה לזה. הכנסנו את כל ההתיישבות למהלך של הכנת תוכניות מתאר. ישנה החלטת ממשלה שמונעים הענקת היתרים. יש מדיניות שמסתרת מאחורי זה. השאלה היא מה בדיוק מעוכב". (ההדגשה הוספה).

49. ובהמשך:

ובעמ' 7 הוסיף עו"ד בן ארי, ברוב הגינותו:

"מדובר בנקודה כואבת, והדבר מצביע על אנרכיה. ישנם שרים שהיו קרובים להתיישבות, שלא הקפידו על דברים אלה. הדברים נעשו ללא היתר. העובדה הזאת מעמידה במבוכה את הממשלה. מיגרון לא יכלה לקום ללא עזרת הרשויות אולם זה לא אומר שזה בסדר". (ההדגשה הוספה).

ובעמ' 8 נאמר:

"בסוף היום, זה לא שאנחנו מתנגדים להקמה של ישוב. אחרי שרואים מעורבות, שאנשים באו והתיישבו זה לא שאי-אפשר להכשיר התנהגות זאת בדיעבד. אולם מדובר בשאלה

פוליטית – הממשלה לא רוצה או יכולה מדינית להכריז על הקמת יישובים חדשים. אנשים שגרים שם משלמים מחיר שבו למרות שניתן לפעול להסדרת המקום, כבר לא ניתן לעשות זאת".

50. אותה התנהלות בנושא התכנון, הובילה גם היא למציאות בה אין מנוס מלפעול להסדרה קניינית ותכנונית של מבנים בדיעבד, בשל העובדה שהתנהלותה של המדינה יצרה את הבעיה.

51. קריאת המצב הלא-נורמלי בנושא הקרקע ובנושא התכנון, עלולה להוביל למסקנה לפיה מדינת ישראל לא הייתה מעוניינת בהתיישבות, וזו נכפתה עליה על ידי המתישבים, שכעת מבקשים הסדרה רטרואקטיבית של הפעילות הפיראטית שלהם.

52. אולם, בדיקת הנתונים והראיות, כפי שהוצגו על ידי טליה ששון בדו"ח המאחזים הבלתי מורשים שהוציאה, וכפי שהוצגו על ידי כב' השופט בדימוס אדמונד לוי בדו"ח שלו, מראה כי לא ניתן לייחס למדינה אדישות או גרירת רגליים והשתהות בהליכי אכיפה, אלא שהמדינה גילתה לאורך כל השנים, מעורבות אקטיבית בבנייה, בתכנון ובהשקעה בתשתיות ביישובים הישראליים ביהודה ושומרון, גם כאשר מעמד הקרקע שעליה בנויה ההתיישבות, לא הוסדר.

53. יתירה מכך, החלטות הממשלה לאורך השנים, שבו וחזרו על הרצון לעודד התיישבות ביהודה ושומרון. כבר בעקבות בג"צ אלון מורה, התקבלה החלטת הממשלה 145 מיום 11.11.1979 שכותרתה:

"מדיניות ההתנחלות"

ושבה החליטה הממשלה פה אחד:

"להרחיב את ההתנחלות ביהודה ושומרון בקעת הירדן חבל עזה ורמת הגולן, על ידי תוספת אוכלוסין ליישובים הקיימים ועל ידי הקמת יישובים נוספים על קרקע שבבעלות המדינה."

54. הממשלה אף הסמיכה לפעול בעניין ההתיישבות ביהודה ושומרון, את החטיבה להתיישבות. החלטת הממשלה 801 משנת 1977 הקימה את הוועדה להתיישבות, ובהחלטת ועדת השרים לביטחון לאומי מיום 22.7.1998 נאמר כי "החטיבה להתיישבות תמשיך לסייע לממשלה בתכניות ופעולות שונות ביישובים היהודיים העירוניים והכפריים באזורי יהודה ושומרון בקעת הירדן רמת הגולן וחבל עזה".

55. עולה מכל זה שהמתישבים, שהסתמכו על פעולותיה של המדינה על גופיה השונים להקמת יישובים ולביסוסם ועל החטיבה להתיישבות, עשו זאת בהתבסס על מצע מוצק ומארג צפוף של החלטות ממשלה והתנהלות ציבורית ארוכת שנים.

56. לעיל (סעיף 17) הובאה הפסקה המתייחסת ליישוב עפרה בדו"ח לוי. בנספח מיוחד המצורף לתגובה זו, נכללת ההשתלשלות ופעולות המדינה השונות שהיו מעורבות בהקמת היישוב עפרה ובהרחבתו על אדמות הרשומות כמוסדרות בספרי המקרקעין של האיזור.

• **נספח "עפרה" מצורף בזה ומסומן כנספח ב'**

57. תושבי עפרה, שכפי שניתן לראות בנספח, בנו או רכשו את בתיהם בתום לב, ותוך הסתמכות סבירה על כך שהמדינה, שהחליטה על הקמת היישוב, תכנונו והרחבתו, תשלים את ההסדרה מבחינה קניינית ומבחינה תכנונית.

58. אין מדובר בציפייה בלתי סבירה שכן כאמור מדינת ישראל פעלה בעבר לרכישת קרקעות לצרכי ציבור בהתאם לדין המקומי, לצורך הקמת מעלה אדומים.

59. אולם, למרות זאת, מדינת ישראל השתתה בביצוע ההפקעה והתכנון. לא זו בלבד, לאחרונה גם אותם חלקים ביישוב עפרה שהוגדרו כאדמות מדינה, עומדים לדין בעתירה שהוגשה לבית משפט זה (בג"צ 419/14).

60. הציבור הישראלי נחשף לאותה מציאות אבסורדית, לא רק במהלך ההליכים בעניין תשעת הבתים בעפרה, ודברי השופט רובינשטיין שהובאו לעיל, אלא גם במסגרת הניסיון להנגיש את ביתו של החייל פצוע-הראש מ"צוק איתן" יהודה הישראלי, שבשל מעמד הקרקע והמעמד התכנוני של ביתו, לא קיבל ממשד הביטחון את הסיוע הנדרש לצורך חזרתו לבית משפחתו.

61. אחריותה של מדינת ישראל ותום ליבם של מתיישבי עפרה אינם יכולים להיות מוטלים בספק, ואת המציאות הבלתי אפשרית שבה הם שרויים נועד חוק ההסדרה לפתור.

62. היישוב עפרה הוא מהיישובים הוותיקים ביותר ביהודה ושומרון, וכבר מתגוררים בו משפחות שהורי הוריהם הגיעו למקום ולמעשה הם דור שלישי. מחוייבותו של המפקד הצבאי, המחויב לעשות שימוש בסמכויותיו לטובת האוכלוסייה המקומית בעפרה, נזנחה, משיקולים זרים ולא ענייניים. חוק ההסדרה נועד לגרום לו למלא את חובתו.

המצב הלא נורמלי – דוגמת עלי

63. אם במקרה של היישוב עפרה, שחלקים נרחבים ממנו שוכנים על קרקע מוסדרת, ניתן ללמוד על מעורבותה של המדינה בתכנון, בהרשאה, בהשקעה בתשתיות וכדו', הרי שביישוב עלי, שההשתלשלות ההיסטורית בעניינו מפורטת בנספח, **המדינה עצמה בנתה את הבתים ומכרה אותם לתושבים.**

64. ביישוב עלי נוצרה מציאות אבסורדית שבה הקו הכחול (שטח אדמות המדינה) משתנה לעתים תכופות, כאשר כל שינוי שלו מותיר בתים ושכונות ללא הסדרה תכנונית.

65. בעלי, אנשים שרכשו את ביתם ממשד השיכון, באמצעות חברת שיכון ופיתוח, מצאו את עצמם בסיטואציה שבה טיב הזכויות שלהם על הבית, לא ברור. היכולת שלהם למכור את הבית, להרחיבו, ליטול משכנתא וכי נגרעה, יחד עם פעולתו של צוות קו כחול הבודק ומשרטט מחדש את גבולות ההכרזה על אדמות מדינה.

66. המצוקה של המתיישבים, שנגרמה מהמציאות המורכבת וממדיניות משפטית בעייתית, המתנכרת לבעיות שיצרה מדינת ישראל, ומטילה את האשם על כתפי המתיישבים, הובילה לחקיקת חוק ההסדרה.

67. בישיבת הוועדה המשותפת לחקיקת חוק ההסדרה בכנסת, ביום 13.12.2016 הגיע יושב ראש היישוב עלי, מר עידו מאושר ואמר את הדברים הבאים בפני הוועדה:

שלום וברכה לכל חברי הוועדה. אני יושב ראש היישוב עלי. היישוב עלי הוקם על ידי החלטת ממשלה ב-26.4.1984 בתחום המועצה האזורית מטה בנימין, והוכר כיישוב חוקי לכל דבר בצו של מפקד האזור, אלוף הפיקוד, החלטה מס' 783 בשנת 1979.

לפני 32 שנה הוקם היישוב, ומאז נעשים ניסיונות בלתי פוסקים לאשרר אותו, להכין תב"ע, ולהביא אותה לידי סיום. לצערנו הרב, בשנים האחרונות, בעקבות מתקפות בלתי פוסקות של בג"צים – עברו כבר למעלה מ-11 בג"צים רק ביישוב עלי של כל מיני ארגוני שמאל, התב"ע מתעכבת. המשמעות היא ש-900 משפחות שביות בידי חוסר התקדמות התב"ע, ובעצם נוצר מצב שאזרחים שמשלמים מסים, משרתים במילואים, סובלים יום יום, ואני נמצא פה כדי לייצג אותם. ביישוב עלי ארבעה בתי ספר מוכרים על ידי משרד החינוך, כולם במבנים יבילים. יש שטחים חומים אבל התעכבות התב"ע מונעת את הגדילה וההתפתחות. אני מדבר על ילדים שמהיום שהם נולדו בגני הילדים ועד היום שהם ממשיכים לאולפנות, ישיבות תיכוניות או תיכונים, לומדים בתוך קרוואנים או מכולות בגלל הדבר הזה.

חשוב לציין שכל היישוב או רובו המוחלט הוקם בעידודם של משרדי ממשלה שונים, בראש ובראשונה משרד השיכון לכל אורך השנים. יש לנו את כל המסמכים, את כל

החוזים, את כל הניירת לדבר הזה, וזה לא איזה שהוא מאחז שמישהו הקים אותו בצורה עצמאית בלי חשיבה. גם הליכים סטטוטוריים, כמו שאמרתי, שהחלו ולא הסתיימו...

כל הבקשה שלנו, ובגלל זה אני נמצא פה, שאנחנו מצפים - -

היו"ר ניסן סלומינסקי: רגע, מה קרה? פתאום התברר שהיו טעויות? מה קרה?

עידו מאושר: הקרקע נשמטה מתחת לרגלי התושבים. אני אסביר את האבסורד: יש תושבים שקנו את הבית שלהם מהמדינה, קיבלו משכנתאות, קיבלו את כל הניירת. יש לי פה את התב"ע. ביום בהיר אחד פתאום התברר בצוות "קו כחול" שאיפה שהמדינה בנתה, הקרקע החוקית נשמטה מתחת לרגליים. אני מדבר על מעל 200 יחידות שיצאו מחוץ ל"קו כחול". בתוך הישוב, פשוט באמצע הישוב, פשוט זה משפיע השפעה ישירה ופוגע בכל זכויות הפרט של התושבים שם – ערך הדירה, האפשרות לקחת משכנתה, אפשרות למכור או לקנות בתים. זה פשוט הסב סבל רב וגדול לתושבים.

• נספח "עלי" מצו"ב ומסומן נספח ג'

רקע – תכליות נוספות לחוק ההסדרה

68. מלבד מצוקות פרטניות של תושבים שבינם הפרטי נקלע לסיטואציה הקניינית והתכנונית שהוזכרה לעיל, חוק ההסדרה אמור לאפשר הסדרה ותכנון גם של תשתיות ציבוריות בתחומי יישובי המועצה או המשמשים לצרכיהם.

69. סעיף 2 לחוק ההסדרה, מגדיר:

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

רקע – תכליות נוספות לחוק ההסדרה – הזכות לחינוך כדוגמא

70. נכון להיום, המועצה אמורה לספק לתושביה שירותי חינוך. כבכל מקום אחר, נדרש בינוי של מוסדות חינוך, אולם בהעדר הסדרה של מעמד הקרקע, לא יכולה להינתן תמיכת ממשלת ישראל ומשרד החינוך בבינוי זה.

71. הזכות לחינוך ולנגישות לחינוך הוכרה על ידי בית משפט זה בפסקי דין רבים. בבג"ץ 5373/08 **אסמעיל אברהים אבו לבדה נ' שרת החינוך** (6.12.2011) נדונה זכות זו באריכות, ובמסגרת המאמצים לפתרון הבעיה, המדינה העמידה לרשות עיריית ירושלים **תקציב מיוחד שנועד לביצוע הפקעת קרקעות** עליהן ייבנו בתי ספר. כן הוחלט לקצר את הליכי ההפקעה על מנת לזרז את תחילת הבינוי.

72. יצויין כי ההליך הנ"ל הוא למעשה המשכו של הליך בן למעלה מעשור, בו קודמו, בעידוד נמרץ של בית משפט זה, הליכי הפקעת קרקעות ובינוי נרחבים בשכונותיה הצפוניות והמזרחיות של ירושלים, לצורך קידומה של הזכות לחינוך של תושבי ירושלים הערבים.

73. בפסקה 5 בדברי הנשיאה בייניש, בהחלטה מיום 6.2.2011 בתיק בג"ץ 3834/01 **מי מוחמד חמדאן ועוד 27 אח' נ' עיריית ירושלים** נכתב כך:

בהחלטה מיום 1.7.2009 (הנשיאה ד' ביניש, השופטת ע' ארבל והשופט ח' מלצר) ציינו כי "באופן יוצא דופן מלווה בית המשפט משך שנים את העתירה, וההליכים המיוחדים המתקיימים באופן תקופתי בתיק זה הם אך ורק משום קיומה של בעיה אובייקטיבית רצינית ורחבת היקף שפתרונה מורכב משלבים של ביצוע וכרוך בתקציבים נכבדים". עם זאת, קבענו, "אין חולק כי מדובר בחובה המוטלת על הרשויות – משרד החינוך ועיריית ירושלים בשיתוף האוצר ליתן מוסדות חינוך לילדי ירושלים המזרחית". לפיכך, החלטנו כי נמשיך

לעקוב אחר ביצוע התוכניות שהוגשו על ידי המשיבים למימוש הפקעת קרקעות עליהם ייבנו בתי ספר ולהכנת תוכנית בינוי.

בהתאם להחלטה זו הוגשו לעיוננו הודעות עדכון נוספות. הודעות העדכון, ובמיוחד ההודעות המפורטות מטעם בא-כוח עיריית ירושלים – האחרונה שבהן מיום 2.11.2010 – מתארות את האמצעים שנקטו לאיתור ולקיום הליכי הפקעה, איחוד וחלוקה; בנייה חדשה של בתי ספר ותוספות בנייה לבתי ספר קיימים; שכירת מבנים שיכולים לשמש ככיתות לימוד; והליכי תכנון בשלבים שונים למבני לימוד חדשים. (ההדגשות שלי, ש.ד.ר.).

74. במקרה של המועצה, החובה המוטלת עליה לדאוג לחינוך לתושביה, אינה פחותה בכהוא זה מהחובה שמוטלת על עיריית ירושלים, אולם הליכי ההפקעה, האיחוד והחלוקה, וכל הכרוך בתכנון, אינם בשליטתה אלא בשליטתו של המפקד הצבאי, שמשיקולים שונים, מנעו מלפעול למען צרכי הציבור וצרכי האוכלוסיה המקומית.

75. אותה קביעת הליך מזוהז ומקוצר להליכי הפקעה ותכנון, שדומות לה בוצעו בעידודו של בית משפט זה במזרח ובצפון ירושלים, נעשתה במקרה זה על ידי הכנסת, באמצעות חוק ההסדרה.

76. בהערת אגב יצוין כי התפיסה המקובלת היא שתחולת ההגנות של הדין הבינלאומי אינה פוקעת בשל החלת ריבונות או שיפוט ומנהל על שטח כבוש. ולכן, ככל שיקבע כי השטחים אליהם נכנסו כוחות צבא ההגנה לישראל בשנת 1967 הם שטחים כבושים, אין כל הבדל על פי הדין הבינלאומי בין החובה המוטלת על מדינת ישראל לכבד רכוש פרטי בשטחי ירושלים לבין החובה המוטלת עליה בשטחי המועצה האזורית מטה בנימין.

77. למותר לציין כי המועצה תטען שאין בהפקעה ובתשלום פיצויים כל הפרה של הדין הבינלאומי, של המשפט החוקתי הישראלי, או של הדין המקומי החל ביהודה ושומרון. אולם כאמור, מן הזווית של הדין הבינלאומי, אין בהחלת החוק הישראלי על שטח מסוים, בכדי לפטור את המדינה מכללי דין בינלאומי החלים בשטח.

78. ועל כן אותו עידוד וקידום של הפקעה לצרכי ציבור בירושלים על ידי בית משפט זה, מן הראוי שיעשה גם בשטחי המועצה האזורית בנימין, ואין תכלית ראויה מזו.

רקע – תכליות נוספות לחוק ההסדרה – תשתיות חיוניות לכלל תושבי האזור

79. המבקשת, היא המועצה, מעוניינת לקיים את חובתה להספקת תשתיות מים. מצב הקרקעות ואי הוודאות המשפטית בתקופה שלפני חוק ההסדרה, מונעים ממנה לבצע את חובתה, ופוגעים למעשה באופן ישיר בתושבי האזור.

80. יצוין כי במקרים רבים, התשתיות החיוניות כדוגמת תשתיות המים, משותפות ליישובים ישראלים וליישובים פלסטינים הנמצאים בסמוך. מציאות זו מראה אף היא את השקר שבטענה כאילו חוק ההסדרה מיועד ליהודים בלבד, או מפלה.

81. דוגמא שכזו, היא תחנת השאיבה הידועה בשם "בוסטר נעלה". בנספח המצורף ניתן לראות שמדובר בתחנה שניתן לה היתר כדון, ולאחר מכן עקב עדכונים של מפות אדמות המדינה שבוצעו על ידי צוות קו כחול, נגרע השטח שעליו יושבת התחנה.

82. התחנה מיועדת לספק מים ליישובים: טלמונים, דולב ונחליאל שהינם יישובים ישראלים. התחנה גם מיועדת לספק מים ליישובים ביתלו, דיר אבזע, אל גניה, ראס כרכר, נעמה דיר עמר וגמלא, שהינם יישובים פלסטינים.

83. בנספח המצורף ניתן לראות את היתר הבנייה שניתן לתחנת השאיבה בעבר, ואת הגריעה באדמות המדינה שהובילה לכך שנכון להיום, וכל עוד חוק ההסדרה לא מיושם, אין אישור לחבר את התחנה לחשמל. כשאת המחיר באספקת מים משלמים תושבי האזור כולו, יהודים וערבים כאחד.

• **נספח "בוסטר נעלה" מצו"ב ומסומן נספח ד'**

84. עד כה הוצגו תכליות שונות לחוק ההסדרה, שכל אחת מהן יכולה לשמש כתכלית ראויה ואף מחייבת לחקיקתו:

- א. במרבית המקרים שיוסדרו באמצעות החוק, עומדת זכות קניין אמורפית שספק רב אם ניתן לעשות בה שימוש לצורך הפקת תועלת מהקרקע, לעומת זכות קניין ממשית של מתיישבים תמי לב שבנו את ביתם, או אף רכשו אותו מהמדינה עצמה, בהסתמך על פעולותיה של המדינה או אורגנים שלה, ובהכוונתם.
- ב. מרבית המקרים שיוסדרו באמצעות החוק היו יכולים להיות מוסדרים באמצעות החלת כללים מסודרים ומובנים, וכך קורה וקרה בעבר במקרים מקבילים בשטחי מדינת ישראל. והחוק נועד לפשט ולייצר פרוצדורה קלה במקום שהסבך החוקי והבירוקראטי כשל במשך שנים. בהקשר זה הוזכרו הפקעות שנעשו בעבר על פי החוק הישראלי ועל פי החוק המקומי לצרכי הקמת התיישבות מלכתחילה.
- ג. יישום החוק מתחייב לצורך קיום חובותיה של מדינת ישראל לאזרחיה בתחומי החינוך והתשתיות ושאר צרכי ציבור, יחד עם חובותיו של המפקד הצבאי לאוכלוסייה המקומית בתחומים אלה. בהקשר זה הוזכרו הפקעות שנעשו ונעשות לצרכי מבני ציבור ותשתיות לצרכים ציבוריים ולצרכי האוכלוסייה המקומית.

85. על פי סעיף המטרה (ס' 1) של חוק ההסדרה, החוק נועד למטרת הסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון ולאפשר את המשך ביסוסה ופיתוחה. יצויין כי מדובר בשינוי מניסוח המטרה שהופיעה בהצעת החוק, שדיברה על "הסדרת ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון" (עובדה שהעותרים מנסים לטשטש). להלן נראה שאין מדובר בשינוי סמנטי והצהרתי בלבד, אלא שחוק ההסדרה שמלכתחילה נועד לחול רק בתחומי ההתיישבות הישראלית, מתוך הנחה שאין בו צורך או תועלת באזורי ההתיישבות של תושבי האזור שאינם ישראלים, תוקן במסגרת הליכי החקיקה.

86. בעניין זה הובהר על ידי היועץ המשפטי של הוועדה, עו"ד אלעזר שטרן, בישיבת הוועדה המשותפת לוועדת החוקה, חוק ומשפט ולוועדת החוץ והביטחון לדיון בהצ"ח להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2016 (פ/3549/20) מיום 12/12/2016:

המונח "התיישבות" או "התיישבות ישראלית" – המשמעות היא שבעוד בקריאה הראשונה כל ההסדר המוצע חל רק על התיישבות ישראלית – המשמעות של הורדת המילה "ישראלית" שההסדר הזה יחול בצורה עיוורת, דהיינו, לא משנה מי יצר את ההתיישבות, ככל שהתנאים שבהצעת החוק יתקיימו בהתיישבות הזאת, דהיינו, היא הוקמה בתום לב או היתה הסכמה של המדינה, יחול ההסדר, בין אם זה רישום של המקרקעין כרכוש ממשלתי, בנסיבות המתאימות, ובין אם זה הפקעת זכויות השימוש בנסיבות האחרות. (ההדגשה לא במקור, ש.ד.ר.).

רקע – תכלית אובייקטיבית – חובה המוסרי והבינלאומי של מדינת ישראל ושל המפקד הצבאי

87. בית המשפט הנכבד פסק בהזדמנויות שונות בדבר החובה המוטלת על פי המשפט הבינלאומי ועל פי תקנה 43 לתקנות האג המהווה 'הוראת-על' נורמטיבית, לכבד את המשפט שהיה בתוקף באזור עובר לתפיסה, אלא אם ישנה מניעה מוחלטת מכך. (ר' למשל בג"ץ 3103/06 שלמה ולירו ואח' נ' מדינת ישראל ופסקי הדין הרבים שאליהם מפנה).

88. הוראה ברוח זו אף נקבעה בסעיף 2 במנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (יהודה והשומרון) (מס' 2) תשכ"ז-1967

2. תוקף המשפט הקיים
המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ח באייר תשכ"ז (7 יוני 1967) יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר זה או לכל מנשר או צו, שיינתנו על ידי, ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור.

89. השלטון הלגיטימי הקודם בשטחי יהודה ושומרון, בטרם פרוץ מעשי האיבה בשנת 1948, היה המנדט הבריטי, והשלטון הירדני בשטח, מחויב היה גם הוא על פי אותם כללי משפט

בינלאומי מנהגי, להיכנס לנעלי השלטון הלגיטימי, ולפעול כנאמן שלו, עד להסדרת הסכסוך. חובה זו, ככל החובות על פי הדין הבינלאומי, לא חדלה ולא השתנתה כתוצאה מסיפוח השטח על ידי ירדן, גם מבלי לקחת בחשבון את העובדה שסיפוח השטח על ידי ירדן הוכר על ידי שלוש מדינות בלבד.

90. חובתו של שלטון המנדט הבריטי, בהתאם לכתב המנדט, הייתה לדאוג להתיישבות יהודית צפופה בשטחי המנדט בשיתוף פעולה עם הסוכנות היהודית. (הצילום מתוך דו"ח לוי).

The Mandatory shall be responsible for placing the country under such political, administrative and economic conditions as will secure the establishment of the Jewish national home, as laid down in the preamble, and the development of self-governing institutions, and also for safeguarding the civil and religious rights of all the inhabitants of Palestine, irrespective of race and religion.

ובסעיף 6 של כתב המנדט נאמר:

The Administration of Palestine, while ensuring that the rights and position of other sections of the population are not prejudiced, shall facilitate Jewish immigration under suitable conditions and shall encourage, in co-operation with the Jewish agency referred to in Article 4, close settlement by Jews on the land, including State lands and waste lands not required for public purposes.

בחודש אוגוסט 1922 אישר חבר הלאומים את המנדט שנמסר לבריטניה, ובכך הוכרה, כנורמה המעוגנת במשפט הבינלאומי, זכותו של העם היהודי לקבוע את ביתו בארץ ישראל, מולדתו ההיסטורית, ולהקים בה את מדינתו.

91. אמנם שלטון הכובש הירדני הפר את חובתו על פי המשפט הבינלאומי, ושיתוף הפעולה שלו עם הסוכנות היהודית לצורך יישוב צפוף של יהודים בשטחי יהודה ושומרון בשנים שבין 1949 ל-1967 לא היה מן המשובחים, וזאת בלשון המעטה. אולם אין ספק שחובה זו חלה עליו בהתאם לתקנות האג.

92. השלטון הצבאי הישראלי, בוודאי שאינו מחוייב להמשיך את ההפרה הזו של כללי המשפט הבינלאומי, והוא למעשה מחויב באותן מחויבויות שהשלטון המנדטורי ואחריו השלטון הירדני, היו מחויבים בהם.

93. קביעה כי אורגן של מדינת ישראל יתכחש לחובות הבינלאומיות שנכללו בכתב המנדט, שבוסס על הצהרת בלפור, מכרסמת ביסוד הלגיטימציה של מדינת ישראל כולה.

94. אשר על כן, התיישבות צפופה של יהודים, בהיותה חובה החלה על השולט בשטחי יהודה ושומרון מכח כללי המשפט הבינלאומי, הינה צורך ציבורי מהמדרגה הראשוני. תכלית החוק הולמת אפוא גם את הזכויות שהוענקו לעם היהודי בכל שטחה של ארץ ישראל המערבית, אשר למען הגשמתן ניתן כתב המנדט לבריטניה על פי כתב המנדט ואשר אושרו גם בסעיף 80 למגילת האו"ם. ארץ ישראל נמסרה למנדטור הבריטי בנאמנות כדי שיגשים מטרות אלה. זכותה ואף חובתה של מדינת ישראל, מדינת העם היהודי שנקבע כנהנה על פי כתב המנדט, להשלים את הגשמת המטרות שנקבעו בכתב המנדט.

95. אשר על כן גם אם חוק ההסדרה היה חוק הצופה פני עתיד, ומורה למפקד הצבאי לפעול בעתיד להקמת התיישבות יהודית צפופה בשטחי יהודה ושומרון, היה בו הגשמה של הזהות המוחלטת בין חובתיה הבינלאומיות והמוסריות של מדינת ישראל ובין חובותיו של הריבון הלגיטימי המוכר האחרון במשפט הבינלאומי בשטחים אלה.

96. על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בהסדרה בדיעבד של התיישבות שהוקמה בעידודה ובסיועה של אותו שלטון ואותה מדינה.

97. כאמור לעיל, חוק ההסדרה אינו חל רק על התיישבות יהודית, והוא מסדיר כל התיישבות שנעשתה בתום לב או שניתנה לה הסכמת המדינה. ככל שמדובר במישור הדין הפרטי, יש לראות זאת בתור הגשמת רצונה של מדינת ישראל לפעול בשוויון וללא אפליה על רקע לאום.

98. **ואכן, כפי שהתברר, חוק ההסדרה עם הפעלתו החלקית, עצר והקפיא למעשה הריסת מבנים רבים שנבנו על ידי תושבים ערבים, ויש לקוות ולהניח שאמות המידה המופיעות בו, ייושמו ללא אפליה על ידי המפקד הצבאי.**

99. עם זאת, ההבנה כי מחויבותו של המפקד הצבאי לדין הבינלאומי, מחייבת פעולה אקטיבית ליישוב יהודים בשטח, בשיתוף פעולה עם הסוכנות היהודית, משפיעה על הגדרת ההתיישבות כצורך ציבורי לגיטימי ומחויב על פי הדין הפנימי החל במקום.

רקע לחקיקת חוק ההסדרה - סיכום

100. הצגת הרקע ההיסטורי והעובדתי של המציאות בשטח, הכישלון ארוך השנים של מנגנוני המנהל האזרחי והמפקד הצבאי להסדרת הקרקעות, סקירת דוגמאות עלי ועפרה והצגת מחויבותה המוסרית והבינלאומית של מדינת ישראל לפעול להסדרת ההתיישבות, נועדו להראות את התכלית האובייקטיבית והסובייקטיבית של חוק ההסדרה, שלאור התיאור שלעיל, אין ראוייה ממנה.

101. אותה תכלית, עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ולאותה תכלית ראוייה נודעת השלכה על בחינת החוקתיות של החוק, בהנחה שייקבע כי יש להחיל את מבחני חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, על חוק ההסדרה.

102. העותרים, מבקשים לגרור את בית המשפט הנכבד אל תוך המחלוקת הפוליטית בדבר עתיד השטחים ומעמדם במישור הישראלי ובמישור הבינלאומי.

103. בהקשר זה יפים דבריה של הנשיאה נאור בבג"ץ 5239/11 **אבנרי נ' הכנסת** (15.4.2015) (להלן: **"עניין אבנרי"**) שכתבה:

האנלוגיה שעשה חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין לסוגיית אי התערבותנו בשאלת ההינתקות מחבל עזה (בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481 (2005)) יפה גם לדעתי לענייננו. העמדות של אזרחי המדינה בעניין זיקתה של המדינה לאזור, אינן רק עמדות של קצוות. יש בציבור קשת של דעות. יש אומרים, והעותרים כנראה ביניהם, שיש לצאת מהאזור; אחרים אומרים שיש להפוך את האזור לחלק בלתי נפרד מהמדינה; אחרים יאמרו כי היו רוצים להחזיק באזור אך לא ניתן לעשות כן; ויש אומרים שיש להמתין ולהוסיף להחזיק באזור כקלף מיקוח במסגרת הסדר מדיני. **לדעתי עלינו למשוך ידינו ממחלוקת פוליטית זו בכל הנוגע לאזור, תוך הכרה בכך שבמסגרת מיתחם שיקול הדעת המסור למחוקק, אין מקום לכך שבית המשפט ימנע ממנו להגן מפני חרם לא רק על המדינה עצמה אלא גם על מפעלים ומוסדות שהוקמו בהסכמת המדינה ולעתים בעידודה באזור, כחלק ממדיניותן הכוללת של הממשלה ושל ממשלות שכיחנו בעבר. גם תושבי האזור הפועלים כחוק זכאים שהמדינה תפעל לכך שלא יפגעו קניינם ופרנסתם.** (ההדגשות שלי, ש.ד.ר.)

104. גם בענייננו, ראוי שבית המשפט ימשוך את ידו מהסוגיה הפוליטית, ויראה את תושבי האזור שפעלו כחוק ובתום לב, והם זכאים שהמדינה תפעל לכך שלא יפגע קניינם.

105. במקרה זה ראויה הדרך שבה בחר המחוקק לפעול, ולאזן בין זכותם של תושבי האזור לקניין בבית המגורים שלהם לבין זכותם של בעלי הקרקע שיקבלו על פי החוק פיצוי מוגבר.

106. לא זו אף זו – להלן יובאו טענות מקדמיות, אשר לדעת המועצה פוטרות בשלב זה את בית המשפט מלדון בחוקתיותו או בתוקפו של חוק ההסדרה, בשלב שבו אנו נמצאים. שכן בשלב זה, ומשאין טענות על פגמים בהליך החקיקה או בתכלית פסולה מלכתחילה, שבהגדרה אינה יכולה להצדיק פגיעה מזכויות, הרי שמן הראוי שמבחי המידתיות ייבדקו כאשר מוצגת טענה קונקרטיית על זכות ממשית שנפגעה, ולא טענות ערטילאיות. למעשה, מבחן המידתיות המחייב שקילה ואיזון של נתונים עובדתיים קונקרטיים אינו יכול כלל להיעשות באופן ערטילאי ותיאורטי כפי שמתבקש כבי' בית המשפט לעשות לבקשת העותרים.

טענות מקדמיות וטענות סף

107. העתירות שהוגשו צריכות להידחות על הסף מסיבות רבות, שנוגעות הן למעמד העותרים, לזהותם, ולטיב העתירות כפי שיפורט להלן:

העתירות אינן בשלות, נגועות בכוללניות, תיאורטיות ואינן מבוססות

108. דינן של שתי העתירות לדחייה על הסף, בשל היותן נעדרות בשלות לדיון שיפוטי וזאת מאחר והן נגועות גם בכוללניות ואינן מגבשות מערכת עובדות קונקרטיית ממשית כדי שניתן המשפט יפסוק בעניינן.

109. מבחן הבשלות התפתח בפסיקתו של בית משפט זה, והוא אומץ מן הדוקטרינה החוקתית האמריקנית (ר' בעניין מבחן הבשלות, דפנה ברק ארז **משפט מנהלי דינוני עמ' 406 (2017)**).

110. משמעותו של המבחן, היא שאין להניח מראש שישום של חוק יפגע באופן לא חוקתי בזכויות, ובהיעדר הסתמכות על מקרים שהתרחשו ואשר יש בהם כדי להמחיש את הנטען בעתירה, העתירה היא בלתי בשלה.

111. וכפי שכתב המשנה לנשיאה (כתוארו אז) ריבלין בעניין זה "כלל הוא שאין בית משפט זה דן בעתירות חוקתיות כוללניות ובלתי בשלות לדיון והכרעה. זהו אחד מכללי השפיטות" (בג"ץ 3803/11 **איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל (5.2.2012)**)

112. ובעניין זה כתבה הנשיאה דאז, בייניש בבג"ץ 3429/11 **בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה ואח' נ' שר האוצר ואח' (5.1.2012)** שעסק בחוקתיות של התיקון לחוק יסודות התקציב (סעיף 3ב) שקבע כי שר האוצר רשאי להטיל סנקציות כספיות על מוסד הנהנה מתמיכת המדינה בנסיבות שונות.

מדובר בעתירה שאינה בשלה לדיון השיפוטי. ברמה הצהרתית אכן מעורר החוק על פניו שאלות קשות ומורכבות, אלא שחוקיותו של החוק תלויה, מלכתחילה במידה רבה בתוכן הפרשני שיינתן להוראותיו, והדבר יתברר רק בשלב יישומו. הכרעה בדבר הנסיבות וההיקף שבהן ייושם החוק ובדבר הפרשנות שתינתן לו, עוברת בראש ובראשונה דרך ההליך והגבולות שתציב לו הרשות המבצעת. העותרים אכן ציירו תרחישים שונים של אפשרויות היפותטיות וטרם ניתן לקבוע מה האפשרות כי תרחישים אלה אכן יתממשו; על מי יחולו, האם הם אכן נוגעים לעותרים ומה יהיה האירוע שיצדיק הפעלתו של החוק. אשר על כן יש להותיר את הדיון בחוקתיות הוראות החוק, אם וככל שיהיה צורך בכך לשלב הקונקרטיזציה של הוראותיו, ככל שיתקיים שלב כזה ואף יעבור את המסננות הרלוונטיות שהחוק עצמו קבע. (פסקה 28 בדברי הנשיאה דאז בייניש).

113. גם בעניין אבנרי שהובא לעיל, כתב השופט מלצר:

"רק ניזוק ישיר, אשר יוכיח קשר סיבתי בין הקריאה לבין הנזק שנגרם לו ומודעות של המזיק בדבר אפשרות סבירה לקרות הנזק בעטיו של החרם יוכל לזכות בסעד"

114. וכן בבג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל (18.1.2006) כתבה השופטת נאור, הנשיאה דהיום, כי לשם מתן הכרעה שיפוטית יש להצביע על "מערכת עובדות קונקרטיות, ברורה ושלמה, החיוניות לצורך מתן הכרזה שיפוטית עקרונית".

115. ובבג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (17.9.2017) קבע הנשיא גרוניס :

"טרם יושם החוק והתקבלו החלטות מכוחו, הפגיעה של החוק בזכויות יסוד ובכלל זאת, שאלת חוקתיותה של הפגיעה היא, לטעמי, בגדר לדעת אפשרות בלבד, שאין לדעת בשלב המוקדם בו אנו מצויים אם אוימנם תתממש".

116. בנוסף, תטען המועצה כי עצם שמיעת עתירה בנוגע לתוקפו של חוק הכנסת שניתן ליישום בדרכים רבות, ללא הבאת מסכת עובדתית קונקרטית בפני בית המשפט העליון וטענה של עותר ממשי שזכותו על פי החוק נפגעת, מייצרת דיון אקדמי ותיאורטי בדבר נורמות מתחום המשפט הבינלאומי, ואף מתחום המשפט החוקתי הישראלי, באופן שאינו נדרש ואינו נצרך. דיון אקדמי כשלעצמו הינו מבורך וחשוב לשיח הזכויות והחובות במדינה דמוקרטית, ואולם כפי שפורט לעיל לדידו של בג"צ אין מקומו בין כתלי בית המשפט ללא הקמת העילות הנדרשות.

117. כמובן שאין מניעה כי בעתיד, עותר ספיציפי שהזכויות בקרקע שלו יופקעו יטען שהפגיעה בעניינו אינה חוקתית ואינה מידתית, או שהפיצוי בכסף או בקרקע חליפית שהחוק מעניק לו, אינו מרפא את הפגיעה בזכות הקניין שלו. מן הסתם אותו נפגע היפותטי יוכל להעלות טענות כנגד התקיימות המבחנים הספיציפיים של החוק, כגון תום הלב או הסכמת המדינה בעניינו.

118. בעתירה המונחת לפני בית משפט זה, מודים העותרים בעצמם כי "היקף האדמות הפרטיות שנעשה בהם שימוש חקלאי על ידי פולשים ישראלים אינו ידוע לעותרים, אולם הם מעריכים אותו באלפי דונמים" (עמ' 32 לעתירה 2055/17 פסקה 134) ובאותו עמוד, "קיימת סבירות גבוהה שאדמות אלו יופקעו".

119. לא ברור אפוא מדוע מיהרו העותרים לטעון טענות כה מרחיקות לכת על פגיעה בזכות הקניין, אם היקף הקרקע המופקע, הסיכוי שקרקע זו או אחרת תופקע, כמו גם המבחנים שבהם יעשו שימוש בכל הנוגע לתום לב או להסכמת המדינה, ובייחוד בשימוש חקלאי – כל אלו אינם ידועים במועד זה.

העותרים אף טוענים כי ישנם מקרים בהם תשלום פיצוי אין בו כדי לרפא את הפגם החוקתי, אולם ברור שישנם מקרים אחרים בהם תשלום הפיצוי ירפא את הפגיעה בקניין. הדבר מחזק את הטענה לפיה העתירה בלתי בשלה להכרעה. רק כאשר יובא מקרה ספיציפי בו ייטען על ידי בעל הקרקע כי הפיצוי ששולם בו, אין בו כדי לרפא את הפגיעה בזכות הקניין שלו, יהיה מקום לדון בטענה זו.

120. בדיני ההפקעות, מרבית התיקים המגיעים לבית המשפט הם עתירות של בעלי קרקע, **המבקשים ודורשים שהקרקע החקלאית שבבעלותם תופקע על ידי המדינה**, ובמקרה של הפקעה חלקית, תופקע בשלמותה, לצורך קבלת הפיצוי.

121. לא ברורה ההצדקה לדרוש קביעה אפריורית לפיה ההפקעה פוגעת בקניין באופן בלתי מידתי, כאשר הליכי השומה והערר שקובע החוק טרם יושמו.

122. אין ספק שתישמרנה לעותר ספיציפי בעל זכויות בקרקע, שהפיצוי שיוצע לו על ידי המנגנונים שהוקמו בחוק, לא ייראה לו, כל הטענות, לרבות החוקתיות ולרבות הטענות מתחומי סמכות המפקד. ומעשים שבכל יום הם שמוגשות עתירות לבית משפט נכבד זה על

ידי תושבים פלסטינים, שטוענים נגד פעולותיו של המפקד, גם כאשר החוק המסמך אותו ברור עד מאוד.

123. בהקשר זה, ובעניין סעד הביניים, הרי שהטענה של העותרים לפיה יישום החוק יסב נזק בלתי הפיך בעותרים היא בדיה ושקר מוחלט. כיום יושבים על חלק מהקרקעות הנטענות מתיישבים אשר מחזיקים בקרקע. כך שהתחלת יישום החוק לא יכולה להרע את מצבם של העותרים הספיציפיים, וגם של עותרים ערטילאיים. שכן נכון להיום הקרקע אינה בשימוש של הבעלים הערטילאיים, ככל שאלה קיימים. כמו כן, למיטב ידיעת המשיבה, **אין כיום שום צו הריסה או פינוי שהוצא מטעמים קנייניים לבקשת בעל הזכויות בקרקע**, וכל הצווים הקיימים ביהודה ושומרון הם מטעמים תכנוניים. מידע זה גם נמסר לוועדת הכנסת שדנה בחוק על ידי עו"ד תהילה רוט ממחלקת ייעוץ וחקיקה במענה לשאלות ולשיח שהתנהל בין חבר הכנסת אוסאמה סעדי לבין עו"ד אחז בן ארי, בישיבה החסויה שפרוטוקול חלקי שלה פורסם (הצילום מעמ' 27).

27
ישיבת הוועדה המשותפת לוועדת החוקה, חוק ומשפט ולוועדת החוץ והביטחון
לדיון בהצ"ח להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2016
12/12/2016
תהילה רוט

כל צווי ההריסה הם תכנוניים.

124. כך שהטענות על פגיעה בקניין הן תיאורטיות לחלוטין, שכן אין נכון ליום חקיקת החוק, ולא ידוע על שינוי בכך, שום הליך אזרחי תלוי ועומד אשר בו הוכחה בעלות בקרקע ועילת פינוי.

125. העותרים לא הראו כל טעם שבית המשפט הנכבד יעסוק בשאלה תיאורטית ואקדמית שכזו.

126. יצויין כי גם בעניין גדר ההפרדה, שנטענו לגביה טענות כוללניות שכאלה, העדיף בית המשפט טיפול בעתירות פרטניות לגבי פגיעה נקודתית בקניין או בדרכי גישה, על פני עיסוק תיאורטי וכללי בשאלת הסמכות להקמת הגדר או משמעותה של המדיניות הכוללת. ריסון שיפוטי שכזה מתבקש כאשר מדובר בקביעת מדיניות כוללת על ידי המחוקק.

היעדר זכות העמידה של העותרים

127. מאותן סיבות שנאמרו לעיל, אין מקום לקבל את העתירות בשל היעדר זכות עמידה. בעניין זה יש לחלק בין קבוצות שונות של עותרים.

היעדר זכות עמידה – עותרים ציבוריים

128. חלק מהעותרים, הם עותרים ציבוריים. בעתירה 2055/17 מדובר בעותרים 40-28 ובעתירה 1308/17 מדובר בעותרים 20-18.

129. לעניינם יפה אמירתו של השופט זמיר לפיה במקום בו העתירה מעלה טענות על פגיעה בזכות או באינטרס, "ואותו אדם נמנע מלעתור לבית המשפט, עשוי בית המשפט למנוע את זכות העמידה מאדם אחר" (בג"ץ 1759/94 סרזברג נ' שר הביטחון, פ"ד נה(1) 625 (1994)).

130. הסיבה הברורה לכך היא השלכותיה של העתירה על המעורבים הישירים בנושא, שעלולים להיגרר לבירור משפטי של עניינם שלא מרצונם.

131. במקרה של העתירה הנוכחית, החוק מייצר הסדרים שמובילים לרכישת זכות שימוש בקרקעות, במנעד רחב של סיטואציות הנוגעות לזיקות לקרקע או לסטטוס הקנייני של הקרקע.

132. כאמור לעיל, עתירות מנהליות רבות מוגשות בענייני הפקעה לבתי המשפט בישראל, דווקא בדרישה שהרשות השלטונית תפקיע את הקרקע ותשלם את הפיצוי הנדרש. לעומת זאת, בשטחי יהודה ושומרון, וכפי שנאמר לעיל בעניין הטעמים לחיסיון המרשם, דווקא בעלי קרקע המעוניינים בהפקעה ובקבלת דמי שימוש, לא יזכו לייצוג בבית המשפט, שכן הצגת האינטרס שלהם בבית המשפט עלולה להעמיד את חייהם בסכנה.

133. במצב שכזה, מתן זכות עמידה לשוללים את החוק ואת ההפקעה, בעתירה ציבורית, ובתקיפה כוללת, מעלה חשש לעיוות דין חמור.

134. לעומת זאת קביעה כי כל מקרה יידון לגופו תאפשר לאותם גורמים המעוניינים שהקרקע שלהם תופקע והם יקבלו דמי שימוש בגינה, להימנע מלעתור. ורק אותם בעלי עניין אמיתיים בקרקע שיעתרו במקרה נקודתי, יזכו לאוזן קשבת ולבדיקה פרטנית של השיקולים בעניינם, לרבות יישום החוק בעניינם, ובמקרה הצורך בסעד מן הצדק, כפי שמוסמך בית משפט נכבד זה ליתן.

135. בהקשר זה, פתיחת שערי בית המשפט לעותר ציבורי, בהקשר זה, קובעת כמעט בהגדרה דיון תיאורטי, כוללני ומוקדם, שכן הדין החל באזור קובע סוגים רבים של זיקה לקרקע או סטטוס קנייני, החל מדיני הקרקעות העות'מאנים, הסדרי הקרקעות הבריטיים והירדנים. כאשר עליהם חלים הדינים הנוגעים לנכסים שאין מי שיכול לנהוג בהם מנהג בעלים.

136. חוק ההסדרה מספק עבור כל סוגי הקרקע הללו, פיתרון אחד. אולם שאלת הפגיעה החוקתית או כל פגיעה אחרת, לא יכולה להיות מופרדת מבירור פרטני של מעמד הקרקע, כאשר ברור שבסיטואציה בה קרקע רשומה על שם נפקד, כאשר על פי הדין החל באזור יכול הממונה ליטול חזקה עליה, גם ללא חוק ההסדרה, הפגיעה הקניינית שמייצר חוק ההסדרה אינה קיימת.

137. לעומת זאת, מקרה אחר עלול להציף שאלות קנייניות של איזונים ומידתיות, במקרה בו בעלים של קרקע פרטית רשומה, הנוכח בשטחי האזור ובשל הקמת ההתיישבות נפגעה זכותו לקניין וכעת מציע לו החוק פיצוי ומפקיע את זכותו השימוש שלו.

138. דיון על ידי עותר ציבורי, מדרך הטבע לא יכול להתקיים על יסוד המסכת העובדתית הרלוונטית, ובכך יסיט את הדיון, כפי שמנסים העותרים לעשות, לשאלות הכלליות של מדיניות ההתנחלות או מעמד ישראל ביהודה ושומרון, ולא בזכויות או באינטרסים הנפגעים, שאלות אשר תוכרענה כאשר יגיע הסכם השלום ואשר בית המשפט העליון כבר פסק שלא יידרש להן.

היעדר זכות עמידה של העותרים שהם גורמים מדיניים זרים

139. העותרות 1-17 בעתירה 1308/17, אינם אנשים בשר ודם, אלא אורגנים מנהליים של הרשות הפלסטינית. כשרותם לעמוד בפני בית משפט זה כעותרים, בהיעדר הכרה שלהם כישות משפטית עצמאית במשפט הישראלי, מוטלת בספק.

140. בית המשפט הנכבד פסק כבר בעבר כי מקומם של גופים המהווים חלק מהרשות הפלסטינית, ואינם ארגון בלתי ממשלתי לשמירה על זכויות אדם, להשפיע על פעולתה של מדינת ישראל, מצוי במישור המדיני, ולא בבית המשפט. וכך כתב בעניין זה השופט דנציגר:

יצויין כי דומה שטענות העותרים, המתבססות על מעמדם ועל השירותים הניתנים על ידם, כחלק מן הרשות הפלסטינית, נוגעות למישור המדיני ונראה כי אין מקומן להישמע לפני בית

משפט זה. יש להדגיש בהקשר זה את שהעותרים ביקשו להצניע: העותרים אינם ארגון בלתי ממשלתי לשמירה על זכויות אדם או זכויות אסירים. העותרים מהווים חלק מן הרשות הפלסטינית ואין הם יכולים לבסס עתירה, המתבססת על אינטרס שלהם או פגיעה בהם, בהתעלם מן העובדה כי מערכת היחסים של הרשות הפלסטינית עם מדינת ישראל מוסדרת בהסכמים מדיניים שנכרתו ביניהן. (בג"ץ 1104/10 השר לענייני אסירים ומשחררים ברשות הפלסטינית נ' נציב שירות בתי הסוהר (23.2.2011) פסקה 4 (ההדגשות שלי, ש.ד.ר.)

141. קביעה זו, לפיה גופים המהווים חלק מהרשות הפלסטינית אינם יכולים לעתור לבית המשפט העליון, אמורה להיות בכל נושא ובכל עניין.

142. ואולם, בעניין חוק ההסדרה, נתינת מעמד לגופים אלה בעתירה שמטרתה הנטענת היא להגן על זכות הקניין של בעלי הקרקע, היא פסולה מכל וכל, בשל חוסר תום לב קיצוני, היעדר ניקיון כפיים, ושימוש לרעה בהליכי משפט.

143. לא ניתן לקבל מציאות בה הרשות הפלסטינית, שבמרתפיה מוצאים להורג או נחשפים לעינויים, תושבים המבקשים לממש את זכות הקניין ולמכור את אדמתם ליהודים, ושבספר החוקים שלה מופיע חוק גזעני ומביש, שאוסר על מכירת קרקע ליהודים, באופן המזכיר תקופות אפלות בהיסטוריה האנושית בכלל ושל העם היהודי בפרט, תשלח יחידות מנהליות שלה ומטעמה, ולצורך הטפת מוסר כעותרים ציבוריים למדינת ישראל על דבר חקיקה הפוגע בקניין, תוך מתן פיצוי לבעלים.

144. אשר על כן בתגובה זו מתבקש בית המשפט כבר בשלב זה, להורות על מחיקת עותרים אלה מהעתירה, כבר בשלב מוקדם זה.

היעדר זכות עמידה של העותרים שלא הראו עניין אישי

145. העותרים 1-27 בעתירה 2055/17 הם על פי הנטען בכתב העתירה, ראשי מועצות ותושבים מכפרים שאדמותיהם עלולות להיפגע מחוק ההסדרה.

146. אותם טיעונים הנוגעים למעמד עותר ציבורי בעניין זה, יפים לגבי העותרים הללו. העותרים לא הראו כל תשתית עובדתית קונקרטית המראה פגיעה באדמות שהן בבעלותם. ומתן זכות עמידה לעותרים אלה, תסיט את הדיון אל המחוזות התיאורטיים המדיניים. אין בכתב העתירה ולו הוכחת בעלות אחת של מי מהעותרים.

147. יתירה מזו, ככל שלחלק מעותרים אלה זכות בקרקע שעליה הוקם יישוב, הרי שטענותיו בעניין הפגיעה הקניינית שנגרמה לו, לוקות בשיהוי קיצוני ובקיומו של סעד חילופי. כפי שנכתב לעיל, לא מתנהל כל הליך אזרחי לפינוי שטח שעליו יושבת התיישבות ישראלית. יצויין כי הליך שכזה יכול להתנהל בסדר דין מקוצר, אולם העותרים, מסיבותיהם שלהם, נמנעים מלנקוט צעדים אלה.

148. ייתכן שבהבנת המניעים לכך, והסיבות העובדתיות לכך, יוסר המסווה מעל הכוונות הפוליטיות והמדיניות שבעתירה זו, שאין לה דבר עם הגנה על זכויות קניין או זכויות אחרות של בעלי הקרקע..

149. אשר על כן, יתבקש בית המשפט לדחות את העתירות על הסף בשל היעדר זכות עמידה של העותרים.

טענות מקדמיות ועילות סף – סיכום

150. החוק להסדרת התיישבות ביהודה ושומרון נועד להסדיר יישובים, בתים ותשתיות, בהם גרים אנשים בשר ודם, שזכותם לקניין, לכבוד, לחינוך ולכמעט כל זכות אדם אפשרית, מוטלת על הכף. מדובר באנשים תמי לב, שהסתמכו על מדינת ישראל על גופיה ושלוחיה השונים. מצוקה זו, שלא קיבלה מענה הולם מרשויות המדינה השונות, נענתה על ידי הכנסת בחקיקת חוק ההסדרה.

151. החוק יוצר איזון מסוים בין זכותם של המתישבים, לבין זכותם של בעלי הקרקע, וקובע גם מנגנוני פיצוי. כמוכן מאליו, שיתכן שיהיו בעלי קרקע שלא יהיו מרוצים מהפיצוי שניתן להם, או שלדעתם הפגיעה שנגרמה להם אינה מידתית.
152. ההתמודדות עם טענותיהם של בעלי קרקע אלה תהיה חייבת להיעשות באמצעות בדיקה פרטנית של מסכת עובדתית, ולא באופן תיאורטי מנותק מעובדות המקרה.
153. התמודדות שכזו, שיכולה להוביל ליצירת איזון שונה בין הזכויות, צריכה להיעשות בשיקול דעת ספיציפי, ולא בקביעה כללית מראש. בשל כך קיימים בחוק מנגנונים להשגה על גובה הפיצוי, מבלי לפגוע בעצם היכולת לעתור במקרה ספיציפי גם על עצם שיקול הדעת להפקיע או על התקיימות התנאים להפקעה.
154. מן הדין ומן הצדק אפוא לדחות את העתירה על הסף בשל היעדר בשלותה, כוללניותה ובשל היותה עתירה מוקדמת ותיאורטית.
155. העותרים, המבקשים לגרור את בית המשפט אל שדה השיח הפוליטי והמדיני, לא טרחו להביא מקרה אחד ויחיד של בעל זכות בקרקע שנפגע. וכדי להוסיף חטא על פשע, חלק מהעותרים, המבקשים לשכנע את בית המשפט כי הפגיעה בזכות הקניין שחוק ההסדרה מייצר, אינה חוקתית, אינה מידתית, ואינה עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי, הם יחידה מינהלית של הרשות הפלסטינית, שכל הנראה שכחה לבדוק כיצד עונש המוות והעינויים שהיא ושלוחיה מטילים על מוכרי קרקעות ליהודים המבקשים ליישם את אותה זכות קניין, עולה בקנה אחד עם משפט זכויות האדם הבינלאומי או עם ערכים חוקתיים בסיסיים.
156. אותה התנהלות של העותרים הללו, מובילה לכך שלא ניתן להביא תושבים פלסטינים התומכים בחוק ההסדרה וסבורים שבתשלום פיצוי ראוי בגין זכות השימוש בקרקע שלהם, יש דווקא מימוש של זכות הקניין, כצד להליך זה. חלק מאותם תומכים כבר מתו במרתפי הרשות הפלסטינית, וחלק נוסף חוששים מגורל זה.
157. אשר על כן יש לדחות את העתירות על הסף גם בשל היעדר עותר בעל זכות עמידה, שזכות ממשית שלו נפגעה.

דין העתירות, דחייה גם לגופן

158. מלבד טענות הסף והטענות המקדמיות, ולאחר שהרקע העובדתי הוצג בהרחבה בחלק הראשון לתגובה זו, יעסוק חלק זה בתגובה בדחיית הטענות שהעלו העותרים השונים.
159. חלק מטיעוני העותרות מבוססים על טענות משפטיות 'מעין עובדתיות' שעוסק בטיב ההסדרים הקיימים בחוק ההסדרה ובאופן יישומם הצפוי.
160. בדרך הטבע, בשל היות העתירה כללית ומוקדמת, בחלק מהמקרים מדובר בספקולציה חסרת כל בסיס בנוגע לאופן יישום עתידי ותיאורטי, אולם בחלק מהמקרים מעלים העותרים טענות שכבר כעת ניתן להציג כרחוקות מן האמת.
161. כאלה למשל הן הטענות בדבר היותו של החוק חוק מפלה המפקיע קרקע מפלסטינים כאשר מוטבי ההפקעה הם ישראלים. כמוהן גם הטענות לפיה החוק נועד לסייע אך ורק למתיישבים יהודים. או הטענה שעלתה דווקא בבקשת ההצטרפות של פרופ' אנוך ואחרים בסעיף 24 לפיה ההקצאה דרך מוסד מיישב מבטיחה שההקצאה תתבצע לטובת ישראלים יהודים בלבד.
162. גם הטענה לפיה לכנסת אין סמכות לחוקק חוקים החלים ביהודה ושומרון או חוקים המורים למפקד הצבאי כיצד להפעיל את שיקול דעתו, הינה טענה מעין מקדמית המופיעה בטענות העותרים, שאין לה כל בסיס משפטי או עובדתי, כאשר העותרים מגדילים לעשות, וכותבים משפט שאיננו אמת:

"מעולם עד היום לא התיימרה הכנסת לחוקק דבר חקיקה, שמתייחס למקרקעין שנמצאים מחוץ לישראל בכלל ולמקרקעין שנמצאים תחת תפיסה לוחמתית בפרט" (סי' 281 לעתירה 2055/17).

163. להלן תטען המועצה כי במצב המשפטי הנוהג בישראל ועל פי פסיקת בית משפט זה, אין כל ספק בדבר סמכות הכנסת לחוקק חוקים הנוגעים ליהודה ושומרון או למקרקעין בשטחם, ולאחר מכן תציג את טיב ההסדרים הכלולים בחוק ההסדרה, ואת הדמיון המהותי שלהם לחוק המקומי הנוהג באזור ולחוק המקומי הנוהג בישראל.

164. בהקשר זה תראה המועצה שאין כל אפליה על בסיס אתני או על בסיס אזרחות בחוק ההסדרה, עוד תטען המועצה כי אין כל ספק שהצורך בהסדרת היישובים הקיימים הינו צורך ציבורי, ושאינו גורם המוסמך יותר מאשר הריבון לקבוע את הצורך הציבורי.

165. מאחר וההסדרים הקיימים בחוק ההסדרה, דומים במהותם וביישומם לחוק הישראלי והמקומי העוסקים בהפקעת קרקעות, תטען המועצה שההבדלים הפרוצדורליים או לוחות הזמנים, אינם משפיעים בכהוא זה על עמידתו של החוק בתנאים הקבועים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

166. במישור הנוגע לדין הבינלאומי תטען המועצה כי ברי שבמקום בו יש סתירה בין חקיקת הכנסת לבין הדין הבינלאומי, הרי שחקיקת הכנסת גוברת, ועל כן גם אילו היה חוק ההסדרה סותר את הדין הבינלאומי לא היה בכך בכדי להשפיע על תוקפו ותחולתו.

167. אולם אין כל צורך להגיע לידי כך שכן, בניגוד לטענותיהם חסרות התקדים של העותרים, אין כל איסור על הפקעת קרקע בתשלום בדין הבינלאומי, ובמיוחד כאשר זו עולה בקנה אחד עם הוראות הדין המקומי.

168. עוד תטען המועצה כי דווקא אם תתקבל גישת העותרים המתירה הטוענת שהפקעת קרקע לצרכי אוכלוסייה ערבית, מותרת אולם לצרכי אוכלוסייה יהודית, אסורה, תיווצר אפליה בין תושבי אזור יהודה ושומרון על בסיס אתני או לאומי. הדין הבינלאומי והמקומי, המטילים חובות על המדינה ה'כובשת', אינו עושה את האפליה הפסולה הזאת, וחובותיו של המחזיק בשטח לעשות שימוש בסמכויות הריבון לטובת האוכלוסייה המקומית אינן תלויות בשאלת האזרחות או האתניות שלהם.

סמכות הכנסת לחוקק

169. כפי שנאמר לעיל, העותרים מעלים טענות משפטיות לפיהן הכנסת אינה מוסמכת לחוקק חקיקה החלה מחוץ לתחומה הריבוני. ואף טוענים **כעניין שבעובדה**, שהכנסת מעולם לא התיימרה לחוקק חוק בנוגע למקרקעין שנמצאים מחוץ לישראל או בשטח שנמצא בתפיסה לוחמתית.

170. בטרם נדון בטענה המשפטית, בדבר סמכות הכנסת, הרי שזהו עניין שבעובדה שהכנסת חוקקה כמה וכמה דברי חקיקה שחלים ביהודה ושומרון. העותרים טוענים שמדובר בחקיקה פרסונלית וטוענים ש"החקיקה התייחסה אך ורק למי שרשומים במרשם האוכלוסין הישראלי ושמגוררים בגדה". (סי' 280 לעתירה 2055/17).

171. אין לטענה זו כל בסיס. רק לשם הדוגמה, סי' 3ב **לפקודת מס הכנסה** קובע כי "הכנסתו של אזרח ישראלי שהופקה או שנצמחה באזור, יראו אותה כהכנסה שהופקה או שנצמחה בישראל". ניתן היה לקבל שמדובר רק על מי שרשום במרשם האוכלוסין הישראלי, אולם פקודת מס הכנסה קובעת במפורש, שלעניין זה "אזרח ישראלי" הוא גם "מי שזכאי לעלות לישראל על פי חוק השבות ומתגורר באזור". כך שגם אדם שאיננו אזרח ישראלי, ואיננו רשום במרשם האוכלוסין הישראלי, ואף איננו מתגורר בשטחי מדינת ישראל, חב במס הכנסה על פי החוק הישראלי, אך ורק בשל המקום הטריטוריאלי של מגוריו.

172. גם הטענה לפיה הכנסת לא התיימרה לחוקק חוק בנוגע למקרקעין הנמצאים מחוץ לישראל או בשטח שנמצא בתפיסה לוחמתית, מופרכת מיסודה. קשה לומר שהעותרים אינם מכירים את אחד החוקים שעסק במקרקעין שכאלה, שכן הם מפנים לפסק הדין

שעוסק בעניין חוקתיותו של החוק הזה, בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל** (להלן: "עניין חוף עזה") שדן בחוקתיות של החוק ליישום תכנית ההתנתקות.

173. סעיפים 28 ו-29 לחוק יישום תכנית ההתנתקות התשס"ה-2005 קובעים

ביטול זכויות לגבי מקרקעין

28. (א) זכות מכל סוג שהוא, של ישראלי, תאגידי ישראלי, רשות מקומית, ועד מקומי, חברה ממשלתית או ההסתדרות הציונית העולמית, לגבי מקרקעין בשטח מפונה המנוהלים על ידי הממונה, בטלה החל ביום הפינוי, בין אם בעל הזכות זכאי לפיצויים לפי חוק זה ובין אם לאו...

(ב) כל הסכם שענינו זכות לגבי מקרקעין, מכל סוג שהוא בשטח מפונה, בין ישראלי או גוף כאמור בסעיף קטן (א) לבין הממונה, המדינה או מי מטעמה, בטל החל ביום הפינוי, אם לא בוטל קודם לכן בהסכם בין הצדדים.

(ג) החל ביום כאמור בסעיף קטן (א), לא תהא כל זכות לממש שעבוד או עיקול שהוטלו על זכות כאמור בו.

מסירת מקרקעין

29. מי שזכותו במקרקעין בשטח מפונה בטלה כאמור בסעיף 28, וכן המחזיק בהם או במקרקעין אחרים המנוהלים על ידי הממונה, חייב למסור את החזקה במקרקעין לממונה, באמצעות המינהלה, ביום שבו בטלה הזכות לפי הוראות סעיף 28 או ביום עזיבתו של המחזיק את השטח המפונה, לפי המוקדם.

174. די בסעיפים אלה, בכדי להראות שטענות העותרים בעניין סמכות הכנסת לחוקק בעניין מקרקעין מחוץ לשטח שעליו הוחל החוק הישראלי או הימנעותה מכך בעבר, הן עורבא פרח.

175. יצויין כי אין זה דבר החקיקה היחיד העוסק במקרקעין או מורה למפקד האזור לפעול בנוגע למקרקעין ולמבנים בשטחי יהודה ושומרון.

176. קדם לו חוק איסור הקמת מצבות לזכר מבצעי מעשי טרור, התשנ"ח-1998, שהוחל באופן מפורש גם בשטחי האזור, וגם על מצבות זיכרון שהוקמו קודם לחקיקתו, באופן רטרואקטיבי. (ס' 5 לחוק הנ"ל). יתירה מכך, החוק (ס' 6) הורה לשר הביטחון להורות למפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון להורות על הסרת מצבות כאמור, שהוקמו באזור.

177. שני ההסדרים החקיקתיים האלה, גם עמדו במבחן בג"ץ, שקבע כי ההסדרים החקיקתיים הללו תקפים.

178. בנוסף להסדרים אלו העוסקים ישירות במקרקעין, חקיקה רבה המשפיעה על האזור, נחקקה על ידי הכנסת, ואין להאריך בטענות אלה.

179. עם זאת, כבר בשלב זה יש לציין, כי שני ההסדרים הללו שצויינו לעיל, שפגעו בזכויות במקרקעין ובמבנים שהוקמו בשטחי האזור, לא כללו בתוכם אלמנט של זמניות או אלמנט של פיצוי. אמנם החוק ליישום תכנית ההתנתקות קובע פיצויים, אולם קובע במפורש כי ביטול הזכויות חל גם כאשר אין כל זכאות לפיצוי. גם הריסת מצבות הזיכרון אינה מזכה בפיצוי, למרות ההחלה הרטרואקטיבית שלה.

180. חוק ההסדרה מחיל בתוכו גם קישור ישיר בין ההפקעה לבין תשלום הפיצויים, וגם קובע הסדר של זמניות, שמתנה את תוקפו בשליטת ישראל בשטח.

181. רק לשם ההשוואה, זכויותיהם במקרקעין של תושבי צפון השומרון, בטלו, וזאת למרות שכוחות צה"ל נמצאים בשטח ושולטים בו. וגם אם בעתיד תחליט מדינת ישראל להקים מחדש יישובים באותו שטח, הרי שהזכויות של התושבים המקוריים, בטלו לבלי שוב.

182. עולה מכך שהן טענות העותרים בדבר היעדר הסמכות לכנסת והן הטענות בדבר היעדר התקדים לחקיקה הנוגעת למקרקעין בשטחי יהודה ושומרון, מופרכות מיסודן.

183. בשולי הדברים ולמעלה מן הצורך יוער שהטענה שהעלו העותרים בעניין זה היא פרדוקסלית מיסודה. אם הכנסת אינה מוסמכת לחוקק בשטח כל עוד לא הוחלה הריבונות הישראלית, כיצד יכולה הכנסת להחיל ריבונות בחוק? כמו כן, אם הכנסת אינה מוסמכת להורות בחוק למפקד הצבאי כיצד לפעול ולהפעיל את סמכויותיו, כיצד יכולה היא להקים בחוק ממשלה ובית משפט, שיוורו למפקד הצבאי כיצד לפעול ולהפעיל את סמכויותיו? לעותרים פתרונים.

184. עולה מכאן שלא זו בלבד שאין כל מקור להגבלת סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים הנוגעים לשטחי האיזור, הכנסת עשתה זאת פעמים רבות בעבר הרחוק והקרוב, וחוקים אלה עמדו גם בתקיפה חוקתית בבית משפט נכבד זה.

טיב ההסדרים שבחוק ההסדרה

185. ההסדרים הכלולים בחוק ההסדרה מפורטים בעתירות, ויש להניח שגם יתוארו בפרוטרוט לעניין אופי היישום המתוכנן שלהם בתגובת המדינה. אולם לעניין הטענות החוקתיות שהעלו העותרים והמענה להם, יש להדגיש נקודות מספר.

טיב ההסדרים שבחוק ההסדרה – היעדר אפליה

186. טענת האפליה – בחוק ההסדרה אין כל הוראה המגבילה את תחולתו על בסיס אתני. אחת היא להסדרים הכלולים בחוק, אם המתיישב תם הלב או שניתנה לו הסכמת המדינה, הוא ערבי או יהודי. אין גם כל הוראה בחוק הקובעת שהפקעת זכויות השימוש בקרקע תיעשה רק בקרקע שבעליה הוא ערבי או תועבר ליהודי בלבד.

187. הוראות החוק גם אינן מוגבלות על בסיס אזרחות ולאום. בגרסאותיו הראשונות הופיעה הוראה המחילה אותו על התיישבות ישראלית, אולם במהלך החקיקה הוסרה המילה ישראלית, וכל התיישבות במקרקעין הטעונים הסדרה שנעשתה בתום לב או שניתנה לה הסכמת המדינה, זכאית ליהנות מההסדרים שבחוק.

אין לחדד כי המטרה בחקיקת החוק היתה הסדרה של בעיות וקשיים טכנוניים שקיימים באופן רחב בהתיישבות הישראלית, כמתואר בהרחבה לעיל. אכן, הבעיה שהחוק בא לפתור נפוצה בעיקר במגזר היהודי. אולם בכך אין כדי לעשות את החוק למפלה, כאשר ההסדרים הקבועים בו נקבעו באופן שוויוני כלפי כל מי שעומד בקריטריונים שהחוק קובע.

188. ואכן, ביום 11.7.2017, התפרסמה בחדשות ערוץ 2 ידיעה לפיה חוות דעת שהוכנה במשרד הביטחון קובעת כי חוק ההסדרה במתכונתו הנוכחית מונע הליכי אכיפה כנגד 2,000 מבנים בלתי חוקיים של ישראלים שנבנו על קרקע פלסטינית, אך גם מקשה על הרשויות בצה"ל לפעול כנגד יותר מעשרת אלפים מבנים לא חוקיים של פלסטינים.

189. מאחר שמשרד הביטחון הינו משיב בעתירות אלה, ניתן להניח שתגובתו תשפוך יותר אור על נושאים אלה, אולם המועצה כגורם הפועל בשטח, שמה לב לתופעה זו, כבר מאז חקיקת החוק.

190. עולה אם כן שטענת האפליה שבעתירות, אינה מבוססת על כל ממצא עובדתי, ונטענה בעלמא. די בכך בכדי להראות את החשיבות שבהימנעות מקבלת עותרים ציבוריים ומקיום דיונים תיאורטיים על חקיקת הכנסת, בעתירה שאיננה בשלה.

191. למועצה ידוע גם על קרקעות של יהודים, שחוק ההסדרה אמור לכאורה להפקיע את זכות השימוש בהן ויעניק את הרשות למחזיקים בהן, אולם כאמור, בשלב זה מוקדם מדי לדעת כיצד ייושם החוק. העולה מכל זה הוא שלשון החוק, וגם אופן יישומו החלקי עד כאן, אינם נותנים כל מקום לטענת אפליה.

192. טענה נוספת בדבר אפליה, עלתה בדברי העותרים, מכך שהקצאת הקרקע להתיישבות שהוסדרה, תיעשה באמצעות מוסד מיישב כהגדרתו בחוק המועמדים להתיישבות חקלאית. חלק מהמוסדות המיישבים הם גופים העוסקים בהתיישבות של יהודים, ועל כן טוענים העותרים שהקצאת הקרקע תהיה תמיד ליהודים.

193. אולם, המוסד המיישב הראשון המופיע בחוק הוא "הממשלה" שכללי השוויון המנהליים חלים עליה, ואין כל הצדקה או ביסוס לטענה כאילו הממשלה תימנע מהקצאת קרקע שתעמוד בקריטריונים של חוק ההסדרה, גם לערבים. ברור שדין זה יחול גם על כל מוסד מיישב אחר, הכפוף ממילא להוראות יסוד של משפט מינהלי וחוקתי. אין גם כל מניעה שיוכר מוסד מיישב חדש בהתאם להוראות אותו חוק, שיעסוק בכך.

טיב ההסדרים שבחוק ההסדרה - זמניות

194. הפקעת זכות השימוש בקרקע כפי שקובע חוק ההסדרה, מוגבלת בחוק והיא תעמוד בתוקפה רק "עד להכרעה מדינית בדבר מעמדו של האזור וההתיישבות בו".

195. כבר בשלב זה ניתן לראות כי ההסדר הנ"ל מידתי הרבה יותר מאשר ההסדר שבחוק ליישום תכנית ההתנתקות, ששלל את הזכויות במקרקעין, בלי כל התייחסות לשינוי עתידי.

196. גם אם ההתנתקות לא הייתה יוצאת לפועל בסופו של דבר וכוחות צה"ל לא היו מפנים את השטח, כפי שאכן קרה בצפון השומרון, וגם אם כוחות צה"ל ישובו יום אחד לשטחי רצועת עזה, ניתק החוק ליישום תכנית ההתנתקות את הזיקה של בעלי הזכות בקרקע, לבלי שוב, ללא כל עמידה במבחן המידתיות של הקשר הסיבתי.

197. לעומת זאת, חוק ההסדרה חל רק עד להכרעה מדינית בדבר מעמדו של האזור, ובכך הפגיעה בקנין הגלומה בו מצומצמת הרבה יותר.

198. יצויין כי הוראה שאיננה מנתקת את הקשר בין בעל הקרקע לבין אדמתו, ומותירה לו פתח לקבל את אדמתו בעתיד, עם סיום מטרות ההפקעה, הוכרה בפסיקה כצמצום של הפגיעה בזכות הקניין, בהלכת קרסיק (בג"ץ 2390/96, **קרסיק ואח' נגד מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל**) ובפסקי דין נוספים.

199. יצויין כי נושא זמניות התפיסה הלוחמתית הודגש על ידי בית המשפט בעניין חוף עזה, כשיקול לכך שהפגיעה בזכות הקניין של התושבים הישראלים, פחותה, שכן היה עליהם לצפות שהתפיסה הלוחמתית עלולה להסתיים בעתיד כלשהו. הנה כי כן זמניות התפיסה הלוחמתית היא מאפיין משמעותי בפגיעה בקניין הכרוכה ותלויה בה, גם על פי פסיקת בית המשפט נכבד זה.

טיב ההסדרים שבחוק ההסדרה – הפיצוי

200. ס' 8 לחוק ההסדרה קובע פיצוי מוגדל בשווי של 125% מדמי השימוש הראויים לבעל הזכויות במקרקעין, ומאפשר לבעל המקרקעין גם אפשרות לקרקע חלופית.

201. לפיצוי, אפשרות לקרקע חלופית, ולהיעדר יכולת להשיג את מטרת החקיקה ללא הפגיעה בזכות הקניינית במקרקעין, נודע משקל משמעותי. בעניין **חוף עזה**, טרח בית המשפט לאבחן את עניין חוף עזה מעניין בית סוריק, שעסק בגדר ההפרדה, והבהיר את ההבדל בין הכשרת הפגיעה במקום אחד לעומת פסילת הפגיעה בו במקום אחר:

התשובה לשאלה זו היא משולשת. ראשית, בפרשת בית סוריק הוצגה בפנינו חלופה ביטחונית, שניתן היה להשיג באמצעותה את עיקרי שיקולי הביטחון, גם אם לא את כולם. לא כן במקרה שלפנינו. שנית, בפרשת בית סוריק **הפיצוי הכספי לא היה מעשי, והמדינה סירבה להעמיד לרשות התושבים המקומים הנפגעים קרקע חלופית**. לא כן במקרים שלפנינו. לבסוף, בפרשת בית סוריק נידון סכסוך מקומי שניתן היה, באמצעות הכלים שעמדו לרשות בית המשפט, לבחון את השלכותיו ותוצאותיו. לא כן במקרה שלפנינו שכל כולו טובל במערכות מורכבות של שיקולים לאומיים, מדיניים וביטחוניים. אכן, בפרשת בית סוריק יכול היה בית המשפט להשיב בשלילה על השאלה אם היתרון הביטחוני המתקבל מקבלת עמדתו

של המפקד הצבאי שקול כנגד תוספת הפגיעה המתקבלת מעמדתו. לא כן בעתירות שלפנינו. לא נוכל לומר כי הסתברות הגשמתם של היתרונות המדיניים, החברתיים והביטחוניים שתוכנית ההתנתקות מבקשת להשיג אינה שקולה כנגד הפגיעה בזכויות הישראלים, הלוקחת בחשבון את זמניות התפיסה הלוחמתית והפיצוי הניתן להם. (עניין חוף עזה, פסקה 118)

202. יודגש, כי למרות האמור, החוק ליישום תוכנית ההתנתקות לא חיבר בין הפגיעה בזכות לבין תשלום הפיצויים או הזכאות להם, בעוד **שחוק ההסדרה קובע כי בכל מקום שתיפגע זכות במקרקעין בגין החוק, יקום פיצוי מוגדל, או קרקע חלופית.**

טיב ההסדרים שבחוק ההסדרה – האם ההסדרים שבחוק ההסדרה אכן פוגעים בקניין?

203. לאחר כל האמור, בדבר זמניות הפגיעה, הפיצוי המוגדל והיעדר האפליה, חשוב לציין כי המכניזם בו פועל חוק ההסדרה, כלל אינו מחייב שבחיקתו או ביישומו תהיה פגיעה בזכות הקניין שלא קיימת כיום. (בניגוד לפגיעה בסדרי העבודה הלקויים או בסדרי העדיפויות של המנהל האזרחי).

204. החוק קובע כי במידת האפשר, המסגרת החוקית בה יפעל המפקד הצבאי בביצוע ההליכים על פי סעיף 3 לחוק ההסדרה, שהוא הסעיף המדבר על נטילת זכויות השימוש וההחזקה, יהיו על פי חוק הקרקעות הירדני.

205. חוק הקרקעות הירדני מותיר שיקול דעת נרחב למפקד האזור לביצוע רכישה לצרכי ציבור באמצעותו, ואף אינו מחייב מתן פיצוי מוגדל. כך שבכל המקרים שבהם חוק הקרקעות הירדני מתיר למפקד האזור לבצע רכישה לצרכי ציבור, לא זו בלבד שחוק ההסדרה אינו מגדיל את הפגיעה בקניין, אלא שהוא מקטין אותה.

206. בנסיבות אלה זכות הקניין מסוייגת ממילא, ולא החוק הוא אשר יוצר את הפגיעה בה: כל שעושה החוק הוא מתן הוראה למפקד האזור לעשות שימוש בסמכות הנתונה לו בלאו הכי. **קביעה של המחוקק המורה לרשות מנהלית הפועלת מטעם ממשלת ישראל, לעשות שימוש בסמכות הקיימת בידה, בתוך לוח זמנים מסוים, לא יכולה להיחשב פגיעה חוקתית או חריגה מסמכות המחוקק.**

207. באותן נסיבות שבהן חוק הקרקעות הירדני לא חל, אכן עלול לייצר החוק פגיעה בקניין שאיננה קיימת ממילא. אולם גם כאן יש לאבחן בין מקרקעין שאין בהם בעל זכויות במקרקעין שבהן אין פגיעה בקניין, לבין מקרקעין שיש בהן בעל זכויות.

208. בכל הנוגע למקרקעין שאין בהם בעל זכויות, כל שעושה החוק הוא להורות למפקד הצבאי לרשום אותם כרכוש ממשלתי – וזאת בהתאם לחקיקה הקיימת באזור ממילא כיום.

209. שוב טענות העותרים מנסות לשכנע באמצעות זעקות שבר רמות, שהוראה של הכנסת בחקיקה למפקד האזור לעשות שימוש בסמכותו תוך זמן קצוב, בשל החשיבות שהכנסת רואה בהסדרת ההתיישבות, מוגדרת כ"גזל קרקעות" או כ"פגיעה בערך הקניין החוקתי".

210. ונזכיר, מדובר בקרקע שאין בעל זכויות בה, כך שלא ברור בשם מי מוגשת העתירה ועל זכויותיהם של מי מבקשים להגן העותרים.

טיב ההסדרים שבחוק ההסדרה – השוואה לדינים קיימים

211. מהאמור לעיל עולה כי חוק ההסדרה מייצר אמנם הסדר מיוחד ולוח זמנים לצורך פתרון בעיית הסדרת ההתיישבות, אולם בכל הנוגע לפגיעה הקניינית שהחוק עלול לייצר, אין מדובר בהסדר השונה באופן מהותי מההסדרים הנהוגים בחקיקה הישראלית או בחקיקת האזור הנוהגת כבר כיום.

212. כאמור, בדין הישראלי, פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) מאפשרת הפקעה, או רכישה כפויה, של קרקע לטובת צורך ציבורי, כאשר הקמת יישוב או הרחבתו מוגדרת כבר כיום כצורך ציבורי.

213. בדין האיזור, החוק הרלוונטי, שנוסחו והוראותיו העקרוניות, דומות לפקודה הישראלית, הוא **חוק הקרקעות רכישה לצרכי ציבור, מס' 2 לשנת 1953** שתוקן **בצו בדבר חוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור)(יהודה ושומרון) (מס' 321)** כאשר ניתן לבצע לפיו רכישה כפוייה של קרקע לטובת צורך ציבורי אשר הרשות המוסמכת החליטה שהוא צורך ציבורי.

214. כאמור לעיל, הן בתחומי מדינת ישראל והן בתחומי יהודה ושומרון, נעשה בעבר שימוש נרחב בהפקעה על פי הפקודה הישראלית או על פי החוק הירדני, לטובת הקמת התיישבות.

215. מקרה דומה למציאות של חוק ההסדרה, דהיינו הפקעה לטובת דיור, שנעשתה לצורך הכשרה של בניה שנבנתה בטעות על קרקע שנחשבה מלכתחילה כאדמת נפקדים, התרחש במדינת ישראל, והוגשה בעניין זה עתירה (בג"צ 180/52 **יורשי אברהים דור ואח' נ' שר האוצר**, פ"ד 108, 1952)

216. באותו מקרה, הקימה הממשלה שיכון לעולים חדשים, על שטח קרקע נרחב אשר הוגדר כנכסי נפקדים, אולם בשלב מאוחר יותר, גילתה כי חלק מהקרקע, אינו בבעלות נפקדים, אלא של העותרים. או אז, עשה שר האוצר שימוש בסמכותו על פי הפקודה, והפקיע את הקרקע.

217. דברי השופט חשין, המובאים בפסק הדין, נראים כאילו נכתבו בדיוק לעניין העתירות שלפנינו. במענה לטענת העותרים לפיה "כל עיקרה של ההפקעה, לא בא אלא כדי לתקן את המשגה שנעשה לכתחילה על ידי השלטונות, בהחילם להקים את השיכון מתוך מחשבה כי האדמה היא אדמת נפקדים".

"עלינו להודות, כי איננו רואים כל פגם בדרך זו בה הלכו השלטונות, ואפילו הלכו בה כדי להשיג את המטרה אשר לדעת ב"כ המבקשים בישרו להשיגה. הן ייתכן מאוד, כי אמנם שגו לכתחילה, וכי כל מה שעשו בזמנו בניגוד לחוק עשו. אך תחת אשר ימשיכו להפר את החוק, או במקום להפסיק את העבודה אשר הם ראוה כחיונית לצרכי הציבור, נמלכו בדעתם, ובבקשם להכשיר פעולתם כיוונו את מעשיהם מאז ואילך בהתאם לחוק. ובכך מה עול עשו בכך?" (שם, עמ' 911, פסקה 9 של השופט חשין). (ההדגשות שלי, ש.ד.ר.)

218. ראינו אם כן כי על פי הדין המקומי, כמו גם על פי הדין הישראלי, ניתן לפגוע בקניין של בעלי הקרקע לצורך ציבורי. הקמה או הרחבה של יישוב מופיעים במפורש בדין הישראלי, ואילו האפשרות לקבוע צורך ציבורי בהתאם לשיקול דעתה של הרשות המוסמכת, מופיעה בחוק הקרקעות הירדני.

219. חוק ההסדרה מחיל הסדר נוסף, כדי לצמצם את הפגיעה בקניין של בעלי הקרקע שלא לצורך, וקובע שבמקום בו יש בעל זכויות, רכישת הזכויות בקרקע תיעשה רק במקום בו ההשקעה בבניית ההתיישבות עלתה על ערך הקרקע במועד הבנייה.

220. בכך מחיל חוק ההסדרה הוראות הדומות להסדר שנקבע בפרק ד' **לחוק המקרקעין התשכ"ט-1969** הנוהג בישראל. הוראות אלה נועדו לתת עדיפות לבעל הקרקע במקום שערך של הבנייה או הנטיעה שבוצעו בשטחו בתום לב נמוך משווי הקרקע, ואז יוכל בעל הקרקע להשיב לעצמו את המקרקעין.

221. יצויין כי להסדר זה הסדרים מקבילים גם בחקיקת האיזור. אולם די בכך בכדי להראות כי ההסדרים שחוק ההסדרה מבקש להחיל על הקרקע אינם פוגעים בקניין במידה העולה על הנהוג כבר כיום בדין הישראלי או בדין המקומי, וממילא לא ברורות טענות העותרים שדווקא חוק ההסדרה אינו עולה בקנה אחד עם חוקי היסוד או עם המשפט הנוהג.

שאלת הצורך הציבורי

222. העותרים טוענים כי הסדרת ההתיישבות אינה יכולה להיחשב צורך ציבורי, אולם הלכה פסוקה היא מזה שנים בבית משפט זה, כי הפקעת קרקע לצורך האוכלוסיה המקומית נמצאת בתחום סמכותו ואחריותו של המפקד הצבאי, וכי היא עולה בקנה אחד עם הדין הבינלאומי.

223. בעניין זה קבע בית המשפט לאורך כל השנים, בפסיקות רבות, כי תושבים המתגוררים בהתיישבות הישראלית דינם כתושבים מקומיים, אשר על המפקד הצבאי מוטלת החובה לפעול למענם. ר' בעניין זה, בג"ץ 256/72 **חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נ' שר הבטחון**, כז(1) (124) 1972 בו עסק בית המשפט בהפקעת קרקע לצורך הקמת קו מתח גבוה לקריית ארבע:

אין איפוא בפעילות הממשל הצבאי לגבי נשוא העתירה הזאת משום הפרה של הסעיף 43 לכללי האג. אדרבא, פעילות זו באה למלא את חובת הממשל לדאוג לרווחתה הכלכלית של אוכלוסיית האזור. **לעניין זה יש לראות את תושבי קרית-ארבע כמי שנוספו על האוכלוסיה המקומית** וגם הם זכאים לקבל אספקה סדירה של חשמל. (שם, עמ' 138) (ההדגשות שלי, ש.ד.ר.).

224. במהלך השנים הוסיף בית המשפט העליון וקבע בפסיקתו כי האוכלוסייה בהתיישבות הישראלית ביו"ש נחשבת 'אוכלוסייה מקומית' לצורך החובות שלפי תקנות האג: כך, למשל, בשנת 2004 קבע כן לעניין אספקת תוצרי חציבה מקומיים להתיישבות (בג"ץ 9717/03 **נעלה נ' מועצת התכנון העליונה באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נח(6) 9 (2004); ; ולעניין 2164/09 **יש דין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פסקה 13 (26.12.2011); ולעניין החובה לדאוג לרווחת האוכלוסייה שבהתיישבות ולמימוש זכויותיה השונות, לרבות בתחום התכנון (בג"ץ 10356/02 **הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נח(3) 443 (2004)).

225. ממילא, בידי המפקד הצבאי הרשות לשקול את הסדרת ההתיישבות לטובת תושבי האזור, המתגוררים בתחומה של המועצה כצורך ציבורי. עולה מכך שכל שעשתה הכנסת בחקיקת חוק ההסדרה היא להורות למפקד הצבאי ולהבהיר לו שעליו לפעול בדרך זו.

226. המועצה תטען שבכל הנוגע לסמכות ההפקעה לצורך ציבורי, אין בחוק ההסדרה כל שינוי מהותי של הדין הקיים באיזור, וניתן לראות שגם המחוקק סבור כך, שכן הוא מורה למפקד לפעול ככל הניתן בהתאם לחוק הירדני בדבר רכישת קרקעות לצרכי ציבור, אולם גם אם היה בו לשנות את הדין הנוהג באיזור, הרי ששינוי זה נמצא בתוככי סמכותה של מדינת ישראל. על כך יורחב בפרק העוסק בדין הבינלאומי.

227. אין ספק שהצורך הציבורי שבמניעת הרס נרחב של בתים שנבנו בתום לב, ומתגוררים בהם משפחות שלמות, כמו גם הצורך בהסדרת תכנונם של תשתיות, מתן שירותי חינוך וצרכים ציבוריים נוספים, עונים להגדרת צורך ציבורי המצדיק הפקעה. כך במדינת ישראל, כך בכל מדינה תרבותית ודמוקרטית אחרת, ואין כל הצדקה שלא כך יהיה גם בתחומי יהודה ושומרון.

228. על בית המשפט הנכבד לכבד את סמכותו של המחוקק בקביעת צורך ציבורי, ולאפשר לרשות המחוקקת ולרשות המבצעת להגדיר את הצורך ולפעול ליישומו בכלים העומדים לרשותם.

229. הדברים שיובאו להלן נאמרו כאשר הפקעת זכות הקניין לצורך שהגדירו הממשלה והמחוקק כצורך ציבורי, גרמה להרס בתים ולפינוי אוכלוסיה מבתיה. יש להחילם מקל וחומר על הפקעת זכות קניין שנועדה למנוע הרס שכזה ופינוי שכזה

אכן, לא פעם ניצבת מדינה בפני הצורך לפנות אוכלוסיה שלמה משטח מסויים בה, וזאת מטעמים של סכסוך מזויין בתוך המדינה; פגעי טבע; תכנון לאומי או מטעמים אחרים (ראו Commission on Human Rights, Analytical Report of the Secretary-General on Internally Displaced Persons, E/CN. 4/1992/23 (1992); R. Cohen and F.M. Deng, Masses in Flight, The Global Crisis of Internal Displacement (1998)). עד כמה שמטרת הפינוי משרתת טעמים לאומיים, חברתיים או ביטחוניים מסתברים שאין להשיגם בדרך אחרת מזה, והיא מעניקה פיצוי הוגן מזה, יהיו אלה מקרים נדירים שבית המשפט ימנע מהמדינה את הגשמת יעדיה. ההכרעה תיפול

במסגרת הרשות המחוקקת או המבצעת, לפי העניין. ברוב רובם של המקרים יראה בכך בית המשפט עניין הנופל לגדר "מרחב התימרון" של המחוקק, או "מרחב ההתחשבות" שלו או "מרחב הכיבוד" של הכרעותיו. (פיסקה 117 בדעת הרוב, עניין חוף עזה)

המבחן החוקתי – סיכום ביניים

230. תחולתו של **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו** בשטחי יהודה ושומרון בכל הנוגע לאזרחים ישראלים נדונה בהרחבה בעניין חוף עזה. שם פסק בית המשפט כי חוקי היסוד חלים בכל הנוגע לאזרחי ישראל, גם ביהודה ושומרון. תחולתו בעניין תושבי האזור שאינם אזרחים ישראלים טרם הוכרעה בבית משפט זה.

231. ברור שלעמדת העותרים, לפיה הכנסת אינה מוסמכת לחוקק ביהודה ושומרון, לא ברור כיצד לחלו להם לשטחי יהודה ושומרון דווקא **חוק יסוד: השפיטה**, הנותן סמכות לבית משפט נכבד זה **וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**, בעוד שעל חוק ההסדרה נגזר שיישאר בתחומי מדינת ישראל.

232. אולם המועצה תטען שככל שחוק ההסדרה צריך לעמוד בתנאי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הרי שהוא עומד בהם.

233. כאמור לעיל, חוק ההסדרה קובע הסדרים שביסודם הם רכישה לצרכי ציבור של קרקע לצורך ציבורי, בדומה לחוקים הקיימים כבר כיום במדינת ישראל, ובכל מדינה אחרת.

234. אין הדעת סובלת טענה משפטית לפיה חוק היסוד, שנועד להגן על זכויות הקניין של אזרחי ישראל, מתיר הפקעת רכושם לצרכי ציבור, אולם אוסר באופן קטיגורי על הפקעת רכוש של מי שאינם אזרחי ישראל. אין בתכלית חוק היסוד או בלשונו כל רמז לתפיסה מופרכת שכזו.

235. ס' 8 לחוק היסוד קובע כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו."

236. אין חולק כי ככל שיש בחוק ההסדרה פגיעה בקניין, הרי שהפגיעה נעשתה בחוק.

237. בבחינת התכלית הראויה, הרי שלחוק ההסדרה תכליות רבות שהוכרו בפסיקת בית משפט זה כראויות כאשר חלק מהן הן תכליות אובייקטיביות, וחלק תכליות סובייקטיביות:

א. שמירה על זכויות שהוכרו בחוק היסוד. חוק ההסדרה נועד להגן על אגד זכויות נרחב של המתישבים המתגוררים בהתיישבות המיועדת להסדרה. החוק מייצר איזון בין הפגיעה בקניינם של המתישבים שבנו או שרכשו בתום לב את ביתם או שניתנה להם הסכמת המדינה לכך, לבין הפגיעה בקניין של בעלי הקרקע. פינוי של אותם מתישבים והרס בתיהם, יפגע בקניינם כמו גם בזכויות אחרות שהוכרו בחוק היסוד, כמו הזכות לכבוד.

ב. שמירה על אוצר המדינה. במקרים בהם ניתנה הסכמת המדינה, ועומדת למתישבים טענת הסתמכות על מעשה המדינה, או טענה להבטחה שלטונית, במקרה של פינוי, תיאלץ המדינה לדאוג לסידור חלופי, כפי שהתחייבה ועשתה בעבר. המדינה רשאית לצמצם את הפגיעה ואת העלות הצפויה לה, באמצעות הסדרת היישובים במקומם ותשלום פיצויים לבעלי הקרקע. במיוחד באה לידי ביטוי תכלית זו בקרקעות אשר אין בהם בעל זכויות, ושבהם ייחסך לאוצר המדינה סכום רב.

ג. חיזוק ההתיישבות. התיישבות בארץ ישראל הינה אחת ממטרות היסוד של התנועה הציונית ושל מדינת ישראל. קשה לטעון ברצינות שתכלית של חיזוק ההתיישבות, אינה תכלית ראויה.

ד. קיום מחויבויותיה של מדינת ישראל על פי המשפט הבינלאומי ככל שהן קיימות ביהודה ושומרון. תכלית זו של החוק מושגת במספר דרכים. המחויבות לפעול למען האוכלוסייה המקומית ביהודה ושומרון נובעת מתקנה 43 לתקנות האג. בנוסף, וכפי שנאמר לעיל, המחויבות לקדם התיישבות יהודית צפופה בשטחי המנדט הבריטי, שחלה על מי שנכנס לנעלי המחזיק הלגיטימי בשטח.

238. אין ספק שחוק ההסדרה גם עונה לשלושת מבחני המידתיות. כאמור, המטרה אותה מבקש המחוקק להשיג היא מטרה לגיטימית, קרי הסדרת ההתיישבות שנבנתה בתום לב או שניתנה לה הסכמת המדינה.

239. מבחן הקשר הרציונלי: נטילת זכויות השימוש בקרקע והקצאתם למי שיושב עליהם כיום, מקיים את הקשר הרציונלי.

240. המחוקק בחר בפגיעה הפחותה ביותר האפשרית להגשמת מטרתו:

- החוק נוטל את זכות השימוש והחזקה, ולא את זכות הבעלות.
- הנטילה מוגבלת בחוק בזמן, ואינה לצמיתות.
- החוק מציע פיצוי מוגדל או קרקע חלופית, ומעניק את הבחירה בין האפשרויות לבעל הזכויות בקרקע.
- במקרה בו שווי המחוברים לקרקע שנבנו, נמוך משווי הקרקע, החוק מעניק עדיפות לבעל הקרקע.
- החוק מאפשר דרכים לנפגע הסבור שהפיצוי שמוצע לו אינו מספק, להשיג על השומה.

241. מבחן המידתיות במובן הצר כאמור, הפקעת קרקע בפיצוי לצרכי ציבור היא פרקטיקה מקובלת, הן בישראל והן בעולם. הדוגמאות השונות מהארץ והעולם למטרות שהוכרו כלגיטימיות להפקעה, משקפות צרכים ציבוריים קלים בהרבה מאשר הצורך להימנע מעקירת אלפי משפחות מביתם תוך פגיעה בזכויותיהם, ותוך התעלמות מתום ליבם ומהסכמת המדינה שניתנה להם. אם לצורך כביש שירות ליישוב ניתן להפקיע קרקע, והדבר עומד במבחני מידתיות במובן הצר, הרי שלמניעת החרבתו של יישוב שלם, או של בתים רבים מתוכו, הדברים קל וחומר.

242. כדי לטעון שהתכלית אינה ראויה, טענו העותרים כי החוק מפלה, וכי מטרתו לקחת קרקע מערבים ולהעבירה ליהודים.

243. כאמור לעיל, הן לשון החוק, והן אופן יישומו עד היום, לא מותירים כל מקום לטענה זו. החוק חל על יהודים וערבים כאחד.

244. יצויין כי גם אם החוק היה חל על יהודים או על ישראלים בלבד, לא היה בו משום אפליה, שכן כידוע, לא כל אבחנה היא אפליה.

א. החוק חל על שטחי C, אולם מרבית תושבי יהודה ושומרון הערבים, מתגוררים בשטחי A ו-B שבשליטה אזרחית של הרשות הפלסטינית, ואינם נזקקים או נצרכים לשירותי ניהול הקרקע של המנהל האזרחי, וממילא גם אינם נזקקים להוראות חוק ההסדרה.

ב. המציאות ביהודה ושומרון מונעת דווקא מיהודים לרכוש קרקע בגלוי ובאופן מסודר, בשל החשש לחייהם של המוכרים הערבים. על כן כאשר מדובר בערבי שמתגורר על קרקע שבבעלותו של ערבי אחר, יכולים הצדדים להסדיר זאת באופן עצמאי, ואינם נזקקים לחוק.

ג. הסיטואציה של הסכמת המדינה והשקעתה בהתיישבות, התרחשה ברובה בהתיישבות הישראלית וממילא מחויבותה של המדינה להסדיר את העניין, חלה דווקא על ההתיישבות הישראלית.

245. אולם כאמור, נוסח החוק, והנתונים הקיימים על יישומו עד היום, מראים שאין בחוק כל אפליה, וממילא אין בו פגיעה בשוויון או תכלית בלתי ראויה.

246. כאמור לעיל, אין כל הצדקה מצד הדין הישראלי הפנימי, לפסול את חוק ההסדרה על רקע אי התאמה לחוק היסוד. מעשי הפקעה ותשלום תמורה, הינם מעשים שבכל יום, ובית משפט זה דחה פעמים רבות את הטענה כי בהפקעה לצרכי ציבור ותשלום תמורה הוגנת יש משום פגיעה לא מידתית בזכות הקניין המצדיקה את ביטולו של החוק המסמיך לעשות כן.
247. העותרים מודעים לכל התקדימים הללו, ומבינים שעל פי הדין הפנימי הישראלי, אין כל מקום לקביעה כי חוק ההסדרה אינו עולה בקנה אחד עם חוקי היסוד או שאינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה, ועל כן הרחיקו עדותם אל המשפט הבינלאומי, במטרה לפסול את החוק.
248. הניסיון לקרוא את הדין הבינלאומי אל חוקי היסוד, ולקבוע כי חקיקה שאינה עולה בקנה אחד עם הדין הבינלאומי, דינה בטלות, חותרת תחת עקרון ריבונות המדינה באופן יסודי ביותר, כמו גם תחת העיקרון הדמוקרטי.
249. על בית המשפט לדחות את הניסיון הזה בשתי ידיים, שכן קבלתו פירושה נטילת כח החקיקה מידי הכנסת, והעברתו לקבוצה אמורפית של אקדמאים קוסמופוליטיים.
250. ניסיון זה סותר את הדין הנוהג במדינת ישראל מקדמת דנא כפי שהובא בבג"צ 785/87 עפו ואח' נ' מפקד כחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4 (1988) (הצילום מעמ' 35)

(ב) המצב המשפטי בישראל: במשפט הישראלי מבחינים, בשאלת היחס בין המשפט הבינלאומי לבין המשפט הפנימי, קרי לצורך ההכרעה בשאלה, אם הוראה פלונית מתוך המשפט הבינלאומי הפומבי הפכה לחלק מן הדין הישראלי, בין משפט מינהגי לבין משפט הסכמי (פרופ' י' דינשטיין, המשפט הבינלאומי והמדינה (שוקן ואוניברסיטת תל-אביב, 1971) 143). פרופ' דינשטיין מפנה לעניין זה בעיקר לע"פ 174 / 54 [12]; ע"פ 9 / 61 [13]; ע"פ א 55 / 25, 145, 148 [14]; ע"פ 9 / 67 [15].

ההשקפה, המבטאת בנושא זה את הדעה המקובלת בפסיקתו של בית-משפט זה, הוצגה גם בבג"צ 81 / 81, 69, 493 [16], בעמ' 233 ואילך; בדברי השופט ברק בבג"צ 82 / 393 [17], בעמ' 793, ובדברי השופט ויתקון בבג"צ 79 / 390 [18] בעמ' 29. וראה גם: M. Shamgar, "Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government - The Initial Stage", *Military Government in the territories Administrated by Israel 1967-1980, supra*, at 13, 47, 64, 69 ומאמרו הנ"ל של פרופ' דינשטיין, בעמ' 937, פסקה אחרונה.

לפי פסיקתו העקבית של בית-משפט זה, המשפט הבינלאומי המינהגי הוא חלק ממשפט הארץ, וזאת בכפופות לדבר חקיקה ישראלי הקובע הוראה סותרת.

בע"פ 9 / 64, 174 [12] הנ"ל דיבר השופט חשין. עמו הסכים השופט ויתקון. על "המנהגות של המשפט הבין-לאומי (קרי, המשפט הבינלאומי המינהגי - מ' ש'), כחלק ממשפט הארץ..." (שם, בעמ' 17 מול אות השוליים ד).

בע"פ 61 / 61 [13] 336 - בעקבות הח' 49 / 41 [19], בעמ' 145-146 ופסקי הדין האנגלים בעניין *The West Rand Central Gold Mining Company v. Rex* (1905) [30], at 406-407, וכן *Cristina* (1938) [31], at 725 - הוכרה תחולתן במשפטנו של הלכות המשפט הבינלאומי, אשר להן הסכימו בקהילייה הבינלאומית, והן הוכחו ככללים שנתקבלו כאמור. כדברי פרופ' דינשטיין, בספרו הנ"ל, בעמ' 146. בהתייחסו למשמעותו של האמור בפסק-דין זה:

"...ההלכה היא, שכללי המשפט הבינלאומי (המנהגי) נקלטים אוטומטית לתוך המשפט הישראלי ומהווים חלק ממנו, אך במקרה של התנגשות חזיתית בינם לבין חוק חרות, יד החוק החרות על העליונה".

251. הרי שגם המשפט הבינלאומי המנהגי, נסוג מפני התנגשות חזיתית בינו לבין החוק החרות.
252. לגבי הדין הבינלאומי ההסכמי, הרי שהחלתו דורשת חקיקה מפורשת, וכפי שצויין באותו פסק דין אין זה רק תיאור של המצב מצוי, המצב רצוי "מבחינת כוחה של המדינה לעצב את משפטה בכלים העצמאיים שלה" (שם, עמ' 39).

253. ברי שניסיון לקבוע כי המשפט הבינלאומי המנהגי הנקלט אוטומטית לשיטתנו המשפטית, ללא כל אקט חקיקה של הכנסת, גובר על חקיקת הכנסת וקביעה שהכנסת אינה מוסמכת לחוקק אחרת ממנו, בשל קריאה שלו לתוך חוקי היסוד, הינו לא פחות מאובדן ריבונותה ועצמאותה של מדינת ישראל, מצב שאיננו קיים באנגליה (שעל פי המודל שלה בנוי היחס בין המשפט הבינלאומי למשפט המדינתי בישראל), וגם לא בארצות הברית, צרפת, גרמניה, שוויץ, ועוד מדינות רבות וטובות המכבדות את עקרון שלטון החוק.

254. כמובן שבעניין חוק ההסדרה, מדובר בדיון תיאורטי בלבד, שכן אין בהוראותיו של חוק ההסדרה דבר וחצי דבר הסותר את הדין הבינלאומי, אולם מאחר והעותרים הרחיבו בקו טיעון זה, מצאה המועצה מקום להתייחס לכך.

הדין הבינלאומי

255. כחוט השני, שזורות בעתירות, טענות מן הדין הבינלאומי, כאשר הן עוסקות בכל אספקט של החוק ושל יישומו.

256. התפיסה של הדין הבינלאומי בטענות העותרים, חובקת כל. הטענות שעולות בכתבי העתירה דורשות מבית משפט זה לקבוע כי:

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

ב. החקיקה מהווה סיפוח, וסיפור אסור על פי הדין הבינלאומי.

ג. הדין הבינלאומי מחייב לכבד את המשפט המקומי ומונע את שינויו.

ד. הדין הבינלאומי אוסר על הפקעת קרקעות מתושבים מוגנים.

ה. הדין הבינלאומי מתיר נטילת קרקע אך ורק לצרכים צבאיים

ו. חוק ההסדרה מהווה פשע מלחמה

ז. הדין הבינלאומי מתיר הפקעת קרקע של תושבים מוגנים, רק לצרכי התושבים המוגנים.

257. להלן תטען המועצה כי טענות אלה אינן נכונות או אינן נוגעות לעניין הנדון, אולם כמובן שלצורך קביעה של בית משפט זה כי חוק ההסדרה בטל או שאין ליישמו בשל המשפט הבינלאומי נדרשים שלושה תנאים מצטברים.

א. יש לקבוע כי הכללים של הדין הבינלאומי הנוגעים לדיני התפיסה הלוחמתית חלים על יהודה ושומרון מבחינת הדין הבינלאומי.

ב. יש לקבוע כי דיני התפיסה הלוחמתית, אוסרים את הפעלת ההסדרים שבחוק ההסדרה.

ג. יש לקבוע כי מדינת ישראל לא קבעה במפורש אחרת.

258. הסיבה לצורך בשלושת התנאים המצטברים, נובעת מהתפיסה הפרשנית הנהוגה במשפטנו, לפיה המשפט הבינלאומי המנהגי הינו חלק משיטתנו המשפטית כל זמן שאין חקיקה ישראלית סותרת.

259. כך שלמעשה, גם אם הדין הבינלאומי חל, וגם אם הדין הבינלאומי אוסר על החלת ההסדרים שבחוק ההסדרה, הרי שחוק ההסדרה, בהיותו חקיקה ישראלית סותרת, גובר, ועל בית משפט זה לכבדו.

260. למעשה תטען המועצה, כי כלל לא ברור שהכללים של הדין הבינלאומי חלים ביהודה ושומרון, אולם גם אם כן, הרי שאין הם אוסרים את הפעלת ההסדרים שבחוק ההסדרה.

261. הדיונים בדבר תחולת דיני התפיסה הלוחמתית בדין הבינלאומי ביהודה ושומרון אינם חדשים, ובעניין זה הקביעות הרלוונטיות מופיעות בדו"ח לוי, שצורף לעיל כנספח א

262. אמנם, בית המשפט הנכבד, בשורה ארוכה של פסיקות, דן בכללים החלים בשטחי יהודה ושומרון, מתוך ההנחה, שהיתה מקובלת על המדינה מאז הגיעו שטחי יו"ש לשליטתה בעקבות מלחמת ששת הימים, שיש להחיל את הכללים ההומניטריים של הדין הבינלאומי על פעולותיה של ישראל בשטח. במסגרת זו נבדקו, דרך כלל, פעולותיו של המפקד הצבאי מתוך הנחה שסמכותו נובעת מהדין הבינלאומי, והוא מוגבל לתחומן של תקנות האג ואמנת ג'נבה הרביעית.

263. העותרים מנסים להרחיב עוד יותר את הגישה שאומצה על ידי בית משפט נכבד זה, וטוענים שלא זו בלבד שדיני הכיבוש חלים בכללותם, אלא שהם אף יוצרים משטר של נאמנות זמנית, המחייבים שכל שינוי ארוך טווח בשטח הכבוש ייעשה לטובתה של האוכלוסייה המקומית.

264. הרחבה נוספת, שמעולם לא נקבעה בפסק דין של בית המשפט, מנסה לייצר זהות בין האוכלוסייה המקומית, שעל פי תקנות האג על המפקד הצבאי לפעול לרווחתה על פי הדין הקיים בשטח, לבין האוכלוסייה המוגנת.

265. יצויין כי המושג "אזרח מוגן" כלל אינו קיים בתקנות האג, המחייבות שמירה על הרכוש והימנעות מהחרמתו, ועוסקות רק בטריטוריה וברכוש אך לא בהגנה על האוכלוסייה. המושג "אזרח מוגן" מופיע באמנת ג'נבה הרביעית, ונועד לקבוע כללים שונים לשמירה על זכויותיהם האישיות, אולם גם באמנת ג'נבה, אין כל הבדל בין היחס לרכושם של אזרחים מוגנים, לבין רכושם של אזרחים שאינם מוגנים.

266. יתירה מכך, העותרים טענו שחוק ההסדרה מהווה הפרה חמורה של ס' 147 לאמנת ג'נבה. נוסחו של הסעיף אליו מפנים העותרים אוסר על "הריסתו והחרמתו של רכוש בקנה מידה רחב, שאין הכרח צבאי מצדיקן ואשר בוצעו שלא בהיתר ומתוך הפקרות."

267. העותרים מבקשים להסתמך על הסעיף שכותרתו "הפרות חמורות", הקובע כדלקמן:

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

268. סעיף 147 מתאר היטב פשעים חמורים, מעין אלה הקורים במדינות השכנות לישראל, סוריה ועיראק. ואולם אין כל ספק בכך שההסתמכות עליו בהקשר של חוק ההסדרה מופרכת מעיקרה.

269. לעותרים הפתרונים כיצד רכישה לצרכי ציבור מוגבלת בזמן של זכות השימוש וההחזקה, תוך תשלום פיצוי מוגדל, על בסיס החוק המקומי, נכנסת, ולו בדוחק רב ביותר, ללשון הסעיף.

270. אמנם, לאורך השנים הודיעה ישראל כדבר שבשגרה, במסגרת עתירות שהוגשו לבית משפט זה, שהיא מקבלת על עצמה באופן וולונטרי, שפעולותיה ייבחנו על פי הוראות דיני התפיסה הלוחמתית.

271. אולם, מדיניות רבת שנים זו, שננקטה מסיבות שונות, אינה יכולה לכבול את שיקול דעתו של המחוקק. ולכן, גם אם יגיע בית משפט זה למסקנה שחוק ההסדרה אינו עולה בקנה אחד עם הוראות התפיסה הלוחמתית, הרי שהמסקנה המתבקשת היא שבכך שינתה כנסת ישראל את המדיניות שנקטה הרשות המבצעת ובאי כוחה בפני בית משפט זה. והחל מחקיקת חוק ההסדרה, עמדתה הרשמית של מדינת ישראל, כפי שנקבעה על ידי המחוקק, היא שהשטח איננו מצוי בתפיסה לוחמתית.

272. יצוין כי דו"ח לוי קבע במפורש :

6

5. האמנם מעמדה של מדינת ישראל הוא כשל "כובש צבאי", על המשתמע מכך על פי המשפט הבינלאומי? לעמדתנו, התשובה לכך היא שלילית.

לאחר ששקלנו את הגישות שהוצגו בפנינו, נראה לנו כפרשנות סבירה של אותן הוראות של המשפט הבינלאומי, שהמושג המקובל של "כיבוש" על המחויבויות הנובעות ממנו, נועד לחול בתקופות קצרות של כיבוש שטח של מדינה ריבונית עד לסיום הסכסוך בין הצדדים והחזרת השטח או כל הסדר מוסכם אחר לגביו. והרי הנוכחות הישראלית ביהודה ושומרון שונה באופן מהותי: החזקת השטח נמשכת עשרות שנים, ואיש אינו מסוגל לחזות את סיומה, אם בכלל; השטח נכבש מידי מדינה (ממלכת ירדן) שריבונותה בשטח מעולם לא זכתה לביסוס משפטי מוצק, ובינתיים היא אף הסתלקה מתביעתה לריבונות; למדינת ישראל תביעה לזכויות של ריבון בשטח.

273. עמדה זו עולה בקנה אחד עם עמדתה של ממשלת ישראל, כפי שהוצגה לכנסת כבר ביום 27.6.1967: (הצילום מתוך מאמרו של יהודה בלום "ציון במשפט הבינלאומי נפדתה" הפרקליט כז (תשל"א) 315)

„הטעון קביעת — לצורך הצעת החוק שאני מביא עתה לפני הכנסת, החוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט — הוא שצבא הגנה לישראל שחרר מקול זרים חלקים ניכרים טאריין-ישראל, לאו דווקא רצופים, והנמצאים זה למעלה משבועיים בשליטת צה"ל. התפיסה המשפטית של מדינת ישראל, שהיתה מאז ומתמיד תפיסה אורגנית המותאמת לעובדות המדיניות המעשיות, היתה מושתתת על העקרון, שהמשפט, השיפוט והמינהל של המדינה חלים על חלקי ארץ-ישראל המצויים בריבונותה של המדינה הלכה למעשה.

דעת הממשלה היא — ובזאת עולה השקפתה בקנה אחד עם החוק הבינלאומי — שכנוסף על שליטת צה"ל נחוץ מעשה ריבונית מובהק מצד המדינה כדי שיהא המשפט הישראלי חל על שטח כזה. מבחינה מעשית ומדינית כאחד אין מעשה ריבונית כזה יכול

274. עמדה זו שבה וחוזקה כאשר ישראל הגישה את עמדתה בעניין תחולת דיני הכיבוש על שטחי יהודה ושומרון לצלב האדום הבינלאומי בשנת 1987 בה נאמר:

Israel maintains that in view of the *sui generis* status of Judea, Samaria and the Gaza Strip, the *de jure* applicability of the Fourth Convention to these areas is doubtful. Israel prefers to leave aside the legal questions of the status of these areas and has decided, since 1967, to act *de facto* in accordance with the humanitarian provisions of the Convention

275. עמדה עקבית זו, לפיה מדינת ישראל אינה מסכימה או מודה שדיני התפיסה הלוחמתית חלים בשטחי יהודה ושומרון כעניין שבעובדה, אלא מחילה על עצמה את כללי ההתנהגות הללו למעשה ביוזמתה, עלתה שוב ושוב.

276. זו גם העמדה אותה הציג נשיא בית המשפט העליון, מאיר שמגר, עוד בהיותו יועץ משפטי לממשלה, וכן במאמרו *The Observance of International Law in the Administered Territories*.

277. ככל שפעולותיו של המפקד הצבאי הגיעו לביקורתו של בית משפט זה בעבר, די היה בכך בכדי לבחון אותם לאור הדין הבינלאומי, שכן המפקד הצבאי מחויב להצהרותיה של ממשלת ישראל, בהיותו אורגן שלה, ואחת היא לו אם הדין הבינלאומי חל עליו דה יורה או דה פקטו כחלק מהוראותיה של ממשלת ישראל.

278. אולם כיום, כאשר דבר חקיקה של הכנסת עומד למבחן, אין בית המשפט יכול להסתפק בהבעת רצונה של הממשלה כפי שעלתה בעבר בפורומים שונים, לפעול כאילו כללי הדין הבינלאומי מחייבים את המפקד הצבאי, שכן חוק הכנסת, בכל הכבוד הראוי, גובר.

279. אשר על כן כל פסקי הדין אליהם מפנים העותרים, המבוססים כולם על הצהרתה של המדינה שהיא מבקשת מבית המשפט לבחון את השאלות העולות בהם כאילו הדין הבינלאומי חל בשטח, כלל אינם רלוונטיים, שכן כיום אנו עוסקים בדבר חקיקה של הכנסת, שאינו כפוף לאמירות אלה ואחרות של הממשלה.

280. אשר על כן, די בכך בכדי לדחות את כל הטענות שהעלו העותרים מהמשפט הבינלאומי, שכן עמדתה הרשמית של מדינת ישראל הייתה ועודנה שההחלה שלו היא וולונטרית, ולכן גם אם ייקבע שחוק ההסדרה נוגד את הדין הבינלאומי, אין בכך בכדי להשפיע על תחולתו או על אופן יישומו.

281. אולם כאמור, אין צורך שבית המשפט יידרש לקביעה זו, שכן חוק ההסדרה אינו נוגד את הדין הבינלאומי כלל ועיקר, כפי שיפורט להלן.

המשפט הבינלאומי – בהנחה שדיני התפיסה הלוחמתית חלים בשטחי יהודה ושומרון

המשפט הבינלאומי – בהנחה שהדין הבינלאומי חל בשטחי יהודה ושומרון – סמכות החקיקה של הכנסת

282. העותרים טוענים כי בהנחה שדיני התפיסה הלוחמתית חלים, הם אוסרים על הכנסת לחוקק בשטח, ובמיוחד חקיקה העוסקת במקרקעין או חקיקה בעלת תחולה טריטוריאלית.

283. כאמור לעיל, הכנסת חוקקה מספר פעמים בעבר חקיקה העוסקת במקרקעין בשטחי יהודה ושומרון, כמו גם דברי חקיקה רבים בעלי תחולה טריטוריאלית. כך שפרשנות זו של הדין הבינלאומי שמציעים העותרים, נדחתה זה מכבר הן על ידי הכנסת והן על ידי בית המשפט הנכבד שאישר את יישומם של החוקים ותוקפם.

284. יצויין כי פרשנות זו הינה פרשנות ייחודית, שאין לה אח ורע במשפט הנהוג. די אם נזכיר שבעוד המנדט הבריטי בשטחי ארץ ישראל היה בתוקפו, שמעמדו היה כשל משטר נאמנות, ללא כל זיקה או טענת בעלות לשטח, חוקק הפרלמנט הבריטי כמה וכמה חוקים שהוחלו על שטחי ארץ ישראל המנדטורית באופן ישיר.

285. כך לדוגמה **חוק זכויות יוצרים, 1911**, חוק שהוחלף על ידי כנסת ישראל רק בשנת 2007. גם **חוק האדמירליות הקולוניאלי מ-1890** הוחל באופן ישיר על שטחי ארץ ישראל **בדבר המלך במועצתו משנת 1937**. יצויין כי מכוח חוק זה נדרש בית המשפט לימאות בשנת 2014 לקבל החלטה על פי **חוק המלקוח הימי הבריטי משנת 1864**, אף הוא חוק של הפרלמנט הבריטי שהוחל בארץ ישראל המנדטורית, ואשר חל אצלנו עד היום.

286. יצויין כי תכליתם העיקרית של חוקים אלה הייתה להגן על האינטרסים של בריטניה, ולא לטובת האוכלוסיה המקומית. בין אם היה מדובר בזכויות היוצרים של נתיני הכתר הבריטיים, או על הסחר הימי הבריטי. הטענה כאילו לחוקי הפרלמנט הבריטי אין סמכות לחוקק על שטח המנדט, מצד הדין הבינלאומי ועל כן חקיקה זו בטלה לא עלתה אפילו ברמז.

287. עוד יצויין כי ברי שהכנסת שחוקקה את **החוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 11) תשכ"ז-1967** או את **חוק רמת הגולן, התשמ"ב-1981** וכמובן את **חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל** סברה שביכולתה לחוקק על השטחים ששוחררו בשנת 1967 ואחת היא אם מדובר בשטחים שנכללו בשטח ארץ ישראל המנדטורית, או לאו.

המשפט הבינלאומי – בהנחה שדיני התפיסה הלוחמתית חלים בשטחי יהודה ושומרון – האם שינוי הדין הנוהג הינו בניגוד לתקנות האג

288. העותרים טוענים ששינוי הדין הנוהג מהווה הפרה של הדין הבינלאומי, הקובע שעל הכח הכובש לשמר את הדין המקומי. העותרים מסתמכים על תקנה 43 לתקנות האג הקובעות:

"בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, ינקוט הלה 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."

289. לטענת העותרים, חוק ההסדרה המשנה את החוקים הנוהגים במדינה, מנוגד לתקנה זו.

290. ראשית יצויין כי בית משפט נכבד זה, קבע כבר לפני שנים רבות, בבג"ץ 337/71 **אלג'מעיה אלמסיחיה ללאראצ'י אלמקדסה נ' שר הבטחון**, כו(1) 574 (1972) שהמשפט הבינלאומי מכיר בכך שבמקום שכיבוש צבאי נמשך עת רבה, עד שיושג שלום, "חובתו של המחזיק כלפי האוכלוסיה האזרחית מחייבת אותו לשנות מן החוקים, שכן צרכי החברה משתנים במרוצת הזמן, והחוק חייב לענות על אותם הצרכים המשתנים".

291. בית המשפט שם אף מצטט:

במאמרו הנ"ל של SCHWENK מובא בהקשר זה (בע' 399) קטע מדברי הפרשן LEURQUIN האומר, בדברו על הכיבוש הגרמני של בלגיה במלחמת העולם הראשונה. ואלה דבריו:

"When the occupation is prolonged and when owing to the war
The economic and social position of the occupied country
Undergoes profound changes, it is perfectly evident that new
Legislative measures are essential sooner or later."

גם בית-המשפט. בפסק-דינו בפרשת, [GRAHAME,]4 הנ"ל. אומר:

"L'ordre et la vie publique' (is) a phrase which refers to the
whole social, commercial and economic life of the community."

החיים אינם עומדים במקום, ושום שלטון, בין מחזיק ובין אחר, אינו ממלא את חובתו כלפי האוכלוסיה כראוי אם הוא מקפיא את מצב החקיקה ונמנע מלהתאימו אל צרכי הזמן בבואו לבדוק אם דבר חקיקה של מעצמה מחזיקה עולה בקנה אחד עם הוראת הסעיף 43 לאמנה.

נודעת חשיבות מרובה לשאלה, מה היה מניעו של המחוקק? החקק למען קידום ענינו הוא, או מתוך רצון לדאוג לשלום האוכלוסייה האזרחית.

292. ואם כך הדברים אמורים על שנת 1972, כחמש שנים לאחר כניסת כוחות צה"ל ליהודה ושומרון, כיום, חמישים שנה אחרי, הטענה לפיה יש לגזור על האיזור "הקפאת מצב" ולהימנע משינויי חקיקה, אינה מחזיקה מים.

המשפט הבינלאומי – בהנחה שדיני התפיסה הלוחמתית חלים בשטחי יהודה ושומרון – האיסור על הפקעת קרקע לצרכי התיישבות

293. העותרים מרבים לטעון על כך שמאז בג"ץ אלון מורה, נאסרה תפיסת קרקע לטובת התיישבות אזרחית, וממילא חוק ההסדרה משנה הסדר זה.

294. אין מקום להרחיב את הדיבור על כך שטיעון זה של העותרים הינו שגוי מיסודו.

295. בהתאם למשפט הבין-לאומי, כפי שהוכר ויושם בבית משפט זה, סמכויותיו של המפקד הצבאי מאפשרות לו לפעול לתפיסת חזקה במקרקעין בשתי דרכים:

א. תפיסה לצרכים צבאיים, בהתאם להוראות הדין הבינלאומי, הקובע גדרים לסמכות התפיסה, ותוקפה. תפיסה זו מתאפשרת גם אם הדין המקומי אינו כולל כל הוראה על רכישה לצרכי ציבור, או סמכות אחרת, שכן סמכות זו שאובה ישירות מהדין הבינלאומי.

ב. רכישה לצרכי ציבור בהתאם להוראות הדין המקומי, הוא חוק הקרקעות הירדני, או כל דין מקומי שיתווסף עם השנים הקובע הוראות בדבר רכישה לצרכי ציבור.

296. בג"ץ אלון מורה עסק בתפיסה צבאית, וקבע שעליה לשמש למטרות צבאיות בלבד, והקמת התיישבות אזרחית אשר אינה משמשת צורך בטחוני אינה יכולה להיעשות בדרך זו. בג"ץ אלון מורה לא כלל בתוכו כל קביעה לגבי סמכותו של המפקד הצבאי על פי הדין המקומי, ובוודאי שלא על פי דין הכנסת, ועל כן אין לו כל נגיעה לעניין רכישה לצרכי ציבור על פי הדין הירדני או לעניין רכישה על פי חוק ההסדרה.

297. עם זאת, בית המשפט קבע, שרכישה לצרכי ציבור על פי הדין המקומי, צריכה להיעשות לטובת האזור, כלומר לצרכי האוכלוסייה המקומית. אולם כל הפסיקה העוסקת בנושא קובעת שהאוכלוסייה המקומית כוללת בתוכה את כלל המתגוררים בשטח יהודה ושומרון, הזכאים לכך שהמפקד הצבאי יפעיל את סמכותו כריבון לטובתם ולצרכיהם, בהתאם להוראות תקנות האג.

298. משום מה, וללא כל מקור שבדין הבינלאומי או בפסיקת בית משפט נכבד זה, ובניגוד לנהוג בכל שטח כבוש אחר בעולם, התפתחה פרקטיקה המבוססת על פרשנות תלושה ומרחיבה ביותר של הדין הבינלאומי במנהל האזרחי, לפיה הפקעת קרקע יכולה להיעשות לטובת "תושבים מוגנים" בלבד, או למצער כאשר היא משרתת תושבים מוגנים ותושבים מקומיים כאחד. בכך יוצר המפקד הצבאי אפליה בין האוכלוסייה המקומית, שלצרכיה הוא מחויב לדאוג בהתאם להוראות תקנות האג, שאינן כוללות אפילו ברמז את המונח תושב מוגן.

299. פרקטיקה זו, אינה משרתת כמובן את זכויות הקניין של התושבים המוגנים הפרטיים, שכן לאדם שהופקעה אדמתו תמורת פיצוי, אין כל עניין בשאלה מי יהיו הנהנים משימושי הקרקע.

300. פרקטיקה זו היא שמכבידה על פיתוח האיזור לרווחת תושביו, בהתאם לחובתו של המפקד הצבאי על פי הדין הבינלאומי, וככל שחוק ההסדרה משנה את המציאות בשטח יהודה ושומרון, הוא בא לשנות פרקטיקה פסולה ומפלה זו.

301. כאן גם המקום להתייחס להטעייה המכוונת שנוקטים העותרים לאורך כתבי טענותיהם, אשר מציגים את הוראות המשפט הבינלאומי האוסרות החרמת רכוש פרטי (באנגלית, confiscation) כאילו הם אוסרות הפקעה של רכוש פרטי (באנגלית, expropriation).

302. ההבחנה הזאת מתבקשת, ונכתב עליה רבות, ור' לדוגמה בעניין זה Confiscation, Expropriation and the Conflict of Laws, George A. Van Hecke, The International Law Quarterly

“By confiscation is meant the taking of property without adequate compensation, by whatever method it may be carried out or cloaked. Expropriation on the other hand is the taking or use of property by public authority with adequate compensation”.

303. כמובן שהחרמה של רכוש פרטי, ללא תשלום, ובוודאי כאשר היא נעשית כאמצעי ענישה נגד אוכלוסייה של אזרחים מוגנים, יכולה להוות הפרה של כללי המשפט הבינלאומי. אולם אין כל מקום לגזירה שווה בין איסור זה, לבין הוראות חוק ההסדרה המדברות על פיצוי מוגבר ועל הפקעה לצורך ציבורי מובהק.

דיני התפיסה הלווחמתית – בהנחה שהם חלים בשטחי יהודה ושומרון – הטענות לפשעי מלחמה

304. העותרים טוענים שוב ושוב, כי חוק ההסדרה ויישומו חושפים את המפקד הצבאי להעמדה לדין בפני בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג, וכי מדובר בפשע מלחמה.

305. לעיל התייחסה המועצה לטענה זו בכל הנוגע לאמנת ג'נבה, ולפרשנות המופרכת הנדרשת כדי להכניס הפקעה בתשלום על פי חוק לאיסור ההחרמה וההחרבה המופיעים באמנה.

306. ההתייחסות לאמנת רומא (אמנת בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג), שישראל איננה צד לה, ולסיכונים הדיפלומטיים שבבית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג, הינם שאלה שבמדיניות חוץ, ואינם מהווים שאלה משפטיות.

307. כידוע, עמדתה של מדינת ישראל היא כי הסכסוך בינה ובין הרשות הפלסטינית אינו מצוי תחת סמכות שיפוט של בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג. במצב דברים זה, ראוי שבית המשפט הנכבד יימנע מלדון בטענות הנסמכות על אמנת רומא.

308. מבלי להרחיב בעניין זה, יש לציין כי החלת הכללים המחמירים שאותם מבקשים להחיל העותרים, בטענה לפיה הפרתם חושפת אזרחים ישראלים להעמדה לדין בבית הדין הפלילי, תוביל בהכרח למסקנה שכל מי שסוגר מרפסת בגילה, או מתגורר בהר חומה ובפסגת זאב, חשוף באותה מידה לשיפוט המחמיר של בית הדין. שכן אין כל הבדל מבחינת מעמד הקרקע בין ירושלים לבין שטחי יהודה ושומרון, על פי אותם סטנדרטים מחמירים.

309. כך גם השאלה האם מדיניות ההתנחלות עצמה היא פשע מלחמה. בית משפט נכבד זה, נמנע עד היום מעיסוק בשאלה זו, מסיבות מגוונות, המועצה אינה רואה כל סיבה שחוק ההסדרה יגרום לבית המשפט לעסוק בסוגיה שמעצם טיבה נמצאת בליבה של יחסי החוץ של מדינת ישראל, שאלה מדינית מן המדרגה הראשונה, ובמיוחד כאשר הכנסת והממשלה כבר אמרו בסוגיה זו את דברן, הן בפעולות בשטח, הן בהצהרות במישור הבינלאומי, והן בחקיקת חוק ההסדרה.

310. יש להצר על חוסר האחריות של העותרים, ועל זעקות השבר, שאין בהם דבר מן הטענה המשפטית, וכל כולן ניסיון לגרור את בית המשפט הנכבד אל זירת האגרוף של הפוליטיקה הפנימית הישראלית ושל המים העכורים של הפוליטיקה הבינלאומית.

311. יש לקוות כי בית משפט נכבד זה ידחה בשתי ידיים את ניסיון העותרים, יכבד את ריבונותה של הכנסת וסמכות החקיקה שלה, ויאפשר את סיום סאגת הקרקעות הבלתי-נגמרת ביהודה ושומרון.

התייחסות נקודתית לפסקי דין ולעובדות לא נכונות שהובאו בעתירות

312. על אף שכל טענות העותרים קיבלו מענה בתגובה שלעיל, יש לציין כי העתירות רצופות באי-דיוקים עובדתיים ומשפטיים, גזירת הלכות שלא היו ולא נבראו מפסקי דין, ובהטעות לוגיות. בחלק הזה יצוינו בקצרה ההתייחסויות לפי הסעיפים בעתירות.

עתירה 2055/17

313. לסעיף 1, נטען כי חקיקת חוק ההסדרה היא פשע מלחמה. כאמור לעיל אין כל פשע מלחמה שזוה, ואין כל תקדים לקביעה שהפקעת קרקע בתשלום לצרכי ציבור, מוגדרת כפשע מלחמה. ר' בעניין זה פסקה 77 לעיל.

314. לסעיפים 2-7, נטען כי החוק חל על ישראלים בלבד. כאמור לעיל, אין לטענה זו כל בסיס ובשקר יסודה. ראה לעיל תשובת המועצה בדבר תחולת החוק על כלל תושבי האיזור יהודים וערבים כאחד, פסקה 186 – פסקה 193.

315. לסעיפים 8-11, לא ברור כיצד פנייה לבית המשפט במטרה לבטל חקיקה בניגוד להליך הדמוקרטי, על פי חוק שהעותרים לא השתתפו בחקיקתו, יכולה לרפא פגם של היעדר דמוקרטיה בחקיקה. העותרים כורתים את הענף שעליהם הם יושבים.

316. לסעיפים 19-36, למרות רוב המלל, אין בסעיפים אלה כל ראייה או הוכחה לזכויות בקרקע שעליה יחול חוק ההסדרה, של מי מהעותרים, באופן שיכול להראות כי למי מהעותרים זכות עמידה בעניין החוק.

317. לסעיף 46, העותרים מביאים את פסק הדין בעניין דויקאת (בג"ץ אלון מורה) כראיה לכך שבית המשפט פסק שאין לפגוע בקניין פלסטיני למטרות אידיאולוגיות התיישבותיות. מלבד העובדה שהמושג "קניין פלסטיני" לא בא זכרו בפסק הדין, והינו חסר משמעות, הרי שפסק הדין עוסק אך ורק בהקמת התיישבות אזרחית שאין בהקמתה מניע בטחוני, על קרקע שנתפסה בתפיסה צבאית מכח סמכותו של המפקד הצבאי כזוה, ולא מתוקף סמכותו כבא בנעלי השלטון האזרחי. כפי שפורט בפסקה 295 לעיל.

318. לסעיף 47, העותרים מביאים את פסק הדין בעניין מגרון. אין חולק כי כל עוד מעמד הקרקע לא הוסדר, והמדינה לא רכשה את זכויות הקניין ופיצתה בגינן, הפגיעה בזכות הקניין חמורה. בעיה זו בדיוק בא החוק לפתור.

319. לסעיף 48, אכן מדיניות מפקד האיזור וממשלת ישראל, עד לחקיקת חוק ההסדרה, הייתה להימנע מרכישה לצרכי ציבור על פי החוק הירדני לצורך הקמת התיישבות או הכשרתה. מדיניות זו שונתה על ידי המחוקק, שאין מוסמך ממנו להורות על שינוי מדיניות שכזו.

320. לסעיפים 49 – 54. אכן, ללא שינוי המדיניות מצידה של ממשלת ישראל, והסדרת עניין הקרקעות, לא היה צפי להסדרת הבנייה הבלתי חוקית, ולא היה מנוס מהריסתה. כאמור, חוק ההסדרה משנה מציאות עגומה זו, ויש לברך על כך.

321. לסעיפים 55-61, אכן, כפי שקובעים העותרים, ממשלת ישראל קבעה מדיניות מסויימת, בהתבסס על דו"ח ששון, אולם כנסת ישראל, כמחוקקת, מוסמכת להורות על שינוי מדיניות זו, ועל הליכה למגמה של הכשרת התיישבות, לאור כל התכליות שהוצגו בהרחבה לעיל.

322. לסעיפים 62-110, הטענה החוזרת ונשנית בסעיפים אלה כאילו מדובר בחוק ליהודים המפקיע קרקעות של ערבים, אין כל בסיס בלשון החוק או ביישומו. אין ספק שלכנסת ישראל שיקול הדעת המאפשר התייחסות למקרה השונה של התיישבות היהודית, הסובלת ממחסומים ייחודיים לה, אולם הכנסת בחרה להחיל את ההסדר ככתבו וכלשונו על כל מי שבנה בתום לב או שניתנה לו הסכמת המדינה, ואחת היא אם מדובר בערבי או ביהודי.

323. לסעיף 111, ראה בהרחבה העיסוק בצורך הציבורי בפסקה 222 והלאה.
324. לסעיף 112, החוק אינו הופך את המתיישבים לאוכלוסייה מקומית. המתיישבים הם אוכלוסייה מקומית, וכך הוכרו לאורך שנים בכל פסיקות בית משפט נכבד זה, כפי שהובא לעיל בפסקה 223 ועוד.
325. לסעיף 113 – 116, ו-121-120, יש להצר על פעולותיו של היועץ המשפטי לממשלה, שהחליט לפעול בניגוד להוראות תקנון שירות המדינה ובניגוד להנחיותיו הוא, והציג בכנסת עמדה המתנגדת להחלטות הממשלה. אולם אין בפעולות אלה בכדי לשנות את הדין הקיים או לפגוע בריבונות הכנסת.
326. לסעיף 117, בחוות הדעת של היועץ המשפטי זמיר אכן מופיעים קשיים מדיניים, אולם במדינה דמוקרטית החלטות מדיניות נמצאות בידי נבחר הציבור, שבחרו, לאחר למעלה מחמישים שנה של פסיחה על שני הסעיפים, לקבוע מדיניות ברורה בנושא זה, באמצעות חוק ההסדרה.
327. לסעיף 118, טיעונים אלה הוצגו לעיל ונדחו לגופם, כל טיעון בפרק משלו.
328. לסעיף 119, לא ברור מהיכן הטענה הזו. עמדתו של היועץ המשפטי לוועדה הוצגה בהרחבה בשעת הדיונים שהתקיימו בחוק. אין לטענה זו כל בסיס או אסמכתא.
329. לסעיפים 127 – 145, כאמור לעיל, העותרים עוסקים בספקולציות לגבי הקרקע שתופקע, כמו גם לגבי הבעלויות לגביה. בכך העותרים הופכים את עצמם לחסרי זכות עמידה ואת העתירה לכוללנית, מוקדמת ותיאורטית.
330. לסי' 150-152, אכן רכישה לצרכי ציבור במתווה המוצע בחוק ההסדרה ועל פי החוק המקומי, פוגעת בקניין, אולם באמצעות המנגנונים המופיעים בחוק של פיצוי וזמניות, פגיעה זו מידתית לאור הצורך הציבורי בהסדרת ההתיישבות ומניעת הפגיעה בקניין המתיישבים מנגד, כמו התכליות הנוספות של החוק.
331. לסי' 153 - 156, הטענה בדבר הזכות לפרנסה לא רלוונטית, בייחוד לאור מודל הפיצוי המופיע בחוק.
332. לסי' 157 – 172. כל הפרק מבוסס על טענת האפליה, אולם כאמור אין לטענה זו כל בסיס הן בנוסח החוק והן באופן בו הוא מיושם.
333. לסי' 173-229, ר' בהרחבה הפרקים העוסקים בתחולת דיני התפיסה הלוחמתית ופירושם המקובל.
334. לסי' 230-271, הדיון החוקתי, לרבות שאלת התכלית הראויה ומבחני המידתיות, הופיעו בהרחבה לעיל פסקה 243.
335. לסי' 272-286 הכנסת מוסמכת לחוקק, גם בשטח שעל פי הדין הבינלאומי מוגדר ככבוש, וגם בשטח שאיננו כזה, ואכן כך נהגה בעבר פעמים רבות.
336. לסעיפים א – יט, בבקשה לצו ביניים. כאמור לעיל, העותרים לא הראו כל אינטרס שלהם שייפגע מכניסת החוק לתוקפו ומתחילת יישומו. בהגדרה החוק עוסק באדמות ובמבנים שנכון להיום נמצאים אליהם מבנים או התיישבות, שמונעים יכולת מבעלי הקרקע לעשות בהם שימוש, ואף מונעים מבעל הקרקע יכולת לקבל פיצויים.
337. יישום החוק לא ייצר אם כן שום מצב בלתי הפיך, שכן כל אשר יש בחוק הוא הכרה במציאות הקיימת בשטח, וניסיון להסדרתה.

338. לסעיפים 1-8, כמו העותרים בעתירה 2055/17, העותרים מבססים את כל טענתם על אפליה פסולה בין ישראלים לפלסטינים ובין יהודים וערבים, בעוד שהחוק אינו כולל בתוכו כל אפליה, על אחת כמה וכמה אפליה פסולה.

339. לסי' 9-12, כאמור לעיל, אין כל מקום ליחידות מנהליות של הרשות הפלסטינית להגיע ולעתור בפני בית משפט זה, על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בעתירה חוקתית, ועוד יותר כאשר הרשות הפלסטינית מענה והורגת מוכרי קרקעות ליהודים, ללא כל כבוד לזכות לחיים, לזכות הקניין או לדין הבינלאומי.

340. לסי' 13, כאמור, החוק אינו מפלה בין מתנחלים ישראלים לבין מתנחלים פלסטיניים.

341. לסי' 40, כאמור אם אכן קיימת סתירה בין הדין הבינלאומי לבין חקיקת הכנסת, הרי שזו גוברת, אולם למעשה אין כל סתירה בין הדין הבינלאומי לחוק ההסדרה. החלת חקיקה ישראלית אינה משעה את המשפט הבינלאומי או את דיני התפיסה הלוחמתית, וכבר היום על פי אותו פסק דין המובא על ידי העותרים, בג"צ 7957/04 בעניין מראבה, נקבע שהמפקד הצבאי מוגדר כ"זרועה הארוכה של מדינת ישראל".

342. יוזכר כי עמדתה הרשמית של מדינת ישראל היא שאין לקבוע שדיני התפיסה הלוחמתית חלים כעניין שבמשפט, אלא כעניין שבמדיניות. אשר על כן גם אם יש סתירה בין החוק לבין אותה מדיניות, יש לראות בחקיקת הכנסת נורמה גבוהה יותר.

343. בסי' 8 לעתירה, ולמעשה זהו הבסיס עליו מבססים העותרים בעתירה זו את כל טענותיהם בפרק הבינלאומי ובפרק החוקתי, נטען כי משנקבעה תכלית פסולה של איסור מוחלט על פי הדין הבינלאומי, אין לבדוק את עניין המידתיות ומציינים את פסק דין בג"צ 3799/02 **עדאלה נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל**, כאילו לא נבדקה בעניין שם שאלת המידתיות.

344. יצויין כי מדובר בהטעיה בוטה. כל השופטים בפסק הדין עוסקים במידתיות נוהל שכן, ואין אמירה שכזו בפסק הדין. הדברים מקבלים משנה תוקף שכן פסק הדין עוסק בנוהל צבאי ואין המדובר בחוק שחוקק ע"י הכנסת, ובכל זאת ברק עורך איזון בין השיקולים הנוגדים (סי' 23 לפסק דינו). יתרה מכך מתעלמים העותרים מהשימוש שכבי השופט חשין עושה גם עושה במבחן המידתיות ומצטט את פרופ' בנבנישתי המגדיר את הנוהל כבעל תכלית ראויה ומכאן עובר חשין לדון בשאלת המידתיות בשימוש בנוהל תוך שהוא מביא שיקולים לכאן ולכאן בדבר היכולת להשיג את התכלית הראויה של הנוהל ע"י שימוש באמצעי שפגיעתו פחותה. כמו כן גם השופטת ביניש בפסק הדין מייחסת משקל למבחן המידתיות תוך שהיא מציינת "שאין הנוהל האמור אינו יכול לעמוד בשל ההיתר שניתן בו לשימוש באמצעי בלתי מידתי" ולפיכך פוסלת את הנוהל. יוצא אפוא כי הן בסוגיות העוסקות בנוהל שאינו חיקוק מאת הכנסת והן בשאלות כבדות משקל של עקרונות המשפט הבינ"ל הומניטרי יש ויש לעסוק בשאלת המידתיות. קל וחומר במקרה בו מדובר בחוק הבא להסדיר את חיים של אלפי אזרחים ואזרחיות ביו"ש. גם בבג"ץ 205/04 בעניין בית סוריק עליו מנסים העותרים להישען עושה השופט ברק שימוש נרחב בעקרון המידתיות שבתוככי המשפט הישראלי.

345. על אחת כמה וכמה הדברים אמורים כאשר הדין הבינלאומי אינו אוסר הפקעה בתשלום. **הציטוטים הנרחבים העוסקים בהחרמה של רכוש ללא תמורה או בהחרבה שיטתית של מבנים ככלי עונשי לאוכלוסייה, מעידים כי אין מדובר בהתנגדות לחוק בשל ההסדרים הקבועים בו, אלא ניסיון להעביר את המאבק הדיפלומטי ואת ההסתה שעוסקת בה הרשות הפלסטינית, אל בית המשפט העליון הישראלי.**

346. יש לקוות שבית משפט נכבד זה ידחה את עתירה 1308/17 על הסף לאור זהות העותרים, חוסר תום ליבם וחוסר נקיון הכפיים שלהם.

347. חוק ההסדרה, שנתקף בעתירות אלה, הינו חוק צודק ומוסרי, שנועד לתקן עוול ארוך שנים ולמנוע פגיעה חמורה בכבודם ובקניינם של מתיישבים תמי לב, שעקב התנהלות לקויה ומסרים כפולים ומשולשים שהועברו אליהם מרשויות המדינה השונות, נתונים במצב בלתי אפשרי שבו בתייהם עומדים ללא היתר כדין על כל המשתמע מכך, ושכונות שלמות תקועות במצב שאין ניתן לפתח בהן מבני ציבור ותשתיות אלמנטריות לקיומו של מקום יישוב. לעיתים אף מרחפת מעל ראשיהם סכנה של הריסת ביתם.
348. ההסדרים שבבסיסו מורים למפקד הצבאי לפעול בהתאם לסמכויות הקיימות בידו כבר כיום, ומעניקים פיצוי בהיקף נרחב לבעלי הקרקע, ובכך החוק מהווה חוק מטיב, המשפר את מצבם של בעלי הקרקע.
349. המציאות בשטח, המפורטת בהרחבה בנספחי הדוגמאות בעניין עלי, עפרה ובוסטר נעלה, מראה שהפגיעה בזכויות אדם בסיסיות נגרמת דווקא בשל אי מימושו של חוק ההסדרה ושהחוק פועל לטובת כלל תושבי האזור, ללא כל אפליה.
350. ההסדרים שבחוק אינם שונים מהותית מדיני המקרקעין וההפקעות הקיימים במדינת ישראל, או בדין המקומי והם אף נדיבים יותר עם בעל הקרקע ממקביליהם.
351. המשפט הבינלאומי ודיני התפיסה הלוחמתית, אינם מונעים את יישום החוק, ולהיפך, הם מחייבים אותו כחלק מחובותיו של המפקד הצבאי לפעול במסגרת הדין המקומי לטובת האוכלוסיה המקומית ולצרכי הציבור.
352. העותרים מבקשים לגרור את בית המשפט לדיון תיאורטי, כוללני ובעיקר פוליטי, כאשר כל בחינה של ההסדר לגופו חייבת להוביל למסקנה שהחוק מצמצם את הפגיעה בזכויות אדם.
353. חמור, מקומם ואף מביש, הניסיון להציג את החוק כפוגע בזכויותיהם של בעלי הקרקע, ובקניינם, כאשר הוא בא מפי אורגנים של הרשות הפלסטינית, המענה ומוציאה להורג בעלי קרקעות המוכרים את אדמתם ליהודים, על פי חוק גזעני ומפלה.
354. מכל העותרים שהגישו את העתירה, אין ולו אחד שהציג בפני בית המשפט ראיות לבעלות על קרקע עליה חל חוק ההסדרה. שמיעתם העותרים כעותרים ציבוריים כאשר האינטרס של בעלי הקרקע האמיתיים לא מיוצג, בשל איומים על חייהם, יביא בהכרח לעיוות דין.
355. המועצה זקוקה ליישום החוק כדי לקיים את חובותיה לתושבים, ובמיוחד בתחומי התשתיות, הבינוי הציבורי והחינוך. תושבי המועצה ביישובים השונים זקוקים לחוק ההסדרה כדי להבטיח את קניינם ואת אינטרס ההסתמכות שלהם על פעולותיה של המדינה בבניית ההתיישבות בה קבעו את ביתם.
356. המועצה תבקש אפוא מבית משפט נכבד זה, לדחות את העתירות על הסף ולגופן, ולחייב את העותרות בתשלום הוצאות ושכ"ט, ואף בהוצאות לדוגמא.
357. באשר לצו הביניים. כאמור לעיל, אין כל מקום לשמיעת העתירה ויש לדחותה על הסף, וממילא אף אין להיעתר לבקשה לצו ביניים. שכן כידוע לצורך מתן צו ביניים יש לשכנע בסיכויי העתירה ובמאזן הנוחות.
358. גם בלי להיכנס לשאלת סיכויי העתירה, הרי שהמקרקעין שעליהם חל החוק, בהגדרה אינם נמצאים כיום בשימוש בעליהם, כך שהתחלת יישום החוק אינה משנה את המציאות בשטח או יוצרת מציאות בלתי הפיכה.
359. לעומת זאת, כל יום בו החוק אינו מיושם פוגע בתושבים רבים, ומונע מהם שירותים בסיסיים, ולעיתים אף תשתיות בסיסיות כגון מי שתיה, או הזכות לחינוך.
360. אשר על כן תבקש המועצה לדחות את הבקשות לצווי ביניים שהגישו העותרים.