



19 באפריל, 2012

לכבוד:

כב' השופט (בדימוס) אדמונד לוי
ראש הוועדה לבחינת מצב הבנייה ביהודה ושומרון
באמצעות דוא"ל: vaadalevi@pmo.gov.il

שלום רב,

הנדון: עמדת האגודה לזכויות האזרח בישראל

בעקבות מינויה של הוועדה שבראשותך, אשר הוסמכה לבדוק אפשרויות להסדרה משפטית של ההתיישבות הישראלית הבלתי מורשית בשטחים הכבושים, אנו מבקשים להציג בפניך ובפני שאר חברי הוועדה, כב' השופטת (בדימוס) תחיה שפירא ועו"ד אלן בייקר, את עמדתנו ביחס לסוגיות שנתבקשה הוועדה לבחון.

נקדים ונאמר כי האגודה לזכויות האזרח בישראל (להלן: **האגודה**) פועלת מאז 1972 למען ההגנה על זכויות האדם בישראל, בשטחים הנתונים בפועל לשליטתה, ובכל מקום שבו הפגיעה בזכויות נעשית על ידי רשויות ישראליות או מטעמן. במסגרת עבודתה השוטפת פועלת האגודה מזה שנים רבות אל מול הרשויות הישראליות על מנת להביא לסיום הכיבוש, ועד אז – לצמצם את הפרות זכויות האדם בשטחים, ובכללן הפרות הרבות הנובעות מההתיישבות הישראלית בשטחים, תהא היא "מורשית" או "בלתי מורשית".

עוד נציין, כי אנו רואים טעם רב בעמדה שהביע ארגון "יש דין" במכתבו הפתוח לוועדה מיום 5 באפריל ולפיה הקמת ועדה בעלת אופי משפטי שלא על דעתנו, ולמרות התנגדותו המפורשת, של היועץ המשפטי לממשלה הינה מעשה החותר תחת סמכויותיו של היועמ"ש, ואכן – תחת שלטון החוק בכללותו. ראוי בענייננו כי הוועדה תתייחס בכובד ראש לטענה זו, אף בניסוח מסקנותיה והמלצותיה.

עם זאת, וכיוון שלא הוועדה היא שהגדירה את משימתה, בחרנו שלא לעצור בכך ולהציג בפניכם את תמצית עמדתנו כדלקמן, למען יעמדו גם דברים אלו לנגד עיניכם בבואכם לתת דעתכם **המשפטית** וה**מקצועית** ביחס לנושאים כבדי המשקל שעל הפרק.

הבחנה בין התנחלויות לבין מאחזים בלתי מורשים

ממשלת ישראל מבחינה ככלל, ואף בכתב המינוי של ועדה זו, בין בניה "לא חוקית" או "לא מורשית" בשטחים, שעיקרה במאחזים, לבין בניה "חוקית", היינו התנחלויות שהוקמו על פי החלטות ממשלה. בית המשפט העליון לא הכריע בשאלת חוקיות ההתנחלויות – לא כשנתבקש לעשות כן באופן ישיר¹ ולא כאשר ההתייחסות לעניין נדרשה לצורך הכרעה בשאלות קשורות, כגון חוקיות תוואי גדר ההפרדה.²

עם זאת, חשוב לשוב ולהדגיש כי בראי המשפט ההומניטארי הבינלאומי התשובה לשאלת חוקיות ההתיישבות הישראלית בשטחים הכבושים, על כל צורותיה, היא חד משמעית: סעיף 49(6) לאמנת ג'נבה הרביעית, אוסר באופן מוחלט על העברת אוכלוסיה של הכוח הכובש לשטח הכבוש. הסעיף כולל אף איסור על נקיטת אמצעים על ידי המעצמה הכובשת, במטרה לארגן או לעודד העברות של חלקים מאוכלוסייתה לשטח הכבוש. יודגש, כי מדובר בהוראה שנועדה להעניק הגנה לאזרחים בשטח הכבוש, ואין עניינה לעסוק ביחסים שבין אזרחי המדינה הכובשת למדינתם. ואכן, מבחינת אוכלוסיית השטח הכבוש, השאלה האם העברת האוכלוסייה הזרה לשטח הכבוש נעשתה בכפייה או שלא בכפייה, איננה רלבנטית.³

לסעיף 49(6) לאמנת ג'נבה לא נקבע כל חריג. דהיינו, לא יכולות להימצא נסיבות בהן מעשה שכזה עשוי להיחשב כפעולה חוקית. כפי שהבהיר היועץ המשפטי של משרד החוץ כבר בחודש ספטמבר 1967, "האיסור הוא איפוא קטיגורי ואיננו מותנה במניעי ההעברה או מטרותיה והוא נועד למנוע התיישבות בשטח כבוש של בני המדינה הכובשת".⁴

בנוסף, סעיף 28(ב)(8) לאמנת רומא, המהווה את החוקה של בית הדין הפלילי הבינלאומי, קובע כי העֵבְרָה, בין אם ישירה ובין אם בלתי ישירה, של אוכלוסיית המעצמה הכובשת לשטח הכבוש, מהווה פשע מלחמה.⁵

מעבר לכך שמפעל ההתיישבות הישראלית בשטחים סותר איסור מפורש המחייב את ישראל, הרי שהוא אף חורג באופן גס מסמכויותיו של המפקד הצבאי על פי המשפט הבינלאומי. שכן, שני האינטרסים הגודרים את סמכויותיו של המפקד הצבאי הם ביטחון כוחות הכיבוש (בשטח הכבוש עצמו), וצרכיה של האוכלוסייה המקומית ("public order and civil life")⁶ ולא ניתן לומר

¹ בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113 (1979); בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979) (להלן: פרשת אלון מורה); בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210 (1993).

² בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 492 (2005).

³ D. Kretzmer, "The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law", 99 AJIL (2005), pp. 63, 66.

⁴ חוות דעתו של ת. מירון, היועץ המשפטי של משרד החוץ מחודש ספטמבר 1967, שהוגשה לשר החוץ, לשר המשפטים ולראש הממשלה דאז. ניתן לעיין בהעתק של המזכרים המקוריים, בבלוג של העיתונאי גרשום גורנברג בכתובת:

<http://southjerusalem.com/wp-content/uploads/2008/09/theodor-meron-legal-opinion-on-civilian-settlement-in-the-occupied-territories-september-1967.pdf> ובאתר האגודה לזכויות האזרח בכתובת: <http://www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2012/04/outposts-Levi-1967mfa.pdf>.

⁵ במסמך "Elements of Crime" של בית הדין הפלילי הבינלאומי הוכנסה ביחס לסעיף זה ההערה הבאה:

"The term 'transfer' needs to be interpreted in accordance with the relevant provisions of International Humanitarian Law" (הערת שוליים 44).

⁶ E. Benvenisti, *The International Law of Occupation*, (Princeton University Press, 1993), p. 140-141.

David Kretzmer, *The Occupation of Justice – The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories* (N.Y Press, 2002) 187.

שהתיישבות הישראלית בשטחים מקדמת אינטרסים אלו. מדיניות ההתנחלויות חורגת מסמכויותיו של המפקד הצבאי אף בכך שהיא יוצרת עובדות קבועות בשטח, אשר במהותן חורגות מתקופת הממשל הצבאי וסותרות את מהותו של משטר זה כמשטר זמני, שאמור לנהל את השטחים הכבושים כפקדון מוחזק.

ההתיישבות הישראלית בשטחים, בין אם בהתנחלויות ובין אם במאחזים, השפיעה על מארג החיים ומרקם החיים בגדה המערבית, ושינתה את המציאות בשטח לבלי הכר, תוך גרימת פגיעה אנושה באוכלוסייה המקומית ובזכויות האדם שלה, כקולקטיב וכפרטים.

מפעל ההתנחלות הביא לניצול של משאבי השטח הכבוש בהם משאבי קרקע ומים, שאמורים היו לשרת את תושבי השטח ולעמוד לרשותם; להגבלת הגישה לאדמות חקלאיות, במיוחד אדמות המצויות בסביבתן של התנחלויות; להגבלות קשות על חופש התנועה בתוך שטח הגדה; לפגיעה בביטחון האישי כתוצאה מאלימות מתנחלים שאיננה זוכה למענה נאות מצד רשויות אכיפת החוק; ולהגבלת פיתוח ובנייה של יישובים פלסטיניים.

הפגיעות בזכויות האדם של הפלסטינים שמייצרות ההתיישבויות הישראליות בשטחים מוחרפות נוכח המשטר הפסול של הפליה ממוסדת כלפי פלסטינים תושבי הגדה המערבית לעומת ישראלים באזור זה. תחת משטר זה חלות על תושבי הגדה המערבית שתי מערכות חוק בהתאם להשתייכותם הלאומית – על הישראלים חל הדין הישראלי כמעט בכללותו בעוד שהפלסטינים כפופים לדין הצבאי הנקבע על ידי המפקד הצבאי באזור.⁷ כך, למשל, פלסטינים וישראלים החיים בגדה נשפטים בבתי משפט שונים – הישראלים בבתי משפט ישראלים והפלסטינים בבתי משפט צבאיים. תקופת המעצר של פלסטינים ארוכות פי שתיים או יותר מאלו של ישראלים כברירת מחדל והם נדונים לעונשים שונים וחמורים יותר בגין עבירות זהות, בין אם אלה עבירות פליליות או עבירות תנועה. חופש הביטוי וההפגנה מובטח לישראלים תושבי השטחים על-ידי החקיקה והפסיקה הישראלית ונשלל הלכה למעשה מהפלסטינים באמצעות צווים צבאיים ושימוש בשלל אמצעים כוחניים לסיכול או פיזור של הפגנות. באזור C מתפקדות שתי מערכות תכנון נפרדות היוצרות מצב בו ההתנחלויות נהנות מתוכניות מתאר מפורטות, אישורי בנייה ושפע של מרחב לפיתוח, ואילו הכפרים הפלסטיניים נמצאים כבר מעל ארבעה עשורים ב"הקפאה עמוקה", וכל מבנה שקם מחוץ לתחום המצומצם שנקבע על-ידי המנהל האזרחי כגבול הכפר – דינו להיהרס.

ההפרדה בדינים וההפליה הממוסדת הנלווית לה יצרו מציאות בה ניתנת העדפה מוחלטת בכל תחומי החיים לאינטרסים של הישראלים המתגוררים בהתנחלויות ובמאחזים על פני אלה של הפלסטינים. זאת, באופן אבסורדי, חרף העובדה שהתושבים הפלסטינים אמורים ליהנות מהגנות מיוחדות מצד

⁷ תיאור החלתה הזוחלת של מערכת הדינים הישראלית על ישראלים ויהודים המתגוררים בשטחים, החל בהתקנת תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), תשכ"ז-1967, ניתן למצוא במאמרו של אמנון רובינשטיין "מעמדם המשתנה של הישטחים" – מפקדון מוחזק לייצור כלאיים משפטי" עיוני משפט יא 439, 450 (תשמ"ז).

המפקד הצבאי בהיותם תושבים מוגנים,⁸ בעוד שהישראלים המתגוררים בשטחים אינם זכאים לסטאטוס זה ולהגנות הנלוות לו.⁹

ההתיישבות הממוסדת בהתנחלויות וההתיישבות הבלתי מורשית במאחזים אינן נבחנות זו מזו באי-חוקיותן על פי המשפט ההומניטארי הבינלאומי או בפגיעה הקשה שהן פוגעות בשלל זכויות האדם של הפלסטינים תושבי הגדה. למעשה, הן אף אינן נבחנות זו מזו בהרבה מבחינת התמיכה שהן מקבלות בפועל מרשויות המדינה. המאחזים ה"בלתי-מורשים", שהקמתם החלה מאז נתנה ישראל את התחייבותה, באמצע שנות ה-90 של המאה הקודמת, שלא להקים התנחלויות חדשות, לא זכו אומנם עד כה לאישור רשמי של ממשלות ישראל, אך התבססו בהקמתם על סיוע בטחוני, תשתיתי ואף תכנוני מהמדינה.¹⁰

אי לכך, אנו דוחים את העמדה המשפטית שביסוד כתב המינוי של הוועדה, המייחדת את הבניה הישראלית ה"לא-חוקית" בשטחים הכבושים ובכך מבחינה אותה מהבניה "החוקית". עמדה זאת כופרת לדעתנו בעיקר והוא, כאמור, שכל התיישבות ישראלית בשטחים מנוגדת למשפט הבינלאומי, על אחת כמה וכמה באופן בו זו התבססה והתקבעה לאורך 45 שנות הכיבוש.

הבחנה בין קרקע פרטית לבין "אדמות מדינה"

הבחנה נוספת שעומדת בבסיס כתב המינוי היא זו שבין בניה על קרקע בבעלות פלסטינית פרטית לבין בניה על קרקע ציבורית, מה שמכונה "אדמות מדינה". הנחת היסוד היא ש"ככלל, בניה בלתי חוקית אשר ממוקמת על קרקע פרטית – תוסר, ובמקביל הונחו הדרגים המקצועיים המתאימים לפעול להסדרת המעמד התכנוני של המבנים המצויים באדמות מדינה...".¹¹ הבחנה זו פסולה בעינינו מכמה סיבות. ראשית, משום שכאמור כל התיישבות ישראלית בשטחים, בין אם נבנתה על קרקע ציבורית או פרטית, עומדת בסתירה למושכלות יסוד של המשפט ההומניטארי הבינלאומי, ושל דיני התפיסה הלוחמתית בפרט.

שנית, מכיוון שהניסיון ל"הלבין" בניה ישראלית שהוקמה ללא הרשאה של ממשלות ישראל, ללא היתרים ובניגוד לדין הבינלאומי משדר מסר שלילי ביחס ל"גמישות הדין" בהקשר האמור ופותח פתח לניסיונות נוספים להכשרת גזל של קרקעות פלסטיניות, כפי שראינו לאחרונה בדמות הצעות חוק שונות, כמו למשל הצעת חוק הגנה על מחזיקים במקרקעין ביהודה ושומרון, התשע"ב–2011.¹²

בנוסף יש לציין, כי הקמת ההתנחלויות בשטחים סותרת הוראות נוספות במשפט הבינלאומי הנוגעות לשימוש בקרקע בשטח הכבוש, וזאת בין שהתנחלות מוקמת על קרקע פרטית ובין שהיא מוקמת על קרקע ציבורית.

⁸ ר' סעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית.

⁹ פסקה 36 לתשובת המשיבים לעתירה בבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, מצוטטת בפסק-הדין בעניין חוף עזה, בעמ' 517. יצוין, כי ההבחנה המהותית ביותר בין תושב מוגן של השטח הכבוש לבין אזרח המדינה הכובשת נוגעת לזכות להתגורר ולהתיישב בשטח הכבוש.

¹⁰ חוות הדעת בנושא מאחזים בלתי מורשים, שהוכנה על ידי עו"ד טליה ששון והוגשה לראש הממשלה ביום 9.3.05, פרק שני. חוות הדעת סוקרת את מעורבותן של רשויות מדינה שונות בבניית המאחזים הבלתי מורשים בשטחי הגדה המערבית. חוות הדעת ותקציר חוות הדעת, ניתנים לעיון באתר משרד ראש הממשלה, בקישורית: <http://www.pmo.gov.il/PMO/Communication/Spokesman/2005/03/spokemes090305.htm>

¹¹ מתוך פסקת הפתיחה של כתב המינוי של הוועדה.

¹² הי"ח של ח"כ זבולון אורלב, פ/3632/18.

במקרה שהיא מוקמת על קרקע פרטית, מפרה היא גם את האיסור על הפקעתו של רכוש פרטי, שהינו אחד האיסורים הברורים ביותר במשפט הבינלאומי. תקנה 46 לתקנות האג, שאין מחלוקת בדבר היותה משקפת משפט בינלאומי מנהגי המחייב את כל המדינות, קובעת ביחס לשטח כבוש כי "יש לכבד... רכוש פרטי, ... אין להחרים רכוש פרטי". מדובר באיסור אשר על תוקפו ותחולתו על מעשיה של ישראל בשטחים אין עוררין. על פי סעיף 28(a)(iv) לאמנת רומא, החרמה נרחבת של רכוש של תושבים מוגנים נחשבת כפשע מלחמה. מובן, כי השתלטות על קרקע פרטית פלסטינית פוגעת בזכות הקניין, המוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

במקרה שהיא מוקמת על קרקע ציבורית, מהווה היא הפרה של האיסור על ניצול משאבי השטח הכבוש לצרכי וקידום האינטרסים של המדינה הכובשת:

"ראינו, כי שיקוליו של המפקד הצבאי הם בהבטחת האינטרסים הביטחוניים שלו באזור מזה והבטחת האינטרסים של האוכלוסיה האזרחית באזור מזה. אלה כאלה מכוונם כלפי האזור. אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסיה המקומית. אפילו צורכי הצבא הם צרכיו הצבאיים ולא צורכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב (בג"צ 390/79 דניקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 17). אזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אינו שדה פתוח לניצול כלכלי או אחר. כך, למשל, אין ממשל צבאי רשאי להטיל על תושביו של שטח מוחזק בתפיסה לוחמתית מסים, המיועדים אך לקופתה של המדינה, שמטעמה הוא פועל (בג"צ 69/81, 493 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון; קנויל נ' הממונה על המכס, מפקדת אזור חבל עזה, פ"ד לז(2) 197, 271). על-כן אין הממשל הצבאי רשאי לתכנן ולבצע מערכת כבישים באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית, אם מטרתו של תכנון זה ואם מטרתו של ביצוע זה הן אך להוות "דרך שירות" למדינתו שלו."

(בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(4) 785, 794-795 (1983))

נציגי המדינה טוענים בפורומים שונים, ואף בפני בית המשפט העליון, כי ההתיישבות הישראלית בשטחים היא מעשה זמני שיש לראותו כ"הפקת פירות" (usufruct) במשמעותה על פי תקנה 55 לתקנות האג בדבר דיני המלחמה ביבשה משנת 1907. בבג"ץ 285/81 אל נאזר נ' מפקד יהודה ושומרון¹³ התייחס בית המשפט לטענה זו, וקבע כי "ניהול" השטח ו"הפקת פירות" ממשאביו יכולים לכלול השכרה, החכרה או עיבוד זמני של הקרקע, אך שוללים פעולות קבועות, כגון מכר או העברת בעלות.

בפרשת אלון מורה¹⁴ עמד בית המשפט על כך שלא ניתן לראות בהקמתו של יישוב קבע כמעשה "זמני" השווה להשכרתו של נכס או עיבודו. "ההחלטה להקים יישוב קבע הנועד מראש לעמוד במקומו לצמיתות - ואף מעבר לתקופת הממשל הצבאי שהוקם ביהודה ושומרון" קבע בית המשפט, הנה "מכשול משפטי שאין להתגבר עליו". והוסיף:

¹³ פ"ד לו(1) 701, 704 (1982).

¹⁴ לעיל הערה 2.

"כי אין ממשל צבאי יכול ליצור בשטחו עובדות לצרכיו הצבאיים שנועדו מראש להתקיים גם אחרי גמר השלטון הצבאי באותו שטח, כאשר עדיין אין יודעים מה יהיה גורל השטח אחרי סיום השלטון הצבאי... בנסיבות אלה גם ההצהרה המשפטית של תפיסת החזקה בלבד, ולא הפקעת הקנין, אינה יכולה לשנות את פני הדברים, דהיינו נטילת החזקה שהיא עיקר תוכנו של הקנין, לצמיתות."

על כן, אנו דוחים את העמדה שבבסיס כתב המינוי של הוועדה המייצרת דיכוטומיה בין קרקע פרטית לבין קרקע ציבורית בשטחים הכבושים ורואה באחרונה משאב זמין לצרכי הכח הכובש ואזרחיו. קרקע פרטית פלסטינית וקרקע ציבורית פלסטינית אסורות שתיהן להתיישבות קבע ישראלית. נזכיר שוב, אף במחיר של חזרה על דברינו, כי כח כובש משמש כנאמן זמני של השטח הכבוש. אדמות השטח אינן אדמותיו של המפקד הצבאי וודאי שאינן אדמות מדינתו של מפקד זה.

נוסיף, כי בבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל התייחס השופט לוי מפורשות לכך כי ההתיישבות היהודית בשטחים מעולם לא נועדה להיות "זמנית". לדבריו, מכיוון שכך עומד למתיישבים עקרון ההסתמכות, על יסודו בנו את חייהם שם.¹⁵ מובן כי מתן הכשר חוקי שבדיעבד לבניה לא מורשית בשטחים, מייצר מצג שווא של קביעות ומחזק את ציפיית ההסתמכות של המתיישבים שהתיישבותם בשטחים אכן קבועה, וזאת בניגוד מוחלט להוראות הדין הבינלאומי, כאמור לעיל.

לאור כל האמור, אין לוועדה אלא לקבוע באופן חד משמעי כי לא ניתן להכשיר ולהסדיר בדיעבד בניה ישראלית בשטחים אשר הוקמה שלא כדין.

כמו כן, אנו סבורים כי על הוועדה להתייחס באופן רחב יותר להשלכות של בניה זו על האוכלוסייה הפלסטינית בשטחים ולהפרות הדין הישראלי והבינלאומי הכרוכות בכך.

בברכה,

תמר פלדמן, עו"ד

מנהלת מחלקת זכויות האדם בשטחים הכבושים

¹⁵ פ"ד נט(2) 481 (2005), פסקאות 15-16 לפסק דינו של השופט לוי (דעת מיעוט).