כ"ו בחשוון התשע"ז

27 בנובמבר 2016

אל: חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט

מאת: הייעוץ המשפטי לוועדה

**הצעת חוק להסדרת התיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2016 (פ/3433/20) של ח"כ סמוטריץ וח"כ אחרים; הצעת חוק ההסדרה, התשע"ה-2015 (פ/1973/20) של ח"כ קיש וח"כ אחרים; הצעת חוק ההסדרה, התשע"ו-2016 (פ/3127/20) של ח"כ מועלם-רפאלי וח"כ אחרים**

**כללי**

תכלית הצעות החוק שלפנינו היא להתמודד עם בעיה אנושית שנוצרה במשך השנים, של יישובים ישראלים ביהודה ושומרון שהוקמו – בתום לב או בהסתמך על סיוע שניתן על ידי המדינה – על קרקעות שאינן קרקעות מדינה, ועם הקושי האנושי הכרוך בפינוי של תושבי אותם היישובים מבתיהם.

דיון מעמיק בהסדרים שבהצעת החוק, מחייב התייחסות למנעד רחב של תחומי משפט שונים ומגוונים. במסמך הנוכחי ננסה לתת רקע בסיסי וקצר במגוון הסוגיות המורכבות העומדות בתשתית הצעת החוק, תוך הצפת הקשיים העקרוניים שהצעת החוק מעוררת. חשוב לציין כבר עתה, כי אנו רואים קשיים משמעותיים בהצעות החוק, הן בהיבטים הנוגעים למשפט הבינלאומי והן בהיבטים החוקתיים. הערות פרטניות נוספות ביחס לסעיפי החוק, יועלו על ידינו במהלך הדיונים.

**תמצית הסוגיות הנדונות במסמך**

**(1) מעמד שטחי יהודה ושומרון והדינים החלים בהם לפי המשפט הבינלאומי** – מספר היבטים:

* מעמדם של שטחי יהודה ושומרון שנוי במחלוקת, אך בפועל, השטח מנוהל על ידי המפקד הצבאי על פי דיני "התפיסה הלוחמתית", וכך גם ההתייחסות לשטח בפסיקה של בית המשפט העליון. יש מקום לדון במשמעויות של שינוי המצג שיצרה המדינה בעניין זה בעשרות השנים האחרונות.
* קיים ספק האם התיקון המוצע עומד בכללי תקנה 43 לתקנות האג, שעשויה לאפשר לכוח התופס להפקיע שטח פרטי בתמורה לפיצוי, בהתאם לחקיקה שתהיה לפי הדין המקומי ולטובת האוכלוסיה המקומית או לצורך "הסדר והחיים הציבוריים".
* גם אם נכונה הטענה כי יש לכנסת את הסמכות לחוקק באופן ישיר על שטחי יהודה ושומרון, יש מקום לשקול את המשמעויות המעין סיפוחיות שעלולות להיות לאקט מעין זה, ואת ההשלכות האפשריות מבחינת המשפט הבינלאומי.

**(2) רכישת זכויות לא רצונית במקרקעין של אחרים ביהודה ושומרון –** השוואת ההסדרים שבהצעת החוק לדין הקיים, מעלה שמדובר בהסדר רחב וגורף יותר מההסדרים הקיימים של בנייה במקרקעי הזולת, הן בדין החל ביהודה ושומרון והן בדין הישראלי, ולכן קשה לטעון כי הדינים הללו משמשים כבסיס להצעת החוק. מספר קשיים מתעוררים בהסדר המוצע: מדובר בהסדר שמוחל באופן לא שוויוני, העדר יחס בין שווי המקרקעין לשווי הבניה והתערבות אקטיבית של המחוקק בהכרעת סכסוך קונקרטי.

**(3) הפקעת מקרקעין פרטיים ביהודה ושומרון –** ההסדר שבהצעת החוק חורג באופן ניכר מהמתווה שמאפשר למפקד הצבאי כיום להפקיע מקרקעין ביהודה ושומרון לצורך ציבורי, ומעורר קשיים שונים: מדובר בהוראה של המחוקק לגורם מינהלי להפקיע מקרקעין, ללא קיומו של הליך הפקעה מסודר שעולה בקנה אחד עם הדין המקומי או עם כללי המשפט המינהלי בישראל; ההפקעה נעשית באופן לא שוויוני; ההפקעה היא לצורך הכשרה של פעולות שנעשו מלכתחילה באופן לא חוקי; קיים ספק האם ההכרה במתיישבים הישראלים כ"אוכלוסיה מקומית" לעניין המשפט הבינלאומי, במצב שבו יש "התנגשות" בינם ובין בעלי הקרקע המקומיים תוך הענקת עדיפות לתושבים הישראליים, מתיישבת עם ההבנה המקובלת של תקנה 43.

**(4) היבטים חוקתיים בהצעת החוק –** בחינת ההסדר המוצע במשקפיים חוקתיות מחייבת לדון במידתיות של שני היבטים מרכזיים בהצעה, והכל בהינתן שהגורם הנפגע אינו חלק מהשיח הציבורי ואינו מיוצג בכנסת, ושההסדר נראה כחורג מכללי המשפט הבינלאומי החלים בענייננו:

פגיעה בזכות הקניין – חרף השימוש במונח של הפקעת "זכות שימוש", תכני ההסדר שבהצעת החוק מלמדים על כך שמהותה של הזכות הנפגעת היא זכות הבעלות על הקרקע ולא זכות השימוש בה: אין זמן קצוב ברור למשך ההפקעה, והפיצוי הוא תשלום חד פעמי של ערך הקרקע (ולא תשלום דמי שימוש עיתיים). יש מקום לדון במספר היבטים של מידתיות של הפגיעה בזכות הקניין:

* מדובר בהפקעה גורפת ללא בחינה פרטנית של המאזן בין הצדדים בכל מקרה לפי נסיבותיו;
* ספק אם הסכמה במשתמע (שטיבה אינו ברור) או הסכמה בדיעבד מצד מגוון הגופים השלטוניים שמוגדרים כ"מדינה", אכן מבסס הצדקה לפגיעה בקניין;
* ספק האם מוצדק לפגוע בקניין פרטי כדי להכשיר בדיעבד יישוב שהוקם שלא כדין;
* יש מקום לבחון את מנגנון הפיצוי המוצע;
* חריגת ההסדר המוצע מכללי המשפט הבינלאומי עשויה להשליך על מידתיות ההסדר.

פגיעה בשוויון – העדפה גורפת של אינטרס ההסתמכות של האזרחים הישראלים שהקימו את היישוב בתום לב או בהתבסס על סיוע של המדינה, על פני האינטרסים של בעלי הקרקע, תושבי יהודה ושומרון, עלולה להיחשב כפגיעה בזכות החוקתית לשוויון. זאת, נוכח העובדה שקשה למצוא שוני רלוונטי שיצדיק הבחנה בין יישוב ישראלי שהוקם בתום לב על קרקע פרטית ליישוב שאינו ישראלי שהוקם על קרקע פרטית, ובהתחשב בכך שהשוני בין הקבוצות האמורות הוא על בסיס "חשוד".

**(5) התערבות המחוקק בפסיקה חלוטה של בית המשפט –** בניגוד למקובל, הצעת החוק מבקשת לקבוע הסדר הנועד לתת מענה לפעולות שהתבצעו בעבר (חקיקה 'רטרוספקטיבית') וביחס לקבוצה מסוימת של יישובים (תחולה 'פרסונאלית'). אמנם, הכנסת רשאית לחוקק חוקים החלים כלפי העבר – אם כי הדבר מעורר קשיים – אך גם בחקיקה למפרע קיימת הקפדה דווקנית על כך ששינוי החקיקה לא ישפיע על הכרעות חלוטות של בית משפט ולא ישנה אותם (וכך היה בכל הדוגמאות שניתנו בוועדה). המקרים היחידים שחורגים מכלל זה, הם בתחומי המשפט הפלילי, וגם זאת רק במקום שבו השינוי מיטיב עם העבריין, ועל כן לא ניתן להקיש מהם לענייננו. החריגה שיש בהסדר המוצע מהמקובל במשטר החוקתי בישראל, היא בעייתית. מחוקק שמורה על עיכוב ביצוע של פסק דין מסוים ולאחר מכן על ביטולו, הופך את עצמו, הלכה למעשה, לערכאת ערעור על בית המשפט, ובכך פוגע באופן משמעותי בהפרדת הרשויות, במעמדו של בית המשפט ובשמירה על שלטון החוק.

**מעמד שטחי יהודה ושומרון והדינים החלים בהם לפי המשפט הבינלאומי**

**(1) מעמד שטחי יהודה ושומרון והדין החל בהם**

מעמדם של שטחי יהודה ושומרון על פי המשפט הבינלאומי שנוי במחלוקת. רוב מכריע של הקהילה הבינלאומית, וחלק ניכר מהמומחים למשפט בינלאומי בישראל, רואה את השטח כשטח "כבוש" או כשטח המצוי ב"תפיסה לוחמתית" שחלים עליו הוראות אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן – אמנת ג'נבה) והוראות תקנות הנספחות לאמנת האג בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907 (להלן – תקנות האג). עמדה זו מבוססת על ההנחה שברגע שמדינה שולטת בשטח באמצעות הצבא, חלים על אותו שטח דיני "התפיסה הלוחמתית". כך, לפי תקנה 42 לתקנות האג: "טריטוריה נחשבת ככבושה כאשר היא נמצאת בפועל תחת הסמכות של צבא עוין"[[1]](#footnote-1).

חלק לא גדול של המלומדים בישראל ובעולם חולקים על עמדה זו, וטוענים כי השטח אינו נחשב כשטח המצוי ב"תפיסה לוחמתית" לפי המבחנים של המשפט הבינלאומי, בגלל שישראל לא כבשה את השטח מריבון לגיטימי אחר[[2]](#footnote-2) ובגלל שדיני הכיבוש יכולים לחול רק במצב של כיבוש לתקופות קצרות. זו העמדה שאומצה, למשל, בדו"ח של השופט אדמונד לוי[[3]](#footnote-3). לא לגמרי ברור מהי התוצאה המשפטית הנובעת מעמדה זו, שכן אם לא חלים בשטח דיני מדינת ישראל (כי השטח לא סופח לישראל) וגם לא חלים על השטח דיני הכיבוש, כי אז מהו הדין החל בשטח? ומכוח מה יש למפקד הצבאי סמכות לחוקק?

כלפי חוץ, מדינת ישראל השאירה בעמימות את שאלת המעמד של השטח, והיא מתייחסת ליהודה ושומרון כאל "שטחים שבמחלוקת", שיש לה לגביהם טענות לבעלות. ואולם, במשך עשרות שנים, טענה המדינה – בין היתר בדיונים בפני בית המשפט העליון ובפורומים בינלאומיים – כי היא מקבלת על עצמה למעשה את הוראות תקנות האג, מכוח המשפט הבינלאומי המנהגי[[4]](#footnote-4), וכן כי היא מחילה על עצמה באופן וולונטארי את החלקים ההומניטריים של אמנת ג'נבה הרביעית (על אף שאין עליה חובה לעשות זאת)[[5]](#footnote-5).

בפועל, במשך קרוב ל-50 שנה השטח מנוהל על ידי המפקד הצבאי על פי דיני "התפיסה הלוחמתית". גם בית המשפט העליון התייחס באופן עקבי ליהודה ושומרון כשטח שחלים עליו דיני "התפיסה הלוחמתית". **כך, במשך עשרות שנים נוצר מצג של התנהגות בפועל מצד הממשלה, ושל פסיקה עקבית ומתמשכת של בית המשפט העליון, שמחילים על שטחי יהודה ושומרון את דיני "התפיסה הלוחמתית"**. בנסיבות אלה, גם אם מקבלים את התפיסה כי ההחלה **המקורית** של תקנות האג הייתה וולונטארית (וזה אינו מובן מאליו), יש לדון בהשלכות הרוחב שעשויות להיות לשינוי חזית מעין זה מבחינת המבנה המשפטי של ניהול השטח ושל המצג שהמדינה מציגה כלפי חוץ.

**(2) תקנות האג**

ככלל, דיני "התפיסה הלוחמתית" מניחים שמי שתופס את השטח ממלא את מקומו של הריבון בשטח, עד לסיום התפיסה. תקנות האג, שקיבלו תוקף של משפט בינלאומי מינהגי, נועדו להסדיר את חובותיו וזכויותיו של הכוח התופס. התקנות סובבות סביב שני צירים מרכזיים: האחד – הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של הכוח התופס; האחר – הבטחת צרכיה של האוכלוסיה האזרחית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. בין שני צירים אלה באות תקנות האג לקבוע איזון מסוים.

לפי תקנות האג, חל איסור על מי שתופס את השטח להחרים[[6]](#footnote-6) רכוש פרטי (תקנה 46), אלא אם כן קיים צורך צבאי בכך (תקנה 52). כן נקבע, כי הכוח התופס משמש כנאמן של הרכוש הציבורי, ולכן הוא רשאי לנהל את הרכוש הציבורי ולהפיק ממנו פירות, אך אין לו זכות בעלות על קרקע ציבורית, ולכן הוא אינו רשאי להעביר את הבעלות (תקנה 55).

התקנה המרכזית הרלוונטית לענייננו היא **תקנה 43 לתקנות האג**, המסמיכה ומחייבת את הכוח התופס לנהל את השטח, והיא מהווה את הבסיס לסמכות ולמגבלות של הכוח התופס לחוקק בשטח שבתפיסה לוחמתית. לפי התקנה "בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים, תוך כיבוד החוקים שבתוקף בארץ אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לכך". על בסיס תקנה 43 מוכרות במשפט הבינלאומי קטגוריות שונות של דברי חקיקה בשטח שמצוי בתפיסה לוחמתית, לרבות: חקיקה ביטחונית[[7]](#footnote-7); חקיקה שנועדה לקיים את חובות הצד התופס לפי המשפט הבינלאומי[[8]](#footnote-8); חקיקה שנועדה לענות על צרכי האוכלוסייה האזרחית המשתנים[[9]](#footnote-9); וחקיקה אחרת שעונה על התנאי של "הכרח"[[10]](#footnote-10). יש הטוענים שהמבחנים לחקיקה בשטח שבתפיסה לוחמתית יכולים להיות גמישים יותר כאשר מדובר בתפיסה ממושכת, שכן אין להתעלם מהצרכים המשתנים בשטח לאחר זמן ממושך, וכך גם קבעו בתי משפט בישראל.

ככל הנראה, תקנה 43 אינה חוסמת את האפשרות של הכוח התופס להפקיע שטח פרטי בתמורה לפיצוי, בהתאם לחקיקה, ובלבד שהחקיקה תואמת את הכללים של תקנה 43, ובכלל זה את הדרישה שהחקיקה תהיה לפי הדין המקומי (ובכלל זה לטובת צרכיה של "האוכלוסיה המקומית") או שתהיה הכרחית לצורך "הסדר והחיים הציבוריים" (נחזור לעניין זה להלן). ואולם, ספק בעינינו אם התיקון המוצע, כפי שיפורט בהמשך, עומד בתנאים אלה.

**(3) חקיקה ישירה של הכנסת ביהודה ושומרון**

עקרון בסיסי בכל הנוגע לחקיקה של הכנסת הוא, כי – ללא אמירה אחרת – תחולת החקיקה מוגבלת לשטח הריבונות של מדינת ישראל. עד היום, התנהלה מדינת ישראל באופן שבו חקיקה בשטחי יהודה ושומרון נעשתה, בעיקרה, באמצעות תחיקת הביטחון של המפקד הצבאי של השטח (בכפוף להוראות תקנה 43 האמורה). גם במקרים שבהם המדינה החילה באופן מפורש חקיקה של הכנסת בשטחי יהודה ושומרון, בדרך כלל, חקיקה זו הייתה חקיקה בעלת אופי פרסונאלי (קרי: חקיקה שחלה רק על אזרחי מדינת ישראל שמתגוררים ביהודה ושומרון) או כזו שעסקה ביחסי הגומלין עם האזור או הרשות הפלסטינית.

היבט חריג בהצעת החוק, הוא העובדה שהכנסת מבקשת, לראשונה, לחוקק באופן ישיר חקיקה בעלת אופי טריטוריאלי ביהודה ושומרון. גם אם נכונה הטענה כי יש לכנסת את הסמכות לחוקק באופן ישיר על שטחי יהודה ושומרון, יש מקום לשקול את המשמעויות שעלולות להיות לאקט מעין זה, ואת ההשלכות האפשריות מבחינת המשפט הבינלאומי.

ניתן לבחון את ההסדר המוצע, תוך השוואה לשני סוגים של הסדרים שנראה כי הצעת החוק שואבת מהם את הצידוקים העקרוניים העומדים בבסיסה (או לפחות כך עולה מהנימוקים שניתנו בוועדה להצדקת ההסדר המוצע): ראשית, דיני הבנייה והנטיעה במקרקעי הזולת, שמאפשרים, בנסיבות מוגדרות, לרכוש באופן לא רצוני זכויות במקרקעי הזולת; ושנית, דיני ההפקעה שמקנים לריבון את הסמכות להפקיע מקרקעין המצויים בבעלות פרטית לצורכי ציבור.

**רכישת זכויות לא רצונית במקרקעין של אחרים ביהודה ושומרון**

הדין החל ביהודה ושומרון מורכב ממספר רבדים של חקיקה: חקיקה עותומנית, חקיקה מנדטורית, חקיקה ירדנית, ותחיקת הביטחון שהוציא המפקד הצבאי. במסגרת זו, אדם שפלש לקרקע שאינה שלו, עשוי לרכוש, בתנאים מסוימים, זכויות בקרקע מכוח הדינים החלים באזור, כנגד רצונו של בעל הקרקע. חשוב להדגיש, כי אין צורך בפעולה מיוחדת של המפקד הצבאי או באקט חקיקתי כלשהו כדי 'להפעיל' דינים אלה, אלא הם פועלים, כבר היום, כחלק הדינים החלים בשטח.

לפי הדינים החלים כיום ביהודה ושומרון, אם אדם בונה על קרקע של אחר, הוא נדרש להחזיר את הקרקע לבעליה וכן לסלק את מה שבנה. ואולם, אם עלול להיגרם נזק לקרקע כתוצאה מהסילוק, בעל הקרקע יכול לשלם לבונה את שווי הבנייה ולהשאיר אותה[[11]](#footnote-11). ואולם, במקרים שבהם אדם **בנה מתוך מחשבה שיש לו זכות בקרקע** (אם מדובר בקרקע עירונית) **או על פי שטר רישום** ('קושאן') (אם מדובר בקרקע חקלאית) ו**שווי המבנה עולה על שווי הקרקע**, הבונה יכול לשלם לבעל הקרקע את שווי הקרקע ולרכוש אותה[[12]](#footnote-12).

הסדרים מעט שונים חלים בישראל. לפי הדין הישראלי, במקרקעין **מוסדרים** (כ-96% מהמקרקעין בישראל) – אם אדם בונה על קרקע של אחר, בעל הקרקע רשאי לבחור אם להשאיר את המחובר ולשלם לבונה את שווי הבניה או לדרוש מהבונה לסלק את הבניין[[13]](#footnote-13). לעומת זאת, במקרקעין **שאינם מוסדרים** (כ-4% מהמקרקעין בישראל) – אם אדם בונה על קרקע של אחר **מתוך מחשבה בתום לב שהוא בעל הקרקע**, **ושווי ההשקעה של הבונה עולה על שווי הקרקע**, הבונה יכול לשלם לבעל הקרקע את שווי הקרקע ולרכוש אותה, אם אין בכך כדי לגרום לבעל המקרקעין נזק חמור שאין בתשלום שווים כדי לפצותו עליו[[14]](#footnote-14).

השוואת ההסדרים הנ"ל להסדרים שבהצעת החוק מעלה, כי התנאים שנקבעו בהצעת החוק שונים באופן משמעותי מאלה שבדין הקיים ביהודה ושומרון ובדין הישראלי לגבי בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת:

* אין דרישה שהבונה יסבור שהוא בעל הקרקע: בשונה מהדין הקיים ולפיו נדרש כי הבונה יסבור בתום לב כי הוא בעל הקרקע, לפי הצעת החוק אין דרישה שהבנייה נעשתה מתוך מחשבה שהבונה הוא בעל הקרקע. יש דרישה חלופית לתום לב או לקבלת סיוע מן המדינה בהקמת היישוב.
* אין דרישה ששווי המבנה יעלה על שווי המקרקעין: בשונה מהדין הקיים לפיו יש צורך בהשוואה בין שווי המקרקעין לבין שווי המבנה, **הצעת החוק אינה מתנה את תחולת ההסדר בכך ששווי המבנים עולה על ערך הקרקע, אלא מניחה הנחה גורפת כי תנאי זה אכן מתקיים לגבי כל היישובים הישראלים שהצעת החוק תחול עליהם**. ואולם, על פי ניסוחה הגורף של ההצעה היא תחול גם במקרה שבו שווי המבנים נמוך מערך הקרקע.
* מדובר בהתערבות אקטיבית של הריבון ולא בפתרון סכסוך בין פרטים: בשונה מהדין הקיים שבו כל מקרה של בנייה במקרקעי הזולת יידון כסכסוך בין שני פרטים לפי הדין החל, הצעת החוק הופכת את המדינה לגורם שמכריע בין הצדדים לסכסוך. ודוק, לא מדובר בהכרעה עקיפה באמצעות קביעת הכללים החלים על סכסוך מסוג זה, אלא בהכרעה ישירה ואקטיבית לטובת צד אחד באמצעות הפקעת זכויותיו של צד אחד והעברתם לצד השני.
* ההסדר מוחל באופן לא שוויוני: בעוד שלפי הדין הקיים ההסדר חל בצורה "עיוורת", בכל מקרה של בנייה במקרקעי הזולת וללא תלות בזהות של הבונה ובעל הקרקע, הצעת החוק יוצרת הסדר ייחודי ולא שוויוני שיחול בהתאם לזהות של הבונה ובעל הקרקע.

=> מכלול ההבדלים הנ"ל מלמד על כך שמדובר בהסדר גורף הסוטה משמעותית מההסדרים הקיימים של בנייה במקרקעי הזולת, הן בדין החל ביהודה ושומרון והן בדין הישראלי, ולכן קשה לטעון כי הדינים הללו משמשים כבסיס להסדר המוצע. יתירה מזאת, חרף העובדה שמדובר בסיטואציה אנושית קשה, בשל תום הלב של מקימי היישובים והסתמכותם על סיוע מצד המדינה, ההבדלים האמורים משקפים קשיים שההסדר המוצע מעורר: הסדר שמוחל בצורה לא שוויונית, העדר יחס בין שווי המקרקעין לשווי הבניה והתערבות אקטיבית של המחוקק בהכרעת סכסוך קונקרטי.

**הפקעת מקרקעין פרטיים ביהודה ושומרון**

לפי הדין בישראל, סעיף 3 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (להלן – הפקודה) מקנה לשר האוצר את הסמכות להפקיע זכות בקרקע אם נוכח כי הדבר דרוש או נחוץ ל**"צורך ציבורי**", לאחר התייעצות עם ועדה מייעצת שהחוק מקים לצורך זה. המונח "צורך ציבורי" הוגדר בתיקון לפקודה משנת 2010[[15]](#footnote-15), והוא כולל גם "הקמה, הרחבה או פיתוח של יישוב"[[16]](#footnote-16). שר האוצר רשאי להפקיע את זכות הבעלות בקרקע, את זכות ההחזקה או השימוש בקרקע לתקופה מסוימת, וכן זיקת הנאה בקרקע (חיובית או שלילית). בפסיקה נקבע כי אם ניתן להשיג את המטרה הציבורית בהפקעת זכות פחותה אין הצדקה להפקיע את זכות הבעלות[[17]](#footnote-17).

במסגרת הליך ההפקעה מתקיימת פרוצדורה מסוימת: **ניתנות שתי הודעות** לפני שניתן לתפוס חזקה בקרקע[[18]](#footnote-18); הרשות חייבת לציין את **מטרת ההפקעה** בהודעות[[19]](#footnote-19); יש לתת **זכות שימוע** לבעל הקרקע ולמי שיש לו טובת הנאה בקרקע[[20]](#footnote-20). בנוסף, החוק קובע הוראות לעניין תשלום הפיצויים **והפרשי ההצמדה והריבית** עליהם; הוראות לעניין **הערכת שווי הקרקע**[[21]](#footnote-21); הוראות לעניין **סכסוך על גובה הפיצוי**[[22]](#footnote-22), ועוד. כמו כן, במסגרת התיקון שנערך לפקודה ב-2010, נקבעו הוראות שונות שמגבילות את הרשות גם לאחר ההפקעה: קיימות **מגבלות על שיהוי במימוש ההפקעה**[[23]](#footnote-23); **הגבלות על שינוי הייעוד** למטרה שאינה ציבורית[[24]](#footnote-24); ניתנה לבעל הקרקע **זכות לרכוש מחדש** את הקרקע המופקעת, בנסיבות מסוימות[[25]](#footnote-25); **וזכות להשבת הקרקע לבעליה**, בנסיבות מסוימות[[26]](#footnote-26).

יוער, כי הפקודה אינה תולה את סמכות ההפקעה בכך שייעודם התכנוני של המקרקעין יהיה "לצורכי ציבור". בעבר אף נפסק כי הרשות רשאית להפקיע את הקרקע ורק כשתבוא לממש את המטרה הציבורית יהא עליה לדאוג להשגת ההיתרים הנדרשים לכך מאת רשויות התכנון[[27]](#footnote-27). לאחר חקיקת חוקי היסוד, השתנתה הגישה ונפסק כי לא בכל מקרה ניתן יהיה להפקיע לפני שהסתיימו הליכי התכנון וההחלטה לעשות כן תיבחן בביקורת שיפוטית לפי כללי המשפט המינהלי[[28]](#footnote-28).

לפי הדין החל ביהודה ושומרון, הפקעת מקרקעין בבעלות פרטית נעשית לפי חוק הקרקעות רכישה לצרכי ציבור, מס' 2 לשנת 1953 (להלן – חוק הרכישה הירדני), כפי שתוקן בתחיקת הביטחון. חוק זה מסמיך את ה"ממשלה" (לענייננו – המפקד הצבאי) לרכוש קרקע מכל סוג שהוא, או זכות בקרקע, ל"צרכי ציבור".

בפסיקת בית המשפט העליון נקבע, כי כדי שהמפקד הצבאי ביהודה ושומרון יוכל להפעיל את חוק הרכישה הירדני ולהפקיע מכוחו מקרקעין בבעלות פרטית, ההפקעה נדרשת לעמוד בשלושה תנאים **מצטברים**[[29]](#footnote-29):

1. על ההפקעה להיעשות לפי הדין המקומי, קרי: לפי הוראות חוק הרכישה הירדני;
2. על ההפקעה להיות לטובת "האוכלוסיה המקומית" כנדרש לפי תקנה 43 לתקנות האג;
3. על הליך ההפקעה להיעשות בהתאם לכללי היסוד של המשפט המנהלי הישראלי.

האם הצעת החוק עולה בקנה אחד עם התנאים האמורים?

**(1) הפקעה לפי הדין המקומי**

לפי חוק הרכישה הירדני, הפקעת מקרקעין נעשית בהליך מסודר, שתוכנו, בקצרה, הוא: **פרסום** **הודעה** **על כוונה להפקיע** ובדבר הצורך הציבורי בכך[[30]](#footnote-30); **החלטת המפקד הצבאי** על אישור ההפקעה, וזאת לאחר שהשתכנע בנחיצות ההפקעה, היתכנותה ובהיותה לטובת הציבור[[31]](#footnote-31); **פרסום החלטת המפקד הצבאי** באזור[[32]](#footnote-32); **יידוע בעל הקרקע** המיועדת להפקעה בדבר ההחלטה בידי הרשות המוסמכת[[33]](#footnote-33); **רישום הערה** בגין ההפקעה בספרי המקרקעין כי החלקה מיועדת להפקעה[[34]](#footnote-34); קיום **משא ומתן** עם הבעלים על ידי "המקים" במטרה להגיע להסכם לרכישת הזכויות[[35]](#footnote-35); **רישום הקרקע המופקעת**, וזאת לאחר העברת התשלום לבעלים.[[36]](#footnote-36)

לפי הצעת החוק, המחוקק הישראלי מורה למפקד הצבאי לבצע הפקעה גורפת של כל הקרקעות הפרטיות שעליהן נבנו יישובים ישראלים, אם מצא כי הם נבנו בתום לב או בסיוע המדינה, וזאת מבלי שהוא יידרש לנהל הליך מסודר של הפקעה בהתאם לדין המקומי. במסגרת זו, לא זו בלבד שהמפקד הצבאי אינו נדרש לקיים הליך הוגן של הפקעה, שכולל פרסום, יידוע וכו', אלא הוא אף אינו נדרש להשתכנע ביחס לכל אחת ואחת מהקרקעות בנחיצות ההפקעה ובהיותה לטובת הציבור. זאת, ככל הנראה מתוך ההנחה העומדת ביסוד הצעת החוק, ולפיה כל אימת שיישוב ישראלי נבנה על קרקע בבעלות פרטית בתום לב או בסיוע המדינה, חזקה חלוטה שהפקעת הזכויות בקרקע היא בגדר "צורך ציבורי" שמצדיק את ההפקעה (המעורר גם את השאלה לאיזה ציבור מתייחסים כאשר קובעים שזהו צורך ציבורי, כפי שיפורט להלן). מעבר לקושי המתעורר נוכח קביעה שאינה ניתנת לסתירה כי במקרה כזה תמיד – באופן גורף וללא כל חריגים – קיים "צורך ציבורי" בהפקעה, אין להתעלם גם מהעובדה שמדובר בהפקעה שנעשית לצורך הכשרה בדיעבד של יישוב שמלכתחילה הוקם שלא כדין.[[37]](#footnote-37)

נוכח האמור, קיים קושי לראות את הליך ההפקעה המוצע בהצעת החוק כעולה בקנה אחד עם ההליך שנקבע בדין המקומי לעניין הפקעת מקרקעין שבבעלות פרטית לצרכי ציבור.

**(2) הפקעה לטובת "האוכלוסיה המקומית" לפי המשפט הבינלאומי**

במסגרת הפעלת הדין המקומי שמאפשר הפקעה של מקרקעין לצרכי ציבור, השאלה האם המתיישבים הישראלים נחשבים כ"אוכלוסיה מקומית" לפי כללי המשפט הבינלאומי אינה נקייה מספיקות. שאלה זו נדונה עוד בשנת 1980 בחוות דעת של היועץ המשפטי לממשלה דאז, פרופ' יצחק זמיר, אשר דן בהיבטים השונים של השאלה אך לא הכריע בדבר.

אכן, בפסיקה של בית המשפט העליון ניתן למצוא בהקשרים שונים אמירות על כך שניתן להכיר במתיישבים הישראלים שמתגוררים ביהודה ושומרון כ"אוכלוסיה מקומית". ואולם, מבדיקת הפסיקה עולה, כי אמירות מעין אלה נשמעו ביחס לפעולות שנועדו **לטובת כלל התושבים באזור**, ישראלים ופלסטינים כאחד, או בהקשרים של **שמירה על הביטחון** של הישראלים המתגוררים באזור ועל **זכויות האדם הבסיסיות** שלהם (חופש פולחן וכו').

הצעת החוק מבקשת לכאורה ללכת צעד נוסף קדימה, ולהכיר במתיישבים הישראלים כ"אוכלוסיה מקומית" לעניין המשפט הבינלאומי, אף במצב שבו יש "התנגשות" בינם ובין בעלי הקרקע המקומיים תוך הענקת עדיפות לתושבים הישראליים. מדובר בצעד לא פשוט, אשר ספק אם הוא מתיישב עם ההבנה המקובלת של תקנה 43. ודאי וודאי אם בוחנים את הדברים לאור התכלית של תקנות האג, שמטרתן, בין היתר, לתת הגנה לאוכלוסיה המקומית – אשר אינה מיוצגת במסגרת המדינה של הכוח התופס את השטח ואינה זכאית להשתתף בבחירתו – מפני הכוח התופס את השטח[[38]](#footnote-38).

**(3) תחולת כללי המשפט המינהלי הישראלי**

ההסדר שבהצעת החוק אינו יוצר "הליך הוגן" של הפקעה. יתירה מזאת, ההפקעה נעשית באופן לא שוויוני, שכן היא חלה אך ורק ביחס ליישובים ישראלים שהוקמו על קרקע פרטית ולא על יישובים שאינם ישראלים שהוקמו על קרקע פרטית. למעשה, כלל לא מדובר על מצב שבו גורם מינהלי מנהל הליך רגיל של הפקעה, שבמסגרתו הוא שוקל את הנזק שעלול להיגרם לבעל הקרקע ואת הצורך הציבורי בהפקעה, מנהל הליך הוגן של הפקעה ונותן פיצוי לבעל הקרקע, אלא במצב שבו המחוקק מורה לגורם המינהלי להפקיע את המקרקעין, בהתקיים תנאים מסוימים, ללא בחינה של נסיבות המקרה, ללא מתן מקום כלשהו לאדם הנפגע, ולמעשה ללא קיומו של הליך כלל. נוכח האמור, ספק אם ניתן לראות את ההסדר שבהצעת החוק כעומד בכללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי.

=> המסקנה העולה מהאמור, היא שההסדר שבהצעת החוק חורג באופן ניכר מהמתווה שמאפשר למפקד הצבאי כיום להפקיע מקרקעין ביהודה ושומרון לצורך ציבורי. גם אם המחוקק רשאי לסטות מן ההסדר הקיים, וחרף העובדה שמדובר בסיטואציה אנושית קשה, בשל תום הלב של מקימי היישובים והסתמכותם על סיוע מצד המדינה, יש בכך קשיים לא מבוטלים שעשויים להשליך הן בהיבטים של המשפט הבינלאומי, והן בהיבטים החוקתיים של ההצעה

**היבטים חוקתיים בהצעת החוק**

כאשר המחוקק מבקש לקבוע הסדר נורמטיבי חדש, שיש בו משום פגיעה בזכויות יסוד, מוטלת עליו החובה לבחון האם החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל, האם הוא נועד לתכלית ראויה, ובהתאם לתכלית הראויה של ההסדר המבוקש – עד כמה ההסדר המוצע מאוזן ומידתי: האם יש קשר רציונאלי בין התכלית שהוא מבקש להשיג לבין האמצעים שבהם הוא נוקט? האם ניתן להשתמש באמצעים פוגעניים פחות? והאם התועלת שתצמח כתוצאה מההסדר עולה על הנזק שהוא גורם? יתירה מזאת, בהצעת החוק דנן, לא ניתן לנתק בחינה זו משני אלמנטים יסודיים שמשליכים על הבחינה כולה ומאירים אותה באור אחר:

א) זהות הנפגעים – מדובר בחקיקה שקבוצת הנפגעים ממנה אינה חלק מהשיח הציבורי ואינה מיוצגת בכנסת.

ב) ההיבטים הנוגעים למשפט הבינלאומי – מדובר בהסדר שעל פניו חורג מכללי המשפט הבינלאומי שחלים במקרה זה (גם כחלק מהמשפט הפנים-ישראלי כאמור), כפי שהתפרשו על ידי בית המשפט העליון בישראל.

**(1) פגיעה בזכות הקניין של בעל הקרקע**

הפקעת קרקע של אדם פוגעת בזכותו הקניינית. היא נושאת בחובה פגיעה בשני היבטים: היבט כלכלי והיבט של קשר רגשי אל הקניין. הפיצוי שניתן כתחליף לקרקע אינו מבטל את הפגיעה בקניין, שכן הוא נועד לאיין את הפגיעה הכלכלית הנובעת מההפקעה אך אין בו כדי לפצות על הפגיעה הרגשית. דבר זה נובע מכך שאין תחליף מלא לחלקת אדמה, בפרט כשמדובר בבית מגורים או בנחלה משפחתית.

לפני שננסה לעמוד על מידתיות הפגיעה בזכות הקניין, נדרשת הבהרה מקדימה לעניין טיבה של הזכות הנפגעת. עניינה של הצעת החוק הוא בהפקעה של "זכויות שימוש" ועל פני הדברים מדובר בפגיעה "רכה" יותר מאשר פגיעה בזכות הבעלות. זאת, בדומה להבחנה הקיימת בסעיף 3 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, בין הפקעה של זכות הבעלות לבין הפקעה של זכות ההחזקה והשימוש. עם זאת, עיון בפרטי ההסדר המוצע, מובילים לכאורה למסקנה אחרת:

**משך** **זמן ההפקעה** – ההבדל העיקרי שבין הפקעת בעלות לבין הפקעה של זכות השימוש הוא משך הזמן. הפקעה של זכות השימוש חייבת להיות קצובה בזמן. לפי ההסדר המוצע הפקעת זכות השימוש איננה קצובה בזמן, אלא תחומה עד למועד בלתי ידוע של הכרעה מדינית בדבר מעמדם של יהודה ושומרון. כך, אם הכרעה זו תבוא עוד שנים רבות או לא תבוא כלל, המשמעות המעשית תהיה היא שמבחינת בעל הקרקע שהפגיעה בזכות השימוש תהיה לצמיתות;

**היקף הפיצוי** – בעוד שפיצוי על הפקעת זכויות שימוש יבוא לידי ביטוי, באופן רגיל, בתשלום של דמי שימוש עיתיים, הפיצוי לפי ההסדר המוצע בגין הפקעת הקרקע הוא תשלום חד פעמי של הערך המלא של הקרקע (ואף מעבר לכך).

המסקנה העולה מהאמור היא, **שחרף השימוש במינוח של "זכות השימוש", תכני ההסדר שבהצעת החוק מלמדים על כך שמהותה של הזכות הנפגעת היא זכות הבעלות על הקרקע ולא זכות השימוש בה**.

האם ההפקעה המוצעת של זכות הבעלות במקרקעין היא מידתית ומאוזנת? בהקשר זה חשוב לשים לב למספר היבטים בהסדר עצמו שמעוררים קשיים באשר לשאלת מידתיות ההסדר:

(א) הפקעה גורפת ללא בחינת מאזן הנוחות בין הצדדים: בשונה מדיני הבנייה במקרקעי הזולת שפורטו לעיל, הצעת החוק אינה מתייחסת לשאלת היחס שבין שווי המבנים לשווי הקרקע. כך, ההסדר המוצע יחול בין אם מדובר ביישוב גדול שיש בו 400 משפחות ששווי המבנים שבו עולה בהרבה על ערך הקרקע, ובין אם מדובר במאחז קטן של 10 קרוואנים ששווי המבנים שבו נמוך מערך הקרקע. מדובר בהסדר הפקעה גורף שאינו מאפשר בחינה של מאזן הנוחות בין הצדדים ביחס לכל יישוב באופן קונקרטי.

(ב) הסכמת המדינה כהצדקה לפגיעה בקניין: כל אחד מרכיבי תנאי זה מנוסח באופן כל כך אמורפי ורחב, במידה שמתעוררת שאלה עד כמה קיומו של תנאי זה מבסס הצדקה לפגיעה בקניין:

* **הסכמה**: ההגדרה של "הסכמה" שבהצעת החוק כוללת מנעד רחב מאוד של ביטויי הסכמה אפשריים מצד "המדינה":

הסכמה "במשתמע" – האם ניתן להצדיק פגיעה בזכות הקניין על יסוד אמורפי ורחב כמו 'הסכמה משתמעת' שטיבה והיקפה אינם ברורים? כך, למשל, האם אי הוצאת צו הריסה על ידי הרשויות תיחשב כהסכמה במשתמע שמצדיקה להפקיע את הקרקע? האם הצבת שמירה של צה"ל בשל טעמים ביטחוניים היא הסכמה במשתמע? האם אמירה של פקיד ממשלתי "יהיה בסדר" היא הסכמה במשתמע? וכן הלאה.

הסכמה "בדיעבד" – האם גם במצב שבו היישוב הוקם מלכתחילה **שלא מתוך הסתמכות על "המדינה" או עידודה**, ומבלי שהיה תום לב שאכן בניית היישוב היא אקט תקין מבחינה קניינית ותכנונית, די במתן "הסכמה בדיעבד" מצד המדינה כדי לבסס הצדקה לפגיעה בזכות הקניין?

* **מדינה**: ההגדרה של "מדינה" היא רחבה ביותר והיא כוללת כמעט כל גורם בעל סממן שלטוני או ציבורי שעשויה להיות לו נגיעה ליישוב[[39]](#footnote-39). האם קיימת אותה הצדקה לפגיעה בזכות הקניין שעה שמדובר בהסכמה בדמות החלטת ממשלה מפורשת על הקמה/הרחבה של יישוב, כמו במקרה של הסכמה שניתנה על ידי עובד בחטיבה להתיישבות או ברשות המקומית? מה קורה אם יש התנגשות בין רשויות שונות של המדינה בשאלת "ההסכמה"? כך, נניח שמוסד מיישב הסכים ואולי אף סייע בפועל להקמת היישוב, אך המינהל האזרחי הוציא צווי הריסה – האם זוהי "הסכמה של המדינה" שמבססת הצדקה לפגיעה בזכות הקניין?

(ג) הפקעה לצורך הכשרה של יישוב שהוקם שלא כדין: האם מוצדק לפגוע בקניין פרטי כדי להכשיר בדיעבד יישוב שהוקם שלא כדין[[40]](#footnote-40)?

(ד) מנגנון הפיצוי המוצע: יש מקום לבחון האם מנגנון הפיצוי המוצע אכן מספק פיצוי הולם, בהשוואה למנגנון הפיצוי המקובל בפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 ובחוק הרכישה הירדני בהיבטים שונים: אופן חישוב הפיצוי; התייחסות להפרשי הצמדה וריבית; קביעת הסכום על ידי ועדת השומה מול קביעה של שמאי או ועדת השגות לפי הפקודה; זכויות השגה על גובה הפיצוי, ועוד.

(ה) חריגה מההסדרים של המשפט הבינלאומי: המתווה הנורמטיבי שמאפשר הפקעה של מקרקעין לפי המשפט הבינלאומי (כפי שנקבע בפסיקת בית המשפט העליון), נועד לשמור על האיזון שבין הצורך הציבורי במקרקעין, לבין הפגיעה בזכות הקניין של אדם שמעמדו כמי שמצוי בשטח שבתפיסה לוחמתית דורש הגנה מוגברת. החריגה של הצעת החוק ממתווה זה – כפי שהוסברה לעיל – עשויה להשליך על מידתיות ההסדר המוצע.

**(2) פגיעה בשוויון**

לפי ההסדר המוצע, תינתן העדפה גורפת לאינטרס ההסתמכות של האזרחים הישראלים שהקימו את היישוב בתום לב או בהתבסס על סיוע של המדינה, על פני האינטרסים של בעלי הקרקע, תושבי יהודה ושומרון. העדפה זו ניתנת ללא קיומו של הליך ממשי שבו בעל הקרקע נשמע על ידי הרשויות, ובנסיבות שבהן הקבוצה הנפגעת היא מה שמכונה קבוצה "חשודה". בהסדר כאמור עלולה להיות משום פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, הנגזרת מכבוד האדם.

זכות השוויון החוקתית נועדה בראש ובראשונה כדי להיאבק בהבחנות על בסיס "חשוד", שיש בהן הדרה של קבוצה או הנצחת סטראוטיפ שלילי והשפלה בשל תכונות טבועות באדם, לדוגמה, הבחנות על בסיס מוצא אתני, גזע, דת, מין וכו'. הבחנה או הבחנה "חשודה" לא תיחשב כפוגעת בשוויון החוקתי, אם היא מבוססת על שוני רלוונטי בין קבוצות.

האמנם ניתן לבסס שוני רלבנטי בין יישוב ישראלי שהוקם בתום לב על קרקע של תושב יהודה ושומרון ופוגע בזכות הקניין שלו, לבין יישוב שאינו ישראלי באותה סיטואציה? האמנם קיים שוני רלוונטי בין "צורך ציבורי" להפקיע קרקע לטובת יישוב ישראלי בנסיבות המתוארות בהצעת החוק לעומת צורך כאמור לעניין יישוב שאינו ישראלי?

בדומה לקשיים שצוינו לעניין הפגיעה בזכות הקניין, גם לעניין הפגיעה בשוויון, מידתיות ההסדר המוצע מעוררת קשיים. בהינתן שהמונח "הסכמת המדינה" הוא כה רחב, וכולל בתוכו גם פעולות מינוריות, במשתמע, בדיעבד ואף אם ניתנה על ידי הרשות המקומית בלבד, האם העדפת אינטרס ההסתמכות של האזרח הישראלי על פני הזכויות של בעל הקרקע, בכל מצב ובאופן גורף מבטאת איזון מידתי? האם אותו הדין יחול במקרה שהיה תום לב ובמקרה שלא היה תם לב? האם דין סיוע בדיעבד כדין הסכמה מראש? בהתייחס לכך שמדובר בהפקעה גורפת, האם לא ניתן היה להשיג את התכלית באמצעות הסדר הבוחן את הנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ואת הנזק שייגרם לבעל הקרקע, שלוקח בחשבון את מידת הפגיעה במקרה הספציפי אל מול התועלת? האם דין מקרה שבו נבנה על הקרקע יישוב שלם כדין מקרה שבו הוצבו על הקרקע שני קרוואנים? האם התכלית תושג רק באמצעות החזקה החלוטה ולפיה תמיד יועדף האינטרס של תושבי היישוב הישראלים על פני בעל הקרקע?

=> מכלל האמור לעיל, ועל אף הסיטואציה האנושית הקשה שבפניה ניצבים התושבים באותם יישובים ישראלים, עולים קשיים משמעותיים בכל הנוגע למידתיות ההסדר המוצע.

**התערבות המחוקק בפסיקה חלוטה של בית המשפט**

הצעת החוק חריגה בהיבט יסודי נוסף: בניגוד לחוק "רגיל" אשר לרוב קובע נורמה **לעתיד** החלה על קבוצה בלתי מסוימת של אנשים, הצעת החוק מבקשת לקבוע הסדר הנועד לתת מענה לפעולות (התיישבות) שהתבצעו **בעבר**, ועל כן גם תחולתו היא 'פרסונאלית' – היא חלה על קבוצה מסוימת של יישובים. הצעת החוק מבקשת לקבוע, כי במהלך ביצוע הוראות החוק המוצע, קרי: הפקעת המקרקעין והשלמת הליכי התכנון בהם על ידי רשויות האזור, יותלו כל הצווים המינהליים והשיפוטיים ופסקי הדין החלוטים שניתנו בעניין המקרקעין. עוד מוצע לקבוע, כי לאחר סיום ההליכים האמורים יתבטלו כל הצווים ופסקי הדין.

כל המרכיבים הללו מעוררים קשיים שונים.

ראשית, אף כי הכנסת רשאית לחוקק חוקים החלים כלפי העבר, בפסיקה הובהר לא פעם כי ככל שהחוק "שולח את זרועותיו כלפי העבר באופן מובהק יותר – כך מתעוררים קשיים רבים יותר בדבר הלגיטימיות שלו"[[41]](#footnote-41). במקרה זה, הצעת החוק היא בעלת תחולה 'רטרוספקטיבית' (או 'אקטיביות במובן הצר'), כלומר: היא משנה **בדיעבד** את התוצאה המשפטית של פעולה שהתבצעה בעבר (הבנייה על מקרקעין פרטיים ביהודה ושומרון). אף כי אין איסור עקרוני על כך, יש לכך השלכה על שאלת חוקתיות ההסדר[[42]](#footnote-42). לכך מצטרפת גם העובדה שהצעת החוק מבקשת לחול על מספר ספציפי וידוע של מקרים של בניה על מקרקעין פרטיים ביהודה ושומרון ואינו בעל תחולה כללית.

שנית, כאמור, הצעת החוק באופן חריג מבקשת לשנות את התוצאות של הליכים משפטיים אשר הסתיימו.

אכן, אין מניעה כי מחוקק שאינו מרוצה מתוצאות פסיקת בית המשפט שניתנה על בסיסו של דין קיים ישנה את החוק, כדי שתוצאות הסכסוכים שיובאו בפני בית המשפט **מכאן ולהבא**, תהיינה שונות, ויש דוגמאות לא מעטות לכך. יתירה מזאת, במקרים חריגים ומיוחדים – שככלל יש להימנע מהם בשל הבעיות הקשות שחקיקה מעין זו מעוררת[[43]](#footnote-43) – יכול ותהיה הצדקה לשנות את הדין **באופן רטרואקטיבי**. עם זאת, אף בחקיקה רטרואקטיבית קיימת הקפדה דווקנית על כך ששינוי החקיקה לא ישפיע על הכרעות חלוטות של בית משפט ולא ישנה אותם. זאת, נוכח העובדה שמהלך מעין זה פוגע בהפרדת הרשויות, במעמדו של בית המשפט ובשלטון החוק.

בחינה פרטנית של הדוגמאות השונות שהועלו במהלך דיוני הוועדה ונכתבו בניירות העמדה שהוגשו לוועדה, מעלה כי בכל הדוגמאות שניתנו, הקפיד המחוקק לקבוע כי אין בשינוי הדין כדי לפגוע בפסקי דין חלוטים. כך היה במקרה של החוק שאישרר בדיעבד גבייה שלא כדין של אגרת רשות השידור[[44]](#footnote-44), כך היה בתיקון החוק בנוגע לייבוא בשר[[45]](#footnote-45) וכך היה גם במקרים נוספים[[46]](#footnote-46).

הדוגמאות היחידות שמצאנו שחורגות מהכלל האמור – סוגיית החנינה על מופעיה השונים[[47]](#footnote-47) והאפשרות לבטל או לשנות עבירות פליליות לאחר ביצוען[[48]](#footnote-48) – הן כולן בתחומי המשפט הפלילי, וגם זאת רק במקום שבו השינוי מיטיב עם העבריין[[49]](#footnote-49). נראה שקשה להקיש מדוגמאות אלה לענייננו: ראשית, מוסד החנינה הוא מוסד מובנה ומוכר במדינות רבות, המתקיים לצד המערכת הפלילית, ואינו נחשב משום פגיעה בה. חשוב מכך, בניגוד למצבים של חנינה או ביטול של עבירות פליליות שיש בהן אך ורק כדי להקל, השינוי שבהסדר המוצע – שמתייחס למצב שבו יש שני צדדים פרטיים בהליך – מקל עם הצד שפסק הדין ניתן לחובתו (האנשים שבנו את היישוב שלא כדין) אך פוגע בצד שפסק הדין ניתן לזכותו (בעל הקרקע).

נוכח האמור, נראה כי החריגה שיש בהסדר המוצע מהמקובל במשטר החוקתי בישראל, היא בעייתית. **מחוקק שמורה על עיכוב ביצוע של פסק דין מסוים ולאחר מכן על ביטולו, הופך את עצמו, הלכה למעשה, לערכאת ערעור על בית המשפט, ובכך פוגע בהפרדת הרשויות, במעמדו של בית המשפט ובשמירה על שלטון החוק**. כמו כן, ניתן לסבור כי יש בחקיקה כזאת משום פגיעה בזכויות מוקנות של בעל הקרקע, אשר רשאי היה להתבסס על פסק הדין שניתן בעניין המקרקעין, גם אם ניתן בהליך מינהלי ולא בהליך אזרחי.

1. "Territory is considered occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army". [↑](#footnote-ref-1)
2. שכן הסיפוח של שטחי יהודה ושומרון על ידי ממלכת ירדן לא הוכר על ידי מרבית מדינות העולם. [↑](#footnote-ref-2)
3. דו"ח על מעמד הבניה באזור יהודה ושומרון, 21.6.2012, עמ' 6. [↑](#footnote-ref-3)
4. חשוב בהקשר זה להזכיר הבחנה יסודית במשפט הבינלאומי בין "משפט בינלאומי הסכמי" (משפט שמכונן על ידי הסכמים ואמנות), לבין "משפט בינלאומי מינהגי" (משפט שמקורו בהתנהגות בפועל של מדינות במהלך השנים). לפי המודל המשפטי שמקובל בישראל ("המודל הדואליסטי") – כמו גם במדינות אחרות בעולם – הוראות המשפט הבינלאומי המנהגי הן חלק מהמשפט במדינה כל עוד אין חקיקה פנימית שסותרת אותן ("חזקת ההתאמה"); ואילו הוראות מכוח המשפט הבינלאומי ההסכמי חלות רק אם נקלטו על ידי המחוקק הישראלי באמצעות חקיקה. [↑](#footnote-ref-4)
5. חשוב להבהיר כי עמדה זו אינה משליכה על המחויבות של המדינה בעולם (שכן מדינת ישראל חתמה ואשררה את אמנת ג'נבה), אלא על שאלת התחולה של הוראות החוק במשפט הפנימי. [↑](#footnote-ref-5)
6. ודוק, מדובר על "החרמה" של רכוש ולא על "הפקעה". [↑](#footnote-ref-6)
7. כגון: החובה לשאת אמצעי זיהוי, הטלת עוצר, מגבלות צנזורה ועוד. [↑](#footnote-ref-7)
8. דוגמת ביטול הוראות מפלות על בסיס גזע, דת, דעה פוליטית וכדומה שייתכן והיו קיימות בשטח שבתפיסה לוחמתית. [↑](#footnote-ref-8)
9. בייחוד כאשר מדובר בתפיסה לוחמתית ארוכת טווח שמחייב את התאמת הדין לעולם המשתנה. [↑](#footnote-ref-9)
10. דוגמת חקיקה שמחליפה את המוסדות שמצויים מחוץ לשטח שבתפיסה לוחמתית במוסדות חדשים שהוקמו במטרה לאפשר הפעלה שוטפת ויעילה של הדין הקיים. [↑](#footnote-ref-10)
11. סעיף 906 למג'לה – לעניין קרקע עירונית ('מולכ'); וסעיף 12 לחוק ההחזקה (התצרוף) בנכסי דלא ניידי, מס' 49 לשנת 1953 (להלן – חוק ההחזקה הירדני) – לעניין קרקע חקלאית ('מירי'). [↑](#footnote-ref-11)
12. סעיף 906 למג'לה – לעניין קרקע עירונית ('מולכ'); וסעיף 10 לחוק ההחזקה הירדני – לעניין קרקע חקלאית ('מירי'). [↑](#footnote-ref-12)
13. סעיף 21 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן – חוק המקרקעין). בעניין זה חשוב לציין שתי נקודות: (1) נמתחה בספרות המשפטית ביקורת על כך שמדובר בכלל גורף מידי שאינו מתחשב בנסיבות קונקרטיות שעשויות להצדיק תוצאה שונה שתאפשר לבונה לרכוש את המקרקעין (פרופ' יהושע ויסמן, **דיני קניין**, כרך א', עמ' 160-161); בעקבות ביקורת זאת, הוצע לרכך את ההסדר במסגרת סעיף 600(ג) להצעת חוק דיני ממונות, כך שבנסיבות שהבנייה נעשתה בתום לב והנסיבות אינן מצדיקות את סילוק המבנים, לבית המשפט תהיה הסמכות להורות לבעל המקרקעין לרכוש מהמקים את המבנה או למכור או להשכיר למקים את הקרקע; (2) הפסיקה "ריככה" במהלך השנים את הקטגוריות של סעיף 21 האמור באמצעות עקרון תום הלב, וקבעה כי במקרים חריגים שבהם דרישת בעל הקרקע לסילוק המבנה נגועה בחוסר תום לב, בית המשפט לא יעניק לבעל הקרקע את הסעד הקנייני של הריסת המבנה אלא יאפשר לבונה לשלם לו פיצוי (ע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון** (1999);ע"א 8661/10 **נעמה נ' טורקיה** (2012)). ודוק, מדובר במקרים שבהם לא יהיה רשאי לדרוש את הריסת המבנים, אלא הוא יקבל בגינם פיצוי. [↑](#footnote-ref-13)
14. סעיף 23 לחוק המקרקעין. מכיוון שהסעיף חל רק על מקרקעין לא מוסדרים, המשמעות היא שכאשר יושלם הסדר המקרקעין בישראל, סעיף 23 האמור יהפוך ל'אות מתה'. [↑](#footnote-ref-14)
15. לפני התיקון, לשר האוצר היתה הסמכה רחבה לקבוע כל צורך ציבורי שאותו אישר: ""צורך ציבורי" פירושו כל צורך שאותו אישר הנציב העליון כצורך ציבורי". [↑](#footnote-ref-15)
16. פסקה (2) להגדרה "צורך ציבורי" שבסעיף 2 פקודה. [↑](#footnote-ref-16)
17. אריה קמר **דיני הפקעת מקרקעין**, 32 (מהדורה שביעית, כרך ראשון, 2008) (להלן – קמר). [↑](#footnote-ref-17)
18. הודעה על כוונה להפקיע לפי סעיף 5 לפקודה, והודעה על קניית חזקה לפי סעיף 7 לפקודה. [↑](#footnote-ref-18)
19. כך לפי הטפסים שבתוספת לפקודה. [↑](#footnote-ref-19)
20. סעיף 5א לפקודה. [↑](#footnote-ref-20)
21. סעיף 12 לפקודה. [↑](#footnote-ref-21)
22. סעיף 9א לפקודה. [↑](#footnote-ref-22)
23. סעיפים 7(1א), 7ב, 14(1א) ו-14א(ב)(2) לפקודה. [↑](#footnote-ref-23)
24. סעיף 14א(ב) לפקודה. [↑](#footnote-ref-24)
25. סעיף 14ב(ב) לפקודה. [↑](#footnote-ref-25)
26. ראו, למשל: סעיף 14(1ב)(ב)(1) לפקודה. [↑](#footnote-ref-26)
27. **קמר** 57-56 ופסקי הדין אליהם הוא מפנה שם. [↑](#footnote-ref-27)
28. כך, למשל, בבג"ץ 3028/94 **מהדרין נ' שר האוצר**, פ"ד נא(3) 85, פסקאות 14-13 (1995), דובר בהפקעת קרקע לצורך הרחבת שדה התעופה נתב"ג בטרם הסתיימו הליכי התכנון של השטח. נפסק כי הגם שאין היתר "על החלק" להפקיע קרקע לפני סיום הליכי התכנון בה, יש נסיבות שבהן הדבר הוא מוצדק, למשל כשיש **ודאות בצורך הציבורי** באותה קרקע אף לפני תכנונה, או **שיש חשיבות ציבורית בהקדמת ההפקעה**. שיקול נוסף שנשקל על ידי בית המשפט הוא **טיבה של זכות הקניין הנפגעת**. ככל שזכות הקניין הנפגעת היא מוגבלת, כך תהיה רחבה יותר סמכותו של שר האוצר להפקיע אף בטרם אושרה התכנית. לא הרי פגיעה בזכות הבעלות במקרקעין כפגיעה בזכותו של בר-רשות לתקופה קצרה (בג"ץ **מהדרין**, פסקה 15). [↑](#footnote-ref-28)
29. בג"צ 393/82 **ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון**, פ"ד לז(4) 785 (1983) (להלן – הלכת ג'מעית אסכאן). [↑](#footnote-ref-29)
30. סעיפים 3(1), 3(2) לצו בדבר חוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור)(צו מס' 321)(יהודה והשומרון), התשכ"ט-1969 (להלן – הצו בדבר חוק הקרקעות). [↑](#footnote-ref-30)
31. סעיף 4 לחוק הרכישה הירדני. [↑](#footnote-ref-31)
32. סעיף 3 לצו בדבר חוק הקרקעות. [↑](#footnote-ref-32)
33. סעיף 3(3) לצו בדבר חוק הקרקעות. [↑](#footnote-ref-33)
34. סעיף 8 לחוק הרכישה הירדני. [↑](#footnote-ref-34)
35. סעיף 9 לחוק הרכישה הירדני. בהעדר הסכמה בין הצדדים בנושא סכום הפיצויים, רשאי כל אחד מהם לפנות לוועדת העררים. [↑](#footnote-ref-35)
36. סעיף 18 לחוק הרכישה הירדני. [↑](#footnote-ref-36)
37. כנגד טיעון זה ניתן, לכאורה, להביא כדוגמה להכשרה בדיעבד של יישוב שמלכתחילה הוקם שלא כדין את תיקון מס' 4 לחוק הרשות לפיתוח הנגב, התשנ"ב-1991 שהתקבל בכנסת ביולי 2010 (להלן – תיקון מס' 4), שהכשיר בדיעבד את "חוות הבודדים". עם זאת, חשוב לשים לב להבדלים מהותיים בין המקרים: (1) תיקון מס' 4 איפשר להכיר רק בחוות בודדים שהיה להם חוזה מול רשויות המדינה שהעניק להם זכויות חכירה בקרקע, מה שאין כאן במקרה דנן שההסדר חל באופן גורף גם ללא קיומו של חוזה מול הרשויות; (2) תיקון מס' 4 איפשר להכיר רק בחוות בודדים שיש להן היתכנות תיכנונית, מה שאין כן במקרה דנן, ששאלת ההיתכנות התכנונית אינה נבחנת כלל בטרם ההסדרה; (3) תיקון מס' 4 אינו מפקיע את שיקול הדעת של הרשויות, עדיין נדרשת המלצה של שר ויש ועדה שממליצה לו בעניין זה, מה שאין כן במקרה דנן, שלרשויות אין כל שיקול דעת בדבר ההפקעה אם התנאים שבהצעת החוק מתקיימים; (4) תיקון מס' 4 אינו קובע עדיפות לקבוצת אוכלוסיה מסוימת, מה שאין כן במקרה דנן שההפקעה היא אך ורק לטובת יישובים ישראלים. (5) תיקון מס' 4 מתייחס לחוות שהוקמו על אדמות מדינה, מה שאין כן במקרה דנן שמדובר במקרקעין בבעלות פרטית. [↑](#footnote-ref-37)
38. בנוסף – אפילו אם אמנת ג'נבה אינה חלה – יש לפרש את דיני התפיסה הלוחמתית ככלל, כולל תקנות האג, לאור האמור באמנת ג'נבה – ושם אין חולק כי האוכלוסיה המוגנת לא כוללת את האזרחים של המדינה שתופסת את השטח בתפיסה לוחמתית. [↑](#footnote-ref-38)
39. הממשלה, משרד ממשלתי, המינהל האזרחי, צה"ל, רשויות מקומיות, מועצות איזוריות, ההסתדרות הציונית העולמית, החטיבה להתיישבות ומוסדות מיישבים אחרים ששר החקלאות הכיר בהם. [↑](#footnote-ref-39)
40. כך, למשל, חוק רכישת מקרקעין (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953 איפשר להעניק תוקף חוקי בדיעבד לתפיסת מקרקעין על ידי המדינה, שנעשתה לצרכי פיתוח חיוניים, התיישבות או ביטחון, בין יום הקמת המדינה לבין ה-1 באפריל 1952. הפסיקה שהתייחסה לחוק זה, עמדה על כך שמדובר בחוק ייחודי, פוגעני במיוחד, שיש לראותו על רקע התקופה בה נחקק בשנותיה הראשונות של המדינה. הפסיקה עמדה על כך שפגיעתו של החוק בזכות הקניין היא קשה יותר מהפגיעה שנגרמת בשל הפקעות אחרות, במיוחד בשל כך שהחוק מאפשר **הכשרה רטרואקטיבית של תפיסת חזקה במקרקעין על ידי המדינה. כן צוין כי** **אין ספק שלאחר חקיקת חוקי היסוד חקיקה מעין זו לא היתה עומדת במבחן החוקתיות** (ראו: ע"א 3535/04 **דינר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 27.4.2006)**).** [↑](#footnote-ref-40)
41. בג"ץ 6971/11 **איתנית מוצרי בנייה בע"מ נ' מדינת ישראל**, פס' 38 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2.4.2013). [↑](#footnote-ref-41)
42. לחקיקה בעלת תחולה דומה – ראו **איתנית**, שם. [↑](#footnote-ref-42)
43. חקיקה רטרואקטיבית נתפסת כגוררת אי צדק, שרירותיות, חוסר וודאות ופגיעה באמון הציבור בשלטון החוק, כמו גם פגיעה באחת מתכליות החקיקה והיא הכוונת התנהגות. גם היכולת לכוון את החקיקה באופן פרסונאלי על קבוצת אנשים מסוימת גדלה בחקיקה רטרואקטיבית ולצידה סכנות רבות לשוויון והחשש מעריצות. ראו: יניב רוזנאי, **רטרואקטיביות – יותר מאשר "רק עניין של זמן"! מחשבות על ניתוח חקיקה רטרואקטיבית בעקבות בג"ץ גניס,** משפט ועסקים ט', התשס"ח, 395, 405 ואילך. [↑](#footnote-ref-43)
44. ראו: סעיף 1 לחוק חוק רשות השידור (אישור תקפן של אגרות רדיו וטלויזיה), תשנ"ג-1992: "למען הסר ספק נקבע בזאת כי האגרות בעד החזקת מקלט רדיו או טלוויזיה שנקבעו לפי חוק רשות השידור, התשכ"ה-1965 לשנים 1985 עד 1992, הן תקפות לכל דין ולכל דבר ועניין מיום קביעתן; אין בהוראה זו כדי לפגוע בפסק דין סופי שניתן לפני יום פרסומו של חוק זה.". ראו גם את האמור בבג"ץ 4562/92 **זנדברג נ' רשות השידור** (1996): "עצם העובדה שיש בחקיקה משום שינוי תוצאותיו של פסק-דין אינו מעלה ואינו מוריד, ובלבד שאין החקיקה פוגעת בצד שזכה בפסק הדין. אכן, לעתים קרובות הצורך בחקיקה נובע מפסיקתם של בתי המשפט. בכך ממלאים בתי המשפט את תפקידם שלהם, ואילו המחוק השוקל בעניין לאחר מתן פסק הדין, ממלא את תפקידו שלו". [↑](#footnote-ref-44)
45. בסעיף 6 לחוק בשר ומוצריו, התשנ"ד-1994 (שנקרא קודם לכן "חוק בשר קפוא") קבע מפורשות כי: "אין בהוראות חוק זה כדי לגרוע מתוקפו של רישיון לייבוא בשר שניתן לפני קבלתו של חוק זה". [↑](#footnote-ref-45)
46. ראו, למשל, את הדוגמאות הבאות: סעיף 6(א) לחוק נכי רדיפות הנאצים (תיקון מס' 20), התשע"ה-2014 שאיפשר לניצולי שואה לתבוע שכר טרחה ששולם לעורכי דינם, עקב הפחתה בדיעבד של שכר הטרחה, אלא אם כן ניתן פסק דין חלוט או החלטה חלוטה בעניינו; סעיף 5 לחוק התכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2015 ו-2016) התשע"ו-2015, שהעניק סמכות לרשויות המקומיות להכשיר בניה נוספת, בהיקף של 30% נוספים לשטח תכנית שאישרה הוועדה המחוזית, באזור המיועד למגורים, של מיעוטים, ואולם, נקבע כי ההכשרה צריכה להיעשות בתנאים מסוימים ובפרט כי לא ניתן צו שיפוטי להריסת התוספת או למניעת השימוש בה שטרם בוצע. [↑](#footnote-ref-46)
47. בין אם מדובר בחנינה על ידי נשיא המדינה לפי סעיף 11(ב) לחוק-יסוד: נשיא המדינה, ובין אם מדובר על חנינה כללית שניתנת עקב אירועים לאומיים ופוליטיים יוצאי דופן, כפי שהיה בהקמת המדינה (פקודת החנינה הכללית, התש"ט-1949), במלחמת ששת הימים (פקודת החנינה, התשכ"ז-1967), ולאחר תכנית ההתנתקות (חוק הפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין תכנית ההתנתקות, תש"ע-2010). [↑](#footnote-ref-47)
48. ראו: סעיפים 4 ו-5 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן – חוק העונשין). ודוק, גם בדין הפלילי ישנם מקרים שקיומו של פסק דין חלוט ימנע את ההקלה בדיעבד. כך, למשל, סעיף 5(א) לחוק העונשין, מחיל את ההוראה המקילה עם הנאשם לעניין הגדרת העבירה או האחריות לה, רק אם לא ניתן פסק דין חלוט בעניינו של הנאשם. [↑](#footnote-ref-48)
49. לפי הכלל שנקבע בסעיף 3 לחוק העונשין, ולפיו אין עונשין למפרע. [↑](#footnote-ref-49)