



דין עמונה כדין תל אביב? התפרקותה של פרדיגמת הכיבוש בשטחים: בעקבות בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון והחוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז – 2017

עמיחי כהן*

1. פסק דין חמאד. 2. הרקע המשפטי – דיני הכיבוש ותחולתם בשטחים. 3. הכיבוש וההתנחלויות; א. תפיסת הקרקע – סעיפים 46 ו-55; ב. תקנה 43 – הפקעת קרקעות לצורך הקמת תשתיות ציבוריות; ג. פעולות לטובת האוכלוסייה הפלסטינית; ד. סיכום ביניים: עמימות שלטונית ומשפטית. 4. חוק ההסדרה; א. ניתוח החוק; ב. הבעיות בנוסח החוק; ג. החוק והמשפט הבינלאומי. 5. ההשלכה הבינלאומית של החוק; א. העצמת התמיכה בהתנחלויות – הגברת הסיכון להתערבות בינלאומית; ב. החלטה 2334 של מועצת הביטחון; ג. בית הדין הפלילי הבינלאומי. 6. הצדקות וחלופות – על מניפולציות של זכויות אדם. 7. סיכום.

1. פסק דין חמאד¹

"לפיכך, אנו מורים על קבלת העתירה והפיכת הצו על תנאי למחלט. על המשיבים 1-4 לפעול למימוש צווי ההריסה לכל המבנים במתחם היישוב (כפי שהתחייבו לעשות). נוכח הקושי הגלום בביצוע ההריסה, שהיא מרבית המבנים משמשים למגורים, ועל מנת שתהיה אפשרות לבחון חלופות למגורי התושבים, אנו מורים כי הצווים ימומשו תוך שנתיים מיום מתן פסק דין זה".

במילים אלו, מילים פשוטות וברורות, מסתיים פסק דין חמאד, שבו הורה בג"ץ בסוף שנת 2014 להרוס בתוך שנתיים את כל המבנים של היישוב עמונה. ברשימה קצרה זו אטען כי

* פרופסור למשפטים בפקולטה למשפטים - הקריה האקדמית אונו; עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה.

¹ בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 25.12.2014).



מחיר מופקע

שלא בטובתו, ובניגוד מוחלט לכוונת השופטים, פסק דין **חמאד** הוא מפסקי הדין החשובים ביותר שניתנו על ידי בית המשפט העליון בעשור האחרון.

פסקי דין חשובים, המשפיעים השפעה ניכרת על המשפט החוקתי הישראלי, נחלקים למספר סוגים. סוג אחד של פסקי דין הוא מאלו אשר ניכר בהם שהשופט או השופטת שכתבו אותם היו מודעים לחלוטין לחשיבותם. פסקי דין אלו מעוטרים בציטוטים מפסקי דין, ובהפניות לספרות אקדמית בעברית ובשפות זרות. הם מאריכים באוביטרים, בתיאורים של תסריטים שונים ומשונים, בהעלאה של טענות תאורטיות התומכות בעמדת השופט, ובתקיפה של טענות המתנגדות לה. לעתים, השופט מפליג גם למחוזות זרים, וחוזר משם עם תובנות עשירות.²

פסק דין **חמאד** הוא פסק דין מסוג אחר, ונדיר. כבר מהמשפט הראשון של פסק הדין ברור כי מדובר בחבית חומר נפץ. כך פותח הנשיא (בדימוס) גרוניס את פסק דינו: "עניינה של העתירה שלפנינו בבקשת העותרים כי המשיבים 1-4 ינקטו את כל הפעולות הדרושות לפינוי היישוב עמונה, המצוי באזור יהודה ושומרון, אשר מהווה לטענתם מאחז בלתי-חוקי, שנבנה על אדמות פרטיות של פלסטינים".

אלא שכל הקורא את פסק הדין בעניין **חמאד** מראשית ועד סוף, מבין כי זהו פסק דין רזה ביותר. הוא מבוסס כמעט כולו על הצהרות המדינה והתחייבויותיה בפני בג"ץ לפנות את מבני המאחז, על צווי ההריסה שהוציא המינהל האזרחי ביהודה ושומרון, ועל דירוג סדרי העדיפויות בביצוע צווי ההריסה שהצהירה עליו המדינה. דרך ההנמקה של פסק הדין פשוטה ביותר: הואיל והמדינה הצהירה שהקרקעות הן פרטיות, והואיל וברור כי לא ניתן להכשיר את המאחז – חובה על המדינה להרוס את הבתים. טענות מתחום דיני הקניין, דיני הכיבוש, זכויות האדם ועוד – נדחו כמעט ללא דיון. השופטים נאחזים, כמעט בכוח, במבנה המשפטי המינהלי, המוביל לתוצאה הבלתי-נמנעת של הוראה שיפוטית להרוס את הבתים.

אין כוונתי שהשופטים לא היו מודעים לסיפור האנושי העומד מאחורי הסכסוך. הנשיא גרוניס מראה אמפתיה רבה למתנחלים, ובמידה רבה גם לזכויותיהם של בעלי הקרקעות הפלסטינים.³ השאלה מתעוררת לגבי ההשפעות הפוליטיות של פסק הדין. האם

² למשל ע"א 6821/93 **בנק המזרחי נ' מגדל**, פ"ד מט(4) 221 (1995).

³ עניין **חמאד**, לעיל ה"ש 1, בפס' 17 לפסק הדין בעניין: "לא בנקל מורים אנו על ביצוע של צווים שמתוקפם יפוננו מבני היישוב, המשמשים למגורים של תושביהם במשך שנים לא מעטות. אין ספק כי השלכות ביצועם של צווי ההריסה קשות וכואבות הן עבור התושבים ובני משפחותיהם, אשר השתקעו ביישוב והקימו בו קהילה משותפת. עם זאת, אין בקושי זה כדי לאפשר הכשרה של בנייה בלתי-חוקית על קרקע פרטית, ואין בו כדי להצדיק אי-אכיפה של הדין מצד המשיבים 1-4. אי פינויים של המבנים מהווה הפרה של התחייבויותיהם החוזרות של המשיבים 1-4 בפני בית המשפט לביצועם של צווי



הנשיא גרוניס, ועמו חבריו השופטת חיות והשופט מלצר, לקחו בחשבון את העובדה כי בנתונים הפוליטיים הקיימים, תחת ראש הממשלה הנוכחי ובאווירה הציבורית הנוכחית, הכרעתם היא דרמטית? האם הבינו כי הוראה זו לפינוץ של ארבעים משפחות מתנחלים, אשר בניגוד לפסק הדין בעניין ההתנתקות למשל (שהוא במובהק פסק דין מהסוג הראשון) תבוצע בניגוד לדעת הממשלה הנבחרת ועלולה לעורר שדים שרק חיכו לאות? האם ראו את הגל העצום של המתקפה, שעלול להטביע בתוכו דורות של מבנים משפטיים מורכבים שנבנו אבן על גבי אבן, נדבך על גבי נדבך, בניסיון לשמר מידה של לגיטימיות לשליטת ישראל ביהודה ושומרון? אם ראו השופטים את כל אלו, הרי שהיטיבו להסיר זאת.

אם היה נדמה לקוראת שבכל האמור לעיל יש נימה של ביקורת כלפי בית המשפט, הרי שטעות בידה. לבית המשפט כמעט שלא הייתה בררה, אלא להיצמד לעובדות הפשוטות ולדוקטרינות הברורות של המשפט המינהלי. כל דרך אחרת לכתובת פסק הדין הייתה מערערת עוד יותר את הלגיטימיות של ההתערבות של בית המשפט העליון, שגם כך עמדה תחת מתקפה. אמנם, יש להניח שהנשיא גרוניס היה מודע היטב למה שהיה מודע לו הנשיא לנדוי, כאשר באחד מפסקי הדין הידועים ביותר שלו בעניין אלון מורה כתב:

“במובן זה אני רואה עצמי כאן, כמי שחובתו לפסוק על-פי הדין בכל ענין המובא לפני בית-משפט כדין, היא דווקא כופה עלי הר כגיגית, ביודעי היטב מראש שהציבור הרחב לא ישים לבו להנמקה המשפטית אלא למסקנה הסופית בלבד ובית-המשפט בתור מוסד עלול להיפגע במעמדו הראוי לו, מעל למחלוקות המפלגות את הציבור. אך מה נעשה וזה תפקידנו וזו חובתנו כשופטים”⁴.

הנשיא לנדוי במפורש, והנשיא גרוניס במשתמע, היו ודאי מודעים להשפעה הרחבה של פסיקותיהם, אלא שהם בחרו להתעלם מכך, איש איש בסגנונו, וטוב עשו. אם נסכים לדרך שבה נקטו השופטים בפסק הדין בעניין **חמאד**, ואם לאו, הרי שהתגובה הפוליטית לפסק דינם הפכה אותו לאחד מהצמתים החשובים ביותר בהיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל. במסגרת הארה זו אבקש להסביר מדוע אני סבור כי פסק הדין בעניין **חמאד** עשוי להפוך לכזה, שהשפעותיו החוקתיות חורגות בהרבה מד' אמותיו של פסק הדין.

ההריסה, תוך פגיעה חריפה בזכויותיהם של התושבים המוגנים באזור ומניעת גישתם לקניינם הפרטי. פגיעה זו בשלטון החוק ובזכויות התושבים המוגנים היא המחייבת, על אף הפגיעה בתושבי היישוב, את פינויים של המבנים בשטחור”.

⁴ בג”ץ 390/79 דויקאט נ’ ממשלת ישראל, פ”ד לד(1) 1 (1979) (להלן: עניין אלון מורה).



מחיר מופקע

חלקו השני של המאמר (מיד לאחר ההקדמה) מתאר את הרקע המשפטי שהביא להחלתם העקרונית של דיני הכיבוש לגבי שליטת ישראל בשטחים. חלקו השלישי של המאמר מתמקד במחלוקת סביב חוקיות ההתנחלויות, ובעיקר בהפקעת הקרקעות לשם הקמתן. חלקו הרביעי של המאמר מנתח את החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון,⁵ והבעיות הכרוכות בו. בחלקו החמישי של המאמר אפרוש את ההשלכות הבינלאומיות האפשריות של קבלת חוק ההסדרה. חלקו השישי של המאמר מתמודד עם מספר חלופות שהציע משרד המשפטים לטיפול בבעיה. החלק השביעי מסכם.

2. הרקע המשפטי – דיני הכיבוש ותחולתם בשטחים

ביוני 1967 נפלו לידי מדינת ישראל שטחים נרחבים, גדולים הרבה יותר מגודלה של המדינה עד לאותה עת.⁶ השליטה בהם, ובמיוחד בתושביהם, בין שהם אזרחי מדינת ישראל ובין שאינם, מעסיקה את מערכת קבלת ההחלטות הישראלית עד היום. הבעיות המשמעותיות ביותר התעוררו בנוגע לגדה המערבית – או בלשון המועדפת על נציגי ממשלת ישראל "יהודה ושומרון" – ובנוגע לרצועת עזה. הטעם המרכזי לכך היה משום שכיבושם (או "שחרורם") של חלקי ארץ ישראל ההיסטורית, עוררו רגשות לאומיים ודתיים עזים בקרב חלק ניכר של הציבור.⁷ לכך גם נוסף הגורם הדמוגרפי: בסוף יוני 1967 היה בחצי האי סיני (מלבד רצועת עזה) וברמת הגולן מספר מועט של תושבים, ואילו לא כך היה המצב בגדה המערבית וברצועת עזה, אותן אכנה מכאן ולהבא כביטוי השגור "השטחים". צה"ל מצא עצמו לפתע אחראי לרווחתם של כמיליון בני אדם, שאיש מתוכם לא היה אזרח של מדינת ישראל.⁸

⁵ החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז–2017 (להלן "חוק ההסדרה").

⁶ ראו Neve Gordon, Israel's Occupation, xii (2008); מאיר שמגר, "Legal Concept and Problems of the Israeli Military Government" ספר שמגר – כתבים, 470 (2002).

⁷ עקיבא אלדר ועדית זרטל **אדוני הארץ: המתנחלים ומדינת ישראל 1967–2004**, 283–284 (2004).

⁸ בחודשים אוגוסט וספטמבר 1967 ערך צה"ל מפקד אוכלוסין בגדה המערבית וברצועת עזה, שלפי תוצאותיו אוכלוסיית השטחים נאמדה בכ-954,898 נפש. פלסטינים שלא נכחו בשטחים בתקופה זו לא נרשמו במפקד האוכלוסין. עם אלה נמנו קרוב ל-390 אלף פליטים פלסטינים, כאשר כ-50 אלף מהם מרצועת עזה, שחלקם ברחו מהשטחים במהלך המלחמה וחלקם גורשו ממנה בידי ישראל. כמו כן נעדרו מהמפקד פלסטינים ששהו באותה תקופה בחו"ל לצרכי לימודים או עבודה או מכל סיבה אחרת. ראו "רצועת עזה – תושבים חסרי מעמד" **בצלם** 21.7.2013 www.btselem.org/hebrew/gaza_strip/stateless.



ההצעה שלפיה נוסחת "שטחים תמורת שלום" – הנוסחה שאומצה על ידי מועצת הביטחון של האו"ם בהחלטה 242 כבסיס להסדר שלום אזורי, תופעל לגבי השטחים – נדחתה כמעט מיד לאחר המלחמה.⁹ ישראל הרשמית טענה, ועד היום היא טוענת, כי יש לה תביעת ריבונות טובה לגבי השטחים. מנגד, נשללה גם האפשרות שהשטחים יסופחו לישראל. פעולה כזאת, הבינו רבים, תחייב מתן זכויות אזרח לתושבים הערבים של השטחים (שאותם סירבה ישראל בתוקף לכנות בשלב זה "פלסטינים") – תחזית שאיימה להפוך את ישראל למדינה דו-לאומית ועל ידי כך לערער את אופייה היהודי. יתר על כן, סיפוח כזה היה גם מפר בבירור את החוק הבינלאומי ומכניס את ישראל למסלול התנגשות עם מדינות רבות בעולם.

משפטנים ישראלים ובראשם תת-אלוף מאיר שמגר, ששירת בתפקיד הפרקליט הצבאי הראשי (פצ"ר) מאז שנת 1961, נקטו דרך מקורית, והצהירו שישראל אינה "כובשת" את השטחים אלא "מחזיקה" בהם.¹⁰ אף על פי שנוסח זה מעולם לא הוגש לאישור הממשלה, הוא אומץ על ידי דוברים ישראלים רשמיים כמעט מרגע שהועלה. למעשה, ככל שגברה השפעתו של מנסח הביטוי, מאיר שמגר, כך הלך הביטוי ונעשה שגור יותר.¹¹ לאחר שפרש משירות צבאי בשנת 1968, מונה שמגר לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה. בשנת 1975 הוא מונה לשופט בבית המשפט העליון, ולאחר מכן לנשיא מוסד זה, תפקיד שבו כיהן תקופה ארוכה יותר מכל קודמיו בתפקיד, בשנים 1983–1995.

קל להבין את התלהבותם של הגורמים הרשמיים מנוסחת ה"שטחים המוחזקים", שכן נראה היה שנוסח זה נהנה מהטוב בכל העולמות. המונח היה רב-משמעי דיו כדי לאפשר לישראל לטעון שההסדר העתידי בשטחים טרם הוכרע, ובה בעת ניתן היה להציגו כתואם, לפחות באופן כללי, את חוקי הכיבוש הבינלאומיים.

⁹ ראובן פדהצור "הסכם אוסלו לא נכשל – החזרה לאופציה הפלסטינית" 20 שנה להסכמי אוסלו 39, 40 (2014) www.il.boell.org/sites/default/files/20_shnh_lvslv_svy.pdf.

¹⁰ לשימוש בביטוי בפסיקה ראו למשל: בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, 205, 215 (1983); Meir Shamgar, *Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government – the Initial Stage, in MILITARY GOVERNMENT IN THE TERRITORIES ADMINISTERED BY ISRAEL 1967–1980: THE LEGAL ASPECTS*, 13–16 (Meir Shamgar ed., 1982).

¹¹ לשימוש בביטוי בפסיקה בתקופות שונות ראו בג"ץ 337/71 אלג'מעה אלמסיחיה ללאראצ'י אלמקדסה נ' שר הביטחון, פ"ד כו(1) 574 (1972); בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1) 267 (1993); ע"א 1432/03 ינון יצור ושיוק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן, פ"ד נט(1) 345 (2004); בג"ץ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד סב(3) 264 (2007).



מחיר מופקע

העמדה הישראלית לא שכנעה כמעט אף מוסד בינלאומי. כל המוסדות הבינלאומיים שעסקו בנושא (לרבות בית הדין הבינלאומי,¹² מועצת הביטחון של האו"ם,¹³ העצרת הכללית¹⁴ ועוד), וכמעט כל המשפטנים הבינלאומיים, סבורים כי מעמדה של ישראל בשטחים הוא של "מעצמה כובשת", וכי בסופו של דבר השטח כולו, או לפחות רובו הגדול מאוד, מיועד למדינה פלסטינית. אלא שעמדתה של ישראל עברה "מיתון" מסוים. כאמור, ישראל הקפידה שלא להסכים לטענה העקרונית שלפיה ישראל היא מדינה כובשת. לעומת זאת, הסכימה ישראל לקבל על עצמה את תחולת דיני הכיבוש מן המשפט הבינלאומי כפי שהם מופיעים בתקנות האג בדבר דיני המלחמה,¹⁵ ואף הסכימה להחיל על עצמה את "החלקים ההומניטריים" של אמנת ג'נבה הרביעית, העוסקים גם הם בדיני הכיבוש.¹⁶ במהלך נוסף, הסכימו נציגי המדינה אף שלא לחלוק על סמכותו של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ לדון בעתירות תושבי השטחים.¹⁷ מהלכים אלו סייעו לישראל להתחמק מהדיון העקרוני, ובמידה מסוימת, בעיקר בעקבות ביקורת בג"ץ, אף יצרו לגיטימציה מסוימת לשליטת ישראל בשטחים.¹⁸

המצב שנוצר, אם כן, הוא החלה של דיני הכיבוש במנותק מטענות הריבונות. עמדה זו תואמת את העמדה הכללית של בית המשפט העליון, שעל פיה חלים דיני הכיבוש במקום שבו המדינה היא בעלת השליטה בפועל בשטח שאינו שטח המדינה, ללא קשר לשאלת הריבונות או טבע הסכסוך, כפי שאראה להלן.

ראשית, לעניין פרשנות הדין הבינלאומי: תקנה 42 לתקנות האג קובעת את היקף תחולתן של התקנות ביחס לדיני הכיבוש: "Territory is considered occupied when it

¹² ראו בחוות הדעת בעניין גדר ההפרדה: Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ (2004) 136, para 117–121 (להלן: "חוות הדעת").

¹³ החלטות מועצת הביטחון 242 (1967); 446 (1979); 1435 (2002).
¹⁴ את פירוט ההחלטות של העצרת הכללית של האו"ם המתייחסות ליהודה ושומרון כאל שטח כבוש ראו חסר תקדים – ניתוח משפטי של דו"ח הוועדה לבחינת מצב הבניה ביהודה ושומרון ("ועדת לוי") 99 (2014) (להלן: "דוח לוי") http://files.yesh-din.org/userfiles/file/Reports-Hebrew/Yesh%20Din%20-%20Chasar%20Takdim%20Hebrew%20-%20WEB-16_6.pdf

¹⁵ The Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 18 October 1907, 205 CTS 277; 36 Stat 2277 (להלן: "תקנות האג").

¹⁶ Meir Shamgar, *The Observance of the International Law in the Administered Territories*, 1 ISR. YEARBOOK OF HUMAN RIGHTS 262 (1971).

¹⁷ בג"ץ 302/72 אבו חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169 (1973).

¹⁸ DAVID KRETZEMR, *THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES*, 187 (2002).



”is actually placed under the authority of the hostile army” בפסק הדין בעניין **צמל**, עלתה השאלה אם תקנות האג רלוונטיות לגבי שליטת ישראל בדרום לבנון, וזאת למרות שלא הייתה מלחמה בין ישראל ללבנון. בית המשפט העליון קבע בפירושו כי תקנות האג אינן תלויות בשאלה אם השטח שנכבש הוא דווקא שטחה של מדינה עמה יש מלחמה, אלא העיקר הוא השליטה של המדינה מחוץ לשטחה, שארעה במהלך עימות מזויין:¹⁹

”החלתן של הוראות דיני המלחמה בדבר סמכויותיו וחובותיו של כוח צבאי, שנטל שליטה יעילה בשטח, שהוא מחוץ לתחום אשר עליו חל המשפט של מדינתו, יכולה גם לנבוע מפעולה לוחמתית, המקנה לכוח הצבאי שליטה בשטחה של מדינה, אשר נגדה אין הוא מנהל את מלחמתו. לפי הפרשנות המשפטית המקובלת, מיושמת מערכת הכוחות וההגבלות האמורה, כביטוייה בדיני המלחמה, גם אחרי ההשתלטות הצבאית על שטחה של מדינת-ברית, עמה טרם היה סיפק לערוך הסדר מוסכם בדבר צורת ניהולו של השטח, ובנסיבות מסוימות חלים כללים אלו גם בסמוך לשחרורו של שטחה של המדינה – אשר מטעמה פועל הכוח הצבאי – מידי האויב, שהחזיק בו עד לאותה עת.”

ובמפורש קבע את הדברים בית המשפט העליון בעניין **המועצה האזורית חוף עזה**:²⁰
”לא היתה כל מחלוקת בדבר תחולתן באזור יהודה והשומרון וחבל עזה של התקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907, הנספחות להסכם האג הרביעי מ-1907 (להלן – תקנות האג). נקבע כי 'אף שתקנות האג הן הסכמיות, הרי הדעה המקובלת היא – ודעה זו נתקבלה על-ידי בית משפט זה... – כי תקנות האג הן דקלרטיביות באופיין, והן משקפות משפט בינלאומי מנהגי החל בישראל גם בלא מעשה חקיקה ישראלי”.

כלומר, לדעת כמעט כל שופטי בית המשפט העליון, התחולה של תקנות האג, לכל הפחות, אינה וולונטרית אלא מכוח הדין.

שאלה מורכבת יותר עלתה לגבי תחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית, אשר בעניינה מדינת ישראל טענה כי היא אינה חלה לגבי מקרים של כיבוש שאינו של שטח שהיה

¹⁹ בג”ץ 102/82 **צמל נ’ שר הביטחון**, פ”ד לו (3) 365 (1983).

²⁰ בג”ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ’ כנסת ישראל**, פ”ד נט(2) 481, פס’ 4 לפסק דינו של הרוב במותב (2005).



מחיר מופקע

בריבונותה של מדינה אחרת.²¹ עמדה זו נדחתה על ידי בית הדין הבינלאומי,²² ועל ידי שורה של כותבים בתחום.

בית המשפט העליון מעולם לא דן במפורש בטענה, שכן כבר בפסקי הדין הראשונים קבע בית המשפט העליון כי אמנת ג'נבה הרביעית היא אמנה הסכמית,²³ ולפיכך בית המשפט אינו יכול להסתמך עליה ישירות, בלא שנקלטה בחוק ישראלי עצמאי. עם זאת, למצער בחמש עשרה השנים האחרונות "דילג" בית המשפט על טענה זו, והוא מיישם את אמנת ג'נבה הרביעית בפסיקותיו בנוגע לשטחים. בחלק מהמקרים הוא עושה זאת בהסתמך על "התנדבות" המדינה להחיל את האמנה, אך בשנים האחרונות גם דיון הסמכות נעלם מפסקי הדין.²⁴ לאור זאת, דומה שיש להסכים עם קביעתו של פרופ' דינשטיין שעל פיה: "At the present juncture, the Convention can be regarded not only as fully binding on Israel on the West Bank, but also (and most significantly) as fully subject to judicial review by the Court".²⁵

תהא אשר תהא עמדתנו לגבי סמכותו של בג"ץ לדון בעתירות תושבי השטחים, ובבסיס המשפטי לביקורת בג"ץ, נראה כי שאלות אלו אינן שנויות עוד במחלוקת. אלפי עתירות של תושבי השטחים לבג"ץ לאורך עשרות שנים, סללו דרך רב נתיבת שאינה מאפשרת למדינה לחסום עתירות אלו. אכן, קריאה פשוטה של פסקי הדין של בית המשפט העליון – וזו גם עמדתם של מרבית המלומדים בתחום – מעלה, כי שאלת התחולה העקרונית של דיני הכיבוש על השטחים, ולכל הפחות של תקנות האג, כבר אינה

²¹ ס' 2' המשותף לאמנות ג'נבה קובע: "נוסף על ההוראות שיבוצעו בימי שלום, תחול האמנה הזאת על כל מקרים של מלחמה מוכרזת או של סכסוך מזוין אחר העלול להתגלע בין שנים מבעלי האמנה או בין יותר משנים, ואפילו לא הכיר אחד מהם במצב המלחמה. כן תחול האמנה על כל מקרה של כיבוש חלקי או שלם של ארצו של אחד מבעלי האמנה, ואפילו לא נתקל הכיבוש האמור בשום התנגדות מזוינת". בהתאם לפרשנות הישראלית, הסייג שבמשפט השני ("ארצו של אחד מבעלי האמנה") משמעו למעט כל דיני הכיבוש (אם במלחמה ואם לאו) אם השטח שנכבש לא היה תחת ריבונותה הלגיטימית של מדינה אחרת טרם נכבש.

²² חוות הדעת, לעיל ה"ש 12, בפס' 101.

²³ העמדה העקרונית שהובעה בפסיקה היא שמנהג בינלאומי (או אמנה המייצגת משפט מנהגי בינלאומי), הופך אוטומטית לחלק מהמשפט הישראלי וממילא נדון בבית המשפט. לעומת זאת, אמנה בינלאומית שלא נקלטה בחוק הישראלי, אינה הופכת אוטומטית לחלק מהמשפט הישראלי, וממילא בית המשפט יוכל להתייחס אליה רק ככלי פרשני. תומר ברודי "מעמדו של המשפט הבינלאומי במשפט המדינתי" **המשפט הבינלאומי** 65 (רובי סיבל ויעל רונן עורכים, 2016).

²⁴ לדין ולמקורות בעניין זה, ראו הילה אדלר "דיני כיבוש" **המשפט הבינלאומי** 413 (רובי סיבל ויעל רונן עורכים, 2016).

²⁵ Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, 30 (2009).



שאלה התלויה בהסכמת המדינה, אלא זו היא עמדה משפטית ברורה של בית המשפט עצמו.

עמדת בית המשפט העליון בעניין תחולתם של דיני הכיבוש מבוססת היטב על שתי רגליים של מדיניות משפטית: ראשית, על הפרשנות המודרנית של המשפט הבינלאומי, המנתקת את שאלת הריבונות משאלת תחולת דיני הכיבוש. דיני הכיבוש המודרניים עוסקים בעיקר בהגנה על אזרחים מפני משטר של מדינה שהם אינם אזרחיה. השאלה של ריבונות היא שאלה משנית יחסית. העיקר הוא העובדה שיש להגן על האזרחים מפני שלטון שאין חב להם חובות ממקור אחר.²⁶ הגיון זה מחייב שלכל הפחות תקנות האג (וייתכן שגם אמנת ג'נבה הרביעית),²⁷ יפורשו כמעניקות הגנה בלי כל קשר לשאלת הריבונות הסופית על השטח. שנית, בית המשפט העליון דחה במשתמע את העמדה שהוצגה על ידי המדינה במפורש בעניין צמל (בנוגע לשליטה בלבנון), שעל פיה המשטר המשפטי הרלוונטי לעניין שליטתה של מדינת ישראל בשטח מחוץ לה, יכול להיות Act of State – פעולה של המדינה שאינה נשלטת על ידי אמנות ספציפיות מן המשפט הבינלאומי. בית המשפט העליון קבע כי בכל מקום שבו ישראל מפעילה שליטה אפקטיבית מחוץ לשטח המדינה, על ידי צבאה, שליטה זו כפופה לדיני הכיבוש. גישה זו תואמת את תפיסתו העקרונית של בית המשפט העליון, המוחלת בעיקר בנוגע ליהודה ושומרון, שלפיה פעולת שליטה אפקטיבית של המדינה בשטח מחוץ לה, ראוי שתהיה כפופה למערכת משפטית תקפה.

מכל האמור לעיל עולה כי הטענה שעלתה בעבר שלפיה דיני הכיבוש (דהיינו: תקנות האג ואמנות ג'נבה) אינם תקפים דה-יורה, היא טענה שאינה תואמת עוד את פסיקת בית המשפט העליון. בית המשפט העליון דחה במפורש את הטענה שיש צורך במלחמה בין מדינה לבין מדינה אחרת, או בשליטה על שטח של מדינה "אויבת" על מנת להחיל את דיני הכיבוש. בית המשפט גם החיל בפועל את אמנת ג'נבה. לא למותר לציין כי העמדה שעל פיה דיני הכיבוש חלים בשטחים (תקנות האג ואמנת ג'נבה כאחת) היא גם העמדה המקובלת על בית הדין הבינלאומי,²⁸ וכמעט על כל פרשני המשפט הבינלאומי שעסקו בכך.²⁹

²⁶ ראו, למשל: שם, בעמ' 20–25; EYAL BENVENISTI, THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION, 207 (3rd ed. 2015); Adam Roberts, *Prolonged Military Occupation: The Israeli Occupied Territories Since 1967*, 84 AJIL 44, 6–62 (1990)

²⁷ מעבר לשאלה העקרונית בדבר תחולת דיני הכיבוש במקרה שבו לא נכבש שטח המדינה, ישראל טענה כי בנוגע לאמנת ג'נבה הרביעית ראוי לפרש את הסעיף ככולל גם חריג מיוחד.

²⁸ חוות הדעת, לעיל ה"ש 12, בפס' 101.

²⁹ לסקירה של העמדות בנושא ולדיון בהן, ראו Orna Ben Naftali & Rafi Reznik, *The Astro-Nomos: On International Legal Paradigms and the Legal Status of the West Bank*, 14 WASH U. GLOBAL STUD. L. REV. 399, 415 (2015).



הנקודה המרכזית העולה מפסקי הדין של בית המשפט העליון היא זו: בכך שישראל מחילה את דיני הכיבוש מן המשפט הבינלאומי היא אינה מודה בשום טענה לגבי מעמדו הסופי של השטח. על מנת להגן על התושבים מפריד המשפט הבינלאומי המודרני בין שתי הטענות. אין קשר בין טענת הריבונות ובין תחולת דיני הכיבוש.

3. הכיבוש וההתנחלויות

סוגיה מרכזית השבה ועולה בנוגע למעמדה של ישראל בשטחים בכלל, ובפסיקת בית המשפט העליון בפרט, היא נושא ההתנחלויות. הבעייתיות המרכזית של ההתנחלויות במשפט הבינלאומי טמונה בסעיף 49(6) לאמנת ג'נבה הרביעית, הקובע כך: "המעצמה הכובשת לא תגרש ולא תעביר חלקים מאוכלוסייתה האזרחית שלה לשטח שכבוש על ידה".

הפרשנות המקובלת לסעיף זה במשפט הבינלאומי היא כי הוא אוסר על מדיניות ההתנחלויות, מדיניות שבמסגרתה אזרחים ישראלים עוברים להתיישב בשטחים, בהסכמתה ובתמיכתה של ממשלת ישראל.³⁰ מדינת ישראל התנגדה לפירוש זה, וטענה כי אף אם חלים דיני הכיבוש בנוגע לשטחים, הרי שהסעיף אוסר העברה בכפייה של אזרחים לשטחים, ואינו רלוונטי להתנחלויות. הטענה הישראלית היא כי ישראל איננה מעבירה את אזרחיה, ודאי שלא בכפייה, לשטחים, שכן אזרחי ישראל מתיישבים בשטחים מרצונם.³¹ עמדה זו בעייתית במיוחד נוכח ניסוח האיסור במשפט הפלילי הבינלאומי.³² לבית המשפט העליון הוגשו מספר עתירות, שבהן נטען כי מדיניות ההתנחלויות אסורה. בית המשפט סירב להתערב בנושא, כיוון שסבר כי הנושא פוליטי, אינו שפיט וכי ראוי שיוכרע על ידי הכנסת.³³

לעומת זאת, בית המשפט העליון קבע מגבלה אחרת על ההתנחלויות: איסור הקמת יישובים על קרקע פרטית פלסטינית. הטעם לפסיקתו של בית המשפט היה פשוט: מדובר באיסור ברור וחד-משמעי במשפט הבינלאומי. בית המשפט העליון תמך במסקנה זו משני

³⁰ שם, בעמ' 417.

³¹ העמדה מוצגת בצורה הבהירה ביותר על ידי אלן בייקר, לשעבר היועץ המשפטי של משרד החוץ: Alan Baker, *The Settlements Issue: Distorting the Geneva Conventions and the Oslo Accords*, 23 JEWISH POLITICAL STUD. REV. 32 (2011). עמדה זו אומצה גם ברוח לוי, לעיל ה"ש 14, בפס' 5-6.

³² ראו דיון להלן ה"ש 68.

³³ בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210 (1993).



כיוונים – הדיון בסעיפים 46 ו-52 לתקנות האג העוסקים בתפיסת קרקע לצרכי צבא הכיבוש, ותקנה 43 לתקנות האג העוסק בשמירה על החיים והסדר הציבורי.

א. תפיסת הקרקע – סעיפים 46 ו-52

סעיף 46 לתקנות האג קובע איסור מוחלט על החרמת רכוש פרטי: "אין להחרים רכוש פרטי". ובמקור האנגלי: "Private property cannot be confiscated". לעומת ההחרמה, שנאסרה לחלוטין, נקבע הסדר אחר לגבי הפקעה (requisition) שתמורתה ניתן תשלום, והיא איננה אלא לקיחה זמנית. תקנה 52 לתקנות האג קובעת כי: "אין להפקיע דברים שבעין ואין לכפות על הרשויות המקומיות או על התושבים, מתן שירותים, אלא לצרכי צבא הכיבוש".

בפסק הדין בעניין בית אל, קבע בית המשפט העליון כי תפיסת קרקע לצורך הקמת התנחלויות מותרת על פי סעיף 52 לתקנות האג, היות שזו תפיסה המוצדקת מצרכים ביטחוניים.³⁴ מספר ביקורות מרכזיות הושמעו לגבי עמדה זו של בית המשפט העליון. ראשית, היו שטענו שהסעיף כלל אינו עוסק בתפיסת קרקע, אלא בתפיסת מיטלטלין בלבד.³⁵ שנית, היו שטענו שהרחבת הפרשנות של "צרכי צבא הכיבוש" לכל צורך ביטחוני היא פרשנות מרחיבה יתר על המידה, שאינה תואמת את הפרשנות הנכונה של הסעיף.³⁶ ולבסוף, תפיסה על פי סעיף 52 לתקנות האג, אמורה להיות תפיסה זמנית. הקמת התנחלות לכאורה אינה תואמת "זמניות". ביחס לביקורת השלישית הקפיד בג"ץ להדגיש כי תפיסת הקרקע היא זמנית, ורק עד לתום מצב הכיבוש.³⁷

העמדה הגמישה של בג"ץ כלפי הפקעת קרקע פרטית לצרכי התנחלויות, כפי שהובעה בפסק הדין בעניין בית אל, שונתה מאוחר יותר. בפסק הדין משנת 1979 בעניין אלון מורה,³⁸ קבע בית המשפט העליון כי הפקעה של קרקע פרטית לצורך הקמת היישוב אלון מורה אינה עומדת אף בתנאי סעיף 52 לתקנות האג, שכן הטעם האמתי להקמת היישוב אלון מורה על קרקע פרטית במיקום שבו הוא הוקם, הייתה מדינית ולא ביטחונית. תרמה לעמדה זו עמדתם הבלתי-מתפשרת של המתנחלים עצמם, שנתמכה בפרוטוקולים של החלטות הממשלה, שלפיה לצרכי הביטחון לא היה כל קשר לקביעת מקום הקמת ההתנחלות. לפסק הדין בעניין אלון מורה היו שורה של תוצאות, חלקן משפטיות וחלקן פוליטיות.

תוצאה אחת של פסק הדין הייתה אכן הפסקה של הפקעת קרקע פרטית לצורך הקמת התנחלויות. עמדה זו, שעוגנה בהחלטת ממשלה, חסכה לממשלה את הצורך להתעמת

³⁴ בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113 (1979) (להלן: עניין אויב או עניין בית אל).

³⁵ DINEIN, לעיל ה"ש 25, בעמ' 227.

³⁶ KRETZEMR, לעיל ה"ש 18, בעמ' 82.

³⁷ ראו למשל עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 20.

³⁸ עניין אלון מורה לעיל ה"ש 4.



מחיר מופקע

ציבורית ומשפטית עם שאלת הצורך הצבאי שבהתנחלות ספציפית. עמדה זו גם אפשרה למדינת ישראל לטעון בפורומים בינלאומיים שההתנחלויות אינן מהוות בעיה הומניטרית, היות שהקמתן אינה כרוכה בהפקעה של קרקע פרטית. בסופו של דבר, עמדה זו הפכה להיות גם עמדה משפטית מפורשת של בית המשפט העליון, כאשר בפסק הדין בעניין פינני המאחז מגרון קבעה הנשיאה בייניש בפירוש כי:

“הקו המנחה ובעל המשקל המכריע בהכרעותינו השיפוטיות הוא כי על רשויות המדינה לפעול לקיום החוק ולאכיפתו באזור, במיוחד כך כאשר הפרת החוק פוגעת בזכויות הקניין של התושבים המוגנים; זאת, כפי שצוין קודם, אף בהתאם לעמדתה המוצהרת של המדינה אשר הובאה בפנינו פעמים רבות. **אין חולק כי על פי דין אין להקים ישוב על קרקע פרטית של תושבים פלסטינים**, וגם לשיטת המשיבים יש לראות בחומרה רבה פגיעה בזכות הקניין של תושבים אלה [ההדגשות שלי – ע.כ.].”³⁹

תוצאה שנייה של פסק הדין בעניין אלון מורה, הייתה עיצובה של עמדה משפטית-ציבורית שאישרה ותמכה בהתיישבות ישראלית על מה שהוגדר קרקעות מדינה.⁴⁰ פרשנות יצירתית במיוחד של חוקי המקרקעין העותומניים, שעדיין היוו את החוק התקף בשטחים, אפשרה הרחבה רבה מאוד של אדמות המדינה. המשמעות האמתית של פסק הדין בעניין אלון מורה הייתה, אם כן, לגיטימציה של כלל ההתנחלויות שנבנו על קרקע מדינה. פסיקות בית המשפט הובילו את המדינה לפתוח במסע נרחב להכרזה על קרקעות כקרקעות מדינה (שלגביהן פסק בית המשפט, כאמור, כי ניתן לבנות עליהן התנחלויות). התוצאה היא כי קרוב ל-40% מהשטח ביהודה ושומרון מוגדר כקרקע בבעלות מדינה או (במקרים מעטים יחסית) בבעלות יהודית. כמות דומה של קרקעות אינה מוסדרת, או מוסדרת בבעלות פלסטינית, ושאר השטח הוא שמורות טבע או קרקע שלא ניתן להתיישב בה. התוצאה היא, אם כן, כי יישובים ישראלים יכולים לקום ללא כל בעיה על כמעט 40% מהשטח ביהודה ושומרון.

בחסות עמדה זו פרוחה ההתיישבות הישראלית בשטחים. כיום חיים ביהודה ושומרון (ללא מזרח ירושלים) למעלה מ-400,000 ישראלים במאות יישובים.⁴¹ חלק עצום מהם

³⁹ בג"ץ 8887/06 אל-נאבות נ' שר הביטחון, פס' 16 לפסק דינה של הנשיאה בייניש (פורסם בנבו, 2.8.2011).

⁴⁰ זאת, למרות שתק' 55 לתקנות האג קובעת שהכוח הכובש הוא נאמן של רכוש המדינה הכבושה, ויכול להשתמש בה רק לפי "כללי טובת ההנאה" (דהיינו - ליהנות מהפירות אך לא מהקרן). ראו KRETZMER, לעיל ה"ש 18, בעמ' 90; אלדר וזרטל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 475.

⁴¹ על פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה חיו ביהודה ושומרון כ-386,000 אזרחים ישראלים נכון לסוף 2015. בהנחה ששיעור גידול האוכלוסייה בשנת 2016 דומה לזה של שנת 2015, מדובר כיום על קצת יותר מ-400,000 אזרחים ישראלים.



גרים בכתים שנבנו על אדמות מדינה, וחלק אחר על אדמות שהופקעו עוד לפני פסק הדין בעניין דויקאת (פרשת אלון מורה) בשנת 1979.

ב. תקנה 43 – הפקעת קרקעות לצורך הקמת תשתיות ציבוריות

במקביל לאיסור תפיסת הקרקעות לצורך הקמת התנחלויות ישראליות, אישר בית המשפט העליון הפקעה של קרקעות פרטיות לצורך הקמה של תשתיות ציבוריות וזאת בהסתמך על תקנה 43 לתקנות האג הקובעת: "בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, ינקוט הלה בכל האמצעים שביכלתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים,⁴² עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין".

בית המשפט סבר כי הפקעה של קרקע פרטית לטובת כבישים ומתקנים ציבוריים אחרים היא מוצדקת לאור תקנה 43, במיוחד לאור משך הזמן הארוך של הכיבוש.⁴³ על פי פסיקת בית המשפט העליון, הפקעות מכוח תקנה 43 מוגבלות בכמה רמות: ראשית, כיוון שעל פי פסיקת בית המשפט, סמכויותיו של המפקד הצבאי יונקות מהמשפט הבינלאומי. כך קבע השופט (כתוארו דאז) ברק בפסק הדין בעניין אסכאן:

"כוחותיו וסמכויותיו של המפקד הצבאי יונקים מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי, שעניינם תפיסה צבאית. על-פי הוראותיהם של כללים אלה, כל סמכויות הממשל והמינהל מוחזקות בידי של המפקד הצבאי [...] סמכויות אלה יש שהן יונקות מהדין, אשר שרר באזור בטרם התפיסה הצבאית, ויש שהן יונקות מחקיקה חדשה, שהוחקה על-ידי המפקד הצבאי. במקרה הראשון מפעיל המפקד הצבאי סמכות שלטונית מקומית קיימת. במקרה השני מפעיל המפקד הצבאי סמכות שלטונית חדשה. בשני המקרים גם יחד חייבת הפעלת הסמכות לקיים את כלליו של המשפט הבינלאומי הפומבי, שעניינם תפיסה לוחמתית, ואת עקרונותיו של המשפט המינהלי הישראלי, שעניינם שימוש בסמכות שלטונית של עובר ציבור".⁴⁴

לפיכך, ברור כי סמכויות המפקד הצבאי כפופות בכל מקרה למשפט הבינלאומי של דיני התפיסה הלוחמתית (או דיני הכיבוש).

בנוגע לסמכויות ההפקעה באופן ספציפי, קבע השופט ברק באותו פסק דין כי: "נמצא, כי קיומה של סמכות שלטונית על-פי הדין המקומי – כגון, הסמכות להפקיע מקרקעין לצרכי ציבור – אינו לא תנאי הכרחי ולא תנאי

⁴² במקור בצרפתית: "l'ordre et la vie publics".

⁴³ בג"ץ 393/82 אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד (4) 792 (1983).

⁴⁴ שם.



מספיק לפעולה שלטונית באזור הנתון לתפיסה צבאית. אין זה תנאי הכרחי, שכן בהעדר סמכות שלטונית מקומית רשאי הממשל הצבאי להעניק לעצמו סמכות שלטונית חדשה, ובלבד שהדבר אפשרי על-פי כללי המשפט הבינלאומי, שעניינם תפיסה לוחמתית. אין זה תנאי מספיק, שכן אפילו קיימת סמכות שלטונית מקומית, הרי הפעלתה של סמכות זו, הלכה למעשה, לא די לה שתיעשה על-פי כללי הדין המקומי, אלא חייבת היא לעלות בקנה אחד עם כללי המשפט המינהלי הישראלי ועם כללי המשפט הבינלאומי, שעניינם תפיסה לוחמתית.⁴⁵

עולה, אם כן, כי שאלת קיומו של חוק הפקעת קרקעות ירדני המעניק סמכויות הפקעה, אינה מעלה ואינה מורידה. השאלה הרלוונטית, הן במשפט הישראלי והן במשפט הבינלאומי, היא אם החוק תואם את הסמכויות הניתנות למפקד הצבאי מכוח המשפט הבינלאומי, ואת כללי המשפט המנהלי להפעלת שיקול הדעת.

שנית, כפי שנראה להלן, סמכותו של המפקד הצבאי להפקיע קרקע פרטית לצרכים ציבוריים, אף כאשר היא קיימת על פי המשפט הבינלאומי של דיני הכיבוש, מחייבת כי ההפקעה תהיה גם לצרכים של התושבים המקומיים, ובכל מקרה שלא תגרום להעדפה של קבוצה אחת על פני קבוצה אחרת. בסוגיה זו נדון בהרחבה להלן.

ג. פעולה לטובת האוכלוסייה הפלסטינית

בית המשפט קבע במספר פסקי דין, כי המתישבים הישראלים בשטחים נכללים אף הם באוכלוסייה המקומית, וזכאים להגנת זכויותיהם.⁴⁶ בה בעת, אין אף פסק דין של בית המשפט העליון אשר מתיר הפקעה לצורך ציבורי בהסתמך על תקנה 43 לתקנות האג, כאשר התשתית שירתה אך ורק את התושבים הישראלים. המכנה המשותף לכל המקרים שבהם בית המשפט התיר הפקעה של קרקע פרטית לצרכי תשתית או צרכים ציבוריים (כבישים וכו'), הוא כשהשירות, או למצער כך נטען, ניתן לשתי האוכלוסיות.⁴⁷

⁴⁵ שם, בעמ' 793.

⁴⁶ ראו למשל בג"ץ 10356/02 **הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נח(3) 443 (2004) [ביחס לזכות לחופש הדת]; בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל פ"ד ס(2) 477**, פס' 21 לפסק דינו של הנשיא ברק (2005): "נמצא כי לישראלים המצויים באזור הזכות לחיים, לכבוד, לקניין, לפרטיות ולשאר הזכויות שמהן נהנה כל מי שמצוי בישראל".

⁴⁷ חשוב להבדיל בין ההפקעה לצרכים ציבוריים לפי תקנה 43 לתקנות האג, שכאמור נעשתה תמיד לצרכים של שתי האוכלוסיות, לבין הפקעה לצרכים ביטחוניים לפי תקנות 43 או 52. במקרים אלו, הכיר לעתים בית המשפט בהגנה על האוכלוסייה הישראלית כטעם בלעדי להפקעה, כפרשנות להיתר ההפקעה לצרכים ביטחוניים. ראו למשל עניין **מראעבה**, לעיל ה"ש 46, בפס' 19–20 לפסק דינו של הנשיא ברק.



עניין זה הובהר בפסק הדין בעניין **אבו צפייה**, שבו נדונה ההגבלה על תנועת כלי הרכב הפלסטיניים בכביש 443, שנבנה בחלקו על קרקע פרטית שהופקעה מתושבים פלסטיניים, וכך קבע בית המשפט העליון:

“סגירת הכביש לכלי רכב פלסטיניים מביאה לכך שכביש 443 משמש בעיקר לתנועת כלי רכב ‘פנימית’ בישראל – בין מרכז הארץ לבין ירושלים [...] לצד זה, משמש הכביש לתנועתם של תושבי יישובים ישראלים הממוקמים באזור. בהתאם לפסיקת בית משפט זה, לא היה המפקד הצבאי מוסמך להורות על סלילת הכביש מלכתחילה, לו זו היתה המטרה שבבסיס הסלילה [...]”

מצב הדברים הנובע מאיסור התנועה הגורף על תושבי הכפרים הינו כי אין מדובר עוד בכביש המשרת את טובתה של האוכלוסייה המקומית, כי אם ב’דרך שירות’ של המדינה המחזיקה. הסדר שזו תוצאתו חורג מסמכותו של המפקד הצבאי ואינו עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי שעניינם תפיסה לוחמתית. הפועל היוצא של דברינו עד כה הוא כי מגבלות התנועה שאותן הטיל המפקד הצבאי אינן יכולות לעמוד במתכונתן הנוכחית ודינן להתבטל.”⁴⁸

ברור היה לבית המשפט, והוא ציין זאת בפירוט, כי כביש 443 שימש גם את התושבים הישראלים הגרים לאורך הכביש (ביישובים בית חורון, גבעת זאב וכיוצא ב). אך בית המשפט קבע כי בכך אין די. חובת המפקד הצבאי היא לדאוג לשתי האוכלוסיות, ואין די בכך שהוא פועל לטובת אוכלוסייה אחת.

אם לא די בעמדה של בית המשפט העליון בעניין כביש 443, הרי שהדברים נאמרו במפורש בפרשת **בית איכסא** (בנוגע לתוואי הרכבת לירושלים): “הכוח הכובש אינו רשאי, אפוא, להפקיע אדמות שלא לצורך צבאי, אלא אם השימוש שיעשה בהן נועד לשרת את התושבים המוגנים.”⁴⁹

יש לשים לב: לא תושבים מקומיים, הכוללים את המתנחלים, אלא תושבים מוגנים. תושבים מקומיים (דהיינו, אף מתנחלים) נחשבים, אולי, כתושבים מקומיים שהמפקד הצבאי צריך להגן עליהם על פי תקנות האג. בשום פנים ואופן לא ניתן לדבר עליהם כ”מוגנים” על פי אמנת ג’נבה הרביעית. עמדה זו עולה מהלשון הפשוטה של אמנת ג’נבה הרביעית, ומפסיקה עקבית מפורשת של בית המשפט העליון.

סעיף 4 לאמנת ג’נבה הרביעית קובע כך: “מוגנים על ידי האמנה הזאת הם אלה המוצאים את עצמם – באיזה זמן שהוא ובאיזו דרך שהיא – בשעת סכסוך או כיבוש –

⁴⁸ בג”ץ 2150/07 **אבו צפייה נ’ משרד הביטחון** (פורסם בנבו, 29.12.2009).

⁴⁹ בג”ץ 281/11 **מועצת הכפר בית איכסא נ’ שר הביטחון**, פס’ 26 לפסק הדין (פורסם בנבו, 6.9.2011).



מחיר מופקע

בידי אחד מבעלי הסכסוך או בידי אחת המעצמות הכובשות, והם אינם אזרחיו של אותו בעל סכסוך או אזרחיה של אותה מעצמה כובשת".

היות שהמתיישבים הישראלים הם אזרחי ישראל, הרי שהם אינם מוגנים לפי אמנת ג'נבה. קביעה זו נתמכת בפסיקות עקביות של בית המשפט העליון. כך למשל קבע בית המשפט העליון בעניין ההתנתקות: "המתיישבים הם רובם ככולם אזרחים ישראלים. בשל כך אין הם נופלים לגדר 'אנשים מוגנים' (protected persons), כמשמעות דיבור זה באמנת ג'נבה הרביעית (ראו סעיף 4 לאמנה)".⁵⁰

המתיישבים הישראלים הנהנים מאזרחות ישראלית, אינם מוגנים על פי אמנת ג'נבה הרביעית. עמדה זו תואמת גם את ההיגיון של דיני הכיבוש, שתכליתו להעניק הגנה לתושבים בשטח הכבוש, המוצאים עצמם תחת שלטון של מדינה שהם אינם אזרחיה. אם כן, פסיקתו העקבית של בית המשפט העליון היא כי המפקד הצבאי מחויב לפעול לפחות גם לטובת התושבים הפלסטינים, והוא אינו יכול לפעול רק לטובת התושבים הישראלים. ממילא, אף אם הקמת יישוב תיחשב לצורך ציבורי, לא ייתכן שרקע פלסטינית תופקע לטובת תושבים ישראלים (לפחות כל עוד לא מתבצעות גם הפקעות הפוכות).

ד. סיכום ביניים: עמימות שלטונית ומשפטית

עמדתה של מדינת ישראל לגבי מעמד השטחים הייתה מבוססת על הכרה בכך שקיימת מחלוקת ניכרת בין הקהילה הבינלאומית לבין ישראל לגבי שורה של סוגיות. בשל כך, בחרה מדינת ישראל להתחמק מהמחלוקת באמצעות שורה של אסטרטגיות משפטיות. מדינת ישראל טענה באופן רשמי כי יש לה טענת ריבונות טובה לגבי השטחים, אך נמנעה מלהחיל את ריבונותה (חוץ מאשר במזרח ירושלים) על מנת להימנע ממחלוקת בינלאומית בוטה. מדינת ישראל טענה כי היא אינה כובשת בשטחים, אך הסכימה לתחולתם של דיני הכיבוש מכוח תקנות האג, וברוב המקרים אף לגבי אמנת ג'נבה הרביעית. לא ברור שמדינת ישראל הייתה חייבת להסכים לזכות העתירה של תושבי השטחים לבג"ץ, אך היא מעולם לא התנגדה לזכות זו. מדינת ישראל חלקה על עמדת הקהילה הבינלאומית ביחס לחוקיות ההתנחלויות, המשיכה לקדם אותן, אך נמנעה מלהפקיע קרקעות פרטיות לצורך כך.

העמדה העולה מכל אלו היא שלגבי חלק עצום מהשטח שבו שולטת מדינת ישראל (22% משטחה של פלשתינה-א"י), אימצה מדינת ישראל מדיניות של עמימות שלטונית

⁵⁰ עניין המוצעה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 20, בס' 12 לדעת הרוב.



המנסה להתחמק מביקורת בינלאומית. עמימות זו נתמכה על ידי ביקורתו של בית המשפט העליון, שהעניק לכיבוש את כסות הלגיטימציה.⁵¹

4. חוק ההסדרה⁵²

למרות המאמצים הניכרים להענקת כסות חוקית למפעל ההתנחלויות, לגבי חלק מההתנחלויות התעוררה בעיה: יישובים ישראלים רבים קמו ללא הליך מלא וסדור של מוסדות תכנוניים. לעתים נעשה הדבר בעצימת עיניים של המדינה, ולעתים בתמיכה ובעידוד של המדינה, שאף סיפקה תשתיות (כבישים, חיבורי חשמל, ביוב ומים, בתי ספר וכו') ליישובים אלו.⁵³ בחלק מהמקרים הללו התברר כי היישובים קמו על קרקע לא מוסדרת שלפלסטינים יש טענות בעלות לגביה, ולעתים אף התברר כי היישוב הוקם על קרקע פרטית פלסטינית מוסדרת.

במקרים של טענות בעלות פלסטינית (אם מוסדרת ואם לאו) פנו לעתים הפלסטינים לבג"ץ, בטענה כי בפועל התבצעה הפקעת קרקע האסורה על פי המשפט הבינלאומי של דיני הכיבוש החל בשטח. בחלק ממקרים אלו הורה בית המשפט העליון, לאחר שנתן למדינה אורכות רבות, להרוס מבנים ביישובים יהודיים. יודגש שוב: הריסת בתים בהוראת בג"ץ נעשתה אך ורק במקרים שבהם נטענה טענת בעלות פרטית פלסטינית. המקרה הבולט בתקופה האחרונה הוא זה של פינוי המאחז עמונה, שתואר לעיל, אך בשנים האחרונות התקבלו פסקי דין דומים לגבי המאחז מיגרון,⁵⁴ ולגבי בתים במאחז נתיב האבות.⁵⁵

חוק ההסדרה מתיימר למנוע פסיקות עתידיות לגבי הריסות בתים אלו. כאמור, נקבע בו כי קרקע שלא תוכח בה בעלות פרטית (מן הסתם פלסטינית), ושעליה בנוי ישוב ישראלי, תוסדר כאדמת מדינה. קרקע שתוכח בה בעלות פרטית פלסטינית, תופקע לטובת היישוב ובכך יימנעו הריסות הבתים.

Orna Ben-Naftali, Aeyal Gross & Keren Michaeli, *Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory*, 23 BERKELEY J. INT'L L. 551, 609–611 (2005)

החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז–2017, עבר בכנסת בקריאה שנייה ושלישית ביום 6.2.2017.

טליה ששון **חוות דעת (ביניים) בנושא מאחזים בלתי-מורשים** (2005) www.pmo.gov.il/SiteCollectionDocuments/PMO/Communication/Spokesman/sason.2.pdf

עניין אל-נאבות, לעיל ה"ש 39.

בג"ץ 7292/14 מוסא נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 1.9.2016).



א. ניתוח החוק

החוק, שאינו ארוך, כולל שני סעיפים אופרטיביים מרכזיים. האחד הוא סעיף 3, הקובע כי:

“מצאו רשויות האזור כי בתקופה שקדמה ליום פרסומו של חוק זה נבנתה בתום לב התיישבות במקרקעין הטעונים הסדרה או ניתנה לבנייתה הסכמת המדינה, יחולו לגבי כל המקרקעין עליהם נבנתה אותה התיישבות עובר ליום פרסומו של חוק זה ההוראות האלה:

מקרקעין שאין בהם בעל זכויות במקרקעין – הממונה ירשום אותם כרכוש ממשלתי, לפי סעיף 2 לצו בדבר רכוש ממשלתי;

(א) מקרקעין שיש בהם בעל זכויות במקרקעין – ייטלו רשויות האזור את זכויות השימוש וההחזקה במקרקעין ויעבירו אותן לממונה, אם מצאו כי הסכום שהושקע בבניית ההתיישבות עלה, בשעת הבנייה, על שוויים של המקרקעין בלי ההתיישבות באותה שעה

(ב) נטילת זכויות כאמור בפסקה זו, תיעשה, ככל הניתן, בהתאם להוראות חוק הקרקעות הירדני, ככל שהן אינן סותרות את הוראות חוק זה, והיא תעמוד בתוקפה עד להכרעה מדינית בדבר מעמדו של האזור וההתיישבות בו”.

הסעיף עוסק בהתיישבות על קרקעות פרטיות או על קרקעות בלתי-מוסדרות ביהודה ושומרון, דהיינו, על אותו שליש לערך מאדמות יהודה ושומרון, שטרם נקבעו להם בעלים פרטיים או שטרם הוכרזו כי הן אדמות מדינה. אמנם סעיף זה כביכול אינו קובע כי הוא עוסק בהתיישבות ישראלית דווקא,⁵⁶ אך בפועל ברור שכוונת החוק ועיקר השפעתו הם לחול לגבי התנחלויות ישראליות, ולא לגבי התיישבות פלסטינית. הסעיף עוסק במבנים שנבנו על קרקע כזו בהסכמת המדינה, או בתום לב.

סעיף קטן (1) לסעיף 3 לחוק קובע, כי כאשר התיישבות בנויה על קרקע שאדם פרטי אינו יכול להראות כי הוא בעליה, היא תוכרז כרכוש ממשלתי על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי, שהוא גוף הפועל במסגרת היחידה לתאום פעולות הממשלה בשטחים (בסעיף 4 לחוק נקבע כי הדבר יעשה בתוך שנים עשר חודשים).

סעיף קטן (2) לסעיף 3 לחוק קובע, כי קרקע שאדם פרטי (בדרך כלל פלסטיני) הוא בעל הזכויות שבה, ייטול הממונה את זכות השימוש בקרקע עד להכרעה מדינית בדבר עתיד השטחים. נטילת הזכות מותנית בכך ששווי הבנייה של היישוב כולו גדול משווי

⁵⁶ הצעת החוק המקורית, כפי שעברה בקריאה ראשונה בכנסת, קבעה במפורש כי הוא עוסק ב"התיישבות ישראלית" אשר מן הסתם מוקמת על קרקע פלסטינית. ראו ס' 1 ו-3 להצעת החוק, לעיל ה"ש 52, בעמ' 44. נוסח בוטה זה תוקן, אך בפועל אין להניח כי החוק יופעל לטובת פלסטינים.



הקרקע. נטילת הזכות תעשה תמורת פיצוי לפי סעיף 8 לחוק – קרקע חלופית או פיצוי בשיעור 125% מערך הקרקע.

הסעיף האופרטיבי החשוב השני הוא סעיף 7 לחוק, הקובע כך:
"7. (א) מצאו רשויות האזור, כי מתקיימים בהתיישבות התנאים שברישת של סעיף 3, יותלו כל הליכי האכיפה והצווים המינהליים, הקיימים בעניין אותה התיישבות, עד להשלמת הליכי התכנון לפי סעיף 6, למעט הליכים וצווים כאמור שניתנו צווים שיפוטיים או פסקי דין בדבר מימושם.
(ב) הושלמו הליכי התכנון לפי סעיף 6, יפקעו כל הליכי האכיפה והצווים המינהליים שהותלו לפי סעיף קטן (א).
(ג) הוראות סעיף זה לא יחולו על מבנה שהריסתו הכרחית להגנה על חי אדם".

סעיף 7 לחוק קובע את תוצאת החוק. מרגע קבלת החוק מופסקים כל הליכי ההריסה נגד מבנים בהתנחלויות ביהודה ושומרון, למעט אלו שלגביהם הוצא כבר פסק דין הדורש את הריסתם. מרגע שהקרקעות יוסדרו על פי סעיף 3 לחוק, יתבטלו מאליהם כל הליכי ההריסה של מבנים בהתנחלויות שיוסדרו על פי החוק.⁵⁷

ב. הבעיות בנוסח החוק

הבעיה המרכזית בחוק היא העובדה שהוא פוגע בקניין הפרטי של התושבים בהתעלם מההקשר הכללי של הכיבוש. אך לפני העיסוק בפגיעה זו, אנתח כמה מהבעיות המרכזיות הטמונות בסעיפי החוק עצמם.

(1) העיקרון: חקיקה ישראלית לגבי השטחים בעייתית ביותר

כאמור לעיל, ישראל עשתה מאמץ ניכר לשמור על עמימות ביחס למעמדם של השטחים, ולא תבעה ריבונות עליהם. הדבר נעשה על מנת למנוע עימות בינלאומי סביב שאלת הריבון החוקי בשטח, ומתוך ידיעה ברורה שעמדת כמעט כל מדינות העולם, לרבות המדינות הקרובות ביותר לישראל, מתנגדת נחרצות להחלת ריבונות ישראלית בשטחים. בשל כך שמרה ישראל על המבנה המשפטי שלפיו הריבון בשטחים, והרשות המחוקקת בהם, הוא המפקד הצבאי, אשר כאמור לעיל יונק את סמכותו מדיני הכיבוש.⁵⁸ הכנסת החילה אמנם מספר מצומצם של דברי חקיקה גם לגבי התושבים הישראלים בשטחים, אך אלו נעשו במשורה, ובמפורש הוצדקו כ"תחולה פרסונלית" על תושבים

⁵⁷ החוק כפי שהתקבל, בניגוד להצעת החוק שאושרה בקריאה טרומית, אינו מבטל פסקי דין חלוטים של בג"ץ שקבעו שיש להרוס מבנים או יישובים מסוימים.

⁵⁸ בג"ץ אסכאן, לעיל ה"ש 43.



מחיר מופקע

ישראלים בשטחים, ולא כחקיקה ישראלית בשטחים. כך למשל נכתב בתגובת משרד המשפטים וצה"ל לדוח האגודה לזכויות האזרח "שלטון אחד – שתי מערכות חוק":
"הדין המוחל על הישראלים המצויים באיו"ש, אזרחים וחיילים, כמו גם על יישובים ומתקנים ישראלים באזור, מהווה כלי מרכזי בידי מדינת ישראל, ועל צה"ל – בתור שלוחה באזור, לאכוף את שלטונה וחוקיה על אזרחיה השוהים באיו"ש. זאת, בין היתר, על מנת למנוע מצב בו איו"ש הופך ל-"מקלט" עבור ישראלים מפני אכיפת הדין הישראלי עליהם מצד הרשויות בישראל".⁵⁹

משמע: המדינה מסכימה כי הטעם לחקיקה ישראלית הוא פרסונלי. מניעת יצירת "עיר מקלט" בשטחים. ברור גם למדינה כי החלת החוק על השטח, ובייחוד בנוגע לפלסטינים ולזכויותיהם, מהווה בפועל סיפוח של השטח, וכי מהלך זה, כפי הנראה, יגרור תגובה חריפה מבחינה בינלאומית.

אלא שחוק ההסדרה עושה בדיוק זאת. הוא מחיל את החוק הישראלי על הקרקע בשטחים, ובכך חושף את ישראל לטענה של הפרת הדין הבינלאומי באמצעות סיפוח השטח. במילים אחרות: החוק משנה מדיניות של עשרות שנים שלפיה ישראל אינה פועלת למימוש טענת הריבונות שלה על השטחים.

(2) תנאי התחולה של סעיף 3 – עמימות בלתי-סבירה

התקיימותו של המנגנון האופרטיבי של החוק, המפורט בסעיף 3 לחוק, מותנה בהתקיימותו של תנאי: ההתיישבות בקרקע הייתה צריכה להיות בתום לב או בהסכמת המדינה.

אין צורך להכביר מילים על עמימותו של המושג "תום לב" – האם תום הלב מתייחס לבעלות על הקרקע או אולי לעובדה שהקרקע אינה מוסדרת? כמה בירורים על המתיישב לעשות עד שיוכל להגיע לרמת ודאות שתספק את דרישת תום הלב, ומי יחליט בעניין זה? בעייתי יותר הוא השימוש במונח "הסכמת המדינה". מונח זה מוגדר בסעיף ההגדרות לחוק כך: "במפורש או במשתמע, מראש או לאחר מעשה, לרבות סיוע בהנחת תשתיות, הענקת תמריצים, תכנון תכניות, פרסום פרסומים ממריצים שנועדו לעודד בניה או פיתוח או השתתפות בכסף או בעין".⁶⁰

⁵⁹ תגובת צה"ל ומשרד המשפטים לדו"ח האגודה לזכויות האזרח (30.11.2014) www.law.idf.il/163-6949-he/Patzar.aspx

⁶⁰ ס' 1 לחוק המועמדים להתיישבות חקלאית, התשי"ג-1953, קובע כי: "מוסד מיישב" פירושו – הממשלה, ההסתדרות הציונית העולמית - הסוכנות היהודית לא"י, וכל גוף אחר העוסק ביישוב בני אדם על הקרקע, ושר החקלאות, בהודעה ברשומות, הכיר בו כמוסד מיישב לענין חוק זה".



המונח "המדינה" מוגדר כך: "ממשלת ישראל או משרד ממשרדי הממשלה, רשויות האזור, רשות מקומית או אזורית בישראל או באזור ומוסד מיישב". "מוסד מיישב" מוגדר: "כהגדרתו בחוק המועמדים להתיישבות חקלאית" בחוק שם נקבע כי כל גוף ששר החקלאות הכריז עליו שהוא גוף מיישב, הוא כזה.

שתי נקודות ראיות לציון כאן. ראשונה, היא ההגדרה הרחבה של הסכמת המדינה כוללת סיוע בתשתיות, במימון ובתמריצים. כלומר, המדינה מודה באחריותה להתנחלויות במובן של סיוע לתשתיות, בנייה ועוד. נוכח האיסור בסעיף 49(6) לאמנת ג'נבה הרביעית על העברת אזרחים לשטח כבוש, כפי שצוטט לעיל, זו היא הודאה בעייתית ביותר באחריות. אם ישראל אכן מודה בפירוש, בחקיקתה הפנימית, באחריות להתנחלויות, כי אז גובר הסיכון שאף מוסדות בינלאומיים יראו זאת כך.

השנייה, היא כי המשמעות של ההגדרות הרחבות האמורות, היא שכל שנדרש הממונה להראות על מנת להחל בהליכים על פי החוק, הוא כי גוף מיישב כלשהו שהוכרז על ידי שר החקלאות סייע באופן כלשהו (ולו גם באספקת מזון) להתיישבות. ברגע שהתקיים תנאי זה, יכול הממונה לפנות להסדרת הקרקע, או אף להפקעתה.

תהא אשר תהא העמדה העקרונית לגבי החוק, ברור שהתנאים שהובאו כאן אינם מהווים כל מסגרת המבחינה בין התיישבות הראויה להסדרה, על פי החוק, לבין כזו שאינה. קשה לחשוב על התיישבות שלא זכתה לשום תמיכה של אף גוף שלפי ההגדרה הרחבה של החוק אינה כלולה בהגדרת המדינה. כלומר, מדובר בתנאי המתקיים תמיד, וממילא אינו תנאי של ממש. הוא נקרא כאחידת עיניים.

יתר על כן, עמדה זו מהווה גם סטייה מכללי המשפט המנהלי הרגילים. כללי המשפט המנהלי קובעים כי הבטחה מנהלית, הגוררת מחויבות של המדינה, נובעת רק מהתחייבותו של גוף בעל סמכות. המשמעות של ההגדרה הרחבה בהצעת החוק היא כי כל גוף הקשור למדינה, ולו בקשר עקיף ביותר, יכול לחייב את המדינה לפעול להפקעת רכושם של אנשים פרטיים, ואפילו פעל אותו גוף בחוסר סמכות.

(3) הכרזות המקרקעין – שדה קרב משפטי

סעיף 3 (1) לחוק נראה כסעיף התמים ביותר שבה, אך למעשה, סביר להניח כי הוא הסעיף שיהפוך לכלי המרכזי להכשרת בנייה שנעשתה על קרקע בלתי-מוכרת.

ראשית, יש לבחון את השאלה אם הסדרת קרקעות כשלעצמה, או הכרזה עליהן כרכוש ממשלתי כהוראת החוק, היא סוגיה שבסמכות הכוח הכובש. מחד גיסא, תקנה 43 לתקנות האג קובע כי הכובש צריך לדאוג לסדר הציבורי בשטח הכבוש. בית המשפט העליון קבע כי בתנאים של כיבוש ארוך, החובה כוללת, בין היתר, גם פיתוח תשתיות



מחיר מופקע

לטובת התושבים.⁶¹ מאידך גיסא, כנגד הסדרת הקרקעות הנרחבת שבה נקטה מדינת ישראל בעבר נטענו שתי טענות מרכזיות. טענה ראשונה, היא שהסדרת הקרקעות היא פעולה החורגת מסמכותו של הכובש, שהוא נאמן על הקרקעות, ואינו הריבון עליהם. טענה נוספת שנטענה, היא כי הסדרי הקרקעות, דוגמת הרישום הנרחב של קרקעות על שם המדינה, אינם אלא מסווה לניסיון ישראלי להשתלט על אדמות נרחבות לטובת בניית התנחלויות. כלומר, לא מעמד הקרקע כאדמת מדינה הוא המאפשר את בניית ההתנחלויות, אלא הרצון לבנות התנחלויות היא הגורם למסע נרחב של הכרזות על קרקע כעל קרקע מדינה.⁶² המעלים ביקורת זו טוענים כי למעשה הרישום של קרקע על שם המדינה, מתאפשר באמצעות פרשנות בעייתית של חוקי הקרקעות העותומניים, פרשנות שאפשרה לרשום על שם המדינה כמות רבה של קרקעות שהיו למעשה פרטיות.⁶³

סעיף 3(1) לחוק מהווה ראייה לדעה הביקורתית כלפי המדינה, ואף בנושא זה זונחת ישראל קו "הגנה" שנקט לאורך שנים. מהחוק ברור לחלוטין שהטעם להסדרת הקרקע הוא לאפשר את קיומו של היישוב. עולה אם כן, כי דעת המבקרים הסבורה כי הסדרת הקרקעות היא אך כלי שרת לצורך להקים יישובים, היא אכן נכונה.

את עצמת ההשפעה של הסעיף ניתן להעריך רק לאור המסגרת המשפטית הקיימת בשטחים, כפי שהיא מפורשת על ידי ישראל. כאמור, חלק ניכר מהאדמות ביהודה ושומרון הוכרוזו כאדמות מדינה, ולגביהן החוק כלל אינו רלוונטי. החוק רלוונטי רק לאותן אדמות שלא הוכרוזו כאדמות מדינה, או שהן אדמות פרטיות של תושבים פלסטיניים. הנוהל הישראלי הוא שהקמת ישוב חדש, או הרחבה של יישוב קיים, כלל לא אמורות לקרות באדמות לא מוכרזות.

חשוב להבין אם כן את מסגרת הדיון: חלק גדול ממנו עוסק ביישובים שנבנו בלא שעברו את כל שלבי קבלת היתר תכנוני, וממילא בקרקעות אשר לא הייתה כוונה לבנות עליהם בתים.

כבר לפני קבלת חוק ההסדרה, הדרך המקובלת להתמודד עם טענות של בעלות פרטית באדמות אלו, הייתה קביעה כי אלו אדמות מדינה. הדבר אפשרי, היות שרק חלק

⁶¹ בג"ץ אסכאן, לעיל ה"ש 43.

⁶² לניתוח נרחב של הסדרי הקרקעות בשטחים ראו Ronit Levine-Schnur, *Private Property and Public Power in the Occupied West Bank*, EUR. PROP. L.J. (Forthcoming, 2016), <https://ssrn.com/abstract=2886821>.

⁶³ ראו אלדר וורטל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 477-8. לשימוש בפרקטיקה, ראו למשל: **פרקטיקות של השתלטות על אדמות – סיכום הליכים משפטיים בסיוע יש דין** (2006) <https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/files.yesh-din.org/%D7%A4%D7%A8%D7%A7%D7%98%D7%99%D7%A7%D7%95%D7%AA+/Lan.d+Takeover+Practices+++Hebrew.pdf>.



לא גדול מהאדמות שלגביהן קיימת טענת בעלות הוסדרו על ידי השלטון הירדני, וישראל נמנעה מלעסוק בשאלת ההסדרה של הקרקעות הפרטיות לאורך השנים. בקרקעות בלתי-מוסדרות שאלת הבעלות נתונה פעמים רבות במחלוקת. כך, למשל: רכישת בעלות מכוח עיבוד נעשית רק לאחר עשר שנים רצופות של עיבוד. הוכחת בעלות דורשת הבאת ראיות שקשה מאוד להביאן. דא עקא, שסעיף 3(1) לחוק מניח כי ניתן יהיה להתמודד עם שאלות סבוכות של בעלות בתוך פרק זמן קצר ביותר של שנים-עשר חודשים. הוא פשוט קובע כי בתוך שנים-עשר חודשים יכריז הממונה על קרקעות כקרקע מדינה.

ראוי לשוב ולהזכיר את המסגרת שבה אנו עוסקים: הטוען לבעלות הוא טוען פלסטיני, הצריך להוכיח את עמדתו. הטוען לבעלות עושה זאת לאחר שהיישוב הישראלי כבר נבנה על הקרקע שעליה הוא טוען לבעלות. ברור כי מטרת המערכת היא למנוע את הצורך בפנינו או בהפקעה, וממילא הטוען הפלסטיני לבעלות נמצא בעמדת נחיתות. מעבר לסוגיות המשפט הבינלאומי שהובהרו לעיל, נראה כי צורת ההסדרה בחוק ההסדרה לא יכולה להביא לתוצאות צודקות. רף ההוכחה העמום, הכפיפות ללחץ זמנים בלתי-סביר, ובעיקר ההקשר הלא שוויוני בין הצדדים, כמעט שלא יכול להיות שיביאו לתוצאה צודקת של הליך ההכרזה על הבעלות בקרקע.

(4) נטילת הזכויות במקרקעין – הפרה בוטה של הדין הבינלאומי

הסעיף הבעייתי ביותר בחוק הוא סעיף 3(2). לכאורה, סעיף זה עומד בסתירה גם לפרשנות המקלה ביותר של הוראות תקנות האג. הוראות הסעיף קובעות כי זכויות השימוש בקרקע שעליה בנויה התנחלות ישראלית, ואשר מצויה בבעלות פרטית (בין שהקרקע מוסדרת, ובין שהבעלות התבררה במהלך הליכי ההסדרה המהירים) "תינטל" על ידי הממונה. על פי סעיף 5 לחוק, על הממונה להעביר את הקרקע ליישוב או לגוף מיישב.

(5) ההפליה

לבסוף ראוי לשים לב, כי חוק ההסדרה מפלה בפועל בין האינטרסים של המתיישבים הישראליים-יהודים, לבין אלו של התושבים הפלסטינים שבשטחים. אמנם, החוק מכווון אינו טוען שהוא חל לגבי תושבים ישראלים או יהודים דווקא,⁶⁴ אך עם זאת, ברור לגמרי כי ההתיישבות שלטובתה תופקע קרקע פרטית היא ההתיישבות הישראלית. אין פלסטיני היושב בשטח בהסכמת ממשלת ישראל, ואין שום מקרה בהיסטוריה שהממונה הקצה שטח שהוכרו כציבורי לטובת הקמת התיישבות פלסטינית.

⁶⁴ נוסח מוקדם של הצעת החוק קבע כי הוא חל לגבי התיישבות ישראלית, אך בנוסח הנוכחי הורדה ההתיישבות להתיישבות "ישראלית". ראו לעיל ה"ש 52.



מחיר מופקע

ממילא ברור כי הצעת החוק מפלה, הן מבחינת כוונתה, וודאי מבחינת תוצאתה כלפי התושבים הפלסטינים.

ג. החוק והמשפט הבינלאומי

כפי שצוין לעיל, סעיף 46 לתקנות האג, המהוות כלל מנהגי של המשפט הבינלאומי ואשר מעולם לא הוכחה תחולתם ביהודה ושומרון, קובע כי החרמה של הקרקע אסורה. סעיף 52 לתקנות האג מתיר הפקעה לצרכי צבא הכיבוש. כבר בשנת 1979 קבע בג"ץ בפסק הדין בעניין דויקאט, כי הפקעת קרקע לצרכי הקמת יישוב ישראלי אינה עומדת בדרישת הצורך הצבאי, אפילו לפי הפרשנות המקלה ביותר של אותו מונח.⁶⁵

ראשית, יש להבהיר כי אין הבדל אמתי בין נטילה של זכות שימוש בקרקע לבין הפקעה של בעלות. בעלות היא אגד של זכויות, בעיקר הזכות להחזיק ולהשתמש בקרקע. כך קובע, למשל, סעיף 2 לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969: "הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם".

עולה אם כן כי הזכות להשתמש במקרקעין הנשללת במפורש על ידי הצעת החוק, והזכות להחזיק בהן, הנשללת ממילא, הן המרכיב המרכזי של זכות הבעלות.⁶⁶ נטילה של זכות השימוש היא לפיכך למעשה הפקעה של הבעלות.⁶⁷ מכאן ואילך אכנה אותה לפיכך בשמה האמתי – הפקעה.

חלקו האחרון של סעיף 3(2) לחוק נועד לכאורה להקהות את העוקץ – הוא קובע כי ההפקעה תעמוד בתוקף רק עד "החלטה מדינית בדבר מעמדו של האזור ושל ההתיישבות

⁶⁵ הפרשנות המקובלת של המונח "צרכים צבאיים" היא כי מדובר בצרכים צבאיים ממש, למשל: הפקעה של דלק לשם נסיעת כלי רכב צבאיים, או הפקעת קרקע לשם הקמת מחסום צבאי וכדומה. בג"ץ היה מוכן להניח כי הפרשנות של המונח רחבה – כל צורך ביטחוני. למרות זאת, בג"ץ קבע נוכח הנתונים שבפניו, שביסוד ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון עמדו שיקולים אידאולוגיים, ולא ביטחוניים.

⁶⁶ קשה להניח כי יש ערך כלכלי כלשהו לקרקע שבנויה עליה התנחלות, ושלא ניתן לעשות בה כל שימוש. לפיכך, בפועל נשללת גם הזכות לעשות עסקאות בקרקע.

⁶⁷ לעמדה דומה נגיע אם נבחן את תמונת המראה של חוק ההסדרה: חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"א–2005. כידוע, בחוק זה נקבע כי תושבים ישראלים יפוננו מביתם. בית המשפט העליון קבע בהקשר זה, כי למרות שביישובים ברצועת עזה לא ניתנה לתושבים הישראלים כל זכות בקרקע, זכות הקניין שלהם נפגעה, שכן עצם זכות השימוש בקרקע, גם ללא היכולת למכור ולקנות זכות זו, היא זכות קניינית. ראו עניין **המועצה האזורית חוף עזה**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 584. כלומר, עצם זכות השימוש היא זכות קניינית, והפקעתה היא פגיעה בזכות הקניין.



הישראלית בו". לכאורה, אין כאן הפקעה קבועה כי אם הפקעה זמנית בלבד, אלא שהבדל זה הוא אופטי בלבד.

המשפט הבינלאומי קובע במפורש כי הפקעה מוחלטת של הקרקע (החרמה) אסורה בכל מקרה ולשום צורך שהוא. הלקיחה היחידה המותרת של קרקע, ואפילו לקיחה זמנית, היא לצורך צבאי. לקיחה, אפילו זו הנטענת להיות זמנית, של קרקע פרטית לצורך שאינו צבאי או ביטחוני, אסורה בכל מקרה.⁶⁸

כאשר בג"ץ דן בשנות השבעים בהפקעה, הוא הניח מיניה וביה כי תוקף ההפקעה זמני בלבד, וכי בכל מקרה תפקע ההפקעה עם תום הכיבוש, שכן אין זה סביר שצרכי ביטחון כלשהם יימשכו מעבר להימשכות הכיבוש. כך אמר השופט לנדוי בפסק הדין בעניין בית אל בשנת 1978,⁶⁹ בפסק הדין האחרון שבו התיר בית המשפט העליון הפקעת קרקע פרטית לצרכי התיישבות ישראלית:

"שואל מר חורי [בא כוח העותרים]: הכיצד ניתן להקים ישוב של קבע על אדמה אשר נתפסה רק לשם שימוש זמני? זו שאלה נכבדה. אבל נראית לי תשובתו של מר בכ שהישוב האזרחי יוכל להתקיים באותו מקום רק כל עוד מחזיק צה"ל בשטח בתוקף צו התפיסה. החזקה זו עצמה יכולה לבוא לידי גמר באחד הימים, כתוצאה ממשא ומתן בינלאומי העשוי להסתיים בהסדר חדש שיקבל תוקף לפי המשפט הבינלאומי והוא אשר יקבע את גורל היישוב הזה, כמו של ישובים אחרים הקיימים בשטחים המוחזקים".

כלומר, גם לגבי ההתנחלויות הבנויות על קרקע מדינה קבע בית המשפט העליון כי הזכות של המתיישבים הישראלים לישיבה בשטח היא זכות זמנית בלבד, עד להגעה להסדר מדיני.⁷⁰

העובדה שההפקעה "מוגבלת" בזמן, אינה יכולה לתקן את הפרת הדין הבינלאומי המובהקת הטמונה בחוק ההסדרה. גם הסעיף בתקנות האג המתיר הפקעה, אפילו

⁶⁸ בספר הבסיסי בנושא, GERHARD VON GLAHN, THE OCCUPATION OF ENEMY TERRITORY, 186 (1957), נכתב כך:

"Under normal circumstances and occupant may not appropriate or seize on a permanent basis any immovable private property, but on the other hand a **temporary use of land and buildings** for various purposes appears permissible under a plea of military necessity" (ההדגשות שלי – ע.כ.). ראו גם DINSTEIN, לעיל ה"ש 25: "[T]he occupying power is entitled to take **temporary possession of privately owned immovable** (buildings and lands) for diverse military uses, including in particular the quartering of troops" (ההדגשות שלי – ע.כ.).

⁶⁹ עניין אויב, לעיל ה"ש 34.

⁷⁰ עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 20. ראו גם עניין אויב, לעיל ה"ש 34.



מחיר מופקע

מוגבלת, דורש כי המדינה תראה צורך צבאי לשם ההפקעה, וכאמור, כבר לפני עשרות שנים פסק בית המשפט העליון כי ההתנחלויות הישראליות אינן משרתות צורך כזה. יתר על כן, גם כאשר התיר בית המשפט העליון הפקעת קרקע לצרכים ביטחוניים, לתקופה זמנית, הוא קבע כי יש לקצוב תקופה זמנית זו בזמן מוגדר, למשל 5 שנים, ואין להסתפק בקביעת מועד עתידי התלוי בהתקיימות תנאי לא ודאי. כך למשל בפסק הדין בעניין ג'וחא משנת 1989, שם קבע הנשיא שמגר כי הפקעה זמנית של קרקע לצרכים זמניים צריכה להיות קצובה בזמן.⁷¹

עולה אם כן כי סעיף 3(2) לחוק מהווה הפרה בוטה של הדין הבינלאומי, גם על פי הפרשנות המקלה שניתנה לדין הבינלאומי על ידי בית המשפט העליון. על פי פסיקתו העקבית של בית המשפט העליון, הפקעה של קרקע לצורך הקמת התנחלות מהווה הפרה של המשפט הבינלאומי. העובדה שבענייננו מדובר בהפקעה "זמנית", אינה יכולה לתקן את העובדה שסעיף 3(2) לחוק מפר את הדין הבינלאומי.

להשלמת התמונה אתייחס לתנאי הנוסף המופיע בחוק, שלפיו שווי הבנייה של היישוב צריך להיות גדול משווי הקרקע עליה הוא יושב. סעיף זה נועד לעמוד בתנאי החקיקה הירדנית החלה בשטחים.⁷² על פי המשפט הבינלאומי, כפי שאומץ בפסיקת בית המשפט העליון, פעולה על פי החקיקה הירדנית כפופה להתאמתה למשפט הבינלאומי,⁷³ ולפיכך סעיף זה אינו מעלה ואינו מוריד לעניין הסתירה למשפט הבינלאומי, המופיעה לעיל. אציין גם שתנאי זה הוא מסוג התנאים שיתקיים תמיד. קשה לתאר מצב שבו ערך היישוב כולו (על המחיר הקהילתי, הרגשי והאישי הכרוך בפניו) לא יהיה גדול מערך הקרקע. אולי, בתנאים מסוימים ונדירים, סייג זה הופך את ההפקעה ל"מידתית" יותר,⁷⁴ אך בכל מקרה, כאמור, אין בו כדי לרפא את ההפרה של תקנות האג.

⁷¹ בג"ץ 290/89 ג'וחא נ' המפקד הצבאי, פ"ד מג(2) 116 (1989).

⁷² ראו ס' 906 למגילה מגילה או מגילת אחכאם אל עדליה (קבץ- דיני-הצדק) ספר שמיני – על גולה ונוזקין 124 (גד פרומקין מתרגם, 1928) לעניין קרקע עירונית ("מולפ"); וס' 10 לחוק החזקה (התצרוף) בנכסי דלא נידי (מס' 49 לשנת 1953), לעניין קרקע חקלאית ("מירי").

⁷³ עניין אסכאן, לעיל ה"ש 43.

⁷⁴ אתייחס להלן בקצרה לשאלת החשיבות של העמידה בדיני זכויות האדם בהקשר של החלופות המוצעות לחוק ההסדרה.



5. ההשלכה הבינלאומית של החוק

א. העצמת התמיכה בהתנחלויות – הגברת הסיכון להתערבות בינלאומית

כבר צוין לעיל כי לדעת חלק ניכר ממדינות העולם עצם ההתנחלויות מהוות הפרה של הדין הבינלאומי, וזאת על פי סעיף 49(6) לאמנת ג'נבה האוסר על המדינה הכובשת להעביר את אוכלוסייתה לשטח הכבוש. כנגד טענה זו טוענת ישראל באופן מסורתי שתי טענות: ראשונה, כי ההתיישבות הישראלית בשטחים היא וולונטרית, וישראל אינה "מעבירה" את תושביה. שנייה, כי ישראל אינה מפקיעה קרקע פרטית לשם ההתיישבות הזו, ולפיכך ההתיישבות אינה פוגעת בתושבי השטחים, אין בה כל פגיעה בזכויותיהם, וממילא אין לראות בה הפרה של הדין ההומניטרי. הטענה השנייה נסתרת מיניה וביה על ידי החוק ההסדרה, שכן החוק קובע הפקעה של קרקע פרטית פלסטינית לצורך הקמת ההתנחלויות. אך צריך לזכור שגם הטענה הראשונה נסתרת על ידי החוק. סעיף המטרה של החוק, שיידון להלן, מצהיר במפורש כי מטרת החוק היא לקדם ולבסס את ההתנחלויות. ככל שמדינת ישראל מקדמת יותר את ההתנחלויות, ככל שההתנחלויות נעשות בסיוע מדינתי נדיב יותר, כך יקשה על ישראל לטעון כי היא אינה "מעבירה" את תושביה. השימוש בכוח ההפקעה, שהוא אחד הכוחות החזקים ביותר המוקנים למדינה, מחריף מאוד את הטענה כי ישראל אכן מעבירה את תושביה.

ב. החלטה 2334 של מועצת הביטחון

החלטה מס' 2334 שנתקבלה ביום 23 לדצמבר 2016 במועצת הביטחון, אינה משנה את העמדה המשפטית הבינלאומית לגבי חוקיות ההתנחלויות. גם לפני קבלת החלטה, וגם לפני העלאת הצעת חוק ההסדרה, הייתה העמדה המקובלת בעולם כי ההתנחלויות בשטחים אינן חוקיות. למעשה, מועצת הביטחון כבר חיוותה את דעתה בעבר כי ההתנחלויות אינן חוקיות, וכי הבנייה בשטחים ובמזרח ירושלים מהווה הפרה בוטה של אמנת ג'נבה הרביעית.⁷⁵ גם בית הדין הבינלאומי בהאג קבע כבר כי הקמתן של ההתנחלויות מהווה הפרה של המשפט הבינלאומי.⁷⁶ אולם, ההחלטה מספקת לישראל "טעימה" מתגובה אפשרית של הקהילה הבינלאומית להעברת חוק ההסדרה. אכן, ולא בכדי, ההחלטה רומזת להשפעה של חוק ההסדרה על קבלת החלטה, שכן המבוא להחלטה 2334 מזכיר מפורשת החרמת רכוש פלסטיני כאחת מעובדות הרקע שהובילה להחלטה.

⁷⁵ החלטת מועצת הביטחון 465 (1980).

⁷⁶ חוות הדעת, לעיל ה"ש 12, פס' 120 בעמ' 136.



ג. בית הדין הפלילי הבינלאומי

ייתכן כי תחזיתו של ראש הממשלה כי חוק ההסדרה עלול להוביל את שרי הממשלה להאג, תתברר כנכונה. בהקשר זה לא למותר לציין, כי על פי אמנת רומא להקמת בית הדין הפלילי הבינלאומי, העברה של העברת אוכלוסייה מהמדינה הכובשת לשטח הכבוש היא 'פשע מלחמה' המצוי בסמכות בית הדין הבינלאומי הפלילי. יתר על כן, הניסוח של האיסור הורחב מעבר לאמור באמנת ג'נבה הרביעית, והוא קובע כי העברה היא: "[T]he transfer, directly or indirectly, by the Occupying Power of parts of its own civilian population into the territory it occupies"⁷⁷.

כלומר, לכאורה גם תמיכה עקיפה בהתנחלויות מהווה פשע מלחמה. נקודה זו חשובה במיוחד לאור תנאי התחולה של סעיף 3 לחוק, אשר כפי שפורט לעיל, למעשה מביאים לכך שכמעט כל התנחלות ישראלית, אפילו כזו שנבנתה בצורה בלתי-חוקית לפי עמדת ישראל, תחסה תחת הגנת החוק.

במיוחד אציין בהקשר זה את הבעייתיות שבנוסח סעיף 1 להצעת החוק, הקובע כי: "מטרת חוק זה היא להסדיר את ההתיישבות ביהודה ושומרון ולאפשר את המשך ביסוסה ופיתוחה". כלומר, ישראל מודה במפורש כי מטרתה היא לתמוך בהתנחלויות בסיוע משאבי המדינה, אשר יוקדשו להמשך התמיכה בהתנחלויות. קשה להבין כיצד תוכל ישראל לטעון כי היא אינה מעבירה את אזרחיה לשטחים, ולו בצורה לא ישירה, לאחר הצהרה ברורה כזו.

בהקשר זה העיתוי של קבלת החוק בעייתי במיוחד. התובעת של בית הדין הבינלאומי הפלילי בהאג אישרה בתחילת שנה זו את חברותה של פלסטין בבית הדין, דבר שמעניק לתובעת סמכות לחקור תלונות המוגשות בנוגע לפעולות ישראל ביהודה ושומרון. התובעת של בית הדין גם מינתה צוות הבוחן כעת את השאלה אם לפתוח בחקירה בנוגע למעשי ישראל בשטחים.⁷⁸ אין צורך להכביר מילים על הנזק שייגרם לתדמיתה של מדינת ישראל, ולקשריה עם מדינות אחרות, אם בית הדין הפלילי אכן יפתח בחקירה נגד בכירים ישראלים המעורבים במפעל ההתנחלויות. לבית הדין סמכות לחקור ולהעמיד לדין פלילי אנשים, לרבות, ואולי אף במיוחד, הבכירים ביותר שהפרו את אמנת רומא. יהיה זה מצב עדין מאוד אם התובעת של בית הדין תשתכנע כי בידיה חומר ראיות לפתוח בחקירה של ישראלים, שלא לדבר על מקרה שבו ממש יוגש כתב אישום. העובדה

⁷⁷ Rome Statute of the International Criminal Court, UN General Assembly, 17 July 1998, ISBN No. 92-9227-227-6 (להלן: "חוקת רומא").

⁷⁸ פנינה שרביט ברוך "החלטת התובעת של בית הדין הפלילי הבינלאומי לבדיקה מקדמית – סיבה לדאגה, לא לפאניקה" מבט על 657 (ינואר 2016) <http://heh.inss.org.il/index.aspx?id=4354&articleid=8586>



שהכנסת בחרה לחוקק את חוק ההסדרה דווקא בעיתוי זה, תוך הצהרה מפורשת שהמדובר בצעד התומך בהמשך ההתנחלויות, הוא צעד שיש סבירות לא מבוטלת שיתפרש כהתגרות בקהילה הבינלאומית, ובבית הדין, ולכן בלתי-אחראי במיוחד בעת הזו.

מפאת קוצר היריעה, אאיר בתמצית רק כמה היבטים הקשורים לסמכות בית הדין הפלילי הבינלאומי. שתי סיבות מרכזיות מבססות את ההנחה כי ייתכן שחוק ההסדרה ירע את מצבה של ישראל בהקשר זה.

ראשית, בית הדין חוקר את העבירות החמורות ביותר.⁷⁹ כל עוד ישראל נהגה על פי הוראות בג"ץ ונמנעה מהקמת התנחלויות על שטח פרטי, ובמיוחד נמנעה מפעילות מפלה בהקשר זה, יכולה ישראל לטעון כי גם אם יש הפרות, הן אינן חמורות. אולם, שלילת כוחו של בג"ץ למנוע הפקעה של קרקע פרטית לשם הקמת התנחלויות, תוך "עקיפה" של מסורת הפסיקה שלו, והפקעה מסיבית של קרקעות פרטיות, במיוחד כאשר הם נעשים בצורה מפלה וחד צדדית, בהחלט עשויים לתמוך בטענה שההפרה הופכת להפרה חמורה. שנית, סמכות בית הדין מוגבלת גם מבחינת הזמן. בכל מקרה הוא אינו יכול לבחון הפרות שמלפני שנת 2003, ובהקשר הישראלי-פלסטיני ייתכן שסמכות הזמן מוגבלת אף יותר.⁸⁰ השאלה אם ההתנחלויות הן עברות נמשכות, היא שאלה לא לחלוטין ברורה. בכל מקרה, ברור כי לבית הדין יהיה קשה מאוד למצוא את מי להעמיד לדין על כך שההתנחלויות פשוט עוברות גידול טבעי. אולם, ייתכן כי הפקעה של קרקעות פרטיות, והכשרה רחבה של התנחלויות חדשות, תספק לבית הדין את הנתיב דרכו יבחן את שאלת האחריות הפלילית בהקשר זה.

לסיכום, הגם שאין ודאות שה-ICC יפעל נגד ישראל בכלל, או בנוגע להתנחלויות בפרט, קל וחומר שאין כל ודאות ששאלת חוק ההסדרה היא שתהיה הגורם המכריע בעניין זה, ברור שחוק ההסדרה מחמיר את מצבה של ישראל.

6. הצדקות וחלופות – על מניפולציות של זכויות אדם

הבעיה המרכזית עם חוק ההסדרה הוא שההצדקות לו מנותקות לחלוטין מההקשר הכללי של החוק. הצדקה אחת נשענת על כך שזכות הקניין הפרטי אינה זכות מוחלטת. גם לולא היה מדובר בשטח שאינו בריבונות המדינה, נוסח החוק כפי שתואר לעיל בעייתי. אינני

⁷⁹ ס' 5 לחוקת רומא, לעיל ה"ש 77.

⁸⁰ עמיחי כהן וטל מימרן "ישראל ובית הדין הפלילי הבינלאומי" המכון הישראלי לדמוקרטיה
www.idi.org.il/articles/3054 (11.1.2015).



מחיר מופקע

מכיר מדינה בעולם שבה כל הסכמה של המדינה, ולו בדיעבד או ברמה נמוכה ביותר, מהווה הצדקה להפקעת קרקע פרטית. אמנם, ייתכן שבתחומי מדינה ריבונית, כאשר כל הצדדים הם בעלי זכויות שוות לחלוטין, ובכללן זכויות הצבעה מלאות לרשות המחוקקת, יש הצדקה מסוימת לחקיקה מעין זו, שכן דיני זכויות האדם אינם שוללים שיקולי יעילות כחלק מההצדקה לשלילת זכות הקניין. כך הוא המצב בארצות-הברית,⁸¹ וכך הוא המצב במדינות שונות באירופה.⁸² אני סבור שמצב זה אינו תואם לחלוטין את הניתוח המקובל של זכויות הקניין בדין הישראלי,⁸³ אך בהחלט ניתן לטעון שדיני זכויות האדם יכולים להתיר הפקעה, תמורת פיצוי מתאים, של קרקע פרטית שעליה הוקמו בתים ואף יישובים. כבר הזכרתי לעיל את ההוראה שבסעיף 3 לחוק, שלפיה תנאי להפקעה הוא כי שווי הבנייה של היישוב גבוה משווי המקרקעין. בלא לקבוע מסמרות, ייתכן שיש בסיס לגיטימי לטענה כי אילו היה חוק דומה עובר בישראל, וחל על סכסוכים שאין בהם כל מרכיב אתני או מפלה – היה החוק עומד באופן כללי בדרישות זכויות האדם.

אלא שייחוס ההצדקות הללו להצעת חוק ההסדרה מופרך, ומתעלם לחלוטין מההקשר שבו מחוקק חוק זה. בשטחים קיים חוסר שוויון דרמטי בין התושבים הפלסטינים, שההגנה המשפטית המרכזית שיש להם מפני השלטון הישראלי היא דיני הכיבוש, לבין המתנחלים, שהם אזרחים מלאים ושווי זכויות במדינת ישראל. אין ולא יכול להיות ספק, שמצב זה הוא מצב בלתי-שוויוני באופן מוחלט. במצב זה מגנים דיני הכיבוש על התושבים הפלסטינים, חסרי האזרחות והגישה למערכת הפוליטית. יישום של דוקטרינות הנוגעות למצב של אזרחים שווי זכויות לחלוטין, אינו רלוונטי כלל למצב זה. באותה מידה יש להקשות על הניסיון, שניסה משרד המשפטים לקדם כתחליף לחוק ההסדרה, להפעיל בנוגע לבעלות בשטחים את תקנת השוק או את "המודל הקפריסאי". "תקנת השוק" מבוססת על צו אלוף משנת 1967. על פי סעיף 5 לצו זה, עסקה שעשה אדם בתום לב עם הממונה על הרכוש הממשלתי ביהודה ושומרון, לגבי נכס שהתברר לאחר עשיית העסקה כי איננו רכוש ממשלתי כלל, תעמוד בתוקפה אם בשעת עשיית

⁸¹ Kelo v. City of New London, 545 US (2005) 469. אין הסכמה בינלאומית כללית בנוגע לזכות ההפקעה לטובת אינטרסים כלכליים פרטיים, ואף במדינות שונות בארצות הברית יש התנגדות עזה לתפיסה זו.

⁸² James v. UK, A98 [E.Ct.H.R., 1986].

⁸³ במיוחד לאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו בג"ץ 2390/96 קריסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625 (2001), וכך אף לאחר התיקון לפקודת הקרקעות (רכישת מקרקעין לצרכי ציבור) (תיקון מס' 3), ס"ח התש"ע 346. ראו למשל בג"ץ 959/13 דג'אני נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 31.7.2013).



העסקה חשב הממונה כי המדובר בנכס ממשלתי.⁸⁴ סעיף זה לא הופעל מאז חוקק בשנת 1967, ובדין לא הופעל. בדיני המקרקעין במדינת ישראל מקובל להניח כי מי שעשה עסקאות בהסתמך על רישום ממשלתי רשמי, יכול ליהנות מהגנה.⁸⁵ הניסיון לדמות את המצב בשטחים למצב של עסקאות הנעשות בהסתמך על רישום ממשלתי בישראל נראה לי שגוי. המצב החל בשטחים הוא שהממונה על הרכוש הממשלתי מייצג את שלטונות הכיבוש, ומקצה בפועל קרקע לישראלים בלבד. לא מדובר בגוף ממשלתי ניטרלי, השוקל באופן שוויוני את האינטרסים של כלל התושבים, ואינו מעדיף אף אחד מהם. במצב זה יש לפסול את השימוש בסעיף זה, המאפשר למעשה מעבר של קרקע מפלסטינים לישראלים בלבד.

הוא הדין באשר להסתמכות על ה"מודל הקפריסאי". "המודל הקפריסאי" הוא הכינוי שניתן בישראל למנגנון הפיצוי שהוקם על ידי הרפובליקה של צפון קפריסין (שעל פי המשפט הבינלאומי היא שטח קפריסאי כבוש על ידי טורקיה). המנגנון, שהוקם בעקבות פסק הדין של בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין Loizidou,⁸⁶ מיועד לפיצוי תושבי צפון קפריסין שגורשו לדרום קפריסין ושנכסיהם הוחרמו. בפסק הדין בעניין Demopolous,⁸⁷ אישר בית הדין האירופי לזכויות אדם את הפסיקות של הטריבונל של צפון קפריסין, שכמעט בכל התיקים פסקו פיצויים לתובעים ולא פקדו על השבת הקרקע.

המודל הקפריסאי אינו רלוונטי לשטחים כלל ממספר טעמים מרכזיים: המודל עוסק ביישומה של האמנה האירופית לזכויות אדם, ולא ביישום של דיני הכיבוש; הוא נוצר בהקשר של מו"מ הכולל השבת פליטים, השבת קרקעות וגם פיצוי, ואילו בשטחים נטילת הקרקע היא המרכיב היחיד שבו מדובר; בקפריסין עברו למעלה מ-35 שנה מאז נטילת הקרקע, והתושבים כלל אינם נמצאים בשטח הכבוש, ואילו בשטחים הפלסטיניים, התושבים נמצאים במקום; לבסוף, ובעיקר, בית הדין האירופי לזכויות אדם הוא בית דין בינלאומי שמסכותו מוגבלת, וממילא הוא מגביל את התערבותו. מגבלה כזו לא קיימת לגבי בג"ץ.

כמו חוק ההסדרה, גם ההסדרים החלופיים המוצעים למניעת פינוי המאחזים על קרקעות פלסטיניות פרטיות, כמו תקנת השוק ו"המודל הקפריסאי", מבוססים על הנחת יסוד שגויה. הפעלתם של הסדרים אלו יכולה, אולי, להיחשב כסבירה, כאשר הנהגים מהסדרים אלו, ואלו שעלות ההסדר נופלת על כתפיהם, מצויים בשוויון של זכויות וחובות. נפגעי ההסדר הנוכחיים יכולים להפוך להיות מרוויחים מהסדר דומה בעתיד. אם

⁸⁴ ס' 5 לצו מספר 59 – צו בדבר הרכוש הממשלתי מיום 31 ביולי 1967.

⁸⁵ למשל ס' 10 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.

⁸⁶ Loizidou v. Turkey [E.Ct.H.R., 1996].

⁸⁷ Demopolous v. Turkey [E.Ct.H.R., 2010].



מחיר מופקע

ההסדר החוקי פוגע בהם, הם יכולים לפעול פוליטית לשנותו. מצב דברים זה אינו מתקיים בשטחים. המדינה מבקשת ליטול לעצמה קרקעות, ולהעניק אותן לאזרחיה, בלא שהנפגעים מההסדר, הם התושבים הפלסטיניים שבשטחים, וכלו לקוות אי פעם ליהנות מהסדר זה או מהסדר דומה לו. בדומה לכך, לפלסטינים אין כמובן זכות בחירה במדינת ישראל, ואין הם משתתפים בהליך הפוליטי שבה. השימוש בזכויות אדם בענייננו, בהשוואה להסדרים הקיימים במדינות אחרות שבהם הנהנים והנפגעים מהחוק כולם אזרחים שווי זכויות, הוא מניפולטיבי באופן קיצוני. בדיוק על מנת למנוע שימוש מניפולטיבי ומעוות זה בדין, נוסחו דיני הכיבוש באופן כזה שיגנו על האוכלוסייה הכבושה בעזרת כללים פשוטים וברורים. דיני הכיבוש נועדו להגן על התושבים המוחלשים של השטח הכבוש מפני עושיק בסמכות חוקית על ידי הכובש – זו היא מטרת קיומם, וכל ניסיון לעקוף את דיני הכיבוש באמצעי חקיקה מסוגים שונים אינו חוקי.

7. סיכום

פסק הדין בעניין **חמאד** חשוב בעיקר בשל כך שהוא תרם לחשיפת המציאות המשתנה בשטחים. המציאות הפוליטית הישראלית אינה יכולה עוד לחסות מאחורי כסות הלגיטימציה שהעניקו דיני הכיבוש לשליטה הישראלית. בין לשיטת הטוענים כי דיני הכיבוש היו המסגרת המתאימה של שליטת ישראל בשטחים, ובין לשיטת אלו שסוברים שהכיבוש עצמו היה בלתי-חוקי, הרי שההחלה של דיני הכיבוש היוותה את המסגרת הנורמטיבית שבה פעלה שליטת ישראל בשטחים.

חוק ההסדרה מגלה כי ישראל בשלה לזנוח, ואולי אף זנחה, את המודל המשפטי של דיני הכיבוש, ולהחליפו במודל אחר. התפיסות המשפטיות שהיוו את הבסיס לשליטתה של ישראל: העמימות בנוגע למעמד השטח; הניתוק בין החלת דיני הכיבוש לטענת הריבונות; ההכפפה של בניית ההתנחלויות למגבלה האוסרת הפקעת קרקע פרטית – כל אלו אינם זוכים עוד לתמיכת ישראל. חוק ההסדרה הוא ביטוי פורמלי לזניחת הדוקטרינות הללו, שהיוו את הבסיס למצב המשפטי בשטחים בחמישים השנים האחרונות.

העובדה שלפלסטינים בשטחים אין זכויות מלאות, יכולה הייתה, אולי, להיות מוצדקת לאור התחולה של דיני הכיבוש. אם מצב הכיבוש הוא מצב זמני, ואם אכן השטחים מיועדים להקמתה של מדינה פלסטינית, כי אז ניתן להבין, אם כי אולי לא להצדיק, את ההבדל בין זכויותיהם של הפלסטינים לישראלים תחת שלטון מדינת ישראל. חרף זאת, חוק ההסדרה מגלה כי ישראל מתנתקת מההיגיון הבסיסי של דיני הכיבוש. התומכים בחוק ההסדרה, או בהסדרים החלופיים לו, מגלים דעתם כי בשטחים אין לפעול לפי דיני הכיבוש, אלא לפי כללים משפטיים "רגילים".



תפיסה זו מביאה את ישראל לצומת דרכים משפטי-חוקתי. ישראל מבקשת להפעיל בשטחים הסדרים הסותרים בצורה ברורה את דיני הכיבוש מן המשפט הבינלאומי. כהצדקה לכך, ישראל מבקשת להסתמך על הסדרים שניתן, אולי, להצדיק אותם במשטר שבו כל הנמענים של ההסדרים הללו הם אזרחים שווי זכויות. במשטר שבו אפליה מובנית בין כובש לנכבש, הסדרים אלו פסולים. אם ישראל אכן מפעילה בשטחים משטר משפטי "רגיל", עליה לעשות זאת בכל התחומים. המשמעות היא מתן מלוא הזכויות לכל התושבים הפלסטינים, ואילו כל עמדה אחרת משמעה שהמשפט יפלה בין תושבים שונים באותו תא שטח בהתאם למוצאם.

פסק הדין בעניין **חמאד** עלול לסמן, לפיכך, את "שירת הברבור" של תחולת דיני הכיבוש על השטחים שנכבשו ב-1967 ושעודם בשליטתה האפקטיבית של ישראל, והתוצאות המשפטיות שלו מעידות על שינוי דרמטי במשפט החוקתי הישראלי. שינוי זה עתיד לתן אותותיו בפסיקות בית המשפט, ביחסיה של ישראל עם הקהילה הבינלאומית, בשליטה בפועל בשטחים לאורך שנים רבות, ובצביונה של המדינה כמדינה "יהודית ודמוקרטית".