

בג"ץ 1308/17

בג"ץ 2055/17

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

עיריית סילוואד ואח'
ע"י ב"כ עוה"ד סוהאד בשארה ואח'
עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רח' יפו 94, חיפה
טל': 04-9501610 ; פקס': 04-9503140

העותרים בבג"ץ 1308/17

וע"י עוה"ד סלימאן שאהין
מרכז ירושלים לזכויות האדם
רח' אבן בטוטה 14, ירושלים
טל': 02-6272982 ; פקס': 02-6264770

נ ג ד

1. הכנסת
המשיבה 1 ע"י היועץ המשפטי של הכנסת
הכנסת, קרית בן גוריון, ירושלים
טל': 02-6408638 ; פקס': 02-6753495

2. המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית
המשיב 2 ע"י פרקליטות המדינה
רח' צלאח א דין 29, ירושלים
טל': 02-6466101 ; פקס': 02-6467011

3. ממשלת ישראל
המשיבה 3 ע"י ב"כ עוה"ד הראל ארנון
רח' הרטום 16, ירושלים
טל': 02-6509100 ; פקס': 02-6509110

המשיבים בבג"ץ 1308/17

ראש מועצת הכפר עין יברוד ואח'
ע"י ב"כ עוה"ד מיכאל ספרד, עוה"ד שלומי זכריה,
עוה"ד מיכל זיו ואח'
רח' דוד חכמי 12, תל-אביב
טל': 03-6206947 ; פקס': 03-6206950

וע"י ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או רוני פלי ואח'
האגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב
טל': 03-5608185 ; פקס': 03-5608165

העותרים בבג"ץ 2055/17

נ ג ד

1. הכנסת
המשיבה 1 ע"י היועץ המשפטי של הכנסת
הכנסת, קרית בן גוריון, ירושלים
טל': 02-6408638 ; פקס': 02-6753495

2. הממשלה
המשיבה 2 ע"י ב"כ עוה"ד הראל ארנון
רח' הרטום 16, ירושלים
טל': 02-6509100 ; פקס': 02-6509110

7-3. היועץ המשפטי לממשלה ואח'
המשיבים 7-3 ע"י פרקליטות המדינה
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים
טל': 02-6466101 ; פקס: 02-6467011

8. המועצה האזורית מטה בנימין
באמצעות ב"כ, עו"ד שמחה דן רוטמן ואח'
רח' הלל 18 ירושלים
טל': 052-8743868 ; פקס: 077-4449672

המשיבים בבג"ץ 2055/17

המבקשים להצטרף כידיד
בית המשפט

פרופ' דוד אנוך ואח'
ע"י ב"כ, עו"ד באנה שגרי-בדארנה ו/או עו"ד סוריה בשארה
מהקליניקה לזכויות אדם בינלאומיות
הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית
טל': 02-5882554 ; פקס: 02-5882544

תגובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

1. בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד, מתכבד היועץ המשפטי לממשלה להגיש תגובה מטעמו לעתירות ולבקשות לצו ביניים.
2. עניין של שתי העתירות שבכותרת הוא בחוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017 (להלן: חוק ההסדרה או החוק). בעתירות נטען כי החוק הוא חסר תוקף באזור יהודה והשומרון (להלן: האזור או איו"ש), ולכן אסור על המפקד הצבאי באזור לפעול על פיו; וכן כי החוק בטל בהיותו בלתי חוקתי.
3. היועץ המשפטי לממשלה סבר, בעת ההליכים לחקיקת החוק, כי קיימת מניעה משפטית מפני קידומו של החוק. משנחקק החוק, והוגשו העתירות שבכותרת, הוחלט כי בנסיבות החרیגות תיוצג ממשלת ישראל בהליך שבנדון על-ידי עורך דין פרטי. עמדת הממשלה הוגשה ביום 23.8.17.
4. עמדת היועץ המשפטי לממשלה, כפי שתובא בהרחבה, היא כי אין מנוס מהכרזה שיפוטית על חוק ההסדרה כחוק בלתי-חוקתי, אשר דינו – בטלות.
5. החוק שנחקק נועד על פניו לתת מענה למצוקתם של מתיישבים לא מעטים אשר התברר כי בתייהם אינם נמצאים בתחומי אדמות מדינה, ולכן – על רקע הדין החל באזור ופסיקת בית המשפט הנכבד בנדון – עומדים כביכול בפני סכנת פינוי והריסה. אין חולק כי הרצון לתת מענה ראוי לבעיה זו, במקרים שבהם מדובר במתיישבים תמי לב אשר נקלעו לסיטואציה שלא בטובתם, הוא תכלית ראויה. יחד עם זאת, החוק אינו מסתפק במתן מענה למצבים אלה, אלא חל גם ביחס למצבים שבהם אין הצדקה לכך, למשל בינוי שבוצע לפני זמן קצר, כאשר המקום מודע במופגן למעמדה הקנייני של הקרקע ופועל ללא היתר כדין. זו אינה תכלית ראויה.

6. מכל מקום, ההסדר שנקבע בחוק הוא **הסדר גורף ופוגעני**, אשר נותן **עדיפות מוחלטת** לזכויות ולאינטרסים של המתיישב על פני זכויותיהם הקנייניות של בעלי הזכויות במקרקעין באזור, בכל סיטואציה אשר תהיה, תוך התעלמות גורפת מיתר השיקולים הצריכים לעניין. בנוסף, החוק גם יגרום להפליה חמורה, במישור התוצאתי, כלפי האוכלוסייה הפלסטינית באזור. **על כן, מדובר בהסדר שאינו צולח את מבחן המידתיות.**
7. מסקנה זו מתחזקת בשים לב לכך שמדובר בהסדר הסוטה במובהק מהסדרים מוכרים ומושרשים בדיני האזור ובישראל הנוגעים לתחרות זכויות במישור הקנייני בין אדם לחברו, כמו גם מן ההסדרים הנוגעים לנטילת זכויות במקרקעין על-ידי הרשויות. זאת, בעת שקיימות בדין הקיים מספר חלופות מידתיות יותר, שיש בהן כדי לתת מענה לחלק ניכר מן המקרים שראוי לתת להם מענה, גם אם לא לכל קשת המקרים הרחבה שלגביהם חל לכאורה חוק ההסדרה.
8. בצד האמור, ההסדר שנחקק מעורר שאלות נכבדות במישור הדין הבין-לאומי. עם זאת, די במסקנה כי הוראותיו אינן צולחות את הביקורת החוקתית, כפי שיפורט בהרחבה, כדי להביא למסקנה המתחייבת כי אין מנוס מפני הכרזה על בטלותו.

תוכן עניינים

5	רקע I: הדין החל באיו"ש
6	רקע II: דיני המקרקעין באזור
7	א. סיווג המקרקעין לפי הדין העות'מאני
8	ב. רישום המקרקעין באזור והליכי הסדר המקרקעין
8	ג. רכוש ממשלתי – "אדמות מדינה"
10	ד. הקצאת מקרקעין שהם רכוש ממשלתי לטובת ההתיישבות הישראלית
11	ה. תקנת שוק בהקצאת רכוש ממשלתי
11	ו. רכוש נטוש
12	ז. "אדמות היהודים"
12	ח. תפיסת מקרקעין לצרכים צבאיים
13	ט. הפקעת מקרקעין פרטיים לצורך ציבורי
15	י. התיישנות במקרקעין
16	יא. בנייה ונטיעה על מקרקעי הזולת
18	רקע III: ההתיישבות הישראלית והמקרקעין באזור
21	הליכי החקיקה
23	עיקרי החוק
25	העתירות נגד חוק ההסדרה
27	עמדת היועץ המשפטי לממשלה
27	א. תחולת חוק ההסדרה באיו"ש
31	ב. האם חוק ההסדרה כפוף לדיני התפיסה הלוחמתית
32	ג. הערה מקדמית: תחולה אקסטרה-טריטוריאלית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו
34	ד. המסגרת החוקתית וזיקתה למשפט הבין-לאומי
36	ה. הפגיעה בזכות
36	ה.1. זכות הקניין
42	ה.2. הזכות לכבוד ולאי-הפליה
44	ו. בחינת הפגיעה בזכויות בראי פסקת ההגבלה
45	ו.1. האם החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל
45	ו.2. החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה – מבחן תכלית החקיקה
47	ו.3. "במידה שאינה עולה על הנדרש" – מבחני המידתיות
51	ו.4. מידתיות במובן הצר
58	ז. הסעד
58	ח. הבקשה לצו ביניים

רקע I: הדין החל באיו"ש

9. כידוע, המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא הוחלו באזור (ראו: בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אל-מעלמין נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לו(4) 785, 792 (1983) (להלן: עניין ג'מעית אסכאן); בג"ץ 2612/94 שעאר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(3) 675, 681 (1994); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 558-559 (2005) (להלן: עניין חוף עזה)).

10. החל מכניסת כוחות צה"ל לאיו"ש בשנת 1967, מנוהלים שטחי האזור על פי דיני התפיסה הלוחמתית (Laws of Belligerent Occupation), אשר התפתחו כחלק מדיני הלחימה. הוראות המשפט הבין-לאומי המנהגי בנוגע לדיני התפיסה הלוחמתית מעוגנות בתקנות הנספחות לאמנת האג בדבר דיני ומנהגי המלחמה ביבשה משנת 1907 (להלן: תקנות האג). כמו כן, המדינה מתנהלת באיו"ש בהתאם להוראות ההומניטאריות המצויות באמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה משנת 1949 (להלן: אמנת ג'נבה הרביעית).

11. המדינה הצהירה על עמדתה בדבר המסגרת המשפטית הנורמטיבית האמורה החלה באיו"ש פעמים רבות, והיא עוגנה בפסיקה ענפה של בית המשפט הנכבד. כך סוכמה מסגרת זו בפסק הדין של עשרת שופטי הרוב בעניין חוף עזה:

"על פי תפיסת המשפטית של ממשלות ישראל לדורותיהן כפי שהוצגה בפני בית המשפט העליון – תפיסה שנתקבלה על ידי בית המשפט העליון לדורותיו – מוחזקים אזורים אלה על ידי מדינת ישראל בדרך של "תפיסה לוחמתית" (Belligerent Occupation). משמעותה של תפיסה משפטית זו היא כפולה: ראשית, המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל אינם חלים באזורים אלה. ... אזורים אלה לא "סופחו" לישראל, והם אינם חלק ממנה. ... שנית, המשטר המשפטי החל באזורים אלה נקבע על ידי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי ובמרכזם הכללים העוסקים בתפיסה לוחמתית." (שם, בעמ' 514).

12. הפרקטיקה הנהוגה והמקובלת במקרים של תפיסה לוחמתית של שטח היא הקמת ממשל נפרד על-ידי המדינה הכובשת לטובת ניהול השטח הכבוש, צבאי או אזרחי; כאשר הדגש הוא על קיומה של מערכת נפרדת על-ידי הכוח הכובש לצורך הוצאתן לפועל של סמכויותיו וחובותיו מכוח דיני התפיסה הלוחמתית. כך גם פעלה מדינת ישראל עם כניסת כוחות צה"ל לאיו"ש בשנת 1967, על-ידי כינון ממשל צבאי באיו"ש. במנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), התשכ"ז-1967 (להלן: מנשר מס' 2), קבע מפקד כוחות צה"ל באזור כי "כל סמכות של שלטון, חקיקה, מינוי ומינהל לגבי האזור או תושביו תהיה נתונה ממועד פרסום המנשר ואילך בידי בלבד".

13. עוד נקבע במנשר מס' 2 כי המשפט שהיה קיים באזור בעת כניסת כוחות צה"ל לשטח ימשיך לעמוד בתוקפו, ככל שאינו סותר את צווי המפקד הצבאי ובשינויים הנובעים מכינונו של השלטון הצבאי באזור. לפיכך, המסגרת הנורמטיבית באזור מורכבת ממספר מקורות, והם: הדין המקומי שהיה בתוקף עובר לתפיסת האזור על-ידי כוחות צה"ל, ובכלל זה דינים עות'מניים, ירדניים ומנדטוריים (להלן: הדין המקומי), תחיקת הביטחון של המפקד הצבאי (אשר נחקקה עד כה בהתאם להוראות המשפט הבין-לאומי במסגרת דיני התפיסה הלוחמתית) וכן עקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי, המחייבים את כוחות צה"ל בפעילותם. כאמור, המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא הוחלו בשטחי איו"ש.

14. בצד האמור, לגבי האזרחים והתושבים הישראלים המתגוררים בשטחי האזור, קיימים רבדים חקיקתיים נוספים:

האחד, חקיקה מפורשת של הכנסת הקובעת תחולה פרסונאלית חוץ-טריטוריאלית של דברי חקיקה על התושבים הישראלים – כגון החיקוקים המנויים בתוספת לחוק לתיקון ולהארכת תוקפן של תקנות-שעת-חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשס"ז-2007. ראו, למשל סעיף 378 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, וכן סעיף 3א לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש].

השני, רובד של חקיקת המפקד הצבאי אשר חלה רק בתחומי היישובים הישראליים – "משפט המובלעות". צווים אלה – ובראשם צו בדבר ניהול מועצות מקומיות (יהודה והשומרון) (מס' 892), התשמ"א-1981, כפי שתוקן מעת לעת, וצו בדבר ניהול מועצות אזוריות (יהודה והשומרון) (מס' 783), התשל"ט-1979, כפי שתוקן מעת לעת – מסמיכים את מפקד כוחות צה"ל לקבוע כללים בדבר הסדרת ענייניהם של תושבי המועצות בתקנון המועצות המקומיות או האזוריות. בין היתר, בתקנונים אלה המפקד מונה שורה של דברי חקיקה ישראליים ומחיל נורמות הקבועות בהן, בשינויים מחויבים, בשטחי המועצות.

רקע II: דיני המקרקעין באזור

15. כפועל יוצא מן המסגרת ההיסטורית והנורמטיבית שעליה עמדנו, מורכב הדין הפנימי החל באזור – ובכלל זה דיני המקרקעין ודיני התכנון והבניה – מהדין המקומי שהיה בתוקף עובר לתפיסת האזור על-ידי כוחות צה"ל, ובכלל זה דינים עות'מאניים, ירדניים ומנדטוריים ומתחיקת הביטחון של המפקד הצבאי. בפרק זה, נבקש לסקור מספר מושגי יסוד בהקשר של דיני המקרקעין באזור. מכיוון שמדובר בנושא רחב מאוד, מיקודנו יהיה ככלל רק בנושאים הרלוונטיים לענייננו, ואשר הכרת מונחי היסוד והדינים הנוהגים לגביהם נדרשת לשם המשך הדיון.

א. סיווג המקרקעין לפי הדין העות'מאני

16. דיני המקרקעין העות'מאניים מבחינים בין סוגי זכויות שונים במקרקעין. אחת ההבחנות החשובות היא בין זכות ה"רקאבה" לבין זכות ה"תצרוף": "רקאבה" היא זכות הבעלות הערטילאית בקרקע, אשר אינה כוללת בחובה זכות חזקה או שימוש בקרקע, והיא למעשה זכות שוירית בלבד; "תצרוף" היא זכות החזקה והשימוש, אך לא הבעלות המלאה. פקיעת זכות התצרוף מובילה לחזרת המקרקעין לידי בעל הרקאבה.

17. חוק הקרקעות העות'מאני משנת 1858 (להלן: חוק הקרקעות העות'מאני) מבחין בין חמישה סוגי קרקעות: מולכ, מירי, מוואת, מתרוכה, ומווקפה.

מולכ: מדובר בקרקע בבעלות פרטית מלאה, אשר בה זכות הרקאבה וזכות התצרוף מרוכזות שתיהן בידי אותו הפרט. מדובר בעיקר בקרקעות המצויות בתוך תחומי הערים והכפרים. ככלל, הדינים המהותיים המסדירים את המקרקעין מסוג מולכ אינם מצויים בחוק הקרקעות העות'מאני, כי אם בדינים הכלליים המפורטים במגילה.

מירי: מדובר באדמה שבה זכות הרקאבה נשמרת בידי המדינה, ואילו זכות התצרוף עשויה להיות מוקנית לאדם פרטי לצורך עיבוד חקלאי של הקרקע, תמורת תשלום דמי שטר הקניין (קושאן) והמיסים. ניתן לדמות את זכות התצרוף ב"מירי" למעין החכרה לדורות של המקרקעין מידי המדינה לידי פרט, לצורכי שימוש חקלאי. אדמות מסוג מירי מהוות ככלל "טבעת" של מקרקעין הראויים לשימוש חקלאי אשר מקיפה את הכפרים והערים. מאפיין בולט של קרקע "מירי" הוא שלפי חוק הקרקעות, זכות התצרוף בה ניתנת לרכישה גם על-ידי חזקה ועיבוד של הקרקע במשך 10 שנים (סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני – ראו פירוט בהמשך). בנוסף, לפי סעיף 68 לחוק, הימנעות מלעבד את הקרקע בתנאים המפורטים בסעיף, מביאה לכך שזכות התצרוף של הפרט פוקעת וחוזרת למדינה (קרקע "מחלול").

מוואת: אדמות נטושות ושוממות, אשר מצויות במרחק מה מקצוות היישוב. אדמות מוואת הן אדמות בבעלות מלאה של המדינה, אשר רשאית להקצותן לשימושים שונים.

מתרוכה: אדמות שבהן זכות הרקאבה נתונה בידי המדינה וזכות התצרוף היא בידי הציבור (ציבור מסוים או ציבור כללי), כדוגמת כביש או דרך.

ווקף/מווקפה: אדמות הקדש (למטרות דת או צדקה, או הקדש משפחתי) – כאשר קיימת הבחנה בין אדמות הקדש מסוג מולכ לבין אדמות הקדש מסוג מירי.

ב. רישום המקרקעין באזור והליכי הסדר המקרקעין

18. באיו"ש לא הושלמו הליכי הרישום של המקרקעין, ובניגוד למצב בישראל, אין בנמצא מרשם מקרקעין מלא ומקיף אשר ממנו ניתן ללמוד על מעמדה הקנייני של כל קרקע וקרקע.

ניסיונות חקיקתיים של המשטרים השונים ששלטו באיו"ש לחייב פרטים לרשום את זכויותיהם¹ – לא צלחו ולא הובילו ליצירת מרשם מלא ומהימן.

הליכי הסדר המקרקעין, שהחלו בתקופה המנדטורית ביחס לכל שטחי ארץ ישראל, המשיכו באיו"ש גם בתקופת השלטון הירדני, אך הותלו עם כניסת כוחות צה"ל לאיו"ש בשנת 1967 (צו בדבר הסדר קרקעות ומים (יהודה ושומרון) (מס' 291), התשכ"ט-1968). הפועל היוצא של התליית הליכי הסדר המקרקעין, הוא שרק כשליש מן האדמות באיו"ש עברו הליכי הסדר.

כיום, קיימת אפשרות לנקוט בהליך של "רישום ראשון" – ביוזמת הטוען לזכות, ולא כחלק מהסדר כולל – בהתאם לחוק הירדני בדבר רישום נכסי דלא נידי אשר טרם נרשמו, לשנת 1964, כפי שתוקן מעת לעת בתחיקת הביטחון.

ג. רכוש ממשלתי – "אדמות מדינה"

19. הצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967 (להלן: **הצו בדבר רכוש ממשלתי**), קובע כי רכוש ממשלתי הוא רכוש אשר ביום הקובע או לאחריו שייך, רשום על שם, או מוקנה למדינת אויב, או לתאגיד אשר למדינת אויב זכות כלשהי בו. "מדינת אויב" לעניין הצו בדבר רכוש ממשלתי, במועד התקנתו, הייתה ממלכת ירדן ההאשמית על רשויותיה השונות, ו"היום הקובע" הוא יום כניסת כוחות צה"ל לאזור. השאלה מהו "רכוש ממשלתי" בהקשר של נכסי דלא נידי שאותם מנהל הממונה (אשר מוכרים גם בכינוי העממי "אדמות מדינה"), היא שאלה מורכבת.

במישור המהותי, נגזרת התשובה מדיני המקרקעין העות'מאניים. מתוך אדמות **המולכ**, ישנם נכסים השייכים למדינה – כדוגמת בנייני ציבור ומשרדי הממשלה. מתוך אדמות **המירי**, ישנן אדמות שלא הוקנו לאדם פרטי; העיבוד בהן הופסק לתקופה של שנים; ובהן אין לפרט זכות תצרוף. אדמות **המוואת** הן כולן "אדמות מדינה", וכך גם אדמות **המתרוכה** (בסייגים הקשורים לשימוש הציבורי שאליו הן מיועדות).

¹ כך, הדין העות'מאני אסר על החזקת אדמת "מירי" או העברתה בלי שטר טאבו (סעיף 3 לחוק הקרקעות, סעיף 3 לחוק הטאבו, סעיף 1 להוראות חוק הטאבו). פקודת העברת קרקעות, 1920 המנדטורית קבעה כי העברת מקרקעין ללא רישום תהא חסרת תוקף. סעיף 2 לחוק התצרוף בנכסי דלא נידי הירדני קבע כי ביצוע כל פעולות התצרוף חייב ברישום, בעוד שסעיף 16(3) לחוק הסדר הקרקעות והמים מס' 40, לשנת 1952 אסר על העברת זכויות בלי רישום, ואף קבע עבירה פלילית לצד איסור זה.

במישור הרישומי – ככלל, זכויות המדינה אינן רשומות במרשם המקרקעין. זאת, למעט במקומות שבהם הושלם הסדר המקרקעין ונרשמו במסגרתו מקרקעין על שם המדינה, או לחלופין שזכויות המדינה נרשמו אגב הליכי רישום ראשון (מקרים חריגים).

20. סיווג מקרקעין כרכוש ממשלתי ביחס למקרקעין שאינם רשומים דורש הליך שבמסגרתו תיבחן התקיימות התנאים של הדין המהותי כמפורט לעיל – הוא הליך "ההכרזה".

21. הליך ההכרזה, שננקט לפי סעיף 2 לצו בדבר רכוש ממשלתי, נועד לברר את מעמדם של מקרקעין וקביעת חזקה לכאורית לגבי היותם רכוש ממשלתי. ההכרזה על מקרקעין כרכוש ממשלתי היא הליך "דקלרטיבי" במהותו והיא אינה משנה, כשלעצמה, את הזכויות במקרקעין, אלא מהווה אמצעי בידי הממונה להבחין בין אדמות שהן בגדר רכוש ממשלתי לבין אדמות בבעלות פרטית (בג"ץ 3998/06 יאסין נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית (פורסם באר"ש, 9.11.06); בג"ץ 285/81 אל-נאזר נ' מפקד יהודה ושומרון, פ"ד לו(1) 701 (1982)). ההכרזה נעשית לאחר מספר בדיקות, שנועדו לוודא שאין בעלות או חזקה פרטית במקרקעין, ובהן: בדיקה בפנקסי רישום המקרקעין, בדיקה בשטח שהוא אינו מעובד, בדיקה בתצלומי אוויר משנים קודמות שהשטח לא עובד מספר רב של שנים וכיוצא באלה. במהלך הליך ההכרזה, מוציא הממונה על הרכוש הממשלתי תעודה, גבולות ההכרזה מסומנים בשטח באופן בולט, נעשה פרסום של התעודה על דרך תלייה במפקדות התיאום והקישור הנפתיות ועריכת סיור במקום עם הנוגעים בדבר. בפרק זמן של 45 יום לאחר פרסום ההכרזה, רשאי מי שסבור שנפגע ממנה להגיש ערר לוועדת העררים הפועלת מכוח צו בדבר ועדות עררים (יהודה ושומרון) מס' 172, התשכ"ח-1967.

ככלל, מאז שנות ה-80 של המאה הקודמת, הליך ההכרזה על מקרקעין כ"רכוש ממשלתי" היה תנאי לנטילת החזקה במקרקעין על-ידי הממונה (וגם תנאי להקצאתם לצורך ההתיישבות הישראלית באזור).

22. כאמור, הליך ההכרזה – בניגוד להליך של הסדר מקרקעין או של רישום ראשון – הוא הליך מינהלי אשר אין בכוחו לשנות זכויות במקרקעין. משום כך, ההליך אף אינו סופי ואינו מונע טענות עתידיות ביחס לזכויות פרטיות במקרקעין המוכרזים.

23. בהקשר זה, נציין את ההוראה בצו בדבר רכוש ממשלתי, שמטרתה להגן על כשרות עסקאות של הממונה, המבוססות על הכרזה בדבר היות קרקע רכוש ממשלתי, מפני טענות בדיעבד בדבר היותה בבעלות פרטית. סעיף 5 לצו קובע, כי אם הממונה סבר בתום לב כי המקרקעין הינם אדמות מדינה, וביצע בהם עסקה, העסקה תמשיך לעמוד בתוקפה גם אם יתברר בדיעבד שהמקרקעין הם בעצם פרטיים.

24. בשנות ה-80 וה-90 של המאה הקודמת, בוצעו הכרזות לפי סעיף 22 לצו בדבר רכוש ממשלתי, בהתאם להליך שפורט לעיל. לימים הסתבר כי קיים צורך לדייק ולפרש את המפות שעליהן שורטטו גבולות ההכרזות הוותיקות הללו, שכן נוצרו קשיים משמעותיים "לתרגם" באופן מדויק את האמור בתרשים ההכרזה לגבולות ברורים של תחומי ההכרזה. מדובר היה למעשה בתרשים סכמטי שבוצע בכלי כתיבה עבה, לא על-ידי מומחה לתחום, אשר "הטלתו" על גבי מפה ברזולוציה גבוהה מובילה לתוצאה שאינה ברורה. העתקות של התרשים לאורך השנים הביאו אף הן לסטיות קלות. בנוסף, חלק מהתרשימים התבססו מלכתחילה על תצלומי אוויר "לא מיושרים", ולכן קשה היה להתאימם למפות מדויקות.

25. על כן, ונוכח אי-הדיוקים של התרשימים הסכמטיים והקשיים האינהרנטיים שבהעברתם למערכת הממוחשבת, הוחלט במינהל האזרחי כי יש לקבוע מתכונת עבודה מסודרת לבחינה מחודשת של תעודות בדבר הכרזה על אדמות מדינה, כפי שבוצעו במרוצת השנים. לשם כך הוקם "צוות סטטוס מקרקעין" (אשר מכונה גם "צוות קו כחול"), אשר נדרש לבדוק הכרזות על אדמות מדינה, שבוצעו על-ידי הממונה, ובתוך כך, לפרש באופן מדויק ככל שניתן את גבולות השטח הנכלל בהכרזה. זאת, בהתבסס על כלל החומר הרלוונטי (תצלומי אוויר שקדמו למועד ההכרזה; מסמכי ההכרזה; כלל ההליכים המשפטיים שהתנהלו ביחס להכרזה ובכלל זה עתירות, דיונים בפני ועדות ערר, ועוד; התרשים הסכמטי שצורף להכרזה (על אף מגבלותיו), ובעיקר הצורה הכללית של המתחמים ("פוליגונים") שסומנו כאדמות מדינה; וכן, נתונים נוספים ככל שהיו, כגון תעודות, הקצאות מקרקעין באמצעות קושאנים, ועוד).

לשלמות התמונה נציין, כי במסגרת נהלי המינהל האזרחי, שהוצגו לבית המשפט הנכבד אגב ההליך בבג"ץ 7986/14 במקום נ' שר הביטחון, נקבע מנגנון פרסום והשגה למי שרואה עצמו נפגע מהפרשנות שניתנה להכרזות על-ידי צוות קו כחול.

ד. הקצאת מקרקעין שהם רכוש ממשלתי לטובת ההתיישבות הישראלית

26. ככלל, הקצאת מקרקעין לטובת ההתיישבות הישראלית נעשית בשלבים, כאשר ניתנת ראשית הרשאה לתכנון ולפיתוח, ולבסוף חוזה חכירה. הממונה אינו נוהג להקצות מקרקעין ישירות לגורמים פרטיים, אלא ל"גורמים מיישבים", כגון ההסתדרות הציונית (במגזר הכפרי). במגזר העירוני, משווקים מקרקעין המיועדים לבניית יחידות דיור למגורים/בנה ביתך באמצעות הליכי מכרז פומביים המתפרסמים מטעם הממונה ביחד עם משרד הבינוי והשיכון, ובהתאם למכרז מתבצעת הקצאה לפרטים.

ה. תקנת שוק בהקצאת רכוש ממשלתי

27. סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי קובע כאמור את ההסדר מקום שבו הממונה הקצה קרקע לפרט, כאשר בהמשך התברר כי הקרקע לא הייתה בגדר רכוש ממשלתי:

5" כל עיסקה שנעשתה בתום לב בין הממונה ובין אדם אחר בכל נכס שהממונה חשבו בשעת העיסקה לרכוש ממשלתי, לא תיפסל ותעמוד בתקפה גם אם יוכח שהנכס לא היה אותה שעה רכוש ממשלתי." [ההדגשה הוספה – הח"מ]

28. סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי קובע אפוא הסדר של תקנת שוק במצב דברים שבו נעשתה עסקה בתום לב בין הממונה ובין גורם אחר בנכס שהממונה חשבו בשעת העסקה לרכוש ממשלתי; הסדר שקובע כי זו לא תיפסל ותעמוד בתוקפה גם אם יתברר שהנכס לא היה אותה שעה רכוש ממשלתי (ראו: ע"א 4999/06 הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי באזור יהודה ושומרון נ' מחצבות כפר גלעדי-שותפות מוגבלת, סעיף 14 לפסק הדין (פורסם בנבו, 15.2.09); נוסח זה שאוב, בשינויים המחויבים, מן ההסדר הקבוע בדין הישראלי בסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, התש"י-1950 (להלן: חוק נכסי נפקדים), להרחבה ראו רע"א 1096/97 אבו ג'ובה נ' פימן בע"מ, פ"ד נג(1) 481 (1999)).

ו. רכוש נטוש

29. רכוש נטוש הוא רכוש שבעליו יצאו משטחי האזור. נושא זה מוסדר בצו בדבר רכוש נטוש (רכוש הפרט) (מס' 58) (יהודה והשומרון) התשכ"ז-1967 (להלן: הצו בדבר רכוש נטוש). סעיף 3 לצו זה, מקנה את הנכס הנטוש לממונה, החל מהמועד שבו הפך לנכס נטוש, והממונה מוסמך ליטול בו את החזקה. הצו בדבר רכוש נטוש קובע בסעיף 8(א) כי הממונה ישמור על רכוש נטוש וכל רווח המופק ממנו עבור הבעלים, וסעיף 13 קובע כי עם חזרתו של הבעלים חייב הממונה לשחררו תוך גביית דמי ניהול. לשם כך קיימת ועדת שחרור נכסים נטושים. יש לציין שהסדר זה שונה באופן יסודי מההסדר המקביל בישראל ביחס ל"נכסי נפקדים". חוק נכסי נפקדים שולל את הבעלות בנכסי נפקדים מהנפקד, ואינו מקנה לו זכות לקבלם בחזרה.

30. בדומה לסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, קובע סעיף 10(א) לצו בדבר רכוש נטוש, הסדר של "תקנת שוק", אשר מכשיר עסקאות שבוצעו בתום לב בנכס שנחשב לנכס מוקנה, גם אם יוכח כי הנכס לא היה מוקנה לפי הוראות הצו:

10" (א) כל עיסקה שנעשתה בתום לבב בין הממונה ובין אדם אחר, בכל נכס, שהממונה חשבו בשעת העיסקה לנכס מוקנה, לא תיפסל, ותעמוד בתוקפה, גם אם יוכח, שהנכס לא היה אותה שעה מוקנה."

(השוו, כאמור, לסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים הישראלי).

ז. "אדמות היהודים"

31. המקרקעין המכונים בלשון עממית "אדמות היהודים" הם מקרקעין אשר היו עובר למלחמת השחרור, בבעלות מי שהיה לימים אזורי ישראל, ואשר הוגדרו לפיכך על-ידי הממשל הירדני כ"נכסי אויב". לפי ההלכה הפסוקה, הקניית המקרקעין האמורים לממונה הירדני על נכסי האויב הביאה לניתוק הזיקה הקניינית מבעליהם הקודמים, ועם כניסת כוחות צה"ל לאיו"ש, הם עברו לניהול המפקד הצבאי הישראלי, ועליו להחזיק בהם ולנהלם (ראו: בג"ץ 1285/93 עזבון שכטר נ' מפקד אזור יהודה והשומרון (פורסם בנבו, 8.12.96); בג"ץ 3103/06 ולירו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.2.11)). "אדמות היהודים" הן חלק אפוא מהאדמות המוגדרות כרכוש ממשלתי, ומנוהלות על-ידי הממונה במסגרת זאת.

ח. תפיסת מקרקעין לצרכים צבאיים

32. המפקד הצבאי מוסמך – על-פי כללי המשפט הבין-לאומי החל באזור הנתון לתפיסה לוחמתית – לתפוס חזקה במקרקעין אם הדבר דרוש לצורכי הצבא (ראו: בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 831 (2004) (להלן: עניין בית סוריק)). זאת, בין היתר, מכוח תקנה 52 לתקנות האג, המתייחסת למצב של תפיסה לוחמתית, ואשר קובעת את סמכותו של המפקד הצבאי לתפוס מקרקעין לצרכים צבאיים.

33. בפסיקות בית המשפט הנכבד נפסק כי "צורך צבאי", המאפשר תפיסת קרקע פרטית, כולל, בין היתר, הצבת עמדות ומאחזים צבאיים (בג"ץ 24/91 תימרו נ' מפקד כוחות צה"ל באזח"ע, פ"ד מה(2) 325 (1991)); מגורי חיילים (בג"ץ 290/89 ג'וחא נ' המפקד הצבאי באיו"ש, פ"ד מג(2) 116 (1989)); נציגות של המינהל האזרחי (בג"ץ 1987/90 שדיד נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, תק-על 90(2) 34 (1990)); סלילת כבישים עוקפים לשם הקטנת החיכוך בין האוכלוסיות (בג"ץ 2717/96 וופא עלי נ' שר הבטחון, פ"ד נ(2) 848, 856 (1996)); אבטחת "ציר המתפללים" למערת המכפלה (בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלוף פיקוד מרכז פ"ד נח(3) 443 (2004) (להלן: עניין הס)); הקמת גדר הביטחון (עניין בית סוריק לעיל). בראשית ימי ההתיישבות הישראלית באיו"ש, הוקמו יישובים גם על גבי מקרקעין פרטיים שנתפסו לצרכים צבאיים (ראו: בג"ץ 606/78 איוב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) (1979) (להלן: עניין איוב)); בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90 (1979) (להלן: עניין עמירה)).

ט. הפקעת מקרקעין פרטיים לצורך ציבורי

34. המקור החוקי בדיני האזור לביצוע הפקעה – רכישה כפויה של זכויות פרטיות במקרקעין על-ידי הרשות למטרה ציבורית כנגד תשלום פיצויים – מצוי בחוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) 1953, כפי שתוקן בצו מס' 321 בדבר חוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (יו"ש) 1969 (להלן: חוק הרכישה הירדני).

35. הבחינה אם הפקעה מסוימת היא כדין, אם לאו, נעשית במבחן דו-שלבי. ראשית יש לבדוק אם ההפקעה מבוצעת למטרה כשרה, קרי: לצורך ציבורי. לאחר מכן, יש לבדוק את מידתיות הפגיעה בקניין הפרט ביחס למטרת ההפקעה. בפסיקתו של בית המשפט הנכבד נקבע, כי כדי שיוכל המפקד הצבאי להפעיל את חוק הרכישה הירדני על מנת להפקיע מכוחו אדמה פרטית, עליו לעמוד בשלושה תנאים: על ההפקעה להיעשות בהתאם לדין המקומי; על ההפקעה להיות לטובת "האוכלוסיה המקומית"; על ההפקעה להיעשות בהתאם לכללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי (לעניין זה ראו: עניין ג'מעית אסכאן, בעמ' 809).

36. חוק הרכישה מגדיר צורך ציבורי באופן רחב: "כל צורך שהחליטה לגביו הממשלה בהסכמת המלך כצורך ציבורי". אך, באיו"ש – כפי שנפסק בעניין ג'מעית אסכאן – הצרכים הציבוריים האפשריים מוגבלים על-ידי המשפט הבין-לאומי, אשר תוחם את סמכות המפקד הצבאי בתקנה 43 לתקנות האג לפעולה שהיא לטובת האוכלוסייה המקומית, או למצער – גם לטובת אוכלוסיה זאת.

37. סוגיה רלוונטית בהקשר זה היא אם המתיישבים הישראלים באיו"ש נחשבים ל"אוכלוסיה מקומית", בהקשר של הפעלת סמכות ההפקעה לפי חוק הרכישה הירדני. לאורך השנים, נמנע המפקד הצבאי מהפעלת הסמכות לפי חוק הרכישה הירדני של נטילת מקרקעין לטובת אינטרס בלעדי של פיתוח ההתיישבות הישראלית באזור. חוות הדעת מחודש מאי 1980 של היועץ המשפטי לממשלה דאז, פרופ' יצחק זמיר (נספח מש/4 לתגובת הממשלה), סוקרת את השיקולים לכאן ולכאן בהקשר זה, תוך הבחנה בין תכליות שונות, אך אינה מכריעה בנדון. גם בספרות הובעו דעות לכאן ולכאן.²

Yoram Dinstein, The International Law of Belligerent Occupation, Cambridge University Press, ² Nils Meltzer, International Humanitarian Law A Comprehensive Introduction, ; 60, 85 (2009) ICRC 240 (2016).

"While the Hague Regulations protect the population of the occupied territory as a whole, the Fourth Geneva Convention is based on the concept of 'protected person,' ... ניתן להבין מאמירה זו, כי תקנות האג חלות על כלל האוכלוסייה בשטח הכבוש, ללא הבחנה אם האוכלוסייה שייכת למדינה המחזיקה, בעוד אמנת ג'נבה חלה רק על האנשים המוגנים; ומנגד - איל זמיר ואיל בננישתי, 'אדמות היהודים' ביהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים, מכון ירושלים לחקר ישראל, 293 (1993): 'יש להניח שלענייני מגבשי אמנת האג עמדה האוכלוסיה המקומית, אזרחי הריבון הקודם. המשפט הבינלאומי אינו עוסק מפורשות בזכויות אזרחי המדינה הכובשת באזור המימשל הצבאי.'"

פסק הדין בבג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (נימוקים פורסמו ביום 31.10.17) – להלן: עניין זיאדה), אשר נימוקיו פורסמו לפני מספר שבועות, מאזכר את פסיקת בית המשפט הנכבד שלפיה המתיישבים המתגוררים באזור נחשבים בהקשרים שונים לחלק מהאוכלוסייה המקומית. מנימוקי פסק הדין עולה כי הדבר רלוונטי גם לעניין סמכות הנטילה של מקרקעין פרטיים, אשר מקיימת בנסיבות מסוימות לטובת צרכים המשרתים את המתיישבים, ואילו השאלה העיקרית היא נושא המידתיות וסבירות ההחלטה המינהלית (פסקאות 26-27, 33).

למען השלמת התמונה יצוין, כי בעקבות הקביעות בפסק הדין בעניין זיאדה, קבע היועץ המשפטי לממשלה כי אין מניעה משפטית עקרונית, במישור הסמכות, להפקיע לצורכי ציבור חלק קטן מדרך הגישה ליישוב חרשה (המצוי באדמות מדינה), אשר מצוי על אדמות שאינן רכוש ממשלתי. זאת, בכפוף להשלמת הליכי התכנון וההפקעה על פי הדין המקומי, ולעמידתה של הפעולה בדרישות הסבירות והמידתיות.

צילום חוות הדעת בעניין חרשה מצורף ומסומן מש/1.

38. מכל מקום, שאלת מטרת ההפקעה היא רק שלב ראשון בבחינה, שכן בהמשך יש לבחון אם ההפקעה עומדת בכללי המשפט המינהלי הישראלי (ראו עניין ג'מעית אסכאן, בעמ' 809). בפרט, על הפקעה לפי חוק הרכישה הירדני לעמוד גם בדרישת המידתיות, אשר אף היא חלק מכללי המשפט המינהלי הישראלי בהקשר זה. כפי שנפסק, "ההפקעה חייבת לעמוד במבחן המידתיות על שלוש האונות שבו: אונת ההתאמה הרציונלית בין אמצעי למטרה; אונת האמצעי שפגיעתו פחותה ואונת התועלת-נזק, אונה הידועה בציבור גם כמבחן המידתיות במובנה הצר" (בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה 625, 647 (2001); ראו התייחסות לדרישת המידתיות בהפקעה לפי דיני האזור, למשל, בג"ץ 281/11 ראש מועצת בית איכסא נ' שר הביטחון, בפסקה 29 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן (פורסם באר"ש, 6.9.11); כן השוו: עניין זיאדה).

י. התיישנות במקרקעין

39. נושא ההתיישנות במקרקעין מוסדר בדיני האזור במסגרת חוק הקרקעות העותומאני, בדומה לדין ששרר בישראל עד לחקיקת חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין) וחוק מקרקעי ישראל, התש"ך-1960.

40. ביחס למקרקעין לא מוסדרים מסוג "מירי", נקבעו בחוק הקרקעות העותומאני הסדר התיישנות רוכשת (סעיף 78 לחוק), כדלקמן:

"78. אדמת מירי, או מוקופה, שעובד והחזיק בה אדם במשך עשר שנים באין מפריע, תיחשב זכות-ההחזקה שלו כמוכחת, בין אם היה ובין אם לא היה בידו מסמך בר תוקף ואין רואים אדמה זו כנטושה, אלא נותנים לו בחינם שטר טאבו חדש. אך אם הכיר המחזיק והודה בעצמו, שתפס אדמה נטושה בלא זכות, אין מתחשבים בתקופת הזמן שעברה ומציעים לו לקבל את הקרקע בשווי הטאבו; ואם סירב, תימסר פומבית לדורש".

41. בפסיקת בית המשפט הנכבד, אשר דן בהוראות סעיף 78 בהקשר הישראלי (עד לביטולו) ושל דיני האזור, נדונו התנאים לתחולתו. בין היתר, נפסק כי רק עיבוד חקלאי מקנה זכות תצרוף. לגבי היקף העיבוד, הכלל הוא להכיר ברכישת שטח שלפחות מחצית ממנו מעובד, אם לא ניתן להפריד באופן ברור בין חלק מעובד וחלק בלתי מעובד.

שאלה שהתעוררה בפסיקה היא האם נדרש מקור חוקי לחזקה לצורך התיישנות רוכשת לפי סעיף 78. בחוק הקרקעות אין זכר לדרישה כזו, מלבד רמז בסעיף 78 לפיו אם מי שעובד את הקרקע לתקופת התיישנות מכחיש באופן פעיל שקיבל הקצאה, אזי לא נותנים לו קושאן בחינם, אלא מציעים לו זכות ראשונים לקנות את זכות התצרוף בתמורה מלאה בלבד ("בדל מת'לי"). מנגד, הובעו דעות – המעוגנות באסמכתאות מדברי חקיקה שונים ועקרונות של דיני ההתיישנות – שלפיהם נדרשת הצגת מקור חוקי. הפסיקה הישראלית לא דרשה בעבר להראות מקור חוקי לחזקה, אך בפסיקה עדכנית שניתנה בהקשר של דיני האזור, נקבע כי קיימת דרישה זו (בג"ץ 5439/09 עבדאלקאדר נ' ועדת העררים הצבאית, (פורסם באר"ש, 20.03.12) (להלן: עניין עבדאלקאדר)). יובהר כי סעיף 78, במהותו, הוא טענת התיישנות רוכשת בין הפרט לבין המדינה. מנגד, כאשר עסקינן ביחסים בין פרטים קיימת התיישנות דיונית בלבד, לפי סעיף 20 לחוק, שאליו נתייחס כעת.

42. ביחס לכל סוגי המקרקעין, נקבעה בחוק הקרקעות העות'מאני התיישנות דיונית (סעיף 20 לחוק), כדלקמן:

"20. אין שומעים תביעות בקשר לקרקעות המוחזקות על פי שטר-טאבו, שהחזיקו בהן עשר שנים ללא עורר, אם לא הוכח כדת אחד הטעמים החוקיים, כגון קטנות, שטות, אלימות, ושהייה במדינות הרחוקות תחום נסיעה. ... אם הכיר והודה הנתבע, שהחזיק בקרקעות שבידו וזרען כמתערב, אין ערך לעבירת הזמן ולא להחזקתו ואת הקרקעות יקחו ממנו ויחזירו למחזיק האמיתי."

מדובר בטענה אשר גם בהתקיימה, אינה יכולה לשמש כעילת תביעה, אלא אך בתור מגן מפני תביעה (עניין עבדאלקאדר, בפסקה 27 וההפניות שם; להרחבה ראו: טל חבקין התיישנות 316-317 (2014)).

יא. בנייה ונטיעה על מקרקעי הזולת

43. דיני האזור, בדמיון מסוים לדין הישראלי (סעיף 23 לחוק המקרקעין), מסדירים מצב שבו אדם הקים בנין או נטע עץ במקרקעין שהוא אינו בעליהם.

44. ביחס למקרקעין מסוג מולכ, סעיף 906 למגילה קובע כדלקמן:

"היתה הגזלה קרקע, ובנה עליה הגזלן בנינים או שנטע בה עצים, מצווים עליו לסתורם או לעקורם, ולהחזיר את הקרקע. ואם יש בסתירת הבתים או בעקירת העצים משום נזק קרקע יכול הגזל לשלם את שווים כשהם עומדים ליהרס ולהעקר, ולהניחם עומדים במקומם."

אבל אם שווים של הבנינים או העצים הוא יתר על שווים של הקרקע, ונבנו או נוטעו תוך זכות משוערת מדומה, משלם בעל הבנינים והעצים את דמי הקרקע, וקונה את הקרקע."

כיצד? מי שנפל לו מגרש בירושה ובנה עליו בנין שהוצאותיו יתירות על דמי המגרש, ונמצא עורר שהוכחתו זכותו על המגרש, הרי שמי שבנה את הבנין משלם את דמי המגרש, וקונה אותו לעצמו."

הנה כי כן, ההסדר הקבוע במגילה לעניין תחרות בין זכויות ביחס לקרקע מסוג "מולכ" קובע כי התחרות תוכרע על בסיס תום ליבו של המקים ושווי הנכסים העומדים על הפרק. אם המקים פעל בתום לב ("זכות משוערת מדומה" כלשון החוק), ושווי הבנוי עולה על שווי הקרקע, יכול המקים לרכוש את הקרקע. אם המקים אינו פועל בתום לב ("גזלן" כלשון החוק), אזי שבתחרות בין השניים, ידו של בעל המקרקעין על העליונה ללא קשר לשווי המקרקעין ביחס לשווי המחוברים להם (ראו גם: דיני מקרקעין והמשפט הבינלאומי ביהודה ושומרון (בעריכת הראל ארנון וחגי ויניצקי, 2012), עמ' 334-335 (להלן: ארנון וויניצקי)).

45. באשר למקרקעין מסוג מירי, הדין המקומי הרלוונטי הוא חוק ההחזקה (תצרוף) בנכסי דלא נייד, מס' 49 לשנת 1953 (להלן: חוק התצרוף). סעיף 10 לחוק התצרוף קובע מנגנון המאפשר למקים במקרקעי הזולת להוסיף ולהחזיק בהם, רק מקום בו המקים מחזיק בהם "על פי שטר רישום", וזו לשונו:

"הקים אדם בניינים או נטע עצים על קרקע מסוג מירי או מוקופה המוחזקת על ידו על פי שטר רישום, ולאחר מכן הופיע זכאי לאותה קרקע והוכיח את תביעתו ינהגו כדלקמן:

א. עלה שווי הבניינים או העצים, כשהם קיימים, על שווי הקרקע, ישלם אותו אדם לזכאי את שווי הקרקע ויהא רשאי להחזיק בה יחד עם הבניינים והעצים;

ב. עלה שווי הקרקע על שווי הבניינים והעצים, כשהם קיימים, ישלם הזכאי לבעל הבניינים והעצים את שוויים והוא יהיה בעליהם."

סעיף 10 לחוק התצרוף עוסק במצב משפטי של תחרות זכויות אשר מקורה בטעות רישומית, ושכתוצאה ממנה ישנם שני אנשים המחזיקים בשטר בעלות על הקרקע. מן האמור עולה כי סעיף זה לא יחול ביחס למקרקעין מוסדרים או רשומים שאינם מוסדרים, שכן ההסדר אמור למנוע טעויות מעין אלה.

לצד סעיף זה, סעיף 12 לחוק התצרוף מותיר בכל מקרה את זכות הברירה ביחס לקרקע בידי המחזיק כדין (מי שזכויותיו בקרקע נובעות ממקור חוקי), ללא קשר לתום ליבו של המקים, והוא קובע כדלקמן:

"אדם נטפל שהקים בניינים או נטע עצים או גפנים בקרקע מסוג "מירי" או "מוקופה" הנמצאת בהחזקתו של אדם אחר, רשאי המחזיק לדרוש מאת הנטפל להרוס או לעקור את אשר בנה או נטע; היתה ההריסה או העקירה עלולה לגרום נזק לקרקע, יהא רשאי לשלם לנטפל את השווי של הבניינים או העצים, כשהם בני הריסה או עקירה, ואז יהיו בבעלותו ובהחזקתו."

לעומת סעיף 10 לחוק, סעיף 12 אינו עוסק במצב בו מחזיק המקים בשטר רישום. במקרה זה, זכות הבחירה אם להרוס את המחוברים או לשלם את שוויים לנטפל נתונה לבעל הקרקע.

רקע III: ההתיישבות הישראלית והמקרקעין באזור

46. כאמור, בשנת 1967 נכנסו כוחות צה"ל לאיו"ש. בסמוך לאחר מכן, החלה ההתיישבות הישראלית בשטחי האזור – ביוזמה ממשלתית וביוזמה פרטית.
47. בשנותיה הראשונות של ההתיישבות באזור, נעשה שימוש בצווי תפיסה לצרכים צבאיים לצורך הקמת יישובים ישראלים, לרבות על אדמה פלסטינית פרטית, כאשר ההצדקה לכך הייתה כי הקמת היישובים בשטח משרתת צורך צבאי (עניין איוב; עניין עמירה). בפסק הדין בבג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979) (להלן: עניין דויקאט), בוטלה תפיסת מקרקעין במבואות העיר שכם לשם הקמת היישוב אלון מורה, מן הטעם שבנסיבות אותו עניין לא הוכח כי הצורך הצבאי שנטען היה אכן השיקול הדומיננטי בהחלטה על מיקומו של היישוב דווקא בקרקע בבעלות פרטית.
48. מספר שבועות לאחר מתן פסק הדין בעניין דויקאט, החליטה הממשלה "להרחיב את ההתנחלות ביהודה, שומרון, בקעת הירדן חבל-עזה ורמת הגולן, על ידי תוספת אוכלוסין ליישובים הקיימים ועל ידי הקמת יישובים נוספים על קרקע שבבעלות המדינה" (החלטה מס' 145 של הממשלה מיום 11.11.1979). מדיניות כל ממשלות ישראל, מהחלטת הממשלה מס' 145 בשנת 1979 ואילך, הייתה כי יישובים ישראלים נוספים יוקמו על אדמות מדינה.
- בשנים שלאחר קבלת החלטת הממשלה מס' 145, החלה להתבצע עבודת מטה רחבת היקף לצורך הכרזה על אדמות כעל רכוש ממשלתי, כמפורט בפסקה 21 לעיל. ככלל, הליך ההכרזה היה תנאי לנטילת החזקה במקרקעין על-ידי הממונה, והקצאתה לצורך ההתיישבות הישראלית באזור.
49. בפועל, למרות מדיניות זו, מסיבות ובנסיבות שונות, בוצעה לאורך השנים בנייה של התיישבות ישראלית באיו"ש גם על מקרקעין אשר אינם בגדר רכוש ממשלתי. חלקה של בנייה זו אף בוצע בהיקפים שונים של תמיכה וסיוע מאת מוסדות המדינה ורשויות אחרות (ראו חוות דעת (ביניים) בנושא מאחזים בלתי מורשים (2005), עמ' 25)³. לצד הפגם במישור הקנייני, מדובר במקרים רבים שבהם נעשתה הבנייה גם ללא תכנית תקפה והיתרים כדין, מה גם שהדברים כרוכים זה בזה, שכן קידום הליכי תכנון לטובת ההתיישבות הישראלית מתאפשר אך ורק ביחס למקרקעין שהם רכוש ממשלתי או מקרקעין שבבעלות פרטית ישראלית. לא למותר להזכיר, למען השלמת התמונה, כי גם על גבי מקרקעין שהם רכוש ממשלתי בוצעה לאורך השנים בנייה ללא היתרים של ההתיישבות הישראלית באיו"ש.

³ הדו"ח זמין במלואו להורדה בקישור להלן:

<http://www.pmo.gov.il/SiteCollectionDocuments/PMO/Communication/Spokesman/sason2.pdf>

50. בהתאם להחלטת הדרג המדיני מיום 28.2.11 (שעליה נמסר לבית המשפט הנכבד במסגרת הליכים קודמים, בין היתר, במסגרת בג"ץ 7891/07 תנועת "שלום עכשיו" - ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון), גובשה מדיניות משולבת בעניין הריסות הבנייה הבלתי חוקית על אדמה פרטית ובעניין הסדרת הבנייה באדמות מדינה. לפי מדיניות זו, בנייה ישראלית בלתי מורשית אשר הוקמה על קרקע פלסטינית פרטית – תוסר, ובמקביל, הונחו הדרגים המקצועיים המתאימים לפעול להסדרת המעמד התכנוני של מבנים בהתיישבות הישראלית שנבנו שלא כדין המצויים על מקרקעין שהם רכוש ממשלתי; וזאת באותם מקומות שבהם יוחלט על הסדרה. והכל בהתאם לשיקולים רלוונטיים נוספים הקשורים לעניינו של כל מקום ומקום.
51. עם הקמתה של ממשלת ישראל ה-34, חל במדיניות זו שינוי מסוים, כך שהממשלה ביקשה כעת לבחון את האפשרות להסדרת הבנייה גם ביחס למבנים שהוקמו בקרקע פרטית, תוך מעורבות של הרשויות. לשם כך, הוקם על-ידי הממשלה "צוות ההסדרה" שתכליתו "הסדרת מבנים ושכונות ביישובים הישראליים ביהודה ושומרון אשר הוקמו תוך מעורבות של הרשויות".
52. עבודת הצוות נועדה, בין היתר, לתת מענה להתפתחות מהשנים האחרונות – אשר רלוונטית גם לרקע לחקיקתו של חוק ההסדרה (כעולה מדברי ההסבר לחוק) – והיא עבודת צוות סטטוס מקרקעין ("צוות קו כחול") ודיוק גבולות ההכרזות ההיסטוריות.
- כתוצאה מעבודת צוות קו כחול, שעליה עמדנו לעיל, התברר במספר רב של מקרים כי מקרקעין אשר נחשבו מלכתחילה לאדמות מדינה מוכרזות, והוקמו עליהם מבנים (כמו גם שימושים אחרים לצרכי ההתיישבות הישראלית), לרבות על-פי תכניות מתאר שאושרו כדין, נמצאים למעשה מחוץ לתחומי אדמות המדינה, כפי שפורשו בעבודת "צוות קו כחול". פועל יוצא של "גריעת" המקרקעין מתחומי ההכרזה, הוא השינוי בסטטוס הנורמטיבי של הבינוי שנמצא על גביהם, על כל המשתמע מכך. מנתונים חלקיים של המינהל האזרחי אשר צורפו כ-2/ש לתגובת הממשלה, עולה כי כשליש מן המבנים הישראליים אשר נמצאים על מקרקעין שאינם בגדר רכוש ממשלתי מוכרז משתייכים לקטגוריה של מקרקעין שנגרעו כתוצאה מעבודת צוות סטטוס מקרקעין ("צוות קו כחול").
53. התפתחות אחרת אשר עמדה ברקע של שינוי מדיניות הממשלה כאמור, נוגעת למספר עתירות שהוגשו מטעם טוענים לזיקה למקרקעין שבהם הוקמה בנייה ישראלית בקרקע פרטית, ללא היתר, בדרישה כי יוצאו וימומשו הליכי אכיפה נגד הבינוי. יוער כי דרישה זו כוונה, בעיקרה, כלפי בנייה ישראלית חדשה יחסית על קרקע פרטית שבעניינה ננקטו הליכי אכיפה (תיקי בניה בלתי חוקית - בב"ח), ולא כלפי בנייה ותיקה. במסגרת עתירות שהוגשו בנדון, ניתנו בשנים האחרונות שורה של פסק דין המחייבים את המדינה לממש את צווי ההריסה ביחס לבינוי ישראלי על מקרקעין פרטיים. נעמוד על מקרים בולטים:

בג"ץ 8887/06 אל-נאבות נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 2.8.11) – בפסק דין זה ניתן צו מוחלט, המורה על פינוי המאחז מגרון, שהוקם שלא כדין על קרקע פרטית.

בג"ץ 7891/07 תנועת "שלום עכשיו" – ש.ע.ל מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון (פורסמו בנבו, פסק דין חלקי מיום 18.11.13; פסק דין מיום 7.12.14) – בפסק דין זה ניתן צו מוחלט, המורה על הריסת כלל המבנים המצויים על קרקע פרטית במאחזים מצפה יצהר, גבעת אסף ומעלה רחבעם.

בג"ץ 9669/10 קאסם נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 8.9.14) – בפסק דין זה ניתן (בדעת רוב) צו מוחלט, המורה על מימוש צווי הריסה ביחס למבנים שנבנו ללא היתר ביישוב בית אל ("בתי דרינוף"), הנמצאים על קרקע פרטית (בגדרי צו תפיסה).

בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 25.12.14) (להלן: עניין חמאד) – בפסק דין זה ניתן צו מוחלט, המורה על מימוש צווי הריסה ביחס למבנים שנבנו על קרקעות פרטיות פלסטיניות וללא היתר ביישוב עמונה.

בג"ץ 5023/08 שחאדה נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 8.2.15) (להלן: עניין שחאדה) – בפסק דין זה ניתן צו מוחלט, המורה על מימוש צווי הריסה שהוצאו ביחס לתשעה מבנים ביישוב עפרה, אשר נבנו בין השנים 2006-2007 על מקרקעין מוסדרים בבעלות פרטית.

בג"ץ 7292/14 מוסא נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 1.9.16) – בפסק דין זה ניתן צו מוחלט, המורה על מימוש צווי הריסה שהוצאו ביחס ל-17 מבנים ב"נתיב האבות", אשר הוקמו בחלקם על מקרקעין בבעלות פרטית.

עוד יש להזכיר את העתירה התלויה ועומדת ביחס למבנים במאחז "מצפה כרמים", הסמוך ליישוב כוכב השחר (בג"ץ 953/11 סאלחה נ' שר הביטחון).

54. חוק ההסדרה, כך לפי דברי ההסבר ורקע הדברים, נועד בעיקרו להגן על מתיישבים ישראלים מפני פעולות אכיפה המתחייבות לפי הדין הקיים ביחס לבינוי על אדמות פרטיות, וכן להסדיר את המקרקעין, באופן שיאפשר הכשרה ופיתוח תכנוני והתאמת הזכויות הקנייניות למציאות בפועל. להליכי החקיקה והוראות החוק נידרש כעת.

הליכי החקיקה

55. הליכי החקיקה פורטו בהרחבה בתגובת הכנסת, וכדי לא להרחיב מקום שבו ניתן לקצר, יובאו הדברים כאן בתמצית בלבד, תוך הפניה לתגובת הכנסת ולנספחים שצורפו לה.
56. ביום 16.11.16 אושרו בקריאה טרומית שלוש הצעות חוק פרטיות (צורפו כ-מ/ש-2 לתגובת הכנסת), שהועברו לדיון בוועדה מיוחדת שהוקמה לשם כך על-ידי ועדת הכנסת, היא הוועדה המשותפת לוועדת החוקה, חוק ומשפט ולוועדת החוץ והביטחון לדיון בהצעת חוק הסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון (להלן: הוועדה המשותפת). לאחר מספר דיונים בוועדה המשותפת (פרוטוקולים צורפו כ-מ/ש-3 ו-מ/ש-10 לתגובת הכנסת), אושרה הצעת החוק לקריאה ראשונה, והיא הונחה על שולחן הכנסה ביום 30.11.16 (צורפה כ-מ/ש-11 לתגובת הכנסת).
57. לאחר שלא קודמו הליכי החקיקה ביחס להצעת החוק הראשונה, הונחה ביום 5.12.16 על שולחן הכנסת הצעת חוק פרטית חדשה (צורפה כ-מ/ש-12 לתגובת הכנסת), והיא אושרה בקריאה טרומית והועברה לדיון בוועדה המשותפת.
58. ביום 7.12.16 אושרה הצעת החוק הפרטית החדשה בקריאה ראשונה. בדברי ההסבר להצעת החוק הפרטית החדשה צוין כי מטרתה היא להסדיר את מעמדם של יישובים ישראלים ביהודה והשומרון, כדי לאפשר את המשך ביסוס ופיתוח ההתיישבות הישראלית באזור. עוד צוין בדברי ההסבר, כי במקרים רבים, נבנו יישובים באזור בהסכמה ואף בעידוד ובהשתתפות המדינה, או בתום לב של האזרחים הישראלים שבנו את היישוב, ולא היו מודעים לכך שמדובר במקרקעין בבעלות פרטית; וכי הותרת המצב ביישובים אלו כפי שהוא היום או הריסתם עלולה לגרום לפגיעה קשה ולא מוצדקת במי שמתגורר בהם שנים רבות. לפיכך, נדרשת על פי דברי ההסבר הסדרה של אותם היישובים.
- עוד צוין בדברי ההסבר, כי מוצע לקבוע כי הסכמה מצד המדינה יכולה להיות במפורש או במשתמע, מראש או לאחר מעשה, לרבות סיוע בהיבטים שונים של הבנייה: הנחת תשתיות, הענקת תמריצים ועוד. כמו כן, הוצע להבהיר כי המדינה, לעניין זה, היא ממשלת ישראל, משרד ממשלתי, רשויות האזור, רשות מקומית או מועצה אזורית בישראל או באזור וכן מוסד מיישב.
59. במסגרת הליכי החקיקה הציג היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו, אשר הוצגה לממשלה, כי אין מקום לקדם את הצעת החוק בשל אי-החוקיות החמורה הגלומה בה, העולה עד כדי מניעה משפטית. צוין כי ההסדר המוצע עומד בסתירה לחובת המפקד הצבאי להגן על קניינה של האוכלוסייה הפלסטינית באזור, ובניגוד לדיון ולפסיקה. עוד צוין כי בעל הסמכות לחוקק באזור הוא מפקד כוחות צה"ל, ולכן קידום הסדר הנוגע

למקרקעין באזור צריך להיעשות בתחיקת הביטחון. עוד צוין כי החוק מבקש להכשיר בדיעבד ובאופן גורף בנייה בלתי חוקית, וכי בכך יש משום פגיעה קשה בעקרון שלטון החוק. עוד הודגש כי לקידומה של החקיקה עלולות להיות השלכות משמעותיות בזירה הבין-לאומית – מדינית ואף משפטית.

חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה לוועדה המשותפת צורפה **כנספח 3** לעתירה בבג"ץ 2055/17.

60. בוועדה המשותפת התקיימו דיונים רבים (פרוטוקולים צורפו כ-**מש/13-מש/23** לתגובת הכנסת), שבסיומם הועבר נוסח הצעת החוק הפרטית לקריאה שנייה ושלישית במליאת הכנסת.

61. כפי שצוין בפסקה 36 לתגובת הכנסת, במסגרת ההכנה לקריאה שנייה ושלישית גם התקיים דיון בדלתיים סגורות, שבו הוצגו על-ידי נציגי היועץ המשפטי לממשלה נושאים שונים שלא ניתן היה להרחיב לגביהם בדיון פתוח. פרוטוקול הדיון פורסם ברבים תוך השחרת החלקים החסויים.

כדי לאפשר ביקורת שיפוטית מלאה על כלל הליכי החקיקה, ייערכו ב"כ היועץ המשפטי לממשלה להצגת הפרוטוקול החסוי, ולמתן הרחבות בגדון בעל-פה במעמד צד אחד, ככל שבית המשפט הנכבד יראה זאת לנכון.

62. ביום 6.2.17 אישרה הכנסת בקריאה שנייה ובקריאה שלישית את חוק ההסדרה, והוא פורסם ברשומות ביום 13.2.17 (צורף כ-**מש/1** לתגובת הכנסת).

עיקרי החוק

63. סעיף 1 לחוק ההסדרה קובע את מטרתו, והיא "להסדיר את ההתיישבות ביהודה והשומרון ולאפשר את המשך ביסוסה ופיתוחה".

64. לב המנגנון שנקבע בחוק ההסדרה, כפי שנחקק בסופו של יום, מצוי בסעיף 3 לחוק, אשר קובע כדלקמן:

[למען נוחיות הקריאה, ההפניה לסעיף ההגדרות לחוק (סעיף 2 לחוק) תהיה בדרך של הערת שוליים על גבי נוסח הסעיף העיקרי]

3. מצאו רשויות האזור⁴ כי בתקופה שקדמה ליום פרסומו של חוק זה נבנתה בתום לב התיישבות⁵ במקרקעין הטעונים הסדרה⁶ או ניתנה הסכמת⁷ המדינה⁸ לבנייתה, יחולו לגבי כל המקרקעין שעליהם נבנתה אותה התיישבות ערב יום פרסומו של חוק זה ההוראות האלה:

(1) מקרקעין שאין בהם בעל זכויות במקרקעין⁹ – הממונה¹⁰ ירשום אותם כרכוש ממשלתי, לפי סעיף 22 לצו בדבר רכוש ממשלתי;

(2) (א) מקרקעין שיש בהם בעל זכויות במקרקעין⁹ – רשויות האזור ייטלו 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 השימוש וההחזקה כאמור בפסקה זו, תיעשה, ככל האפשר, בהתאם להוראות חוק הקרקעות הירדני¹¹, ככל שהן אינן סותרות את הוראות חוק זה, והיא תעמוד בתוקפה עד להכרעה מדינית בדבר מעמדו של האזור וההתיישבות בו.

⁴ "רשויות האזור" – מי שנטל את כל הסמכויות השלטוניות לפי סעיף 3 למנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (יהודה והשומרון) (מס' 2), התשכ"ז-1967, או לפי הוראת חוקית אחרת שתבוא במקומו; "אזור" – כהגדרתו בתקנות שעת חירום (יהודה והשומרון – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשכ"ז-1967, כפי שהוארך תוקפן ותוקן נוסחן בחוק, מעת לעת.

⁵ "התיישבות" – לרבות שכונה או הרחבה של אותה התיישבות, כלל בתי המגורים שבה, המיתקנים, השטחים החקלאיים המשמשים לצורכה, מבני ציבור, אמצעי ייצור, וכן דרכי גישה ותשתיות מים, תקשורת, חשמל וביוב.

⁶ "מקרקעין הטעונים הסדרה" – מקרקעין באזור שזכויות השימוש וההחזקה בהם או בחלקם אינן נתונות לרשויות האזור או לממונה.

⁷ "הסכמת המדינה" – במפורש או במשתמע, מראש או לאחר מעשה, לרבות סיוע בהנחת תשתיות, הענקת תמריצים, תכנון תכניות, פרסום פרסומים שנועדו לעודד בנייה או פיתוח או השתתפות בכסף או בעין;

⁸ "המדינה" – ממשלת ישראל או משרד ממשלתי הממשלה, רשויות האזור, רשות מקומית או מועצה אזורית בישראל או באזור ומוסד מיישב.

⁹ "בעל זכויות במקרקעין" – מי שהוכיח כי הוא רשום כבעל הזכויות במקרקעין או כי הוא זכאי להירשם כבעל הזכויות במקרקעין.

¹⁰ "הממונה" – הממונה על הרכוש הממשלתי באזור יהודה והשומרון לפי הצו בדבר רכוש ממשלתי.

¹¹ "חוק הקרקעות הירדני" – חוק הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), מס' 2 לשנת 1953, כפי שתוקן בצו בדבר חוק הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) (צו מס' 321) (יהודה והשומרון), התשכ"ט-1969.

65. סעיף 4 לחוק קובע סד זמנים להפעלת סעיפים 3(1)-(2) לחוק. רישום מקרקעין כרכוש ממשלתי בהתאם לסעיף 3(1) יבוצע על-ידי הממונה בתוך 12 חודשים מיום פרסום החוק, ואילו נטילת זכויות השימוש והחזקה במקרקעין בהתאם לסעיף 3(2) לחוק תבוצע על-ידי רשויות האזור בתוך 6 חודשים מיום פרסום החוק. בהמשך, קובע סעיף 5 לחוק כי הממונה יקצה תוך 60 ימים ממועד הרישום או ממועד נטילת זכויות השימוש והחזקה, לפי העניין, לצורכי "ההתיישבות שנבנתה על אותם מקרקעין, באמצעות מוסד מיישב".¹²
66. סעיף 6(א) לחוק מוסיף כי "המדינה תפעל להשלמת הליכי התכנון"¹³ במקרקעין שנרשמו או שניטלו בהם הזכויות לפי סעיף 3, מהר ככל האפשר. עוד נקבע (סעיף 6(ב)) כי "הליכי התכנון במקרקעין כאמור בסעיף קטן (א), ייעשו, ככל האפשר, בשים לב לצורך בהסדרת הבנייה הקיימת".
67. סעיף 7(א) לחוק קובע כי כל הליכי האכיפה והצווים המינהליים ביחס להתיישבות שלגביה נמצא כי מתקיימים התנאים שברישא של סעיף 3, יותלו עד להשלמת התכנון לפי סעיף 6, למעט הליכים וצווים שניתנו לגביהם צווים שיפוטניים או פסקי-דין בדבר מימושם. עוד נקבע, בסעיף 7(ב) לחוק, כי לאחר השלמת הליכי התכנון לפי סעיף 6 לחוק, יפקעו כל הליכי האכיפה והצווים המינהליים שהותלו כאמור.
68. סעיף 8 לחוק קובע פיצוי לבעל הזכויות במקרקעין, אשר זכויות השימוש וההחזקה בהם ניטלו על-ידי רשויות האזור לפי סעיף 3(2) לחוק. נזכיר כי "בעל זכויות במקרקעין" מוגדר בסעיף ההגדרות לחוק בתור "מי שהוכיח כי הוא רשום כבעל הזכויות במקרקעין או כי הוא זכאי להירשם כבעל הזכויות במקרקעין".
- נקבע כי בעל הזכויות במקרקעין יהיה זכאי "לדמי שימוש שנתיים בשיעור של 125% מערכם הראוי של דמי השימוש כפי שתקבע ועדת השומה [שהקמתה, הרכבה וסדרי עבודתה מוסדרים בסעיף 9 לחוק – הח"מ], לדמי שימוש מהוונים לתקופות של 20 שנה כל פעם בשיעור של 125% מערכם הראוי, או לקרקע חלופית ככל שהדבר אפשרי בנסיבות העניין, לפי בחירתו".
- ברירת המחדל, ככל שבעל הזכויות במקרקעין לא בחר באחת מחלופות הפיצוי כאמור עד להקצאת המקרקעין, היא זכאות "לדמי שימוש שנתיים בשיעור של 125% מערכם הראוי" (סעיף 8(ב) לחוק). סעיף 10 לחוק מסדיר את הקמתה, הרכבה וסדרי עבודתה של ועדת השגות, שאליה ניתן לפנות בהשגה על החלטת ועדת השומה.

¹² "מוסד מיישב" – כהגדרתו בחוק המועמדים להתיישבות חקלאית, התשי"ג-1953.

¹³ "הליכי תכנון" – לרבות מתן היתרי בנייה על סמך תכניות שיאושרו.

69. סעיף 11(א)(1) לחוק קובע כי בתקופה של 12 חודשים מיום פרסום החוק, יותלו כל הליכי האכיפה והצווים המינהליים הקיימים בעניין התיישבות ביישובים המנויים בתוספת.¹⁴

במהלך תקופה זו, יקבעו רשויות האזור אם מתקיימים ביישובים אלה התנאים לפי הרישא של סעיף 3 לחוק (סעיף 11(א)(2) לחוק). יחד עם זאת, נקבע כי ההתלייה לא תחול ביחס ל"הליכי האכיפה והצווים המינהליים, הקיימים בעניין התיישבות ביישובים המנויים בתוספת, שניתנו צווים שיפוטיים או פסקי דין בדבר מימושם" (סעיף 11(4)(א) לחוק), וכן ביחס ל"מבנה שהריסתו הכרחית כדי למנוע סכנה לחיי אדם" (סעיף 11(4)(ב) לחוק).

העתירות נגד חוק ההסדרה

70. במסגרת שתי העתירות שבכותרת (בג"ץ 1308/17 ובג"ץ 2055/17) מועלות טענות רבות, במישורים שונים, נגד חוק ההסדרה. בין היתר, נטען כי החוק סותר את דיני התפיסה הלוחמתית החלים באזור; כי הוא אינו חוקתי, שכן הוא פוגע בזכויות החוקתיות של האוכלוסייה הפלסטינית, בניגוד לעקרונות פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; כי חקיקת החוק עולה כדי חריגה מסמכות של הכנסת, שכן אין בסמכותה לחוקק ביחס לדיני המקרקעין בשטח שאינו שטח ריבוני של מדינת ישראל; וכי יישום הוראות החוק עולה כדי הפרה של הדין הבין-לאומי הפלילי.

71. ביום 1.3.17 הודיע היועץ המשפטי לממשלה, כי בנסיבות החריגות של המקרה, ובשים לב לעקרונות שהותוו בהקשר זה בדוח הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו ("דוח ועדת שמגר"), הוא מצא לנכון לקבל את בקשת הדרג המדיני לאפשר לממשלת ישראל להיות מיוצגת בעתירה שבנדון על-ידי עורך-דין פרטי.

72. בהמשך, ביום 12.3.17 הוגשה בקשה מטעם ב"כ היועץ המשפטי לממשלה לאיחוד הדיון בעתירות ולמתן ארכה, שבגדרה הוצע הסדר דיוני - עד להכרעה בבקשה לצו ביניים - כדלקמן:

א. לא יבוצעו פעולות של רישום, נטילת זכויות במקרקעין, הקצאה ותכנון לפי סעיפים 3-6 לחוק.

¹⁴ אלה שמות היישובים המנויים בתוספת לחוק: " (1) עפרה; (2) נתיב האבות; (3) עלי; (4) כוכב השחר; (5) מצפה כרמים; (6) אלון מורה; (7) מעלה מכמש; (8) שבי שומרון; (9) קדומים; (10) פסגות; (11) בית אל; (12) יצהר; (13) הר ברכה; (14) מודיעין עילית; (15) נוקדים; (16) כוכב יעקב". יוער כי לפי סעיף 11(ב) לחוק, שר המשפטים, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי להוסיף, בצו, יישובים לתוספת. במאמר מוסגר יצוין כי "נתיב האבות" ו"מצפה כרמים" אינם יישובים מוכרים באיו"ש.

ב. יוקפאו הליכי האכיפה והצווים המינהליים שעליהם חל החוק, ביחס לבנייה קיימת בהתיישבות הנמצאת ביישובים המנויים בסעיף 11 לחוק.

ג. לא יבוצעו צווים אופרטיביים שעליהם חל החוק, שיש בהם כדי לשנות את המצב הקיים (כגון צווי הריסה), לגבי בנייה קיימת ב"התיישבות" שלכאורה חלים לגביה סעיפים 3 ו-7 לחוק.

73. ביום 15.3.17 הורה בית המשפט הנכבד (כב' השופט הנדל) על איחוד הדיון בעתירות שבכותרת, וכן התיר לצדדים להגיב בתוך 10 ימים לבקשת העותרים בבג"ץ 1308/17 לצו ארעי ולהסדר הדיוני האמור שהוצע על-ידי היועץ המשפטי לממשלה.

74. ביום 27.3.17, ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד, שלפיה "בנסיבות העניין, ולנוכח ההסדר הדיוני שהציע היועץ המשפטי לממשלה – אשר מקובל על יתר המשיבים בעתירות – אין מקום למתן צו ארעי".

75. ביום 7.8.17 הוגשה בקשה מטעם היועץ המשפטי לממשלה, למתן תוקף של צו ביניים-ארעי להסדר הדיוני מיום 13.2.17. כפי שפורט בבקשה ההיא, היא הוגשה בשים לב לחלוף הזמן, וכדי לשרת את תכלית הבהירות כלפי כולי עלמא בכל הקשור ליישומן של החוק בעת הזו, אף בשים לב לסד הזמנים שקבוע בו. ביום 17.8.17 ניתן תוקף של צו ביניים ארעי להסדר הדיוני האמור.

76. למען השלמת התמונה יוער כי הוגשו שתי עתירות שעניינן בקשה ליישום חוק ההסדרה במקרים פרטניים (בבג"ץ 5570/17 ובג"ץ 6240/17). בתגובת המדינה לעתירות הללו, צוין צו הביניים-הארעי שניתן במסגרת העתירות החוקתיות. עוד צוין כי המדינה סבורה שאין מקום לאחד את הדיון באותן עתירות עם העתירות דנן, בין היתר מכיוון שאין מקום לאחד עתירות שהסעד המבוקש בהן חוקתי עם עתירות שהסעד המבוקש בהן מינהלי, מטעמי יעילות דיונית. ביום 2.10.17 הורה כב' השופט הנדל להביא לעיונו את העתירה בבג"ץ 6240/17 ביום 3.12.17, והחלטה דומה ניתנה בהמשך על-ידי כב' השופט סולברג בבג"ץ 5570/17.

עוד יצוין, כי בעניינן של עתירות נוספות תלויות ועומדות ביקשה המדינה את דחיית מועד הגשת התגובה או הדיון, מאחר שהוראות חוק ההסדרה עשויות להשליך על הבחינה המשפטית באותן העתירות (ראו למשל החלטת בית המשפט הנכבד בבג"ץ 4268/15 אלמסרי נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 18.10.17)).

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

א. תחולת חוק ההסדרה באיו"ש

77. שאלה מקדמית שהועלתה בעתירות ובבקשה להצטרף כידידי בית המשפט היא שאלת תחולתו הישירה של חוק ההסדרה בשטחי האזור.

78. נקדים מסקנה לניתוח: רשויות האזור, ובראשן מפקד כוחות צה"ל באזור, הן רשויות ישראליות הכפופות לחוק הישראלי. הוראות חוק ההסדרה מכוונות אל רשויות האזור הכפופות לחוק הישראלי, ולכן, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, הן מחויבות לפעול לפיו, כל עוד זה לא יימצא כבטל על-ידי בית המשפט הנכבד. יחד עם זאת, בשים לב למערכות הדינים השונות בין ישראל לבין שטחי האזור, ולטעמים נוספים שיפורטו בהמשך, נדרש עיגון של הוראות החוק בצו שיוציא המפקד הצבאי. המפקד הצבאי מחויב אפוא, כל עוד לא ייקבע אחרת על-ידי בית המשפט הנכבד, להוציא צו המיישם את הוראות חוק ההסדרה. בנסיבות אלה, אין צורך לקבוע מסמרות בשאלות הדוקטרינריות הנוגעות לתחולה ישירה של חקיקת הכנסת באזור.

79. המפקד הצבאי הוא חליף הריבון באיו"ש, ומקור סמכותו בראי המשפט הבין-לאומי הוא הוראות המשפט הבין-לאומי החלות בשטח הנמצא בתפיסה לוחמתית. יחד עם זאת, ברור מאליו כי המפקד הצבאי הוא גם רשות ישראלית הכפופה לדין הישראלי.

כך, נקבע בפסיקה כי "[...] המקור הנורמטיבי של סמכות המושל הצבאי באזור הוא כפול: הוא נובע הן מהמשפט הבינלאומי המנהגי הן מהמשפט הישראלי בהיות המושל ידו הארוכה של השלטון הישראלי." (ע"א 6860/01 חמאדה נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב, פ"ד נז(3) 8, 16 (2003)). עוד נקבע כי "הממשל הצבאי ורשויותיו הם 'זרועות של הרשות המבצעת בישראל' והם 'מדברים בשם המדינה'." (עניין חוף עזה, בעמ' 519). לפיכך, המפקד הצבאי ויתר נושאי התפקידים באיו"ש מחויבים לפעול בהתאם להוראות הדין הישראלי המכוונות כלפיהם, כל עוד זה תקף.

עיון בהוראות חוק ההסדרה מעלה כי הן מחילות עצמן בתחולה ישירה על המפקד הצבאי ועל יתר נושאי התפקידים באיו"ש. בנסיבות אלה, ובהיעדר קביעה שיפוטית אחרת בדבר תוקפו של החוק, נושאי התפקידים באיו"ש מחויבים לפעול על-פי הוראות הדין הישראלי החל עליהם, ולפעול ליישמן ולעגן בצו מתאים.

80. שאלה נפרדת היא, אם הוראות חוק ההסדרה הופכות באופן "אוטומטי" לחלק מן הדין הפנימי באזור, גם בהיעדר הוצאת צו מתאים לפי תחיקת הביטחון. כאמור, לנוכח

העובדה שהוראות החוק מכוונות עצמן לרשויות האזור, אשר ממילא כפופות לחוק הישראלי, אין צורך לקבוע מסמרות בשאלה זו, ונתייחס לנושא בתמצית.

81. נקודת המוצא ביחס לתחולה הטריטוריאלית של חקיקת הכנסת היא כי זו מוגבלת לשטח הריבוני של מדינת ישראל. מקום שהכנסת מבקשת להחיל דבר חקיקה מחוץ לשטחה הריבוני של המדינה, נדרשת קביעה מפורשת בחוק בדבר תחולה כזו, או לכל הפחות שתחולה כזו תשתמע באופן מובהק מהחוק (בג"ץ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר, פ"ד ו 945, 967 (1952); ולאחרונה, ראו גם: רע"א 653/16 OPAIE נ' החברה להשבת נכסים של נספי השואה בע"מ, פסקה 14 (פורסם באר"ש, 6.3.17)). ככלל, החלה אקסטררה-טריטוריאלית של חקיקה מדינתית נעשית בהתבסס על זיקה כלשהי למדינה, כגון: זיקה פרסונאלית לאזרחיה או לתושביה, אף אם הם נמצאים מחוץ לשטחה; זיקה טריטוריאלית במובן זה שהחקיקה נועדה להסדיר אירוע אשר רכיב מרכזי ממנו התרחש בשטחה; וכיוצא באלה.

82. כאמור, מאפיין חריג של חוק ההסדרה, הוא שמדובר בחקיקה של כנסת ישראל, שתחולתה המוצהרת היא ביחס לשטח האזור, שבו לא הוחלו המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל. לא זו אף זו, החקיקה לא נועדה לחול באופן פרסונאלי רק על אזרחי ישראל ותושביה המתגוררים באזור, אלא גם ביחס לרשויות האזור, וכן יש לה השפעה במישור המהותי גם כלפי זכויותיהם של תושבי האזור הפלסטינים, שהם "תושבים מוגנים" לפי כללי המשפט הבין-לאומי. מדובר אפוא בחקיקה ראשית של מדינת ישראל אשר נועדה לחול בשטח שמנוהל בהתאם לדיני התפיסה הלוחמתית, ונועדה לחול גם על תושבי האזור הפלסטינים – שהם "תושבים מוגנים" ולשנות את הדין הפנימי המהותי באזור ביחס לזכויות הקניין שלהם.¹⁵

83. במישור העיוני, בדיני התפיסה הלוחמתית לא נמצאת תשובה ברורה לשאלה מיהו הגורם המוסמך לחוקק בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, לאמור: האם סמכות זו נתונה אך ורק למפקד הצבאי, הפועל מטעם המדינה הכובשת, או שמא היא נתונה במקביל גם למוסדות המדינה הכובשת עצמה.¹⁶

¹⁵ יוער כי בשנת 1998 חוקקה הכנסת את חוק איסור הקמת מצבות זכרון לזכר מבצעי מעשי טרור, התשנ"ח-1998, אשר סעיף 6 בו קובע כי "שר הבטחון יורה למפקד כוחות צבא ישראל באזור, להורות על הסרת מצבות זכרון שהוקמו באזור ושהקמתן מהווה עבירה כאמור בסעיף 3". לכאורה, מדובר בהחלה ישירה של נורמה שנקבעה בחקיקה ישראלית ביחס לאזור, שנמעניה אינם אזרחים ישראלים בלבד. עם זאת, יש לזכור כי ההוראה מנוסחת כהנחיה למפקד הצבאי לבצע פעולה, אשר ממילא נתונה לסמכותו לפי תחיקת הביטחון (ראו בג"ץ 6195/98 גולדשטיין נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נג(5) 317, 331 (1999)). כך או כך, מדובר בדוגמה בודדת, שיש לראות בה משום חריג המלמד על הכלל.

¹⁶ בהוראות אמנת ג'נבה הרביעית ותקנות האג, לא ניתן לאתר תשובה קונקלוסיבית לשאלה זו. באמנת ג'נבה הרביעית נעשה שימוש במונח "המעצמה הכובשת" ("Occupying Power") באופן עקיף בהוראותיה השונות. בחלק מתקנות האג מופיע המונח "הכובש" ("the occupant"), ואילו ההתייחסות ל"צבא כיבוש" ("army of occupation") כגורם המוסמך בתקנה 53, נובע ככל הנראה מאופייה של התקנה (תפיסת מיטלטלין, שסביר שתעשה על-ידי הכוח הצבאי שנמצא בשטח). תקנה 42 קובעת כי שטח ייחשב לכבוש אם הוא נתון למרותו של צבא האויב ("under the authority of the hostile army"). לכאורה, ניתן לטעון כי השימוש במושג "hostile army" מלמד על כוונה כי הצבא, והוא בלבד, יהיה זה שיפעיל את סמכויות "הכובש" אליו מתייחסות כלל התקנות מתקנה 43 ואילך. אך לכך ניתן להשיב כי תקנה 42 עניינה תיאור התנאים לביסוס מצב של תפיסה לוחמתית, ולכן אך טבעי כי מנסחיה בחרו לעשות שימוש במונח "צבא האויב"; שכן הצבא הוא הגוף אשר מבסס את השליטה הפיזית בשטח, ולא ניתן ללמוד מלשון תקנה

84. **מצד אחד**, ניתן למצוא תימוכין בספרות לעמדה שלפיה למחוקק של המדינה המחזיקה בשטח בתפיסה לוחמתית, ובענייננו כנסת ישראל, ישנה סמכות **מקבילה** לסמכותו של המחוקק בשטח המוחזק, שהוא המפקד הצבאי באיו"ש במקרה דנן. ראו דבריו של המלומד דינשטיין משנות ה-70 של המאה הקודמת:

"הכנסת היא הרשות המחוקקת העליונה בישראל ושום דבר אינו מונע בעדה מלהתערב במעשי המפקד הצבאי ובצוויו. במידה שמוקנית לכובש סמכות חקיקה בשטחים המוחזקים, הסמכות מוקנית למדינה בתורת שכזאת ולא לאורגן כלשהו שלה. נכון שבמציאות מופקדת סמכות החקיקה בדרך-כלל בידי המושל הצבאי, אשר נכנס בנעליה של הרשות המחוקקת בשטח המוחזק. זהו מצב דברים טבעי ורצוי כאחד... אולם אין לפנינו כלל בל-יעבור, והכנסת רשאית גם רשאית לחוקק חוק, שיבוא במקום צו או צווים של המפקד הצבאי."¹⁷

85. בע"פ 1/48 סילוסטר נ' היועץ המשפטי, פ"ד א 5 (1949) (להלן: עניין סילוסטר), שהוא הערעור הפלילי הראשון שנדון על-ידי בית המשפט הנכבד לאחר קום המדינה, התעוררה שאלת תחולתה של פקודת הסודות הרשמיים בירושלים מיד לאחר קום המדינה, בחודשים מאי עד אוגוסט 1948, אז הוחל המשפט הישראלי על "השטח המוחזק" בירושלים באמצעות מנשר מס' 1 של שלטון צבא-הגנה לישראל בירושלים.

עיקרו של פסק הדין בעניין סילוסטר עוסק בטענות בדבר פגמים פרוצדוראליים שונים שנפלו, על-פי הנטען, בכתב האישום שהוגש נגד המערערים וכן בשאלת החלתו הרטרואקטיבית של הדין הפלילי הישראלי. לצד זאת, ולמעלה מן הנדרש, בית המשפט דן בטענת ההגנה כי בשטח כבוש נתונה סמכות החקיקה רק למפקד הצבאי, **ודחה אותה**. לשיטתו של כב' הנשיא זמורה, "אשר לטענה שהמפקד הצבאי דוקא היה צריך להיות המחוקק לשטח הכיבוש ולא מדינת ישראל, הריני בדעה שאם לפי החוק הבינלאומי יש כוח חקיקה מסוים לשלטון הצבאי, הרי על אחת כמה וכמה ישנו כוח חקיקה כזה למחוקק של המדינה הכובשת שממנה השלטון הצבאי שואב את כוחו." (שם, בעמ' 29).

זו ביחס לשאלה מיהו הגורם נתונה סמכות החקיקה בשטח הכבוש. ממסמכי ההכנה של הצהרת בריסל (טיוטת הסכם בין-לאומי משנת 1874 שאומצה על ידי מדינות לאחר מלחמת פרוסיה-צרפת - Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War (Brussels, 27 August 1874)), עולה כי במסגרת הדיונים על סעיף 2 להצהרה, שעליו בין היתר, מבוססת תקנה 43 לתקנות האג, בחרו נציגי המדינות להחליף את המונח "occupying State" במונח "occupant". פרופ' איל בנבנישתי סבור כי הבחירה בשימוש במונח "occupant" לעומת המונח "occupying State" אינו מקרי, ומלמד על כוונה להקפיד על הפרדה בין רשויות המעצמה הכובשת לבין הממשל בשטח הכבוש, וכי יש לשמר הפרדה זו (Eyal Benvenisti, The International Law of Occupation 4, 4-5 (2012)).

¹⁷ יורם דינשטיין, "פסק הדין בעניין פיתחת רפיח", **עיוני משפט** ג 934, 937 (תשל"ד). דינשטיין הביא את דבריו של המלומד Gerhard von Glahn, בחיבורו The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation (1957), בעמ' 137, שלפיהם: "supreme legislative power in occupied territory is vested in the occupant power for the duration of the occupation" לצורך ביסוס עמדתו ש"הסמכות [לחוקק] מוקנית למדינה בתורת שכזאת. יוער, כי לא ברור מהציוט הנ"ל אם בכך התכוון von Glahn כי הסמכות לחוקק בשטחה של המדינה הכובשת נתונה באופן ספציפי לרשות המחוקקת של המדינה הכובשת, או שמא הסמכות נתונה לאורגן ייעודי שיוקם על-ידי המדינה הכובשת לשם כך ויפעל רק ביחס לשטח הכבוש.

על-פני הדברים מדובר באמירה ברורה של בית המשפט הנכבד בדבר סמכותה המקבילה של הכנסת לחוקק במישורין ביחס לשטח מוחזק. ברם, ראוי לסייג אמירה זו ממספר טעמים. ראשית, מדובר בהערה שניתנה בהקשר לתחולת הדין הישראלי במערב-ירושלים בשנת 1948, אשר מעמדה שונה ממעמד שטחי איו"ש. שנית, מדובר באמירה-אגב יחידה של בית המשפט הנכבד בנושא זה, שניתנה בראשית ימיו לאחר קום המדינה, ואשר לא נמצא לה אזכור בפסיקתו המאוחרת, שכידוע, דנה רבות בדין החל באיו"ש.

86. עם זאת, לא ניתן לשלול את ההיגיון הטמון בגישה זו, שלפיה סמכות החקיקה הנתונה למפקד הצבאי נתונה במקביל גם לרשות המחוקקת של המעצמה המחזיקה, שהרי המפקד הצבאי הינו אורגן של המדינה המחזיקה, הכפוף לרשויות המדינה.

87. **מצד שני**, ניצבים טעמים כבדי משקל נגד החלה ישירה של חקיקה ראשית בשטח המוחזק בתפיסה לוחמתית, בפרט במקרה של השליטה הישראלית באיו"ש.

ראשית, חקיקה ישירה של כנסת ישראל ביחס לאזור, החלה גם על מי שאינם אזרחי ישראל או תושביה, עלולה ליצור בלבול וחוסר-ודאות באשר לדין החל באזור, מכיוון שחקיקת הכנסת אינה חלק אינטגרלי ממערכת הדינים המקומית, אינה "מדברת באותה השפה", וגם לא מפורסמת באופן שבו מפורסמים דברי חקיקה באזור.

לכך יש להוסיף, כי החלה ישירה עלולה ליצור סתירה ואי התאמה לדינים ולמוסדות הפועלים באזור. לדוגמה, סעיף 3 לחוק ההסדרה קובע כי הממונה על הרכוש הממשלתי ירשום כרכוש ממשלתי מקרקעין שלא עלה בידי אדם כלשהו להוכיח שיש לו זכויות בהם, וזאת בניגוד להליך המקובל הנהוג באזור של הכרזה על אדמות מדינה והאפשרות להגיש ערר על כך. כמו כן, ההליך מטיל על הממונה לרשום מקרקעין כרכוש ממשלתי למרות שסמכות הרישום באזור היא בידי קמ"ט רישום מקרקעין.

שנית, כפי שצוין ברקע הדברים, עם תפיסת השליטה בשטח, מדינת ישראל קיבלה החלטה באשר לזהות האורגן שיהיה אחראי לחקיקה באיו"ש, וכך נהגה במשך כחמישים שנה. החלטה זו מצאה ביטוי במנשר מס' 2 שהוציא המפקד הצבאי בשנת 1967, שבו נקבע בבירור כי "כל סמכות של שלטון, חקיקה... תהא מעתה נתונה בידי בלבד ותופעל רק על ידי או על ידי מי שיתמנה לכך על ידי או יפעל מטעמי (ההדגשה הוספה)". נורמת הבסיס שנקבעה במנשר מס' 2 הינה כי המפקד הצבאי, הוא והוא בלבד, בעל הסמכות לחוקק באיו"ש.

אמנם, המפקד הצבאי, שהוא חלק מהרשות המבצעת ונתון למרות הממשלה (סעיף 2 לחוק-יסוד: הצבא) הפועלת מכוח אמון הכנסת (סעיף 3 לחוק-יסוד: הממשלה), אינו יכול להגביל את כוחה של הכנסת לחוקק באיו"ש, ככל שהעניין נמצא בסמכותה והיא בוחרת לעשות כן במפורש.

עם זאת, לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, אין זה ראוי ששינוי כה משמעותי באופן החקיקה באזור – בכל הקשור לקביעת הסדרים הנוגעים לאוכלוסייה התושבים המוגנים – ייעשה כבדרך אגב על-ידי החלת חקיקה פרטנית של הכנסת באיו"ש. בהעדר שינוי פורמלי של נורמת הבסיס באיו"ש, שינוי הדין באיו"ש צריך להיות מעוגן בצו של המפקד הצבאי, הוא המחוקק באיו"ש. זוהי, לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, "דרך המלך" אשר משמרת את המסגרת הנורמטיבית המשפטית, שומרת על קוהרנטיות הדין החל באזור הנתון לתפיסה לוחמתית, ומאפשרת לאוכלוסייה המוגנת בשטח להכיר את הוראות הדין. חקיקה ייעודית של המפקד הצבאי גם מאפשרת לתת ביטוי לסדרי הדין ולהסדרים פרטניים נוספים הדרושים לצורך יישום החקיקה, במסגרת מערכת הדין הפנימי של האזור, שהיא כאמור מערכת משפטית שונה ונבדלת מזו שחלה בתחומי מדינת ישראל.

88. מכל מקום, הואיל והוראות החוק מכוונות עצמן לרשויות האזור, שהן אורגן ישראלי, ממילא מחויב המפקד הצבאי להוציא צו המיישם את הוראות חוק ההסדרה אל תוך הדין הפנימי, ולכן אין אנו נדרשים לקבוע מסמרות בשאלת התחולה הישירה של החקיקה הישראלית באזור.

89. בטרם סיום תת-פרק זה – במסגרת הבקשה להצטרף כידיד ביהמ"ש, מוצגת בהרחבה התזה שלפיה כאשר עסקינן בשטחי האזור, הנתונים לתפיסה לוחמתית ולא הוחל בהם הדין הישראלי, מתעוררות שאלות ביחס לתוקפה של חקיקה המכוונת לתושבי האזור המוגנים וטמונה בה פגיעה בזכויותיהם, וזאת מן הטעם שהם אינם משתתפים בהליך הדמוקרטי לעיצוב ההסדר. כפי שנרחיב בהמשך, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, החוק דן ממילא אינו צולח את מבחני הביקורת החוקתית, ולכן ניתן להותיר שאלה זו – וכן שאלת מיקומה הגיאומטרי במסגרת הניתוח המשפטי – ב"צריך עיון".

ב. האם חוק ההסדרה כפוף לדיני התפיסה הלוחמתית

90. סמכותו של המפקד הצבאי באיו"ש מוגבלת על-פי כללי המשפט הבין-לאומי המינהגי, והוא אינו יכול – לפי ההלכה הפסוקה – לחוקק באזור נורמה הסותרת אותם (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 364 (2002); עניין אבו צפייה, בפסקה 16 לפסק הדין של כב' השופט פוגלמן).

בצד האמור, כידוע, על-פי שיטת המשפט הנוהגת בישראל, חקיקה ראשית ברורה וחד-משמעית של הכנסת, גם אם היא נוגדת את כללי המשפט הבין-לאומי המנהגי – גוברת עליו (בג"ץ 256/01 רבאח נ' בית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים, פ"ד נו(2) 930, 935 (2002) וההפניות שם).

91. על פני הדברים, לפי גישת "המחוקק-הכל-יכול", מקום שבו הכנסת מחוקקת חוק, חוק זה הוא בעל תוקף בפני בית משפט ישראלי, אף אם תימצא סתירה בינו לבין כללי המשפט הבין-לאומי. לפיכך – כל עוד חוק זה שריר וקיים בספר החוקים של המדינה ולא בטל מכוח הוראה אחרת של הדין הפנימי – יגברו הוראותיו על כללי המשפט הבין-לאומי המינהגי, וכמפורט לעיל, המפקד הצבאי יהיה מחויב לעגנו בצו.

92. מכל מקום, הואיל ולעמדת היועץ המשפטי לממשלה, החוק דנן ממילא אינו צולח את מבחני הביקורת החוקתית – כפי שיפורט בהמשך, ודינו בטלות לפי הדין הפנימי הישראלי, ממילא אין צורך להכריע בשאלת תוקפו של החוק לפי הדין הבין-לאומי.

ג. הערה מקדמית: תחולה אקסטרה-טריטוריאלית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

93. חוק ההסדרה הוא חוק ייחודי מכיוון שבמסגרתו נקבעו בחקיקה ראשית של הכנסת הוראות המבקשות לחול באזור, אשר יש בהן כדי לפגוע פגיעה קשה בזכויותיהם של תושבים פלסטינים – "תושבים מוגנים", שאינם אזרחי ישראלי או תושביה.

94. שאלה מקדמית היא מהי הנורמה העליונה שעל-פיה יש לבחון את הוראות חוק ההסדרה – ובפרט, האם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, חל בשטחי האזור.

95. השאלה האם ובאיזה אופן חלים חוקי היסוד ביחס לשטח הנתון לתפיסה לוחמתית של כוחות צה"ל אינה פשוטה כלל ועיקר.

בעניין חוף עזה, נתקפה חוקתיותו של חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005, שעסק בפינוי ישראלים ונכסיהם מחבל עזה ומשטח בצפון השומרון, ובפיצוי ובסיוע לזכאים. כדי להידרש לשאלת חוקתיותו של החוק, אשר נמעינו הישירים הם ישראלים שהתגוררו בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, נידונה שאלת תחולתו האקסטרה-טריטוריאלית של חוק היסוד.

עמדת המדינה באותו עניין הייתה כי יש להותיר את הנושא המורכב בצריך עיון, אך כי היא מוכנה "בהתחשב בנסיבות המיוחדות ויוצאות הדופן של חוק יישום ההתנתקות, היותו חוק ישראלי (להבדיל מצו היוצא בשטחים), וזיקותיו הרבות לפעולות הנעשות בתחומי מדינת ישראל, על-ידי נושאי תפקידים ברשויות ציבוריות ישראליות והמתייחסות לישראלים – [...] לצאת מן ההנחה שחוק היסוד חל על הוראות שנקבעו בחוק זה. בנסיבות אלה אין צורך להכריע במסגרת עתירות אלה בשאלה החוקתית העקרונית והרחבה של תחולת חוקי היסוד מחוץ לתחומה הריבוני של המדינה" (עמדת המדינה מופיעה בפסקה 78 לפסק הדין בעניין חוף עזה).

96. בפסק הדין בעניין חוף עזה נקבעה תחולתם הפרסונאלית של חוקי היסוד ביחס לאזרחים ותושבים ישראלים המתגוררים בשטח המצוי תחת שליטה ישראלית. בנסיבות אלה צוין בפסק הדין, כי "אין לנו צורך לבחון השאלה אם חוקי היסוד מעניקים זכויות גם למי שאינם ישראלים והמצויים באזורים הנתונים לתפיסה לוחמתית, או לישראלים שאינם מצויים בשטח שבשליטת ישראל. שאלה זו מעוררת בעיות שאין לנו צורך לדון בהן, ונשאיר אותן בצריך עיון." (שם).
97. בבג"ץ 8276/05 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1 (2006) (להלן: עניין הנזיקים האזרחיים), עלה הנושא פעם נוספת לדיון אגב תקיפה חוקתית של חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005, שקבע כי המדינה לא תהיה אחראית בנזיקין לנזק שנגרם באזור עימות בשל מעשה שביצעו כוחות הביטחון. גם במקרה זה לא נדרש בית המשפט הנכבד להכריע בסוגיית תוקף חוקי היסוד ביחס לתושבי האזור שאינם ישראלים, לאחר שנמצא כי הזכויות הנפגעות של תושבי האזור – ובפרט זכות התביעה בנזיקין – הן זכויות המוקנות להם בשטח מדינת ישראל גופה, לפי המשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי (שם), בפסקאות 23-22.
98. עוד ראו, מן העת האחרונה ממש, הערת כב' המשנה לנשיאה (בדימו') ג'ובראן בדבר הותרת הסוגיה בצריך עיון (עניין זיאדה, בפסקה 95).
99. לעומדת היועץ המשפטי לממשלה, המסקנה המתחייבת בענייננו היא כי הוראות חוק ההסדרה נדרשות לעמוד בהוראות פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד, בהתאמות הנדרשות. משדומה שהעניין אינו שנוי במחלוקת בין הצדדים העיקריים להליך (השוו: עניין חוף עזה; עניין הנזיקים האזרחיים), נסתפק בטעמים המרכזיים, כדלקמן.
100. ראשית, מדובר בחקיקה ראשית של הכנסת שמבקשת לקבוע הסדר ביחס שטח המוחזק בתפיסה לוחמתית. הטיעונים שהוצגו בזכות סמכות הכנסת לחוקק ביחס לשטחי האזור, ולמצער לחייב בחקיקה ראשית את המפקד הצבאי לקבוע הסדר מסוים בשטחי האזור (ראו פרק א' לעיל), מובילים מאליהם למסקנה כי ההגנה שמקנה חוק היסוד מפני חקיקה פוגענית צריכה לחול ביחס להסדר כאמור – בבחינת "שטר ושוברו בצידו".
101. שנית, הפעלת סמכות החקיקה על-ידי המפקד הצבאי, בהקשר דומה, כפופה לדיני התפיסה הלוחמתית. כידוע, ההלכה הפסוקה קובעת כאמור כי כאשר קיימת סתירה שאינה ניתנת ליישוב בין המשפט הבין-לאומי המנהגי לבין המשפט הישראלי הפנימי, ידו של האחרון על העליונה (ראו פרק ב' לעיל). אין להלוס מצב שבו תהיה הכנסת חופשית מכל חסם נורמטיבי, ולא ניתן יהיה להעביר את החקיקה היוצאת מלפניה תחת שבט הביקורת השיפוטית.

כלומר, דווקא מתוך הנחה שחקיקה ראשית של הכנסת אינה כפופה – בפני בית משפט ישראלי – לדיני התפיסה הלוחמתית, במקרה של סתירה חזיתית בין השניים, ישנה הצדקה ברורה לקביעה כי חוק היסוד, והמגבלות הקבועות בו, חלים בנסיבות העניין על חקיקה מסוג זה. כל קביעה אחרת תוביל למסקנה כי לא ניתן לקיים ביקורת שיפוטית על ההסדר שנקבע בחקיקת הכנסת – קביעה שסותרת מושכלות יסוד של השליטה הישראלית באזור, ושל שיטת המשפט הישראלית בכלל.

102. שלישית, חוק ההסדרה עשוי להשפיע גם על הליכים משפטיים המתנהלים בישראל, שכן על פי ההלכה הפסוקה באפשרותו של צד לסכסוך מקרקעין באזור לפנות בבקשת סעד בבית משפט ישראלי (ראו: בג"ץ 332/11 קבהא נ' שר הביטחון, בפסקה 13 וההפניות שם (פורסם באר"ש, 30.9.13)). בנסיבות אלה, ממילא דומה כי תחולת חוקי היסוד אינה שנויה במחלוקת בעניינו של חוק ההסדרה (השוו: עניין הנזיקים האזרחיים לעיל).

103. לכך יש להוסיף, כי חוק ההסדרה עשוי לכאורה לפגוע גם בזכות קניין של אזרחים ישראליים, אשר נעשה בינוי שלא כדין על מקרקעין פרטיים בבעלותם. בסיטואציה מעין זו, ובהתאם לפסק הדין בעניין חוף עזה, ממילא יש לבחון את החוק הפוגע לאור חקיקת היסוד.

104. כפי שכבר צוין לעיל, אין פירושו של דבר כי חוקי היסוד והזכויות המנויות בהם חלים באותו האופן שהם חלים בשטח מדינת ישראל. תחולת חוקי היסוד, הזכויות המוגנות על-ידיהם והיקף ההגנה עליהן, מושפעים ממעמדם המיוחד של שטחי האזור והמסגרת הנורמטיבית שחלה בהם. הבחנה זו עשויה להביא לניתוח שונה של היקף הזכויות – לכאן או לכאן – ושל יישום מבחני פסקת ההגבלה. בהקשר זה, ייושמו המבחנים החוקתיים, בין היתר, תוך מתן משקל לעקרונות המשפט הבין-לאומי אשר לפיהם מנוהלים שטחי האזור מזה יובל שנים. על הבחנה זו, והיבטיה היישומיים, נרחיב כעת.

ד. המסגרת החוקתית וזיקתה למשפט הבין-לאומי

105. כאמור, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי יש לבחון את הוראות חוק ההסדרה לאור המבחנים החוקתיים הקבועים בחוק היסוד, אשר בנסיבות העניין גבולותיהם ייגזרו, בין היתר, מעקרונות המשפט הבין-לאומי.

106. גם מבלי שנידרש להתעמק בשאלה הכללית מה תפקידו של המשפט הבין-לאומי בניתוח חקיקת היסוד הישראלית, הרי שבנסיבות הייחודיות של חקיקה ראשית של הכנסת המבקשת לחול בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית ולקבוע הסדר הפוגע פגיעה קשה בזכויותיהם של "תושבים מוגנים" בשטח זה, לא ניתן להתעלם מן המסגרת הנורמטיבית החולשת על כל היבטי החיים באזור, ולערוך ניתוח חוקתי כאילו עסקין בחוק "רגיל".

כך למשל, **היקפה של זכות הקניין ועצמת ההגנה עליה, היא שונה בנסיבות של תפיסה לוחמתית**. הדבר נקבע במפורש בפסיקתו של בית המשפט הנכבד בהרכבים מורחבים בעניין **מראעבה** ובעניין **חוף עזה**, בהקשר של היקף הזכויות של הישראלים המתגוררים באזור ומידת ההגנה עליהן:

"כמובן, היקפה של זכות האדם של הישראלי המתגורר באזור ומידת ההגנה עליה שונה היא מזכות האדם של הישראלי המתגורר בישראל.

ביסוד הבחנה זו עומדת העובדה כי האזור אינו חלק ממדינת ישראל. המשפט, השיפוט והמינהל של ישראל אינם חלים באזור. מי שמתגורר באזור מתגורר במשטר של תפיסה לוחמתית. משטר זה הוא מעצם טבעו זמני [...]

הזכויות המוקנות לישראלים המתגוררים באזור באו להם מהמפקד הצבאי. אין להם יותר משיש לו. על כן בקביעת מהותן של הזכויות שיש לישראלים המתגוררים באזור יש להתחשב באופיו של האזור ובכוחותיו של המפקד הצבאי. בית משפט זה עמד על כך בפרשת המועצה האזורית חוף עזה, שעה שדן בפגיעה בזכויות האדם של הישראלים אשר פונו מחבל עזה:

"בקביעת מהותה של הפגיעה ושיעורו של הפיצוי יש להתחשב בכך כי הזכויות שנפגעו הן זכויותיהם של ישראלים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. זמניותה של התפיסה הלוחמתית משפיעה על מהותה של הזכות הנפגעת וממילא על הפיצוי בגין הפרתה" (שם, בעמ' 583).

בהתייחסו לזכות הקניין של הישראלים המפונים מחבל עזה ציין בית המשפט:

"...זכות קניין זו היא מוגבלת בהיקפה... למרבית הישראלים בשטח המפונה אין בעלות במקרקעין שעליהם הם בנו את בתיהם ועסקיהם בשטח המפונה. את זכויותיהם הם רכשו מהמפקד הצבאי, או ממי שפועלים מטעמו. אלה אינם בעלי הרכוש, ואין הם יכולים להעביר יותר זכויות משיש להם. עד כמה שהישראלים בנו בתיהם ונכסיהם על קרקע שאינה פרטית ('קרקע מדינה') זו אינה בבעלותו של המפקד הצבאי. סמכויותיו קבועות בתקנה 55 לתקנות האג...
...מדינת ישראל משמשת... כמי שמנהלת את הרכוש הממשלתי וכמי שרשאית להפיק ממנו טובת הנאה (usufructuary)" (שם, בעמ' 585-584).

(עניין **מראעבה**, בעמ' 501; המובאות בתוך הציטוט הן מעניין **חוף עזה** – הח"מ).

107. הנה כי כן, גם במנותק מן השאלות הדוקטריניות הכרוכות בהסתייעות בנורמות בין-לאומיות במסגרת ניתוח חוקתי במשפט הפנימי (ראו תמצית עמדת הכנסת בבג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, בפסקה 57 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל (להלן: עניין אדם)), הרי שבנסיבות העניין, המסגרת הנורמטיבית החלה באיו"ש מזה יובל שנים היא חלק מן התשתית שבגדרה נדרשת עריכת הבחינה החוקתית. על כן, כחלק מן הבחינה החוקתית, יש להביא בחשבון גם את עקרונות המשפט הבין-לאומי, ובכלל זאת, את דיני התפיסה הלוחמתית כפי שפורשו בפסיקתו ארוכת השנים של בית המשפט הנכבד. לעתים, יוביל ניתוח זה להגנה מוגבלת על זכויות מסוימות. לעתים אחרות, תוביל פרשנות זו להגנה מוגברת של חוק היסוד על זכויות אחרות.

הכול, כנגזרת מהמסגרת הנורמטיבית הרלוונטי של הוראות המשפט הבין-לאומי הצריכות לעניין. כפי שנראה להלן, בעניינו רלוונטית ההגנה המוגברת המוכרת במשפט הבין-לאומי ביחס לזכות הקניין של התושבים המוגנים, אשר מקרינה על אופן הניתוח של הפגיעה החוקתית בהם והשלכותיה במסגרת פסקת ההגבלה.

ה. הפגיעה בזכות

108. על-פי מודל הביקורת השיפוטית החוקתית המקובל בשיטתנו, נדרש הטוען לאי-חוקתיות הוראת חוק להצביע על פגיעתו באחת מן הזכויות החוקתיות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, או בחוק-יסוד: חופש העיסוק. יש להקדים ולעמוד על עצם קיומה של הזכות החוקתית הנפגעת ועל עוצמתה, בטרם המעבר לבחינת עמידתה של הפגיעה בדרישות פסקת ההגבלה (ראו למשל: בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503 (2004); בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006)). בנסיבות העניין, הטענות המרכזיות הן לפגיעה בזכות לקניין (סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) ובזכות לשוויון הנגזרת מן הזכות לכבוד האדם (סעיף 2 לחוק היסוד).

ה.1. זכות הקניין

109. זכות הקניין זוכה להגנה חוקתית בסעיף 3 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, אשר קובע כי "אין פוגעים בקנינו של אדם." הגם שהזכות לקניין הוכרה כזכות יסוד גם לפני חקיקתו של חוק היסוד, הרי שעם חקיקתו היא קיבלה מעמד חוקתי על-חוקי (ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 431 (1995)).

110. בעשורים האחרונים ניכרת בפסיקתו של בית המשפט הנכבד מגמה שעיקרה בהגברת היקף ההגנה על זכות הקניין כאשר מדובר בהפקעת מקרקעין פרטיים (ראו למשל: בג"ץ 5091/91 נוסייבה נ' שר האוצר, פס' 3 לפסק דינו של השופט מצא (פורסם בנבו, 9.8.94); בג"ץ 465/93 טריידט ס. א. נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה, פ"ד מח(2) 622, 633 (1994); בג"ץ 3956/92 מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' ראש הממשלה, (פורסם בנבו, 22.12.94); בג"ץ 2739/95 מחיל נ' שר האוצר, פ"ד נ(1) 309, 327-328 (1996)). לאור מגמה זו, יש לבחון את החוק שלפנינו מנקודת מבט התואמת את מעמדה של הזכות הקניינית (לעניין זה ראו ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 14.5.12)).
111. בית המשפט הנכבד הדגיש לא פעם את החשיבות המיוחדת בהגנה על מקרקעין פרטיים ואת החומרה הרבה בפגיעה בהם. יודגש, כי הגנה זו אינה מכוונת רק לשמירה מפני אובדן הבעלות, אלא גם מפני שלילת היכולת לממש זכויות בנכס, לדוגמה על-ידי בנייה שלא כדין על המקרקעין על-ידי אחר והשתלטות עליהם (ראו לעניין זה: בג"ץ 5665/11 כפר אדומים כפר שיתופי להתיישבות קהילתית בע"מ נ' שר הביטחון, פס' 13-14 (פורסם באר"ש, 10.10.12); בג"ץ 8887/06 אל-נאבות נ' שר הביטחון, פס' 16 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2.8.11)).
112. ביחס לפגיעה בקניין באמצעות נטילה שלטונית, נקבע בפסיקה כי פיצוי אינו מרפא את הפגיעה בזכות הקניינית. זכות הקניין לא מגנה רק על הערך הכספי של המקרקעין, אלא גם על האוטונומיה של בעל המקרקעין וזכות "שרירות הבעלים" המסורה לו (ראו והשוו: דנג"ץ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68, 85 (1995); עניין רוטמן, פסקה 65 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן).
113. הדברים שנפסקו ביחס לפגיעה בזכות הקניין בתוך ישראל אמורים ביתר שאת בענייננו, בשים לב להגנה המוגברת הקיימת על פי דיני התפיסה הלוחמתית, על זכות הקניין הפרטי של "התושבים המוגנים".
114. זכות הקניין, וההגנה עליה, עוברות כחוט השני במסמכי היסוד של המשפט הבין-לאומי, והיא חלק בלתי נפרד מכללי המשפט הבין-לאומי המנהגי. תפישה זו השתרשה היטב גם בפסיקתו של בית המשפט הנכבד ביחס לקניין הפרט באזור – פסיקה שעליה נרחיב לאחר סקירת מקורות המשפט הבין-לאומי המרכזיים.
115. החובה לכבד רכוש פרטי ומקרקעין פרטיים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית מעוגנת למצער מאז אמצע המאה ה-19 בדין הבין-לאומי, ואף נחשבת למשפט מנהגי. חובה זו הוזכרה כבר במסגרת קוד ליבר (Lieber Code),¹⁸ הוראה שנחתמה על-ידי נשיא ארה"ב

¹⁸ The Lieber Code of April 24, 1863: Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, General Order № 100; full text available at: http://avalon.law.yale.edu/19th_century/lieber.asp

במהלך מלחמת האזרחים האמריקאית (בשנת 1863), שדנה בהתנהלות חיילים בזמן מלחמה, ולימים שימשה כבסיס להסכמים וחוקים מאוחרים יותר (ובראשם – תקנות האג). קוד ליבר קובע את החובה להגן על רכוש פרטי (סעיף 37), וכי תפיסה של רכוש פרטי כאמור תיעשה רק במקרה של צורך צבאי (סעיף 38).¹⁹ בהמשך, חובה זו הוזכרה בהצהרת בריסל (טיוטת הסכם בין-לאומי שאומצה על-ידי מדינות לאחר מלחמת פרוסיה-צרפת)²⁰ ובמדריך אוקספורד – מסמכים אשר מהווים את הבסיס לשתי אמנות האג שאומצו ב-1899 וב-1907.²¹

116. העוגן המרכזי להגנה על זכות הקניין במשטר של תפיסה לוחמתית מצוי בתקנה 46 לתקנות האג, שעל פי הפסיקה משקפת עקרונות של המשפט הבין-לאומי המנהגי, וקובעת את החובה לכבד את זכות הקניין של התושבים המקומיים בשטח הכבוש:

"Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected. Private property cannot be confiscated."

117. החובה המוגברת של המפקד הצבאי להגן על הקניין הפרטי של תושבי האזור הפלסטינים עוברת כחוט השני גם בפסיקתו של בית המשפט הנכבד.

על פי פסיקת בית המשפט הנכבד, הוראה זו מטילה על המפקד הצבאי חובה כפולה: חובה שלילית, להימנע מפעולות הפוגעות בקניינם של התושבים המוגנים; וחובה חיובית, לבצע פעולות המבטיחות כי קניינם של התושבים המוגנים לא ייפגע על-ידי אחרים (עניין חמאד, פס' 15 לפסק הדין). בית המשפט הנכבד הדגיש את החובה להגן על הקניין של האוכלוסייה המוגנת באזור:

¹⁹ Article 37 of the 1863 Lieber Code

"The United States acknowledge and protect, in hostile countries occupied by them...strictly private property. This rule does not interfere with the right of the victorious invader...to appropriate property, especially houses, lands, boats or ships, and churches, for temporary and military uses".

Article 38 of the 1863 Lieber Code

"Private property...can be seized only by way of military necessity, for the support or other benefit of the army or of the United States. If the owner has not fled, the commanding officer will cause receipts to be given, which may serve the spoliated owner to obtain indemnity".

²⁰ Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War (Brussels, 27 August 1874), full text available at: <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/135>

²¹ Art. 38 of the 1874 Brussels Declaration:7

]"P]roperty of persons...must be respected. Private property cannot be confiscated".

Art. 54 of the 1880 Oxford Manual:

..."Private property, whether belonging to individuals or corporations, must be respected, and can be confiscated only under the limitations contained in the following articles"...

"המפקד הצבאי מחויב מכוח תפקידו להגן על ביטחונם ועל קניינם של התושבים המוגנים באזור, ומתוקף כך למנוע פלישות ושימוש מפריע במקרקעיהם הפרטיים. כפי שכבר נפסק, הגנה זו היא אחת מחובותיו הבסיסיות ביותר של המפקד הצבאי" [ההדגשה הוספה – הח"מ] (עניין עבדאלקאדר)

ראו גם: בג"ץ 9593/04 ראש מועצת הכפר יאנון ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון ואח', פ"ד סא(1) 876, 844 (2006); עניין דויקאט; בג"ץ 5665/11 כפר אדומים כפר שיתופי להתיישבות קהילתית בע"מ נ' שר הביטחון, פסי' 13-14 (פורסם בנבו, 10.10.12); בג"ץ 8887/06 אל-נאבות נ' שר הביטחון, פסי' 16 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2.8.11).

118. ההכרה בחשיבותה המיוחדת של ההגנה על קניין הפרט בשטחי האזור, נמצאת כבר בפסיקתו הוותיקה של בית המשפט הנכבד, שנים ארוכות לפני חקיקת חוקי היסוד:

"אבל כאשר בזכויות קנין של הפרט המדובר, אין לפטור את הענין בטענה של "יחסיות" הזכות. לפי שיטת המשפט שלנו זכות הקנין של הפרט היא ערך משפטי חשוב המוגן בדין האזרחי והפלילי כאחד, ואין נפקא מינה, במה שנוגע לזכותו של בעל האדמה להגנה על רכושו על-פי דין, אם האדמה היא אדמה מעובדת או אדמת טרשים.

עקרון השמירה על קנין הפרט חל גם בדיני המלחמה שמצאו את ביטויים לענין זה בסעיף 46 של כללי האג. ממשל צבאי המבקש לפגוע בזכות הקנין של הפרט, עליו להראות אסמכתא משפטית לכך ואין הוא יכול לפטור עצמו מפיקוח שיפוטי על מעשיו בטענה של חוסר שפיטות." (עניין דויקאט, בעמ' 12)

119. גם עמדת המדינה, לאורך השנים, נתנה משקל נכבד לזכות הקניין של תושבי האזור המוגדרים כתושבים מוגנים (שאינם אזרחי המדינה המנהלת את השטח בתפיסה לוחמתית – ראו סעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית) – למשל, בכל הקשור לקביעת סדרי עדיפויות באכיפה:

"בנוסף לסוגיית העמידה בהתחייבויות וקיום מדיניותה המוצהרת, המקרה הנדון בעתירה מעורר סוגיה נוספת הנוגעת לפגיעה בזכויות הקניין של התושבים המוגנים ביהודה ושומרון. לא אחת צוין בפסיקה כי אכיפת החוק ביהודה ושומרון מקבלת משנה חשיבות כאשר ההפרות מביאות לפגיעה בזכויות קנייניות [...] כך הדבר, כאשר המבנים נשוא ההפרה מצויים על קרקע פרטית. במוקד העתירה שלפנינו ישנם גם מבנים הבנויים על קרקע פרטית. על כן, ככל שמדובר במבנים אלה, יש להתחשב גם בהיבט הקנייני, נוסף על השיקולים של שלטון החוק. יצוין, כי ניתן להניח שזכות הקניין של התושבים המוגנים היא הטעם המרכזי העומד בבסיס המדיניות השונה שמבקשת המדינה לנקוט כלפי מבנים המצויים על קרקע פרטית (אותם מבקשת המדינה לפנות) לעומת המדיניות הננקטת ביחס למבנים

המצויים על אדמות מדינה (אותם, ככלל, מבקשת המדינה להכשיר. (בג"ץ 7891/07 תנועת "שלום עכשיו"- ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 18.11.13)).

120. ברוח דומה, קבע בית המשפט הנכבד בעניין חמאד, כדלקמן:

"המבנים הוקמו על אדמות בבעלות פרטית, כך שאין כל אפשרות להכשיר את הבנייה בהן, אף לא בדיעבד. [...] יודגש, כי במקרה דנא מדובר בהפרה של חוקי התכנון והבנייה הנמצאת במיקום גבוה בסדר העדיפויות שגובש על ידי המשיבים 1-4, משום שמדובר בקרקע פרטית. זאת, נוכח הפגיעה המשמעותית בזכויות הקניין של התושבים המוגנים ביהודה ושומרון, שעל אדמתם בוצעה הבנייה. על המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון מוטלת החובה לפעול באופן אקטיבי על מנת להגן על זכויות הקניין הפרטי של התושבים המוגנים, ובכלל זאת להגן עליהם מפני בנייה שלא כדין על אדמתם והשתלטות עליה. לפיכך, קיומה של בנייה בלתי חוקית על קרקע בבעלות פרטית מחייבת את אכיפתם, בעדיפות גבוהה, של צווי הפסקת העבודה." (שם, בפסקה 15)

121. לאחר שסקרנו את המסגרת הנורמטיבית הנוגעת לזכות הקניין וההגנה עליה – בכלל, ובפרט בהקשר של התושבים המוגנים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית – נפנה לבחון את הוראות חוק ההסדרה, כדי לבחון את פגיעתן בזכות מרכזית זו.

כפי שנראה להלן, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי חוק ההסדרה – ובפרט הוראות סעיפים (1)3 ו-(2)3 בו – פוגעים פגיעה קשה בזכות הקניין של בעלי הזכויות במקרקעין.

122. חוק ההסדרה מורה לרשויות האזור ליטול את זכויות השימוש וההחזקה במקרקעין מבעל זכות במקרקעין ולהעבירן לידי הממונה על הרכוש הממשלתי באזור (סעיף (2)3 לחוק), תוך שהוא מקנה פיצוי בדמות דמי שימוש שנתיים בשיעור של 125% מערכם של המקרקעין, כפי שיקבע על-ידי ועדת השומה (סעיפים (2)1, (2)8)). החוק מבקש להסדיר אפוא נטילה שלטונית של קניין הפרט, גם כאשר מדובר בזכות קניינית רשומה ומוסדרת, ולא יכול להיות חולק כי מדובר בחוק אשר פוגע בזכות הקניין.

123. אך בכך לא מתמצית הפגיעה בזכות הקניין הגלומה בחוק ההסדרה. סעיף (1)3 לחוק קובע כאמור, כי הממונה ירשום "מקרקעין שאין בהם בעל זכויות במקרקעין" כרכוש ממשלתי, כאשר "בעל זכויות במקרקעין" מוגדר בתור "מי שהוכיח כי הוא רשום כבעל הזכויות במקרקעין או כי הוא זכאי להירשם כבעל הזכויות במקרקעין".

יטען הטוען, כי בסעיף זה – כשהוא עומד לבדו – לא תימצא פגיעה בקניין, בהיעדר בעל זכויות במקרקעין. עם זאת, טענה מעין זו תתעלם מן המציאות המשפטית והעובדתית המתקיימת באזור ומן המדיניות המוצהרת על-ידי המדינה מזה עשרות בשנים, בכל הקשור לאדמות האזור. נזכיר, כי בניגוד למצב בחלק ניכר משטחה של מדינת ישראל,

בתחומי האזור לא הושלם הסדר המקרקעין, שכן הוא הופסק בהוראת המפקד הצבאי לאחר כניסת כוחות צה"ל לאזור בשנת 1967. על כן, חלק הארי של המקרקעין באזור (כשני שלישים) אינו מוסדר ורשום.

זאת ועוד, כאשר התעורר צורך לתפוס את החזקה ברכוש ממשלתי, ובפרט לאחר פסק הדין בעניין דויקאט והחלטת הממשלה שלפיה ההתיישבות הישראלית תוקם על אדמות מדינה, נקטה המדינה בהליך של הכרזה דקלרטיבית על אדמות מדינה לפי סעיף ג2 לצו בדבר רכוש ממשלתי (אשר קובע חזקה ראייתית), ולא ביצעה מהלך כולל (השלמת הסדר המקרקעין) וככלל אף לא ביצעה מהלכים פרטניים (בקשה לרישום ראשון) לרישום המקרקעין כרכוש ממשלתי.

זאת ועוד, במקומות רבים שבהם ננקט הליך הכרזה לפי סעיף ג2 לצו בדבר רכוש ממשלתי, הוגשו ונידונו בהמשך עררים שבמסגרתם נגרעו מקרקעין מגבולות ההכרזה, על רקע טענות לבעלות פרטית.

בנסיבות אלה, לא ניתן להתעלם מן הפגיעה הקשה בזכות הקניינית הכרוכה ברישום אדמות כרכוש ממשלתי לפי סעיף 13(1) לחוק, ודאי כאשר מדובר במקרקעין לא מוסדרים. סעיף 13(1) תופס אפוא ברשתו גם מצבים שבהם מדובר במקרקעין, אשר למצער ברמת הראיות המינהליות יש לתושב פלוני זיקה קניינית מספקת אליהם, ומורה לרושםם בתוך 12 חודשים כרכוש ממשלתי – פרק זמן קצר שוודאי אינו מאפשר הוכחת בעלות במקרקעין לא מוסדרים, או הוכחת זכות להירשם כבעל זכויות במקרקעין מסוג זה. לא זו אף זו, מכיוון שברור וגלוי שלא ניתן להוכיח תוך 12 חודשים זכויות במקרקעין שאינם מוסדרים או זכאות להירשם כבעל זכויות בהם – מקרקעין מסוג זה יירשמו כרכוש ממשלתי בתום 12 חודשים – כך שאין מדובר רק בהפקעת זכות השימוש במקרקעין אלה, אלא בהפקעת הזכויות בהם ללא כל פיצוי (כאשר קבלת פיצוי טעונה בכך שהטוען לזכות יוכיח את זכותו להירשם כבעל זכות בהם).

124. נסכם אפוא כי לא יכול להיות חולק כי הוראות חוק ההסדרה פוגעות פגיעה קשה בזכות הקניין הפרטי המוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מסקנה זו מתעצמת ביתר שאת לאור ניתוח כללי המשפט הבין-לאומי, אשר קובעים הגנה מיוחדת על זכות הקניין הפרטי של התושבים המקומיים והמוגנים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית.

ה.2. הזכות לכבוד ולאי-הפליה

125. סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מעגן את זכותו של אדם לכבוד, וקובע כי "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם". בפסיקת בית המשפט הנכבד נקבע כי הזכות לכבוד האדם כוללת את ההיבטים של השוויון המגשימים את הערכים המונחים ביסוד כבוד האדם (להרחבה: ראו בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, בפסקה 40 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק (2006)). הזכות לכבוד מוקנית לתושבים המוגנים גם מכוח המשפט הבין-לאומי ההומניטארי, וכך לשון סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית:

"Art. 27. Protected persons are entitled, in all circumstances, to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions and practices, and their manners and customs. They shall at all times be humanely treated, and shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof and against insults and public curiosity. Women shall be especially protected against any attack on their honour, in particular against rape, enforced prostitution, or any form of indecent assault. Without prejudice to the provisions relating to their state of health, age and sex, all protected persons shall be treated with the same consideration by the Party to the conflict in whose power they are, without any adverse distinction based, in particular, on race, religion or political opinion. However, the Parties to the conflict may take such measures of control and security in regard to protected persons as may be necessary as a result of the war."

126. בפסיקתו של בית המשפט הנכבד, הוזכר סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית לא אחת:

"ההוראה הבסיסית של המשפט הבינלאומי ההומניטרי החלה בעת קיומן של פעולות לחימה (הן בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית והן בשטחם של הצדדים ללחימה) מעוגנת בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, הקובע כי אזרחים מוגנים – בין אם הם מצויים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית או בשטח המצוי בריבונותם של הצדדים ללחימה – זכאים בכל הנסיבות, בין היתר, ליחס של דרך ארץ לגופם ולכבודם, ולהגנה מפני כל מעשי אלימות או איום במעשי אלימות (ראו גם סעיף 46 לתקנות האג). "עניין רופאים למען זכויות אדם, בפסקה 16 לפסק הדין).

וכן:

"מהו המקור המשפטי ממנו יונקים התושבים המוגנים באזור את זכויותיהם? על הכל מקובל כי המשפט הבינלאומי ההומניטרי הוא מקור מרכזי לזכויות אלה. משפט זה מעוגן, בין השאר, בתקנות האג. תקנה 46 לתקנות האג קובעת: "יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיהם, חיי אדם, רכוש פרטי וכן את אמונות הדת ומנהגי הפולחן. אין להחרים רכוש פרטי". כן מעוגן משפט ההומניטרי זה באמנת ג'נבה הרביעית, המגינה על זכויותיהם של "תושבים מוגנים". ההוראה המרכזית קבועה בסעיף 27: "מוגנים זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך-ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותיהם המשפחתיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמנהגיהם. היחס אליהם יהא תמיד אנושי, והם יוגנו במיוחד מפני כל מעשי אלימות, או איומי אלימות, ומפני עלבונות וסקרנות הרבים... בעלי הסכסוך רשאים לנקוט, לגבי מוגנים, אותם אמצעי פיקוח וביטחון שהיו דרושים כתוצאה מהמלחמה" (עניין מראעבה, פסקה 26 לפסק הדין).

127. בענייננו, ההסדר הקבוע בחוק ההסדרה טומן בחובו, במישור התוצאתי, יחס מפלה ובלתי ראוי כלפי התושבים הפלסטינים, וכפועל יוצא פגיעה בכבודם, שכן ההסדרים הקבועים בו – הלכה למעשה – נותנים עדיפות מכרעת לתושב ישראלי באזור על פני התושב הפלסטיני במקרה של מחלוקת ביחס לזכויות במקרקעין.

128. אמנם, חוק ההסדרה – בנוסח שאושר – חל לכאורה על כל "מתיישב" ועל כל "בעל זכות במקרקעין", תהא אשר תהא זהותם הלאומית, וההתייחסות הפרטנית ל"התיישבות הישראלית" שנכללה בנוסח הצעת החוק הפרטית, הושמטה במסגרת הליכי החקיקה.

129. עם זאת, השמטה זו נותרה בעיקרה במישור הסמנטי בלבד, שכן עיון בהוראות החוק מוביל למסקנה כי "בשורה התחתונה", מבחינה תוצאתית, חוק ההסדרה נותן עדיפות ברורה וגורפת בסכסוכי קרקעות פרטיים למתיישב ישראלי באזור על פני בעל זכות פלסטיני (ולמותר לציין כי הדבר מתיישב גם עם התכלית הסובייקטיבית של החוק):

(א) אחד מן התנאים לתחולת המנגנון הקבוע בחוק הוא "הסכמת המדינה" (כאשר הגדרת "המדינה" בחוק היא רחבה עד מאד), והתקיימותו אף מייתרת את דרישת תום הלב. תנאי זה נותן עדיפות מובהקת למתיישב הישראלי, בשים לב לכך שסיוע מטעם המדינה, או הגופים האחרים המנויים בחוק (ממשלת ישראל או משרד ממשלתי, או ממשלה, רשויות האזור, רשות מקומית או מועצה אזורית בישראל או באזור ומוסד מיישב), היה לאורך השנים מנת חלקה של ההתיישבות הישראלית באזור. לכך יש להוסיף, כי "הסכמה" מוגדרת אף היא בצורה רחבה מאד – "במפורש או במשתמע, מראש או לאחר מעשה, לרבות סיוע בהנחת תשתיות, הענקת תמריצים, תכנון תכניות, פרסום פרסומים שנועדו לעודד בנייה או פיתוח או השתתפות בכסף או בעין".

(ב) **סמכות הקצאת הזכויות במקרקעין נתונה ל"מוסד מיישב"**. כאמור, מוסד מיישב פירשו גוף העוסק ביישוב בני אדם על הקרקע. הלכה למעשה, בחינת הגופים המנויים בחוק המועמדים להתיישבות חקלאית, מעלה כי בהסתברות גבוהה למדי (וזה בלשון המעטה), מטרתם היא ליישב ישראלים בלבד, וכך גם עולה מאופי הגופים המנויים: ההסתדרות הציונית העולמית, הסוכנות היהודית לא"י וממשלת ישראל. לא זו אף זו, אלא שגופים נוספים אשר חפצים לענות להגדרה של "מוסד מיישב" הקבועה בחוק, צריכים להיות מוכרים על-ידי שר החקלאות בישראל (ולא, למשל, על-ידי אורגן של המינהל האזרחי באזור).

(ג) **היישובים המנויים בסעיף 11** – כולם, ללא יוצא דופן, יישובים ישראלים.

130. לכך יש להוסיף כי מטבע הדברים, היקף המקרקעין באזור, מוסדרים ושאינם מוסדרים, שהם בבעלות פרטית של תושבים פלסטינים גדול בהרבה מהיקף המקרקעין שבבעלותם הפרטית של אזרחים ישראלים. לפיכך, הוראות סעיף 11(1) ו-11(2) לחוק ההסדרה צפויות לפגוע – בעיקר – בזכות הקניין במקרקעין של תושבים פלסטינים.

131. על כן, למרות שהחוק שנחקק אינו מפלה על פי לשונו בין תושבי האזור הישראלים לבין תושבי האזור הפלסטינים (הגם שתכליתו הסובייקטיבית ליתן עדיפות מוחלטת לתושבים הישראלים היא ברורה), וגם אם נניח כי בנסיבות מסוימות יישום החוק כפי שאושר עשוי לפעול – כתוצאה אגבית ונלווית – לטובתו של פלסטיני שהתיישב על קרקע פרטית שאינה שלו, הרי שבפועל הוראותיו הגורפות של החוק יביאו **לתוצאה מפלה מובהקת וגורפת לטובת התושבים הישראליים** (לעניין הפליה תוצאתית, ראו: בג"ץ 7052/03, פסקה 51 לפסק הדין של כב' הנשיא ברק).

ו. **בחינת הפגיעה בזכויות בראי פסקת ההגבלה**

132. משמצאנו כי חוק ההסדרה פוגע בזכויות המוגנות על-ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, של תושבי האזור אשר להם זיקה למקרקעין "הטעונים הסדרה", ובפרט בזכות היסוד לקניין, יש לבחון אם פגיעה זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה הקבועים בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כדלקמן:

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

133. אם כן, פסקת ההגבלה מאפשרת פגיעה בזכויות חוקתיות בהתקיימם של ארבעה תנאים: הפגיעה נעשית בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו; החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה; הפגיעה אינה במידה העולה על הנדרש. נפנה עתה לבחינת תנאים אלו.

כאמור בראשית הדברים, במסגרת הבחינה החוקתית יש להביא בחשבון את עקרונות המשפט הבין-לאומי המנהגי הרלוונטיים בנסיבותיה הייחודיות של החקיקה מושא העתירה, החלה בשטח המנוהל בהתאם לדיני התפיסה לוחמתית.

1.1. האם החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל

134. התכליות אשר מצדיקות פגיעה בזכות חוקתית נגזרות מהערכים עליהן מבוססת החברה. על כן קובע חוק היסוד, כי החוק הפוגע צריך להלום את ערכיה של מדינת ישראל. משמעות התיבה "ערכיה של מדינת ישראל", היא "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (עניין חוף עזה, בעמ' 564). בענייננו, עשויות להתעורר שאלות ביחס להלימתו של החוק את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אך משום שלשיטת היועץ המשפטי לממשלה החוק דן ממילא אינו צולח את יתר שלבי הביקורת החוקתית, והואיל והעותרים לא מיקדו את טיעונם במבחן זה (אשר לא פותח בצורה נרחבת בפסיקתו של בית המשפט הנכבד), נמשיך למבחן הבא – והוא מבחן התכלית הראויה.

2.1. החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה – מבחן תכלית החקיקה

135. בהתאם לפסיקתו של בית המשפט הנכבד, תכליתו של חוק תיחשב לתכלית ראויה, כאשר הוא נועד להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה, המגלה רגישות למקומן של זכויות אדם במערך החברתי הכולל (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, בפסקה 45 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 19.11.09) (להלן: עניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 697 (2006); בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 662 (2002) (להלן: עניין אורון)).

136. תכליתו המוצהרת של החוק, לפי סעיף המטרה (סעיף 1 לחוק), היא "להסדיר את ההתיישבות ביהודה והשומרון ולאפשר את המשך ביסוסה ופיתוחה". אך מדובר, כאמור, באמירה במישור ההצהרתי, כאשר תכליתו של החוק נלמדת מלשונו, מן ההסדרים הקבועים בו ומרקע הדברים.

137. תכליתו העיקרית של החוק, הנלמדת מן ההסדר הקבוע בו, מדברי ההסבר ומהרקע לחקיקתו, היא מניעת הריסתם ופינויים של מבנים והתיישבות, אשר נמצאים על מקרקעין שאינם רכוש ממשלתי, והסדרתם של מבנים אלה במישור הקנייני והתכנוני. לצד זאת, תכלית נוספת של החוק היא מתן מענה למתיישבים שהקימו את בתיהם תוך הסתמכות על הסכמת המדינה ומוסדותיה, ולימים התברר כי בתים אלה הוקמו על מקרקעין שאינם רכוש ממשלתי.

138. הימנעות מהריסה ופינוי של בתי מגורים מקום שבו ניתן לעשות כן על-פי דין במישור הקנייני והתכנוני, משרתת, ככלל, תכלית מדינית, ציבורית וחברתית ראויה.

אמנם, כאשר עסקינן בבינוי שלא כדין, שמלכתחילה בוצע ללא היתר כנדרש, מעוררת הסדרה בדיעבד שאלות במישור שלטון החוק (ראו: בג"ץ 8171/09 ראש מועצת הכפר אל ג'אניה נ' מועצת התכנון העליונה, פסקה 27 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן וההפניות שם (פורסם באר"ש, 20.11.11)), אך גם בפסיקה נקבע כי מדובר רק בשיקול אחד מבין השיקולים הרלוונטיים שאינו השיקול היחיד או המכריע (שם, בפסקה 28).

139. מדיניותה הנוכחית של הממשלה, כפי שגם הוצגה לבית המשפט הנכבד בהליכים קודמים, היא כי מקום שבו ניתן להסדיר התיישבות ישראלית שהוקמה שלא כדין, במישור הקנייני והתכנוני, ישנה עדיפות לפתרון מעין זה על פני פינוי והריסה. במקרים רבים, בית המשפט לא ראה להתערב בסדרי העדיפויות של רשויות האזור במישור האכיפה, לאחר שהוצהר כי קיימת כוונה להסדיר בינוי, שהוקם מלכתחילה ללא היתר כדין, על אדמות מדינה (ראו למשל: בג"ץ 2297/15 אחמד נ' שר הביטחון, פסקה 20 (פורסם בנבו, פסק דין חלקי והחלטה מיום 7.2.17)).

140. בנוסף, מתן מענה למתיישבים אשר בנו את בתיהם בהסתמכם בתום לב על מצגי הרשויות, ולימים התברר כי בתים אלה נבנו על אדמות פרטיות, אף הוא עונה על דרישת התכלית הראויה.

141. יחד עם זאת, אופיו הגורף של ההסדר, שאליו נתייחס גם בהמשך, מביא למצב שבו כמעט כל מתיישב ישראלי על קרקע פלסטינית פרטית יוכל להמשיך לשבת על הקרקע, ללא בחינה פרטנית של נסיבות המקרה – טיב הזכויות, נסיבות הבנייה ומשך הזמן שחלף. בכך, מגלה החוק אדישות מופגנת כלפי זכות הקניין של התושב הפלסטיני בעל הזכות במקרקעין, ובהקשר הרלוונטי לתכלית הראויה – חוטא לעיקרון שלפיו תכלית ראויה צריכה להיות כזו המתחשבת במקומן של זכויות האדם במארג הכולל.

142. זאת ועוד. הסדר גורף כמו זה שנקבע בחוק ההסדרה מתעלם מעיקרון שלטון החוק (ראו והשוו: עניין אורון, בפסקה 34). בהיעדר דרישה שפעולת המתיישב נעשתה בתום-לב, ובשים לב להגדרה הרחבה עד מאד של "הסכמת המדינה", חלות לכאורה הוראות החוק גם על פעולות שנעשו תוך התעלמות מופגנת משלטון החוק, ותוך פגיעה במודע בזכויות הקניין של הזולת.

בהקשר אחרון זה נזכיר כי "המדינה" מוגדרת בחוק ההסדרה באופן רחב, אשר כולל גם גופים שאינם חלק מרשויות המדינה. במצב דברים שבו גופים נעדרים סמכות, ואף לא סמכות נחזית, פעלו בניגוד לדין וקידמו בנייה בלתי חוקית – כיצד ניתן להסתפק בהסכמתם (והחוק אף מסתפק בהסכמה "משמעת", ואף בהסכמה "לאחר מעשה") כדי להכשיר הפקעת זכויות השימוש במקרקעין מידי בעליהם החוקי. הדברים מטבע הדברים

מקבלים משנה תוקף במקרים שבהם הגוף שנתן הסכמתו, עשה כן בניגוד מפורש לעמדת רשויות האזור (סוגיה שהחוק כלל אינו מתייחס אליה). כל זאת, תוך ויתור על דרישת תום הלב מצדו של הפרט.

143. פגיעה במקרקעין פרטיים לשם הכשרת בנייה שבוצעה בחוסר תום לב, בפגיעה מודעת בזכויות הקניין של הזולת ותוך התעלמות מופגנת משלטון החוק, אינה יכולה להיחשב כ"תכלית ראויה" מבחינה חוקתית. הדברים יפים ביתר שאת מקום שבו מדובר בפגיעה במקרקעין פרטיים של "תושבים מוגנים". אמנם, גם כאשר הבנייה היא בנייה ללא היתר, עשויות להיות נסיבות שבהן מדובר יהיה בסיטואציה ראויה להגנה, אך הסדר גורף כפי זה שנקבע בחוק, עוצם ענינו לשיקול זה, ולא נותן לו משקל כלל.

144. כלומר, יש יסוד לטענה כי אופיו הגורף של ההסדר יחרוץ לשבט את גורלו של חוק ההסדרה כבר בשלב סוגיית "התכלית הראויה". ההימנעות מבדיקה מעמיקה של נסיבות הבינוי הפרטני המיועד להסדרה מעוררת שאלות במישור שלטון החוק, ובמישור ההגנה על זכויות האדם. יחד עם זאת, הואיל והחוק מבקש לתת מענה גם למקרים שראוי לחתור למתן מענה להם, ושעונים להגדרה של 'תכלית ראויה' (למשל, בנייה בתום לב בהתאם לתכנית מאושרת על מקרקעין שנגרעו משטח ההכרזה שנים ארוכות לאחר מכן בעקבות עבודת צוות קו כחול), נמשיך לבחינת הוראות החוק ועמידתו גם במבחני המידתיות (השוו: עניין אורון, בעמ' 665).

3.1. "במידה שאינה עולה על הנדרש" – מבחני המידתיות

145. כידוע, שלושה הם מבחני-המשנה המרכיבים את התנאי החוקתי בדבר היותה של הפגיעה שמסב החוק "במידה שאינה עולה על הנדרש": מבחן ההתאמה או הקשר הרציונאלי, שלפיו על הפעולה הפוגעת להיות מתאימה להשגת תכליתה; מבחן הפגיעה הפחותה, שעל פיו יש לנקוט באמצעי שמשיג את התכלית המבוקשת באותה המידה, ושפגיעתו בזכות היסוד תהא הפחותה ביותר האפשרית; ומבחן "המידתיות במובן הצר", שעל פיו פעולה הפוגעת בזכות חוקתית תימצא מידתית רק אם היחס שבין התועלת שבפעולה לבין הפגיעה שהיא גורמת בזכות הוא ראוי וסביר (ראו: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 385-384 (1997) (להלן: עניין מנהלי ההשקעות); עניין חוף עזה, בפסקאות 54-71 לפסק דינם של עשרת שופטי הרוב).

146. נבחן אפוא האם, בשים לב לעמדתנו ביחס לתכלית החוק, אם האמצעי שנבחר הוא מידתי ביחס לתכלית הראויה שאותרה (לעניין זה ראו עניין אורון) – והיא מתן מענה למתיישבים תמי לב, בנסיבות שבהן פינויים יוביל לתוצאה בלתי צודקת בנסיבות העניין.

147. המבחן הראשון מברר אם קיים קשר רציונלי בין האמצעי שנקט לבין התכלית. מבחן זה מורה לבדוק אם אמצעי זה אכן מביא להגשמתה. מבחן זה אינו מעורר קושי מיוחד,

בשים לב לכך שכדי לצלוח אותו ניתן להסתפק בכך שהאמצעי מקדם את המטרה, והוא אינו צריך להיות המתאים, היעיל או המידתי ביותר (עניין זיאדה, בפסקה 74).

148. מבחן המשנה השני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. במבחן זה נבחן אם מבין האמצעים האפשריים להגשמת התכלית החקיקתית, נבחר האמצעי שפגיעתו בזכות החוקתית היא המועטה ביותר. מבחן זה אינו בוחן רק את קיומו של אמצעי פוגעני פחות, אלא הוא מחויב לבחון אם אותו אמצעי – שפגיעתו בזכות האדם פחותה – מגשים את תכלית החקיקה באותה מידה או במידה דומה לאמצעי שנבחר על-ידי המחוקק בסופו של יום (ראו: עניין אדם, פסקה 24 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן; עניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, פסקה 49 לפסק-דינה של כב' הנשיאה ביניש).

149. לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, קיימים בדין החל באזור מספר אמצעים מידתיים יותר, שיש בהם כדי לקדם את התכלית הראויה של מתן מענה למתיישבים תמי לב שפעלו בסיוע הרשויות, ולימים התברר כי בתיהם נבנו על אדמות פרטיות; וכן למנוע הריסה ופינוי של בתי מגורים שהוקמו בנסיבות אלה.

150. אמצעי אחד הקיים בתחיקת הביטחון מזה עשרות שנים (הגם שלפי מיטב הידיעה לא נעשה בו שימוש עד לאחרונה), והוזכר בפרק המבוא, הוא סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, אשר קובע כי עסקה שבוצעה בתום לב בין הממונה לבין גורם אחר, ביחס לנכס שנחשב לרכוש ממשלתי, לא תיפסל ותעמוד בתוקפה גם אם יוכח שהנכס לא היה רכוש ממשלתי באותה עת. כאמור לעיל, מדובר למעשה בהסדר מסוג "תקנת השוק", אשר תכליתו היא להגן על אינטרס ההסתמכות של הפרט שנקט בתום לב פעולות על בסיס אותן העסקאות, והקניית מעמד ראוי לממונה כדי להקנות יציבות וביטחון למתקשרים מולו בתום לב.

151. מבלי להידרש בשלב זה לכל תנאי ההסדר הקבוע בסעיף 5 לצו האמור, הרי שעל פני הדברים הוא יכול לתת מענה משמעותי לחלק לא מבוטל מן המקרים שבהם פעלו הממונה והמתיישב בתום לב, והתברר לימים שמדובר בקרקע שאינה רכוש ממשלתי. הדוגמה הבולטת היא "גריעתם" מתחום אדמות המדינה של שטחים מבונים, שמלכתחילה נחשבו לאדמות מדינה, כתוצאה מעבודת צוות "קו כחול" לדיוק ופירוש ההכרזות ההיסטוריות על אדמות מדינה, ואשר, בין היתר, על סמך דיוק זה נערכו בהם תוכניות מפורטות.

כאמור, לפי הנתונים שצורפו לתגובת הממשלה (מש/2), שגם אם אינם סופיים ניתן לראות בהם מעין קריאת כיוון, כשליש מן המבנים הישראליים שנמצאים מחוץ לשטחי אדמות המדינה המוכרזות שלצורך הכשרתם נחקק חוק ההסדרה, הם מבנים שנגרעו משטחי אדמות המדינה המוכרזות בעקבות עבודת "צוות קו כחול".

152. יובהר כי אם מתקיימים תנאי סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, תעמוד לפרט זכות מעין קניינית הנקייה מכל זכות קודמת אחרת הפוגמת בתקפותה. בהתאם לכך יוכל הפרט לנהוג בשטח כפי שהיה רשאי לנהוג בו אלמלא התברר כי אין מדובר ברכוש ממשלתי, ובכלל זה להעבירה לאחר, בכפוף למגבלות שהוחלו על ההעברה זו בעסקת המקור.
153. למותר יהיה לציין, שההסדר הקבוע בסעיף 5 לצו האמור הוא מידתי בהרבה מזה הקבוע בחוק ההסדרה, משום שדרישת תוס הלב היא תנאי שבלעדיו אין, בניגוד לחוק ההסדרה אשר מתייחס לתוס הלב רק כאחת מן החלופות האפשריות. דרישה נוספת היא דרישת "התמורה" בגדרי העסקה, הנלמדת בהסדרי תקנת שוק נוספים.
- המידתיות מתבטאת לא רק בדרישות הנוספות, המצמצמות את תחולת ההסדר ואת הפגיעה במקרקעין פרטיים, אלא גם בכך שמדובר בהסדר דומה לתקנת שוק שהיא מוסד יסוד בשיטות משפט רבות, כולל זו הישראלית. מעבר לתנאים המהותיים, סעיף 5 לצו טומן בחובו בחינה קונקרטית של כל מקרה ונסיבותיו.
154. לבסוף יש לציין, כי במסגרת דיון שנערך בראשות היועץ המשפטי לממשלה בעניין אפשרות יישום סעיף 5 לצו האמור, נקבע כי מאפיין נוסף של ההסדר הוא כי ככלל הוא יכול לחול רק על מתחם מגורים מבונה, ועל בניה בפועל שבוצעה לפני שנודע כי מדובר במקרקעין שאינם רכוש ממשלתי.
- צילום סיכום הדיון בראשות היועץ המשפטי לממשלה בעניין סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי מצורף ומסומן מש/2.
155. לאחרונה, הוגשה תגובה מעדכנת מטעם המדינה בעתירה שכוונה נגד תכניות מתאר המסדירות חלק מן ההתיישבות ביישוב עופרה (בג"ץ 419/14 עיריית סילוואד נ' שר הביטחון; תגובה מעדכנת מטעם המשיבים 1-4 מיום 19.11.17), ובה צוין – לצד טענת שיהוי כבד וטענה בדבר מימוש בפועל של הפקעה ירדנית – כי בנסיבות העניין יש תחולה גם לסעיף 5 לצו, ביחס לחלק מהמקרקעין שנכללים בשטח התכניות.
156. מענה אפשרי נוסף לתכלית של מניעת פינוי והריסה של מבנים שהוקמו על קרקע פרטית בנסיבות המצדיקות זאת, עשוי להימצא בדיני השיהוי (המינהלי והאזרחי) וההתיישנות הקיימים בדיני האזור, כפי שפורשו על-ידי בית המשפט הנכבד. אמנם, גם המענה שניתן במסגרת דיני ההתיישנות והשיהוי, במקרים המתאימים, אינו כולל את כל ההיבטים שאליהם מתייחס החוק, אך בניגוד להסדר החריג והגורף הקבוע בחוק דנן, מדובר בדוקטרינות משפטיות קיימות ומבוססות, אשר משקפות איזון מידתי יותר בין האינטרסים והזכויות הצריכים לעניין, על רקע נסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה.
157. ייתכנו פתרונות משפטיים אחרים המעוגנים בדין הקיים באיו"ש, שאותם ניתן לבחון בהתאם לנסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה (כפי שנעשה בשנתיים וחצי

האחרונות במסגרת עבודת "צוות ההסדרה"). נוסף על כך, במקרים מתאימים, יכול פרט אשר נקלע שלא בטובתו למצב שבו ביתו מצוי על מקרקעין שאינם רכוש ממשלתי, והדין הקיים אינו מתווה לו מסלול להסדרה קניינית ותכנונית של המבנה, לפנות לרשויות הרלוונטיות בבקשה לקבלת מענה נקודתי – לפנים משורת הדין – למצב שאליו נקלע. זאת, מבלי להידרש לשאלה מהו היקף חובתן המשפטית של הרשויות בהקשר זה, אשר תיגזר מנסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה. כאשר עסקינן במקרה שבו אין מנוס מהריסת המבנה ופינויו – יכול הדבר לבוא לידי ביטוי בסיוע במציאת פתרון מגורים חלופי. מעבר לכך, ככל שבנסיבות קונקרטיות חריגות קמה עילה שבדין (ובעניין זה אין משום הודאה ואף לא ראשית הודאה), עשויות הרשויות לשאת באחריות נזיקית בגין נזק שנגרם לפרט תם לב כאמור.

158. כך למשל, במקרים קודמים בעבר, הוצגו מצד הרשויות מתווים ופתרונות נקודתיים שהיה בהם כדי לתת מענה לסיטואציה שבה נמצאו המתיישבים שנדרשו לפנות את בתיהם. כך, בעניין מיגרין (בעקבות פסק הדין בעניין אל-נאבות), הועברו המתיישבים באופן זמני לשכונת גבעת היקב ביישוב כוכב יעקב, ולאחרונה אושרה תכנית מתאר להסדרת קבע למגוריהם. בעניין עמונה (בעקבות פסק הדין בעניין חמאד), התקבלו מספר החלטות ממשלה בדבר מימון והקמת אתר חלופי למפוני עמונה (החלטת ממשלה מס' 2178 מיום 18.12.16; החלטת ממשלה מס' 2583 מיום 30.3.17 (נעיר, כי בעניינה של החלטת ממשלה מס' 2178 תלויה ועומדת עתירה התוקפת את חוקיותה של ההחלטה – בג"ץ 10112/16). בעניין תשעת הבתים בעפרה (בעקבות פסק הדין בעניין שחאדה), הוקצו משאבים לטובת המתיישבים שפנו – החלטת הממשלה מס' 2178 הנ"ל. אמנם, אין בכך משום מענה מלא לתכלית החוק, אך אין להקל ראש במענה שניתן במקרים אחרים בעבר, לפנים משורת הדין, לעתים תוך השקעת משאבים לא מועטים.

159. הנה כי כן, גם כאשר אין מנוס מפינויים של בתים שנבנו שלא כדין על קרקע פרטית, ואין לבעליהם טענה טובה במישור הדין הקיים, ניתנו מענים לא מבוטלים – הן במישור התקציבי, הן במישור הצעדים הנלווים – וגם נתון זה יש לשקול במסגרת מאזן הנזקים שיכריע את שאלת המידתיות של ההסדר שבנדון.

160. יטען הטוען, כי אין מדובר באמצעים המגשימים את תכלית החוק – הסדרה מלאה של בינוי לא מורשה על אדמות פרטיות – במלוא היקפה, שכן מחד גיסא, הם אינם תופסים ברשתם את כל המקרים; ומאידך גיסא, הם אינם נותנים מענה מקיף באותה המידה לבעיה (למשל – מענה שיש בו כדי למנוע פינוי והריסה, אך אינו מאפשר קידום תכנון והסדרת זכויות קנייניות).

161. לכך ניתן להשיב בשני חלקים:

ראשית, יש לשאול אם התכלית שניתן לראות בה תכלית ראויה חלה לגבי מקרים שאינם נופלים ברשת של האמצעים שפורטו לעיל, או אמצעים אחרים הקיימים במסגרת הדין הקיים. למשל, מקום שבו מדובר בבינוי שלא כדין שהוקם אך לאחרונה על מקרקעין פרטיים, על אף שהמקום ידע כי אין מדובר במקרקעין שהם רכוש ממשלתי. הבעייתיות במישור התכלית הראויה ביחס לסיטואציה מעין זו, משליכה ממילא על בחינת מידתיות האמצעי שנבחר (בין אם נסווג זאת במסגרת המבחן הראשון – הקשר הרציונאלי בין האמצעי לבין התכלית, ובין אם בהמשך בחינת מידתיות ההסדר).

שנית, גם אם נניח שהמענה שניתן באמצעים החלופיים הוא חסר ביחס לאמצעי שנבחר בחוק, אזי ההשוואה של האחרון ביחס לחלופות תסייע בהמשך בחינת המידתיות על-פי מבחן המשנה השלישי. כפי שנפסק, ממילא יש לבחון את האמצעי הפוגעני שנבחר בחוק "בהשוואה לאמצעים חלופיים אפשריים שפגיעתם בזכות האדם היא פחותה, גם אם אמצעים אלה לא יגשימו את תכלית החוק באותה המידה. יישום יחסי זה של מבחן המידתיות במובן הצר, מתכתב עם מבחן המשנה השני של המידתיות ועם החלופות שנבחנו במסגרתו. גם חלופה שנמצאה בלתי מתאימה במסגרת המבחן השני, מכיוון שהיא אינה מגשימה את תכלית החוק במידה דומה לחלופה שבה בחר המחוקק, עשויה להשיג את עיקרי התועלת החברתית תוך פגיעה פחותה באופן משמעותי בזכות החוקתית" (עניין אדם, בפסקה 27 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן; ראו גם עניין זיאדה, בפסקה 115). הנה כי כן, סקירת אמצעים חלופיים שמקדמים את התכלית הראויה שאותרה בחוק, מובילה אותנו באופן טבעי גם אל המבחן השלישי – של המידתיות "במובן הצר", שאליו נידרש כעת.

4.1. מידתיות במובן הצר

162. מבחן המשנה השלישי של המידתיות – "המידתיות במובן הצר", בוחן את היחס שבין התועלת הציבורית הצפויה מחקיקת החוק, לבין הפגיעה בזכות החוקתית, ובענייננו – האם הנזק הצפוי להיגרם לתושבי האזור הפלסטיניים בשל הפגיעה בזכויותיהם המוגנות עומד ביחס ראוי לתועלת הצומחת מהדבר, בשים לב לתכליות האמורות. מבחן זה פורש בפסיקה כמבחן ערכי, "המעמיד אלה מול אלה את הערכים המתנגשים ומאזן ביניהם לפי משקלם" (בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פס' 69 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש (פורסם באר"ש, 28.2.12)).

163. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי חוק ההסדרה, על ההסדרים הקבועים בו, אינו צולח את מבחן המידתיות במובן הצר. מסקנה זו נשענת בעיקרה על אופיו הגורף של ההסדר, אשר משקף איזון בלתי ראוי בין זכות הקניין של הפרט לבין יתר הזכויות והאינטרסים הצריכים לעניין.

למעשה, אין מדובר בעריכת איזון כלשהו, כי אם העדפה גורפת וחד-צדדית של בנייה ישראלית על קרקע פלסטינית פרטית, תהיינה הנסיבות אשר תהיינה, וקביעה כי המענה למצב זה הוא נטילת הזכויות במקרקעין, רישומם על שם הממונה, והקצאתם למתיישב.

164. לכאורה, קבועים בחוק ההסדרה תנאים לתחולתו, ויטען הטוען כי האיזון בא לידי ביטוי בקביעת המחוקק בדבר תנאי התחולה של החוק. דא עקא, שעיון בתנאי החוק מגלה כי מדובר בתנאים מקלים, מקלים עד מאד, בכל האמור בבנייה ישראלית. נזכיר, כי "הסכמת המדינה" ו-"תום לב" אינם תנאים מצטברים, כי אם חלופיים כפי שמלמדת התיבה "או", ואף זאת כאשר התיבה "הסכמת המדינה", על שני חלקיה, מוגדרת בצורה רחבה עד מאד: "הסכמה", נזכיר, כוללת גם הסכמה "במפורש או במשתמע", "מראש או לאחר מעשה", ולרבות פעולות שונות כמפורט בסעיף ההגדרות בחוק. "המדינה" מוגדרת בתור "ממשלת ישראל או משרד ממשלתי הממשלה, רשויות האזור, רשות מקומית או מועצה אזורית בישראל או באזור ומוסד מיישב".

165. אינדיקציה נוספת לאופיו הגורף של ההסדר, תימצא בהגדרה התיבה "התיישבות" בחוק, אשר כוללת גם את "המיתקנים, השטחים החקלאיים המשמשים לצורכה, מבני ציבור, אמצעי ייצור, וכן דרכי גישה ותשתיות מים, תקשורת, חשמל וביוב." [ההדגשה הוספה – הח"מ]. אין מדובר אפוא רק בהסדרת בתי מגורים הנתונים לסכנת פינוי, כי אם גם – למשל – במקרקעין לשימוש חקלאי. בכך, מטבע הדברים, יש כדי להחליש את עצמת האינטרסים שעליהם עמדו יוזמי החוק, וללמד עוד על אופיו הגורף והבלתי-מידתי של ההסדר.

166. מנגד, הוראות חוק ההסדרה מתעלמות לחלוטין משורה ארוכה של שיקולים ונסיבות שהוכרו כרלוונטיים בהקשרים קרובים של נטילת מקרקעין על-ידי הרשויות או העברה בלתי רצונית של זכויות במקרקעין מפרט אחד למשנהו, ובין היתר, הנושאים הבאים:

אין בחינה של שאלת חוקיות הבניה במועד ההקמה ונסיבותיה;

אין דרישה של תום לב מצד המקים (כתנאי בלעדיו אין);

אין בחינה של עוצמת הפגיעה בבעל הזכויות במקרקעין והנזק שנגרם לו;

אין בחינה של פרק הזמן שחלף מאז הקמת הבינוי או תחילת השימוש, וכפועל יוצא אין הבחנה בין מי שמחזיק במקרקעין מזה עשרות בשנים לבין מי שאך לאחרונה תפס בהם חזקה.

אין בחינה של מידת ההסתמכות וההשקעה של המקים, אם בכלל.

167. ראייה נוספת לחוסר המידתיות הגלום בהסדר הקבוע בחוק היא העובדה כי הוראות חוק ההסדרה סוטות במובהק מתנאיהם של הסדרים אחרים בדין של נטילת מקרקעין והעברת הזכויות בהם, באזור כמו גם בישראל. **מתוך הנחה שהסדרים ותיקים אלה משקפים איזון עדין בין הזכויות והאינטרסים הצריכים לעניין, מתחזקת המסקנה בדבר חוסר המידתיות של חוק ההסדרה.**

168. ראשית, חוק ההסדרה קובע, כאמור, כי לשם החלת ההסדר הקבוע בו נדרש כי המתיישב פעל בתום לב או בהסכמת המדינה. דרישת תום הלב אינה תנאי בלעדיו אין, אלא חלופה אחת בלבד. **הויתור על דרישת תום הלב כתנאי בלעדיו אין, והפיכתה לחלופה בלבד, סוטה מן ההסדרים המקובלים בדיני האזור וישראל ביחס לתקנת השוק, וביחס לדיני הבנייה על מקרקעי הזולת.**

ביחס לתקנת השוק – ראו הניתוח לעיל (פסקאות 27-28, 150-155) ביחס לסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, ודרישת תום הלב שנכללת בו.

ביחס לדיני הבנייה על מקרקעי הזולת (ראו פסקאות 43-45 לעיל). ההסדר הקבוע במגילה ביחס לבנייה ונטיעה במקרקעי הזולת, שהוא הדין החל באזור, מאפשר להעניק למקים מחוברים במקרקעי הזולת זכויות במקרקעין, בין היתר בתנאי שפעל בתום לב, וסבר כי ביצע את ההקמה בקרקע שבבעלותו. בהקשר זה, הרציונל מאחורי דרישת תום הלב בהסדרים השונים הנוגעים לבנייה על מקרקעי הזולת, הוא כי אין לתת שכר לחוטא, ואין לתמרץ בריונות והסגת גבול מכוונת (ראו גם: ארנון וויניצקי, עמ' 326-327).

169. במאמר מוסגר יצוין, כי ההסדר הקבוע בחוק ההסדרה סוטה באופן מהותי גם מן ההסדר הקבוע בסעיף 23 לחוק המקרקעין הישראלי. סעיף 23 לחוק המקרקעין מאפשר למי שהקים מבנה על מקרקעי הזולת לרכוש את המקרקעין בשלושה תנאים מצטברים: התנאי האחד דורש כי המקים סבר **בתום לב** כי הוא בעל המקרקעין בשעת הקמת המחברים; השני, דורש כי סכום המחברים בשעת הקמתם עלה על שווי המקרקעין ללא המחברים; והשלישי – דורש כי רכישת המקרקעין לא עלולה לגרום לבעל המקרקעין נזק חמור עד כדי כך שתשלום שווי המקרקעין לא מפצה עליו. **לעומת זאת**, בחוק ההסדרה, דרישת תום הלב היא אפשרות חלופית בלבד, ולא תנאי בלעדיו אין (סעיף 23(א)(1) לחוק).

שנית, בחוק ההסדרה אין התייחסות לנזק שנגרם לבעל המקרקעין כתוצאה מהרכישה הכפויה (השוו: סעיף 23(א)(3) לחוק). לכך יש להוסיף כי החוק הישראלי חל על מקרקעין בלתי מוסדרים בלבד, בעוד שבעניינינו חוק ההסדרה אינו מבחין בין מקרקעין מוסדרים למקרקעין בלתי מוסדרים. עוד יצוין כי הנטל בסעיף 23 לחוק המקרקעין מוטל על המקים, שנדרש להגיש תביעה לבית משפט אזרחי כדי להקנות לעצמו את הזכויות, בעוד

שבחוק ההסדרה מדובר בהקנייה אוטומטית של הזכויות לממונה, ובהמשך הקצאתן למקים.

170. אף אם נתח את חוק ההסדרה מהפריזמה של דיני הנטילה שלטונית – להבדיל מתחרות זכויות בין פרטים שאליה מתייחסים דיני הבנייה במקרקעין הזולת ותקנת השוק – ונשווה את ההסדר הקבוע בו לדיני הפקעת המקרקעין, יתבהר כי מדובר בהסדר הסוטה במובהק מן ההסדרים המקובלים באזור ובישראל.

171. גם אם בנסיבות מסוימות קיימת לכאורה סמכות על פי דין להפקיע מקרקעין פרטיים של תושבים מוגנים לפי חוק הרכישה הירדני לצרכים ציבוריים בלעדיים של ההתיישבות הישראלית (ולעניין זה ראו האמור בפסקה 37 לעיל), עדיין אין בכך כדי להצדיק הסדר גורף ורחב אשר עיקרו בנטילת זכויות מאדם אחד והענקתם לפרט אחר, לאחר שהלה בנה את ביתו על אדמתו של הראשון.

172. נטילה של קניין על-ידי הרשויות בדיעבד מפרט אחד לטובת משנהו, ללא בחינה פרטנית של נחיצות הנטילה והשלכותיה, סוטה במובהק מדיני ההפקעה באזור ובישראל. מדובר בהסדר שאינו מידתי בעליל, שכן הוא פוגע באופן גורף, חד-צדדי ומפלה במישור התוצאה לרעת התושבים המוגנים הפלסטינים, והוא אינו יכול לעמוד.

173. אכן, הדין הישראלי איפשר בעבר הכשרה רטרואקטיבית של תפיסת חזקה במקרקעין על-ידי המדינה, וזאת כמוסדר בחוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953 (להלן: ח"ם).

ההסדר הקבוע בח"ם נועד להעניק תוקף חוקי בדיעבד לתפיסתם של מקרקעין שננטשו על-ידי בעליהם בתקופה שלאחר קום המדינה, על-ידי המדינה לצרכי פיתוח, התיישבות או ביטחון, אף במקרים בהם התפיסה נעשתה ללא כל עיגון בדין. בנוסף, החוק קובע את מנגנון הפיצוי לבעלי הקרקע שקרקעותיהם הופקעו במסגרת זו. מכוחו של חוק זה הוקנו לטובת הרשות כ- 1,225,000 דונם ברחבי המדינה שהיו בבעלות פרטית. חלק נכבד מתוך 1,225,500 הדונם שהופקעו בראשית ימיה של המדינה שימשו לצרכי התיישבות חקלאית ברחבי הארץ והוקצו לקיבוצים ומושבים לצרכים חקלאיים. קרקעות אלה מהוות כיום את עתודת הקרקע המרכזית של המדינה לצורך מתן מענה לצרכים הציבוריים העכשוויים, כגון הקמת יישובים חדשים, הרחבת ערים ויישובים קיימים, הקמת מבני תעשייה, הקמת תשתיות, הרחבת תשתיות קיימות וכיוצא באלה.

עם זאת, בית המשפט הנכבד, עת שדן בחוק זה בשנים האחרונות, קבע כי אילו היה נחקק החר"ם בימינו אנו, לאחר עליית מעמדם של חוקי היסוד, הוא היה נמצא בלתי חוקתי:

"הנה כי כן, קשה לנתק את החקיקה החריגה מהרקע ומהתקופה שבה נחקק חוק הרכישה, ואין ספק כי מדובר בחקיקה חד-פעמית שיש להשקיף עליה על רקע הנסיבות ההיסטוריות ששררו בתקופת הקמת המדינה. חוק הרכישה הביא לפגיעה משמעותית ביותר בזכות הקניין של בעלי המקרקעין שקרקעותיהם הוקנו לרשות הפיתוח מכוח החוק הנ"ל. פגיעתו של החוק הייתה ללא ספק קשה עוד יותר מהפגיעה ממנה נפגע, בדרך כלל, בעל מקרקעין שמקרקעיו מופקעים על-פי פקודת הקרקעות. זאת, משום שחוק הרכישה אפשר את הכשרתה הרטרואקטיבית של תפיסת חזקה במקרקעין על ידי המדינה, שככל הנראה נעשתה (לפחות בחלקה) בהעדר הסמכה בדין [...] את אופיין החמור של הוראות חוק הרכישה ואת אי השימוש בהסדרי הפקעת המקרקעין הקבועים בפקודת הקרקעות ניתן להבין רק באספקלריה של הנסיבות ההיסטוריות הייחודיות של ראשית ימיה של המדינה; על רקע צרכי התקופה ובעת שקרקעות ננטשו על ידי בעליהן עקב אירועי המלחמה. נסיבות היסטוריות אלה הביאו לחקיקתו של חוק הרכישה שהוראותיו פוגעות פגיעה ניכרת בזכות הקניין, ואין ספק כי כיום חקיקה מעין זו לא הייתה עומדת במבחן החוקתיות; חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בשנת 1992 מבטאת את שינוי סדרי העדיפויות החברתיים, ובהם מתן משקל רב יותר לזכויות היסוד של הפרט אל מול האינטרסים של המדינה. אחד מענפי המשפט שהושפעו במיוחד ממעמדה החוקתי של זכות הקניין לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הינו דיני ההפקעות. בפסיקתו של בית משפט זה נקבע כי ההפקעה כפופה למבחן המידתיות ואין להפקיע מקרקעין אם ניתן להגשים את מטרת ההפקעה באמצעי הפוגע פחות בזכות הקניין (בג"ץ 3956/92 מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' ראש הממשלה (לא פורסם), פסקה 6 לפסק הדין; ע"א 396/98 מדינת ישראל נ' פז חברת נפט בע"מ, פ"ד נח(3) 145, 150-151); כך גם נקבע כי דין ההפקעה להתבטל, משתם הצורך הציבורי במקרקעין המופקעים (בג"ץ 2739/95 מחול נ' שר האוצר, פ"ד נ(1) 309; בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625 (להלן: פרשת קרסיק)); עוד נקבע כי בעל מקרקעין שהופקעו במלואם זכאי לפיצוי מלא על שווי המקרקעין (ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אתא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629).

(ע"א 3535/04 דינר נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 27.4.06)).
[ההדגשה הוספה – הח"מ]

174. לכך יש להוסיף כי אופיו הגורף של ההסדר של חוק ההסדרה הוא אינדיקציה נוספת לסטייה שלו מדיני ההפקעות המקובלים שמחייבים **בחינה ואיזון פרטני בכל מקרה ומקרה**.

175. חוק הרכישה הירדני קובע כי הפקעה תעשה בהליך אשר במסגרתו נדרש פרסום הודעה על כוונה להפקיע ובדבר הצורך הציבורי בכך; נדרש אישור המפקד הצבאי להפקעה, וזאת לאחר שהשתכנע בנחיצות ההפקעה, היתכנותה, והיותה לטובת הציבור.

כן נדרש פרסום החלטת המפקד הצבאי באזור, יידוע בעל הקרקע המיועדת להפקעה בדבר ההחלטה בידי הרשות המוסמכת לכך, רישום הערה בדבר ההפקעה בספרי המקרקעין, קיום משא ומתן עם הבעלים על-ידי המקיים במטרה להגיע להסכם רכישת זכויות ורישום הקרקע המופקעת לאחר העברת התשלום לבעלים.

בדומה, סעיף 3 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (להלן: פקודת הקרקעות) בישראל, מקנה לשר האוצר את הסמכות להפקיע זכות בקרקע ככל שהדבר נדרש או נחוץ לטובת "צורך ציבורי" (כפי שמוגדר בפסקאות המשנה של הסעיף). הפקודה על תוספותיה קובעת פרוצדורה להליך ההפקעה: במסגרת הליך זה, דורשת הפקודה לתת שתי הודעות לפני שניתן לתפוס חזקה בקרקע; הרשות חייבת לציין את מטרת ההפקעה בהודעות; ולבעל הקרקע ולמי שעומדת לו טובת הנאה בקרקע קיימת זכות שימוע. בנוסף לכך, קובעת הפקודה הוראות לעניין תשלום הפיצויים והערכת שווי הקרקע. יצוין, כי במסגרת התיקון לפקודה משנת 2010, נקבעו הוראות המטילות מגבלות על הרשות גם לאחר ההפקעה.

176. לעומת הסדרים אלו, במסגרת חוק ההסדרה, על המפקד הצבאי לבצע הפקעה גורפת של זכויות השימוש במקרקעין הפרטיים שעליהם הוקמה התיישבות ישראלית. המפקד אינו נדרש להשתכנע בדבר נחיצות ההפקעה במקרה הקונקרטי והצורך הציבורי לקיומה. כמו כן, הליך הנטילה הקבוע בחוק ההסדרה לא כולל את שקילת הנזק העלול להיגרם לבעל הקרקע.

177. תנאיו הרחבים של החוק מובילים למסקנה כי החוק לא מכוון לעריכת בחינה ממשית ועניינית של טענות הנוגעים בדבר, לרבות פרסום ושמיעת טיעונים לגבי התקיימות תנאיו, אלא לביצוע פעולה "אוטומטית" של הפקעת השימוש בקרקעות פרטיות והקצאתן למתיישבים, **תהיינה הנסיבות אשר תהיינה**. גם נתון זה מלמד על אופיו הגורף של ההסדר, ומקרין על שאלת מידתיותו.

178. גם פרקי הזמן הקבועים בחוק לביצוע ההפקעה, מלמדים על כך שמדובר בפעולה אוטומטית למעשה. וכן הציווי לרשום בהתאם לסעיף 13(1) לחוק כ"רכוש ממשלתי" כל מקרקעין שבעליהם לא יוכיח בתוך 12 חודשים שהוא רשום כבעליהם או זכאי להירשם כבעליהם, וזאת גם במצבים שבהם קיימות די ראיות מינהליות לקיומה של זיקה למקרקעין. ברי כי בפרק זמן כה קצר לא ניתן להוכיח זכות להירשם כבעלים ודאי מקום שבו מדובר במקרקעין שאינם מוסדרים, והדבר משליך על עצם הזכאות לפיצויים.

179. היבט נוסף המלמד על אופיו הגורף של ההסדר וסטייתו מהסדרים מקובלים בדין הישראלי, הוא בכך שנטילת הזכויות קודמת לבחינה תכנונית בדבר ייעוד המקרקעין, ולמעשה – ההסדר מכפיף את התכנון ומבקש להתאים אותו למצב הקיים בשטח, תוך התעלמות משקילת השיקולים התכנוניים אשר עשויים להצדיק את נטילת המקרקעין מהפרט.

בפסיקה נקבע כי חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר חיוקה את מעמדה של זכות הקניין, מובילה לכך כי הכלל הוא שהליך ההפקעה יבוצע לאחר סיום הליכי התכנון ואילו הקדמת הליך ההפקעה להליכי התכנון היא בגדר חריג לכלל. (בג"ץ 3028/94 מהדרין בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נא(3) 85, 97 (1995)). קביעה זו נובעת מכך שההקפדה על סיומם של הליכי התכנון עובר להפקעה מבטיחה כי הצורך הציבורי נבחן לעומקו במסגרת הליכי התכנון; כי נבחנה הזיקה בין הצורך הציבורי לבין המקרקעין המיועדים להפקעה; כי נבחנו כל החלופות להגשמת הצורך הציבורי; וכי לאחר בחינה מקיפה זו נמצא כי לא עומדת לרשות חלופה אחרת שתוכל להגשים צורך זה (עע"ס 10398/02 וייס נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה ראשון לציון (פורסם בנבו, 25.5.05); ע"א 1528/05 רשות הנמלים והרכבות רכבת ישראל נ' אביגדורב, פסקה 9 (פורסם בנבו, 14.9.05)). יתר על כן, ההליך התכנוני כולל, מטבעו, שימוע ציבורי רחב באמצעות הליך שמיעת התנגדויות. עצם קיומו של הליך תכנוני שקובע, בסופו של יום, כי יעודה של קרקע היא לצורך ציבורי, מהווה כשלעצמו הליך מידתי ויותר לעומת נקיטה בהליך חד-צדדי של הפקעה.

180. ודוק: אף באותם מקרים שבהם נעשית ההפקעה מבלי שהתכנון קדם להפקעה, נעשה שימוע ציבורי למעשה ההפקעה וכל אשר נפגע ממנו רשאי לשטוח טענותיו בפני הוועדה המייעצת (ראו תיקון 3 לפקודת הקרקעות משנת 2010). משמע, כי כל הפקעה נבחנת קונקרטית ביחס לכל המבחינים הרלוונטיים, ויש לצלוח את כולם כדי שהיא תאושר. בהקשר זה חשוב לציין, כי על-פי פקודת הקרקעות לא נעשית הפקעה שנועדה להעביר זכות במקרקעין המשמשים למגורים מאדם אחד לאדם אחר. הפקעה לטובת הקמתו או הרחבתו של יישוב נעשית דרך כלל כאשר הקרקע אינה מיועדת או משמשת למגורים, שכן במצב אחרון זה נבחנות דרכים אחרות שיובילו לקיום המטרה בפגיעה מינימלית בזכות הקניין של הפרט (למשל על דרך של תכנית איחוד וחלוקה, שלה טבלאות הקצאה ואיזון הנותנות מענה מידתי יותר לפגיעה בזכות הקניין).

181. אכן, מן הצד השני של המאזניים, ניצב אינטרס המתיישבים הניצבים לכאורה בפני סכנה לפינוי מבתיים ונכסים שבהם נהגו מנהג בעלים (הגם שהחוק חל גם ביחס לשטחים חקלאיים, למשל, ומטבע הדברים יש לתת לאינטרס זה משקל מופחת).

בפסיקתו של בית המשפט הנכבד הוכר האינטרס הציבורי במתן מענה למתיישבים הניצבים בפני סכנה לפינוי מבתיים, כאינטרס לגיטימי וראוי (ראו עניין זיאדה). אך קביעה קטגורית וגורפת כי המענה צריך להיות בדמות הפקעת המקרקעין מידי בעליהם המקוריים והקצאתו למתיישב, תהיינה הנסיבות אשר תהיינה, בוודאי שאינה עולה בקנה אחד עם עיקרון המידתיות.

בפרט, כאשר הפסיקה הכירה בכך שזכות הקניין של המתיישבים, למצער בחלק מן המצבים שעליהם מבקש החוק לחוק, היא חלשה יותר ופחות ראויה להגנה – בשל היעדר זכויות פוזיטיביות במקרקעין; ובשל ההגנה הפחותה על זכויות הקניין של הישראלים

המתגוררים בשטחי יהודה והשומרון (ראו עניין זיאדה, בפסקה 90; וההפניות שם); ומקל וחומר, ביחס לאלה אשר בנו את ביתם שלא כדין (עניין זיאדה, בפסקה 93).

ז. הסעד

182. אמנם, ידועה ההלכה הפסוקה כי "הכרזה על בטלותו של חוק או חלק ממנו היא עניין רציני. לא על נקלה יעשה כן השופט" (עניין מנהלי ההשקעות, בעמ' 386), אך בנסיבות העניין דומה כי אין מנוס מכך. **לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, לא ניתן להושיט סעד אחר זולת הכרזה על בטלות החוק בכללותו, מחמת אי חוקתיותו.**

183. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, לא ניתן – לא בדרך של פרשנות ולא בדרך של פסילת הוראה מהוראותיו באמצעות "עיפרון כחול" – להכשיר את חוק ההסדרה מבחינה חוקתית, לנוכח הפגם שזיהינו כבר במישור התכלית ובהמשך לכך במישור המידתיות. ודוק: מדובר בהסדר פגום מיסודו, ואין מדובר בעניין "כמותי" של מידות ושיעורים, שניתן "להצילו" באמצעותו תיקון נקודתי (השוו לעמדתו של כב' הנשיא גרוניס (בדעת מיעוט) בבג"ץ 8425/13 איתן נ' ממשלת ישראל, פסקאות 16-17 לפסק דינו (פורסם באר"ש, 22.9.14)).

ח. הבקשה לצו ביניים

184. אשר לבקשה לצו ביניים – היועץ המשפטי לממשלה סבור כי בנסיבות העניין יש להפוך לצו ביניים את צו הביניים-הארעי שנתן תוקף שיפוטי להסדר הדיוני שהציע, וזאת, עד להכרעה בעתירה.

185. נזכיר את פרטי ההסדר הדיוני שלו ניתן תוקף של צו הביניים-ארעי:

א. לא יבוצעו פעולות של רישום, נטילת זכויות במקרקעין, הקצאה ותכנון לפי סעיפים 6-3 לחוק.

ב. יוקפאו הליכי האכיפה והצווים המינהליים שעליהם חל החוק, ביחס לבנייה קיימת בהתיישבות הנמצאת ביישובים המנויים בסעיף 11 לחוק.

ג. לא יבוצעו צווים אופרטיביים שעליהם חל החוק, שיש בהם כדי לשנות את המצב הקיים (כגון צווי הריסה), לגבי בנייה קיימת ב"התיישבות" שלכאורה חלים לגביה סעיפים 3 ו-7 לחוק.

186. כידוע, על בית המשפט הדן בבקשה לצו ביניים לבחון שני עניינים: סיכויי העתירה להתקבל ו"מאזן הנוחות" (ראו, בין רבים: בר"ס 8601/10 ק.מ.מ. מפעלי מחזור בע"מ נ' עיריית תל אביב-יפו (פורסם באר"ש, 20.12.10)). שני רכיבים אלה אינם נבחנים במנותק זה מזה, אלא הם נשקלים על בסיס מה שמכונה לעתים "מקבילית כוחות", שמשמעותה היא, כי ככל שסיכויי העתירה להתקבל גבוהים יותר כך ניתן למעט בדרישת "מאזן הנוחות" ולהיפך. יחד עם זאת, בפסיקה מושרשת של בית המשפט הנכבד, נקבע כי אבן הבוחן המרכזית היא בשיקולי "מאזן הנוחות" (ראו, בין רבים: בר"ס 8777/06 מפעלי תחנות בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה טבריה (פורסם באר"ש, 19.11.06)).

187. במקרה דנן, מתווסף למשוואה היבט נוסף – העובדה שעסקין בבקשה לצו-ביניים להשעיית יישומה של חקיקה ראשית. בית המשפט הנכבד עמד על סמכותו להוציא צו ביניים כאמור כבר לפני שני עשורים, אך העיר כי מדובר בסמכות שיש להפעילה בזהירות רבה:

"הוצאת צו-ביניים לעיכוב הפעלתו של הסדר המעוגן בחוק הינה בסמכותו של בית-המשפט ונתונה לשיקול-דעתו. כך נוהגים בתי-המשפט באנגליה, בארצות-הברית, בקנדה ובשיטות משפט נוספות [...]"

שיקול-דעת זה יש להפעיל בזהירות רבה. יש לאזן בין הנזק הבלתי הפיך לפרט אם צו העיכוב לא יינתן, לבין הנזק לפרטים אחרים, ולציבור כולו, אם צו העיכוב יינתן. על בית-המשפט להיות רגיש הן לעיכוב בהפעלתו של חוק בטרם הוכרע הדין (אם יינתן צו-ביניים), והן לפגיעה הלכאורית בזכויות האדם עד להכרעת-הדין (אם לא יינתן צו כאמור). " (עניין מנהלי ההשקעות, בעמ' 381-382).

188. כידוע, חקיקה ראשית אשר יצאה מתחת ידיה של כנסת ישראל נהנית מ"חזקת חוקתיות" (ראו למשל, בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 288 (1999)). "חזקת חוקתיות" זו מקרינה גם על הפעלת שיקול הדעת של בית המשפט בשקלו בבקשה לסעד זמני המשעה את יישומה או כניסתה לתוקף של חקיקה ראשית, בטרם התבררו עד תום טענות הצדדים. לכן, ככלל, נמנע בית המשפט הנכבד מהושטת צו ביניים שמשמעותו השעיית תוקפו של דבר חקיקה ראשית, והדוגמאות לכך רבות (ראו, למשל: החלטת כב' השופט סולברג בבג"ץ 6133/14 גורביץ נ' כנסת ישראל (החלטה בבקשה לצו ביניים, פורסמה באר"ש, 2.10.14); החלטת כב' השופט הנדל בבג"ץ 8425/13 גבריסלאסי נ' הכנסת (פורסמה באר"ש, 1.1.14); ראו גם ההפניות שם לבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 749 (2005)). עוד ראו והשוו להערת עשרת שופטי הרוב בפסק-הדין בעניין חוף עזה:

"משמעותו של מתן צו-ביניים כפי שנתבקש בעתירות שלפנינו הייתה התליית תוקפן של הוראות רבות בחקיקה ראשית, וכל זאת במסגרת סעד זמני. כבר צוין כי "עד שבית המשפט פוסל חוק, הוא חייב לשבת שבעה נקיים..." (השופט זמיר בפרשת הופנונג, בעמ' 67). נכונים הדברים, מקל וחומר, בבוא בית-המשפט למנוע ביצועו של חוק צו-ביניים בלא שטענות הצדדים נתבררו והוכרעו באופן מלא. הטענות החוקתיות שהוצגו לפנינו היו רבות ומורכבות. אכן, אף הניתוח החוקתי שנדרש להן במסגרת פסק-הדין אינו פשוט כלל. במצב זה לא ראינו הצדקה להתערב בתוקפה של חקיקת הכנסת טרם ליבון הסוגיות לגופן." (שם, בעמ' 750)

189. יחד עם זאת, ייתכנו מקרים – וכפי שנראה להלן אף היו מקרים – שבהם על אף הכלל האמור, שהגיון רב בצידו, תהיה הצדקה להושטת סעד שיפוטי שיורה על השעיית תוקפו של הסדר שנקבע בחקיקה ראשית. ואכן, עיון בפסיקתו של בית המשפט הנכבד מעלה מקרים אחדים, שבהם ראה בית המשפט הנכבד לנתן צו ביניים (או לחלופין להמליץ על הסדר מוסכם) המכוון להשעיית תוקפו של הסדר המעוגן בחקיקה ראשית, וזאת עד להכרעה בעתירה שבה נתקף הסדר זה.

190. כך, בעניין אורון (עניין "ערוץ 7"), נתקף תיקון לחוק הבזק, התשמ"ב-1982, שבגדרו נוסף סעיף אשר מעניק רישיון וזיכיון להפעלת תחנת שידור לשידורי רדיו למי שהפעיל במשך חמש שנים רצופות תחנה כזו, אשר שידוריה נקלטו במרבית שטחי ישראל. עמדת היועץ המשפטי לממשלה באותו עניין הייתה, כי דין התיקון לחוק להתבטל בשל פגמים בהליכי חקיקתו, וכן מחמת היותו בלתי חוקתי לנוכח הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק יסוד: חופש העיסוק. בעניין ערוץ 7 ניתן צו ביניים, כהצעת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה, המכוון אל הממשלה, שרת התקשורת ואל הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, ועל-פיו עליהם להימנע מליישם את התיקון לחוק הבזק עד למתן החלטה סופית בעתירות (החלטת ההרכב מיום 8.3.99, פורסמה באר"ש; ראו התייחסות גם בפסקה 14 לפסק הדין).

191. בקשה לצו-ביניים להשעיית תוקף חקיקה ראשית נידונה גם בעניין מנהלי ההשקעות הנזכר לעיל, שבו נבחנה חוקתיותו של חוק הסדרת העיסוק ביועץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995, ובפרט חוקתיות הוראות המעבר המתייחסות לחובת בחינה כתנאי למתן רישיון לניהול תיקים, ביחס לעוסקים ותיקים לתחום. כאמור, בית המשפט הנכבד עמד על קיומה של סמכות להושטת סעד, של השעיית חקיקה ראשית עד להכרעה בעתירה, אך הוסיף כי בנסיבות אלה ראוי לעשות כל מאמץ להשגת הבנה בין הצדדים בכל הנוגע להסדרי הביניים. באותו עניין, המדינה – בהמלצת בית המשפט – הציגה הסדר שמשמעותו המעשית הייתה עיכוב יישומן של הוראות המעבר הקובעות חובת הבחינות כתנאי לרישוי עבור עוסקים ותיקים (אשר בסופו של יום נמצאו כבלתי חוקתיות) (ראו: שם, בעמ' 381-382).

192. לפני כשנה, ניתן צו ביניים – מצומצם – במסגרת ההליך בבג"ץ 4406/16 איגוד הבנקים בישראל נ' כנסת ישראל (פסק הדין פורסם באר"ש, 29.9.16), אשר בו נידונה חוקתיות סעיפים שונים בחוק תגמול לנושאי משרה בתאגידים פיננסיים (אישור מיוחד ואי-התרת הוצאה לצורכי מס בשל תגמול חריג), התשע"ו-2016, אשר קובע מגבלות שונות על התגמול לנושאי משרה בכירים ולעובדים בתאגידים פיננסיים (להלן: עניין שכר הבכירים). בהליך זה ניתן צו ביניים שעניינו שמירת זכותם של עובדים ובכירים בתאגידים בנקאיים לפרוש מעבודתם מבלי לאבד זכויות בתוך 45 ימים ממועד ההכרעה בעתירה, וזאת בשונה מהוראת התחולה כפי שנקבעה בחוק (החלטת כב' השופט דנציגר מיום 11.7.16).
193. עוד נפנה להחלטת בית המשפט הנכבד בדבר השעיית כניסתו לתוקף של חוק השידור הציבורי (תיקון מס' 8), התשע"ז-2017, במסגרת בג"ץ 2996/17 ארגון העיתונאים נ' מדינת ישראל, ולפירוט השיקולים הצריכים לעניין בסעיפים 2-4 להחלטה שם (החלטה מיום 15.5.17, פורסם באר"ש).
194. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, המקרה דנן בא בקהלם של המקרים החריגים המצדיקים הושטת סעד שיפוטי המשעה תוקפן של הוראות מסוימות בחוק ההסדרה, וזאת בשים לב לקשיים המשפטיים הרבים שחוק זה מעורר, כפי שפורטו לעיל, ובשים לב לשיקולי "מאזן הנוחות", הנוטים במובהק לטובת הגבלת תוקפן של ההוראות האופרטיביות שנקבעו בחוק ההסדרה עד לבירור השאלות כבדות המשקל הכרוכות בעניין.
195. כאמור, אבן הבוחן המרכזית בבחינת בקשה לצו ביניים היא בשיקולי "מאזן הנוחות". בבוא בית המשפט לבחון את שאלת מאזן הנוחות עליו לקחת בחשבון את הצורך שבשמירת המצב הקיים, לעומת יצירת מצב חדש בטרם התברר ההליך לגופו.
196. כפי שצוין בבקשה מטעם היועץ המשפטי לממשלה למתן תוקף של צו שיפוטי להסדר הדינו, הקפאת הוראותיו האופרטיביות של החוק בדרך של צו שיפוטי מתיישבת עם הכלל הנהוג בידי המדינה, שלפיו ככלל לא יבוצעו פעולות מהותיות ובלתי הפיכות כל עוד תלויה ועומדת בקשה לצו ביניים. נטילת מקרקעין פרטיים ורישום כרכוש ממשלתי מכוח החוק, מהווים דיספוזיציה שעלולה להימצא בלתי הפיכה, אם ייקבע בסופו של יום כי החוק בלתי חוקתי ודינו בטלות. מטעם זה, מתחייבת – לשיטת היועץ המשפטי לממשלה ולנוכח עמדתו ביחס לגוף הדברים – הקפאת הוראותיו האופרטיביות של החוק הנוגעות לרישום מקרקעין כרכוש ממשלתי.
197. עוד יש להוסיף, כי יישום החוק במלואו דורש השקעת משאבים מרובים של רשויות האזור, לרבות עבודת מטה נרחבת, הקמת ועדות כקבוע בחוק והתדיינות פרטנית בנושאים שונים, וככל שבסופו של יום יתברר כי דינו של החוק בטלות, ירדו משאבים אלה לטמיון.

לעניין ריבוי הליכים ו"סרבול מינהלי" כעילה להושטת סעד זמני המעכב בירור פרטני, ראו, בשינויים המחויבים, בר"ם 7310/10 רשות שדות התעופה נ' טויטן (פורסם באר"ש, 7.2.11).

198. מן העבר השני, הושטת צו הביניים תפגע לכאורה ביישום תכליתו של החוק וברציונאליזם העומדים בבסיסו, ובכללם – כעולה מדברי ההסבר – מתן מענה מהיר למתיישבים שבנו את בתיהם על מקרקעין שלימים התברר כי הם אינם אדמות מדינה מוכרזות. כאמור, שני העניינים שבהם עוסק החוק ביחס לקבוצה זו מתייחס לאפשרות לקדם הליכי תכנון בפרק זמן מהיר, כדי לאפשר הגשת בקשות להיתרי בנייה לבינוי זה, ובמקביל, להתליית הליכי פיקוח ואכיפה עד להשלמת המהלך. בהקשר התכנוני, בשים לב לכך שבמקרים רבים מדובר במבנים אשר הוקמו ללא תכנית בת תוקף וללא היתר בנייה, וקיימים במצב זה פרקי זמן בלתי מבוטלים, דחיית כניסתו לתוקף של המנגנון הקבוע בחוק שיאפשר הסדרה תכנונית, עד להכרעה בעתירה, לא יגרום לפגיעה בלתי סבירה. מה גם שממילא הליכי תכנון אורכים זמן ואין מדובר במענה מיידי.

199. יחד עם זאת, עיקרון שמירת המצב הקיים שהוא אבן היסוד של ההחלטה להושיט סעד זמני, כמו גם הרצון לכבד ככל הניתן את דבר המחוקק כל עוד לא פסק בית המשפט הנכבד אחרת, מצדיק לשיטת היועץ המשפטי לממשלה הימנעות מביצוע צעדים בלתי הפיכים שיסכלו את מימוש החוק, ככל שבית המשפט הנכבד יראה בסופו של יום לדחות את העתירות. על כן, במקביל להשעיית הוראותיו האופרטיביות של החוק, ומניעת נטילת זכויות החזקה והשימוש במקרקעין והקצאתם למתיישבים עד להכרעה בעתירה, יש להותיר על כנו את רכיבים ב' ו-ג' לצו הביניים-הארעי, שלפיו לא יבוצעו צעדים בלתי הפיכים במישור האכיפה ביחס להתיישבות שלגביה לכאורה חלות הוראות חוק ההסדרה. אמנם, לכאורה יש בכך משום פגיעה בזכויות הקניין של בעלי הזכויות במקרקעין, אך בשים לב לכך שמדובר – ככלל – בבנייה שאינה חדשה, וכי ממילא פרקי הזמן הנדרשים לשם ביצוע פעולות אכיפה בהקשר זה אינם מיידיים, דומה כי הכף נוטה לטובת הקפאת המצב הקיים גם בהקשר זה.

סוף דבר

200. לנוכח כלל המקובץ, יטען היועץ המשפטי לממשלה כי אין מנוס מהכרזה שיפוטית על חוק ההסדרה כחוק בלתי-חוקתי, אשר דינו – בטלות.

היום, ד' בכסלו תשע"ח

22 בנובמבר 2017

יונתן ברמן, עו"ד

סגן בכיר במחלקת הבג"צים

בפרקליטות המדינה

ענר הלמן, עו"ד

סגן מנהלת מחלקת הבג"צים

בפרקליטות המדינה

תוכן עניינים נספחים

שם הנספח	נספח
צילום חוות הדעת בעניין חרשה	מש/1
צילום סיכום הדיון בראשות היועץ המשפטי לממשלה בעניין סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי	מש/2

מש/1

צילום חוות הדעת בעניין חרשה

מדינת ישראל

משרד המשפטים

לשכת היועץ המשפטי לממשלה

ירושלים, י"ט חשוון תשע"ח

08 נובמבר 2017

מס' מסמך: 004-99-2017-023500

אל: רשימת תפוצה

הנדון: הסדרת דרך הגישה ליישוב "חרשה".

סמך: סיכום הדיון בנושא שבנדון מיום 14 מאי 2017

ביום 5.2.2017 התקיימה ישיבה בנושא שבנדון, בראשות היועץ המשפטי לממשלה.

הישיבה נועדה לבחון את המלצות צוות ההסדרה ביחס לדרך הגישה ליישוב "חרשה", אשר חלק קטן ממנה עובר בקרקע בבעלות פרטית. הסדרתה של הדרך מהווה גם תנאי לקידום תכנית המתאר ליישוב עצמו. אחת מהמלצות הצוות הייתה להפקיע את תוואי דרך הגישה לצורכי ציבור.

בסיכום הדיון שבסימוכין קבע היועץ המשפטי לממשלה, בין היתר, כי המלצת צוות ההסדרה להפקיע לצורכי ציבור את דרך הגישה, מעוררת קשיים משפטיים ניכרים במישור העקרוני. זאת, בשל לב לעמדה המשפטית המסורתית, הנוהגת שנים רבות, ולפיה הפקעת קרקע פרטית באיו"ש לצורכי ציבור המשרתים את ההתיישבות הישראלית, תיתכן רק כשהדבר משרת במקביל גם את האוכלוסייה הפלסטינית. לאור זאת, הוחלט לאמץ דרך פעולה שונה – הבוחנת כל מקרה לגופו, לפי נסיבותיו, ומבקשת לאתר פתרונות משפטיים אחרים שאינם בגדר הפקעה לצורכי ציבור.

ביום 22.6.2017, הועברה התייחסות יועמ"ש איו"ש לדרכי הפעולה הפוטנציאליות שהוצעו בסיכום הדיון ביחס ליישוב חרשה. לשם ליבון הסוגיה, אף נקבעה ישיבה ייעודית בנושא בראשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט אזרחי), שנועדה להתקיים בתקופה הקרובה.

ביני וביני, ביום 31.10.2017, ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 794/17 זיאדה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח'. בפסק הדין התקבלה, אמנם, בדעת רוב של השופטים גיזבראן ודנציגר, עתירתם של התושבים הפלסטינים, ובית המשפט הורה על ביטול הצו שהוצא ע"י המפקד הצבאי לצורך הסדרת אתר מגורים זמני למפוני עמונה, בסמוך לאתר המקורי של היישוב שנהרס; ואולם, פסיקת הרוב כללה קביעות משפטיות חשובות, המשפיעות בין היתר גם על הנושא שבנדון. לקביעות משפטיות אלו הצטרף שופט המיעוט הנדל (ראו סעיף 3 לפסק דינו), כך שהן הוכרעו למעשה פה-אחד.

בחלקו של פסק הדין העוסק בשיקולים אותם מותר למפקד הצבאי לקחת בחשבון במסגרת הפעלת סמכת שלטונית הכרוכה בפגיעה בקניין הפרט נקבע כדלקמן (מפאת חשיבותם של הדברים, נביא אותם באריכות; הדגשות הוספו):

"26. תחת המשפט הבינלאומי, מוגדרים האזרחים הנתונים לתפיסה לוחמתית – בענייננו תושבי הפלסטינים של האזור – כ"תושבים מוגנים" (protected persons) ... הדין הבינלאומי מטיל על הכוח המחזיק בשטח חובות ייחודיות כלפי אוכלוסייה זו, אשר נחלקות לחובות פוזיטיביות, כדוגמת הספקת מזון וציוד רפואי, ולחובות נגטיביות – קרי הגנות – כדוגמת הימנעות מפגיעה בכבודם ובזכויותיהם המשפחתיות ...

תושבי האזור הישראליים, מנגד, אינם נהנים ממעמד דומה של אוכלוסייה מוגנת ... למרות זאת, לפי פסיקתו העקבית של בית משפט זה, אף הם נמנים עם האוכלוסייה האזרחית באזור, ומשום כך מתפרשת חובתו של המפקד הצבאי גם כלפיהם ... על משמעויותיה הרחבות של חובה זו עמד הנשיא א' ברק בעניין מראעבה, שם ציין כי "לישראלים המצויים באזור הזכות לחיים, לכבוד, לקניין, לפרטיות ולשאר הזכויות מהם נהנה כל מי שמצוי בישראל [...] כנגד זכותם זו עומדת חובתה של המדינה שלא לפגוע בזכויות אלה ולהגן עליהן"...

27. ומן הכלל אל הפרט. משהובהר כי המפקד הצבאי מחויב לפעול גם לרווחתם של תושבי האזור הישראליים, דומה כי אף לשיטת העותרים אין חולק כי הצו המתוקן אכן מגשים מטרה זו, שכן טענתם העקבית הייתה כי טובתם של תושבי עמונה הייתה מצויה בשורשו. טיקול זה, שהעותרים הטיחו בו ביקורת רבה וייחסו לו מניעים פוליטיים פסולים, אינו ראוי לדידי לגינויים שבוטאו ביחס אליו. **על פי הדין הבינלאומי, כפי שפורש בפסיקותיו של בית משפט זה, זהו שיקול שבסמכות המפקד הצבאי לשקול. אכן, התיישבותם של תושבי עמונה על קרקע פרטית נעשתה שלא כדין, ואין עוררין על חובתה של המדינה לפעול על פי פסק דינו של בית משפט זה ולפנותם. ואולם נכון אני לראות במצב שבו היו מצויים תושבי עמונה ערב הפינני, כשבתיהם עתידים להיהרס, כצורך הומניטארי שהמפקד הצבאי מוסמך להתחשב בו. כן מתישב בעיני הרצון למצוא עבור תושבי עמונה הסדר מגורים ארעי אשר ישמר את קהילתם ואת זיקתם למקום מגוריהם עם הצורך ב'דאגה לאוכלוסייה המקומית והבטחת חייה הציבוריים'...**

לצד זאת, אבקש שלא לקבוע מסמרות בשאלה אם די בשיקול הומניטארי מסוג זה – אשר מופנה אך כלפי האוכלוסייה הישראלית באזור, ואינו נוגע לצרכיה של האוכלוסייה הפלסטינית – כדי להצדיק שינוי בחקיקה הנוהגת באזור ... ההכרעה בשאלה מורכבת ותקדימית. זו אינה נדרשת בענייננו, מאחר שממילא מצאתי כי במקרה שלפנינו היה המפקד הצבאי מוסמך להתקין את הצו המתוקן וליישם את המתווה מכוח צורך צבאי. כמו כן אשוב ואטעים כי סמכות זו אינה מקנה אשראי מלא לנקיטת כל פעולה באשר היא, וכי מימושה כפוף לכללי המשפט הציבורי הישראלי, ובהם עקרונות המידתיות והסבירות – הסתייגות שאלה אשוב בהמשך חוות דעתי..."

פסק הדין מוסיף וקובע כי בהתקיים השיקולים המתוארים, הפקעה של קניין פרטי, שאין בה משום הפקעה מלאה של זכות הבעלות ואשר בצידה תשלום פיצויים לבעלי הזכויות הנפגעים, לא תיחשב להחרמה אסורה של רכוש הפרט, לעניין סעיף 46 לתקנות האג, משנת 1907. ובלשון פסק הדין:

"33. בית משפט זה הכיר בפסיקותיו בסמכותו של המפקד הצבאי לפי תקנה 46 לפגוע בזכויות הקניין של תושבי האזור המוגנים על רקע תכליות מגוונות, הן כאלו הנובעות מטעמים צבאיים ... והן כאלו הנובעות מטעמים אזרחיים ...

הנה כי כן, חובתו של המפקד הצבאי על פי תקנה 46 לכבד את הקניין הפרטי פורשה בפסיקותיו של בית משפט זה באופן העולה בקנה אחד עם הגישה שהציגה המדינה. פרשנות זו מכירה בסמכותו של המפקד הצבאי לפגוע בזכות הקניין לשם מימוש מגוון מטרות ואינטרסים, ובכך מעבירה היא את כובד משקלה של ההכרעה ממישור קיומה של סמכות למישור חוקיות הפעלתה ... על יסוד האמור, ומאחר שממילא מצאתי כי הצו המתוקן לוקה במובן אחרון זה, כפי שיפורט בהמשך חוות דעתי, נכון אני לקבל את טענותיה של המדינה ולקבוע כי הפגיעה בזכויות הקניין של בעלי הזכויות בחלקות נעשתה בסמכות על פי הדין הבינלאומי".

משמעויותיו המלאות של פסק הדין עתידות להיבחן ע"י היועץ המשפטי לממשלה בתקופה הקרובה, בשילוב עם הגורמים הרלוונטיים.

בתוך כך, ניתן כבר כעת לקבוע כי בשים לב לקביעות המובאות במסגרתו, ואשר צוטטו לעיל, אין עוד מקום למצוא מניעה משפטית עקרונית בקידום המלצת צוות ההסדרה בדבר הסדרת דרך הגישה ליישוב חרשה באמצעות הפקעה לצורכי ציבור, וזאת למצער באשר להפקעה של זכות החזקה במקרקעין, אשר תשא עמה חובת תשלום פיצויים לבעלי הזכויות בהם, והכל בשים לב לנסיבותיו המיוחדות של המקרה שבנדון.

יודגש כי האמור לעיל מתייחס אך ורק למישור הסמכות. אין בו כדי לייתר את הצורך לבחון את סבירות ומידתיות ההפקעה, כאמור בפסק הדין, או לייתר את הצורך בקיומו של הליך תכנוני כנדרש, תוך עמידה בהוראות הדין המקומי וכללי המשפט הציבורי ביחס לפעולה זו.

כן יובהר כי האמור לעיל מתייחס לנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה שבנדון. כל עוד לא התקבלה הכרעה עקרונית אחרת בנושא, ע"י היועץ המשפטי לממשלה, יש להביא לאישורו כל מקרה בו מתבקשת הפקעה לצורכי ציבור המיועדת אך ורק לטובת אוכלוסיית המתיישבים הישראלים באיו"ש.

בברכה,

ד"ר גיל לימון, עו"ד

עוזר בכיר ליועץ המשפטי לממשלה

מש/2

צילום סיכום הדיון בראשות
היועץ המשפטי לממשלה בעניין
סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי

מדינת ישראל

משרד המשפטים

לשכת היועץ המשפטי לממשלה

ירושלים, ז' כסלו תשע"ז

7 דצמבר 2016

מס' מסמך: 004-99-2016-020272

אל: לוח תפוצה

הנדון: סיכום דיון - סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון)

ביום 4.12.2016, קיים היועץ המשפטי לממשלה דיון עקרוני בנושא שבנדון, בהשתתפות פרקליט המדינה, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי), המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (אזרחי), המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי), מנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה, היועצת המשפטית למשרד ראש הממשלה, עוזר שר הביטחון לענייני התיישבות, יועמ"ש איו"ש, יו"ר הצוות המקצועי לגיבוש מתווה להסדרת בנייה באיו"ש ("צוות ההסדרה") וחברי הצוות, וכן נציגים נוספים מיחידת תיאום פעולות הממשלה בשטחים, מהלשכה המשפטית במשרד הביטחון, מהלשכה המשפטית במשרד החוץ, משרד החקלאות ופיתוח הכפר, ממחלקת ייעוץ וחקיקה, מפרקליטות המדינה וממשרד המשפטים.

כרקע לדיון שימשו המסמכים הבאים: חוות דעת יועמ"ש איו"ש בעניין "מעמדם המשפטי של מבנים שנגרעו מאדמות מדינה לאחר בדיקות של הצוות לתיחום אדמות מדינה"; חוות דעת ד"ר חגי ויניצקי בנושא "סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי-תקנת השוק"; חוות דעת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ) בנושא "בחינת המלצת צוות ההסדרה בנושא סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי"; חוות דעת צוות ההסדרה בנושא "שמעה - יקו כחול" - סעיף 5 לצו"; וחוות דעת צוות ההסדרה בנושא "עלי - השכונות נאות חן ונאות אילן - קו כחול - סעיף 5 לצו".

רקע:

סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מספר 59), התשכ"ז - 1967 (להלן: "הצו בדבר רכוש ממשלתי"), מורה כדלקמן:

"כל עסקה שנעשתה בתום לב בין הממונה ובין אדם אחר בכל נכס שהממונה חשבו בשעת עשיית העסקה לרכוש ממשלתי, לא תיפסל ותעמוד בתקפה גם אם יוכח שהנכס לא היה אותה שעה רכוש ממשלתי."

על אף שסעיף זה מהווה חלק מתחיקת הביטחון באיו"ש מזה כמעט חמישה עשורים, הרי שככלל לא נעשה בו שימוש, למעט במקרים נדירים וחריגים. בשנים האחרונות, שב ועלה הצורך לעשות שימוש בחוראת הסעיף, בעיקר נוכח עבודת הצוות לתיחום אדמות מדינה (להלן: "צוות קו

כחול"י), אשר הביאה לכך ששטחים מבונים שמלכתחילה נחשבו לאדמות מדינה, נגרעו מתחומיהן של ההכרזות ההיסטוריות על אדמות מדינה.

להלן סיכום היועץ המשפטי לממשלה :

1. הצו בדבר רכוש ממשלתי מבטא את החובה המוטלת על מפקד כוחות צה"ל באיו"ש לנהל את הרכוש הממשלתי באזור, בהתאם לדיני התפיסה הלוחמתית, לפיהם הוא פועל. סעיף 5 לצו מבטא הסדר של תקנת שוק, המקובל בהקשרים מקבילים, לרבות בדין הישראלי, וכשלעצמו אין הוא סותר את הדין הבינלאומי.
2. הסדר זה מיועד להגן על מי שהתקשר בתום לב עם הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש (להלן: "הממונה"), בהסתמך על ההבנה של שני הצדדים להתקשרות כי מדובר ברכוש ממשלתי. תכליתו של ההסדר היא הגנה על אינטרס ההסתמכות של הפרט שנקט פעולות על בסיס אותן עסקאות, כאשר ביטול ההסכם כעת יביא לפגיעה בו, כמו גם הקניית מעמד ראוי לממונה, על מנת שניתן יהיה להבטיח כי עסקאות עמו יעמדו בתוקפן.
3. בו בזמן, בהגנה על המתקשר תם הלב יכולה להיות מגולמת פגיעה ברכוש הפרט, שאדמתו הוכרזה בטעות כרכוש ממשלתי. נוכח זאת – כבכל תקנת שוק, וביתר שאת מתוקף חובתו של מפקד כוחות צה"ל באיו"ש להגן על רכוש הפרט בשטח המוחזק, נדרשת בחינה קפדנית של דרישות הסעיף.
4. בהקשר זה, מן הראוי להגביל את השימוש בסעיף 5 ככלל למתחם המגורים המבונה של היישוב, ולבנייה בפועל שנעשתה בשטחו טרם שנודע לצדדים לעסקה על כך שמדובר למעשה ברכוש שאיננו ממשלתי. זאת, בהתחשב באינטרס ההסתמכות של התושבים המתגוררים במקום ובהשלכות המורכבות הכרוכות בביטולה בדיעבד של העסקה ביחס לשטח כאמור. בתוך כך, תהא, בנסיבות מסוימות, הצדקה לתחולת הסעיף אף ביחס למקרים נוספים (כגון: מתחמי בנייה המשמשים לצורכי תעשייה ותעסוקה, שטחים חקלאיים). מכל מקום, ההסדר הקבוע בסעיף 5 לא יחול ביחס לשטחים המצויים מחוץ למתחם המבונה של היישוב ושלא נעשה בהם שימוש בפועל, וזאת גם אם מדובר בשטחים הנמצאים בתחומה של תכנית בניין עיר (תב"ע) בתוקף.
5. להלן יפורטו העקרונות על פיהם יש לפעול במסגרת יישום הוראת סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (עקרונות אלה נלמדים, בין היתר, מהסדרים דומים שקיימים בדין הישראלי, המופיעים בסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, התשי"ו-1950, ובסעיף 16 לחוק האפוסטרופוס הכללי, התשל"ח-1978, ומהפסיקה המתייחסת להם):
 - א. כפי שעולה מהוראת סעיף 5, ההגנה המוקנית במסגרתו מותנית בקיומה של עסקה בתום לב. תנאי נוסף לכך הינו קיומה של תמורה בגין העסקה. הגם שדרישת התמורה איננה מצוינת מפורשות בסעיף, הרי שמדובר בדרישה מקובלת ביחס להסדרי תקנת שוק, והיא מהווה חלק מהרציונל להעדפת זכותו של המתקשר על פני הבעלים המקורי.

ב. **תנאי מרכזי לצורך התקיימות דרישת העסקה היא קיומו של הסכם להקצאת מקרקעין בין הממונה לבין מתקשר כלשהו.** לרוב, מדובר בגורם מיישב או משכן – ההסתדרות הציונית העולמית, משרד הבינוי והשיכון, וכיו"ב, אך במקרים מסוימים ההתקשרות היא ישירות בין הממונה לבין המתיישב שמחזיק בקרקע. מדובר בעסקה קונקרטית אשר מתייחסת למקרקעין המסוימים לגביהם מתבקש יישום הסעיף.

לעניין זה, לא ניתן להסתפק אך ורק בהתקשרות ישירה בין גורם משכן או מיישב לבין המתיישב המחזיק בקרקע, שכן הסעיף עוסק בעסקה בין הממונה ובין צד אחר ולא בין גורמים אחרים שאינם הממונה.

במסגרת הדיונים בנושא, נטען כי בנסיבות מסוימות, גם בהעדר הסכם הקצאה, ניתן לראות בתביע עליה חתומים הן הממונה והן הגורם המשכן, ושעל בסיסה פעלו צדדים אלו לפיתוח השטח ולשיווקו כאילו היו צד להסכם הקצאה תקף, בגדר עסקה. ככלל, נראה כי עצם קיומה של תביע אינו מקיים את דרישת עסקה. אולם, ייתכנו מקרים בהם ממכלול נסיבות העניין יילמד כי אכן מדובר בעסקה, למשל – אם יתברר כי התביע החתומה מייצגת בפועל התקשרות המבוססת על גמירות דעת ומסוימות מספקת, כאשר בצירוף ממכלול נסיבות העניין, הדבר מלמד על קיומה של עסקה קונקרטית. ככל שמקרים מעין אלו יתעוררו, יהיה מקום לבחון אותם לגופם.

יובהר כי לצורך קיום הדרישה של עסקה על-פי סעיף 5, לא נדרש שהסכם ההקצאה בין הממונה לבין המתקשר יסתיים ברישום. כמו כן, אף קיומה של תביע בתוקף אינו מהווה תנאי הכרחי לקיום דרישת העסקה (ההשפעה האפשרית של העדר תביע בתוקף על קיומה של דרישת תום הלב תידון להלן).

ג. **אשר לדרישת תום הלב, הרי שמדובר בתום ליבם של הצדדים לעסקה, דהיינו, הממונה והגורם המתקשר עמו.** בהתאם לתכלית העומדת בבסיס ההסדר הנידון, נראה כי מדובר בדרישת תום לב סובייקטיבי. כאשר הקצאת מקרקעין ניתנה, שעה שהצדדים לה הסתמכו על הכרזה על רכוש ממשלתי שנעשתה כדיון, ניתן לקבוע כי קיימת חזקה בדבר תום ליבם בהתקשרות. במקרים אחרים, יהיה מקום לבחון את נסיבותיהם לגופם.

בהקשר זה התעוררה השאלה – כלום ייתכן קיומו של תום לב ביחס להקצאת מקרקעין מוסדרים הרשומים על שם אדם פרטי. במצב דברים מעין זה, הבחינה הסובייקטיבית תתקיים ברף גבוה יותר, ובמסגרת זו ייבחנו – בין היתר – בדיקות שערך הממונה ביחס למרשם המקרקעין והממצאים שעלו מהן. על פני הדברים, מקום בו מדובר במקרקעין פרטיים רשומים אשר הוקצו על ידי הממונה כרכוש ממשלתי, הדבר אינו מתיישב עם דרישת תום הלב ועם חובת הממונה לבדוק את המרשם, המצוי בהישג ידו, טרם ההקצאה. ואולם, מהבחינה העקרונית לא ניתן לשלול את קיומם של מצבים בהם על אף שמדובר במקרקעין מוסדרים יתברר כי הצדדים פעלו בתום לב, למשל (אך לא רק) מקום בו בירור הממונה טרם העסקה העלה כי מדובר בקרקע הרשומה על שם המדינה, אך נמצא בדיעבד כי מידע זה היה שגוי. מקרים מסוג זה, ככל שיתעוררו, יבחנו לגופם בהתאם לנסיבותיהם הקונקרטיות.

בדומה, התעוררה שאלת ההשפעה האפשרית של בנייה בהעדר תביע בתוקף על קיומו של תוס לב בעסקה. בהקשר זה יצוין כי ככלל, קידומה של תביע הינו מאוחר להסכם ההקצאה. על כן, בהחלט ניתן לומר כי בשעת העסקה, יכולה הייתה להתקיים דרישת תוס הלב בין הצדדים לה, אף אם בהמשך לכך, הוקמו מבנים בשטח המוקצה מבלי שקודמו ההליכים הדרושים לצורך אישורה של תביע לתוקף במקום.

ד. לעניין דרישת התמורה, הרי שכאמור לעיל מדובר בדרישה אותה יש לקרוא לתוך הסעיף בדרך של פרשנות. בהתאם, יש מקום לפרשה בשים לב למאפיינים המיוחדים של התקשרויות בין הממונה לבין גורמים שונים באזור. כאשר מדובר בהתקשרויות עם גופים מיישבים או משכנים, הפרקטיקה באזור בעבר הייתה שההתקשרות עצמה איננה כרוכה בתשלום תמורה כספית מצד הגורם המתקשר, כאשר התמורה שניתנת מצדו הינה קידום תכנית מתאר לשטח המוקצה, פיתוחו ושיווקו. לאור זאת, ניתן לראות בפעולות האמורות משום תמורה לצורך תחולת ההגנה הקבועה בסעיף 5. ביחס להתקשרויות עם הממונה שבהן ניתנה תמורה כספית מצד המתקשר הישיר, הרי שהדבר יקיים את יסוד התמורה, גם בהעדר פעולות לפיתוח השטח ולהקמת מבנים במקום.

ה. בהתקיים הדרישות המפורטות לעיל, הרי שעל פי סעיף 5, עסקה שנערכה בין הממונה לבין המתקשר עמו תעמוד בתוקפה, בהתאם למקובל בהסדרים של תקנת שוק. דהיינו, למתקשר תעמוד זכות ממורקת לכל דבר ועניין, בהתאם לזכות שהוקנתה לו במסגרת הסכם ההקצאה, והוא יוכל לנהוג בשטח המוקצה לו כפי שהיה רשאי לנהוג אלמלא התברר כי אין מדובר ברכוש שאינו ממשלתי.

6. העקרונות המפורטים לעיל ישמשו כאמור את הגורמים הנוגעים בדבר, שעה שיתעורר הצורך ביישומם של סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי על ידם במקרים קונקרטיים. מדובר הן במקרים בהם הגורם המתקשר או המתזיק בקרקע מבקש לבצע פעולה תכנונית או העברה קניינית, והן במקרים בהם הבעלים המקורי מבקש כי השטח יושב לחזקתו. בהתקיים פניות מהסוג האחרון, מן הראוי גם לפעול להסדרת אפשרות הפיצוי לבעלים שזכותו בקרקע נפגעה בשל טעותו בתוס לב של הממונה, כאשר הוחלט כי תקנת השוק גוברת. גם לעניין זה ניתן ללמוד מהסדרים דומים שקיימים בדין הישראלי.

בברכה,
ד"ר גיל לימון, עו"ד
עוזר בכיר ליועץ המשפטי לממשלה