

”חוק ההסדרה”: עקרונות של ריבונות ישראלית בשטחים כבושים

ינואר 2018

ביום 6.2.2017 התקבל בכנסת [החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון](#), התשע”ו-2017 (להלן: ”חוק ההסדרה” או ”החוק”) שנועד, הלכה למעשה, להפקיע קרקע מידי פלסטינים בעלי הזכויות בקרקע בהתנחלויות בשטחי הגדה המערבית והקצאתה לישראלים מתנחלים ובכך ל”הסדיר” – מבחינת המשפט הישראלי הפנימי - התנחלויות בגדה המערבית שנבנו על קרקעות פלסטיניות בבעלות פרטית. למחרת קבלתו של החוק [עתרו מרכז עדאלה, מרכז ירושלים לזכויות אדם ומרכז אלמיוזאן לזכויות אדם](#), בשם 17 רשויות מקומיות פלסטיניות בשטחי הגדה המערבית, לביטולו של החוק (בג”ץ 1308/17 [עיריית סלואד נ’ הכנסת](#)) (להלן: ”העתירה”).



החוק משעה את שתי מערכות הדין היחידות הלגיטימיות ומוכרות במשפט הבינלאומי: המשפט המנהלי אשר נשען על שוויון בפני החוק וכן המשפט הבינלאומי ההומניטארי וחוקי זכויות האדם הבינלאומיים החלים על שטחים כבושים. החוק הופך את זכויותיהם הבסיסיות של הנתונים הפלסטינים בגדה המערבית להפקר

ולחסרות כל הגנה משפטית בכך שהוא מאפשר את נישולם מקנינם הפרטי למען מתנחלים ישראלים בגדה המערבית ועל בסיס השקפה אתנית-אידאולוגית.

החוק מעלה סוגיות רבות הקשורות למשפט הבינלאומי והישראלי. בנייר זה נתייחס למספר סוגיות מפתח כפי שאלה עלו בעתירה ובתגובת הממשלה ואין מטרתנו כאן להתייחס לכלל הסוגיות המשפטיות העולות מהעניין.

עמדת ממשלת ישראל

באוגוסט 2017 הגישה ממשלת ישראל את תגובתה לעתירה, באמצעות משרד עו"ד פרטי. בסקירה מהשטח מבהירה הממשלה כי, היקף הבניה הישראלית על קרקע פלסטינית פרטית בשטחי הגדה המערבית מגיעה לכ- 3,455 מבנים. בתגובתה פורשת הממשלה משנה פוליטית/משפטית בעייתית ביותר מבחינת המשפט הבינלאומי ואשר לה השלכות רוחב מעבר לקונטקסט הספציפי של חוק ההסדרה נשוא העתירה. כהנחת יסוד מבהירה הממשלה בתגובתה, כי:

- א. "התיישבות יהודית" בשטחי הגדה המערבית מגשימה את ערכי הציונות;
- ב. "זכותם הטבעית" של ישראלים רבים לגור בשטח זה;
- ג. המחוקק הישראלי הוא מקור סמכותו של המפקד הצבאי בשטחי הגדה ומחוקק זה איננו כפוף כלל למשפט הבינלאומי;
- ד. המתנחלים הנם אוכלוסייה מקומית על פי המשפט הבינלאומי אשר על המפקד הצבאי לדאוג לצרכיה;
- ה. חוק ההסדרה מוצדק בשל תכליותיו המדיניות, הלאומיות והחברתיות.

מעמד הגדה המערבית



המשפט הבינלאומי רואה בשטחים אשר נכבשו על ידי ישראל בשנת 1967, כולל שטחי הגדה המערבית, כשטחים כבושים. דברים אלה הובהרו גם בחוות דעתו המייעצת (Advisory Opinion) של בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ) מיום 9.7.2004, בעניין חומת ההפרדה שנבנית על

ידי ממשלת ישראל בגדה המערבית, אשר הדגישה שוב את מעמדם של כלל השטחים שנכבשו על ידי ישראל בשנת 1967, כשטחים כבושים (פס' 98-99 לחוות הדעת).

בניגוד לעמדה הבינלאומית הברורה בעניין, לפי עמדת הממשלה, שטחי הגדה המערבית אינם כבושים והן מוחזקים תחת שליטה אפקטיבית של ישראל אשר "נטלה את השליטה באזור במלחמת מגן; מידי ריבון לא חוקי שאחז בו שלא כדין; ושיש לה – לישראל – טענות משפטיות חזקות ומבוססות ביחס אליו". (סעיף 19 לתגובת הממשלה).

המסגרת הנורמטיבית החלה על פעולות ישראל בגדה המערבית

בהיותה שטח כבוש, על פעולות ישראל בגדה המערבית חלים כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. דינים אלו מעוגנים בעיקר באמנת האג בדבר דיני המלחמה משנת 1907 והתקנות הנלוות לה, בהוראות אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בעת מלחמה משנת 1949, בהוראות המנהגיות הקבועות בפרוטוקולים הנלווים לאמנות ג'נבה משנת 1977, ובעקרונות הכלליים של המשפט הבינלאומי. על כך עמד גם בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ), בחוות דעתו המייעצת (Advisory Opinion) (ראו פסי' 86 ו-131 לחוות הדעת).

בניגוד לכך הבהירה הממשלה בתגובתה, כי היות ואין מדובר בשטח כבוש, "אין לדיני הכיבוש (קרי, דיני התפיסה הלוחמתית), הן של המשפט הבינלאומי המנהגי והן ההסכמי, **כמות שהם**, תחולה משפטית (*de jure*) על מציאות השליטה הישראלית באזור." (סעיף 19 לתגובת הממשלה). עוד הבהירה ממשלת ישראל, כי מדיניות ממשלות ישראל "הייתה לכוף את עצמן בפועל (*de facto*) להוראות ההומניטריות של דיני התפיסה הלוחמתית, בלי להכיר בתחולתן (*de jure*)" (סעיף 21 לתגובת הממשלה). וכי התנהלות זו בשטחי הגדה המערבית "מושגת ומתאפשרת **אך ורק** על בסיס העובדה כי המשפט הישראלי התיר את קליטת נורמות אלו אל תוך הדין הישראלי" (ההדגשה במקור) (סעיף 24 לתגובה) מאחר ו"מקור סמכותו של המפקד הצבאי של האזור היא היותו אורגן של מדינת ישראל וחקיקת הכנסת" (סעיף 23 לתגובת הממשלה).

יתירה מכך, הממשלה מציבה את המחוקק הישראלי כריבון נורמטיבי בשטחי הגדה המערבית הכבושים כאשר היא משעה את המסגרת הנורמטיבית הבינלאומית. הממשלה בדעה, כי למחוקק הישראלי מלוא הסמכות לחוקק חוקים החלים בשטחי הגדה המערבית וכי הוא אינו כפוף כלל לנורמות המשפט הבינלאומי בעניין. "ישראל לא נמנעה מלהחיל באמצעות הכנסת את החקיקה הישראלית כולה במזרח ירושלים, דבר שראוי להניח שהייתה נמנעת ממנו לו הייתה מאמצת את העמדה הפרשנית שעל פיה היא כפופה לדיני התפיסה הלוחמתית כמות שהם, האוסרים על סיפוח. למעשה, נכונותה של הרשות המבצעת – ממשלות ישראל לדורותיהן – לכוף עצמה לדיני התפיסה הלוחמתית כאמור אינה יכולה לחייב את הרשות המחוקקת, כנסת ישראל. ממילא, אפילו הייתה סתירה בהזרמת החקיקה הישראלית למזרח ירושלים או לרמת הגולן מול דיני התפיסה הלוחמתית, הרי שכנסת ישראל מעולם לא הכפיפה עצמה להוראות אלו או אחרות של המשב"ל." (סעיף 21 לתגובת הממשלה).

מעמד ההתנחלויות והמתנחלים

המשפט הבינלאומי ההומניטרי מטיל איסור על מדינת ישראל, כמעצמה כובשת, לנצל שטחים כבושים לצרכיה הפוליטיים ולצרכי אזרחיה, כולל בניית התנחלויות. וכמובן בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ), בחוות דעתו המייעצת הנ"ל הדגיש שוב את מעמדן הבלתי חוקי והמנוגד למשפט הבינלאומי ההומניטרי של ההתנחלויות בשטחים הכבושים משנת 1967. מעבר להפרת העקרונות אשר נקבעו בסעיף 43 לתקנות האג - המתווה את השיקול המרכזי להפעלת סמכויותיו של הכוח הכובש, קובע כי צבא כובש צריך לשמר את החוק שהיה קיים באזור לפני הכיבוש ולפעול על פיו, וכי השיקול המרכזי להפעלת סמכויותיו של הכוח הכובש הנו טובתה של האוכלוסייה המקומית בשטח הכבוש - ההתנחלויות מנוגדות לסעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית,

האוסר על העברת אוכלוסייה אזרחית של הכוח הכובש לשטח הכבוש. דבר זה נכלל גם כפשע מלחמה בחוקת רומא (Rome Statute) המקימה את בית הדין הפלילי הבינלאומי (סעיף VIII (b) (2) 8 לחוקה).



בניגוד לעמדת המשפט הבינלאומי, הממשלה קובעת כיסוד, כי "ההתיישבות הישראלית באזור [הגדה המערבית] היא ערך ראוי" מאחר ו"ההתיישבות יהודית בכל רחבי ארץ ישראל [כולל שטחי הגדה המערבית], מאז ומעולם [...] היא ערך ציוני מן המעלה הראשונה [...] העובדה כי לעם בישראל קשר עמוק לחבלי ארץ ישראל אלו אינה

שנויה במחלוקת. ממילא זכותם של אזרחים ישראלים לממש זיקה זו באמצעות קביעת מרכז חייהם באזור היא נגזרת טבעית, אחת מני רבות, מערך זה" (סעיף 97 לתגובת הממשלה) וכי "זכותם הטבעית של ישראלים רבים - חלקם דור שני ושלישי להתיישבות הישראלית באזור - להקים באזור את בתיהם..." (סעיף 3 לתגובת הממשלה). בניגוד למשפט הבינלאומי והאיסור המפורש על התנחלויות, מבהירה הממשלה את עמדתה, כי "האוכלוסייה הישראלית באזור [הגדה המערבית] היא אוכלוסייה מקומית אשר המפקד הצבאי חייב לפעול לטובתה. ממילא, הפקעת מקרקעין לטובת האוכלוסייה המקומית יכול שתיעשה גם לטובת האוכלוסייה הישראלית" (סעיף 231.6 לתגובת הממשלה) שכן, האוכלוסייה המקומית הינה "כלל האוכלוסייה החיה באזור הנתון לשליטה צבאית" (סעיף 266 לתגובה הממשלה). ועל כן, המסקנה היא, כי לדעת הממשלה הגנות תקנות האג חלות גם על אוכלוסיית המתנחלים בשטחי הגדה המערבית.

הפרת הזכות לקניין של פלסטינים

חוק ההסדרה, הלכה למעשה, מורה למפקד הצבאי באזור הגדה המערבית הכבוש להפקיע קרקעות פרטיות של פלסטינים ואשר מתנחלים ישראלים פלשו אליהן, בתקופה שקדמה לחוק (סעיף 3), ובנו עליהן ללא היתר, ולהקצות את הקרקע בחזרה למתנחל שפלש אליה ובנה בה.

הממשלה בתשובתה מודה כי "מטרת העל של החוק היא להסדיר את מעמדם של אותם יישובים, שכונות או בתים [ישראלים] שהסדרתם נמנעה עד כה בעיקר בשל העובדה כי זכות הבעלות באותם מקרקעין לא נתונה למדינה או למחזיקים בהם" (פס' 93). שכן, "הריסה של אלפי מבנים באזור, גם אם העילה לכך היא פגמים חוקיים בהקמתם לרבות חריגות לקרקעות פרטיות, היא דבר שיש להימנע ממנו גם במחיר של פגיעה בזכות

הקניין של אנשי פרטיים [תושבי האזור הפלסטינים] זוהי תכלית אנושית-חברתית." (פס' 88 לתגובת הממשלה).



עמדה זו מנוגדת לתקנה 46 לתקנות הנספחות לאמנת האג הקובעת את הצורך בכיבוד זכות הקניין ואוסרת באופן מפורש על הפקעת רכוש פרטי ומגנה על זכות הקניין לא רק מפני הפקעה טוטאלית של הזכות אלא גם מפני הגבלות שיש בהן בכדי לפגוע באותה זכות דמות תפיסת חזקה ומניעת שימוש בקרקע. אף תשלום פיצויים בהקשר הזה, כפי שמציע החוק, איננו מרפא את ההפרה הנ"ל של הזכות לקניין.

לעמדת הממשלה, כפי שהוסבר לעיל, מרגע שנחקק חוק ההסדרה הרי הוא גובר על הוראות המשפט הבינלאומי (פס' 262 לתגובת הממשלה). מכל מקום, הממשלה עמדה על כך כי תקנה 46 לתקנות האג אינה עוסקת בהפקעה אם כי בהחרמה שהיא נטילת זכויות ללא תמורה (פס' 272 לתגובת הממשלה). "למעשה, דיני התפישה הלוחמתית – תקנות האג ואמנת ג'נבה – שותקת בנוגע לסמכות ההפקעה, קרי רכישה תמורת תשלום, בשטח הנתון לתפישה לוחמתית [...] הינה כי כן, אין בדיני התפישה הלוחמתית **איסור** על הפקעת זכויות תמורת תשלום... כפי שקובע המנגנון של סעיף 23(2) לחוק ההסדרה" (פס' 275 לתגובת הממשלה). לגישת הממשלה, "באמנת ג'נבה אין כמעט מגבלה הנוגעת להגנת הקניין, ואין כל מגבלה הנוגעת להפקעה ספציפית של רכוש פרטי" (פס' 267 לעמדת הממשלה). ובאופן כללי, היא מבהירה, כי "דיני התפישה הלוחמתית – תקנות האג ואמנת ג'נבה – שותקים בנוגע לסמכות ההפקעה, קרי רכישה תמורת תשלום, בשטח הנתון לתפישה לוחמתית" (סעיף 274 לתגובת הממשלה).

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

בחוות דעת נפרדת אשר הוגשה לבית המשפט העליון בנובמבר 2017 הציג היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו בקשר לחוק. אמנם, תומך היועץ המשפטי לממשלה בביטול החוק מחמת היותו "הסדר גורף וקיצוני" ועל כן בלתי מידתי, אך יחד עם זאת הוא מביע עמדה ברורה המנוגדת אף היא למשפט הבינלאומי החל על שטחים כבושים ומבהיר את עמדתו כי:

א. "הרצון לתת מענה ראוי לבעיה זו [מצוקתם של מתנחלים אשר בתיהם אינם נמצאים בתחומי אדמות מדינה], במקרים שבהם מדובר במתיישבים תמי לב אשר נקלעו לסיטואציה שלא בטובתם, הוא תכלית ראויה".

ב. קיימים כבר היום מספר כלים שבאמצעותם אפשר "להכשיר" התנחלויות על קרקע פלסטינית פרטית אשר הועברה למתנחלים "בתום לב". כלים אלה כוללים: 1. הפעלת סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (צו מס' 59) הקובע, כי "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"; 2. "הפקעה לצורכי ציבור": בחוות דעת נוספת של היועמ"ש מהשבועות האחרונים ביחס לדרך הגישה להתנחלות "חרשה" הסלולה על קרקע פלסטינית פרטית, חווה היועמ"ש את דעתו כי, בעקבות פסק דין של בית המשפט העליון בעניין **זיאדה** (בג"ץ 794/17 **זיאדה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח'**) בו נקבע, בין היתר, כי היות והמתנחלים נחשבים "אוכלוסייה אזרחית" אשר "מתפרשת חובתו של המפקד הצבאי גם כלפיהם" (עניין זיאדה סעיף 26 לפסק הדין), אין עוד מניעה משפטית עקרונית בקידום "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 [...]". (עמ' 3 לחוות דעת היועמ"ש מיום 8.11.2017).

באופן ברור, עמדת היועמ"ש מתנגשת עם המשפט הבינלאומי אשר אוסר בצורה מפורשת על בניית התנחלויות והעברת אוכלוסייה אזרחית של הכוח הכובש אל השטח הכבוש, הנחשב כפשע מלחמה. המשפט הבינלאומי כולל איסורים מפורשים לפגיעה בקניין האוכלוסייה הפלסטינית בגדה המערבית למטרת פיתוח התנחלויות והרחבתן.