



16.11.2021

לכבוד
מר גדעון סער
שר המשפטים
בפקס: 02-6285438
דוא"ל: sar@justice.gov.il

לכבוד
מר דוד רוטנברג
פקיד הסדר זכויות במקרקעין, ירושלים
בפקס: 02-623231
דוא"ל: Hesder-Jerusalem@justice.gov.il

לכבוד
עו"ד אביחי מנדלבליט
היועץ המשפטי לממשלה
בפקס: 02-6467001

שלום רב,

הנדון: חידוש הליך הסדרת זכויות במקרקעין במזרח ירושלים

בשם הקואליציה להגנה על זכויות הפלסטינים בירושלים, הריני לפנות אליכם בזאת בבקשה להורות על הקפאת הליך הסדר זכויות במקרקעין בירושלים המזרחית. הליך ההסדר יביא, הלכה למעשה, להפקעה נרחבת של קרקעות פלסטיניות, דבר המנוגד למשפט הבינלאומי ולמשפט הישראלי. הכל כפי שיפורט להלן:

1. בחודשים האחרונים התפרסמו הודעות רבות, מטעם לשכת הסדר זכויות במקרקעין במשרד המשפטים, בדבר חידושו של הליך הסדר זכויות במקרקעין בירושלים המזרחית. חידוש הליך ההסדר בא בעקבות החלטת הממשלה 3790 ל"צמצום פערים חברתיים-כלכליים ופיתוח כלכלי במזרח ירושלים", אשר הקצתה סכום של כ-50 מיליון ש"ח לקידום הסדר זכויות במקרקעין בירושלים המזרחית. הלכה למעשה, החלטת הממשלה הנ"ל מהווה שינוי מדיניות של הקפאה ארוכת שנים של הסדר זכויות במקרקעין באזור, מאז הכיבוש בשנת 1967.

2. הליך הסדר זכויות במקרקעין הינו הליך ריבוני מטבעו ובו כרוכים שינויים ארוכי טווח ואף קבועים במשטר הקרקעי באזור נשוא ההסדר. שכן, מטרתו של הליך מעין זה הינה קביעת זכויות במקרקעין באופן חלוט וכלפי כולי עלמא. בהינתן מעמדה של מזרח ירושלים על פי המשפט הבינלאומי - שטח כבוש¹ - מדינת ישראל אינה רשאית לנקוט בהליך הסדר כאמור, העומד בניגוד לעקרונות זמניות הכיבוש.

¹ בחוות דעתו המייעצת (Advisory Opinion) של בית הדין הבינלאומי לצדק, מיום 9.7.2004 בעניין חומת ההפרדה שנבנית על ידי ממשלת ישראל, התייחס בית הדין, בין היתר, למעמד מזרח ירושלים במשפט הבינלאומי וקבע באופן חד משמעי, כי המעמד של מזרח ירושלים הוא של שטח כבוש. (ראו פסקה 78, פסקאות 89 ו-101 לחוות הדעת). בית המשפט העליון קבע, כי "חוות-דעת של בית-הדין הבינלאומי מהווה פרשנות של המשפט הבינלאומי, הנעשית על-ידי הגורם השיפוטי העליון במשפט הבינלאומי", ועל כן "יש ליתן לפירוש שנותן בית-הדין למשפט הבינלאומי את מלוא המשקל הראוי." (בג"ץ

3. מעבר לבעייתיות בהחלת החוק הישראלי בהליך ההסדר, אליה נתייחס בהמשך, מטבעו של ההליך והמסגרת בה הוא נערך, הוא אינו יכול להיות נגיש לחלק ניכר מהאוכלוסייה הפלסטינית שיכולה להיות מושפעת ממנו ולה תביעות לזכויות במקרקעין בירושלים המזרחית. על כן ההליך גם אינו יכול לקיים הליך הוגן בנושא שיש לו השלכות חלוטות על זכויות קניין של פלסטינים רבים.

4. הקבוצה הראשונה הנפגעת הינה בעלי זכויות במקרקעין הנמנים על הפליטים הפלסטינים מאז מלחמת 1967 ואשר מתגוררים כיום מחוץ לשטחי הגדה המערבית, מזרח ירושלים והקו הירוק. הקבוצה השנייה הינה בעלי זכויות בקרקעות ונכסים המתגוררים כיום בשטחי הגדה המערבית או עזה. בעלי זכויות במקרקעין הנמנים על שתי הקבוצות הנ"ל אינם יכולים ליטול חלק בהליך ההסדר, הוא אינו נגיש עבורם והם אינם מודעים כלל לקיומו על קרקעותיהם ונכסיהם בירושלים המזרחית. על כן הם אינם יכולים לטעון ולהגן על זכויותיהם בנכסיהם שם.

5. בעלי הזכויות הנ"ל הינם בעלי אינטרס ישיר בכל הליך הנוגע לקרקעותיהם בירושלים המזרחית, ומשאלה אינם יכולים ליטול חלק בהליך שלו השלכות גורליות על זכויותיהם לקניין, הדבר פוסל את הלגיטימיות של עצם קיומו של ההליך ההסדר. מה גם שכל פעולה בלתי הפיכה ביחס לקרקעות ונכסים של הנ"ל תפגע בזכויותיהם ותעמוד בניגוד לחובות הקיימות על פי הדין הבינלאומי ביחס למקרקעין פרטיים ובכלל.

6. גם עבור האוכלוסייה הפלסטינית המתגוררת במזרח ירושלים, הליך ההסדר הינו בעייתי ולא לגיטימי משלוש סיבות עיקריות:

א. הליך ההסדר נשען על מסגרת נורמטיבית של החוק הישראלי אשר ערך שינויים רבים בדין המקומי באופן המנוגד לאינטרסים של האוכלוסייה הפלסטינית, שהיא בין כה חסרת מעמד אזרחי ופוליטי. לנושא זה לא רק משמעות ברמה הפוליטית ועקרונות המשפט הבינלאומי, אלא הוא גם מקשה מאוד על אפשרויות הוכחת הבעלות של בעלי הקרקע הפלסטינים ומרחיב מאוד את מרווח הפעולה לרכישת בעלות על ידי מדינת ישראל לפי חוקיה. על שינויים אלה נמנים למשל תיקונים שנעשו בחוק הישראלי להארכת תקופת ההתיישנות; שלילת האפשרות לרכוש בעלות על בסיס החזקה ללא עיבוד חקלאי, רישום חלקות המעובדות בדלילות על שם המדינה שינוי מסגרת הראיות הדרושות להוכחת בעלות, ועוד (ראו לעניין זה: סנדי קידר, "זמן של רוב, זמן של מיעוט: קרקע, לאום, ודיני ההתיישנות הרוכשת בישראל", עיוני משפט כא(3)

Jeremy Forman, *A Tale of Two Regions: Diffusion of the* ; 746 – 665 , (1998)

Israeli "50 Percent Rule" from the Galilee to the Occupied West Bank, 34 *Law &*

(Soc. Inquiry 671 (2009)).

7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל** (פסק דין מיום 15.9.2005, סעיף 56 לפסק דינו של הנשיא ברק, ור' גם סעיפים 73 ו-74 לפסק הדין).

ב. הניסיון עד כה מלמד, כי הליך ההסדר משרת בעיקרו אינטרסים פוליטיים של ישראל, וליתר דיוק משרת את ההתנחלויות הבלתי חוקיות לפי המשפט הבינלאומי. לא אחת, הליך זה, במעורבות האפורטרופוס הכללי, נעשה ללא ידיעת התושבים הפלסטינים שלהם זכויות בקרקע נשוא ההסדר, אשר מוצאים את עצמם בהליכי פינוי מצד מתנחלים, כפי שאנו עדים למשל בשכונת שיח' ג'ראח ובסילוואן (ראו בג"ץ 2996/21 **העמותה לרווחת שיח' ג'ראח נ' פקיד הסדר מקרקעין ירושלים** (תלוי ועומד)). מה גם שמקרקעין שהופקעו בעבר מידי פלסטינים אחרי הסיפוח, שימשו להקמת התנחלויות.

ג. הליך ההסדר יצריך את הטוענים לזכויות במקרקעין להשיג, בחלק ניכר מהמקרים, מסמכים ממדינות זרות כגון ירדן ו/או טורקיה, דבר הכרוך במשאבים רבים שידה של מרבית האוכלוסייה בירושלים המזרחית אינה משגת. הדבר מקבל משנה תוקף נוכח חלוף הזמן הרב, כ- 55 שנים, שלו השלכות רבות על היכולת להשיג מסמכים כה ישנים. דבר זה מעמיד את ישראל בעמדת כוח ראייתית בלתי מנוצחת, שהיא בין כה קיימת, שהאוכלוסייה המקומית תתקשה מאוד להתמודד איתה.

7. אחד החוקים שלהם השלכות מרחיקות לכת בהקשר הזה הינו חוק נכסי נפקדים, תש"י - 1950 (להלן: חוק נכסי נפקדים) אשר הוחל על מזרח ירושלים בכוח הסיפוח החד צדדי.

8. כיום, קיימת תמימות דעים כי חוק נכסי נפקדים הינו החוק שרירותי, מפלה, גורף ודרקוני ביותר ועל כן אם היה נחקק לאחר חוקי היסוד בשנת 1992, לא היה צולח את מבחן פיסקת ההגבלה. לא בכדי הבהיר בית המשפט העליון כי "בהחלט ייתכן כי לפחות חלק מההסדרים שבחוק, אילו היו נחקקים היום, לא היו עומדים במבחנים החוקתיים." (ע"א 5931/06 **דאוד חטאב חסיין נ' שאול כהן** (2015), פסקה 20 לפסק הדין (להלן: "עניין חסיין")). שרירותיות החוק, הדרקוניות שלו והאבסורד במצבים עליהם הוא חל, הובילה בעבר לכך כי יועצים משפטיים החליטו להקפיד את פועלו על נכסי הפלסטינים בירושלים המזרחית. כך למשל, בשנת 1968 הנחה היועץ המשפטי לממשלה דאז, מאיר שמגר, את הרשויות המופקדות שלא להפעיל את החוק על נכסי תושבי הגדה המערבית בירושלים המזרחית. כך גם היה בשנת 2005, עת הורה היועץ המשפטי לממשלה דאז, מר מנחם מזוז, באופן חד משמעי "על הפסקה מיידית של הפעלת חוק נכסי נפקדים על נכסים במזרח ירושלים של תושבי איו"ש".

9. שאלת הפעלת החוק עלתה שוב בשנים האחרונות בהקשר של תחולת החוק על נכסי פלסטינים תושבי הגדה המערבית בקשר לנכסיהם במזרח ירושלים - עניין חסיין. בשל הבעייתיות שבהוראות החוק והקשיים שהוא מעורר, עשה בית המשפט העליון הבחנה בין תחולתו של החוק לבין החלטתו בפועל, תוך כדי קביעת העקרון של צמצום החלטתו למקרים חריגים ביותר - "נדירים שבנדירים" - אם כי אנו בדעה כי הבחנה זו מעוררת קשיים רבים במישור המשפט הבינלאומי והחוקתי בהקשר השטחים הכבושים שבו ניתן פסק הדין בעניין חסיין.

10. בעניין חסיין, בית המשפט הבהיר, כי לאור הקשיים הנובעים מתחולת החוק והחלטתו, "אין מקום לעשות שימוש בסמכויות אלה לגבי הנכסים האמורים, אלא במצבים חריגים שבחריגים", כאשר משמעות הדברים הינה, הלכה למעשה, הקפאת הפעלתו. וכדברי כב' השופטת נאור בפסק הדין: "לדידי ספק גדול הוא אם יוכל בכלל להיות מקרה "נדיר שבנדירים" כלשון חברי בו תהיה הצדקה

להפעיל את החוק לגבי נכסים במזרח ירושלים של תושבי איו"ש." (סעיף 1 לפסק דינה של השופטת נאור). בית המשפט העליון סמך את מסקנתו הנ"ל, בין היתר, על העובדה כי הפעלת החוק במקרה הנדון מעוררת בעייתיות במישור המשפט המינהלי והמשפט הבינלאומי. יתירה מכך, רוב שופטי ההרכב בעניין **חסיין** הגיעו למסקנתם בדבר הגבלת או למעשה הקפאת הפעלתו של החוק בהקשר פסק הדין גם בהסתמך על הלכת **גנימאת** לפיה שמירת הדינים לא גורעת ממתן פרשנות לחוקים שתתיישב עם חוקי היסוד (דנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589 (1995)).

11. אמנם פסק הדין בעניין **חסיין** ניתן בהקשר של פלסטינים תושבי הגדה המערבית ביחס לנכסיהם שבירושלים המזרחית, אך הגיונם של הדברים חל על פי אחת כמה וכמה בהקשר הפליטים הפלסטינים ממלחמת 1967 המתגוררים כעת מחוץ לשטחי הגדה המערבית, ירושלים המזרחית וישראל והפלסטינים המתגוררים בעזה. הקביעות בפסק הדין באשר לאפליה, השרירות והגורפות שבחוק וכן הבעיות שהוא מעלה בהקשר המשפט המנהלי והבינלאומי חלות גם כאן. בדומה לפלסטינים תושבי הגדה המערבית, נפקדותם של הפלסטינים הפליטים משנת 1967 או המתגוררים בעזה גם נובעת מניסוחו הרחב של החוק, מתחולתו הנמשכת, ומשרירותיות הסיפוח של השטחים הנדונים. מסקנה זו מתבקשת גם לאור עמדת היועמ"ש בדבר אי החלת החוק על אזרחי המדינה המתגוררים בגדה המערבית למשל, כשההגיון מאחוריה היא הבעייתיות בגורפות הגדרותיו של החוק ומהמשך תחולתו, כאמור לעיל.

12. הלכה למעשה, באם חוק נכסי נפקדים יופעל במסגרת הליך הסדרת מקרקעין בירושלים המזרחית, הפעלתו, רובה ככולה, תהיה כלפי בעלי זכויות פלסטינים, דבר שפוגע בזכותם של אלה לקניין, לשוויון ולכבוד. ניתן להקיש לענייננו מפסק הדין אשר ניתן בעניין **עיריית סלואד** ואשר במסגרתו ביטל בית המשפט העליון את החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017 בשל פגיעתו בזכות לקניין, לשוויון ולכבוד של בעלי קרקעות פלסטינים בגדה המערבית באופן בלתי מידתי (בג"ץ 1308/17 **עיריית סלואד נ' הכנסת** (ניתן ביום 9.6.2020)).

13. **לאו כל האמור לעיל, התוצאה הבלתי נמנעת של הליך ההסדר, אם יקודם, תהא נישול והפקעת קרקעות פלסטיניות בהיקף נרחב ורישום קרקעות ציבור על שם מדינת ישראל.**

14. אין צורך להכביר מילים אודות מעמדה של הזכות לקניין אשר זכתה למעמד חוקתי על-חוקי עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

15. הליך הסדר המקרקעין בירושלים המזרחית על תוצאותיו הדרסטיות הצפויות, מפר את עקרונות המשפט הבינלאומי ההומניטארי ומשפט זכויות האדם הבינלאומי, הן של תושבי ירושלים המזרחית הפלסטינים, הן של תושבי הגדה המערבית ועזה והן של הפליטים הפלסטינים מחוץ לכלל השטחים הנ"ל.

16. לפי הפסיקה העליונה פרשנותו של חוק - פקודת ההסדר וחוקים נוספים שיוחלו - חייבת להתיישב עם עקרונות המשפט הבינלאומי. מאחר והליך ההסדר יביא לשינוי אופיים של השטחים הפלסטינים בירושלים המזרחית, הן של מי שמתגוררים בשטחים הכבושים והן אלה שנהפכו לפליטים מחוץ לשטחים אלה, ונוכח העובדה שהליך זה אינו עונה לאף אחד משני החריגים הקבועים בסעיף 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג, לכן הליך ההסדר מהווה הפרה בוטה של סעיף

55 לתקנות האג הקובע כי הכוח הכובש אינו אלא נאמן של השטח המצוי בידיו כפיקדון בלבד ובאופן זמני ולו הנאת שימוש (usufruct) בלבד בנכסים בשטח זה.

“The occupying State shall be regarded only as administrator and usufructuary of public buildings, real estate, forests, and agricultural estates belonging to the hostile State, and situated in the occupied country. It must safeguard the capital of these properties, and administer them in accordance with the rules of usufruct.”

17. המשפט הבינלאומי ההומניטארי מחייב את המעצמה הכובשת לא לפגוע ברכוש של האוכלוסייה האזרחית אלא במקרה של צורך צבאי מיידי, שלכל הדעות אינו מתקיים כאן. החרמת רכושם הפרטי של פלסטינים בשטח ירושלים המזרחית באמצעות חוק ישראלי, מהווה הפרה בוטה לחובות המוטלות על מדינת ישראל. סעיף 46 לתקנות האג קובע את הצורך בכיבוד זכות הקניין והוא אוסר באופן מפורש על הפקעת רכוש הפרט.

“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.**”

18. הפקעה כאמור נופלת גם תחת הגדרת גזל, “plunder” כפי שזה שימש במשפטי נירנברג. כך למשל היה בתיק **US Military Tribunal at Nuremberg, US v. Alfred Krupp et al.** בו היתה התייחסות להפקעת נכסים לאחר סיום הלחימה במלחמת העולם השנייה. בית הדין קבע, בין היתר, כי הפקעת רכוש הפרט מהווה הפרה של סעיפים 43 ו-46 לתקנות האג:

“We conclude from the credible evidence before us that the confiscation of the Austin plant based upon German inspired anti-Jewish laws and its subsequent detention by the Krupp firm constitute a violation of Article 43 of the Hague Regulations which requires that the laws in force in an occupied country be respected; that it was also a violation of Article 46 of the Hague Regulations which provides that private property must be respected [...]”

US Military tribunal at Nuremberg, **US v. Alfred Krupp et al.** pp. 1351-1352.
<http://werle.rewi.hu-berlin.de/KRUPPCase%20Judgment.pdf>

19. בנוסף, סעיף 147 לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 קובע, כי נטילה נרחבת של הנכסים של האוכלוסייה המוגנת (Extensive Appropriation) מהווה הפרה בוטה לאמנת ג'נבה הרביעית. יצויין בהקשר זה עוד, כי הפקעה נרחבת של קניין שאינה מתבקשת מצרכים צבאיים נחשבת כפשע מלחמה על פי חוקת רומא (Rome Statute) המקימה את בית הדין הפלילי הבינלאומי (סעיף 8 (2) (iv) לחוקה).

לאור כל האמור לעיל, אבקשכם להורות על הפסקת הליכי הסדר המקרקעין בירושלים המזרחית.

לחשיבות הנושא ודחיפותו, אודה לתגובתכם בהקדם.

בכבוד רב,

סוהאד בשארה, עו"ד
suhad@adalah.org