

עיריית סילוואד ו-19 אח'

באמצעות ב"כ עו"ד סוהאד בשארה ואח'
עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רח' יפו 94, ת"ד 8921, חיפה
טל': 049501610; פקס: suhad@adalah.org

ובאמצעות עו"ד סלימאן שאהין
ממרכז ירושלים לזכויות אדם
רח' אבן בטוטה 14 ירושלים 91200
טל': 026272982; פקס: 026264770

העותרים בבג"ץ 1308/17

- נ ג ד -

1. הכנסת
באמצעות היועץ המשפטי של הכנסת
הכנסת, קריות בן גוריון, ירושלים
טל': 026408638; פקס: 026753495

2. המפקד הצבאי באיו"ש
באמצעות פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים
טל': 026466101; פקס: 026467011

3. ממשלת ישראל
באמצעות ב"כ הראל ארנון ושות' - משרד עורכי דין
מרחוב הרטום 16, ת"ד 45151, ירושלים 9145101
טל': 02-6509100; פקס: 02-6509110

4. המועצה האזורית מטה בנימין
ע"י ב"כ עו"ד שמחה דן רוטמן ואח'
מרח' הלל 18 ירושלים
טל': 052-8743868; פקס: 077-4449672

המשיבים בבג"ץ 1308/17

ראש מועצת הכפר עין יברוד ו-39 אח'
באמצעות ב"כ עו"ד מיכאל ספרד ואח' וכו' עוה"ד שלומי זכריה ו/או
מיכל זיו ואח'
מרח' דוד חכמי 12, תל אביב
טל': 036206947/8/9; פקס: 036206950

ובאמצעות ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או רוני פלי ואח'
האגודה לזכויות האזרח בישראל
מרח' נחלת בנימין 75, תל אביב
טל': 035608185; פקס: 035608165

העותרים בבג"ץ 2055/17

- נ ג ד -

1. הכנסת
באמצעות היועץ המשפטי של הכנסת
הכנסת, קריות בן גוריון, ירושלים
טל': 026408638; פקס: 026753495

2. ממשלת ישראל
באמצעות ב"כ הראל ארנון ושות' - משרד עורכי דין
מרחוב הרטום 16, ת"ד 45151, ירושלים 9145101
טל': 02-6509100; פקס: 02-6509110

3. היועץ המשפטי לממשלה
4. הפרקליט הצבאי הראשי
5. מפקד כוחות צה"ל באיו"ש

6. ראש המנהל האזרחי
7. הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש
באמצעות פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים
טל': 026466101; פקס: 026467011

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

המשיבים בבג"ץ 2055/17

בקשה למתן ארכה קצרה בת יומיים

1. על פי החלטת בית המשפט הנכבד מיום 30.7.18, על ממשלת ישראל - המשיבה 3 בבג"ץ 1308/17 והמשיבה 2 בבג"ץ 2055/17 - להגיש את התייחסותה להשלמות טיעוני העותרים עד ליום 5.8.18.
2. בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן לממשלה ארכה קצרה בת יומיים בלבד לשם הגשת תשובתה המוגשת בצמוד לבקשה זו.
3. הבקשה מוגשת ללא תגובות הצדדים, בהתאם להנחיות הנשיאה בנוגע לבקשות ארכה בנות יומיים.


ד"ר הראל ארנון עו"ד
ב"כ ממשלת ישראל

ירושלים, כ"ו מנחם-אב תשע"ח (7.8.18)

עיריית סילוואד ו-19 אח'

באמצעות ב"כ עו"ד סוהאד בשארה ואח'
עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רח' יפו 94, ת"ד 8921, חיפה
טל': 049501610; פקס: suhad@adalah.org

ובאמצעות עו"ד סלימאן שאהין
ממרכז ירושלים לזכויות אדם
רח' אבן בטוטה 14 ירושלים 91200
טל': 026272982; פקס: 026264770

העותרים בבג"ץ 1308/17

- נ ג ד -

1. הכנסת
באמצעות היועץ המשפטי של הכנסת
הכנסת, קריות בן גוריון, ירושלים
טל': 026408638; פקס: 026753495

2. המפקד הצבאי באיו"ש
באמצעות פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים
טל': 026466101; פקס: 026467011

3. ממשלת ישראל
באמצעות ב"כ הראל ארנון ושות' - משרד עורכי דין
מרחוב הרטום 16, ת"ד 45151, ירושלים 9145101
טל': 02-6509100; פקס: 02-6509110

4. המועצה האזורית מטה בנימין
ע"י ב"כ עו"ד שמחה דן רוטמן ואח'
מרח' הלל 18 ירושלים
טל': 052-8743868; פקס: 077-4449672

המשיבים בבג"ץ 1308/17

ראש מועצת הכפר עין יברוד ו-39 אח'
באמצעות ב"כ עו"ד מיכאל ספרד ואח' וכו' עוה"ד שלומי זכריה ו/או
מיכל זיו ואח'
מרח' דוד חכמי 12, תל אביב
טל': 036206947/8/9; פקס: 036206950

ובאמצעות ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או רוני פלי ואח'
האגודה לזכויות האזרח בישראל
מרח' נחלת בנימין 75, תל אביב
טל': 035608185; פקס: 035608165

העותרים בבג"ץ 2055/17

- נ ג ד -

1. הכנסת
באמצעות היועץ המשפטי של הכנסת
הכנסת, קריות בן גוריון, ירושלים
טל': 026408638; פקס: 026753495

2. ממשלת ישראל
באמצעות ב"כ הראל ארנון ושות' - משרד עורכי דין
מרחוב הרטום 16, ת"ד 45151, ירושלים 9145101
טל': 02-6509100; פקס: 02-6509110

3. היועץ המשפטי לממשלה
4. הפרקליט הצבאי הראשי

5. מפקד כוחות צה"ל באיו"ש
6. ראש המנהל האזרחי
7. הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש
באמצעות פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים
טל': 026466101; פקס: 026467011

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

המשיבים בבג"ץ 2055/17

התייחסות הממשלה להשלמות הטיעון מטעם העותרים

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 10.6.18, ממשלת ישראל מבקשת להגיש את התייחסותה להשלמות הטיעון של העותרים בעתירות שבכותרת.

כמה הערות על סמכות הכנסת, משטרנו החוקתי והמשפט הבינלאומי

1. העותרים מנסים לבסס עקרון מטה-משפטי שינביע את המסקנה המשפטית כי חקיקה של הכנסת המתיימרת לחול באיו"ש אינה חוקתית. ומה יעשו העותרים נוכח העובדה כי קביעה כזו סותרת, באופן מובהק, הן את המבנה המשפטי המשטרי הישראלי והן הלכות כה רבות של בית המשפט הנכבד? שהרי על פי המבנה המשטרי הישראלי וההלכה הקיימת: הכנסת היא מקור הסמכות של הדין הישראלי וממנה, **ורק ממנה**, יונקות כלל רשויות המדינה (לרבות הממשלה על יחידותיה וצה"ל על זרועותיו) את כוחן; חוק חרות של הכנסת לעולם גובר על כל נורמה מן המשב"ל; הכנסת רשאית ליטול כל סמכות הנתונה לכל אורגן ישראלי באשר הוא לרבות סמכות החקיקה של המפקד הצבאי באזור; אין לכנסת כל מגבלה המונעת ממנה לחוקק חקיקה חוץ-טריטוריאלית בכל מקום בעולם, לרבות באזור. ועל יסוד הנחות משפטיות חלוטות אלו **המסקנה ההכרחית** היא כי אין לערער על סמכות הכנסת לחוקק באיו"ש, ואפילו בניגוד להוראות המשב"ל; ממילא העילה היחידה האפשרית לפסילת חוק ההסדרה **חייבת** להימצא בשדה החוקתי הפנים-ישראלי, קרי בחינתו לאור חוקי היסוד. הא ותו לא (והכל כפי שפורט בהרחבה בטיעוני הממשלה עד כה).
2. למעשה, וכפי שטוענים העותרים בשתי העתירות, רק לאחר אימוץ מסקנה זו – קרי כי לכנסת אין כל מניעה מלחוקק באיו"ש ואפילו ל"התגבר" על הוראות המשב"ל – במפורש או במשתמע, יש מקום לבחינת החוק לאור חוקי היסוד. ללא קבלת מסקנה זו, החוק נגוע בפגם יסודי שכלל אינו מצריך את הדיון החוקתי האמור: החוק נכשל עוד קודם לכן. אכן, קיום הדיון החוקתי בשאלת החוק מהווה, ולו במשתמע, אימוץ המסקנה המשפטית האמורה על כלל הנחותיה.
3. אלא שלא ניתן להתכחש למסקנה האמורה שהיא ביטוי לדין המצוי ולערכי היסוד המהותיים ביותר של המשטר החוקתי שלנו. ומכיוון שהעותרים יודעים זאת הם מבקשים לפתח "כלל" משפטי חדש; "כלל" שמראשיתו נוצר כדי לחול על מקרה אחד בלבד, על המקרה דנן. זהו "כלל" שנתפר בדיעבד, ומידותיו מותאמות על מנת שיתפוס ברשתו מקרה אחד ויחיד: פסילת חוק ההסדרה. ומכיוון שהוא חייב להתיישב עם הלכות בית המשפט הנכבד ועם הדין הקיים הוא עשוי טלאים טלאים שנועדו להכשיר את המסקנה המשפטית, שאין לה תקומה, כי דינו של החוק להתבטל לא מן הטעם שהוא סותר את חוקי היסוד אלא

משום שהוא מתיימר לחול באיו"ש. והרי לשיטת העותרים אין לך חריגה מסמכות גדולה מזו של כנסת ישראל שביקשה לחוקק חוק המנוגד ל"פרשנות" שהם מעניקים להוראות המשב"ל.

4. וכך נולד ה"כלל" המשפטי על פיו **למרות** שמותר לכנסת לחוקק בכל מקום בעולם, **למרות** שמותר לה לפגוע בריבונותן של מדינות זרות באמצעות חקיקה שתחול גם על אירועים המתרחשים בשטחיהן, **למרות** שמותר לה לכנסת ליטול את סמכויות המפקד הצבאי באזור בכל תחום, **למרות** שמותר לה לכנסת להגדיר את סמכויות המפקד הצבאי כפי שתראה, **למרות** שסמכות ממשלת ישראל לספח טריטוריה כלשהי או להתקשר באמנות בינלאומיות נובעת מסמכותה כפי שנקבעה בידי הכנסת, **למרות** שמותר לכנסת להתעלם מהוראות המשב"ל בכל תחום שתחפוץ, **למרות** שהכנסת לא נמנעה בעבר מחקיקה באזור, מכל סוג שהוא (ראו, למשל, חוק יישום תכנית ההתנתקות, תשס"ה-2005, אשר הפקיע זכויות קניין באזור (סעי' 28-30 לחוק)), **למרות** שבית המשפט הנכבד מעולם לא מצא לנכון לפסול את סמכותה זו (לא ברמת הגולן ולא במזרח ירושלים), **למרות** שבית המשפט הנכבד מעולם לא העביר תחת ביקורת שיפוטית חקיקה ראשית של הכנסת גם במקרים בהם היא סתרה, לשיטת העותרים, את הוראות המשב"ל באופן מובהק הרבה יותר (החלת כלל החקיקה הישראלית ברמת הגולן ובמזרח ירושלים, למשל), **למרות** כל אלו¹ מבקשים העותרים לקבוע "כלל" לפיו דווקא באיו"ש הכנסת מנועה מלחוקק דבר ודווקא שם – ולא בשום מקום אחר בעולם – היא כפופה להוראות המשב"ל.

5. אכן, אין מדובר ב"כלל" משפטי כלל וכלל. מדובר בנסיון לכבול את בית המשפט הנכבד למיטת סדום צרה שמידותיה אינן מתיישבות עם שום עקרון משפטי, הלכה או כלל קיים בדין הישראלי, רק בשל מאוויים הפוליטי כי חוק ההסדרה יבוטל. בכל הכבוד, בכך אין די.

6. לא רק שאין בכך די מבחינה אנליטית אלא אפילו שהמקורות שהם מבקשים להיתלות בהם אינם מסייעים להם. תקצר היריעה מלעמוד על מידת אי הרלוונטיות של שלל המקורות אליהם הפנו העותרים. די אם נסתפק בדוגמא אחת מרכזית.

7. כך, למשל, טוענים העותרים בבג"ץ 1308/17 בהשלמת הטעון כי "טענת [הממשלה] לפיה חוק חרות גובר על המשפט הבינלאומי כולל תקנה 43, אין לה מה על מה שתסמוך.... מעולם לא נקבעה הלכה פסוקה המאשרת את הקביעה הזו על אזור שחל עליו דיני התפיסה הלוחמתית... המלומד ברק מדינה מגיע למסקנה שהקביעה לפי חוק חרות גובר על המשפט הבינלאומי המינהגי היא רק אמרה שנהפכה אצל ישראלים רבים למיתוס על אף שהיא לא מבוססת בהלכה הפסוקה" (סעי' 10-11 להשלמת טעון מיום 20.6.18). לביסוס הקביעות המופרכות הללו הם מפנים למאמרו של פרופ' מדינה Domestic Human Rights Adjudication in the Shadow of International Law: The Status of Human Rights Conventions in Israel" 50 Isr. L. Rev. 331 (2017).

8. ברם, עיון במאמרו של פרופ' מדינה מגלה כי הוא אומר בדיוק את ההפך הגמור:

"It is often argued that customary international law, as opposed to treaty-based law, is legally binding in Israel. But this statement is only partially accurate. Customary international law does not bind the legislature, and when in conflict, domestic legislation prevails over customary law, just like treaty-based norms. This doctrine was first set in the Amsterdam (1952) case, regarding the legislature's power to set

¹ האסמכתאות לכל אחת מן הקביעות הללו – המובנות מאליהן – מצויות בתשובת הממשלה.

a norm that applies extra-territorially, arguably in contradiction to customary law. The Court ruled that 'as long as the legislature clearly expressed its intention that the law will apply extraterritorially, the domestic court should rule accordingly [...], irrespective of the limitations imposed by the principle [of customary international law] of territorial sovereignty.' The Court further implemented this doctrine in the famous Eichmann (1962) case, regarding ex post facto penal legislation: '[W]here [there is a conflict between the provisions of domestic law and a rule of international law], it is the duty of the court to give preference to and apply the laws of the local legislature'" (p. 338)

וכך גם ביחס לאיו"ש :

"As indicated, in general, Israeli legislation does not apply in the Occupied Territories. However, in a handful of cases, in which the government found it justified to act in the Occupied Territories in a way prohibited by IHL [משפט בינלאומי הומינטרי], it chose to circumvent IHL by initiating legislation that applies in this area. The Court ruled that this practice is valid." (p. 341).

"From the perspective of Israeli constitutional law, it is permissible to legislate or to judge in a way incompatible with international human rights law. The justification for such incompatibility may be based on reasons such as the state's particular Constitutional Identity, Israel's reservations to the treaties, binding language of the constitutional text, or even mere disagreement with the relevant norms of international human rights law, by implementing judicial discretion." (p. 368)

9. הדברים מדברים בעד עצמם. וזו רק דוגמא אחת לניסיון של העותרים להקים את מגדלם העיוני על יסודות ומקורות משפטיים רעועים.

10. מן הראוי לדחות גם את הסברה (שנשמעה בדיון בע"פ) כי חוק חרות הסותר את הוראות המשב"ל הופך, מיניה וביה, לחוק שאינו ל"תכלית ראויה" במובן פסקת ההגבלה. טענה כזו, משמעה הזרמת הוראות המשב"ל אל חוקי היסוד והכפפת חקיקה ראשית של הכנסת לנורמות זרות למשטרנו. זאת, ללא צידוק דמוקרטי או חוקתי. למעשה, תהא זו הפיכת פירמידת הנורמות של הדין הישראלי על פיה.

11. נזכיר: הממשלה דוחה את הטענה בדבר קיומה של סתירה בין הוראות החוק לבין הוראות המשב"ל. ראשית, כלל בסיסי במשפט הבינלאומי כי פעולה היא מותרת אלא אם כן נאסרה באופן ברור וחד משמעי (The Lotus Case (France v. Turkey), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7)). בית המשפט הנכבד אף פסק, כי בפרשנות של אמנות בינלאומיות "יש להעניק להוראות שהן דו משמעיות אותה פרשנות, שהיא בעלת התוצאות המגבילות המועטות ביותר על ריבונותו של הצד לאמנה, או אשר מטילה אותן התחייבויות שהן הפחות מכבידות" (בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית פ"ד מב(2) 1, 18 (1988)). והקביעה כי רכישה כפויה של זכויות במקרקעין בנסיבות דנן היא אסורה על פי הוראות המשב"ל היא תוצר של פרשנות העותרים את הוראות המשפט הבין לאומי, פרשנות שהממשלה חולקת עליה מכל וכל. שנית, עובר לחקיקת החוק, הוצגו בפני חברי הכנסת הגישות הפרשניות השונות של הוראות

המשב"ל (לרבות עמדת היועמ"ש). חברי הכנסת שקלו היטב את נוסח החוק ובחרו לחוקק את החוק במתכונתו הנוכחית. ממילא, הבחירה היא בין שתיים: או שהכנסת משוכנעת שאין כל סתירה בין הוראות החוק להוראות המשב"ל או שהכנסת ביקשה לסטות באופן מכוון מהוראות המשב"ל. ושתי החלופות מחייבות את אותה מסקנה: אין כל הצדקה לקבוע כי דווקא פרשנות העותרים של הוראות המשב"ל היא גם נכונה וגם גוברת על חקיקה ראשית.

12. גם הטענה כי חקיקת החוק מהווה "שינוי נורמת הבסיס" העולה כדי סיפוח ולכן אסורה אינה מבוססת כלל. ראשית, "עצם החלתה של נורמה ישראלית פלונית על מקום אלמוני שמחוץ למדינה אינו עושה בהכרח אותו מקום אלמוני לחלק מישראל" (בג"צ 205/82 אבו צאלח נ' שר הפנים פ"ד לז(2), 718, 720 (1983); בג"צ 2612/94 שעאר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון פ"ד מח(3), 675, 680-681 (1994)). שנית, אפילו היה במעשה החקיקה דגן משום סיפוח לא היה בכך כדי לבסס ביקורת שיפוטית: אם מעשה סיפוח בידי ממשלת ישראל אינו מהווה עילה לביקורת שיפוטית, קל וחומר שסיפוח מעשה ידי הכנסת אינו כזה.

13. טענת העותרים בבג"ץ 2055/17 (פיסקה 8 להשלמת הטיעון מיום 10.7.18) כי מקור סמכות החקיקה של הכנסת, שעה שהיא מחוקקת באיו"ש, נעוץ בהוראות המשב"ל – שכן היא נכנסת בנעלי המפקד הצבאי – היא אבסורדית לא פחות. ראשית, מלכתחילה, מקור סמכותו של המפקד הצבאי הוא הכנסת והדין הישראלי ולא המשב"ל. אמת: הדין הישראלי מטיל על המפקד הצבאי, בין היתר, איסורים שמקורם בדיני התפישה הלוחמתית. אך איסורים אלו תקפים לגבי **אך ורק** משום שהדין הישראלי, הקולט את המשפט הבין-לאומי המנהגי (כל עוד אינו סותר חוק של הכנסת), קבע כך. קל וחומר שגם סמכותה של הכנסת אינו במשב"ל. שנית, כל קביעה הסותרת את ההנחה כי מקור סמכותה של כנסת ישראל הוא העם בישראל חותרת תחת אבן היסוד של משטרינו. ולכן, הקביעה כי מקור סמכות החקיקה של הכנסת לחוקק בישראל, באיו"ש או בכל מקום אחר, נעוץ במשב"ל – שגויה לחלוטין.

14. אכן, כפי שטוענת ממשלת ישראל המציע היחיד לבחינת החוק הוא על בסיס חוקי היסוד, ולכן אין כל מקום להידרש לטענות העותרים מן המשב"ל או לטענות הקוראות תיגר על סמכות החקיקה של הכנסת (הכל כפי שכבר נכתב בתשובת הממשלה). דומה כי בהקשר זה מן הראוי לחזור על מה שקבע בית המשפט הנכבד בעבר:

"חוק יישום ההתנתקות נתון במחלוקת ציבורית קשה. מחלוקת זו, כשלעצמה, אינה מעוררת בעיה חוקתית. בעיה חוקתית מתעוררת רק אם חוק יישום ההתנתקות (או חלק ממנו) פוגע בחוק-יסוד. איננו סבורים, כי חוק-יסוד: הכנסת או חוק-יסוד: הממשלה מונעים מהכנסת או מהממשלה מלקבל החלטה בעניין ההתנתקות. סמכות זו נתונה לרשויות השלטוניות (כנסת וממשלה) על פי משפט הפנימי של מדינת ישראל. סמכות כזו נתונה על פי המשפט הבינלאומי הפומבי למדינה התופסת בשטח בתפיסה לוחמתית. כל הגבלה לא הוטלה בחוק-יסוד על סמכות הכנסת או הממשלה לקבל החלטה בעניין זה (השוו סעיף 2 לחוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), התשנ"ט-1999; סעיפים 5 ו-7 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל). נמצא, כי הבעיה החוקתית במקרה שלפנינו מתעוררת רק בשל כך שפינוי השטח המפונה כרוך בפינוי הישראליים המתגוררים בו.

פינוי הישראליים מהשטח המפונה מעורר את השאלה אם אין בו כדי לפגוע בזכויות האדם של הישראליים המפונים – זכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק. אם אמנם קיימת פגיעה זו, קמה ועומדת בפנינו בעיה חוקתית שעניינה חוקתיותו של חוק יישום ההתנתקות לאור פגיעתו בזכויות אדם חוקתיות. ודוק: אין די בכך אם ייקבע שהמתיישבים הישראליים בשטח המפונה נהנים מזכויות האדם המעוגנות במשפט המקובל הישראלי. אין גם די בכך שייקבע שהם נהנים מזכויות אדם המקובלות במשפט הבינלאומי הפומבי. עיגון כזה – בו

איננו נוקטים כל עמדה – עם כל חשיבותו, אין בו כדי לעורר בישראל בעיה חוקתית. הטעם לכך הוא זה: כאשר הפגיעה בזכות שמקורה במשפט המקובל או במשפט הבינלאומי הפומבי מתנגשת עם הוראה מפורשת בחוק של הכנסת – יד חוק הכנסת על העליונה, ובעיה חוקתית אינה מתעוררת. אכן, בעיה חוקתית תתעורר בישראל רק אם זכותם של המתישבים הישראלים מעוגנת בהוראה נורמטיבית חוקתית-על-חוקית, כלומר בחוק-יסוד. זאת ועוד: אין די בכך שחוק יישום ההתנתקות פוגע בזכות המעוגנת בחוק-יסוד. בעיה חוקתית מתעוררת רק אם הפגיעה של חוק יישום ההתנתקות באותה זכות היא פגיעה שלא כדין. בהתקיים תנאים אלו אנו אומרים שהחוק אינו חוקתי, ונבחנת שאלת הסעד בגין הפרת הוראות חוק-היסוד." (בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל פ"ד נט(2) 481, 544 (2005) ההדגשות אינן במקור)

על מהותו של הצורך הציבורי

15. טענת העותרים היא כי מאחר והסדרת המקרקעין במסגרת החוק משמעה הפקעת זכויות והעברתן לידי אנשים פרטים (המחזיקים בהן בפועל), הרי שלא ניתן לראות בכך "צורך ציבורי". ברם, עובדה היא כי הדין הישראלי דוחה קביעה זו מכל וכל (ראו, למשל, סעיף 122(1) לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) הישראלית קובע, כי "כל אדם רשאי לפנות אל שר האוצר בבקשה שירכוש קרקע כלשהיא בשם אותו אדם ולשם שימוש... כאילו היתה זו קרקע שיש לרכוש אותה לצורך ציבורי"; בג"ץ 114/77 שורץ נ' שר האוצר (1977)).

16. גם הפסיקה האמריקאית שאליה מפנים העותרים (סעי' 17 להשלמת הטיעון מיום 10.7.18) מוכיחה בדיוק את ההפך ממה שהם מבקשים להסיק. למעשה, יש לתמוה על הציטוטים החלקיים של העותרים אשר מוציאים דברים מהקשרם.

17. כך, למשל, פסק הדין בעניין *Hawaii Housing Authority v. Midkiff*, 467 U.S. 229 (1984) אישר את חוקתיותו של חוק (במדינת הוואי) שהפקיע מקרקעין מאת בעליהם לטובת השוכרים שהחזיקו במקרקעין בשל "כשל שוק". וכך קבע בית המשפט העליון האמריקאי באותה פרשה:

"The mere fact that property taken outright by eminent domain is transferred in the first instance to private beneficiaries does not condemn that taking as having only a private purpose. The Court long ago rejected any literal requirement that condemned property be put into use for the general public. "It is not essential that the entire community, nor even any considerable portion, . . . directly enjoy or participate in any improvement in order [for it] to constitute a public use." ... The Act advances its purposes without the State's taking actual possession of the land. In such cases, government does not itself have to use property to legitimate the taking; it is only the taking's purpose, and not its mechanics, that must pass scrutiny under the Public Use Clause (pp. 244-5)

18. העקרון אותו קבע בית המשפט העליון האמריקאי הוא כי השאלה אותה יש לשאול אינה מי מקבל את המקרקעין אלא מה התכלית שהפקעה משרתת. במקרים מסוימים – כך קבע בית המשפט האמריקאי שם – צורך ציבורי עשוי להצדיק הפקעת מקרקעין מפלוני והעברתם לאלמוני.

19. עקרון זה שב ונשנה בעניין **Kelo v. City of New London**, 545 U.S. 469 (2005). גם שם אישר בית המשפט העליון האמריקאי הפקעת מקרקעין פרטיים והעברתם לידיים של יזם פרטי בשל התכלית אותה שירתה ההפקעה: התחדשות עירונית.

20. וגם כאן, בחרו העותרים לצטט מפסק הדין באופן תמוה. למעשה, הם קיפדו את ראשו של המשפט הראשון בציטוט וויתרו על ארבע מילים קריטיות: "On the one hand". וכך, הם הציגו כקביעה שיפוטית את מה שבסופו של דבר נדחה באותו פסק דין. הנה הוא הציטוט **המדוייק** מפסק הדין (והשוו עם הציטוט המופיע בסעי' 17 להשלמת הטיעון של העותרים מיום 10.7.18):

"On the one hand, it has long been accepted that the sovereign may not take the property of A for the sole purpose of transferring it to another private party B, even though A is paid just compensation. On the other hand, it is equally clear that a State may transfer property from one private party to another if future "use by the public" is the purpose of the taking..." (p. 478)

ובהמשך:

"On the other hand, this is not a case in which the City is planning to open the condemned land—at least not in its entirety—to use by the general public. Nor will the private lessees of the land in any sense be required to operate like common carriers, making their services available to all comers. But although such a projected use would be sufficient to satisfy the public use requirement, this "Court long ago rejected any literal requirement that condemned property be put into use for the general public." Indeed, while many state courts in the mid-19th century endorsed "use by the public" as the proper definition of public use, that narrow view steadily eroded over time. Not only was the "use by the public" test difficult to administer (e.g., what proportion of the public need have access to the property? at what price?), but it proved to be impractical given the diverse and always evolving needs of society. Accordingly, when this Court began applying the Fifth Amendment to the States at the close of the 19th century, it embraced the broader and more natural interpretation of public use as "public purpose." ... We have repeatedly and consistently rejected that narrow test ever since." (pp. 478-480)

ראו גם: Abraham Bell, "*Private Takings*" 76 CHI. L. REV. 517 (2009) (available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1274083>)

21. אכן, גם בנדון דידן, הפקעת הזכויות הקבועה בחוק מבוססת על הרצון להשיג תכליות ציבוריות. והעובדה כי המקרקעין יוחזקו בידיים פרטיות עקב כך אינה בעלת משקל. הצורך בהפקעה הוא צורך ציבורי: הסדרת בנייה אשר נעשתה תוך הסתמכות על מצגי המדינה, ומניעת החרבתם של אלפי יחידות דיור. למעשה, אין לך צורך ציבורי מובהק מזה.

22. להשלמת התמונה נעיר הערה אחת שחשיבותה נודעת דווקא בשל חלוף הזמן מאז חקיקת החוק לפני למעלה משנה וחצי: כפי שהובהר במהלך הדיון בע"פ, נכון למועד זה טרם הוצגו בפני בית המשפט הנכבד חלופות שמתקרבות ולו במעט לתת מענה לסוגיה הרחבתית עמה מבקש החוק להתמודד ואשר פתרונה הוא

– ועל כך אין מחלוקת – תכלית ראויה. ולא זו בלבד שהחלופות המעטות שהוצגו בפני בית המשפט הנכבד (סעי' 5, שיהוי וכ') אינן מסוגלות להסדיר את מרבית המקרים אותם מבקש החוק להסדיר הן אפילו לא פתרו עד למועד כתיבת שורות אלה את אותם מקרים מועטים אשר, כך על פי טענה, ניתן היה להסדיר. וארבעת מקרי הבוחן שהוצגו בתשובת המדינה (מצפה כרמים, חרשה, עפרה ונילי) יוכיחו: הם עומדים במצבם המשפטי כמות שהיה עובר לחקיקת החוק.

23. די בכך כדי ללמד כי החוק בהכרח צולח את מבחן המידתיות.



ד"ר הרצל ארנוב עו"ד
בי"כ ממשלת ישראל

ירושלים, כ"ו מנחם-אב תשע"ח (7.8.18)