

19.7.2016

לכבוד
מר אביחי מנדלבלט
היועץ המשפטי לממשלה
בפקס: 02-6467001

שלום רב,

הנדון: הצעת חוק ההסדרה, התשע"ו - 2016

הריני לפנות אליך בבקשה כי תתנגד להצעת החוק שבנדון, וזאת מהנימוקים להלן:

1. הצעת החוק אשר נמצאת על שולחן ועדת השרים לענייני חקיקה בממשלה, מבקשת ל"הסדיר" התנחלויות בגדה המערבית שנבנו על קרקעות פלסטיניות בבעלות פרטית, וזאת באמצעות הפקעה של הקרקעות, תכנון של אותן התנחלויות והכשרה בדיעבד של הבנייה שבהן.

2. הצעת החוק מנוגדת למשפט הבינלאומי ולמשפט החוקתי הישראלי החלים על שטחים כבושים.

המשפט הבינלאומי ההומניטרי:

3. על פעולות ישראל בגדה המערבית חלים כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי (כולל אמנת האג בדבר דיני המלחמה משנת 1907 והתקנות הנלוות לה (להלן: תקנות האג), אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בעת מלחמה משנת 1949) כמו כן חל על הגדה המערבית משפט זכויות האדם.

4. המשפט הבינלאומי ההומניטארי מטיל איסור על מדינת ישראל, כמעצמה כובשת, לנצל שטחים כבושים לצרכיה הפוליטיים ולצרכי אזרחיה. בנושא זה נקבע בעניין **ג'מעית אסכאן**, כי "אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסייה המקומית. אפילו צורכי הצבא הם צרכי הצבאיים ולא צורכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב. אזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אינו שדה פתוח לניצול כלכלי או אחר." (עניין **ג'מעית אסכאן** הנ"ל, עמ' 794-795. ראו לעניין זה גם: בג"ץ 2150/07 **אבו צפייה נ' שר הבטחון** (טרם פורסם 2009) (להלן: "עניין **אבו צפייה**"); בג"ץ 69/81 **אבו עיטה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד לו (2), 197; בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד ס(2), 477; בג"ץ 10356/02 **הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נח(3), 443, 455).

5. מאחר והצעת החוק מבקשת לשנות את אופיים של השטחים הפלסטיניים בבעלות פרטית עליהם בנויות התנחלויות, ונוכח העובדה שהיא אינה עונה לאף אחד משני החריגים הקבועים בתקנה 43 לתקנות האג, לכן הכשרת ההתנחלויות נשוא הצעת החוק תוך כדי הפקעת האדמות הפלסטיניות עליהן הן בנויות, כמו גם עצם הקמתן מלכתחילה, הינן הפרה בוטה של תקנה 55 לתקנות האג. גם תקנה 46 לתקנות הנספחות לאמנת האג בדבר דיני המלחמה ביבשה משנת 1907 קובעת את הצורך בכיבוד זכות הקניין והיא אוסרת באופן מפורש על הפקעת רכוש פרטי.
6. בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ), בחוות דעתו המייעצת (Advisory Opinion) מיום 9.7.2004 בעניין חומת ההפרדה שנבנית על ידי ממשלת ישראל בגדה המערבית, הדגיש שוב את מעמדן הבלתי חוקי והמנוגד למשפט הבינלאומי ההונמיטרי של ההתנחלויות בשטחים הכבושים משנת 1967.¹
7. נציין בהקשר זה, כי לקיחה נרחבת של הנכסים של האוכלוסייה המוגנת (Extensive Appropriation) מהווה גם הפרה בוטה לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 על פי סעיף 147 לאמנה.
8. העובדה כי הצעת החוק מבקשת גם "לפצות" פלסטינים תושבי השטחים הניזוקים מההפקעות אינה מעלה ואינה מורידה לענייננו. שכן, עצם ההפקעה מלכתחילה לצורכי התנחלויות הנה מנוגדת למשפט הבינלאומי ואין פיצוי כאמור יכול לחפות על הפרה בוטה זו. כמו כן, אין בהפקעה בכדי לשנות את מעמדם של השטחים המופקעים כשטחים כבושים.
9. הצעת החוק הנדונה מנוגדת גם לסעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית, האוסר על העברת אוכלוסייה אזרחית של הכוח הכובש לשטח הכבוש. אישור ההצעה ויישומה, משמעו הכשרת השתלטות על שטח כבוש, שינוי ייעודו ויצירת עובדות חדשות בשטח שמונעות מהתושבים הפלסטינים ליהנות באופן חופשי מעושרם וממשאביהם הטבעיים. יצוין בהקשר זה עוד, כי העברת אוכלוסייה אזרחית של הכוח הכובש לשטח הכבוש נכללה כפשע מלחמה בחוקת רומא (Rome Statute) המקימה את בית הדין הפלילי הבינלאומי (סעיף VIII (b) (2) 8 לחוקה).

המשפט החוקתי:

פגיעה בזכות החוקתית לקניין:

10. הצעת החוק פוגעת קשות בזכותם של בעלי הקרקע הפלסטיניים - תושבים ופליטים - לקניין. ההצעה מבקשת להפקיע שטחים נרחבים מידי האוכלוסייה הפלסטינית ופעולה זו נעשית תוך העדפה מוחלטת של האינטרסים של הכוח הכובש. הכשרת התנחלויות אשר נבנו על קרקעות פלסטיניות פרטיות, תוך כדי הכשרת השגות גבול אשר נעשו על ידי מתנחלים ישראלים, דרך הפקעתן, ובין היתר, על רקע אי החוקיות של התנחלויות אלה מלכתחילה, מהווה ללא ספק הפרה של הזכות לקניין.
11. בית המשפט העליון נתן משקל מיוחד לזכות הקניין של הפלסטינים בגדה המערבית ואף התייחס אליה כזכות חוקתית שאין לפגוע בה אלא לתכלית ראויה ובאופן מידתי ובדרך המתיישבת עם עקרונות המשפט הבינלאומי ההומניטרי והמשפט הישראלי (ראו: בג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, (2006) פסקה 14 (להלן: "עניין מוראד"); בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד

¹ <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf>

כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח (3) 443, 461, 462, 464 (2004) (להלן: "עניין הסי"); בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מ"י, פ"ד נט (4) 736, 765-766 (2005) (להלן: "עניין בית לחם"); בג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח (5) 70, 75). יצויין בהקשר זה עוד, כי גזילת משאביהם של הפלסטינים בשטחים הכבושים תוך כדי התעלמות טוטאלית מקיומם ומצרכיהם, ללא ספק פוגעת בזכותם של הנ"ל לכבוד. זכויות אלה מוכרות כמובן גם במשפט זכויות האדם הבינלאומי. לא למותר לציין, כי במספר פסקי דין, אישר בית המשפט העליון את תחולתו של משפט זכויות האדם הבינלאומי על השטחים הכבושים (ראו לעניין זה: בג"ץ 2150/07 עלי חסיין מחמוד אבו צפייה, ראש מועצת הכפר בית סירא ו-24 אח' ואח' נ' שר הביטחון ואח' (2009) (טרם פורסם); עניין הסי).

תכלית בלתי ראויה:

12. השיקול העיקרי העומד מאחורי ההצעה, הנו הכשרת התנחלויות בלתי חוקיות בגדה המערבית. תכלית פוליטית זו בהחלט איננה יכולה להיות ראויה. שכן היא מנוגדת למשפט הבינלאומי כפי שפורט לעיל, כמו גם למספר החלטות של מועצת הבטחון של האומות המאוחדות אשר התייחסו באופן מפורש למדיניות בניית ההתנחלויות על ידי ישראל בשטחים הכבושים משנת 1967 והדגישו שוב את אי חוקיות ההתנחלויות הישראליות בשטחים אלה (ראו: UNSC Res 446 (22 March 1979); UNSC Res 465 (1 March 1980)).

13. נוסף, כי הצעת החוק באה על רקע מספר החלטות אשר ניתנו על ידי בית המשפט העליון המורות על הריסה ופינוי מספר התנחלויות אשר נבנו על קרקע פרטית באזורים שונים בגדה המערבית (בג"ץ 851/06 עמונה אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות נ' שר הבטחון, בעניין התנחלות עמונה; בג"ץ 8887/06 יוסף מוסא עבד א-ראזק נ' שר הבטחון, בעניין התנחלות מגרון ובג"ץ 9060/08 עבד אלג'אני יאסין נ' שר הבטחון בעניין התנחלות גבעת האולפנה). אי לכך, נכללו בהצעה הוראות המפקיעות את תוקפם של צווי הריסה, כולל שיפוטיים, התלויים ועומדים כנגב מבנים בהתנחלויות האמורות (סעיף 6 להצעה). הנה כי כן, הצעת החוק נועדה גם למנוע יישום בפועל של החלטות בתי המשפט בעניין. מצב דברים זה פוגע בשלטון החוק ובעקרון הפרדת הרשויות במדינה.

לסיכום, הצעת החוק תפגע קשות באוכלוסייה הפלסטינית וברכוש הפלסטיני תחת כיבוש והלכה למעשה מיועדת לקידום מטרות פוליטיות של שליטה על המרחב והפקעת משאביו לצורכי ההתנחלויות, ועל כן היא מנוגדת הן למשפט הבינלאומי והן למשפט החוקתי הישראלי. אי לכך, הנך מתבקש בזאת להתנגד להצעת החוק דנן ולפעול למניעת קידומה.

בכבוד רב,

סוהאד בשארה, עו"ד