



19.2.2017

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

**הנדון: חוות דעתך בקשר ל"הסדרת" דרך הגישה להתנחלות חרשה**

1. בתגובה לחוות דעתך בעניין שבנדון מיום 8.11.2017, הריני לפנות אליך בבקשה לבטל את חוות הדעת ולהודיע לרשויות שלא לפעול על פיה מחמת היותה מנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטרי – והכל כפי שיפורט להלן:

2. חוות הדעת שבנדון ניתנה במסגרת דיונים ל"הסדרת" דרך גישה להתנחלות חרשה אשר חלק ממנה עובר בקרקע בבעלות פרטית ועל רקע פסק הדין של בית המשפט העליון בבג"ץ 794/17 זיאדה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח' (ניתן ביום 31.10.2017) (להלן: עניין "זיאדה"). בחוות הדעת צוין כי "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" (עמ' 3 לחוות הדעת). עוד סוכם שם, כי "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" (ההדגשה במקור) (עמ' 3 לחוות הדעת).

3. דהיינו, על פי חוות הדעת, אין עוד מניעה, במישור הסמכות, בהפקעת זכויות במקרקעין פרטיים בשטחים הכבושים, שלא לצרכים ביטחוניים ולטובת אוכלוסיית המתנחלים.

**חוות הדעת נסמכת על הבנה מוטעית לפס"ד זיאדה**

4. כידוע לכם, פסק הדין בעניין זיאדה עסק בשאלת תוקפו של "צו בדבר אישור הקמה ופטור מרישיון לאתרי מגורים ארעיים בעלי חשיבות אזורית (הוראת שעה) (יהודה ושומרון) (מס' 1777), התשע"ז – 2016". הצו הוצא בניסיון למצוא "פתרון" להחלטות לפינוי התנחלות עמונה. בית המשפט קבע, ומבלי להביע הסכמה לכך, כי בהתקינו את הצו לא חרג המפקד הצבאי באזור מסמכויותיו. אך בסופו של הליך, הצו בוטל מחמת היותו בלתי מידתי. חוות הדעת נשוא מכתבנו זה סומכת, כביכול, על קביעת בית המשפט לעניין סמכויותיו של המפקד הצבאי בעניין.

5. בבסיס קביעתו של בית המשפט העליון בדבר קיומה של סמכות בידי המפקד הצבאי להוציא את הצו נשוא פסק הדין, עמדה ההכרעה בדבר קיומו של "צורך צבאי" להתקין את הצו האמור. בית המשפט קבע בעניין הזה, ושוב בלי להביע הסכמה בדבר הקביעה דנו, כי הצו הנ"ל היה דרוש מכוח שיקולים צבאיים וביטחוניים המותרים הן לפי המשפט הבינלאומי והן לפי פסיקה קודמת של בית המשפט העליון (סעיף 24 לפסק הדין). מעל לנדרש, בית המשפט הוסיף וקבע כי בנוסף לשיקול הביטחוני קיים גם שיקול הומניטרי, בשל היותם של תושבי עמונה, לעמדת בית המשפט, אוכלוסייה אזרחית אשר "חובתו של המפקד הצבאי [מתפרשת] גם כלפיהם." בעניין זה הפנה בית המשפט אל פסיקה קודמת בעניין **מראעבה** (בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד ס(2) 477).

6. לצד זאת הובהר בפסק הדין, כי בית המשפט איננו קובע 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 (יוער, כי בספרות האקדמית מקובל לראות בסמכות החקיקה המוקנית למפקד הצבאי מכוח תקנה 43 כניתנת להפעלה לטובת צרכיה של האוכלוסייה המוגנת. ראו למשל: DINSTEN, עמ' 115; BENVENISTI, עמ' 89-95. פסק הדין אף הפנה לפסיקת בית המשפט העליון בעניין **אבו צפייה** בו נקבע כי "המפקד הצבאי אינו רשאי לפעול באופן המיטיב עם אזרחי מדינתו ומדיר את תושבי המוגנים של האזור" (סעיף 27 לפסק הדין).

7. פסק הדין הוסיף באופן מפורש כי "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" (סעיף 27 לפסק הדין).

8. לכן, לא ניתן להתייחס לעניין **זיאדה** כפסק דין שקובע הלכה חדשה לפיה ניתן לפגוע באוכלוסייה המוגנת למען רווחתם של מתנחלים ישראלים. למותר לציין, כי קריאת עניין **זיאדה** כנותן היתר לפגוע באוכלוסייה המוגנת למען אוכלוסיית המתנחלים מתנגשת הן עם הלכות קודמות של ביהמ"ש העליון והן עם המשפט הבינלאומי שחל על הגדה המערבית, כפי שנפרט בהמשך.

9. במצב דברים זה, מסקנתו של היועץ המשפטי לממשלה כי לאור פסק הדין בעניין **זיאדה** ניתן יהיה להפקיע לצורכי ציבור קרקע לשם "הסדרת" דרך גישה להתנחלות חרשה, נסמכת על פרשנות מוטעית לפסק הדין. שכן וכאמור, עניין לנו בחוות דעת המתירה הפקעת קרקע פלסטינית מאוכלוסייה מוגנת לטובתם הבלעדית של מתנחלים ישראלים.

10. הנה כי כן, חוות הדעת לא רק שאיננה מתיישבת עם האמור בפסק דין **זיאדה** אלא היא מנוגדת לאמור בו. חוות הדעת גם מנוגדת לעמדת היועמ"ש שניתנה בתגובה לעתירות נגד החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ו-2017 (להלן: "חוק ההסדרה") (בג"ץ 1308/17 **עיריית סלואד נ' הכנסת**). בחוות דעתו הבהיר היועמ"ש את עמדתו בנושא הפקעת קרקע פרטית - דרך תפיסת חזקה ותשלום דמי שימוש – כי, על רקע ההגנה החוקתית לה זוכה הזכות לקניין קיימת חשיבות מיוחדת בהגנה על מקרקעין פרטיים וכי "הגנה זו אינה מכוונת רק לשמירה מפני אובדן הבעלות, אלא גם מפני שלילת היכולת לממש זכויות בנכס"

(סעיף 111 לחוות דעת היועמ"ש במסגרת בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת). היועמ"ש הבהיר כי ההגנות הנ"ל על הזכות לקניין בתוך ישראל "אמורים ביתר שאת ... [בשטחים הכבושים] בשים לב להגנה המוגברת הקיימת על פי דיני התפיסה הלוחמתית, על זכות הקניין הפרטי של 'התושבים המוגנים'" (סעיף 113 לחוות הדעת). היועמ"ש מסכם לעניין הזה וקובע, 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" (סעיף 124 לחוות הדעת).

### חוות הדעת מנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטרי

11. על פעולות ישראל בגדה המערבית חלים כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי ומשפט זכויות האדם הבינלאומי. כבר נפסק על ידי בית המשפט העליון, כי, "כוחו של המפקד הצבאי בא לו מהמשפט הבין-לאומי הפומבי הנוגע לתפיסה לוחמתית. משמעותה המשפטית של תפיסה זו היא כפולה: ראשית, המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל אינם חלים באזורים אלה. הם לא "סופחו" לישראל; שנית, המשטר המשפטי החל באזורים אלה נשלט על ידי המשפט הבין-לאומי הפומבי העוסק בתפיסה לוחמתית." (בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 492 (2005)).

ראה גם: בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פס' 77 לפסק הדין (פורסם במאגרים, 2005) (להלן: עניין חוף עזה); בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385 (2004); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, נח(5) 807 פס' 23 (2004); בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון, פ"ד נז(2) 349 (2003); בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו(6) 352, פס' 13 (2002); בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30, 34-35 (2002); בג"ץ 3114/02 ח"כ ברכה נ' שר הביטחון, נו(3) 11 (2002); בג"ץ 102/82 צמל נ' שר הביטחון, פ"ד לז(3) 365, 374-375 (1983).

12. על תחולת המשפט ההומניטרי בשטחים הכבושים עמד בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ), בחוות דעתו המייעצת (Advisory Opinion) מיום 9.7.2004 בעניין חומת הפרדה שנבנית על ידי ממשלת ישראל בגדה המערבית. (ראו פס' 89 ו-101 להחלטה בקישור הבא: [www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm](http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm))

13. ואכן, סעיף 43 לאמנת 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. הנה כי כן, טובת הנכבשים ובטחון הכוח הכובש במובנו הצר, הם שמייעים את דיני הכיבוש ויוצרים את מארג השיקולים שיכולה המעצמה הכובשת לשקול בעת שהיא עושה שימוש בכוחות שלטוניים ומנהלת את השטח הכבוש (ראו גם עניין ג'מעית אסכאן). לכן, כל שינוי שישראל עושה במצב המשפטי בשטחים הכבושים אמור לעמוד במבחן זה, אחרת כל שינוי כזה יהיה חסר כל אפקט מבחינת החוק הבינלאומי.

14. הלכה למעשה, חוות הדעת הנדונה מבקשת לשלול באופן מוחלט את ההגנות שבמשפט הבינלאומי ההומניטרי על הזכות לקניין של תושבים מוגנים בשטחים הכבושים.

15. המשפט הבינלאומי ההומניטרי מטיל איסור על מדינת ישראל, כמעצמה כובשת, לנצל שטחים כבושים לצרכיה הפוליטיים ולצרכי אזרחיה, כולל בניית התנחלויות. 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, בעמ' 794-795; ראו לעניין זה גם: עניין מראעבה; בג"ץ 2150/07 אבו צפיה נ' שר הבטחון, פ"ד סג (3) 331 (2009)).

16. על כן, חוות הדעת דן, המבקשת להכשיר בדיעבד דרך גישה להתנחלות בלתי חוקית דרך הפקעת זכויות השימוש באדמות הפלסטיניות עליהן הכביש סלול, אינה עונה לאף אחד משני החריגים הקבועים בתקנה 43 לתקנות האג. למותר לציין גם, כי עצם הקמת התנחלות חרשה מלכתחילה מהווה הפרה בוטה למשפט הבינלאומי.

17. סעיף 46 לתקנות הנספחות לאמנת האג קובע את הצורך בכיבוד זכות הקניין והוא אוסר באופן מפורש על הפקעת רכוש פרטי. הסעיף הנ"ל מגן על זכות הקניין לא רק מפני הפקעה טוטאלית של הזכות אלא גם מפני הגבלות שיש בהם בכדי לפגוע באותה זכות. דמות תפיסת חזקה ומניעת שימוש בקרקע. כך הובהר בעניין Krupp, בתגובה לטענת ההגנה כי דיני התפיסה הלוחמתית אינם אוסרים תפיסה ושימוש בקניין בשטחים כבושים, קבע בית המשפט הבינלאומי בנירנברג – אשר הוקם לשם העמדה לדין של האחראים לפשעי מלחמה בזמן מלחמת העולם השנייה - כי היות וסעיף 46 הנ"ל מחייב כיבוד הזכות לקניין, אזי הזכות לקניין מופרת גם בעת תפיסת חזקה בקניין ומניעת שימוש בו על ידי בעליו ומימוש זכותם החוקית בו ( **Case no. 58. Trial of Alfried Felix Alwyn Krupp Von Bohlen Und Halbach and 11 others**, United States Military Tribunal, Nuremberg, 17th November, 1947, 30th June, 1948. Published in LAW REPORTS OF TRIALS OF WAR CRIMINALS, Selected and prepared by The United Nations War Crimes Commission Volume X (1949) p. 69, [https://www.loc.gov/frd/Military\\_Law/pdf/Law-Reports\\_Vol-10.pdf](https://www.loc.gov/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-10.pdf) 137

18. אף תשלום פיצויים בהקשר הזה, כפי שמציעה חוות הדעת, איננו מרפא את ההפרה הנ"ל של הזכות לקניין. כך נקבע בעניין I.G. Farben כי תשלום כספי אינו מרפא את המעשה בהיותו בלתי חוקי. אמנם הדברים נאמרו בהקשר של הפקעה טוטאלית של קניין, אך העיקרון תקף בכל קונטקסט של פגיעה בקניין דרך תפיסת חזקה ומניעת שימוש בו על ידי בעליו החוקיים ( **Case No. 57. Trial of Carl Krauch and Twenty-Two Others**, United States Military Tribunal, Nuremberg, 14th August, 1947, 29th July, 1948. Published in LAW REPORTS OF TRIALS OF WAR CRIMINALS, Selected and prepared by The United Nations War Crimes Commission Volume X (1949) p. 1, 44. [https://www.loc.gov/frd/Military\\_Law/pdf/Law-Reports\\_Vol-10.pdf](https://www.loc.gov/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-10.pdf)

19. על כך עמד גם היועץ המשפטי לממשלה בחוות דעתו אשר ניתנה במסגרת הדיונים בכנסת בעניין חוק ההסדרה:

"ההסדר המוצע עומד בסתירה לחובת המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון להגן על קניינה של האוכלוסייה הפלסטינית באזור, בהיותו הסדר של הפקעה אסורה של זכויות קניין ושליטת מקרקעין מבעליהם החוקיים. מדובר בחובה מוגברת הקבועה בהוראות הדין הבינלאומי הנוהג בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, שהוכרה ועוגנה בפסיקת בית המשפט העליון."

מסמך שכותרתו "עמדת היועץ המשפטי לממשלה – הצעת חוק ההסדרה" והנמצא באתר הכנסת

[http://fs.knesset.gov.il/20/Committees/20\\_cs\\_bg\\_362461.pdf](http://fs.knesset.gov.il/20/Committees/20_cs_bg_362461.pdf)

"העובדה שההצעה מפקיעה מהבעלים החוקיים כביכול רק את זכויות השימוש במקרקעין, להבדיל מנוסחים קודמים שדיברו על הפקעת הבעלות כולה, אין בה כלל וכלל כדי לאיין את חומרת הפגיעה ואת אי חוקיותה. זכות השימוש והחזקה במקרקעין הן זכויות מרכזיות ומשמעותיות בתוך אגד הזכויות המרכיב את זכות הבעלות. בנוסף, ההפקעה איננה מוגבלת בזמן, כך שמדובר בשליטת זכויות קבועה."

[http://fs.knesset.gov.il/20/Committees/20\\_cs\\_bg\\_362461.pdf](http://fs.knesset.gov.il/20/Committees/20_cs_bg_362461.pdf)

20. המסקנה כי הפקעת זכויות שימוש וחזקה בלבד ומתן פיצוי לבעלי הקרקעות עליהן סלול הכביש נשוא חוות הדעת אינה מעלה ואינה מורידה לעניין הפגיעה בזכות הקניין, מתבקשת גם מחמת כך כי עצם התפיסה מלכתחילה לצורכי התנחלויות מנוגדת היא למשפט הבינלאומי ואין אופי החזקה ופיצוי כאמור יכולים לחפות על הפרה בוטה זו.

21. הכלל האמור בסעיף 46 הנ"ל מקבל ביטוי פרטני יותר גם בסעיף 52 לתקנות האג האוסר על הפקעת דברים שבעין וכפיית מתן שירותים, אלא לצרכי צבא הכיבוש בלבד. צרכים אלה הוגדרו כגון שיכון זמני של חיילים, מוסכים לרכבי צבא הכיבוש, ציוד דרוש בדחופות ואספקה לתפקוד התקין של שלטון הכיבוש, מזון עבור צבא הכיבוש, וכיוצא באלה. ( Case no. 58. **Trial of Alfred Felix Alwyn Krupp Von Bohlen Und Halbach and 11 others**, United States Military Tribunal, Nuremberg, 17th November, 1947, 30th June, 1948. Published in LAW REPORTS OF TRIALS OF WAR CRIMINALS, Selected and prepared by The United Nations War Crimes Commission Volume X (1949) p. 69, 137 [https://www.loc.gov/r/frd/Military\\_Law/pdf/Law-Reports\\_Vol-10.pdf](https://www.loc.gov/r/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-10.pdf)).

22. מכוח האיסור על הפגיעה בקניין בהקשר זה מוטלת גם "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" (בג"ץ 9949/08 **חמאד נ' שר הבטחון**, פס' 15 לפסק הדין (פורסם במאגרים, 25.12.2004)), וזאת נוכח הפגיעה המשמעותית בזכויות הקניין של התושבים המוגנים בשטחים הכבושים (ראו לעניין זה גם: בג"ץ 5665/11 **כפר אדומים כפר שיתופי להתיישבות קהילתית בע"מ נ' שר הבטחון**, פס' 12-14 (פורסם במאגרים,

10.10.2012); בג"ץ 851/06 עמונה אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות נ' שר הבטחון (פורסם במאגרים, 29.01.2006); בג"ץ 8887/06 עבד א-ראזק נ' שר הבטחון (פורסם במאגרים, 02.08.2011); בג"ץ 9060/08 יאסין נ' שר הבטחון, פ"ד סה(2) 669 (2012).

23. נזכיר עוד בהקשר הזה את פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין שלום עכשיו (בג"ץ 9051/05 תנועת "שלום עכשיו" – ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' שר הבטחון (ניתן ביום 20.8.2014) (פורסם במאגרים המשפטיים), בו הורה בית המשפט העליון, בין היתר, על הריסת חלקי כביש גישה להתנחלות היובל המצויים על קרקע פרטית.

"[...] קיימים במאחז היובל שלושה מבנים, מתוכם שניים בחלקם, וחלקי כביש, המצויים על קרקע עליה לא ניתן להכריז כאדמת מדינה. נובע מכך שאין אפשרות להסדרתה של בנייה זו מבחינה תכנונית. [...] מדובר בבנייה בלתי חוקית הנמצאת בעדיפות גבוהה יחסית לאכיפה. זאת, במיוחד נוכח הפגיעה הקניינית בבעלי הזכויות בקרקע, שהינם תושבים מוגנים ביהודה ושומרון (ראו, בג"ץ 7891/07 תנועת שלום עכשיו – ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' שר הבטחון, [פורסם בנבו] פיסקה 13 (18.11.2013))" (ההדגשה לא במקור) (פסקה 10 לפסק הדין)

24. לבסוף, השיקול העיקרי העומד מאחורי חוות הדעת, הנו הכשרה רטרואקטיבית של כביש גישה למאחז בלתי חוקי בגדה המערבית. תכלית פוליטית זו בהחלט איננה יכולה להיות ראויה. שכן היא מנוגדת למשפט הבינלאומי כפי שפורט לעיל. התכלית הבלתי ראויה באה גם על רקע ההפרה הברורה של משפט זכויות האדם הבינלאומי.

25. נזכיר בהקשר הזה את עמדת היועץ המשפטי לממשלה בחוות דעתו בנושא חוק ההסדרה בה הוא מבהיר כי "פגיעה במקרקעין פרטיים לשם הכשרת בנייה שבוצעה בחוסר תום לב, בפגיעה מודעת בזכויות הקניין של הזולת ותוך התעלמות מופגנת משלטון החוק, אינה יכולה להיחשב כיתכלית ראויה" מבחינה חוקתית" (סעיף 143 לתגובת היועמ"ש בבג"ץ נגד חוק ההסדרה).

על יסוד האמור לעיל, הנכם מתבקשים בזאת לבטל את חוות הדעת הנ"ל ולהודיע לרשויות שלא לנקוט בכל פעולה על מנת ל"הכשיר" בצורה כלשהי את כביש הגישה לחרשה הבנוי בחלקים ממנו על קרקע פלסטינית פרטית בשטחי הגדה המערבית.

בכבוד רב,

סוהאד בשארה, עו"ד