



**חוות דעת בדבר הצעת חוק להסדרת התיישבות ביהודה ושומרון התשע"ז 2016 [להלן:
חוק ההסדרה]**

הוראות המוצעות בהצעת החוק

הצעת החוק הוגשה על ידי חברי הכנסת בצלאל סמוטריץ, יואב קיש, שולי מועלם-רפאלי ודוד ביטן. מטרתה, כמצוין בה, היא להסדיר ולאפשר את המשך פיתוח ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון.

ההצעה, שאינה ארוכה, כוללת שני סעיפים אופרטיביים מרכזיים.

האחד הוא סעיף 3, הקובע כי:

מצאו רשויות האזור כי במקרקעין הטעונים הסדרה נבנתה התיישבות ישראלית בתקופה שקדמה לחקיקת חוק זה בתום לב או כי ניתנה לה הסכמת המדינה, יחולו הוראות אלו:

- (א) היו המקרקעין הטעונים הסדרה מקרקעין שלא הוכיח אדם לגביהם את זכותו להרשם כבעליה, יפעלו רשויות האזור לרישום הזכויות בהן על שם הממונה;
- (ב) מצאו רשויות האזור כי הוכיח אדם כי הוא רשום כבעל הזכויות במקרקעין, או את זכותו להרשם כבעל המקרקעין, יופקעו זכויות השימוש במקרקעין ויועברו לממונה; הפקעת זכויות השימוש במקרקעין תעמוד בתוקפה עד להכרעה מדינית בדבר מעמדו של האזור וההתיישבות הישראלית בו.

הסעיף עוסק בהתיישבות ישראלית (הכוונה להתנחלויות) הבנויות על קרקעות פרטיות של פלסטינים או על קרקעות בלתי מוסדרות ביהודה ושומרון, דהיינו, על אותו שליש לערך מאדמות יהודה ושומרון שטרם נקבעו להם בעלים פרטיים או טרם הוכרו כי הן אדמות מדינה.

סעיף קטן (א) קובע כי כאשר התנחלות בנויה על קרקע שאדם פרטי אינו יכול להוכיח בעלות פרטית עליה, תרשם הקרקע על שם הממונה על הרכוש הממשלתי - שהוא גוף הפועל במסגרת היחידה לתאום פעולות הממשלה בשטחים. (בסעיף 4 נקבע כי הדבר יעשה בתוך שישה חודשים).

סעיף קטן (ב) להצעה קובע כי קרקע שאדם פרטי (בדרך כלל פלסטיני) הוא הבעלים הרשום שלה, או שיכול להוכיח כי הוא בעליה, הבעלות בה תופקע עד להכרעה מדינית בדבר עתיד השטחים. ההפקעה תעשה תמורת פיצוי לפי סעיף 8 לחוק - קרקע חלופית או פיצוי בשיעור 125% מערך הקרקע.

מר אמיר אלשטיין

יו"ר הוועד המנהל

מר יוחנן פלטר

נשיא

מר ברנד מרכוס

יו"ר בינלאומי

פרופ' גרהרד קספר

יו"ר המועצה הבינלאומית

ד"ר ג'ורג' שולץ

יו"ר של כבוד

חברי הוועד המנהל

מר חן ליכטנשטיין

גב' מול מועלם

מר טלי מרידור

מר אבינועם נאור

עו"ד אבי פישר

מר אביעד פרידמן

ד"ר מיכל צור

פרופ' זאב צחור

מר יוסי קוצ'יק

מר עמאד תלחמי

המועצה הבינלאומית

השופטת רוזלי טילברמן אבליה, קנדה

ד"ר מרטין אינדיק, ארה"ב

פרופ' ורנון בוגדנוב, בריטניה

השופטת דורית ביניש, ישראל

השופט סטיבן ברייד, ארה"ב

ד"ר איימי גוטמן, ארה"ב

ד"ר ג'וזף ג'ופה, גרמניה

השופטת דליה דורנר, ישראל

פרופ' רונלד דניאלס, ארה"ב

השגריר צ'ארלס היל, ארה"ב

פרופ' משה הלברטל, ישראל

פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב

פרופ' רוברט מנוקין, ארה"ב

פרופ' כריסטוף מרקשיס, גרמניה

השופט אברהם סופר, ארה"ב

מר ברט סטפנס, ארה"ב

פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב

פרופ' גבריאלה שלו, ישראל

השופט מאיר שמגר, ישראל

סגני נשיא

ד"ר ישי ג'סיס, פרס, אסטרטגיה

פרופ' מרדכי קרמיצר, מחקר

פרופ' יידיה צ' שטרן, מחקר

עמיתים בכירים

אלוף (מיל') עמית אילון

פרופ' חנוך דגן

פרופ' תמר הרמן

פרופ' עמית כהן

פרופ' שחר ליפשיץ

פרופ' יותם מרגלית

פרופ' יובל פלדמן

פרופ' גדעון רהט

פרופ' יובל שני

מייסד ונשיא לשעבר

ד"ר אריק כרמון





המכון הישראלי
לדמוקרטיה

הסעיף האופרטיבי החשוב השני הוא סעיף 7, הקובע כי

7. (א) ממועד תחולתו של חוק זה ועד להשלמת הליכי התכנון במקרקעין הטעונים הסדרה יותלו כל הליכי האכיפה, הצווים המנהליים והשיפוטיים ופסקי הדין בדבר מימוש של צוים אלו, עומדים נגד מבנים במקרקעין אלו ביום תחילתו של חוק זה.

(ב) הליכי התכנון יעשו בשים לב לבניה הקיימת

(ג) הושלמו הליכי התכנון, יפקעו הליכי האכיפה ופסקי הדין כאמור בסעיף קטן (א)

(ד) האמור בסעיף זה לא יחול על מבנה שהריסתו הכרחית להגנה על חיי אדם.

סעיף 7 קובע את תוצאת החוק: מרגע תחולת החוק יופסקו כל הליכי ההריסה נגד מבנים בהתנחלויות ביהודה ושומרון, כולל אלו שלגביהם הוצא כבר פסק דין הדורש את הריסתם. מרגע שהקרקעות יוסדרו על פי סעיף 3, יתבטלו מאליהם כל הליכי ההריסה של מבנים בהתנחלויות שיוסדרו על פי החוק.

הרקע להצעת החוק

כידוע, ישראל מעולם לא החילה את ריבונותה ביהודה ושומרון (להלן- השטחים). לדעת רוב מדינות העולם – החלת ריבונות ישראלית על השטחים מהווה סיפוח של שטח שנכבש בעימות מזוין, ולפיכך מהווה הפרה של הדין הבינלאומי. מטעמים פוליטיים ומשפטיים כאחד שמרה מדינת ישראל על עמימות ביחס לעמדתה ביחס למעמדם המשפטי המדויק של השטחים.

בשורה ארוכה של פסקי דין קבע בית המשפט העליון (בהסכמת המדינה) כי על השטחים חלים דיני הכיבוש מן המשפט הבינלאומי. לאור קביעה עקרונית זו החיל בית המשפט העליון על שליטתה של ישראל בשטחים את דיני הכיבוש הכלולים בתקנות האג בדבר דיני הלחימה (1907) שהם מנהג בינלאומי, ובחמש עשרה השנים האחרונות, גם כאן בהסכמת המדינה, אף את דיני הכיבוש הכלולים באמנת ג'נבה הרביעית (משנת 1949) שישראל צד לה.

סוגיה מרכזית השבה ועולה ביחס למעמדה של ישראל בשטחים בכלל, ובפסיקת בית המשפט העליון בפרט, היא נושא ההתנחלויות.

הבעייתיות המרכזית של ההתנחלויות במשפט הבינלאומי טמונה בסעיף 49(6) לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כי:

המעצמה הכובשת לא תגרש ולא תעביר חלקים מאוכלוסייתה האזרחית שלה לשטח שכבוש על ידה.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

מדינות רבות בעולם פירשו סעיף זה כאוסר על התנחלויות כלל. מדינת ישראל התנגדה לפירוש זה, וטענה כי אף אם חלים דיני הכיבוש ביחס לשטחים, הרי הסעיף אוסר העברה בכפיה של אזרחים לשטחים. אינו רלוונטי להתנחלויות. הטענה הישראלית היא כי ישראל איננה **מעבירה** את אזרחיה לשטחים, שכן אזרחי ישראל מתיישבים בשטחים מרצונם.

לבית המשפט העליון הוגשו כמה עתירות שבהן נטען כי מדיניות ההתנחלויות אסורה. בית המשפט סירב להתערב בנושא, כיוון שסבר כי הנושא "פוליטי".

לעומת זאת, קבע בית המשפט העליון מגבלה אחרת על ההתנחלויות: איסור הקמת יישובים על קרקע פרטית פלסטינית. הטעם לפסיקתו של בית המשפט היה פשוט: מדובר באיסור ברור וחד משמעי במשפט הבינלאומי.

סעיף 46 לתקנות האג קובע איסור מוחלט על החרמת רכוש פרטי:

אין להחרים רכוש פרטי

במקור האנגלי:

Private property cannot be confiscated

לעומת החרמה, שנאסרה לחלוטין, נקבע הסדר אחר לגבי הפקעה (requisition) שתמורתה ניתן תשלום. והיא איננה אלא לקיחה זמנית.

תקנה 52 לתקנות האג קובעת כי:

אין להפקיע דברים שבעין ואין לכפות על הרשויות המקומיות או על התושבים, מתן שירותים, אלא לצרכי צבא הכיבוש

בפסק הדין בענין אלון מורה ¹(1979) קבע בית המשפט העליון כי הפקעה של קרקע פרטית לצורך הקמת יישוב ישראלי אינה עומדת אף בתנאי סעיף 52, שכן הטעם האמיתי להקמת ההתיישבות היהודית בשטחים אינו הטעם הבטחוני.

התוצאה של פסק הדין בענין "אלון מורה" היתה שהפקעה של קרקעות פרטיות פלסטיניות לצורך הקמת התנחלויות בשטחים נאסרה.

לעומת זאת, בית המשפט העליון סירב לקבוע כי שימוש בקרקע ציבורית לצורך הקמת התנחלות אסור על פי תקנות האג.²

¹ בג"צ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979)

² וזאת למרות שתקנה 55 לתקנות האג קובעת שהכוח הכובש הוא נאמן של רכוש המדינה הכבושה, ויכול להשתמש בה רק לפי "כללי טובת ההנאה" (דהיינו - להנות מהפירות אך לא מהקרן).



המכון הישראלי לדמוקרטיה

המשמעות האמיתית של פסק הדין בעניין אלון מורה היתה לגיטימציה של כלל ההתנחלויות שנבנו על קרקע מדינה. פסיקות בית המשפט הובילו את המדינה לפתוח במסע נרחב להכרזה על קרקעות כקרקעות מדינה (שלגביהן פסק בית המשפט, כאמור, כי ניתן לבנות עליהן התנחלויות). התוצאה היא כי קרוב ל-40% מהשטח ביהודה ושומרון מוגדר כקרקע בבעלות מדינה או (במקרים מעטים יחסית) בבעלות יהודית, כמות דומה של קרקעות אינה מוסדרת, או מוסדרת בבעלות פלסטינית, ושאר השטח הוא שמורות טבע או קרקע שלא ניתן להתיישב בה. התוצאה היא, אם כן, כי יישובים ישראלים יכולים לקום ללא כל בעיה על כמעט 40% מהשטח ביהודה ושומרון.

בחסות עמדה זו פרחו ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון. כיום חיים ביהודה ושומרון (ללא מזרח ירושלים) קרוב ל-400.000 ישראלים במאות יישובים. חלק עצום מהם גרים בבתים שנבנו על אדמות מדינה, וחלק אחר על אדמות שהופקעו עוד לפני פסק הדין דווקאת בשנת 1979.

עם זאת, לגבי חלק מההתנחלויות התעוררה בעיה. יישובים ישראלים רבים קמו ללא הליך מלא וסדור של מוסדות תכנוניים. לעיתים נעשה הדבר בעצמת עיניים של המדינה, ולעיתים בתמיכה ובעידוד של המדינה, שאף סיפקה תשתיות (כבישים, חיבורי חשמל, ביוב ומים, בתי ספר וכו') ליישובים אלו. בחלק מהמקרים הללו התברר כי הם קמו על קרקע לא מוסדרת שלפסטינים יש טענות בעלות לגביה, ולעיתים אף התברר כי היישוב הוקם על קרקע פרטית פלסטינית מוסדרת.

במקרים של טענות בעלות פלסטינית (בין אם מוסדרת ובין אם לאו) פנו לעיתים הפלסטינים לבג"צ, בטענה כי בפועל התבצעה הפקעת קרקע האסורה על פי המשפט הבינלאומי של דיני הכיבוש החל בשטח. בחלק ממקרים אלו הורה בית המשפט העליון, לאחר שנתן למדינה אורכות רבות, להרוס מבנים ביישובים יהודים. יודגש שוב: הריסת בתים בהוראת בג"צ נעשתה אך ורק במקרים שבהם נטענה טענת בעלות פרטית פלסטינית.

הצעת החוק שבפנינו מתימרת למנוע הריסות בתים אלו באמצעות המנגנון המוצע בסעיף 3 להצעת החוק. כאמור, נקבע בה כי קרקע שלא תוכח בה בעלות פרטית (מן הסתם פלסטינית), ועליה בנוי ישוב ישראלי, תוסדר כאדמת מדינה. קרקע שתוכח בה בעלות פרטית פלסטינית, תופקע לטובת היישוב. בכך יימנעו הריסות הבתים.

הבעיות בנוסח הצעת החוק

נקדים ונאמר כי לדעתנו הבעיה המרכזית של החוק היא העובדה שהוא פוגע בקניין הפרטי של התושבים הפלסטינים בצורה שאינה יכולה לעמוד במבחני הפסיקה המקובלים בישראל. אך לפני שנעסוק בפגיעה זו, ננתח כמה מהבעיות המרכזיות הטמונות בסעיפי החוק עצמם.

(1) העיקרון: חקיקה ישראלית לגבי השטחים בעייתית ביותר

כאמור לעיל, ישראל עשתה מאמץ ניכר לשמור על עמימות ביחס למעמדם של השטחים, ולא תבעה ריבונות עליהם. הדבר נעשה על מנת למנוע עימות בינלאומי סביב שאלת הריבון החוקי בשטח, ומתוך ידיעה ברורה שעמדת כמעט כל מדינות העולם, לרבות המדינות הקרובות ביותר לישראל, מתנגדת נחרצות להחלת ריבונות ישראלית בשטחים. בשל כך שמרה ישראל על המבנה המשפטי שלפיו הריבון בשטחים, והרשות המחוקקת בהם, הוא המפקד הצבאי.

הכנסת החילה אומנם מספר מצומצם של דברי חקיקה גם לגבי התושבים הישראליים בשטחים, אך אלו נעשו במשורה, ובמפורש הוצדקו כ"תחולה פרסונאלית" על תושבים ישראלים בשטחים, ולא כחקיקה ישראלית בשטחים. כך למשל נכתב בתגובת משרד המשפטים וצה"ל לדו"ח האגודה לזכויות האזרח "שלטון אחד - שתי מערכות חוק"³:

הדין המוחל על הישראלים המצויים באיו"ש, אזרחים וחיילים, כמו גם על יישובים ומתקנים ישראליים באזור, מהווה כלי מרכזי בידי מדינת ישראל, ועל צה"ל – בתור שלוחה באזור, לאכוף את שלטונה וחוקיה על אזרחיה השוהים באיו"ש. זאת, בין היתר, על מנת למנוע מצב בו איו"ש הופך ל-"מקלט" עבור ישראלים מפני אכיפת הדין הישראלי עליהם מצד הרשויות בישראל.

משמע: המדינה מסכימה כי הטעם לחקיקה ישראלית הוא פרסונאלי. מניעת יצירת "עיר מקלט" בשטחים. ברור גם למדינה כי החלת החוק על השטח, ובייחוד בנוגע לפלסטינים ולזכויותיהם, מהווה בפועל סיפוח של השטח, וכפי הנראה יקלע את ישראל לבעיה חריפה מבחינה בינלאומית.

אלא שהצעת חוק ההסדרה עושה בדיוק זאת. היא מחילה את החוק הישראלי על הקרקע בשטחים, ובכך חושפת את ישראל לטענה של הפרת הדין הבינלאומי באמצעות סיפוח השטח.

³ תגובה מיום 30.11.2014, ניתן לצפות באינטרנט בכתובת <http://www.law.idf.il/163-6949-he/Patzar.aspx>



(2) העצמת התמיכה בהתנחלויות – הגברת הסיכון להתערבות בינלאומית

ציינו לעיל כי לדעת חלק ניכר ממדינות העולם עצם ההתנחלויות מהוות הפרה של הדין הבינלאומי, וזאת על פי סעיף 49(6) לאמנת ג'נבה האוסר על המדינה הכובשת להעביר את אוכלוסייתה לשטח הכבוש. כנגד טענה זו טוענת ישראל באופן מסורתי שתי טענות: ראשית, כי ההתיישבות הישראלית בשטחים הינה וולונטרית, וישראל אינה "מעבירה" את תושביה, ושנית כי ישראל אינה מפקיעה קרקע פרטית לשם ההתיישבות הזו, ולפיכך ההתיישבות אינה פוגעת בתושבי השטחים, אין בה כל פגיעה בזכויותיהם, וממילא אין לראות בה הפרה של הדין "ההומניטארי".⁴ הטענה השניה נסתרת מיניה וביה על ידי החוק, ונעסוק בכך למטה. אך צריך לזכור שגם הטענה הראשונה נסתרת על ידי הצעת החוק. ככל שמדינת ישראל מקדמת יותר את ההתנחלויות, ככל שההתנחלויות נעשות בסיוע מדינתי נדיב יותר, כך יקשה על ישראל לטעון כי היא אינה "מעבירה" את תושביה. השימוש בכוח ההפקעה, שהוא אחד הכוחות החזקים ביותר המוקנים למדינה, מחריף מאוד את הטענה כי ישראל "מעבירה" את תושביה.

בהקשר זה לא למותר לציין כי על פי אמנת רומא להקמת בית הדין הפלילי הבינלאומי העבירה של העברת אוכלוסייה מהמדינה הכובשת לשטח הכבוש היא פשע מלחמה המצוי בסמכות בית הדין הבינלאומי הפלילי.⁵ יתר על כן, הניסוח של האיסור הורחב. הניסוח הנוכחי קובע כי העבירה היא:

...the transfer, **directly or indirectly**, by the Occupying Power of parts of its own civilian population into the territory it occupies⁶

כלומר: לכאורה גם תמיכה עקיפה בהתנחלויות מהווה פשע מלחמה. נקודה זו חשובה במיוחד לאור תנאי התחולה של סעיף 3 להצעת החוק, כפי שיפורש להלן.

במיוחד נציין בהקשר זה את הבעייתיות שבנוסח סעיף 1 להצעת החוק. סעיף 1 להצעת החוק קובע כי:

"מטרת חוק זה היא להסדיר ולאפשר את המשך ביסוס ופיתוח ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון".

כלומר: ישראל מודה כאן במפורש היא מטרתה היא לתמוך בהתנחלויות בסיוע משאבי המדינה, אשר יוקדשו להמשך התמיכה בהתנחלויות. קשה להבין כיצד תוכל ישראל

⁴ ראו למשל באתר משרד החוץ (30 November 2015) Israeli settlement and International Law <http://www.mfa.gov.il/mfa/foreignpolicy/peace/guide/pages/israeli%20settlements%20and%20international%20law.aspx>

⁵ אמנת רומא להקמת בית הדין הפלילי הבינלאומי סעיף 8(2)(b)(viii).
⁶ עם זאת, ההרחבה של הסעיף "מותנה" בהערה במסמך elements of the crimes. בהערת שוליים לגבי הסעיף הרלוונטי נקבע כי:

The term "transfer" needs to be interpreted in accordance with the relevant provisions of international humanitarian law. לכאורה יש כאן אזהרה שלא לשנות מהפרשנות המקובלת של אמנת ג'נבה הרביעית.

לטעון כי היא אינה מעבירה את אזרחיה, ולו בצורה לא ישירה, לשטחים לאחר הצהרה ברורה כזו.

בהקשר זה העיתוי של הצעת החוק אומלל במיוחד. התובעת של בית הדין הבינלאומי הפלילי בהאג אישרה בתחילת שנה זו את חברותה של "פלסטין" בבית הדין, דבר שמעניק לתובעת סמכות לחקור תלונות המוגשות ביחס לפעולות ישראל ביהודה ושומרון. התובעת של בית הדין מינתה צוות הבוחן כעת את השאלה האם לפתוח בחקירה בנוגע למעשי ישראל ביהודה ושומרון.⁷ אין צורך להכביר מילים על הנזק שייגרם לתדמיתה של מדינת ישראל, ולקשריה עם מדינות אחרות, אם בית הדין הפלילי אכן יפתח בחקירה נגד בכירים ישראלים המעורבים במפעל ההתנחלויות. לבית הדין סמכות לחקור ולהעמיד לדין פלילי אנשים, לרבות הבכירים ביותר, שהפרו את אמנת רומא. יהיה זה מצב עדין מאוד אם התובעת של בית הדין תשתכנע כי בידה חומר ראיות לפתוח בחקירה של ישראלים, שלא לדבר על מקרה שבו ממש יוגש כתב אישום. דומה ששימוש באמצעים בעייתיים כפי שיובהר להלן, ובמיוחד תוך הצהרה מפורשת שהמדובר בצעד התומך בהמשך ההתנחלויות, הוא צעד שעלול להתפרש כהתגרות בקהילה הבינלאומית, ובבית הדין, ולכן בלתי אחראי במיוחד בעת הזו.

3) תנאי התחולה של סעיף 3 – עמימות בלתי סבירה

התקיימותו של המנגנון האופרטיבי של החוק, המפורט בסעיף 3, מותנה בהתקיימותו של תנאי: ההתיישבות בקרקע היתה צריכה להיות בתום לב או בהסכמת המדינה.

אין צורך להכביר מילים על עמימותו של המושג "תום לב" – האם תום הלב מתייחס לבעלות על הקרקע? או אולי לעובדה שהקרקע אינה מוסדרת? וכמה בירורים על המתנייב לעשות עד שיוכל להגיע לרמת ודאות שתספק את דרישת תום הלב? ומי יחליט בעניין זה?

בעייתי עוד יותר הוא השימוש במונח "הסכמת המדינה". המונח **הסכמת המדינה** מוגדר בסעיף ההגדרות כך:

"במפורש או במשתמע, מראש או לאחר מעשה, לרבות סיוע בהנחת תשתיות, הענקת תמריצים, פרסום פרסומים ממריצים לבניה או לפיתוח, או השתתפות בכסף או בעין"

המונח **מדינה** מוגדר כך:

"ממשלת ישראל או משרד ממשרדי הממשלה, רשויות האזור, רשות מקומית או אזורית בישראל או באזור ומוסד מיישב"

מוסד מיישב מוגדר:

⁷ בר לוי ושיר רזנצוויג "ישראל ובית הדין הפלילי הבינלאומי – שדה קרב משפטי" עדן אסטרגי INSS
<http://www.inss.org.il/uploadImages/systemFiles/Adkan19-2HEB.10.LeviRosenzweig.pdf>

"כהגדרתו בחוק המועמדים להתיישבות חקלאית" בחוק שם נקבע כי כל גוף ששר החקלאות הכריז עליו שהוא גוף מיישב, הוא כזה.⁸

שתי נקודות ראויות לציון כאן. ראשית, ההגדרה הרחבה של הסכמת המדינה כוללת סיוע בתשתיות, במימון ובתמריצים. כלומר: המדינה מודה באחריותה להתנחלויות במובן של סיוע לתשתיות, בניה ועוד. לאור ההגדרה הרחבה של העבירה של העברת אזרחים לשטח כבוש, כפי שצוטטה לעיל, זו היא הודאה בעייתית ביותר באחריות. אם אכן ישראל מודה בפירוש, בחקיקתה הפנימית, באחריות להתנחלויות, כי אז יש סיכוי שאף מוסדות בינלאומיים יראו זאת כך.

שנית, המשמעות של ההגדרות הרחבות האמורות היא שכל שנדרש הממונה להראות על מנת להחל בהליכים על פי החוק הוא כי: גוף מיישב כלשהו שהוכרז על ידי שר החקלאות, סייע בצורה כלשהי (ולו גם באספקת מזון) להתיישבות. ברגע שהתקיים תנאי זה, יכול הממונה לפנות להסדרת הקרקע, או אף להפקעתה.

בלי כל קשר לעמדתנו העקרונית לגבי הצעת החוק, ברור שהתנאים שהובאו כאן אינם מהווים כל מסננת המבחינה בין התיישבות הראויה להסדרה, לדעת המציעים, לבין אלו שלא. נתקשה לחשוב על התיישבות שלא זכתה לשום תמיכה של אף גוף שלפי ההגדרה הרחבה של החוק אינה כלולה בהגדרת המדינה. כלומר, מדובר בתנאי המתקיים תמיד, וממילא אינו תנאי של ממש, והוא נראה כאחיזת עיניים.

יתר על כן, עמדה זו מהווה גם סטייה מכללי המשפט המנהלי הרגילים. כללי המשפט המנהלי קובעים כי הבטחה מנהלית, הגוררת מחויבות של המדינה, נובעת רק מהתחייבותו של גוף בעל סמכות. המשמעות של ההגדרה הרחבה בהצעת החוק היא כי כל גוף הקשור למדינה, ולו בקשר עקיף ביותר, יכול לחייב את המדינה לפעול להפקעת רכושם של אנשים פרטיים, ואפילו פעל אותו גוף בחוסר סמכות.

(4) הסדרת המקרקעין – שדה קרב משפטי

סעיף 3 (א) להצעת החוק נראה כסעיף התמים ביותר בה, אך למעשה, סביר להניח כי הוא הסעיף שאם הצעת החוק תהפוך לחוק, הוא שיהפוך לכלי המרכזי להכשרת בניה שנעשתה על קרקע בלתי מוכרזת.

ראשית, יש לבחון את השאלה האם הסדרת קרקעות כשלעצמה היא סוגיה שבסמכות הכוח הכובש. מחד, סעיף 43 לתקנות האג קובע כי הכובש צריך לדאוג לסדר הציבורי בשטח הכבוש. בית המשפט העליון קבע כי בתנאים של כיבוש ארוך, החובה כוללת, בין היתר, גם פיתוח תשתיות לטובת התושבים.

⁸ סעיף 1 לחוק המועמדים להתיישבות חקלאית קובע כי:

"מוסד מיישב" פירושו - הממשלה, ההסתדרות הציונית העולמית - הסוכנות היהודית לא"י, וכל גוף אחר העוסק ביישוב בני אדם על הקרקע, ושר החקלאות, בהודעה ברשומות, הכיר בו כמוסד מיישב לענין חוק זה;



המכון הישראלי לדמוקרטיה

מאידך, כנגד הסדרת הקרקעות הנרחבת בה נקטה מדינת ישראל בעבר נטענו שתי טענות מרכזיות. טענה ראשונה היא שהסדרת הקרקעות היא פעולה החורגת מסמכותו של הכובש, שהוא נאמן על הקרקעות, ואינו הריבון עליהם.

טענה נוספת שנטענה היא כי הסדרת הקרקעות, והרישום הנרחב של קרקעות על שם המדינה, אינו אלא מסווה לנסיון ישראלי להשתלט על אדמות נרחבות לטובת בניית התנחלויות. כלומר: לא מעמד הקרקע כאדמת מדינה הוא המאפשר את בניית ההתנחלויות, אלא הרצון לבנות ההתנחלויות היא הגורם למסע נרחב של רישום קרקע על שם המדינה. המעלים ביקורת זו טוענים כי למעשה הרישום של קרקע על שם המדינה מתאפשר באמצעות פרשנות בעייתית של חוקי הקרקעות העותמאניים, פרשנות שאיפשרה לרשום על שם המדינה כמות רבה של קרקעות שהיו למעשה פרטיות.

סעיף 3(א) רק יהווה ראיה נוספת לטענות המבקרים, ויחזק שוב את הביקורת על מדינת ישראל, שכן כאן ברור כי כל הטעם להסדרת הקרקע הוא על מנת לאפשר את קיומו של היישוב. הנזק שעלול להגרם כאן הוא עצום: חלק ניכר ממפעל ההתנחלויות ביהודה ושומרון בנוי על קרקעות מדינה שהוסדרו על ידי מדינת ישראל בעבר. השימוש בסעיף 3(א) יביא אל מרכז הדיון והויכוח גם התנחלויות הבנויות על קרקעות שהוסדרו בעבר.

את עוצמת ההשפעה של הסעיף ניתן להעריך רק לאור המסגרת המשפטית הקיימת ביהודה ושומרון, כפי שהיא מפורשת על ידי ישראל. כאמור, חלק ניכר מהאדמות ביהודה ושומרון הוכרזו כאדמות מדינה, ולגביהן החוק כלל אינו רלוונטי. החוק רלוונטי רק לאותן אדמות שלא הוכרזו כאדמות מדינה, או שהוכרזו כאדמות פרטיות של תושבים פלסטיניים. הנוהל הישראלי הוא שהקמת ישוב חדש, או הרחבה של יישוב קיים, כלל לא אמורות לקרות באדמות לא מוכרזות.

חשוב להבין אם כן את מסגרת הדיון: חלק גדול מהדיון עוסק ביישובים שנבנו בלא שעברו את כל שלבי קבלת היתר תכנוני, וממילא בקרקעות אשר לא היתה כוונה לבנות עליהם בתים.

כבר כיום, הדרך המקובלת להתמודד עם טענות של בעלות פרטית באדמות אלו היא קביעה כי אלו אדמות מדינה. הדבר אפשרי היות ורק חלק לא גדול מהאדמות שלגביהן קיימת טענת בעלות הוסדרו על ידי השלטון הירדני, וישראל נמנעה מלעסוק בשאלת ההסדרה של הקרקעות הפרטיות לאורך השנים. בקרקעות בלתי מוסדרות שאלת הבעלות נתונה פעמים רבות במחלוקת. כך למשל: הפסקה של שלוש שנים בעיבוד של קרקע בלתי מוסדרת משיבה את הבעלות לריבון. רכישת בעלות מכוח עיבוד נעשית רק לאחר עשר שנים רצופות של עיבוד. הוכחת בעלות דורשת הבאת ראיות שקשה מאוד להביאן.

דוקא בשל כך נהגה המדינה לאורך השנים להכיר בטענות בעלות של פלסטיניים כסיבה לאי הכשרה של בניה על קרקע לא מוסדרת.

אלא שסעיף 3(א) בנוסחו הנוכחי מתעלם לחלוטין מכל הקשיים שבהוכחת הבעלות. הוא מניח כי ניתן יהיה להתמודד עם שאלות סבוכות של בעלות בתוך פרק זמן קצר יותר של

שישה חודשים. הוא אינו קובע כל הגנות על זכויות הטוענים לבעלות, או את רמת ההוכחה הנדרשת על מנת לשלול את טענותיהם.

ראוי לשוב ולהזכיר את המסגרת בה אנו עוסקים: הטוען לבעלות הוא טוען פלסטיני, הצריך להוכיח את עמדתו. הטוען לבעלות עושה זאת לאחר שהישוב הישראלי כבר נבנה על הקרקע עליה הוא טוען לבעלות. ברור כי מטרת המערכת היא למנוע את הצורך בפנינו או בהפקעה, וממילא הטוען הפלסטיני לבעלות נמצא בעמדת נחיתות.

הסדרה ראויה של נושא הבעלות על הקרקעות ביהודה ושומרון הכרחית, אך הקביעה שבחוק, הרף הגבוה המוצג בו, ולוחות הזמנים הקבועים בו אינם סבירים. ראוי להסדיר את סוגית הבעלות בקרקעות, אך ראוי לעשות זאת בצורה שתאפשר הכרעות אמיתיות לגבי הבעלות בקרקע, שאינן כפופות ללחצים פוליטיים וללוחות זמנים בלתי אפשריים, שכמעט לא ייתכן שיביאו לתוצאות צודקות.

(5) הפקעת המקרקעין – הפרה בוטה של הדין הבינלאומי

הסעיף הבעייתי ביותר בהצעת החוק הוא סעיף 3(ב). לכאורה, סעיף זה עומד בסתירה גם לפרשנות המקלה ביותר של הוראות תקנות האג.

הוראות הסעיף קובעות כי **זכויות השימוש בקרקע** שעליה בנויה התנחלות ישראלית, ואשר מצויה בבעלות פרטית (בין אם הקרקע מוסדרת, ובין אם הבעלות התבררה במהלך הליכי ההסדרה המהירים) תופקע על ידי הממונה. על פי סעיף 5, על הממונה להעביר את הקרקע ליישוב או לגוף מיישב. עוד נקבע בסעיף 3(ב) - כנראה במטרה להקהות מעט את עוקצו של החוק, כי הפקעת זכות השימוש תעמוד בתוקף רק עד "להכרעה מדינית בדבר מעמדו של האזור וההתיישבות הישראלית בו".

כפי שכתבנו לעיל, סעיף 46 לתקנות האג, המהווה מנהג בינלאומי ומעולם לא הוכחשה תחולתו ביהודה ושומרון או בבתי המשפט, קובע כי החרמה של הקרקע אסורה. סעיף 52 לאותן תקנות מתיר הפקעה לצורכי צבא הכיבוש. כבר בשנת 1979 קבע בג"צ בפסק הדין בענין דויקאת כי הפקעת קרקע לצורכי הקמת יישוב ישראלי אינה עומדת בדרישת הצורך הצבאי, אפילו לפי הפרשנות המקלה ביותר, לטובת מדינת ישראל, של אותו מונח.⁹

האם סותרת הצעת החוק את המשפט הבינלאומי בהקשר זה?

ראשית נבחר כי אין הבדל אמיתי בין הפקעה של זכות שימוש בקרקע לבין הפקעה של בעלות. בעלות היא אגד של זכויות, בעיקר הזכות להחזיק ולהשתמש בקרקע. כך קובע, למשל, סעיף 2 לחוק המקרקעין:

⁹ הפרשנות המקובלת של המונח "צרכים צבאיים" היא כי מדובר בצרכים צבאיים ממש. למשל – הפקעה של דלק לשם נסיעת כלי רכב צבאיים. או הפקעת קרקע לשם הקמת מחסום צבאי וכו'. בג"צ היה מוכן להניח כי הפרשנות של המונח רחבה – כל צורך בטחוני. למרות זאת, קבע לאור הנתונים שבפניו, שביסוד ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון עמדו שיקולים אידאולוגיים, ולא בטחוניים.

הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם.

עולה אם כן כי הזכות להשתמש במקרקעין הנשללת במפורש על ידי הצעת החוק, והזכות להחזיק בהן, הנשללת ממילא, הן המרכיב המרכזי של זכות הבעלות.¹⁰ הפקעה של זכות השימוש היא לפיכך למעשה הפקעה של הבעלות.¹¹

סופו של סעיף 3(ב) נועד לכאורה להקהות את העוקץ - הוא קובע כי ההפקעה תעמוד בתוקף רק עד "החלטה מדינית בדבר מעמדו של האזור ושל ההתיישבות הישראלית בו". לכאורה - אין כאן הפקעה קבועה כי אם הפקעה זמנית בלבד.

אלא שהבדל זה הוא אופטי בלבד.

המשפט הבינלאומי קובע במפורש כי הפקעה מוחלטת של הקרקע (החרמה) אסורה בכל מקרה ולשום צורך שהוא. הלקיחה היחידה המותרת של קרקע, ואפילו לקיחה זמנית, הינה לצורך צבאי. לקיחה, אפילו זמנית, של קרקע פרטית לצורך שאינו צבאי או בטחוני אסורה בכל מקרה.

בספר הבסיסי בנושא Gerhard Von Glahn, The Occupation of Enemy Territory בעמוד 186 נקבע כך:

Under normal circumstances and occupant may not appropriate or seize on a permanent basis any immovable private property, but on the other hand a **temporary use** of land and buildings for various purposes appears permissible **under a plea of military necessity**.

[ההדגשה אינה במקור]

וראו גם: Yoram Dinstein, The International Law of Belligerent Occupation (2009)

"... the occupying power is entitled to take **temporary possession** of privately owned immovable (buildings and lands) **for diverse military uses, including in particular the quartering of troops**"

[ההדגשה אינה במקור]

¹⁰ קשה להניח כי לקרקע שעליה בנויה התנחלות ושלא ניתן לעשות בה כל שימוש יהיה ערך כלכלי כלשהו, ולפיכך בפועל, נשללת גם הזכות לעשות עסקאות בקרקע.

¹¹ לעמדה דומה נגיע אם נבחן את תמונת המראה של חוק ההסדרה: חוק יישום תוכנית ההתנתקות. כזכור, בחוק זה נקבע כי תושבים ישראלים יפוננו מביתם. בית המשפט העליון קבע בהקשר זה כי למרות שבמקרה ההוא לא ניתנה לתושבים הישראלים כל זכות בקרקע, נפגעה זכות הקניין שלהם, שכן עצם זכות השימוש בקרקע, גם ללא היכולת למכור ולקנות זכות זו, היא זכות קניינית. ראה בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' הכנסת, פ"ד נט(2) 481 (2007) עמוד 584. כלומר: עצם זכות השימוש היא זכות קניינית, והפקעתה היא פגיעה בזכות הקניין.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

כאשר בג"צ דן בשנות השבעים בהפקעה הוא הניח מיניה וביה כי תוקף ההפקעה זמני בלבד, וכי בכל מקרה תיפקע ההפקעה עם תום הכיבוש, שכן אין זה סביר שצורכי בטחון כלשהם יימשכו מעבר להמשכות הכיבוש. כך אמר השופט לנדוי בפסק הדין בענין בית אל (1978),¹² פסק הדין האחרון שבו התיר בית המשפט העליון הפקעת קרקע פרטית לצורכי התיישבות ישראלית:

שואל מר חורי [בא כוח העותרים]: הכיצד ניתן להקים ישוב של קבע על אדמה אשר נתפסה רק לשם שימוש זמני? זו שאלה נכבדה. אבל נראית לי תשובתו של מר בך שהישוב האזרחי יוכל להתקיים באותו מקום רק כל עוד מחזיק צה"ל בשטח בתוקף צו התפיסה. החזקה זו עצמה יכולה לבוא לידי גמר באחד הימים, כתוצאה ממשא ומתן בינלאומי העשוי להסתיים בהסדר חדש שיקבל תוקף לפי המשפט הבינלאומי והוא אשר יקבע את גורל היישוב הזה, כמו של ישובים אחרים הקיימים בשטחים המוחזקים.

כלומר, גם לגבי ההתנחלויות הבנויות על קרקע מדינה קבע בית המשפט העליון כי הזכות של המתישבים הישראלים לשיבה בשטח הינה זכות זמנית בלבד, עד להגעה להסדר מדיני.¹³

העובדה שההפקעה "מוגבלת" בזמן אינה יכולה לתקן את הפרת הדין הבינלאומי המובהקת הטמונה בהצעת חוק ההסדרה. גם הסעיף בתקנות האג המתיר הפקעה, אפילו מוגבלת, דורש כי המדינה תראה צורך בטחוני לשם ההפקעה, וכאמור, כבר לפני עשרות שנים פסק בית המשפט כי ההתנחלויות הישראליות אינן משרתות צורך כזה.

יתר על כן, גם כאשר התיר בית המשפט העליון הפקעת קרקע לצרכים ביטחוניים, לתקופה זמנית, הוא קבע כי יש לקצוב תקופה זמנית זו בזמן מוגדר. כך למשל בפסק הדין בעניין ג'וחא (1989)¹⁴ קבע הנשיא שמגר כי הפקעה זמנית של קרקע לצרכים זמניים צריכה להיות **קצובה בזמן**.

עולה, אם כן, כי סעיף 3(ב) מהווה הפרה בוטה של הדין הבינלאומי, גם על פי הפרשנות המקלה שניתנה לו על ידי בית המשפט העליון. על פי פסיקתו העקבית של בית המשפט העליון, הפקעה של קרקע לצורך הקמת התנחלות מהווה הפרה של המשפט הבינלאומי. העובדה שמדובר כאן בהפקעה "זמנית" אינה יכולה לתקן את העובדה שסעיף 3(ב) להצעת החוק מפר את הדין הבינלאומי.

דברים שנאמרו לעיל לגבי הסכנות שבהפרת הדין הבינלאומי ביחס להתנחלויות נכונים אף כאן – הפרה של הדין הבינלאומי כאשר הדבר נוגע להתנחלויות היא בדיוק "הסדק" דרכו יוכלו מבקריה של ישראל לטעון כי יש מקום לדיון במפעל ההתנחלויות. יתר על כן

¹² בג"צ 606/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד

¹³ בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' הכנסת (2007) וראו גם בג"צ 606/78 אויב נ' שר הביטחון (1979).

¹⁴ בג"צ 290/89 ג'וחא נ' המפקד הצבאי (1989)



המכון הישראלי לדמוקרטיה

– הטיעון הישראלי הוא כי ההתנחלויות התבצעו בעבר, ועל כן בית הדין הבינלאומי אינו יכול לפתוח בחקירה לגביהן. אולם – אם ישראל מכשירה את ההתנחלויות הלא מאושרות באמצעות הפרה של הדין הבינלאומי – זהו בדיוק סוג הטיעונים שיכול להביא את בית הדין לפתוח בחקירה נגד ישראלים בהקשר זה.

(6) ההפליה

לבסוף ראוי לשים לב כי הצעת חוק ההסדרה מפלה בצורה מפורשת בין האינטרסים של המתישבים הישראליים, כמעט כולם יהודים, ובין התושבים הפלסטיניים שבשטחים. ההחלה הפשוטה של החוק תביא למצב שבו אם שני מבנים בלתי חוקיים נבנו על אותה הקרקע, עם אותה טענת בעלות פרטית, ההפקעה של הקרקע תתבצע רק לטובת המתישב הישראלי-יהודי, ובשום מקרה לא לטובת המתישב הפלסטיני.

הדברים פשוטים עוד יותר לגבי קרקע המוכרזת כאדמת מדינה: החוק קובע במפורש כי כל בניה, ואפילו היא לא חוקית, על אדמה שניתן להכריז עליה כאדמת מדינה תאושר מיד, **ובלבד שהיא של מתישבים ישראלים**. אולם ברור לגמרי כי בניה לא מאושרת פלסטינית על אותה קרקע בדיוק, בסמוך ליישוב הישראלי, תיהרס מיד.

נשוב לטענתנו הקודמת: האם במצב הדברים הנוכחי האינטרס של מדינת ישראל הוא לקבל חוק המפלה בצורה בוטה ומפורשת בין התושבים הישראליים לפלסטינים, ביחס לקרקע הנמצאת ביהודה ושומרון? בעינינו התשובה לשאלה זו ברורה.

לסיכום הדיון בסעיף 3 ניתן לקבוע כי מנגנון ההסדרה וההפקעה שבסעיף 3, שהוא המנגנון העיקרי של חוק ההסדרה, עלול לגרום לנזק רב למעמדה של ישראל. על מנת "להציל" מהריסה בניינים שנבנו ללא אישור מראש, עלול חוק ההסדרה, אם יתקבל, להעמיד בספק את הלגיטימיות של מפעל ההתיישבות ביהודה ושומרון כולו. יתר על כן, חוסר הלגיטימיות של עמדותיה של ישראל עלול לגלוש לשורה של נושאים. **ההצעה כרוכה לכן ביצירת סיכון גדול ובלתי סביר למפעל ההתיישבות כולו. ההשוואה בין הנזק האפשרי לבין התועלת הצפויה מצביעה על חוסר מידתיות מובהק, מה-גם שספק אם ניתן לראות את תכלית האמצעי המוצע כראויה.**

(7) סעיף 7 – ביטול החלטות בית המשפט ללא כל מבחן

סעיף 7 הוא סעיף שאין לו אח ורע בספר החוקים הישראלי. הוא קובע כי שורה ארוכה של פסקי דין "יותלו" ואחר כך, עם ההסדרה, יבוטלו. המשמעות של מנגנון זה מבחינת היחסים בין רשויות השלטון ומבחינת מעמדו של בית המשפט חמורים ביותר. שורה ארוכה של פסקי דין של בית המשפט העליון פשוט לא יבוצעו. לאחר הסדרה מהירה ובעייתית, הם גם יבוטלו למפרע את כל צווי הפינוי וההריסה, וכל פסקי הדין של בית המשפט העליון בהקשר זה.

אין מדובר אם כן בפיתרון נקודתי לבעיה קניינית ספציפית. אין כאן חוק "עוקף בג"צ" הבא להסדיר פרשנות של החוק שהכנסת אינה מסכימה איתה מכאן ולהבא. מדובר בביטול סייטוני של פסקי דין של בית המשפט העליון. למיטב ידיעתנו אין בכל ספר החוקים הישראלי חוק אשר בו הכנסת ביקשה ממש לבטל פסקי דין של בית המשפט



המכון הישראלי לדמוקרטיה

העליון בצורה רטרואקטיבית, כאשר החוק מתערב בהכרעות קונקרטיות לגבי זכויות קנייניות. זוהי סטייה מכל הנורמות המקובלות לגבי הפרדת הרשויות במדינת ישראל, ופגיעה חמורה ביותר בהסדר החוקתי. בפועל, הפכה עצמה הכנסת למעין ערכאת ערעור נוספת על הכרעות קונקרטיות של בית המשפט.

יתר על כן, מדובר בהפרה של עיקרון יסוד שהיווה את התשתית ללגיטימציה של ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון כולה. וכל זה, תוך פרק זמן קצר ביותר, של שישה חודשים, שבוודאי אינו מתאים לסוג בעיה כזו.

מבחינת מעמדה הבינלאומי של ישראל, יוצר מצב שבו הסתמכותנו כול השנים על הפיקוח השיפוטי של בג"ץ כמקור של לגיטימציה, תיתפש כאחיזת עיניים, אם לא כהונאה ממש.

מבחינת שלטון החוק, זו פגיעה חמורה ביותר, שעלולות להיות לה השלכות רחוב קשות מבחינת המעמד של פסיקת בית המשפט והיכולת להסתמך עליה.

הבעיה החוקתית – זכות הקניין

מכלול הבעיות שתוארו לעיל מראה כי הצעת חוק ההסדרה תיצור בעיה חוקתית בישראל – הפגיעה שהוא פוגע בזכות הקניין היא פגיעה קשה; תכלית הפגיעה בעייתית ביותר שכן יש בחוק הפרה בוטה של המשפט הבינלאומי; האמצעים שבהם החוק נוקט הינם בלתי מדתיים.

(1) הפגיעה החוקתית

לאור העובדה שהחוק מקנה זכויות למדינת ישראל להפעיל סמכות כוחנית בשטחים, אנו סבורים כי אף שהחקיקה רלוונטית לשטחים, יש לבחון את הזכות לאור עמידתה בחוקי היסוד של מדינת ישראל. אין זה סביר כי חוק ישראלי יתיימר להעניק זכות למדינת ישראל לפעול בעניינם של תושבים ישראלים, תוך כדי שלילת זכויותיהם של תושבים פלסטינים, ולחוקי היסוד לא תהיה שום השפעה על חוק זה. למעשה, בפסק הדין בעניין התיקון לחוק הכניסה לישראל (איחוד משפחות) כבר בחן בית המשפט חקיקה ישראלית הנוגעת לזכויותיהם של תושבי האזור לאור חוקי היסוד.

זכות הקניין מעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא מעוגנת גם בדיני זכויות האדם מן המשפט הבינלאומי. היא חלק מהותי מהמשפט הישראלי החל בישראל, ורלוונטית גם לשטחים. אין ספק כי הצעת החוק מבקשת לפגוע בפגיעה משמעותית בקניינם של הפלסטינים תושבי השטחים. היא קובעת הפקעה אוטומטית של זכות השימוש בשטח, ולו גם מוגבלת בזמן, אם על הקרקע קם יישוב ישראלי. יתר על כן - כפי שצינו לעיל הפגיעה היא המונית וסיטונית. היא מתעתדת להסדיר או להפקיע כמות ניכרת מאוד של קרקעות בתוך פרק זמן מאוד קצר, אשר מן הסתם יקבע לוחות זמנים מהירים מאוד לדיונים אודות הבעלות בקרקע.



כאמור לעיל, בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין המועצה האזורית חוף עזה כבר קבע כי הפקעת זכות השימוש בקרקע (היא הזכות שהיתה למתיישבים ביהודה ושומרון) היא פגיעה בזכות הקניין.¹⁵

נראה כי לא אמורה להיות מחלוקת שהחוק אכן פוגע בזכות הקניין של הבעלים הפלסטיני. השאלה היא האם זו פגיעה שעומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

כאמור לעיל, אנו גם סבורים כי החוק המוצע משבש את הפרדת הרשויות בישראל בכך שהוא מבטל פסקי דין ספציפיים שניתנו במחלוקות ספציפיות. גם מטעם זה מהווה החוק פגיעה בהסדר חוקתי.

פגיעה בזכות המוגנת בחוקי היסוד על ידי צריכה להבחן בכלים חוקתיים. היא תאושר רק אם היא נעשית בחוק, לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש. נבחן כעת את עמידתה של הצעת החוק בתנאים אלו.

(2) התכלית - האם ראויה?

תכלית הצעת החוק מצוינת בסעיף המטרה של החוק: להסדיר ולהמשיך לחזק את ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון. זוהי כמובן תכלית פוליטית. היות ובית המשפט מקבל את ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון כלגיטימית, הוא אינו יכול לקבוע כי התכלית אינה ראויה.

אנו שבים ומזכירים כי אזכור התכלית של חיזוק ההתיישבות היהודית ביהודה ושומרון בחוק ישראלי רשמי הוא משחק לידיהם של הטוענים כי ישראל מפרה את הדין הבינלאומי, במיוחד בהקשר לחקירה אפשרית של בית הדין הפלילי הבינלאומי, מהטעמים שפורטו לעיל. לפיכך סעיף המטרה בעייתי באופן מיוחד.

אלא שלחוק תכליות נוספות, העולה מהמנגנונים שאומצו בו –

תכלית אחת היא מניעת פינוי בתי מתנחלים. מניעת פינוי אדם מביתו היא מטרה ראויה, במיוחד כיוון שבמקרים רבים בניית הבית נעשתה בתמיכה של רשות מרשויות המדינה. אלא שמטרה נוספת של הפגיעה בקניין היא הכשרתם של יישובים שקמו ללא אישורים מתאימים, ללא הליך תכנוני מסודר, ופעמים רבות על קרקעות של אדם אחר.

יש לשים לב גם שתכלית זו שונה מהתכליות הרגילות של דיני ההפקעה. בדרך כלל אנו מניחים כי דיני ההפקעה הם לטובת הציבור או הכלל, ולא לטובתם של אנשים פרטיים. במקרה זה, מאמץ החוק תכלית שכלל לא ברור שהיא תכלית ראויה של הפקעת קרקעות – פעולה להטבת מצבם של פרטים על חשבון פרטים אחרים.

כאמור לעיל, מטרה זו תושג רק על ידי פגיעה חמורה ומשמעותית בהתחייבויות הבינלאומיות של מדינת ישראל, תוך סיכון ממשי להתערבות בינלאומית, אף פלילית.

¹⁵ בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' הכנסת לעיל.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

תכלית זו של החוק אינה יכולה להחשב לתכלית ראויה. למעשה, זו היא תכלית שאינה ראויה במובהק. השאלה כמובן היא מהי התכלית הדומיננטית של החוק? האם מטרתו העיקרית היא הגנה על בתי המתיישבים (תכלית ראויה) חיזוק ההתיישבות (תכלית פוליטית) או תמיכה בהשתלטות על קרקעות פרטיות, הפרת הדין הבינלאומי וכניעה להפרת חוק.

יתר על כן, תכליות ראויות נבחנות גם על רקע התאמתן לעקרונות היסוד של השיטה המשפטית בישראל. במקרה זה, התכלית מושגת תוך הפרה של עיקרון הפרדת הרשויות ופגיעה בסמכות בית המשפט, וכן תוך הפליה של התושבים הפלסטינים על ידי החוק, כמפורט לעיל. השגת התכלית, אם כן, עומדת בניגוד לעקרונות היסוד של השיטה המשפטית בישראל.

לאור האמור, אנו נוטים לחשוב שהתכלית הדומיננטית של החוק אינה ראויה. בכל מקרה נמשיך לנתח את הנושא החוקתי גם לאור שאלת המדניות.

מדניות (3)

האם הצעת החוק הינה מידתית באמצעים שהיא מציעה להשגת מטרתה? מובן כי אם המטרה היא חיזוק ההתיישבות – נראה לנו כי מטרה זו אינה מושגת כלל. אם תתקבל הצעת החוק היא תחליש את ההתיישבות ולא תחזק אותה. המשמעות של חוק זה היא איבוד שאריות הלגיטימציה שיש להתיישבות היהודית בשטחים, ואיבוד כל טענה ישראלית ללגיטימיות של ההתיישבות, אם עוד נותרה כזו.

אך גם אם נניח לטענה זו, השאלה היא האם האמצעים הקבועים בהצעת החוק הם מדתיים:

- כמפורט לעיל, הצעת החוק קובעת כי ההפקעה היא הפקעת זכות השימוש בלבד, ועד להגעה להסדר מדיני. כמו כן נקבע הסדר של פיצוי או קבלת קרקע חלופית לבעלי הקרקע. אמצעים אלו הם בודאי פחותים מהאמצעים החמורים ביותר שניתן היה לנקוט. עם זאת, כפי שצינו לעיל, ההפקעה של זכות השימוש היא בפועל הפקעה מוחלטת של הקרקע. **אין שום משמעות לבעלות על הקרקע שלא ניתן לעשות בה שום שימוש. כמו כן, ההפקעה אינה באמת מוגבלת בזמן. הגעה להסדר סופי אינה מעידה כלל**
- האמצעים המוצעים קובעים למעשה כי עצם העובדה שקיים ישוב ישראלי על קרקע היא סיבה מספיקה להפקעת הקרקע, **וזאת ללא כל בחינה של מספר האנשים שיפגעו בשני הצדדים, משך העיבוד של הקרקע ומשך הזמן בו הקרקע בבעלות העותר ומשפחתו על מול משך הזמן שבו היישוב קיים, בלא בחינה כלל של היקף הקרקע המופקעת אל מול התועלת ליישוב.** אין שום דרך שבה פגיעה כזו בבעלות פרטית על מקרקעין תחשב כפגיעה מדתית או מאוזנת.
- משך הזמן שנקצב להסדרת הקרקע, ודרישות ההוכחה, מעידים כאלף עדים על כך שמטרתו העיקרית של החוק אינה להגיע לפיתרון צודק ומדתי, אלא דווקא לרישום מקסימלי על שם המדינה. על כל פנים, הפעלת מדתית של החוק צריכה להראות הקלה בדרישות המועד להביא הוכחת או מודעות לקשיים להוכיח.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

- ביטול מוחלט של כל צווי ההריסה ופסקי הדין שניתנו בעבר, בלי קשר לשאלה מתי ניתנו, מה נאמר בהם, מה מידת הפגיעה בבעלי הקרקע וכו' – גם היא אינה יכולה לעמוד בשום מבחן של מדתיות.

בשל כל האמור אנו סבורים כי במתכונתו הנוכחית הצעת החוק אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ודינה להפסל גם מטעם זה.

סיכום

דעתנו היא כי הצעת חוק ההסדרה פסולה משורה של סיבות:

היא תקבע בדעת הקהל העולמית את ישראל כמספחת את השטחים.

היא עומדת בסתירה להתחייבויות הבינלאומיות של מדינת ישראל

היא מנוסחת בצורה שתביא לפגיעה חמורה ובלתי חוקתית בזכות הקנין של התושבים הפלסטינים

היא תביא לביטול סיטוני של החלטות בית המשפט ולפגיעה משמעותית במעמדו של בית המשפט העליון ובשלטון החוק.