

יואב סגנס אלון אבקסיס אסף בקר איתן אלה נועה לילאון גריגורי דנוביץ נתן וייסנברג אלירן דוייב אורן דיסקין דניאל פז גל שגיא שארבל שאמא ארוז אבו חופית כהנא מארק גולדמן גלעד אשד אוריה ג'הסי זכריה רכטשאפן ניצן שינדלר הראל אלעזר לירן בן אסולי בת אל בלאיש דנה ברנט אסף בר נתן אלינה וולפוביץ שכטר ניל חוד ענת צור רייצל רינברג-שורי	גיא יקותיאל שחר פישבין זארה גולד פיני דואק סהר רגב גינה מלכיר קארין פריד יהונתן אוהיון ליטל וולפוביץ רעות אלקלעי אביב פריאנטי רפאל הרבטס שרית שינבויס יעל האור עידו מנור שירן אוסי שולדינר דפנה אמסטר ליה פרידמן אסתי הדר פיני שריקי צביקה פרידמן אלה קורן לירון צור נוימן מיראן פרטלמן איתמר גור יהודה הומפור עמית לאופר סליה בלור עינת שטיינר תום וולטנר	רוברט ויסמן ישראל (רולי) בר אביטל אגמי שלומוביץ מיכל הברפלד אורלי גל זאב קלך חן לוצאטו קרן אסף לימור שכטר לרנר יניב גרוסמן ניר גל מיכל לביא חן גיטן כהן דויד פריל אדר אורטל אוהד אלקסלסי דנה קאשי ניר מילר אבישי קליין ליאת מיידלר מורן נשר ניינו יותם בלאושיכד בועז נחשוני מיכל פרג מאור רוט רוזי מורדוך-רון רני הירש רוני כהן פנון אילנה זינברג תומר פרקש	גל שוורץ אסף קליין חן תירוש רחלי פרי-ריכמן יפת פגיס-גלמן יעל צ'רבינסקי אדן מעין המר-צאלון עדינה שפירא צוריאל פיקאר איתי לביא ערן ונגר דנה גור-ניימן גל עשת זוהר יהלום גליה קלינמן ענבל אלטמן איריס וינברגר יוני פרידל לב זיגמן אוריאל מוזס אלעד ויזר לירן ברק אפרת צור חן מויאל אביגיל בורוביץ ניב שיון איהאב פרח חגית אורן רות ברנוורק איריס אכמון	סער פאוקר אורית היפער משה יעקב דניאל ליפמן לוביר ניל וילקוף נמרוד קולובסקי מורן ימיני עפר גרנות רון בן-מנחם דן שרוט רון האוסירר גלעד נאמן איילת רגבים-כהנוב אריאל יוספי נטלי גיקובס רועי חיון איל בר-צבי יריב בן-דב טליה סולומון חיים מכלוף יובל מידר אבירם חזק איתי צרפתי רון קדם רענן שגיא רויטל כץ טל חמדי נטע דורפמן רביב יובל זילבר ולדי בורודובסקי	רות דגן איר דובב אודליה עפר שרון פטל מוריה תם-הרשושניס גיא כץ דניאל רייזנר נורית דגן יניב דינוביץ ניר רבר הרייט פיין אופיר שגב רון חי חיה ארמן טל דורר שוימר שי כגן חגי ורד גילעד מאירוביץ יובל נבות מיכל כספי שירה מרגלית- אלבז אפרה ברקוביץ יהושע שוחט גורטלר שחר פרט אמיר פרס יאיר נבע ניר דאש יצחק שרגאי תמרה תפוחי ולדמן חנה בילאבסקי	יעקב נאמן ז"ל טוביה ארליך מאיר ליטון אלן סאקס יעקב ברנט אהוד סול גיטל לוי פחימה יעל (נאמן) בר-שי יעקב שרביט דוד זילר מרק פיליפס אדם איתן אורלי גירבי משה הרדי גלעד וקסלמן יוסי אשכנזי גיל וויט אנטוני ליבלר אלדד חמם אילנית לנדסמן יוגב לימור חודיר אורי נכט אסתר שטרנבך אריאל פלביאן נתי שמחוני רני ליבסטר קרן אלברג-רימון חנן חביב רועי נחמיון ליאת שקד-כ"ץ
---	---	--	--	---	---	--

ט"ו טבת התשע"ח
2 בינואר 2018

לכבוד

המועצה האזורית מטה בנימין

שלום רב,

הנדון:

החלת הדין הישראלי בדין האזור – ערוצי הזרימה השונים

1. מצ"ב חוות דעתנו בעניין שבנדון.

2. נשמח לעמוד לרשות הגורמים הנוגעים בדבר כדי לחדד ולהשלים את הדברים, ככל שיהיה בכך צורך.


ולדי בורודובסקי
עורך-דין

החלת הדין הישראלי בדין האזור – ערוצי הזרימה השונים תקציר מנהלים

1. העמדה המשפטית המקובלת היא שדיני מדינת ישראל אינם חלים באזור יהודה והשומרון ("האזור"), בהעדר הוראה מפורשת או משתמעת אחרת. יחד עם זאת, הדין הישראלי מצא את דרכו לתוך מרקם הנורמות של האזור במגוון "ערוצי זרימה" ישירים ועקיפים:

(א) החלה מישראל "לתוך האזור":

(1) החקיקה האקסטרה-טריטוריאלית של כנסת ישראל – מדובר בערוץ זרימה אפשרי, שבפועל – מעבר להיבט הפרסונלי "הצר" של הכפפת הישראלים באזור לדיני המס, לדיני שירות הביטחון וכיו"ב – נעשה בו שימוש אך במקרים מועטים לאור הפרקטיקה של הימנעות הכנסת מהחלת חוקיה באזור;

(2) תקנות-שעת-חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית) – מדובר בדבר חקיקה ישראלי ייחודי שנועד להחיל הסדרים שונים המעגנים סמכויות השיפוט וסמכויות הגורמים הישראליים באזור, שהשימוש בו הוגבל גם הוא, בעיקרו, לסמכויות בעלות אופי פרסונלי (השיפוט הפלילי, הוצאה לפועל וכד') ביחס לישראלים הנמצאים באזור;

(3) הערוצים העקיפים באמצעות כלים חוץ-חקיקתיים, שברובם מביאים להחלה חלקית ובלתי-שיטתית של הנורמות הישראליות באזור, כגון:

(א) החלת הנורמות של דיני המנהל הציבורי על הרשויות הישראליות באזור, דוגמת המנהל האזרחי, גם אם לא דרך ההחלה הישירה של הנורמות אלא על בסיס "ההכפפה העצמית" של הרשויות לעקרונות ההתנהלות של המנהל התקין בישראל;

(ב) עזרה משפטית – גם שעה שהדין הישראלי אינו חל באזור, פסקי דין של ערכאות שיפוטיות ישראליות הנסמכות על הדין הישראלי ככלל ייאכפו גם באזור;

(ג) הסמכות השיורית של ממשלת ישראל – מגוון הסמכויות של הרשות המבצעת בישראל, כגון סמכויות התקצוב והתמיכות, מיושמות באזור אף ללא צורך בהסדרה חקיקתית מפורשת;

(ד) המשפט הבין-לאומי הפרטי (ברירת הדין) – במקרים רבים, בתי המשפט הדנים במחלוקת בתחום המשפט האזרחי (דיני חוזים, דיני נזיקין, דיני עבודה וכד'), שלפחות אחד הצדדים לה הוא מתיישב ישראלי, יחילו על הסכסוך את המשפט האזרחי הישראלי, כעניין של "ברירת הדין";

(ב) שאיבת הדין הישראלי "מתוך האזור":

(1) יצירת תחיקת ביטחון מקבילה – "צווי אלוף" רבים העתיקו לתוך התחיקה באזור, בשינויים המחויבים, את ההסדרים החקיקתיים הנוהגים בחקיקה הישראלית;

(2) "משפט המובלעות" – כשכשול לפרקטיקה של העתקת ההסדרים הישראליים לתוך תחיקת האזור, החל משנת 1979 הלך והתפתח המכשיר של אימוץ החיקוקים הישראליים בתחומי הרשויות המקומיות הישראליות באזור באמצעות הכלי של תקנון המועצות המקומיות ונספחיו – המקביל במעמדו ל"צו אלוף". בדרך זו "יובאו" לתוך תחיקת האזור – על דרך הפניה לחיקוק הישראלי הנוגע בדבר תוך סימון השינויים המחויבים בו – עשרות חיקוקים ישראלים במגוון תחומים של השלטון המקומי, בחירות, חינוך, בריאות, חקלאות, איכות הסביבה וכד'.

2. לצד האמור, על אף ריבוי "ערוצי הזרימה", עדיין רב המרחק עד לפתרון כל הקשיים שמתעוררים לנוכח אי-תחולת הדין הישראלי במלואו על המתיישבים הישראלים באזור.

3. השיטה המרכזית לאימוץ הדין הישראלי ביחס להתיישבות הישראלית באזור – זו הנהוגה באמצעות תקנון המועצות המקומיות ונספחיו – נותרת בעיקרה שיטה ספורדית שמחייבת משאבים רבים ל"יישור קו" היסטורי רחב-היקף להדבקת הפערים הקיימים במצב החקיקה בישראל ובאזור לעת הזו, לתחזוקה שוטפת ומתמדת עקב חקיקת חוקים חדשים ושינוי חוקים קיימים בישראל ול"הנגשת" הדין באזור לציבור הרחב.

4. בנסיבות העניין, קיים ללא ספק צורך במתן מענה מערכתי נאות לעשיית סדר ולטיפול שוטף בנושא חשוב זה.

החלת הדין הישראלי בדין האזור – ערוצי הזרימה השונים

א. המשטר הנורמטיבי באזור – עקרונות כלליים

1. במהלך מלחמת ששת הימים נכנסו כוחות צה"ל לאזור יהודה ושומרון ("האזור") ונטלו את סמכויות השלטון בו לידיהם.

בסעיף 3(א) למנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), התשכ"ז-1967, שניתן כבר ב-7 ביוני 1967, מפקד כוחות צה"ל באזור, אלוף חיים הרצוג, הכריז כי "כל סמכות של שלטון חקיקה, מינוי ומינהל לגבי האזור או תושביו תהא מעתה נתונה בידי בלבד ותופעל רק על ידי או על ידי מי שיתמנה לכך על ידי או יפעל מטעמי".

2. רבות נכתב ונאמר על המשמעות המדינית והמשפטית של המשטר שהוקם באזור על ידי כוחות צה"ל, ודעות שונות הובעו מצד מדינאים ומלומדי המשפט על מעמד האזור ערב מלחמת ששת הימים ועל שאלת הלגיטימיות של הממשל הירדני ששלט באזור אותה עת, כמו גם על מערכת הכללים שאמורה להסדיר את התנהלותן של הרשויות הישראליות באזור במישור המשפט הבין-לאומי, הדין המקומי והדין הישראלי, ולבסוף גם על מעמדה של מדינת ישראל ביחס לאזור ועל מעמדה של ההתיישבות הישראלית באזור.
3. די לנו אם נציין לענייננו, כי התפיסה המשפטית שאומצה בפסיקתו העקבית של בית המשפט העליון היא שבאזור חלה מערכת הכללים של המשפט הבין-לאומי הפומבי המכונה משטר "התפיסה הלוחמתית" (*belligerent occupation*).

לפי תפיסה זו, הנורמה הבסיסית שעליה הוקם מבנה השלטון הישראלי באזור, היא נורמה של הממשל הצבאי, המעניקה למפקד כוחות צה"ל באזור (אלוף פיקוד מרכז), העומד בקודקוד הפירמידה ההיררכית של רשויות האזור, הן את סמכויות החקיקה והן את סמכויות המנהל ביחס לאזור.¹

4. למעט לעניין מזרח ירושלים ורמת הגולן,² מדינת ישראל נמנעה מהחלה טריטוריאלית גורפת של המנהל והחקיקה הישראליים בשטחים שהגיעו תחת שליטת צה"ל במהלך מלחמת ששת הימים, וזאת מתוך תפיסה בדבר מחויבות להוראות המשפט הבין-לאומי (וליתר דיוק, לתקנה 43 לתקנות האג) המחייבות את הממשל הצבאי לשמור על תקפם של החוקים שעמדו בתוקף בטרם תחילת התפיסה הלוחמתית, בהעדר מניעה מוחלטת לכך.³

¹ בג"ץ 606/78 איוב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113 (1979); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 827 (2004).

² צו בדבר סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), התשכ"ז-1967; חוק רמת הגולן, התשמ"ב-1981.

³ תקנה 43 להוראות התוספת לאמנת האג בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, 1907 ("תקנות האג").

5. בהתאם, בהעדר הוראת תחולה אקסטרה-טריטוריאלית ספציפית, אין לדין הישראלי תחולה ישירה באזור,⁴ לאור היותו דין טריטוריאל שאינו חל מחוץ לתחומי המדינה, אלא אם כן נקבע בו אחרת, במפורש או במשתמע.⁵
6. בהעדר תחולה ישירה לחקיקה הישראלית באזור, הנורמות המשפטיות באזור מורכבות משני רבדים מרכזיים:
- א) "הדין" – דברי החקיקה שעמדו בתוקף באזור ערב מלחמת ששת הימים (בדגש על חוקי הממלכה הירדנית ההאשמית שהפעילה שליטה על האזור בשנים שקדמו למלחמה, לצד דברי החקיקה העת'מאניים והבריטיים-המנדטוריים, כפי שתקפם השתמר בחקיקה הירדנית);⁶
- ב) "תחיקת הביטחון" – הוראות תחיקתיות שניתנו על ידי הגורמים המוסמכים מטעם הממשל הצבאי הישראלי, שבמרכזם "צווי אלוף" – דברי חקיקה של מפקד כוחות צה"ל באזור, הנתפסים כנושאים מעמד של חקיקה ראשית (לפחות, כלפי האזור פנימה).
7. לרבדים אלה ניתן להוסיף מספר רבדים משפטיים משלימים:
- א) עקרונות המשפט הבין-לאומי הפומבי, שעניינם משטר התפיסה הלוחמתית המתקיים באזור;
- ב) ההסדרים המדיניים הישראליים-פלסטיניים שעיצבו מחדש את מפת חלוקת הסמכויות בין הממשל הישראלי לבין הצד הפלסטיני;⁷
- ג) רכיבים ספציפיים של הדין החל במדינת ישראל שתחולתם באזור נסמכת לעתים על חקיקה מפורשת, לעתים – על ערוצי אימוץ שמקורם בתחיקת הביטחון (החלה "מתוך האזור"), ולעתים – על ערוצי החלה משפטיים של הדין הישראלי מכוחו הוא, במישרין או בעקיפין (החלה "לתוך האזור").

⁴ בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, תק-על 2005(2) 2595, פסקה 3 (2005); בג"ץ 4697/91 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מו(5) 467, 471 (1992); בג"ץ 2612/94 שעאר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד מח(3) 675 (1994).

⁵ בג"ץ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר, פ"ד ו 945 (1952); סעיף 1 לפקודת שטח השיפוט והסמכויות, התש"ח-1948; סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט. הפרשנות המקובלת של החקיקה כוללת את חזקת התחולה הטריטוריאלית של הנורמות הישראליות: אהרון ברק פרשנות במשפט כרך שני, 579-580 (1993); ע"פ 123/83 חברת ק.פ.א. פלדות קריית ארבע בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 813, 821 (1984).

⁶ כך, החקיקה של המנדט הבריטי (שבתורה הותירה בתוקף את הדין העת'מאני שעמד בתוקף ביום 1.11.1914, על פי סעיף 46 לדבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י), 1922) הותרה בתוקף באזור במסגרת סעיף 2 לחוק בעניין החוקים והתקנות שהם בתוקף בשתי גדותיה של הממלכה הירדנית ההאשמית, מס' 28 לשנת 1950, ובהמשך – בסעיף 128 לחוקת הממלכה הירדנית ההאשמית מיום 1.1.1952. כחלק מרובדי הדין שעמדו בתוקף בשנת 1967, חקיקה זו נותרה חלק מדיני האזור בהתאם לסעיף 2 למנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (יהודה והשומרון) (מס' 2), התשכ"ז-1967.

⁷ במידה שאומצו באמצעות תחיקת הביטחון של האזור: בג"ץ 2717/96 וופא נ' שר הביטחון, פ"ד נ(2) 848 (1996); בג"ץ 5324/10 מלכה נ' המנהל האזרחי ביהודה ושומרון (פורסם בנבו, מיום 28.12.2011).

ב. ערוצי הזרימה של הדין הישראלי

8. ראוי לציון במיוחד את הרובד המשלים האחרון של דיני האזור.
9. המציאות לאורך שנות השליטה הישראלית באזור, שהתבטאה בין היתר בהיווצרותה ובצמיחתה של תופעת ההתיישבות של האזרחים הישראליים באזור, הובילה לכך שהנורמות של הדין הישראלי החלו לחלחל לתוך המרקם הנורמטיבי של דיני האזור באמצעות מגוון "ערוצי זרימה" ישירים ועקיפים.
10. בין "ערוצי הזרימה" הישירים ניתן לסמן את ערוץ ההחלה הישירה או העקיפה "לתוך האזור" על ידי הוראות הדין הישראלי וערוץ ההחלה "מתוך האזור" באמצעות תחיקת הביטחון של מפקד כוחות צה"ל באזור המחיל נורמות של הדין הישראלי באזור.
11. כפי שנעמוד ביתר פירוט בהמשך, תמצית הפירוט של "ערוצי הזרימה" המרכזיים של הדין הישראלי היא כדלקמן:

א) החלה "לתוך האזור":

(1) הערוצים הישירים:

א) החקיקה האקסטרטריטוריאלי של כנסת ישראל;

ב) תקנות-שעת-חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית);

(2) הערוצים העקיפים:

ה) החלת הנורמות של דיני המנהל הציבורי;

ו) עזרה משפטית;

ז) הסמכות השיורית של ממשלת ישראל;

ח) המשפט הבין-לאומי הפרטי (ברירת הדין);

ט) סטנדרט ההתנהגות בדיני נזיקין;

ב) החלה "מתוך האזור":

(3) יצירת תחיקת ביטחון מקבילה;

(4) "משפט המובלעות".

ב.1. זרימת הדין הישראלי "לתוך האזור"

12. "ערוץ הזרימה" הראשון מישראל "לתוך האזור" הוא ערוץ החקיקה האקסטרה-טריטוריאלית של כנסת ישראל.
13. בנוסף להוראות בעלות תחולה אקסטרה-טריטוריאלית כללית (שאינן מוגבלות בתחולתן לישראל ולאזור דווקא),⁸ אלה הם אותם דברי חקיקה ישראליים שבמסגרתם הכנסת חרגה ממנהגה להימנע מהפעלת סמכויות חקיקה ביחס לאזור⁹ והרחיבה את תחולתו של החוק אף על האזור (או, ככלל, באופן פרסונלי, על הישראלים המצויים בו). חיקוקים מסוג זה עוסקים ברובם בהוראות בעלות תחולה אישית על ישראלים (דוגמת ענייני מיסוי, שירות ביטחון ושירות לאומי).¹⁰
14. במספר הזדמנויות מצאה הכנסת לנכון לחוקק חוקים שעיקר מטרתם לחול באזור, שלא בהקשר הפרסונלי הטהור. הוא היה הדין בחוק איסור הקמת מצבות זיכרון לזכר מבצעי מעשי טרור, התשנ"ח-1998 ("חוק קבר גולדשטיין"),¹¹ ובהמשך – בחוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005.
15. החוק להסדרת ההתיישבות הישראלית ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017, הוא דוגמה מן העת האחרונה לנכונות הכנסת לחרוג מההקשר "הפרסונלי" בקידום דבר חקיקה שנועד לשנות את מערך הנורמות באזור.
- יצוין, עם זאת, כי שאלת "חוקתיותו" של החוק הונחה לפתחו של בית המשפט הגבוה לצדק,¹² ועמדת הממשלה שהוצגה בבית המשפט, המבקשת לדחות את העתירות,¹³ שונה מהעמדה שהציג היועץ המשפטי לממשלה, התומך בפסילת החוק.¹⁴
- לצד האמור, גם היועץ המשפטי לממשלה עומד על קיומה העקרוני של הסמכות בידי הכנסת לחוקק ביחס לאזור, אף שעה שהיועץ סבור שקיימים טעמים כבדי-משקל התומכים בהימנעות מפרקטיקה זו, וכן – שעה שהיא בכל זאת ננקטת – המצדיקים שחקיקת הכנסת ביחס לאזור תלווה בקידום נורמה "מאמצת" מקבילה בדין האזור.¹⁵

⁸ כגון סעיף 38 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973; חוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"י-1950; סימן ג' לפרק ג' לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

⁹ אמנון רובינשטיין "מעמדם המשתנה של הישטחים" – מפקדון מוחזק לייצור כלאיים משפטי", **עיוני משפט** יא 439, 447-450 (התשמ"ז).

¹⁰ דוגמת פקודת מס הכנסה (סעיף 3א); חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (לרבות סעיף 378); חוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963 (סעיף 16א); חוק רישום ציוד וגיוסו לצבא-הגנה לישראל, התשמ"ז-1987 (סעיף 2); חוק הלוואות שכר לימוד, התשס"ב-2002 (סעיף 2א).

¹¹ אם כי ממבנה החוק ניתן להבין שהוא נסמך על העיקרון בדבר התחולה הישירה של הנורמה הפלילית הישראלית על הישראלים באזור, כך שהחוק מחיל את עצמו באזור רק בדרך של אזכור האזור על דרך מתן הוראה לשר הביטחון לכפות את אכיפת הנורמה על כוחות צה"ל באזור (סעיף 6 לחוק).

¹² בג"ץ 1308/17 **עיריית סילוואד נ' הכנסת**; בג"ץ 2055/17 **ראש מועצת הכפר עין יברוד נ' הכנסת**.

¹³ תגובת הממשלה (על ידי בא כוחה, ד"ר הראל ארנון, עו"ד) מיום 21.8.2017.

¹⁴ תגובת היועץ המשפטי לממשלה (על ידי מחלקת הבג"צים) מיום 22.11.2017.

¹⁵ שם, פסקאות 77-89.

16. דבר חקיקה ישראלי ייחודי, שיועד באופן ישיר להסדיר סוגיות משפטיות "חוצות גבולות" בין ישראל והאזור, הוא החוק להארכת תקפן של תקנות-שעת-חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשל"ח-1977.
17. בתקנות (המהוות תוספת לאותו חוק), שתקפן מוארך מפעם לפעם על ידי החוק, ננקטו שתי דרכים להזרמת הדין הישראלי על הפעולות המתרחשות באזור:
- (1) הזרמה באמצעות הכרה בסמכותם של גורמים ישראליים לבצע פעולות ביחס לאזור: בין הכרה בסמכותם של בתי המשפט בישראל לדון ישראלים על עבירות המבוצעות באזור על פי הדין הישראלי¹⁶ ובין הכרה בסמכותם של גורמים נוספים לפעול באזור;¹⁷
- (2) קביעת "חזקת התושבות", המכניסה את תושבי האזור הישראליים לגדר "תושבי ישראל", כפי שמוזכרים בשורה של דברי חקיקה המנויים בתוספת,¹⁸ ומכאן התייחסות לתושבי האזור הישראליים כתושבי ישראל לעניין הענקת זכויות והטלת חובות על פי חוקים אלה.
18. לצד האמור, יש לציין כי לאורך השנים התמעט השימוש בתקנות-שעת-חירום לצורך קביעת הסדרים חדשים שמחילים את הדין הישראלי באזור, ובשנים האחרונות כמעט שלא בוצעו עדכונים בחיקוק זה.
19. מלבד "ערוצי הזרימה" הישירים והמפורשים של הדין הישראלי, כפי שמתואר לעיל, הדין הישראלי מוצא את דרכו "לחלחל" אל תוך המרקם הנורמטיבי של הנורמות באזור גם באמצעות דרכי ההזרמה העקיפות, במכשירים חוץ-חקיקתיים:
- (1) החלת הנורמות של המנהל הציבורי על התנהלות הגורמים השלטוניים הישראליים באזור – מדובר בנורמות הכלליות בעניין הסמכות המנהלית ושיקול הדעת המנהלי, כגון חובת הסבירות והמידתיות, איסור על התנהלות שרירותית וחסרת תום לב, איסור על משוא פנים, אפליה פסולה ושיקולים זרים וכיו"ב.¹⁹
- יודגש, כי החקיקה הישראלית המפורשת בתחום זה (דוגמת חוק חופש המידע או חוק חובת מכרזים) אינה חלה, אמנם, באופן ישיר על פעילות הרשויות השלטוניות באזור, בשל חזקת התחולה הטריטוריאלית, אך לעתים עשויה הרשות הישראלית באזור להדריך את

¹⁶ תקנה 2.

¹⁷ למשל, הפעלת סמכויות שוטר (תקנה 3), רשויות המס (תקנה א3), הוצאה לפועל (תקנה ב3), רישום עמותות ואגודות שיתופיות (תקנה ג3), מתן שירותי בריאות ממלכתי (תקנה ו6) ועוד.

¹⁸ בהם חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952; חוק שירות הביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986; חוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961; חוק שירות עבודה בשעת-חירום, התשכ"ז-1967; חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, ועוד.

¹⁹ בג"ץ 302/72 אבו חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169, 176-177 (1973); בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמועלמון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 809-810 (1983).

עצמה אף בעקרונותיה או ברוח של חקיקה מסוג זה, כעניין של "הכפפה עצמית" ל"סטנדרט הסבירות המנהלית" המגולם לכאורה בנורמה הישראלית.²⁰

(2) **דיני עזרה משפטית (הכרה בפסקי דין ישראלים ואכיפתם)** – דיני העזרה המשפטית באזור מאפשרים הכרה בפסק-חוץ, ובכלל זה בפסק דין של ערכאה שיפטית ישראלית שניתן ביחס לאזור.²¹ אף פסק דין ישראלי המתבסס, בטעות או מתוך יישום "חזקת שוויון הדינים", על הדין הישראלי במקום הדין באזור,²² עשוי לקבל הכרה במסגרת זו, שכן טעות משפטית אינה מהווה עילה לאי-הכרה בפסק-חוץ על פי אותם דינים, כל עוד אין בדבר סתירה לתקנת הציבור, ואילו גורמי ההוצאה לפועל מישראל מכל מקום רשאים להוציא פסק-חוץ כזה לפועל ללא "מסננת" נוספת.²³

(3) **הסמכות השיורית של ממשלת ישראל** – נתח מרכזי של פעילות הרשות המבצעת של מדינת ישראל (בכלל זה כל משרדי הממשלה) ביחס לאזור – ובכלל זה תקצוב, תמיכות, סיוע למערך הארגוני של הרשויות המקומיות וכיו"ב – מבוצע ללא התוויה בדברי חקיקה מפורשים, בהתאם לתפיסה לפיה ניהולו של שטח הנתון לתפיסה לוחמתית מצוי בעומק סמכויותיה הביצועיות של הממשלה, שאינן טעונות בהכרח הסדרה חקיקתית מפורשת.²⁴

(4) **החלת המשפט הישראלי על בסיס עקרונות המשפט הבין-לאומי הפרטי** – במקרים רבים, עת ניגש בית משפט ישראלי, המשמש כפורום הטבעי לבירור סכסוכים הנוגעים לאזור (בהעדר ערכאה אזרחית כללית באזור), לניתוח סיטואציה משפטית המתרחשת באזור, יבחר בית המשפט להחיל על סיטואציה זו את הדין הישראלי, לפחות ככל שמדובר בהסדרת היחסים הבין-אישיים שלפחות אחד הרכיבים בהם הוא רכיב ישראלי (למשל, במישור של דיני חוזים, דיני נזיקין, דיני עבודה וענפי משפט אזרחיים נוספים).²⁵

(5) **סטנדרט ההתנהגות בדיני נזיקין** – אף שסוגיה זו טרם זכתה לליבון מעמיק בפסיקה, לעתים להוראות הדין ולהוראות המנהל הישראליות, בדגש על נורמות הגוררות מטען

²⁰ ע"פ 4211/91 **מדינת ישראל נ' מצרי**, פ"ד מז(5) 624, 639 (1993) – בעניין הכפפה לעניין דיני האזנות סתר; בג"ץ 6870/14 **רגבים נ' ראש המנהל האזרחי**, פסקה 20 (פורסם בנבו, מיום 3.1.2017) – בעניין הכפפת המנהל האזרחי לדיני חופש המידע על פי הודעת המדינה באותה עתירה.

²¹ צו בדבר עזרה משפטית (יהודה והשומרון) (מס' 348), התש"ל-1969.
²² הפנייה לחזקת שוויון הדינים אינה דבר נדיר, במיוחד בערכאות הדיוניות שבהן הצדדים – ודאי כך שעה שמדובר בהתדיינות בין גורמים פרטיים שלא עומד לרשותם הידע על רזי הדין באזור – נמנעים מללבן מול בית המשפט את הסוגיות המורכבות הנוגעות לדין המהותי של האזור שאמור להסדיר מערכת יחסים נתונה. ר' לדוגמה ה"פ (מחוזי-י-ם) 1254/02 **בית רחל בע"מ נ' קמ"ט רישום מקרקעין איו"ש**, פס"מ תשס"ג(1) 350 (2003).

²³ תקנה 3 ב לתוספת לחוק להארכת תקפן של תקנות-שעת-חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה) – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית, התשל"ח-1977.

²⁴ סעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה; והשוו: בג"ץ 5128/94 **פדרמן נ' שר המשטרה**, פ"ד מח(5) 647 (1995).

²⁵ בג"ץ 5666/03 **עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה** (פורסם בנבו, מיום 10.10.2007); ע"א 1432/03 **ינון ייצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן**, פ"ד נט(1) 345 (2004); ע"ע 723/07 **עו"ד מחאג'נה נ' עמותת מרכז הדמוקרטיה והזכויות העובדים** (פורסם בנבו, מיום 6.7.2009). אמנם, אף שבמסגרת בג"ץ עמותת קו לעובד בית המשפט העליון טורח להבהיר מדוע אין בדרך התנהלות זו משום החלה טריטוריאלית של הדין הישראלי באזור, מבחינת התוצאה המעשית הסופית קיים דימיון רב בפעולו של שימוש בנורמה ישראלית על סמך כללי ברירת הדין לפעולה של החלתה המפורשת של הנורמה באזור.

טכני-מקצועי ניכר שאינן מוסדרות בצורה נאותה בדין האזור, עשוי להינתן משקל במסגרת בחינת התנהגות באזור, כך שהנורמה הישראלית תוצב כמדד מקצועי לסבירות או כסטנדרט ההתנהגות, שסטייה ממנו עלולה להביא לסיווג ההתנהגות כהתנהגות רשלנית.

ב.2. אימוץ הדין הישראלי "מתוך האזור"

20. לאור ההימנעות השיטתית ממעשי החקיקה שיחילו את עצמם באזור "מתוך ישראל", ובשל העובדה שערוצי ההחלה העקיפים של הדין הישראלי אינם מספקים מענה נאות להסדרת מגוון ההיבטים של חיי האוכלוסייה באזור, מראשית ימי השלטון הצבאי באזור פותחו שתי שיטות של אימוץ הדין הישראלי באזור, בשינויים המחויבים: השיטה של יצירת תחיקת הביטחון המקבילה לחוקים הישראליים ששוכללה לשיטת שזכתה לכינוי "משפט המובלעות".

21. כך, כבר בצווים הראשונים שחוקק מפקד כוחות צה"ל באזור בשנת 1967, אומצו באזור מגוון נורמות של הדין הישראלי. בראשית הדרך, אימוץ הנורמות הישראליות בדין האזור לא בוצע על דרך הפניה לדין הישראלי, אלא על דרך יצירת תחיקת ביטחון מקבילה. התפתחות החיים המודרניים חייבה את הממשל הצבאי לא פעם ליצור הסדרים נורמטיביים חדשים בתחומים שלא הוסדרו עד כה בדין האזור, או שהסדרתם בדין האזור הייתה מיושנת או לא התאימה למרקם הנורמטיבי של השליטה הישראלית באזור.

הדוגמאות הזמינות להסדרתם של תחומים כאלה ואחרים נמצאו, מטבע הדברים, במשפט הישראלי, שמשפטני הממשל הצבאי וקברניטיו גדלו על ברכיו. הדבר הביא לעתים להוצאת תחיקת ביטחון "המעתיקה", בשינויים מסוימים, הסדרים שלמים של החקיקה הישראלית,²⁶ ולעתים לתיקון הדין הירדני על דרך הוספת הוראות השאובות מן הדין הישראלי.²⁷

22. עם צמיחת ההתיישבות הישראלית באזור, ולאור השאיפה להסדיר את ההתנהלות הפנימית של ההתיישבות בנורמות המקבילות לאלה הנוהגות ב"תחומי הקו הירוק" (ושלא היו בהכרח רלוונטיות להסדרת ההתנהלות של האוכלוסייה הפלסטינית באזור), החלה להסתמן ולהשתכלל המגמה, שזכתה לכינוי "משפט המובלעות" – החלת הדין הישראלי רק בתחומי הרשויות המקומיות הישראליות באזור.²⁸

23. תחילתה של המגמה ב"תקנונים" שנועדו להסדיר סוגיות שונות הנוגעות להתנהלות המוניציפלית של מספר יישובים ישראליים: תקנון קריית ארבע, התשל"ה-1974, ותקנון מעלה אדומים, התשל"ט-1979. החל משנת 1979 מגמה זו התרחבה באופן ניכר.

²⁶ למשל, צו בדבר תעבורה (יהודה והשומרון) (מס' 1310), התשנ"ב-1992, המקביל בעיקרו לפקודת התעבורה; צו בדבר סמים מסוכנים (יהודה והשומרון) (מס' 558), התשל"ה-1975, המקביל בעיקרו לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973; צו בדבר סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור (יהודה והשומרון) (מס' 1628), התשס"ט-2009, המקביל בעיקרו לחוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, התשס"ה-2005.

²⁷ למשל, צו בדבר תכנון ערים, כפרים ובניינים (יהודה והשומרון) (מס' 418), התשל"א-1971 (המתאים את מבנה מוסדות התכנון על פי דיני התכנון והבנייה הירדניים).

²⁸ ר' לעניין זה, למשל, בג"ץ 10104/04 שלום עכשיו נ' הממונה על היישובים היהודיים ביהודה ושומרון (פורסם בנבו, מיום 14.5.06).

24. במרכז התחיקה המרכיבה את "משפט המובלעות" כיום ניצבים "צווי ניהול המועצות",²⁹ שלצדם נחקקו "תקנוני המועצות"³⁰ (יחד עם שורה של נספחים³¹), המהווים ברובם אימוץ או העתקה, בשינויים המחויבים, של דינים ישראליים שונים בעלי נגיעה למגוון היבטי החיים האזרחיים של ההתיישבות הישראלית באזור.

25. למעשה, התקנונים מהווים ברובם העתקה, בשינויים מסוימים, של דיני השלטון המקומי, המעוגנים בישראל בקשת רחבה של דברי חקיקה, דוגמת פקודת המועצות המקומיות וחקיקת משנה מכוחה, חוקי הבחירות לרשויות המקומיות, דיני יסודות התקציב, ככל שאלה נוגעים לשלטון המקומי, דיני השיפוט המשמעתית של עובדי הרשויות המקומיות, דיני תאגידי מים וביוב, דיני רישוי עסקים וכד'.

הנספחים לתקנון מתייחסים ל-12 נושאים: דיני רווחה, דיני סטטיסטיקה, דיני משפחה, דיני חינוך, דיני בריאות, דיני עבודה, דיני חקלאות, דיני בתים משותפים, דיני איכות הסביבה, דיני צרכנות, תעשייה ומסחר, דיני תקשורת ודיני דתות. הנספחים בנויים כמעין-"סל" שבו מוזכרים דברי החקיקה הישראליים המשויכים לקטגוריית הנושאים הרלוונטיים לנספח, תוך קביעה גורפת שהסמכות לפי אותם חיקוקים תינתן לנציגי המשרד הממשלתי הנוגע בדבר אף באזור³² ותוך מניין השינויים המחויבים באותם חיקוקים ישראליים בעת אימוצם באזור.

ג. מבט-על על מצב הדין באזור

26. לאור התיאור המובא לעיל, נהיר כי המשפט הישראלי – ועמו סמכויות הגורמים הישראליים המופעלים באופן ישיר באזור – מצא את דרכו לתוך המרקם של הנורמות באזור. הדבר לא נעשה בשיטה של החלה גורפת של הדין הישראלי באזור, אלא דרך מספר "יובלים" שהתמזגו עם השנים לכדי "ערוץ זרימה" רחב וגועש. ואכן, קשה לתאר היום כיצד ההתיישבות הישראלית באזור הייתה מתפקדת אלמלא ההחלה המסיבית של הנורמות הישראליות על כל היבטי החיים שלה, החל מהאחריות הפרסונלית של המתישבים הישראליים לקיום הוראות הדין הישראלי וכלה בהסדרת מערכות החיים האזרחיים של ההתיישבות בתחומי השלטון המקומי, החינוך, הבריאות ועוד.

27. מכך מתחייבת גם מסקנה הכרחית: שעה שבעבר החלת הנורמות הישראליות בתחום ההתיישבות הישראלית באזור, ומתן סמכות לרשויות השלטון הישראליות לפעול ישירות באזור, נתקלה לעתים בקולות המטילים ספק בשאלה כיצד פרקטיקה זו עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבין-

²⁹ הצו בדבר ניהול המועצות המקומיות (יהודה והשומרון) (מס' 892), התשמ"א-1981, והצו בדבר ניהול המועצות האזוריות (יהודה והשומרון) (מס' 783), התשל"ט-1979.

³⁰ תקנון ניהול המועצות המקומיות (יהודה והשומרון), התשמ"א-1981, ותקנון ניהול המועצות האזוריות (יהודה והשומרון), התשל"ט-1979.

³¹ הנספחים נקבעו אך ורק לצד תקנון המועצות המקומיות, אך הם מוחלים, בהתאם לסעיף 121א(א) לתקנון המועצות האזוריות, אף על המועצות האזוריות.

³² ב"צד" הדין הישראלי, הסמכה זו של נציגי הרשות המבצעת של מדינת ישראל לפעול באזור נסמכת בעיקרה על החלטת ממשלה מס' 737 מיום 8.9.1968 בעניין "סדרי העבודה של משרדי הממשלה בשטחים המוחזקים" (לרבות "נוהלי עבודה בשטחים המוחזקים" שנקבעו מכוחה) והחלטת הממשלה מס' 106 מיום 4.10.1981 בעניין "ארגון מחדש של מערכת הממשל הצבאי ביהודה, שומרון וחבל עזה".

לאומי המונעות ברגיל את שינוי הדין המקומי,³³ לעת הזו הפכה הפרקטיקה הזו לפרקטיקה מקובלת שאין עוד מטילים ספק מהותי בחוקיותה, במישור הפנימי או הבין-לאומי.

28. לכך מספר הסברים. ראשית, שעה שהמשפט הבין-לאומי אוסר על שינוי הדין המקומי אלא בהתקיים "מניעה מוחלטת" מלפעול על פיו (תקנה 43 לתקנות האג), הפסיקה וכתובת המלומדים "שחקו" לאורך השנים את הביטוי "מניעה מוחלטת" והסתפקו בקיומו של "צורך" ענייני לשינוי הדין המקומי כהצדקה לשינויו.³⁴ "צורך" זה ודאי יימצא במקרים רבים שבהם מדובר בהסדרת החיים השוטפים של האוכלוסייה הישראלית באזור בסטנדרטים המודרניים שמתבטאים בדברי החקיקה הישראליים.

שנית, הפסיקה הכירה בכך שהכבלים המגבילים את פעילות הממשל במשטר "תפיסה לוחמתית" ארוך-טווח נוטים להתגמש ולהצטמצם בהשוואה למשטר קצר-מועד.³⁵

שלישית, הגישה המשפטית הזהירה שהתקשתה בעבר "לעכל" את תופעת ההתיישבות הישראלית באזור וליישב בינה לבין הוראות המשפט הבין-לאומי התחלפה עם הזמן בגישה שמכירה בהתיישבות הישראלית כחלק מהמציאות שנוצרה באזור, ובהמשך – אף כחלק מהאוכלוסייה המקומית של האזור.³⁶

29. יחד עם זאת, לצד הפיכת ערוץ אימוץ החקיקה הישראלית לכלי שגור ומקובל, **עדיין רב המרחק עד לפתרון כל הקשיים שמתעוררים לנוכח אי-תחולת הדין הישראלי במלואו על המתישבים הישראלים באזור.**

30. אמנם, נורמות ישראליות לא מעטות הוחלו באזור, אך האופי של החלה זו היה בעיקרו ספורדי. החלתן של נורמות מתחומים שונים של הדין הישראלי כלל לא נבחנה עד כה במבט רחב ומקיף (בין בשל מחסור במשאבים, בין בשל תהייה האם נורמות אלה כבר עשויות לחול בדין האזור "מכוח עצמן" בזכות אחד מ"ערוצי הזרימה העקיפים" המתוארים לעיל, בין בשל המורכבות המשפטית או המדינית של השאלה בדבר האפשרות של החלת נורמות אלה באזור וכד') – דבר המחייב "יישור קו" מערכתי רחב-היקף להדבקת הפערים ולזיהוי מלוא דברי החקיקה שראוי להחילם באזור (בין בתחולה כלל-אזורית ובין בתחולה בתחומי ההתיישבות הישראלית בלבד).

³³ הערת שוליים 3 לעיל.

³⁴ יורם דינשטיין "סמכות חקיקה בשטחים מוחזקים" עיוני משפט ב (התש"ב-התש"ג), 509.

³⁵ בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון, הערת שוליים 12 לעיל, בעמ' 800-802; בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז' (2), 197, 313-315 (1983).

³⁶ בג"ץ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נ' שר הביטחון, פ"ד כז' (1), 124, 138 (1972); בג"ץ 9717/03 נעלה – עמותה להתיישבות בשומרון של עובדי התעשייה האווירית בישראל נ' מועצת התכנון העליונה באזור יהודה ושומרון – ועדת המשנה לכרייה ולחציבה, פ"ד נח' (6), 97, 104 (2004); בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח' (3), 443, 461-460 (2004); בג"ץ 2164/09 יש דין – ארגון מתנדבים למען זכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 13 (פורסם בנבו, מיום 26.12.2011); ולאחרונה – בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקאות 26-27 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (בדימי) ג'ובראן (פורסם בנבו, מיום 31.10.2017).

יתר על כן, גוף התקנון ונספחיו – הנפרס כיום על פני מאות עמודים – מחייבים תחזוקה שוטפת ומתמדת עקב חקיקת חוקים חדשים ושינוי חוקים קיימים, לצד המאמץ ההכרחי ל"הנגשת" הדין באזור לציבור הרחב.

31. **בנסיבות העניין, קיים ללא ספק צורך במתן מענה מערכתי נאות לעשיית סדר ולטיפול שוטף בנושא חשוב זה.**