

**המבקשים להצטרף כ"ידידי בית המשפט":**

1. יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם (ע"ר 580442622) באמצעות עוה"ד שלומי זכריה ו/או ליאור צור ו/או פאדיה קוואסמי מרח' דוד חכמי 12, תל אביב-יפו טל' 03.5275273, פקס': 03.5275274

2. האגודה לזכויות האזרח בישראל (ע"ר 580011567) באמצעות עוה"ד דן יקיר ו/או רוני פלי ואח' מהאגודה לזכויות האזרח בישראל מרח' נחלת בנימין 75, תל-אביב-יפו 65154 טל': 03-5608185 ; פקס : 03-5608165

**המבקשים:**

1. שר הביטחון  
2. המנהל האזרחי  
3. מפקד כוחות צה"ל  
4. מפקד מחוז ש"י במשטרת ישראל  
כולם באמצעות המחלקה האזרחית, פרקליטות מדינה רח' קריית המדע 5, בניין B3, הר חוצבים, ירושלים טל': 02.6362006, פקס': 02.6362050

- נגד -

**המשיבים:**

1. עבד-אלפתאח סאלחה  
2. דאוד אחמד עלי רביע  
3. האזם חסין מחמוד עג'אג'  
כולם ע"י עו"ד חוסאם יונס ואח' מרח' אצהפהאני 17, ירושלים טל': 02.6281419, פקס': 02.62848156

4. איציק אנג'ל ואח'  
המשיבים 23-4 באמצעות עו"ד ירון קוסטליץ ואח' משרד עורכי דין קוסטליץ ושות' מגדל ב.ס.ר 3 (קומה 3), כנרת 5 בני ברק, טל' 03.7671500 פקס': 037671501

המשיבים 24-39 באמצעות עו"ד ד"ר הראל ארנון מרח' הרטום 16, הר חוצבים ירושלים טל': 02.6468053, פקס': 026509100

5. החטיבה להתיישבות – הסוכנות היהודית  
באמצעות המחלקה המשפטית ע"י עוה"ד בשמת שלוש ואח' מרח' קינג ג'ורג' 48, ירושלים טל': 02-6202335 פקס : 02-6202694

## בקשה להצטרף כידידי בית משפט ( Amicus Curiae )

המבקשים, יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם והאגודה לזכויות האזרח בישראל (להלן: "המבקשים להצטרף"), יבקשו מבית המשפט הנכבד לצרפם כידידי בית משפט. בקשה זו מוגשת לאור ההשלכות כבדות המשקל שעלולות להיות אם תתקבלנה עמדויהם של המבקשים דיון נוסף, (המבקשים דיון נוסף להלן יכוננו: "הרשויות") ובשל הדברים הנעדרים – מהבקשה לדיון נוסף ומהשלמת הטיעון של המבקשים את הבקשה לדיון נוסף, הרשויות הפועלות באזור הגדה המערבית, האזור מושא ההליכים השונים, וכן לאור בקשה דומה מטעם המבקשים בהליך מושא הדיון הנוסף.

## תמצית נימוקי הבקשה

1. ענייננו של פסק הדין מושא הדיון הנוסף הוא במבנים שהוקמו שלא כדין במאחז הידוע בשם "מצפה כרמים" על מקרקעין **פרטיים מוסדרים** ו**רשומים** במרשם המקרקעין על שמם של תושבים פלסטינים, אזרחים מוגנים לפי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. בסמוך למיקום המאחז הוצא צו תפיסה בשנות ה-70' ביחס למתחם בו הוקם היישוב הסמוך כוכב השחר. על מנת להכשיר את הבניה הלא חוקית ביקשו הרשויות להשתמש באופן תקדימי בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967 (להלן **סעיף 5 וצו 59**).
2. בפסק הדין מושא הדיון נוסף קיבל בית המשפט הנכבד את הערעור על פסיקת בית המשפט המחוזי וקבע, בדעת רוב, כי הגם שניתן לראות בסעיף 5 לצו 59 "מעין תקנת שוק" (ולא תקנת שוק מלאה), הרי שלא הוכח כי התקיים מרכיב תום הלב בהתנהלות הרשויות סביב הקצאת המקרקעין האמורים. באשר ליישומם של רכיבי תקנת השוק, קבע בית המשפט הנכבד כי יש לנקוט בגישה דקדקנית של תום לב סובייקטיבי מוגבר. זאת על רקע הנסיבות המשפטיות של האזור, המצוי תחת דיני תפיסה לוחמתית והמגבלות המשפטיות הנובעות מכך, וכן על רקע הנסיבות העובדתיות שנסקרו בפסק הדין, אשר מהן עולה כי הקצאה הנעשית על ידי רשויות האזור הינה כזו המקצה מקרקעין עבור האוכלוסייה הישראלית-יהודית בלבד המתגוררת באזור. במקרה דנן קבע בית המשפט, כי התנהלות הרשויות לא עמדה בסטנדרט זה, אלא התאפיינה ברשלנות של ממש. הממונה חטא לתפקידו הן כלפי בעלי המקרקעין, והן כלפי התושבים הישראלים המתגוררים במקרקעין כיום (הגם שכלל המבנים בהם הם מתגוררים אינם חוקיים ונגדם הוצאו צווי הריסה על ידי הרשויות).
- בנוסף קבע בית המשפט הנכבד, כי לא ניתן היה לסווג את המקרקעין כרכוש ממשלתי – תנאי בלעדיו אין לתחולת סעיף 5 – כיוון שאלה היו מקרקעין המצויים תחת צו תפיסה, אשר אינו משנה את זכויות הבעלות במקרקעין אלא לכל היותר משמש לצרכי ביטחון ארעיים וזמניים אשר טיבם להתפוגג.
3. דעת המיעוט בפסק הדין, שניתנה על ידי כב' השופט הנדל, קבעה כי לצורך הפעלת סעיף 5 ניתן להסתפק בתום לב סובייקטיבי רגיל ולא נדרש תום לב מוגבר. לפי דעת המיעוט, בנסיבות המקרה לא ניתן לקבוע כי לא הוכח תום לב סובייקטיבי בהתאם לאמות המידה אשר נשאבו על דרך ההיקש מדרישת תום הלב הקבועה בסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, כפי שהתקבעה בפסיקת בית המשפט ברבות השנים. עוד קבעה דעת המיעוט, כי שאלת סטטוס המקרקעין בפועל אינה משנה, אלא מה סברו הרשויות בעת ההקצאה, ודי בכך שהן סברו כי מדובר ברכוש ממשלתי, גם אם הרכוש לא היה ולא יכול היה להיות רכוש ממשלתי.
4. הבקשה לקיום דיון נוסף כפי שהוגשה על ידי היועץ המשפטי לממשלה, התמקדה בשתי שאלות: (1) מהו תום הלב הנדרש בנסיבות האמורות – סובייקטיבי 'רגיל' או שמא תום לב מוגבר ומוקפד; (2) האם ניתן היה לראות ברכוש ממשלתי, הגם שכלל היותר הוא יכול היה להיות בגדר מקרקעין המצויים במסגרת צו תפיסה.
5. כפי שיפורט להלן, הרשויות המבקשות את הדיון הנוסף נמנעות באופן עקבי מלהתייחס למעמדו הייחודי של השטח ולזכויות הנתונות לבעלי האדמות מתוקף הדין החל באזור. כחלק מאותה גישה, מתעלמות אלה לחלוטין מהחובות החלות על המינהל האזרחי והגורמים הפועלים מטעמו מתוקף דינים אלה. הוראות הדין הבינלאומי ההומניטרי, ממנו שואבות הרשויות את סמכותן לנהל את השטחים הנמצאים תחת כיבוש, נעדרים לגמרי מכתבי בי הדין שהוגשו על ידן בהליך. כך גם יישומן בפועל של הוראות אלה כפי שעולה מפסיקתו הענפה של בית המשפט הנכבד בעשורים האחרונים, אשר סימן את

- הגבול בכל הנוגע לאסור ולמותר ביחס למקרקעין פרטיים בשטח הכבוש. עמדת הרשויות אינה לוקחת בחשבון כלל את המסגרות הנורמטיביות, שלפיהן יש לפרש את הוראות סעיף 5.
6. מהבקשה לדיון נוסף **נעדר כליל** כל דיון משפטי על מערכת היחסים המשפטית וחובות הרשויות כלפי התושבים המוגנים והשלכות מערכת יחסים זו על הפרשנויות האפשריות לסעיף 5.
7. פסק דינו של בית המשפט הנכבד, על דעת הרוב שבו ועל דעת המיעוט שבו, כמו גם פסק הדין של בית המשפט המחוזי, נשענו על פרשנויות אפשריות שונות להוראות הדין, לצד הקביעות העובדתיות הנלוות לפרשנות זו. **בפועל, הבקשה לדיון נוסף פוסעת במשעול בית המשפט המחוזי, אשר דן בהליך האזרחי עובר לערעור בבית המשפט הנכבד, ונמנעת מליתן משקל כלשהו להוראות הדין ולבחירת חוקיותן של פעולות הרשויות באזור באופן שיהלום את הוראות המשפט הבינלאומי.**
8. מלשונה של ההחלטה לקיום דיון נוסף (כב' השופט עמית מיום 24.11.2020) עולה, כי בית המשפט הנכבד יקיים דיון כללי באשר לאמות המידה המשפטיות הנדרשות לבחינת עקרון תום הלב. כמו כן, הדיון הנוסף יתקיים בכל הנוגע ליישומו בפועל של סעיף זה, כמו גם יתר תנאי הסעיף במקרה הנוכחי. הדיון, אם כך, אינו תחום לטווח שבין עמדת הרשויות, לפיה ניתן להסתפק בתום לב סובייקטיבי רגיל (כפי שקבעה דעת המיעוט) לבין הדרישה לאמות מידה קפדניות יותר (כפי שנקבע על ידי דעת הרוב), אלא עוסק בסוגיות נוספות העולות מפרשנות הסעיף וגישות הרשויות.
9. כפי שיפורט להלן, המבקשים להצטרף סבורים כי החלת פרמטרים של "תקנת שוק" או מעין תקנת שוק וייבוא עקרונית משפטיים שאינם קיימים בדיני האזור, יכולים להתקיים **אך רק** באופן העולה בקנה אחד עם עקרונית המשפט הבינלאומי וחובות מדינת ישראל והרשויות על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, כמו גם המגבלות הקיימות במסגרות אלה ולא באופן הסותר להם.
10. המבקשים להצטרף סבורים כי ככל שתאושר ההלכה הרואה בסעיף 5 לצו 59 מעין תקנת שוק, תום הלב של הממונה צריך להיבחן **באופן אובייקטיבי ככל האפשר, וככל שלא מתאפשר הדבר – יש לבחון את התנהלותו תחת זכוכית מגדלת, וברמה מוגברת של תום לב סובייקטיבי.** גישה קפדנית כזו מתחייבת מהחובות הקבועות במשפט הבינלאומי ההומניטרי ביחס לקניין הפרטי של האוכלוסיה המוגנת, והחובה להגן באופן אקטיבי על קניינה של אוכלוסיה זו. זאת בעוד שאמת מידה מקלה יותר תעמוד בסתירה ישירה לחובות הרשויות לפי הדין החל בשטח הכבוש.
11. עמדת הרשויות, אשר מבקשות להקל עמן בשורה של פרמטרים הנוגעים לתנאי סעיף 5, ולמעשה "לחסן" את פעולותיהן, עלולה להוביל לפגיעה שיטתית ורחבת היקף בקניינה של האוכלוסיה המוגנת, ולהפר את החובות הקיימות ביחס אליהן. אמות המידה המבוקשות על ידי הרשויות מבקשות לבסס את סטנדרט הרשלנות כסטנדרט מנהלי טריוויאלי, באופן אשר יפגע באופן שיטתי ורחב היקף ברכושה של אוכלוסיה מוגנת, כאשר פגיעה זו נועדה להיטיב עם האוכלוסיה הישראלית באופן בלעדי.
12. הממונה על הרכוש הממשלתי הפועל במסגרת המנהל האזרחי, אמור במצב הדברים הרגיל לייצג את האינטרס של הציבור שאת אדמותיו הוא מנהל, ציבור התושבים המוגנים. בפועל בין היתר לאור המצב המתמשך של הנוכחות הישראלית בשטח הכבוש, האינטרס של ציבור זה כלל לא נמצא בפרקטיקה או במדיניות הכוללת המקודמת על ידי המנהל האזרחי. על כן, קביעת אמות מידה מקלות לבחינת תום הלב הקבוע בסעיף 5, המבטחת את הרשויות מפני התנהלות רשלנית מצידן, בפרט באשר לעסקאות במקרקעין, תוביל בהכרח למציאות בה כל הגורמים המעורבים בעסקאות אלה יהיו נעדרי כל אינטרס שלא לבצע את אותן טעויות או משגים אשר הובילו לפגיעה בקניין פרטי של התושבים המוגנים. אמת מידה מקלה לבחינת תום הלב הנדרש מהרשויות תהפוך את סעיף 5 מכלי שנועד לתת מענה בסיטואציות חריגות שבחריגות לכלי שיכשיר גזל אדמות נרחב.

13. תפיסה "רזה" של תנאי סעיף 5 והפרשנות המרוככת אליה חותרות רשויות המדינה, מבקשת להרחיב את "מרווח הטעות" של הצדדים השונים המעורבים בעסקאות מקרקעין בגדה המערבית: המנהל האזרחי באמצעות הממונה על הרכוש הממשלתי; החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית, אשר מהווה כמעט תמיד הגורם אליו מוקצית הקרקע; ותושבים ישראלים או גורמים ישראלים אחרים, אשר זוכים לקבל את המקרקעין האמורים באופן בלעדי. כתיבי הטענות של הרשויות עוסקים אך ורק במערכות היחסים השונות בין הגורמים הישראלים המעורבים בשטח.

מנגד הבעלות במקרקעין האמורה, אשר נפגעת כתוצאה מהרחבת מרווח הטעות כפי שמבוקש על ידי הרשויות ושאר הצדדים התומכים בעמדתן, הינה כמעט לעולם של התושבים הפלסטינים, המהווים אוכלוסייה מוגנת בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. אלה כלל אינם מהווים שיקול בעיני הרשויות. מיקומם של אלה וזכויותיהם מועלם כליל מטענות ומטיעוני הרשויות במסגרת הבקשה לקיום דיון נוסף והשלמת הטיעון מטעמן.

14. המשעול החד-צדדי והחד-כיווני בו מבקשות הרשויות לפסוע, בין אם ביחס לאמות המידה לבחינת תום הלב ובין אם באשר לשאר התנאים המרוככים של סעיף 5 שמבקשים המשיבים לקדם, מוביל באופן אינהרנטי ומובנה להעברת חזקה ושימוש במקרקעין מהתושבים המוגנים לתושבים הישראלים. זוהי אינה תכליתה של תקנת השוק. פערי הכוח המובנים בין התושבים המוגנים נעדרי הזכויות והייצוג בגופי השלטון לבין גורמי ההתיישבות וקשריהם ההדוקים עם השלטון בישראל ועם המינהל האזרחי, וכן המציאות בשטח לפיה משך שנים מתיישבים אזרחים ישראלים ללא סמכות ורשות על קניינם הפרטי של התושבים המוגנים מבלי שהרשויות עושות דבר על מנת לאכוף את הדין בנושא, מחייבת לכל הפחות זהירות וקפדנות יתרה כאשר מבקשים לבחון את התנהלות הרשויות.

15. לא ניתן להתעלם ממעמד המיוחד של בעלי הקרקעות האמורים, אשר אמורים להיפגע מקבלת הגישה הפרשנית של הרשויות כפי שהיא מובעת בבקשה. כפי שנקבע זה לא מכבר על ידי בית המשפט הנכבד בהרכב מורחב במסגרת פסק הדין בעניין החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון (בג"ץ 2055/17 מועצת הכפר עין יברוד נ' הכנסת (במאוחד עם בג"ץ 1308/17 עיריית סילוואד נ' הכנסת) (פורסם באר"ש, 9.6.2020) (להלן: פסק הדין בעניין חוק ההסדרה או בג"ץ 2055/17):

**"העובדה שבענייננו קבוצת הניזוקים מן ההסדר משתייכת לאוכלוסיית ה"תושבים המוגנים" באזור אך מעצימה את השוני הזה ואת הפגיעה בזכויותיהם." (פסקה 104 לפסק דינה של הנשיאה חיות).**

16. חובת תום הלב האמורה כפופה לעולם גם לחובת תום הלב המוטלת על מדינת ישראל ורשויותיה לקיים אמנות והתחייבויות בינלאומיות בתום לב, הן כלפי מדינות אחרות אשר הינן צד לאמנות השונות, והן כלפי מוטביהן של האמנות השונות, ובמקרה דנא – התושבים המוגנים בשטח הכבוש. לצד חובת קיום האמנות בתום לב, קיימת חובה נוספת הנוגעת לפרשנות אמנות בתום לב, והמובא בעמדת הרשויות אינו עומד בחובות אלה.

17. משכך, עמדת המבקשות להצטרף היא כי בחינת מרכיב "תום הלב" המופיע בצו מס' 59, כפוף לעולם להוראות הדין הבינלאומי ההומניטרי, שכן הסמכות להתקין את צו מס' 59 נבעה מתקנה 43 לתקנות הנלוות לתקנות האג, המצויות ברובד נורמטיבי עליון. תחת התייחסות למסגרת הנורמטיבית העליונה החלה בשטח, מתמקדת עמדתן הרשויות במישור מנהלי-קנייני צר, הנשען על היקשים בלתי רלוונטיים ממערכת המשפטית הקבועה בחוק נכסי נפקדים, ותוך היבנות מעמדות דעת המיעוט כפי שהובעה בפסק הדין מושא הבקשה.

18. הרשויות בבקשתן, מבקשות להשען על הוראות חוק נכסי נפקדים בשל הדמיון הלשוני בין סעיפי חוק אלה ואחרים. בכך, מתעלמות הן מהעובדה כי חוק נכסי נפקדים הוגדר לא אחת כבעייתי וכזה הסותר זכויות אדם וכי ספק אם הוראותיו היו צולחות מבחני חוקתיות כיום, והן מן העובדה כי מהוראות החוק מתקיימות בסביבה משפטית שונה, ותחת מערכת דינים ומסגרות נורמטיביות שונות בתכלית. המסגרות הנורמטיביות והמגבלות השונות החלות על הנעשה בשטח כבוש, אינן יכולות להתיישר על פי אמות מידה של המתרחש בתוך ישראל ביחס להוראות דין שנחקקו על רקע נסיבות מאד מסויימות, הגם שהן לכשעצמן דרקוניות ביותר.

19. עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה במקרה דנן אינה עקבית לאורך ההליך. בתחילת הדרך, במסגרת תגובת הרשויות להליכים בפני בית המשפט המחוזי (כמו גם במסגרת תשובתם לעתירה שנדונה במאוחד עם פסק הדין בבג"ץ 953/11 **סואלחה נ' שר הביטחון**), עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה הייתה כי **לא ניתן היה כלל לראות במקרקעין רכוש ממשלתי**, וממילא הוא אינו נופל במסגרת תנאי סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי.

בהמשך חלו תמורות בעמדת הרשויות, אשר נבעו בי היתר מעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה כפי שנמסרה במסגרת העתירות העוסקות בחוק ההסדרה. שינויים ותמורות אלה הפכו את סעיף 5 מחריג לכלי להכשרה נרחבת של בניה לא חוקית על קניין פרטי.

20. המסגרת הכוללת של סעיף 5 וההצעה לראות בו כמייסד תקנת שוק במשטר המקרקעין החל באזור הגדה המערבית הוצגה בחוות דעת מטעם היועץ המשפטי לממשלה מיום 7.12.2016. במסגרת חוות הדעת הוצגה גישה כה מרוככת לפרשנות רכיבי תקנת השוק עד כדי כך שהיא כמעט מאיינת את תנאיה: כך, למשל, בעניין "עסקה במקרקעין" מציעה חוות הדעת לראות גם בשורה של נסיבות שונות כגון קידומי תכניות מתאר בשטח תחליף לעסקה, במסגרתה יכול מאן דהוא לטעון להסתמכות; כך גם בנוגע למרכיב התמורה כחלק מהעסקה, אשר לפי חוות הדעת לא נדרש, וניתן לראות בפיתוח המקרקעין כסוג של "תמורה" עקיפה.

21. בהקשר ישיר למקרה הקונקרטי, ביקשה חוות הדעת לרכך עד מאד את דרישת תום הלב ולהסתפק ברוב המקרים בתום לב סובייקטיבי רגיל. **זאת למרות שלגבי מקרקעין מוסדרים ורשומים במרשם המקרקעין בגדה, כגון המקרקעין עליהם הוקמו שלא כדין מבני המאחז מצפה כרמים, נקבע כי ככלל, יש לצפות לרף מוגבר של תום לב.**

22. שנתיים לאחר מכן, בחודש דצמבר 2018, במסגרת מסמך מדיניות משלים, עמדת היועץ המשפטי לממשלה הייתה כי יש להחיל ביתר שאת את הוראות סעיף 5 ותקנת השוק אשר מתקיימת במסגרתו לשיטת היועץ המשפטי, לא רק כטענת הגנה, אלא כטענה יזומה מטעם רשויות האזור.

העתק מחוות הדעת של ד"ר גיל לימון, העוזר הבכיר של היועמ"ש, מיום 7.12.2016 וכן מחוות הדעת המשלימה של ד"ר גיל לימון מיום 13.12.2018 מצ"ב **כנספחים 1-2** לבקשה זו.

23. בעוד שבמסגרת ההליכים שהתנהלו במסגרת הליך הערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי במסגרת פסק הדין מושא הבקשה, נפרשה יריעה רחבה בכל הנוגע לעמדתו של המשפט הבינלאומי הפומבי, היחס בינו לבין צו מס' 59, וכן ניתוח של הוראות צו מס' 59, מכתבי בי הדין שהוגשו במסגרת ההליך העוסק בדיון נוסף, נפקדים אלה לחלוטין. אם בעבר הרשויות, כמו גם היועץ המשפטי לממשלה, היו ערים לקשיים הרבים העולים מהעדר הניתוח של המשפט הבינלאומי ביחס להכרעת בית המשפט המחוזי, כיום, דווקא לאחר מתן פסק הדין על ידי בית המשפט הנכבד, ופסק הדין שניתן בעניין חוק

ההסדרה חודשים ספורים קודם לכך, מבקשים היועץ המשפטי לממשלה והרשויות להתעלם כליל מהנסיבות המשפטיות והמסגרות הנורמטיביות שבגידרם הם מבקשים להפעיל את סעיף 5 לצו מס' 59.

24. כפי שהמבקשים להצטרף ציינו במסגרת בקשתם הקודמת, שהוגשה לבית המשפט הנכבד בהליכים במסגרת פסק הדין מושא הבקשה, הסוגיות שעלו במסגרת פסק הדין של בית המשפט המחוזי היו סוגיות משפטיות ראשוניות, חלקן סבוכות, ובעלות השלכות רחב מרחיקות לכת. אולם בעוד שפסק דינו של בית המשפט המחוזי התעלם כליל מן הדין החל על המקרקעין מושא הערעור, בית משפט זה שב והחזיר את הדיון המשפטי לתלם הנדרש בנסיבות המקרה, ולמושכלות היסוד בדבר האסור והמותר בשטח הכבוש ביחס לקניינה של האוכלוסיה המוגנת. אלה הן הוראות הדין אשר משרטטות את גבולות פעולותיהם של המפקד הצבאי ושל שאר הרשויות הישראליות בשטח הכבוש.

25. למעשה, עמדת היועץ המשפטי לממשלה כפי שבאה לידי ביטוי בבקשה לדיון נוסף ובטיעון המשלים לה, מעלימה ומאלימה את הקשיים שמתעוררים בעקבות ההגבלות שמציבה המערכת הנורמטיבית החלה בשטח. העמדה שהוצגה עומדת בניגוד להלכה הפסוקה, לפיה חזקת ההתאמה הפרשנית הניתנת לדין או לפעילות הרשות, צריכה להיות לאור הדין הבינלאומי ולקחת כשיקול מרכזי את ההתחייבויות הבינלאומיות של מדינת ישראל.

26. **בפועל, עמדת המבקשים מובילה ליצירת חריג חדש לגמרי המאפשר פגיעה נרחבת בקניינה הפרטי של אוכלוסיה מוגנת.** פגיעה זו סותרת מטבעה את הדין הבינלאומי החל באזור משום שאינה לצורך בטחוני הכרחי ומובהק, ואינה עומדת בתנאי הדין המקומי אשר קדם לכניסת כוחות צה"ל לאזור והפיכת המפקד הצבאי לחליף הריבון.

27. העמדה המובאת בבקשה לקיום דיון נוסף, מבקשת לקדם את "תקנת השוק" כ"פתרון קסם" לבעיות סבוכות של בניה בלתי חוקית נרחבת שבוצעה באזור מטעמים אידאולוגיים ושנוצרה על רקע מדיניות מכוונת של אי אכיפת חוק ביחס לעברייני הבנייה. הרשויות מבקשות להכשיר את המציאות הבלתי חוקית שנוצרה, באופן יזום ביחס לאלפי מקרים אחרים, והכל תוך התעלמות מהמשפט הבינלאומי ועקרונותיו, ככל שאלה מבקשים להגן על האוכלוסיה המוגנת בשטח הכבוש. כפי שיפורט להלן, זהו ניסיון להוביל לביטולן או לשינויין של הלכות מושרשות של בית המשפט העליון, תוך קבלת פרשנות בעייתית שאינה הולמת את הוראות המשפט הבינלאומי ואינה תואמת לו, ואשר מתעלמת במופגן מתחולת מסגרת נורמטיבית זו על המקרקעין ועל המשיבים.

28. נראה כי הבעייתיות הרבה שנוצרת מההתנגשות בין עמדת היועץ המשפטי לממשלה לבין הדין הבינלאומי לא נעלמה מעיני המדינה. הניסיון להעברת הדין – דווקא בהרכב המורחב – לפסים קניינים-מנהליים הנשענים על הלכות ופסקי דין שאינם ממין העניין (כגון ההישענות על חוק נכסי נפקדים והפסיקה שנקבעה בעניינו), מבקשת להמעיט מתחולתו של המשפט הבינלאומי הפומבי ובפועל להכשיר את הפרתו באופן שיטתי, נרחב וגורף ביחס למספר רב של מקרים.

29. ממחקר שפורסם לא מכבר עלה כי קיימת מגמה של פיחות זוחל במעמד ובנוכחות המשפט הבינלאומי ההומניטרי בפסיקת בית המשפט העליון בעשור האחרון, במסגרת סוגיות העוסקות בשטחים המוחזקים, בעיקר בשל הצנעת הוראות אלה על ידי גורמי הרשויות. תחת זאת, הדגש מושם על הוראות דין הנוגעות למשפט הישראלי, בעיקר המשפט המנהלי, כתחליף לכך, ותוך התעלמות מהמשמעויות העשויות לדיון "רזה" בסוגיות המשפטיות, כפי שעמדת הרשויות בבקשתן עשויה להוביל ( Tamar Hostovsky Brandes, "The diminishing status of international law in the decisions of the

30. טשטוש תחומים זה בין הגדה המערבית, המצויה תחת תפיסה לוחמתית ארעית, לבין המתרחש בישראל, הוביל לכך כי עקרונות בינאריים מרכזיים של האסור והמותר במסגרת דיני התפיסה הלוחמתית קיבלו ממד גמיש יותר, אשר נועד למעשה להוביל להכשרה של פרקטיקות ומדיניות שונות בתחום. זאת, בין היתר לאור מיקוד הסוגיות שבמחלוקת, כפי שהן באות לידי ביטוי במסגרת כתבי בי הדין מטעם המדינה, בעקרונות הדין המינהלי. מסגור יריעת המחלוקת כחלק מן הדין המינהלי נועד להשפיע על השיח ועל ההנמקה המשפטית הנשענת על תחומים אלה, המאפשרים גמישות מנהלית רחבה יותר. הגמשה זו מיטיבה עם הרשויות הפועלות באזור, אולם פוגעת בזכויות תושבי האזור אשר אינם ישראלים.

### **א. הנימוקים המצדיקים את צירוף המבקשים כידידי בית משפט בהתאם להלכות הנוהגות**

31. לפני כעשרים שנה, בהלכת **כוזלי**, הכיר בית המשפט העליון בקיומו של מוסד "ידיד בית המשפט" והתווה את מערך השיקולים והמבחנים שבהתקיימם ראוי לצרף במעמד זה גוף ציבורי כמתדיין בסכסוך שהוא אינו צד לו:

*"... מקום בו ישנו גוף ציבורי – שאמנם אינו צד ישיר להליך – אך יש לו אינטרס רחב בפתרון ההליך והיכרות עם המטריה הנדונה, הרי שיינתן לאותו הגוף להשמיע עמדתו בנדון בצד העותר ... בכך, יינתן ביטוי לאותם הגורמים המייצגים והמומחים, שיש להם עניין בנושא הדיון ויש בידיהם, בה בעת, לסייע לבית המשפט בגיבוש עמדה והלכה המשקפת נאמנה את מגוון המצבים והבעיות שבסוגיה שבפניו" (מ"ח 7929/96 **כוזלי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(1) 529, 554 (1999)).*

32. מאז צורפו גורמים ציבוריים רבים לדיונים בנושאים שונים בכל הערכאות. אגב כך, גובשה בפסיקה רשימה לא סגורה של קריטריונים לצירוף "ידיד בית משפט", ובין היתר: מהות הגוף המצטרף ומומחיותו; ניסיונו של הגוף והייצוג שהוא מעניק לאינטרס שבשמו הוא מצטרף; סוג ההליך והפרוצדורה הנוהגת בו; מהות הצדדים הישירים להליך; התרומה הפוטנציאלית לדיון; שאלת האינטרס הציבורי הרחב ויריעת המחלוקת הרחבה לצד הפוטנציאל להשפעה כללית החורגת מעניינים הקונקרטי של הצדדים למחלוקת.

33. המבחנים שנקבעו בפסיקה בעניין זה מתקיימים במקרה שלפנינו ותומכים בצירוף המבקשות לדיון דן.

34. המבקשת הראשונה, **יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם**, הינה עמותה רשומה הפועלת מזה כ-16 שנים לקידום אכיפת החוק בשטחים הכבושים, בין השאר לאכיפת החוק על בניה שלא כדין על קרקעות פלסטיניות פרטיות ומיגור מהלכים ופרקטיקות אשר אינם תואמים את הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי החל בשטחים אלה. זאת באמצעות פעילות משפטית, פעילות ציבורית ומחקר. המבקשת ייצגה ומייצגת משך שנות פעילותה בעלי קרקעות פלסטיניות ומועצות מקומיות בגדה המערבית שנפלו קרבן לפעילות בלתי חוקית באדמותיהם או כאלה אשר עומדים בפני מהלכים ומדיניות אשר עשויים לעמוד בסתירה לחובותיה של מדינת ישראל ורשויותיה על פי הדין הבינלאומי ההומניטרי ודיני זכויות האדם הבינלאומיים.

35. במהלך פעילותה רכשה המבקשת הראשונה מומחיות בכל הקשור להגנה על זכות הקניין של התושבים המוגנים בשטח הכבוש ובדין הבינלאומי ההומניטרי. בין היתר ניהלה התדיינות רבות בנושאי מאחזים בלתי מורשים שהוקמו על אדמות פלסטיניות בבעלות פרטית (רשימה חלקית) : בג"ץ 9949/08 **חמאד נ' שר הביטחון** (פס"ד מיום 25/12/2014) בג"ץ 9669/10 **קאסם נ' שר הביטחון** (פס"ד מיום 8/09/2014) בג"ץ 5165/15 **קאסם נ' הממונה על מתן התרים בשטחים שנתפסו לצרכים צבאיים** (פס"ד מיום 10/09/2017), בג"ץ 794/17 **זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל** (פס"ד מיום 31/10/2017), **דנג"ץ 9367/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל** (פס"ד מיום 30/5/2018), בג"ץ 5439/09 **עבדאלקאדר נ' ועדת העררים** (פס"ד מיום 20/03/2012), בג"ץ 8395/14 **עבד-אלרחמן מוחמד נ' שר הביטחון** (פס"ד מיום 1/1/2018), בג"ץ 8171/09 **מועצת הכפר אל ג'אניה נ' מועצת התכנון העליונה במינהל האזרחי** (פס"ד מיום 20/11/2011), בג"ץ 9389/11 **ראש מועצת הכפר בורקה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (פס"ד מיום 25/05/2013), בג"ץ 2759/09 **ראש מועצת הכפר קריות נ' שר הביטחון** (פס"ד מיום 20/08/2014), בג"ץ 9060/08 **עבדאללה נ' שר הביטחון** (21/09/2011), בג"ץ 5023/08 **שחאדה נ' שר הביטחון** (8/02/2015), בג"ץ 4457/09 **מנאע נ' שר הביטחון** (27/07/2011), בג"ץ 825/19 **חזמה נגד ראש המנהל האזרחי ואח'** (2021), בג"ץ 5426/17 **ברכאת נ' ראש המנהל האזרחי** (2020).

כמו כן פרסמה המבקשת 1 מחקרים רבים הנוגעים לנושאים המועלים בכתבי בי הדין של הבקשה לדיון נוסף. ביניהם ניתן למנות את אלה: "עידן ההסדרה – דו"ח ההפקעה של ועדת זנדברג להכשרת מאחזים ובניה בלתי חוקית" (2019); "בראי האינטרס הישראלי – המנהל האזרחי בגדה המערבית" (2018); "פרקטיקות של השתלטות על אדמות בגדה המערבית" (2016), "מכיבוש לסיפוח: ההטמעה השקטה של דו"ח לוי להסדרת הבנייה הבלתי חוקית בגדה המערבית" (2016), "מתחת לרדאר - המדיניות השקטה של הכשרת מאחזים בלתי מורשים והפיכתם להתנחלויות רשמיות" (2015), "חסר תקדים - ניתוח משפטי של דו"ח הוועדה לבחינת מצב הבנייה ביהודה ושומרון (ועדת לוי)" (2014), "רוח גבית - התנהלות המדינה בתיקי בנייה בלתי חוקית בשטחים" (2011).

36. המבקשת השנייה, **האגודה לזכויות האזרח בישראל**, היא עמותה, הפועלת מזה קרוב לחמישים שנה לקידום זכויות האדם בישראל ובשטחים הכבושים באמצעות חינוך, הסברה, הופעה בפני ועדות הכנסת וגורמי ממשל, טיפול בפניות ציבור והתדיינות משפטית. היא משמשת פעמים רבות כעותרת ציבורית בנושאים שונים בעלי חשיבות ציבורית כללית, הקשורים לשלטון החוק במובנו הרחב ולעניינים בעלי אופי חוקתי" - אפילו אם בעל העניין הישיר בעניין נמנע מפנייה לערכאות (בג"ץ 651/03 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-16**, פ"ד נו 62, 69 (2003)).

37. במהלך פעילותה המבקשת השנייה רכשה מומחיות בכל הנוגע להגנה על זכויות האדם בשטחים הכבושים ובדין הבינלאומי ההומניטרי. בין היתר ניהלה התדיינות רבות בנושא הפרות של הדין הבינלאומי בשטחים הכבושים (רשימה חלקית): בג"ץ 785/87 **עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד מב (2) 4 (1988), בג"ץ 1113/90 **שוא נ' מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה**, פ"ד מד (4) 590 (1990), בג"ץ 7015/02, 7019/02 **עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נו (6) 352 (2002), בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נו (2) 349 (2003), בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד ס (2) 477 (2005), בג"ץ 3799/02 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל**, פ"ד ס (3) 67 (2005), בג"ץ 9593/04 **מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון** (פס"ד מיום 26/6/06), בג"ץ 3969/06 **ראש מועצת הכפר דיר סאמט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (פס"ד מיום 22/10/09), בג"ץ 2150/07 **ראש מועצת הכפר בית סירא נ' שר הביטחון** (פס"ד מיום 29/12/09), בג"ץ 9961/03 **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' ממשלת ישראל** (פס"ד מיום 5/4/11).



38. המבקשת צורפה כידידת בית המשפט בכל סוגי ההליכים (מינהליים, פליליים ואזרחיים) ובמרבית ערכאות השיפוט (ביהמ"ש העליון, בתיהמ"ש המחוזיים, בתימ"ש השלום ובתיה"ד לעבודה).
39. לצד המתואר לעיל, שתי המבקשות היו בין העותרות המובילות בעתירות העוסקות בחוקיות החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ח-2017, במסגרת העתירה בבג"ץ 2055/17 הנזכר לעיל.
40. המבקשות להצטרף הגישו בקשה דומה במסגרת ההליך שהתקיים בפני בית המשפט הנכבד במסגרתו ניתן פסק הדין מושא הבקשה לקיום דיון נוסף. המבקשות הצביעו על כך שפסיקת בית המשפט המחוזי חותרת תחת עיקרי המשפט הבינלאומי ההומניטרי החל בשטח והמהווה מסגרת נורמטיבית עליונה החולשת על דברי החקיקה הקיימים בשטח, בפרט לגבי דברי החקיקה שהותקנו על ידי המפקד הצבאי. הבקשה סקרה הן את המסגרות הנורמטיביות החלות בשטח בו מצויים המקרקעין, המסגרות המגנות על זכויותיהם של התושבים המוגנים והן את אלה המסדירות את חובות הרשויות כלפיהם בכלל וכלפי קניינה של האוכלוסייה המוגנת בפרט. בהמשך, הבקשה הקודמת סקרה את עקרון חזקת ההתאמה, וכן את החובה לפרש את הוראות הדין המקומי ואת פעולות הרשויות באופן שיעלה בקנה אחד עם התחייבויות ומחוייבויות המדינה על פי הדין הבינלאומי.
41. במועד הדיון נקבע על ידי הרכב השופטים (נשיאת בית המשפט, כב' השופטת א' חיות, המשנה לנשיאה דאז, כב' השופט ח' מלצר וכב' השופט נ' הנדל), כי ניתן להסתפק בחומר הכתוב בבקשות (כמו גם בבקשות מטעם גורמים נוספים). בהחלטה מיום 19.3.2019, ניתנה לצדדים להליך האפשרות להגיש את התייחסותם לבקשות להצטרפות להליך כידידי בית משפט. רק התושבים הישראלים אשר יוצגו על ידי עו"ד ד"ר הראל ארנון ניצלו אפשרות זו ומסרו את את התייחסותם לאמור בבקשה. רשויות האזור או החטיבה להתיישבות לא מסרו את תגובתן לאף אחת מהבקשות, ולא הביאו טענותיהן בכל הנוגע לאמור בהן. כפי שמופיע בפסק הדין מושא הבקשה (פסקה 21 לחוות דעתה של הנשיאה, כב' השופטת א' חיות), בית המשפט הסתפק בסופו של דבר בתוכן הבקשות עצמן.
42. שלושה נימוקים נפרדים ושלושים עומדים בבסיס הבקשה להצטרף כידידי בית משפט להליך הנוכחי :
- ראשית**, כאמור, המבקשות היו מעורבות בהליך הקודם שהתנהל בפני בית המשפט הנכבד. המבקשות אמנם לא טענו בעל פה במסגרת הדיון, אולם הבקשות הונחו בפני בית המשפט, וחלק מהטיעונים זכו לתהודה או התייחסויות בפסק הדין מושא הדיון הנוסף. כאמור, הרשויות והחטיבה להתיישבות לא הביעו התנגדות להצטרפות המבקשות או הגיבו לאמור בבקשה לגופה. בית המשפט אמנם לא הכריע באשר לצירוף המבקשות, אך חלק מן הטענות שהועלו בבקשה להצטרף מצאו ביטוי בפסק הדין. המבקשות סבורות כי האפשרות לפגיעה נרחבת בזכויות אדם אשר עלולה להיגרם אם תתקבל עמדת המדינה במקרה זה, מצדיקה כי גם בפני ההרכב המורחב תעמודנה עמדותיהן של ארגונים המתמחים בהגנה על זכויות אדם בשטחים הכבושים, כפי שהיה בפרשה זו בעבר.
- שנית**, אין חולק על כך כי הסוגיה שעל הפרק הינה סוגיה שיש בה אינטרס ציבורי רחב, החורג מתחומי דלת אמותיו של המקרה הקונקרטי. ככל שהדיון עוסק בסוגיות כלליות, רחבות ובעלות השלכות רחב עמוקות יותר, או אז עולה הצורך בהרחבת מנעד הטענות ומתן אפשרות לקולות רבים יותר להיות נוכחים במסגרת הדיון, אשר יוכלו לשקף אינטרסים ציבוריים אשר שאר הצדדים לא מצאו לנכון להידרש אליהם. קביעת הכללים להפעלת תקנת השוק בשטח הכבוש היא בעלת משמעות רחבה עבור מקרים רבים נוספים.
- שלישית**, ביחס לסוגיות שעל הפרק, העדרן המוחלט של ההתייחסויות לסוגיות המשפט הבינלאומי ההומניטרי כמסגרת החולשת על יריעת המחלוקת, מצדיק כשלעצמו את צירוף המבקשות, זאת בשל מומחיותן בדין הבינלאומי בכלל, ובשל ניסיוןן הרב בהגנה על זכות הקניין של תושבים מוגנים בפרט.

עמדת ב"כ המבקשים, עו"ד אפי יגל מפרקליטות המדינה, לא התקבלה עד למועד הגשת הודעה זו, חרף העובדה כי הועברה לעיונה עובר להגשתה לבית המשפט הנכבד.

עו"ד חוסם יונס, ב"כ המשיבים 1-3, מסר את הסכמתו לבקשה.

ב"כ המשיב 4 (המשיבים 4-23) עו"ד י' קוסטליץ מסר כי המשיבים מתנגדים לבקשה וכי אלה ינמקו את עמדתם בצמוד להגשת השלמת הטיעון מטעמם.

עו"ד ד"ר הראל ארנון (המשיבים 23-36) מסר כי המשיבים מתנגדים לבקשה וכי אלה ינמקו את עמדתם בצמוד להגשת השלמת הטיעון מטעמם.

עמדת ב"כ המשיבה 5, עו"ד בשמת שלוש, לא התקבלה עד למועד הגשת הודעה זו, חרף העובדה כי הועברה לעיונה עובר להגשתה לבית המשפט הנכבד.

## ב. חוות הדעת של המבקשות להצטרף במעמד ידיד בית המשפט

חלק ראשון: המסגרות הנורמטיבית העליונה החולשת על השטח - המשפט הבינלאומי ההומניטרי

I - המשפט הבינלאומי ההומניטרי בדבר דיני כיבוש: החובות והזכויות של הכוח הכובש ביחס לקניין הפרטי של התושבים המוגנים

44. הגדה המערבית נכבשה על ידי כוחות צה"ל בשנת 1967. היא לא סופחה מעולם לישראל והחוק הישראלי לא חל בה (ראו בג"ץ 2055/17 לעניין חוק ההסדרה, פסקה 3 לחוות דעתה של הנשיאה חיות; וכן בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004)). הדינים החלים באזור זה, כמו גם במקרקעין עליהם הוקם המאחז הבלתי מורשה "מצפה כרמים", הם דיני התפיסה הלוחמתית. דינים אלו מעוגנים בעיקר באמנת האג בדבר דיני המלחמה משנת 1907 והתקנות הנלוות לה, בהוראות אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בעת מלחמה משנת 1949, בהוראות המינהגיות הקבועות בפרוטוקולים הנלווים לאמנות ג'נבה משנת 1977 ובעקרונות כלליים של המשפט הבינלאומי.

45. בנוסף לדיני הכיבוש והתפיסה הלוחמתית, חלות הוראות משפט זכויות האדם כדין משלים בשטחים הכבושים ע"י ישראל (Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory Advisory Opinion (פסקאות 102-112)). גם בית המשפט הנכבד התייחס לא פעם לדיני זכויות האדם כמקור משלים לדיני המשפט ההומניטרי (בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נז(2) 349, פס' 21 (2003); בג"ץ 3696/06 ראש מועצת הכפר דיר סאמט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (2009), פסקה 11 ופסקה 17).

46. מסגרת הדינים של המשפט הבינלאומי הפומבי ההומניטרי, ובראשם דיני התפיסה הלוחמתית, הינה המסגרת המשפטית הרלוונטית לדיון בפעולותיו ובסמכויותיו של המפקד הצבאי והרשויות הישראליות בשטחים הכבושים. הם המנחים גם בכל הנוגע להיקף ההגנה על זכות הקניין של התושבים המוגנים בשטח הכבוש. העדרו המוחלט של הדין החל בשטח מטענותיהן המשפטיות של הרשויות יוצר מצב בו מסגרת הדיון כפי שהוצגה על ידי הרשויות לוקה בפגם משורשה.

47. הלכה מושרשת עוד מראשית ימי הכיבוש היא כי אמנת האג, אשר משקפת משפט בינלאומי מינהגי, חלה ישירות על פעילות צה"ל בשטחים הכבושים ומחייבת את כל רשויות מדינת ישראל (ראו: בג"ץ 606/78 איוב נ' שר הביטחון, פ"ד לג (2) 113, 120-121 (1979)). תקנה 43 לתקנות האג היא שקובעת את המסגרת הכללית לפעילות כוח כובש בשטח כבוש, ומהווה כלל-על ליחסי שלטון-תושב של השטח הכבוש (התקנה אף כונתה בספרות "חוקה בזעיר-אנפין" של הכיבוש (ראו לעניין זה: בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד לז(2) 197 (1983)). היא המעניקה לצבא הכיבוש סמכויות שלטון ומתווה את העקרונות המרכזיים לפיהם אמור הכובש לפעול: טובתה של האוכלוסייה המקומית של השטח הכבוש ועקרון שימור הקיים.

48. הפרשנות של תקנה 43 הוסיפה לכלל העליון של דיני הכיבוש המופיע בו במפורש – הוא הדאגה לרווחת האוכלוסייה הכבושה – את הקוטב הנובע מהיות דיני הכיבוש חלק מדיני הלחימה: שמירה על האינטרסים הביטחוניים של המעצמה הכובשת. שני אלה, טובת הנכבשים וביטחון הכובש, הם שני היסודות של דיני הכיבוש. הם היוצרים את מארג השיקולים שיכולה המעצמה הכובשת לשקול בעת שהיא עושה שימוש בכוחות שלטוניים ובפעולותיה לניהול השטח הכבוש (לדיון מקיף ב"שני הקטבים" של דיני הכיבוש ראו: בג"ץ 393/92 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד

לז(4) 785 (1983) (להלן: "פרשת ג'מעית אסכאן"). כך גם נקבע בפסק הדין מושא העתירה (פסקאות 32 ו-34 לחוות דעתה של הנשיאה חיות), אשר תיחס את ההלכה הפסוקה כדלקמן:

"יבכל הנוגע לסמכות המפקד הצבאי מכוח תקנה 43 בהקשר של פגיעה בזכויות מקרקעין, נפסק כי סמכות זו אינה משתרעת עד כדי העדפת הסדר המיטיב באופן בלעדי עם התושבים הישראלים באזור או עם צרכי המדינה המחזיקה בשטח תוך פגיעה בזכויות הקניין של התושבים המוגנים".

ובהמשך, בפסקה 34, נקבעו הדברים הבאים:

"על שינוי הדין כאמור לעלות בקנה אחד עם החובות המוטלות על המפקד הצבאי לשמור על הסדר והחיים הציבוריים באזור ולהגן על זכויותיהם של התושבים המוגנים, ובפרט על זכות הקניין שלהם"

49. **אם כך, חקיקה חדשה מטעם המפקד הצבאי הינה חריג לכלל המורה על הותרת המצב הקיים על פי תקנה 43. בהתאם לאמור בשיטת המשפט הנהוגה במחוזותינו, חריגים יש לפרש על דרך הצמצום.**

50. את כל סמכויותיו בשטח הכבוש יונק המפקד הצבאי מהוראות הדין הבינלאומי. בהתאמה, זכויותיהם של תושביו המוגנים של השטח הכבוש מוגנות גם הן ע"י הדין הבינלאומי. מכאן, שדיון בפעולותיה של רשות ישראלית בתחומי השטח הכבוש מבלי להתייחס לדין המגדיר את הסמכויות והמגבלות המוטלות על ישראל כמעצמה כובשת באזור אינו מאפשר בחינה מהותית של המותר והאסור ושל החוקי והלא חוקי. דיון כזה חותר תחת עקרונות היסוד של הדיון המשפטי. בענייננו, דיון שאינו מתייחס לעקרונות ולהוראות הדין הבינלאומי מותיר את התושבים המוגנים בשטח הכבוש ללא כל הגנה על זכויותיהם.

51. דיני הכיבוש הם משטר של נאמנות זמנית. כתוצאה מכך, כל שינוי ארוך טווח בשטח הכבוש, ככל שהוא מותר, ייעשה לטובתה של האוכלוסייה המקומית (היא אוכלוסיית התושבים המוגנים). פן שני, שלילי, של חובת הנאמנות הוא **האיסור המוטל על המעצמה הכובשת לנצל את השטחים הנתונים לשליטתה לצרכיה-שלה או לצרכי אוכלוסייתה, למעט (במגבלות מסויימות) לצרכיה הביטחוניים**. היקפם של שינויים ארוכי טווח המותרים הינו עניין שנוי במחלוקת, אולם גם אלו המצדדים בכך ששינויים מסויימים מותרים, מציבים מגבלות על היקפם ועומקם של שינויים אלו, כאשר בראש ובראשונה תנאי-בלעדיו-אין לחוקיות שינויים ארוכי-טווח הוא שהם נועדו לטובת התושבים המוגנים המצויים בשטח **הכבוש**. **בכך מוגשם עיקרון העל של דיני הכיבוש, כפי שהוא קבוע ומעוגן בתקנה 43 לתקנות האג**. עקרון זה הוביל את בית המשפט הנכבד לפסוק, למשל, כי כאשר המפקד הצבאי עושה שימוש בסמכויות הניהול של השטח הכבוש שדיני הכיבוש מסרו לידו, אסור לו לשקול שיקולים הנוגעים לצרכיה הכלכליים של ארצו (ראו: פרשת ג'מעית אסכאן, עמ' 795-794).

52. סמכות המפקד הצבאי לתפוס רכוש פרטי, לרבות מקרקעין, בצו תפיסה היא סמכות שנובעת מסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית וכן מתקנה 23 לתקנות האג. לפי האמור בסעיף זה, מתיר הדין פגיעה ברכוש פרטי או את תפיסתו הזמנית (seizure) של רכוש פרטי, רק אם פגיעה או תפיסה זו **נדרשת לצרכי המלחמה באופן החלטי** ("imperatively demanded by the necessities of war"). זו התכלית החוקית היחידה של תפיסת מקרקעין לצרכים צבאיים.

53. תפיסה צבאית אינה יוצרת בעלות ואינה שוללת בעלות מן הבעלים המקוריים; התפיסה הינה זמנית ויכולה להימשך כל עוד קיים הצורך הביטחוני ההכרחי והדחוף בגינו הוצא צו התפיסה. עם חלוף הצורך, מושב הנכס התפוס לידי בעליו (ראו: בג"ץ איוב לעיל, בעמ' 116). שני מרכיבים אלה של תפיסת רכוש פרטי, (1) תפיסה זמנית (2) שנדרשת לצרכי ביטחון מוחלטים, מתיישבים עם ההגבלות על השינויים שרשאי לעשות המפקד הצבאי בשטח הכבוש, כפי שנובעות מן הפרשנות המקובלת לתקנה 43.

54. ההגנה הכללית על זכות הקניין בדין הבינלאומי היא רחבה אף יותר. בניגוד להגנות אחרות אשר מוגדרות כהגנות יחסיות, אשר ניתן להפר אותן בתנאים מסויימים, האיסור על החרמת רכוש השייך לאזרחים מוגנים הוא איסור מוחלט. האיסור נובע מתקנה 46 לתקנות האג שלשונה: "Private property cannot be confiscated" ובעברית: **"אין להחרים רכוש פרטי"**.

55. הגנה זו שמעניק הדין החל באזור לתושבים המוגנים אינה נזכרת כלל בעמדת הרשויות. זו מתרכזת אך ורק במישור היחסים שבין הגורם המקצה, הממונה על הרכוש הממשלתי, לבין הגורמים אשר נהנים מההקצאה, קרי התושבים הישראלים והחטיבה להתיישבות. נעדרת גם ההגנה החוקתית שמעניק הדין הישראלי לזכות הקניין בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אמנם שאלת תחולת חוקי היסוד על התושבים המוגנים בגדה המערבית טרם הוכרעה (ר' בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481 (560? 2005)) אך אין חולק כי הם חלים על פעולותיהן של רשויות השלטון בשטח הכבוש. עמדת הרשויות המבקשת לבחון את מערכת היחסים בין התושבים הישראלים לרשויות בלבד, במישור מסחרי-מנהלי צר, וזאת תוך טאוטא של המסגרת הנורמטיבית והעובדתית בה הכל מתרחש, מהווה כשלעצמה הפרה של עקרון הנאמנות.

56. לבד ממקרה הצורך הביטחוני המצדיק את התפיסה הזמנית של המקרקעין, הכירה הפסיקה באפשרות של הפקעת מקרקעין לצרכי ציבור, בהתאם לדין המקומי אשר שרר בשטח הכבוש עובר למצב התפיסה הלוחמתית. כך בפרשת **ג'מעית איסכאן** נקבע כי בהתאם לדין המקומי, ניתן להפקיע מקרקעין לטובת הכלל, והכלל הוא בראש ובראשונה האוכלוסייה המקומית הפלסטינית, וזאת על פי חוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1953 (ראו גם בג"ץ 3240/15 **ראש מועצת הכפר ענאתא נ' מפקד כוחות צה"ל** (2019)), (פסקה 3 לפסק דינה של הנשיאה חיות וכן פסקאות 14 ו-33 לפסק דינה של השופטת ברון) וכן פסק הדין מושא העתירה לקיום דיון נוסף, פסקאות 51-50 לחוות דעתה של הנשיאה חיות).

57. אלה הם שני המקרים היחידים שבהם הוכרה, בהתאם לנורמות המשפט הבינלאומי או אלה הכפופות להן, האפשרות של פגיעה בקניין התושב המוגן. **כעת מבקשות הרשויות, באמצעות הפרשנות הניתנת לצו בדבר רכוש ממשלתי, ליצור חריג נוסף. חריג זה אינו נובע מצורך צבאי הכרחי ודחוף וגם אינו מתאים לדיני ההפקעה המקומיים אשר שוררים בשטח. על כן, הוא אינו מתאפשר לפי המסגרת הנורמטיבית העליונה של דיני הכיבוש ודינו פסלות.**

58. בהקשר האמור ראוי להביא את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה במהלך הדיונים שהתקיימו בכנסת בהצעת החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון ("חוק ההסדרה"; ההדגשות הוספו):

*"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.***

*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.*

**לפי הפסיקה, הפקעת קרקע פלסטינית פרטית באיו"ש תיעשה לפי הדין המקומי, לצורך ציבורי, ותוך עמידה בדרישת המידתיות, או כמובן תפיסה לצרכים צבאיים. בניגוד לכך,**

העתק מחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה כפי שהוגשה ביחס להצעות החוק מצ"ב **כנספח 3**

59. אם כך, כשהיועץ המשפטי לממשלה בוחר להתייחס להוראות הדין הבינלאומי החלות בשטח, הוא מוצא מגבלות של ממש על הפגיעה בקניין פרטי של תושבים מוגנים: (א) ההגנה על קניין האוכלוסיה המוגנת מהווה **חובה מוגברת** החלה על המפקד הצבאי; (ב) פגיעה בקרקע פלסטינית פרטית מתאפשרת בשני מקרים בלבד – הפקעה על פי הדין המקומי במסגרת רכישה לצרכי ציבור (אשר נעשית באופן מידתי) או תפיסה לצרכים צבאיים; (ג) תכלית של הפקעה להסדרה בדיעבד של בניה בלתי חוקית על קרקע פלסטינית פרטית (דוגמת המקרה בו אנו עוסקים) אינה עולה בקנה אחד עם אף אחד מהמנגנונים המאפשרים פגיעה בקניין.

## II – הצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967

60. צו זה הינו אחד מדברי החקיקה הראשונים שהתקין המפקד הצבאי בשטחי הגדה המערבית בחודש יולי 1967. הצו נועד להסדיר את פעילות הממונה על הרכוש הממשלתי כאורגן של מפקד האזור בכל הנוגע לרכוש הממשלתי הקיים. הצו בדבר רכוש ממשלתי נחתם על ידי המפקד הצבאי באמצעות הסמכות המסורה למפקד הצבאי לשמש כמחוקק (זמני) באזור הנתון לתפיסה לוחמתית, כנאמן על רכוש ממשלתי. סמכות זו מסורה למפקד הצבאי על פי תקנה 43 לתקנות האג. משכך, הצו נמוך במדרג הנורמטיבי מתקנות האג (ראו פסקה 14 לפסק דינה של השופטת ברון בעניין **ענתא**).

61. צו 59 אינו יכול לסתור הוראה המופיעה בתקנות האג, לרבות ההוראה שבתקנה 46. אין לקרוא את סמכות החקיקה הניתנת בתקנה 43, ככזו המאפשרת למפקד הצבאי להתקין צווים ותחיקה הגוברים על הוראות הקבועות בתקנות האג האחרות. כך, לדוגמא, תקנות האג שאוסרות על ענישה קולקטיבית בהתאם לתקנה 50 או על ביזה בהתאם לתקנה 47, אינן יכולות להתבטל על ידי חקיקה של מפקד האזור.

62. כפי שנקבע בבג"ץ 285/81 **אל נאזר נ' מפקד יהודה ושומרון**, פ"ד לו(1) 701 (1982), בכל הנוגע לצו בדבר רכוש ממשלתי, הרי שזה מגשים את הוראות תקנת האג, ובפרט את תקנה 55 העוסקת ברכוש הציבורי. תקנה 55 מגבילה את הממונה על הרכוש הממשלתי גם בניהול אדמות שהוכרזו כדין. הוא אינו יכול למכור אותן, משום שמכר של המקרקעין אסור בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי, וכל שיכולה להינתן היא זכות שימוש מוגבלת, אשר אינה בלתי-חוזרת, ושהיא ניתנת להגבלה ולביטול.

63. משכך, ומכיוון שהצו בדבר רכוש ממשלתי מס' 59 אינו יכול לסתור את ההוראה הקבועה בתקנה 46 לתקנות האג בדבר איסור הפגיעה ברכוש פרטי, קיימת חובה לפרש את סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, כמו את הצו בכללו, בהתאם לנורמות, לכללים ולאיסורים, הקבועים במסגרת הנורמטיבית המסמיכה, ובכפוף אליהם. **הצו לא יכול ליצור חריג לפגיעה בקניין הפרטי יש מאין, היכן שאין הסמכה לכך לפי המשפט הבינלאומי, ואין לפרש אותו באופן המאפשר פגיעה כזו.**

64. מסעיף 2 לצו 59 עולה כי הליך הכרזה תקין הוא תנאי בלעדיו אין להחלת סעיף 5. במילים אחרות - רק היכן שניתנה הזדמנות להתנגד להכרזה או לקביעה כי רכוש כלשהוא עשוי להיחשב כממשלתי, רק אז עשויה לקום תחולה מסויימת לסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, וזאת היכן שהוכחה הסתמכות של צדדים שלישיים תמי לב שהשלימו עסקה ביחס למקרקעין האמורים.

65. בהקשר זה נקדים במובן מסויים את המאוחר ונציין, כי העובדה שלעיתים המפקד הצבאי מעביר שטחים תפוסים לניהולו של הממונה על הרכוש הממשלתי אינה הופכת את הנכס לרכוש ממשלתי. המפקד הצבאי מאציל סמכויות של **ניהול** התפיסה לידי אורגן של המבקש 3. זהו עניין בירוקרטי פנימי שאין בו כדי ללמד על מעמדם של המקרקעין או על זכות הבעלות בהם.

66. לא בכדי ההגדרות של צו 59 מבחינות בין ההגדרה של "רכוש" (אשר כוללת את אופי הזכות) לבין "רכוש ממשלתי" (אשר כוללת מתי תיחשב הזכות הקיימת כרכוש הממשלתי, על בסיס מעמדו של המפקד הצבאי כחליף הריבון בשטח). הגדרת המונח "רכוש" בצו 59 היא רחבה ופתוחה, וסעיף ההגדרות של הרכוש הממשלתי קובע **רשימה סגורה** של פריטים.

**הרשויות מבקשות לטשטש את ההבחנה בין שתי ההגדרות הללו.** כמו בפסיקת בית המשפט המחוזי, מבקשות הרשויות לטעון כאילו יש בידן זכות חזקה ושימוש בקרקע שנתפסה באופן זמני ולצרכי ביטחון. את הטשטוש הן מבקשות להסביר תוך שימוש ציני בחלופה השלישית להגדרתו של רכוש ממשלתי: **"רכוש שבעליו ביקש מאת הממונה לנהל אותו והממונה קיבל עליו את ניהולו"**. זוהי תפיסה שגויה בתכלית. המפקד הצבאי מעולם לא היה בעלי המקרקעין, ולכן לא יכול היה לבקש מהממונה לנהלו כרכוש ממשלתי; בנוסף, המקרקעין מעולם לא נרכשו לצרכי ציבור על ידי רשות מרשויות צה"ל (בהתאם לחוק הרכישה לצרכי ציבור המאפשר הפקעה של המקרקעין). אם כך, לא ניתן לראות במקרקעין תפוסים כמקרקעין שבעליו ביקש מן הממונה לנהל אותם.

מעבר לכך, האבחנה בין ניהול זכויות חזקה ושימוש לבין זכות הבעלות אינה יכולה לעמוד: כאמור, היה זה היועץ המשפטי לממשלה אשר במסגרת עמדתו כפי שהוצגה ביחס לחוק ההסדרה, גרס כי החלוקה בין זכות הבעלות לבין זכות החזקה והשימוש מלאכותית היא, ובפועל נטילת זכות החזקה והשימוש – או התייחסות נפרדת לזכות זו מזכויות הבעלות עצמן, אינן יכולות לעמוד.

### III – ההלכות המפורשות של בית המשפט הנכבד ביחס לזכות הקניין: איסור על פגיעה בזכות הקניין מעבר לחריגים הקיימים בדיון

67. פסיקותיו של בית המשפט הנכבד בעבר הרחוק והקרוב היו חד משמעיות לגבי האיסור המוחלט על פגיעה בקניין פלסטיני למטרות אידאולוגיות-התיישבותיות. המדובר בעקרון ממנו לא סטה בית המשפט לאורך שנים רבות שהחלו בבג"ץ 390/79 **דויקאת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד (1) 1 [1980] והמשיכו בפסיקותיו ביחס לבניה על גבי אדמות פרטיות, בייחוד בכל הנוגע לתופעת המאחזים הבלתי מורשים שפשתה ברחבי הגדה המערבית למן אמצע שנות ה-90, ואשר מצפה כרמים הינו אחד מהם.

68. בסדרה של פסקי דין מאז שנת 2006, שעניינם היה הקמת מאחזים תוך גזל של קרקע פלסטינית פרטית, שמר בית המשפט הנכבד על אותו עיקרון שנפסק בסוף שנות ה-70 של המאה הקודמת. בית המשפט הנכבד במסגרת פסק הדין שעסק בחוק ההסדרה (בג"ץ 2055/17), חידד נושא זה באופן ממצה:

**"זכות הקניין מוכרת גם במשפט הבינלאומי ובדיני התפיסה הלוחמתית החלים באזור (ראו, בין רבים: בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' משרד הביטחון, פ"ד נט(4) 766-765, 736 (2005); להרחבה באשר למקורות ההיסטוריים של חובה זו ראו EYAL BENVENISTI, THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION, 22-35 (2012). העוגן המרכזי בדיני התפיסה הלוחמתית המינהגיים שעליו מיוסדת ההגנה על הזכות לקניין פרטי, הוא תקנה 46 לתקנות האג הקובעת כך:**

***"Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected. Private property cannot be confiscated"***.

**ובתרגום חופשי: "כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן אמונות הדת ומנהגי הפולחן – יש לכבד. אין להחרים רכוש פרטי" (ההדגשה הוספה).**

**בהסתמך על תקנה 46, חזר בית משפט זה ושנה כי המפקד הצבאי באזור מחויב להגן על קניינם של התושבים הפלסטינים – בהיותם "תושבים מוגנים". הגנה זו, כך נקבע, נושאת עמה חובה כפולה: חובה שלילית, להימנע מפעולות הפוגעות בקניינם של תושבים אלה; וחובה חיובית, לבצע פעולות המבטיחות כי קניינם לא יפגע על ידי אחרים [...]" (פסקה 40 לפסק הדין של הנשיאה חיות; ההדגשה במקור)**

69. קביעה זו, לה היו שותפים שופטי הרוב בבג"ץ 2055/17 הנ"ל, מסכמת את שורת ההלכות כפי שנקבעו בשנים האחרונות בשורה ארוכה של פסקי דין. כך, למשל, בבג"ץ 8887/06 אל-נאבות נ' שר הביטחון (פס"ד מיום 2.8.2011) הבהיר בית המשפט, כי השמירה על זכות הקניין של התושבים המוגנים בגדה המערבית היא העיקרון הבסיסי המנחה את בית המשפט בפסיקותיו בעניין בניה בלתי מורשית בגדה המערבית (פיסקה 16 לפסק דינה של הנשיאה ביניש):

**"[...] אין חולק כי על פי דין אין להקים ישוב על קרקע פרטית של תושבים פלסטינים, וגם לשיטת המשיבים יש לראות בחומרה רבה פגיעה בזכות הקניין של תושבים אלה. לפיכך אף הציבה המדינה עקרון זה בראש סדרי העדיפויות לאכיפת החוק באזור.**

**[...] ... כאשר בזכויות קניין של הפרט המדובר, אין לפטור את העניין בטענה של 'חסיונות' הזכות. לפי שיטת המשפט שלנו זכות הקניין של הפרט היא ערך משפטי חשוב המוגן בדין האזרחי והפלילי כאחד, ואין נפקא מינה, במה שנוגע לזכותו של בעל האדמה להגנה על רכושו על-פי דין, אם האדמה היא אדמה מעובדת או אדמת טרשים (בג"ץ דויקא 14-15)"**

70. קביעות דומות ניתנו על ידי בית המשפט הנכבד בשורה ארוכה של פסקי דין: בבג"ץ 5023/08 שאדה נ' שר הביטחון (פס"ד מיום 8/2/2015) ביקשו הרשויות השונות הפועלות באזור, כי גורלם של תשעת המבנים נשוא העתירה – אשר אינו שונה לדבריהן ממצבם של מבנים רבים בהתנחלות עפרה – יוכרע במסגרת הסדר הקבע בין ישראל לבין הפלסטינים, אשר יקבע את גורלה של עפרה כולה. בית המשפט דחה עמדה זו מכל וכל וקבע כי **"לו הוחלט לדחות את העתירה, היה בכך משום מתן היתר לפגיעה חריפה בזכויות התושבים המוגנים באזור ובשלטון החוק, וזאת אין לקבל"**. (פסקה 16 לפסק דינו של הנשיא גרוניס).

71. גם בבג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון (פס"ד מיום 25/12/2014), קבע בית המשפט (מפי הנשיא גרוניס ובהסכמת השופטים (כתארם אז) חיות ומלצר), כי הערך של שמירה על זכויות הקניין של הפרט – במיוחד תושבים מוגנים - ואכיפת שלטון החוק גוברים באופן ברור על הקושי של פינוי יישוב שלם דוגמת המאחז עמונה.

72. ואילו בפסק הדין אשר עסק במאחז דרך האבות המצוי על אדמות הכפר אל-ח'אדר (בג"ץ 7292/14 מוסא נ' שר הביטחון (פס"ד מיום 1/9/2016)), נקבע כי: **"כאשר דובר במקרים שעסקו בבניה בלתי חוקית על קרקע פרטית פלסטינית, ניתן משקל רב לחובתו של המפקד הצבאי להגן על קניינם של תושבים מוגנים באזור"** (פיסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה נאור וכן ראו פסקה 26).

73. המסקנה העולה משלל הלכות אלה היא כי המפקד הצבאי מחויב מכוח תפקידו להגן על ביטחונם ועל קניינם של התושבים המוגנים באזור, ומתוקף כך למנוע פלישות ושימוש מפריע במקרקעיהם הפרטיים.



כפי שכבר נפסק, הגנה זו היא אחת מחובותינו הבסיסיות ביותר של המפקד הצבאי (בג"ץ 9593/04 ראש מועצת הכפר יאנון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד סא(1) 844, 876 (2006)). עמדת הרשויות בבקשתן מבקשת לכרסם באופן משמעותי בחובה זו, וזאת על דרך הרחבת מושג הטעות המשפטית, באמצעות בחינה צרה של תום הלב הסובייקטיבי המבוקש על ידן.

## VI - חזקת ההתאמה במשפט הישראלי: מקורותיה הנורמטיביים וקווים לדמותה

74. לצד החובות הישירות, החיוביות והשליליות הקיימות בדין, נקבע לא אחת על ידי בתי המשפט כי "המשפט הבינלאומי המנהגי הוא חלק ממשפט הארץ, וזאת בכפוף לדבר חקיקה ישראלית הקובע הוראה סותרת" (בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4, 35 (1988)).

75. כיוון שעמדת הרשויות מבקשת ליצוק תוכן פרשני ואמות מידה מנהליות-ערכיות למרכיבים שונים בסעיף 5, יש לבחון את מידת הלימתן של התזות הפרשנויות המוצעות על ידי הרשויות לאור החובות של מדינת ישראל על פי המשפט הבינלאומי.

76. במסגרת כללי קליטת המשפט הבינלאומי אל תוך הדין הפנימי, נודע בשיטת המשפט הישראלית הכלל בדבר "חזקת ההתאמה", דהיינו, כי חוק חרות של מדינת ישראל יפורש באופן שעולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי הפומבי והתחייבויותיה המשפטיות הבינלאומיות של מדינת ישראל. (ראו בג"ץ 302/72 חילו נ' ממשלת ישראל, פד"י כז (2) 169, 177 (1973)).

77. כך קבע בית המשפט הנכבד בדנ"א 5783/14 צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ (2017), בפסק דין שניתן על ידי המשנה לנשיאה (בדימי) ג'ובראן, בהסכמת כל חברי ההרכב המורחב:

*"חזקת ההתאמה הפרשנית קובעת כי יש לפרש את הדין הישראלי לאורן של הנורמות הבין-לאומיות; ואולם, כאשר החוק הישראלי סותר במפורש את הדין הבין-לאומי – ידו של הראשון על העליונה. חזקה זו מתווה את עקרונות הפרשנות בישראל ככלל, וכוחה של החזקה מתעצם באותם התחומים שבהם קיבלה על עצמה ישראל את הדין הבין-לאומי, למשל בדרך של חתימת אמנה [...]. יתר על כן, כוחה של חזקה זו מתעצם גם במקרים שבהם מהותו של הדין מעלה צורך לתקומות (קונפורמיות) של החקיקה הישראלית עם דינים בין-לאומיים. [...]"*

*במילים אחרות, חזקת ההתאמה הפרשנית קובעת כי במקרים שבהם קיימות מספר דרכים לפרש את הוראות החוק הישראלי, יש לבחון את הדין הבין-לאומי ולשאוף להתאמה עימו. הדבר נכון ביתר שאת כאשר ישראל התחייבה לנורמות בין-לאומיות מסוימות, או במקרים שבהם החקיקה הישראלית קשורה למצב במדינות אחרות, משפיעה עליו או מושפעת ממנו." (פסקה 67 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימי) ג'ובראן).*

וראו גם:

ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329 (2008), פסקה 9 לפסק דינה של הנשיאה ביניש); ע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' סעידי (2011), פסקה 27 לפסק דינה של השופטת (כתארה אז) חיות); בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פ"ד סו(1) 717 (2013), פסקה 7 לפסק דינה של השופטת ארבל).

78. בתי המשפט בישראל קבעו כי לא רק את הפרשנות של הדין יש ליישם ולפרש באופן קוהרנטי, הרמוני ואחיד עם הוראות המשפט הבינלאומי שישראל צד לו, אלא גם את הפעלת הסמכויות המנהליות יש

להפעיל באופן העולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי. כך נקבע בפסק הדין אשר ביטל את הסדר הכבילה של מהגרי עבודה למעסיקהם:

*"[...] מקובל על הכל כי מכוחה של "חזקת ההתאמה" שבין הדין הפנימי להוראות המשפט הבינלאומי, מצווים אנו לפרש דבר-חקיקה – כמוהו כסמכות שקנתה רשות שלטונית – באופן העולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי". בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346, פסקה 37 לפסק דינו של השופט לוי (2006)*

79. ובעניין אחר, באשר לקביעת מעמדו של אדם הטוען לחוסר אזרחות מתוקף האמנה בדבר מחוסרי אזרחות, נקבע על ידי השופט הנדל:

*"לחוק הבינלאומי בכלל, ולאמנות שנחתמו ואושרו על-ידי מדינת ישראל בפרט (ישראל חתמה על האמנה בדבר מעמדם של מחוסרי אזרחות בשנת 1954, והיא אושרה בשנת 1958), יש בוודאי השפעה ניכרת במישור הפרשני. במקום שנפל ספק בפרשנותו של דבר חקיקה, "חזקת ההתאמה" קובעת שבהינתן שתי אפשרויות פרשניות, יש להעדיף את הפרשנות המתאימה עם הוראות האמנה" (עע"ס 4204/13 מדינת ישראל נ' סולו (2014), פסקה 5 לפסק דינו של השופט הנדל (ההדגשה במקור)).*

באותו פסק הדין קבעה גם השופטת (כתארה אז) חיות את הדברים הבאים בדבר הפעלת הסמכויות של הרשויות המנהליות:

*"אכן, למערערת שיקול דעת רחב בקביעת הנהלים הפנימיים הנוגעים למחוסרי האזרחות בהם דנה האמנה, עם זאת על נהלים אלה לקיים את "חזקת ההתאמה" לפיה יש לפרש דבר חקיקה או סמכות של רשות שלטונית בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי." (פסקה 2 לפסק דינה של השופטת חיות)*

80. התכלית של חזקה פרשנית זו של "חזקת ההתאמה" מובנת: המדובר בכלל פרשני, באמצעותו ניתנת בידי בתי המשפט האפשרות לצמצם את היקף ההתנגשות האפשרית בין הדין הפנימי (או יישום הפעלת סמכויות של רשויות הפועלות בהתאם לדין הפנימי) לבין הדין הבינלאומי (להרחבה על המשמעות הפרשנית של חזקת ההתאמה כחלק מעקרון של שלטון חוק, במובנו הפורמלי והמהותי, ראו אהרן ברק **פרשנות החקיקה** (1994) 576-578).

81. חזקת ההתאמה הפכה להיות כלי פרשני שגור בידי בתי המשפט, זאת מתוך תפיסה מובהקת של מדינת ישראל כחלק ממשפחת העמים. יישומה של חזקת ההתאמה או חובת הפרשנות של הדין ושל פעילויות הרשויות על פי ההתייבויות והמחוייבויות של מדינת ישראל למשפט הבינלאומי הפכו להיות חלק מה-DNA של עקרונות הפרשנות המשפטית.

82. כך יש לפרש גם את הוראות צו 59. אך תחת זאת מבקשות הרשויות לצמצם את יריעת המחלוקת המשפטית לאיזון בין האינטרסים של הרשויות אל מול התושבים הישראלים באזור או יחסיהם מול החטיבה להתיישבות. כל זאת, תוך שימוש ציני בסמכות לנהל את רכוש ממשלתי כפי שקבועה בתקנה 55 לתקנות האג, אך תוך התעלמות בוטה מן החובה לשמור על קניין פרטי כפי שקבועה בתקנה 46.

## חלק שני: עמדת המבקשות להצטרף ביחס לסוגיות הנדונות במסגרת הדין הנוסף

### **I – תום הלב הנדרש מרשויות הפועלות בשטח כבוש בכל הנוגע לקניין אוכלוסיה מוגנת – אובייקטיבי, סובייקטיבי רגיל או סובייקטיבי מוקפד?**

83. עמדת הרשויות המבקשות לאמץ אמת מידה של תום לב סובייקטיבי 'רגיל', נשענת על ארבע הנמקות. כאשר בוחנים כל אחת ואחת מהן עולה, כי לא רק שלא נעשתה בעניין אף אחת מהן בחינה לאור המשפט הבינלאומי ההומניטרי, אלא שבחינתן לאור המשפט הבינלאומי תוביל בהכרח לשלילת הנמקות אלה מניה וביה.

84. בחינת הנמקות אלה, לצד איון המהותי של כלל התנאים המופיעים ממילא בסעיף 5, נועד כל כולו להרחיב את "מרווח הטעות" של הרשויות באופן גורף, ותוצאתה תהיה פגיעה שיטתית ורחבת היקף בקניין פרטי של תושבים מוגנים, לטובתם של גורמים ישראלים המקבלים את הקצאת הקרקע.

85. ההנמקה הראשונה גורסת כי אמת המידה הקפדנית, כפי שנקבעה על ידי בית המשפט, מחמירה מהנהוג בפסקי דין בנושא, כאשר הרשויות נשענות על פסקי דין מתחומים שונים בתוך מדינת ישראל (למשל, כאלה הנוגעים לחוק נכסי נפקדים או חוק האפוטרופוס הכללי), ובכך מחמיצות את העיקר. הוראות דין אלה חלות בישראל. הן אינן כפופות למגבלות המשפט הבינלאומי, ובפרט למגבלות המוסדרות בתקנות 43 ו-46 לתקנות האג. הן גם אינן כפופות לפסיקתו הענפה של בית המשפט העליון בנוגע לשמירה על קניין פרטי של תושבים מוגנים, ובפרט כפי שתוחמה במסגרת פסק הדין העוסק בחוק ההסדרה.

86. הוראות הדין הבינלאומי, לצד ההכרה כי הרשויות באזור אינן ריבון בשטח אלא חליף ריבון זמני, מובילות לחיזוק העמדה כי תום הלב הנדרש מהרשויות הינו תום לב אובייקטיבי או תום לב מוגבר ומוקפד, המהווה יישום של החובה החיובית המוטלת על הרשויות ביחס לקניינה של האוכלוסיה המוגנת: לפעול באופן אקטיבי ולדאוג לשמירה על הקניין.

87. בפועל, באימוץ אמות מידה הקיימות ביחס לדין בתוך ישראל ביחס להוראות חוק אשר נחקקו לפני חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו המעלה על נס את ההגנה על הקניין, וחוסות תחת עקרון שמירת הדינים, מבקשות הרשויות למעשה לאמץ מצב משפטי המוביל בהכרח לפגיעה בזכויותיהם של בעלי הקרקע. לא בכדי, כאשר בית המשפט העליון נדרש זה לא מכבר להוראות חוק נכסי נפקדים, הוא קבע בהרכב מורחב, במסגרת ע"א 5931/06 חסיין נ' כהן (2015), כי **"בהחלט ייתכן כי לפחות חלק מההסדרים שבחוק, אילו היו נחקקים היום, לא היו עומדים במבחנים החוקתיים"**. (פסקה 20 לפסק דינו של הנשיא (בדימוי) גרוניס).

88. יחד עם זאת, פסק הדין קבע כי יש לתת פרשנות להוראות החוק הקיים, החוסה תחת סעיף שמירת הדינים, באופן העולה בקנה אחד עם החובות החוקתיות של הרשויות. לא בכדי, כל האסמכתאות שהובאו על ידי הרשויות ואשר מנסות לבסס את טענותיהם בהיקש מחוק נכסי נפקדים או חוק האפוטרופוס הכללי, הינם של פסקי דין שניתנו לפני פסק הדין בעניין חסיין, וברובם אף לפני חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

89. בהנמקה השנייה מבקשות הרשויות לטעון כי אמת מידה קפדנית ביחס לממונה עלולה לעקר את תכליתו של סעיף 5. קפדנות כזו לשיטתם, תמנע את ההגנה על מתקשרים עם הממונה, ותקשה עליו לנהל את אדמות המדינה ולהפיק מהן פירות. הנמקה זו נעדרת כל בסיס במשפט הבינלאומי ככזו אשר יכולה לבסס פגיעה ברכוש הפרט. **החובה המרכזית, החיובית והשלילית, של הרשויות באזור היא בראש ובראשונה לפעול להגנה על זכויותיהם של בני אדם, התושבים המוגנים**. החובה הקיימת ביחס לרכוש "ממשלתי" הינה חובה לנהלו כנאמן בלבד, על פי כללי טובת ההנאה לטובת תושבי השטח

הכבוש. כך ביחס לתקנה 55 אשר החובות והמחוייבויות הקיימות בה חלשות לעין שיעור מאלה הקבועות בתקנות 43 ו-46. כעת מבקשות הרשויות, על סמך אותה חובה מוחלשת (באופן יחסי), לפגוע בזכויות שלא ניתן לראותן כיחסיות תחת איצטלה של "תקנת השוק".

90. נזכיר, צו 59 נחקק כחריג למצב המשפטי המחייב הותרת המצב הקיים על כנו, והוא מייבא לאזור מנגנונים משפטיים שאינם קיימים בו. שאיפת הרשויות לשנות את דיני המקרקעין החלים בשטח וליצור מצב של "תקנת שוק" צריכה לעמוד ראשית לכל תחת המגבלות הצרות דרכן יש לפרש חריגים. את שינוי החקיקה החריג יש לבחון לאור הלימתו לחובות החיוביות והשליליות של הרשויות כלפי התושבים המוגנים באזור, ולא תחת חובה כללית של ניהול הרכוש הממשלתי, כאשר "ניהול" זה פועל באופן מובהק לרעת האזור או תושביו, כפי שגם עולה מעמדת היועץ המשפטי לממשלה במסמך המדיניות שלו משנת 2016 (ועל כך עוד להלן).

91. בהקשר זה אין כל אפשרות להתעלם מהכיוון החד-צדדי של מקרקעין באזור, העוברים מבעלות פלסטינית לחזקתם של ישראלים. בפועל מבקשות הרשויות להוביל למצב בו הפרשנות לצו 59, אשר תיטיב עמן ותאפשר מרחב טעות מקסימלי, תוביל לכך שהסעיף יבקש להיטיב עם אוכלוסייה ישראלית על חשבון התושבים המוגנים. אין לנו אלא להפנות לפסק הדין מושא הדיון הנוסף, אשר קבע את מושכלות היסוד, אותן מבקשות כעת הרשויות לשנות (בין היתר, על דרך התעלמות מקיומן של מגבלות הנובעות מהמשפט הבינלאומי):

**"על חובה זו חל, כמובן, עיקרון העל המעוגן בתקנה 43 לתקנות האג ולפיו בהפעלת סמכויותיו, על המפקד הצבאי למצוא איזון בין צרכי הצבא לבין צרכי האוכלוסייה המקומית. בכל הנוגע לסמכות המפקד הצבאי מכוח תקנה 43 בהקשר של פגיעה בזכויות מקרקעין, נפסק כי סמכות זו אינה משתרעת עד כדי העדפת הסדר המיטיב באופן בלעדי עם התושבים הישראלים באזור או עם צרכי המדינה המחזיקה בשטח תוך פגיעה בזכויות הקניין של התושבים המוגנים" (פסקה 32 לפסק דינה של הנשיאה חיות)**

92. בהקשר האמור אי אפשר שלא להידרש לעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה עצמו, במסגרת מסמך המדיניות משנת 2016, אשר קבע בסעיף ג, כי **בכל הנוגע למקרקעין מוסדרים ורשומים, הכלל הוא שיש לנקוט בדרישה לתום לב סובייקטיבי מוגבר**. לא ברור מדוע דווקא במקרה בו היו בפני הרשויות הן רישומי המקרקעין והן המפות השונות, מבקשות הרשויות לאמץ אמת מידה סובייקטיבית מרוככת.

93. לפי ההנמקה השלישית הרשויות מבקשות לטעון כי דרישת תום לב גם ממעביר הזכות היא ממילא מחמירה וייחודית ואינה מצויה בתקנות שוק אחרות. אמנם הרשויות אינן מבקשות לבטל את הדרישה לתום לב גם מהמעביר, אך לטענתן העצמת התנאי המחמיר תפגע יתר על המידה במתקשרים תמי לב אשר אינם יכולים לבחון את תום לב הממונה.

94. גם הנמקה זו אינה יכולה לעמוד, מכמה טעמים: **ראשית**, בדין האזור לא הייתה ועדיין אין "תקנת שוק". גם בית המשפט הנכבד במסגרת פסק הדין מושא הדיון הנוסף ראה בסעיף 5 מעין תקנת שוק. העובדה כי הדין בתוך ישראל, ביחס לאותן הוראות חוק שנחקקו על רקע הנסיבות המיוחדות של חוק נכסי נפקדים, לא קבע דרישת תום לב ממעביר הזכות או תום לב סובייקטיבי, אין משמעה כי יש מקום לבצע את ההיקש האמור באופן אוטומטי, בפרט כאשר אין המדובר בתקנת שוק קלאסית. **שנית**, תקנות שוק אחרות אינן חוסות תחת מגבלות ההוראות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי, ומשכך ההשוואה האמורה – אינה יכולה לעמוד. **שלישית**, העובדה כי הצדדים המתקשרים עם הרשויות אינם

יכולים – כפי שמתואר על ידי הרשויות עצמן – לבחון את תום הלב של הממונה, מחייבת כי עליו לשאת בעוד ועוד מגבלות וחובות בדיקה, המתקרבות לרמת תום הלב האובייקטיבי.

95. **בית המשפט הנכבד קבע לא אחת כי על רשויות האזור מוטלת חובה כפולה: חובה שלילית, להימנע מפעולות הפוגעות בקניינם של תושבים אלה; וחובה חיובית, לבצע פעולות המבטיחות כי קניינם לא יפגע על ידי אחרים. ריזוד תום הלב הנדרש מהממונה משמעו ביטולן הלכה למעשה של החובה הכפולה על שני אדניה.**

96. בהקשר זה נזכיר כי הרשויות באזור הובילו לכך כי רובן המכריע של העסקאות השונות הנערכות באזור בין הממונה ובין גורמים אחרים, לא תרשמנה בצו בדבר עסקאות במקרקעין (מס' 569), התשל"ד-1974 (וראו הודאתם בנושא, בפסקה 33 להשלמת הטיעון מטעמם). יוצא אפוא, כי הרשויות, אשר ביכולתן לייצר וודאות והבהרות למצב, בוחרות מסיבותיהן שלא לעשות כן, ולצד אי קיום מערך רישומי מאורגן, מנסות להיבנות ממצייאות רשלנית זו ולהגדירה תחת "תום הלב" של הממונה. בכל הכבוד, אי אפשר לאחוז בחבל בשני קצותיו.

97. ההנמקה הרביעית של הרשויות מתייחסת למקרה הקונקרטי, במסגרתו נטען כי יישום אמת מידה מחמירה בנסיבות אלה, בו אין תחרות ממשית בין רוכש הזכות ובין הבעלים המקורי, מטה את האיזון דווקא לטובת מי שרחוק מלהוכיח את בעלותו. זאת, בין היתר, לאור העובדה שבית המשפט המחוזי קבע שאינו נדרש לשאלה אם התושבים המוגנים המדוברים הוכיחו את בעלותם, ואם לאו.

98. גם טענה זו פוסעת בנתיב המנוגד לחובות המוטלות על הרשויות, על פי הדין הבינלאומי ועל פי פסיקת בית המשפט, וזאת מכמה כיוונים. ראשית, המדובר במקרקעין מוסדרים ורשומים, ואין כל מחלוקת על כך בין הצדדים. שנית, בית המשפט הנכבד קבע לא אחת, כי שאלת קיומו של עותר קונקרטי בכל הנוגע לדרישה לפינוי בינוי בלתי חוקי מאדמתו אינה רלוונטית, כל עוד ברור לכלל הצדדים כי המדובר בקניין פרטי (ראו בג"ץ 9949/08 בעניין חמאד הנזכר לעיל; בג"ץ 2297/15 ראש מועצת הכפר יאסוף נ' שר הבטחון (2017)). שלישית, גם הוראות הדין הבינלאומי, לצד הוראות התחיקה הצבאית, מחייבות כיבוד הקניין הפרטי ושמירה עליו, בין אם בעל המקרקעין נוכח בשטח ובין אם לאו (השוו, למשל, הצו בדבר נכסים נטושים (יהודה ושומרון) (מס' 58), אשר הותקן בצמידות לצו מס' 59. הצו מתייחס לרכוש נפקדים מהאזור (בניגוד למשמעות נפקדים בתוך ישראל), ומעניק להם הגנה מוגברת של קניין פרטי לכל דבר ועניין. רביעית, ציפיותיהם של תושבי המאחז, ככל שהיו להם, לעולם הינם זמניות, הן מעצם העובדה כי המאחז הוקם בשטח שנתפס לתפיסה צבאית זמנית והן לנוכח העובדה כי עצם הנוכחות הישראלית בשטח הגדה המערבית הינה ארעית, מטיבו של משטר כיבוש (ראו בג"ץ 1665/05 בעניין חוף עזה). ציפיותיהם של אלה לכל היותר הינן לנוכחות ארעית בשטח. חמישית, ובבחינת למעלה מן הצורך, במקרה הקונקרטי של המאחז לא הוכח כי מי מהתושבים רכש את הזכות או בנה את המבנים הבלתי חוקיים בהתאם לתכנית תקפה וחוקית. דברים אלה כאמור נאמרים במובנם המשפטי, שכן המבקשות הבהירו כי לא תתערבנה בקביעות העובדתיות של פסק הדין.

99. משכך, הנמקות הרשויות לשינוי קביעות בית המשפט הנכבד, והסתפקות בתום לב סובייקטיבי "רד", ולא רף אובייקטיבי של העדר רשלנות, מבקשות למעשה להוביל לכך שרשלנות הרשויות תתקבל כעניין של מה בכך, או אף כסטנדרט לכל דבר ועניין. אולם רשלנות זו אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם החובות המובהקות מן הדין ומן הפסיקה החלות על רשויות הפועלות בשטח הכבוש כלפי תושבים מוגנים ורכושים.

100. כידוע, מושג 'תום הלב' יונק את משמעותו על פי ההקשר בו הוא נבחן (בע"מ 788/79 ריימר נ' רייבר, פ"ד לו (2) 141, 148). ניתן לעיתים לייחס לו משמעות סובייקטיבית, הבוחנת מצב נפשי פנימי המקנה

הן לכוונה והן למעשה משמעות אישית הגונה וחסרת כוונה רעה. מנגד, ניתן לייחס לתום הלב משמעות אובייקטיבית, המבקשת לראות רמת התנהלות ראויה וכללית של חברה הגונה והוגנת, ללא קשר למצבו הנפשי של האדם הפועל. על פי התפיסה האובייקטיבית של תום הלב, ניתן יהיה לייחס לאדם התנהלות תמת לב כאשר פעולותיו מצויות במסגרת אותה נורמה כללית. כפי שנפסק בעבר על ידי בית המשפט הנכבד, **"המשמעות שיש להקנות ל"תום הלב", צריך שתתקיים על רקע תכליתו של ערך (ולא "מושג") זה, במסגרת המשבצת המשפטית בה הוא נמצא.**" (ע"פ 5026/97 גלעם נ' מדינת ישראל (1999), פסקה 13 לפסק דינו של השופט אריאל).

101. כדי להכשיר פגיעה בזכויות קנייניות של תושבי שטח כבוש על ידי הרשויות, אשר אינן עומדות בתנאים הקיימים בדין כיום, יש לצמצם ככל האפשר את מרווח הטעות של הרשויות, ולנקוט באמת מידה של תום לב אובייקטיבי. משמעות הדבר היא כי כל גורם אשר היה פועל בנסיבות האמורות, היה מבצע בהכרח את אותה הטעות שנגרמה. כך, למשל, במקרה שקיימת טעות במרשם המקרקעין באשר לזהות הבעלים של חלקה.

102. עמדת הרשויות, לעומת זאת, מבקשת לאפשר מרווח רחב של טעויות, לרבות אלה העולות כדי רשלנות, על מנת להכשיר עסקאות אלה. למעשה, הרשויות מבקשות ליצור **מצג אבסורדי בו הממונה, ששואב את סמכויותיו כולן מן הדין הבינלאומי ומדיני הכיבוש יהיה משוחרר כליל מן האיסורים המוטלים מכוח אותם הדינים.** כאשר הממונה מעביר קניין פרטי של תושבים מוגנים לאזרחיה של המעצמה הכובשת, הרי שמדובר למעשה בהחרמה אסורה על פי דין. על כן, לא רק שהממונה בענייננו פעל בחוסר תום לב, הרי שהוא פעל למעשה בחוסר סמכות, ובניגוד מוחלט להוראות החוק המגדירות את פעולותיו. משפעולתו של הממונה עומדת בסתירה כה ישירה לדין שמתוקפו הוא פועל, קל וחומר שעל אמות המידה המוטלות על פעולותיו להיות קפדניות, ומובן מאליו שעליו לעשות את כל המאמצים לשמור על רכושם הפרטי של התושבים המוגנים.

103. לחלופין, גם אם בית המשפט הנכבד יסבור כי אין מקום להכיר בתום לב אובייקטיבי, אזי יש לאמץ את המבחן שנקבע על ידי בית המשפט במסגרת פסק הדין מושא הדיון הנוסף, קרי תום לב סובייקטיבי מוגבר ומוקפד עד מאד. אמת מידה מוקפדת ומוגברת מתחייבת לנוכח נסיבותיו של האזור ונסיבות המערכת המשפטית החולשת עליה, לרבות השליטה המוחלטת – ולא אחת הבלעדית – של הרשויות על המידע הקיים בנוגע למקרקעין, מצבם ומעמדם. כל אלה שונים באופן מהותי מבחינת היקף ההגנה על זכויות הפרט מאלה הקבועים בהוראות הדין בישראל אליהן הפנו המשיבים.

104. יישומם של המבחנים האלה במקרה דנן העלה כי הממונה פעל שלא בתום לב בהקצותו את החלקות האמורות, תוך התעלמות ממידע רב שהיה בהישג ידו: כך כאשר הוא לא בחן סקר הבעלויות שקיים בעבור מקרקעין מוסדרים, ולא אפיין במדויק את מיקומם ביחס לצווי התפיסה והסגירה. כך גם כאשר התעלמו הרשויות מפער של 600 דונמים בין שטח צו התפיסה ומערכת ההנחיות. כך כאשר התעלם הממונה מחוסר הדיוק שבמפת הסכם ההרשאה הראשון ובאי נקיטת כל פעולה לברור המצב. כך כאשר בחידושי הסכמי ההרשאה שנעשו לאורך השנים צורפה מפת צו הסגירה ולא מפת צו התפיסה. יתרה מזו, גם כאשר התגלו מספר מגרשים שאינם כלולים בצו התפיסה, לא נעשתה עבודת מטה מסודרת לבחינת מעמד הקרקע – אף לא במסגרת המאמצים להעתקת המאחו בשנים 1999-2000. גם בבחינה עפ"י אמות מידה סובייקטיביות, לאור עצימת העיניים המתמשכת, ההימנעות מברורים והעדר ההקפדה, לא צלח הממונה את מבחן תום הלב במקרה זה. נציין את המובן מאליו – עד שנת 2013 מערכות ההנחיות (החלופה התכנונית לשטחים שנתפסו בתפיסה צבאית) כלל לא פורסמה לציבור הרחב, ובפרט לא לציבור הפלסטיני, ולא הייתה כל אפשרות לבעלי המקרקעין לדעת עליהן ועל אפשרות הסטייה האמורה.

105. גם ההסתדרות הציונית אינה עומדת בדרישת תום הלב. אף שההסתדרות הציונית ליוותה את הליכי התכנון בשטחי הגדה המערבית מטעם המנהל האזרחי כבר מראשיתם, היא לא בדקה את טיב סיווג הקרקעות ומיקומן – גם כאשר הוסיפה 600 דונמים נוספים על השטח שנמצא בצו התפיסה. הנשיאה חיות התייחסה לעניין זה בדעת הרוב: **”יש לתהות כיצד אירע שבשום שלב לאורך הדרך לא התעוררו אצל מי מהגורמים המעורבים שאלות ביחס לשטח ההקצאה נוכח אי ההתאמה הבולטת שבין שטח התוכנית לשטח צו התפיסה.”** (פס' 46 לפסק דינה של הנשיאה חיות, ההדגשות הוספו).

106. טענותיהן שובות הלב של הרשויות בדבר **”חוסר וודאות”** אינן יכולות לעמוד כלל ועיקר: המדובר במקרקעין מוסדרים ורשומים. צו התפיסה עצמו הוצא לאחר פסק הדין בעניין דויקאת והחלטת ממשלה מס' 145 אשר אסרו על הקמת יישובים חדשים או הרחבתם של קיימים על מקרקעין שאינם בגדר אדמות מדינה. הפערים בין המפות והיקפי השטחים אינם זניחים אלא משמעותיים.

107. משמע, ביישום הנסיבות הנ”ל על המקרה הקונקרטי אין כל אפשרות לייחס אף לא מראית עין של תום לב מצד מי מהגורמים המעורבים ברשויות הפועלות באזור. ונזכיר כי המדובר במערכות משולבות, הפועלות באופן אחיד ומהוות האחת את זרועה הארוכה של השנייה: המפקד הצבאי, הפועל בהתאם להחלטות הדרג המדיני, לו קיימת הסמכות להוצאת צווי התפיסה; המנהל האזרחי, האחראי על קידום תכניות מתאר ומערכות הנחיות, כפוף למפקד הצבאי ופועל מתוקף הנחיותיו; הממונה, אשר הינו פונקציה במנהל האזרחי; והחטיבה להתיישבות אשר פועלת בצמידות עם הממונה והדרג המדיני להוצאת החלטותיו אל הפועל.

## **II - דחיית עמדת הרשויות – לאור יישום בפועל של עקרונות חזקת ההתאמה ביחס לדברי החקיקה באזור ופעולות המנהל האזרחי**

108. לתוצאה זו ניתן להגיע לא רק על דרך בחינת התנהלות המשיבים וצו 59 לפי תקנות האג ופסיקת בית המשפט, אלא גם על פי פרשנות חזקת ההתאמה, המחייבת את בחינת פרשנות הדין וכן פרשנות התנהלות הרשויות באופן העולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי ולא באופן הסותר אותו.

109. למעשה, על שלוש רגליים נטועה הבקשה לקיום דיון נוסף, כולן נשענות על קרקע הפרשנות: פרשנות חוזית באשר להתקיימות ההתקשרות ואומד דעתם של הצדדים ביחסים שבין הרשויות ובין החטיבה להתיישבות; פרשנות משפטית באשר לאפשרות החלת סעיף 5 ועקרונות תקנת השוק ביחס להקצאה; וכן פרשנות משפטית באשר לעצם האפשרות של בחינת המקרקעין כרכוש ממשלתי.

110. ברם בחינה פרשנית של כל אחד מאלה, לאור ובהתאם לחובות הרשויות בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי כפי שמתחייב מחזקת ההתאמה, חובה שעל פי היועץ המשפטי לממשלה הינה **”חובה מוגברת”**, הייתה מובילה **בהכרח** לתוצאה הפוכה לגמרי.

### **(1) פרשנות החקיקה – צו 59 אינו יכול לסתור את הוראות המסגרת הנורמטיבית העליונה**

111. כאמור לעיל, צו מס' 59 הותקן על ידי המפקד הצבאי מתוקף הסמכות הנתונה לו בהתאם לתקנות האג, ועל מנת להגשים את האינטרסים והחובות הקבועים בתקנה 55. ברי כי צו זה אינו יכול לסתור את הוראות תקנה 46 לתקנות האג, וככל שבדוחק תמצאנה פרשנויות שונות, יש לבכר את זו אשר אינה סותרת את הוראות תקנה 46.

112. חזקת ההתאמה שהוזכרה לעיל חלה ביתר שאת ביחס לדבר חקיקה שהותקן מתוקף הסמכויות המוענקות במשפט הבינלאומי. תפיסת הרשויות מבקשת לפרש את הצו באופן אשר יוצר חריג חדש, יש מאין, לתקנה 46 לתקנות האג, שלא לצורך בטחוני. תחת זאת החובה בפועל היא לבכר לפרש את

הצו באופן אשר תואם לחובה שלא לאפשר פגיעה בקניין התושב המוגן. יפים לעניין זה דבריו של פרופ' ברק בספרו **פרשנות במשפט: פרשנות החקיקה: "במעשה החקיקה שלו ביקש המחוקק להתאים את עצמו למשפט הבינלאומי הפומבי (ע' 576)**.

113. ואם הדברים נאמרו – ואף התקבלו בפסיקה – ביחס לחקיקה ראשית של הכנסת, הם חלים בבחינת קל וחומר ביחס לתחיקה צבאית אשר מקור הסמכות שלה הוא המשפט הבינלאומי.

**(2) פרשנות הסכם ההרשאה: חובות המפקד הצבאי כלפי האוכלוסייה המוגנת וקניינה**

114. כאמור לעיל, בעבר נקבע על ידי בית המשפט הנכבד כי את פעולות והתנהלות הרשויות יש לבחון לאור המחויבויות וההתחייבויות שלהן על פי המשפט הבינלאומי. אם לא נעשה כן, ייצא שבעוד שמדינת ישראל מתחייבת ומחויבת להוראות המשפט הבינלאומי, אורגנים שלה וגופים הפועלים מטעמה פועלים בניגוד להוראות אלה.

115. הדברים הינם בבחינת קל וחומר היכן שהמדובר בהוראות השאובות מהמשפט הבינלאומי, אשר הן אלה אשר יוצרות את הסמכות לרשויות לפעול בשטח הכבוש.

116. משכך, כאשר הממונה מתקשר בהסכם עם החטיבה להתיישבות – אשר היא זרוע ביצוע של הממשלה, חלה עליה חובה לפעול בנאמנות, בהתאם לדין המסמיך את פועלה. פרשנותו של הסכם ההרשאה בין הרשויות לחטיבה להתיישבות הינה פרשנות של מעשה מנהלי. המעשה המנהלי של שתי הרשויות הפועלות בהקשר האמור, אינו יכול לעמוד בסתירה להוראות הדין המסמיך אותן – החלטה 145 ביחס לחטיבה להתיישבות והרשויות, וחובות הקבועות בתקנות האג ביחס למפקד הצבאי.

117. ההסכם בין הצדדים, אשר בפועל מבקש להפקיע את המקרקעין מבעליהם התושבים המוגנים, חותר נגד האמור בתקנה 46 לתקנות האג ופוגע בקניין פרטי של אוכלוסייה מוגנת. זאת מבלי שהדבר מוצדק או נדרש או אף נטען כי הוא נעשה מטעמים ביטחוניים, הכרחיים ודחופים. משכך ההסכם בנסיבות אלה הינו בלתי חוקי, גם אם הוא נעשה אגב טעות. טעות זו מקנה לחטיבה להתיישבות את האפשרות לבטל את ההסכם, ולרשויות את החובה לבטלו, אולם כפיית קיומו של ההסכם חרף אי החוקיות הגלומה בו, וחרף היותו כזה הסותר את תקנת הציבור, הינה פעולה אשר אינה תואמת את ההתחייבויות והמחויבויות של מדינת ישראל בהתאם למשפט הבינלאומי.

118. משכך, ועל מנת להלוס את הוראות המשפט הבינלאומי, אין אפשרות אחרת מהכרזה כי מהבחינה החוזית החוזה בטל. זאת, כיוון שהוא מהווה חרמה בפועל של קניין פרטי שלא בהתאם לחריגים הקבועים בדין. רק כך תוגשם החובה המוגברת של המפקד הצבאי להגן על הקניין של האוכלוסייה המוגנת.

119. יוער במאמר מוסגר, כי לא נטען מעולם כי המקרקעין נדרשים לצורך בטחוני זה או אחר, גם לא על ידי מי ששימש באותה העת כמפקד כוחות צה"ל באזור.

120. אף בית המשפט בכל אחד ואחד מגלגולי התיק, לא קבע צורך ביטחוני, בין היתר לאור העדר כל דיון במשפט הבינלאומי ההומניטרי, אשר מגדיר את הזכויות של המשיבים כתושבים מוגנים, ואת החובות של הרשויות כלפיהם. אילו הייתה הפרשה כפי שנפרשה בפני בית המשפט קמא נבחנת בהתאם למשפט הבינלאומי, ניכר כי ההוראות הקבועות בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ז-1973, הקובעות כי "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל", עשויות היו להיות מוחלות בנסיבות אלה.

121. ברור, כי השלכותיו של אישור הסכם לא חוקי בהתאם למשפט הבינלאומי, חורגות מדלת אמות הסוגיה החוזית הצרה. המדובר במעשה שלטוני מובהק, סחר-מכר בין שתי רשויות, אשר סחרו במה



שאינו שלהן, בניגוד לסמכות המסורה להן על פי הדין ובניגוד מוחלט למשפט הבינלאומי. לא רק שברור שלא ניתן להתנות על זכויות קוגנטיות של תושבים מוגנים בשטח כבוש, ברור שלא ניתן לבטל אותן במסגרת הסכם בין שתי רשויות או בין רשות שלטונית ובין זרוע של רשות שלטונית אחרת.

### **(3) פרשנות החלת עקרונות תקנת השוק ביחס למקרה – הנחות היסוד השגויות של הרשויות**

122. הרשויות מבקשות לקדם את החלת עקרונות תקנת השוק באופן המעניק לחטיבה להתיישבות עדיפות על פני הבעלים של המקרקעין, וזאת בהתאם לאמור בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. במקרה דנן, האינטרס עליו מבקש הממונה להגן הוא הצורך בקיום חיי מסחר (וזאת במובחן מאינטרס ההגנה על המרשם והמסתמכים עליו, כפי שהדבר קבוע בסעיף 10 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969).

123. לצורך חיזוק העמדה, נסמכות הרשויות על היקשים מדיניים ישראלים בעלי לשון דומה או זהה, ובפרט חוק נכסי נפקדים, התש"י-1950 וחוק האפוטרופוס הכללי, התשל"ח-1978. הערנו לעיל כי אין ולא היה מקום להישען על דינים אלה או על פסקי דין שעסקו בהם בענייננו, ונפנה לטענות שפורטו לעיל. התכליות שעמדו, למשל, ברקע חקיקתו של חוק נכסי נפקדים היו התמודדות דחופה עם צורך מיידי. זאת, במסגרת כללית של נסיבות הקמתה של מדינת ישראל מחד גיסא לרבות הצורך בקליטת עלייה דחופה, והעדר מידע ודאי אשר שרר בהכרח כתוצאה מאי סדר הנובע מאירועי לחימה, בוודאי באותן שנים, מאידך גיסא. כל אלה לא מתקיימים כאן: אין כאן צורך הכרחי ודחוף להקמת מצפה כרמים, אשר ממילא הקמתו הינה ארעית בשטח. בנוסף, גם לא קיים חוסר הוודאות הנטען היכן שמדובר במקרקעין רשומים ומוסדרים.

124. מנגד תכליתו של צו 59 הוא שימור המצב הקיים, ולא פיתוח שלו והתמודדות עם מצבי משבר דחופים כפי שחל ביחס לחוק נכסי נפקדים. פרשנות צו 59 לאור הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי הייתה מובילה למסקנה אחרת בהכרח, כי היכן שהתכליות שונות, גם האינטרסים שונים האחד מהשני.

### **III – בחינת יתר תנאי סעיף 5 לנוכח עמדת הרשויות – ייתור התנאים הלכה למעשה לקראת הסרת המגבלות וקידוש אי אכיפה של בניה בלתי חוקית**

125. כאמור, החלטת השופט עמית קבעה כי הדיון הנוסף יתקיים גם בכל הנוגע ליישום יתר תנאי סעיף 5 לצו 59. בחינת מסמך המדיניות של היועץ המשפטי לממשלה, בכל הנוגע לתנאיו האחרים של סעיף 5, מבקש למעשה לרוקן מתוכן את הסעיף מכל מרכיביו.

#### **(א) מרכיב ה"רכוש הממשלתי"**

126. גולת הכותרת היא המחלוקת באשר להגדרת מרכיב ה"רכוש הממשלתי", המופיע בסעיף 5. הגדרה זו הפכה גם היא כחומר ביד היוצר, ולאחר גלגולי עמדות שונים של היועץ המשפטי לממשלה, לכלי להפיכת מקרקעין פרטיים התפוסים בצו תפיסה, לכדי כאלה אשר ניתן לבצע הפרדה מלאכותית בין זכות הבעלות לבין זכות החזקה והשימוש. זאת, היכן שהיה זה היועץ המשפטי לממשלה עצמו אשר פסל הפרדה מלאכותית זו, במסגרת עמדתו בהליכים הנוגעים לחוק ההסדרה.

127. בהקשר האמור לא ניתן לקבל את עמדת הרשויות, כיוון שצו התפיסה עצמו הוצא בשנת 1980, לאחר קבלת החלטת ממשלה מס' 145 ביום 11.11.1979, אשר קובעת כי התנחלויות [קיימות] באזור יורחבו על ידי תוספת אוכלוסין ליישובים הקיימים ועל ידי הקמת יישובים נוספים על קרקע שבבעלות המדינה. מכאן אנו למדים, כי החלטת הממשלה קבעה כי יישובים שהוקמו על גבי מקרקעין תפוסים, על פי החלטת הממשלה, יישארו בגבולות השטח התפוס (או הרחבה על מקרקעין שבבעלות המדינה

או מקרקעין שנרכשו וצורפו לשטחי היישובים) ואילו יישובים חדשים יוקמו על מקרקעין שבבעלות המדינה (ודוקו: **בבעלות** המדינה, ולא ב-**"ניהול"** של המדינה).

128. משכך, גם אילו היה ניתן לקבל את עמדת הרשויות כי הממונה על הרכוש הממשלתי ראה במקרקעין האמורים חלק מצו התפיסה (למרות שאין מחלוקת שהמקרקעין לא היו חלק מצו התפיסה האמור), הרי שלאור העובדה כי המדובר ביישוב עצמאי, לא ניתן כלל להקים אותו על אדמות שאינן בבעלות המדינה. בנוסף, לא ניתן להרחיב את תחומי היישובים הקיימים באמצעות הוספת עוד ועוד תפיסות שטח, על מנת להרחיבם באופן מלאכותי. משמע, עמדת הרשויות עומדת בסתירה גמורה להחלטת הממשלה מס' 145, אשר אסרה על הקמת יישובים חדשים על מקרקעין שאינם בבעלות המדינה.

129. הרשויות אינן טוענות כי טעו לחשוב כי המדובר במקרקעין שבבעלות המדינה, אלא נטען כי הממונה טעה לחשוב כי המדובר במקרקעין תפוסים. זהו לא הבדל סמנטי בלבד כפי שמלמדת החלטת הממשלה, אשר התקבלה כפועל יוצא מפסיקת בית המשפט בפרשת **דויקאט** ולאחר פסיקת בית המשפט בעניין **איוב**, בה נקבע כי תפיסה אינה הפקעה ובעלות הבעלים המקוריים אינה נשללת. משכך, גם אם נתקבלה כלל טענות הרשויות בדבר אותה "טעות" במצב דברים, במסגרתה סבר הממונה כי המקרקעין האמורים הינם בתוך שטח צו התפיסה, גם אז לא ניתן להקים בהם התיישבות ישראלית, בין אם כיישוב חדש ובין אם כהרחבה של יישוב קיים.

130. המבקשות סבורות כי גם לו היה מקום לבחון את השאלה האם הממונה "סבר בטעות שמדובר ברכוש ממשלתי", כפי שקבעה דעת המיעוט של השופט הנדל וכפי שמבקשות הרשויות, הרי שבמקרה שלפנינו מדובר במקרקעין אשר באופן מובהק אינם יכולים להיות רכוש ממשלתי, ואין אפשרות שהממונה חשב שהוא רשאי להתקשר בהסכם להקמת יישוב עליהן. זאת, מכמה נימוקים:

א. הממונה לא יכול היה לטעות בסיווג המקרקעין: המקרקעין המדוברים הם **פרטיים**, **מוסדניים** ו**רשומים**. אחד התפקידים הבסיסיים של הממונה הוא להבדיל בין מקרקעין פרטיים לבין ממשלתיים. טעות בעניין זה היא טעות בלתי סבירה בסוגיה שהינה בליבת תפקידו וסמכויותיו.

ב. הממונה לא יכול היה שלא לדעת על שינוי המדיניות: הסתמכות על עסקאות אחרות שביצע הממונה לא מהווה כשלעצמה אינדיקציה לכך שהממונה סבר כי הרכוש הוא רכוש ממשלתי. זאת משום שלא ניתן להתעלם מהמפץ המשפטי בתחום המקרקעין בגדה המערבית בעקבות עניין **דויקאט**. כתוצאה מפסק דין זה, המדיניות של עריכת עסקאות דומות במקרקעין תפוסים פסקה כמעט לחלוטין עד סוף שנת 1979. צו התפיסה "לצרכים צבאיים" שבענייננו הוצא בשנת 1980 והסכם ההקצאה של הממונה עם ההסתדרות הציונית נערך בשנת 1981. השינוי המשמעותי הזה עוסק בנושא המצוי בליבו של התפקיד של הממונה, על כן חזקה על הממונה שהיה ידוע לו בנקודת הזמן של הוצאת הצו והחתימה על ההסכם כי **אסור** לו להקצות קרקע תפוסה לצורך הקמת יישוב. על כן, חזקה על הממונה כי ידע שאין לראות בקרקעות תפוסות רכוש ממשלתי.

131. הממונה לא יכול היה שלא לדעת שצו תפיסה אינו מקנה בעלות בקרקע: למעשה, גם טרם שינוי המדיניות בעקבות עניין **דויקאט**, לא עלתה טענה מצד המדינה כי קרקע שנתפסה בצו תפיסה צבאי היא רכוש ממשלתי. תפיסה אינה הפקעה, היא אינה שוללם את בעלותם של בעלי האדמות (ראו קביעות השופט ויתקון בעניין **איוב**), ואינה מעבירה את הבעלות לידי המפקד הצבאי. המפקד הצבאי הינו לכל היותר המחזיק הזמני בזכות החזקה והשימוש, והוא מוגבל בשימוש זה אך ורק לצורך ביטחוני מיידי ומובהק. הטענה כי יישובים ישראלים יכולים להיחשב צורך בטחוני נפסלה. למעשה, הממונה עצמו מעולם לא סבר כי יש לו סמכות להשתמש בקניין תפוס לצורך אזרחי מובהק, זאת משום ששימוש כזה נוגד את תכלית התפיסה הצבאית. לו סבר המפקד הצבאי כי תפיסת השטח בצו

תפיסה צבאי מקנה למדינה בעלות על השטח, הרי שהיה מפרט זאת בסעיף ההגדרות בצו. בעת חתימת הסכם ההרשאה הממונה היה מוסמך להתקשר בהסכם הקצאה בקרקעות שנחשבות "רכוש ממשלתי". לא היתה לו כל סמכות להתקשר בהסכם כזה בקרקעות הנתונות בצו תפיסה. חזקה על עובד ציבור המחזיק בידיו את ניהול הקרקעות בשטח הכבוש ואמון על שמירה על קניינם הפרטי של התושבים המוגנים שיכיר את גבולות הסמכות שהוקנתה לו ויקפיד לשמור עליה.

132. אימוץ הגישה שבפסק דינו של השופט הנדל, כפי שמבקשות הרשויות, לפיה "ההבחנה בין עסקאות זהות במהותן שביצע הממונה, על סמך השאלה באיזה אופן הגיע הנכס לניהולו של הממונה, מחטיאה ... את תכלית ההסדר" משמעותו אימוץ גישה העומדת בסתירה ישירה לדין החל באזור. השאלה באיזה אופן הגיע הנכס לניהולו של הממונה אינה עניין טכני. זוהי שאלה מהותית אשר מגשימה את אחד מעקרונות היסוד של דיני התפיסה הלוחמתית – יש להגן על קניינם הפרטי של התושבים המוגנים. העדרה של הבחנה כזו סולל את הדרך להפיכתו של סעיף 5 למסלול מהיר להכשרת בניה מאסיבית על קרקעות פלסטיניות פרטיות ולגזל אדמות בהיקף נרחב. ההבחנה בין רכוש ממשלתי לרכוש פרטי מחוייבת לפי הדין הבינלאומי שחל בשטח.

133. הכוח הכובש ראוי - במגבלות הנובעות מהיותו מנהל בנאמנות - לנהל ולהקצות שטח שהוא בבעלות ממשלתית לטובת שימושים שונים. מדיניותו העקבית של הממונה הינה ניהול והקצאת הרכוש הממשלתי כמעט תמיד לטובת האוכלוסיה הישראלית שמתגוררת בגד המערבית. התנהלות זו כשלעצמה מהווה סטייה מעקרונות הדין. אך כאשר מדובר בשטח שבעליו הם תושבים מוגנים בשטח הכבוש, על הכוח הכובש מוטלת החובה להגן עליו. הוא אינו יכול להקצותו לשימושים שונים כראות עיניו, ובפרט לא למטרות אזרחיות של גורמים פרטיים אחרים.

#### (ב) מרכיב ה"עסקה" ומרכיב ה"תמורה"

134. גם רכיב ה"עסקה" בצו מפורש ע"י הרשויות באופן רחב. לפי מסמך המדיניות, אמנם הכלל הוא שיש לראות בעסקה ככזו אשר מתייחסת להסכם בכתב בין הגורמים השונים (בין הממונה לבין החטיבה להתיישבות, וכן בין החטיבה להתיישבות לבין מתיישבים). קיומו של הסכם כתוב הינו תנאי להכרה בעסקה, וכן שעסקה כאמור תערך ביחס למקרקעין ספציפיים. אולם באותה נשימה מבקש היועץ המשפטי לבטל את עצם קיומו של הסכם בכתב או התייחסות למשבצות קרקע ספציפיות וזאת בכל אותם מקרים בהם הוחלט על קידום תביעה לשטח האמור.

135. לא רק שהעסקה עצמה לא נדרשת להיערך בכתב ועל מקרקעין מסויימים לשיטת המבקשים דיון נוסף, אלא שבהשלמת הטיעון נטען, כי עסקאות בגדה, ככלל, לא מסתיימות ברישום. מהצגת הרשויות עולה תמונה מטרידה, לפיה התנהלותו של הממונה מתבוססת במציאות של אי סדר ושיטת עבודה אשר מהווה קרקע פוריה לטווח גדול של טעויות. מדיניות של אי רישום עסקאות יוצרת מציאות של עריכת עסקאות במחשכים מבלי שהרשויות לוקחות על עצמן את האחריות.

136. בעוד שבכל רכיב אחר מרכיבי תקנת השוק עומדות הרשויות על כך שיש לפעול לפי הקיים בדין בישראל, הרי שבכל הנוגע לאופן ניהול הקרקעות, לתרבות החתימה על עסקאות ולחובות המינהליות של הממונה בבואו להקצות את הקרקעות בשטח הכבוש, הסטנדרט המצופה להכרה בקיומה של עסקה הינו מינימאלי עד לא קיים.

137. כך נוצר מצב אבסורדי לפיו עסקה שאינה בכתב, על מקרקעין שגבולותיהם אינם ברורים, ושלא נסתיימה ברישום בדין, מוצגת כעסקה שמתירה חריגה משמעותית מהדין הבינלאומי ופגיעה קשה בקניינם של בעלי הקרקע. אם אין צורך לרשום ולחתום, להגדיר גבולות ולרשום את העסקה בסופה,

למעשה כלל ההליכים שנועדו למנוע טעויות לא נדרשים בתהליך. זוהי מדיניות שמעודדת רשלנות וחוסר דיוק, מקום בו נדרשת הקפדה יתרה על זכויותיהם של תושבים מוגנים.

138. לא רק דרישת הכתב, קרקעות מסויימים ורישום אינם מתחייבים לעמדת הרשויות, אלא גם "תמורה" לא נדרשת, הלכה למעשה. אמנם מסמך המדיניות קובע כי כדי שעסקה תתממש יש צורך בתמורה, אולם בפועל, כפי שמציין נציג היועץ המשפטי בחוות דעתו (ר' נספחים 1-2 לעיל), לא נדרשה תמורה בין הרשויות בכל הנוגע להקצאות, והסתפקו בכך שבוצעו פעולות פיתוח, שיווק וקידום תכניות מתאר ביחס לשטח המוקצה. רוצה לומר, גם מרכיב התמורה נעלם מתנאי הסעיף.

139. מכל האמור לעיל עולה כי בפועל, עמדת הרשויות, המגובה על ידי היועץ המשפטי לממשלה מבקשת להוביל למצב בו סעיף 5 יוכל להמשיך ולשרת אותן במטרת העל שלהן – הכרה בדיעבד במהלכים של נישול תושבים מוגנים מקניינם הפרטי לטובתם של תושבים ישראלים. בפועל הרשויות מבקשות להכיר בהתנהלות רשלנית שלהן כסטנדרט הנופל תחת "תום הלב"; לראות ברכוש כממשלתי למרות שמעולם לא ניתן היה לראותו ככזה; לרכך את המונח "עסקה" גם למקומות בהן לא הייתה עסקה במקרקעין; ולרוקן מתוכן את דרישת התמורה. בעזות מצח שאין כדוגמתה מבקשות הרשויות לראות במדיניות זו "תקנת שוק".

## סוף דבר

140. לאור דלות השיח אותו מבקשות הרשויות לקיים סביב סוגיה כה משמעותית – כפי שאף אלה סוברות בבסיס בקשתן לקיום דיון נוסף – מתחזק הצורך לקבל את בקשת המבקשות ולהתיר את צירופן במעמד ידידות בית המשפט. כפי שהראנו לעיל, המחלוקות השונות המוצגות על ידי הרשויות הינן מחלוקות הנסבות על פרשנות ראויה ועל אמות מידה נדרשות להתנהלותן, אולם כל זאת מוצג באופן חלקי ולקוי, אשר בוחר שלא להתייחס כלל למערכות הנורמטיביות המשפטיות, החולשות על המקרקעין המצויים באזור המצוי תחת כיבוש.

141. התוצאה אשר עשויה להיגרם הינה מציאות משפטית החסרה בחינה ושקלול של אינטרסים ראשוניים במעלה של האוכלוסיה המוגנת, הגורם החלש בכלל המשוואות הנסמכות על צו 59 וסעיף 5 שבו. אוכלוסיה זו, צרכיה והחובות של הרשויות כלפיה נעדרות כליל מהשלמת הטיעון ומכתבי בי הדין שהוגשו על ידי הרשויות, וכפי שהוצג לעיל, הייתה זו כנראה גישה מכוונת המבקשת להצניע את ההגבלות שמטיל הדין הבינלאומי.

142. הבקשה הקודמת שהוגשה על ידי המבקשות הפנתה למאמרה של פרופ' ברק-ארז כפי שפורסם בסמוך להגשתה, והגורס כי קיים פוטנציאל הטמון בבחירות פרשנויות להעצמתם של צדדים מוחלשים באמצעות המשפט ובעיקר לקידום של ערך השוויון. להשקפתה של פרופ' ברק-ארז, **"פרשנות היא אחת הדרכים המרכזיות באמצעותן המשפט מתפתח, ועל כן היא אמורה לשמש אמצעי רב-ערך לתיקון של הטיית לא צודקות שקיימות בו"** (דפנה ברק-ארז "פרשנות, שוויון והעצמה" ספר דנציגר (לימור זר גוטמן ועידו באום, עורכים, 2019) 501, 506).

143. רשויות מדינת ישראל הפועלות באזור פועלות במתחם נטול פעילות ואטמוספירה דמוקרטית כלפי האוכלוסיה המוגנת הקיימת בשטח. בפועל, הטייתן ונטייתן של הרשויות באזור, כפי שאף עולה מנתוני ההקצאה, הינן חד-צדדיות מובהק, באופן אשר מבקש לקפח את האוכלוסיה והצד החלש ביותר במערכת האינטרסים השונים המתקיימת במשטר המקרקעין בגדה המערבית.

144. בחירתן של הרשויות לנקוט בגישות פרשנויות הנוגדות את הוראות המשפט הבינלאומי, מובילה לכך כי במבחן התוצאה, הפרשנויות השונות הובילו דווקא לחיזוקם של הגופים החזקים במערך היחסים, קרי הרשויות והמאחז אשר התאפיין בביצוע רחב היקף של עבירות בניה ובניה שלא כדין. מהבחינה המשפטית הפרשנויות ועמדות הרשויות עומדות בסתירה למסגרת הנורמטיבית החולשת על השטח, על התושבים המוגנים, על קניינם ועל החובות המוגברות של המפקד הצבאי ביחס אליהם.

145. בעוד שהפרשנות הינה "כלי גרסיבי או אמצעי תיקון של פערי כוח", כדבריה של פרופ' ברק-ארז במאמרה לעיל, הרשויות מבקשות מבית המשפט להפוך סדרי בראשית, ולהוביל למצב אשר ינציח פערי כוח אלה, ויחזק דווקא את אלה שפעלו בניגוד לחוק: תושבי המאחז שבנו בניגוד לדין; ורשויות האזור אשר הקצו שטח שמעולם לא היה בבעלות המדינה ומעולם לא יכול היה להיות בבעלותה.

146. זכות הקניין של בעלי האדמות, בין אם היא מעוגנת בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובין אם בתקנה 46 לתקנות האג וסעיף 53 לאמנת ג'נבה, לא נשקלה כלל בשיקולי הרשויות בבקשתן ולמרבה הצער, גם לא באופן פועלן בשטח בפועל בעשורים האחרונים.

147. לא בכדי קבעה פרופ' ברק-ארז כי **"שימוש בפרשנות לצורך העצמה וקידום של אוכלוסיות מוחלשות יכול להיות פשוט יותר בסיטואציות שבהן קיימים פערי כוחות מובהקים בין צד מוחלש לצד חזק"** (שם, בעמ' 518). אלה המקרים בהם היכן שקיימות מספר פרשנויות, יש להעדיף את הפרשנות שתפעל לטובת האוכלוסייה המודרת, נעדרת המהלכים אצל רשויות השלטון, אשר אינה מיוצגת, ואשר באופן שיטתי הפכה להיות קורבן להשתלטות בלתי חוקית על מקרקעין, בין אם על ידי תושבים ישראלים שונים ובין אם על ידי פרקטיקות שונות אותן מנסות הרשויות באזור לקדם, לטובתם של אלה שפעלו בכוח הזרוע ובנו את מבניהם בניגוד לדין.

148. מבחינת למעלה מן הצורך נציין, כי גם אם היה מקום לראות את תושביו של המאחז הבלתי מורשה כאוכלוסייה מוחלשת או כזו אשר מצאה עצמה בסיטואציה האמורה, או אז **"יש מקום לשקול הכרעה המתחשבת בדפיציט הדמוקרטי, כלומר, בפער בין מידת ההשפעה של הסדרים והחלטות על קבוצה מסויימת לבין האופן שבו אותה קבוצה יכולה לקחת חלק בעיצובם של ההסדרים האמורים"** (שם, בעמ' 520). בפועל, בית המשפט הנכבד פסע כברת דרך לטובתם של תושבי המאחז באמצעות הסעד האופרטיבי שניתן להם בסופו של יום.

149. בעלי האדמות הפלסטינים, התושבים המוגנים של השטח הכבוש, עשויים לעומת זאת למצוא עצמם מול חריג חדש לאיסור ההחרמה של הרכוש הפרטי, חריג אשר כל כולו נועד לתת צידוק וחסיונות להתנהלות רשלנית (במקרה הטוב) של הרשויות הפועלות באזור, המבקשות לבסס גזל ונישול רב שנים, ממנו תהנה אוכלוסייה אחת בלבד ותקופת אוכלוסייה אחרת בלבד. אין להסכין עם תוצאה זו.

היום, 21 ביוני 2021

רוני פלי, עו"ד

דן יקיר, עו"ד

שלומי זכריה, עו"ד

ב"כ המבקשת 2

ב"כ המבקשת 1