

Shlomy Zachary, Adv.

Lior Zur, Adv.

שלומי זכריה, ע"ד

ליאור צור, ע"ד

1 בחודש יולי, 2021

לכבוד :

עו"ד ד"ר אביחי מנדלבלית

היועץ המשפטי לממשלה

באמצעות פקס' 02-6467001

עו"ד איתי אופיר

היועץ המשפטי למערכת הביטחון

באמצעות פקס' 6976746

הנדון: התראה על בטלות ההסכם בין נציגי ממשלת ישראל בנוגע למאחז הבלתי חוקי אשר

הוקם על אדמות הכפרים ביתא, יתמא וקבלאן, הנודע בשם אביתר

ודרישה לפתוח בחקירה נגד המועצה האזורית שומרון על מעורבותה בהקמתו של המאחז,

מימונו וסיוע להתבססותו

מרשי, ארגון יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם (ע"ר)¹

שלום רב,

1. מרשי שבכותרת, ארגון "יש דין" מילא את ידי לפנות אליכם בנושא שבנדון, וזאת בעקבות פרסום הסכם המכונה מתווה אביתר, כפי שנחתם על ידי מזכיר הממשלה. עד כה, ולאור חרושת השמועות שהייתה סביב הנושא, לא היה מצע ענייני ומהותי לשטוח בפניכם את הטענות המועלות, אולם כעת, משפורסם ונחתם המסמך וניתן לו פומבי, מרשי פונים אליכם בדרישה לקבוע כי מתווה זה אינו חוקי, אינו חוקתי, אינו ראוי, ופסול מבחינת הדין ומבחינת אמות מוסר בסיסיות.

2. ארגון יש דין הינו עמותה רשומה בישראל הפועלת למען הגנה על זכויות האדם של התושבים המוגנים בגדה המערבית, הכפופים לשלטון הכיבוש הצבאי הישראלי. העותר מתעד פגיעות שיטתיות בזכויות אדם ומסייע לנפגעים לממש את זכויותיהם היכן שאלה נפגעות על ידי הרשויות הישראליות ותושבים ישראלים בשטח המצוי תחת דיני התפיסה הלוחמתית. הארגון מתעד מקרים שבהם ישראל אינה מיישמת את חובתה על פי עקרונות המשפט הבינלאומי להגן על הפלסטינים, ופועל למען ביצורן של זכויות הקיימות על פי עקרונות אלה.

אחד מהנושאים הבערים הקיימים בגדה המערבית, נוגע לאי אכיפת החוק כלפי עבריינים ישראלים. מחקרים רבים של הארגון הראו כיצד באופן שיטתי, לצד ריבוי העבירות המתבצעות בשטח הגדה המערבית בנפש וברכוש הנובעות ממניעים אידאולוגיים, פשתה במרחב זה תרבות, או תת-תרבות, של אי אכיפת הדין ביחס לעבריינים אלה, ואף מתן תמריצים ופרסים שונים לגורמים העבריינים, באופן המעודד אותם ודומים להם, להמשיך ולפעול במסגרת פעולות עברייניות אלה. התוצאה הישירה של התנהלות זו הינה אזור הסובל מתת אכיפה או היעדר אכיפה, באופן המשפיע על מאות אלפי פלסטינים מדי יום ביומו בתחומי חיים רבים. התוצאה העקיפה היא השתרשות תרבות פסולה במסגרתה קיום הוראות החוק

¹ יש דין הוא ארגון זכויות אדם ישראלי הפועל למען העצמה של הליכי אכיפת חוק על ישראלים שפגעו בפלסטינים בשטחים הכבושים. יש דין גאה להיות נתמך על-ידי ישויות מדיניות דמוקרטיות זרות. תמיכה זו מהווה חלק עיקרי ממקורות המימון של הארגון. יש דין מתחייב שאף אגורה מכספו לא הגיעה ולא תגיע מכספי הימורים, מגורמים אנטישמיים או מכל מקור אחר שחוקיותו מוטלת בספק.

מהווה רק המלצה, ומוחלת למעשה רק על אוכלוסיה אחת במרחב הגדה המערבית, כאשר אוכלוסיה אחרת, התושבים הישראלים המתגוררים בה, חשה כי היא חסינה מכלל הוראות הדין ואכיפתו.

3. הקמתו של המאחז הבלתי מורשה אביתר מהווה מיקרוקוסמוס של הפרת חוק זו מחד גיסא, אשר מגובה על ידי רשויות מקומיות הפועלות באזור וממומנות בתקציבים ממשלתיים, והענקת פרסים ותמריצים לאותם מפרי חוק בדיוק. כפי שקבע בית המשפט העליון בעבר, העובדה כי הפעולות העברייניות בוצעו מטעם אידאולוגיים אשר היה מי שביקש לנסוך עליהם נופך של אינטרס ציבורי, לא רק שלא מקהה את המעשה, אלא גם נוסכת עליו חומרה יתרה (ראו בג"ץ 8088/14 פראחת נגד היועץ המשפטי לממשלה ואח' [2017], פורסם בנבו, פסק דינה של כב' השופטת ד' ברק ארז).

4. כזכור, המאחז הבלתי חוקי "אביתר" הוקם על אדמות שאינן מוכרות כאדמות מדינה, אלא אדמות המצויות בטבורה של סביבה מעובדת, אשר היו תחת צו תפיסה שהוצא לצורך צבאי, בטחוני ודחוף במהלך שנות ה-80 של המאה שעברה, לאחר שניתן פסק הדין בעניין אלון מורה, בג"ץ דויקאת, ולאחר קבלת החלטה 145 של ממשלת ישראל מחודש נובמבר 1979.

5. במהלך השנה האחרונה, באופן מתוזמן היטב, ולכאורה תוך סיוע לוגיסטי וכלכלי ניכר מטעם המועצה האזורית שומרון, הוקמו במתחם מספר רב של מבנים, נפרצו דרכים וכן השתכנו במקום כ-200 תושבים ישראלים. אין המדובר במעשה "מקרי" אלא במהלך מתוכנן היטב, אשר נרקם על ידי גופים ועמותות שונות שהפרו ביודעין את הדין. צו תיחום שהוצא למאחז נועד הן לפנות את המצוי בו והן להעמיד לדין את מפריו, כפי שעולה מהוראותיו המפורשות. המדובר במהלך של אלימות פוליטית מובהקת, אשר עושה שימוש בכוח הזרוע ואוזלת ידן של רשויות האכיפה בשל הנחיות הדרג המדיני לשחרר קבוצה זו מתחולת הדין. כל זאת, תוך השלטת טירור ואימה על תושבי הכפרים הפלסטינים הסמוכים מזה חודשים רבים. כך, כפי שלימדה אותנו ההיסטוריה, מתפתחת מציאות הלכה למעשה של טרור (להגדרות הגמישות של המונח טרור ולחובת המאבק בטרור כאלימות הפוליטית, ראו גיל לימון, **המאבק בטרור בראי המשפט הבינלאומי**, הוצאת נבו, 2016).

6. במסגרת הסכם שפורסם אליו הגיעו ה-"תושבים" של המאחז, לצד המועצה האזורית שומרון וכן משרד הביטחון ומשרד ראש הממשלה, נקבעו בין היתר המרכיבים הבאים:

- כי המבנים הקיימים במקום יישארו על תילם, חרף אי החוקיות האופפת אותם;
- כי במקום ישהה כוח צבאי עד לבירור מעמד מהקרקעין;
- כי יקודם מהלך מהיר לבחון את מעמד המקרקעין וכי עד לבירור האמור, לא יינקטו צעדי אכיפה ביחס לבינוי המפר (זאת הגם שחלק ניכר מהמבנים הינם מבנים יבילים, כולם הוקמו בניגוד לדין התכנוני הקיים באזור, ואף תוך הפרת צו התיחום);
- כי צו התיחום יישאר על כנו עד לסיום הליך ההכרזה ופינוי המבנים אשר אינם נופלים במסגרת ההכרזה;
- כי במקום תוקם "ישיבה" ובה ישוכנו צוות ומשפחות הישיבה, וזאת בין היתר על דרך של קידום מהלך עוקף הליכי תכנון;
- כי הממשלה תפעל לקיום נוכחות אזרחית בשטח, בתיאום אם ראש המועצה האזורית שומרון.

7. כל המתווה האמור, טבול מכף רגל ועד ראש באי חוקיות מובהקת. מטרת המתווה היא למעשה כניעה לאיומי טרור ושימוש באלימות, ועל דרך איומים אלה, הושג, תוך שימוש באמצעי סחיטה באיומי אלימות, מהלך שכולו נוגד את הוראות הדין הבינלאומי החל בשטח; הדין המקומי; כללי המנהל הציבורי התקינים; וכל אמת מידה בסיסית של מוסר, צדק ויושרה. זאת בכמה וכמה מובנים.

8. **ראשית**, מבחינת המשפט הבינלאומי הפומבי ההומניטרי המהווה את המסגרת העליונה החלה בשטח, חל איסור על העברת אוכלוסיה של הצד הכובש אל השטח הכבוש, וזאת בהתאם להוראות סעיף 49 לאמנת גינבה הרביעית. יוער, כי נושא זה אף מצוי תחת בחינה של בית הדין הבינלאומי הפלילי בהאג הפועל מתוקף חוקת רומא, בפרט לגבי נקודות יישוב ישראליות אשר הוקמו לאחר שנת 2014.

9. **שנית**, נוכחות כוח צבאי בשטח כבוש, בוודאי על גבי צו תפיסה כפי שהוצא בעבר למתחם, נועדה לצרכים הכרחיים בטחונים ודחופים. שימור נוכחות ישראלית בשטח אליו פלשו גורמים ישראלים, בניגוד לדין, אינה יכולה להוות הצדקה לנוכחות הצבאית בשטח, בוודאי שטח שנתפס בצו תפיסה. ההחלטה על שימור כוח צבאי בשטח, שהינה החלטה של מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בהתאם לסמכויות המסורות לו כחליף הריבון, אינן יכולות לשמש ככר פורה להגשמת מאוויים פוליטיים לקידום נוכחות ישראלית בשטח, רק כי מאן דהוא מקרב המועצה האזורית שומרון סבר כך או כי קבוצת עבריינים החליטה להתמקם היכן שהתמקמה. מעבר לשימוש הפוליטי בחיילי צה"ל, כסטאטיסטיים במחזה אבסורד פוליטי בהוראת דרג פוליטי, ברי כי לא קיים כל צורך צבאי אמיתי לשמור על מבנים ריקים אשר הוצבו בניגוד לחוק. ההחלטה למקם במקום כוח צבאי הינה תולדה של אותו מתווה ולא החלטה הנובעת משיקולי ביטחון ושמירה על הסדר הציבורי (ולראייה, בכל אותה העת בה המאחז עמד על תילו, לא סבר מפקד כוחות צה"ל כי יש למקם בו חיילים כנוכחות קבועה).

10. **שלישית**, ההחלטה מראש על ייעוד המקרקעין, במידה ואלה יוכרו כאדמות ציבור, ללא הליכי מכרז וללא בחינת הצרכים של מלוא האוכלוסיות הנמצאות בשטח, בפרט לאור מיקום מתחם המאחז – בטבורו אזור בו שוכנים שלושה כפרים פלסטינים ובמרכזו של שטח חקלאי, הינה בלתי סבירה ובלתי חוקית. סלילת המטרה וקביעתה מראש, וזאת עוד טרם ביצוע מהלכי בירור הקרקע, נוגדת כל אמת מידה בסיסית של משטר מנהלי תקין, חותרת תחת הוראות תקנה 55 לתקנות האג ומהווה שימוש לרעה בסמכות.

11. **רביעית**, הנסיון מראש לעקוף את הליכי התכנון על ידי תפירה של "צו מיוחד" לנסיבות הללו, הגם שאין כל הצדקה תכנונית או צורך מיוחד לכך, מהווה גם הוא שימוש לרעה בסמכויות המסורות למפקד הצבאי על פי תקנה 43 לתקנות האג. הידיעה כבר כעת כי הדין התכנוני באזור אינו יכול להכשיר את המאחז ואת המבנים, אינה יכולה להוות צידוק למפרע להתקנת דין מיוחד על מנת שלא להדרש לאמות מידה תכנונית בסיסיות החלות בשטח כבוש. הדבר מהווה חתירה תחת עקרונות בסיסיים של המשפט הבינלאומי ההומניטרי בדבר חובת השמירה על הדין הקיים ועקרון הנאמנות וזמניות הכיבוש.

12. **חמישית**, לא ברור מהיכן שואב ההסכם את הכוח והחיות להורות על אי אכיפת הדין ביחס למבנים הממוקמים במתחם בניגוד להוראות הדין השורר באזור ובניגוד מפורש לצו התיחום. בכל הכבוד הראוי, הדרג הפוליטי, בכיר ככל שיהיה, כגון ראש הממשלה, שר הביטחון ואף הממשלה כולה, אינם יכולים לקבוע, במסגרת הסכם פוליטי, כי לא יינקטו הליכי אכיפה כנגד מעשי עבריינות וכי אלה יישמרו על כנם. מהו הבסיס המשפטי לאי נקיטה באמצעים הפליליים כנגד מפריי הרבים של צו התיחום, אשר עשו זאת במודע ובמתכוון? מהו הבסיס המשפטי על פי דיני האזור אשר מאפשר הותרת המבנים הלא חוקיים על כנם? האם הוראה זו או אחרת של הדרג הפוליטי יכולה להתגבר על הוראות דין חרוטות, הקיימות בשטח כבוש והוצאו על פי כל דין?

13. **שישית**, כבילת שיקול הדעת של הרשויות הפועלות במתחם, בדמות מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, ראש המנהל האזרחי ושאר כפייהו, לגחמות פוליטיות, הינה פסולה מכל וכל. זאת בין היתר לאור פסיקת בית המשפט העליון בעניין בג"ץ 4374/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל ואח' נגד ראש הממשלה ואח'** [פורסם באר"ש, 2016].

14. **שביעית**, קביעה מראש של הקמת נקודת יישוב ישראלית, בשטח כבוש, מחייבת החלטת ממשלה במליאתה, דבר שלא נעשה. לא ניתן על בסיס התחייבות זו או אחרת של מאן דהוא, המונע ממטרות

פוליטיות אלה או אחרות, לפעול בניגוד להוראות הדין. החלטה על נקודת יישוב – ללא קשר לגודלו או אופיו, בין אם ישיבה ובין אם יישוב אזרחי אחר – מחייבת החלטת ממשלה, וזאת לאחר עבודת מטה רצינית של כלל הגורמים ולאחר הצגת מלוא הנתונים הנדרשים (ראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.1800 מיום 6 דצמבר 2004).

15. לכל אלה יש להוסיף את התוצאות הנלוות להקמת המאחז, והוא התעמרות בחקלאי האזור, שינוי מסיבי של אורחות חיייהם, יצירת הגבלות תנועה וכן פוטנציאל פגיעה עצום בקניין של אלה, הגובל עם מיקום המאחז. וכפי שגם ההיסטוריה הקצרה והעגומה הראתה, הקמת המאחז כבר הובילה לאובדן חיי אדם של מספר מתושבי הכפרים הפלסטינים הסמוכים.

16. נאמר את הדברים ללא כחל וסרק: ההסכם האמור, כפי שפורסם במלואו הבוקר לציבור חותר תחת תקנת הציבור. המדובר בהסכם שבוצע עם גורמים עבריינים, המבקש לקדש את מעשה העבריינות תחת אכיפת החוק בעניינם, ותוך מתן חסינות למפרע לאותן עבירות שבוצעו, כמו גם דירבון של קבוצות אלה ואחרות לנקוט במהלכים דומים בעתיד. כפי שקובע במפורש חוק החוזים, החלק הכללי, התשל"ז-1973, בסעיף 30, תחת הכותרת "חווה פסול", הרי שחווה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל".

17. ההסכם בין נציגי ממשלת ישראל ובין המועצה האזורית שומרון ותושביו של המאחז הבלתי חוקי אביתר, הינו הסכם שכריתתו ותכנם הינם בלתי חוקיים כפי שהוצג לעיל.

18. ההסכם בין נציגי ממשלת ישראל, ובין המועצה האזורית שומרון ותושבי המאחז, הינו בלתי מוסרי, עת הוא משקף כניעה לאלימות, להפרת חוק, ומתן תמורות והישגים למפרי החוק, וזאת בשל הפרת החוק.

19. ההסכם בין נציגי ממשלת ישראל ובין המועצה האזורית שומרון ותושבי המאחז, הינו כזה הסותר את תקנת הציבור, בוודאי לאור מיקומו של המאחז, וההשלכות האדירות על תושבי הכפרים הפלסטינים במרחב, כמו גם העובדה שנעשה עם גורמים עבריינים על מנת להוביל בסופו של יום לאישור בדיעבד של המעשה העברייני, תחת מטרייה ממלכתית-ציבורית, הכל תוך הפרה בוטה של הדין הבינלאומי.

20. האמור לעיל מהווה רק את קצה קצהו של אי החוקיות, וזאת בהתאם למתווה שפורסם הבוקר. לאור קוצר הזמן והצורך להעמיד את הדברים על מכונם בהקדם, טענות אלה מועלות על קצה המזלג, אולם "יש דין" שומר לעצמו את הזכות להוסיף טענות וטעונונים על האמור לעיל ככל שיימצא לנכון.

21. לאור שלל נימוקים אלה, הנכם מתבקשים להוראות לראש הממשלה, לשר הביטחון ולממשלה כולה, כי נוסח ההסכם עליו חתם מזכיר הממשלה, אינו חוקי, ועל כן בטל ומבוטל. המדובר בהסכם שכל כולו עומד בניגוד לדין, בניגוד לכללי המשפט המנהלי התקין, ולתקנת הציבור ועל כן דינו אחד הוא – בטלות. כל החלטה אחרת אשר תותיר הסכם זה על כנו, לא רק שתהווה הפרה של החוק, אלא בפועל מהווה תמיכה אקטיבית בעבריינות אלימה וממוסדת.

22. בהיעדר כל הוראה משפטית מחייבת אחרת, אין אלא לתהות - מהו המסר המועבר על ידי הסכם זה, אשר נעשה עם קבוצת עבריינים אשר עשתה דין לעצמה, החליטה על הקמת נקודת יישוב וכעת לופתת את הרשויות בלפיתת חנק ותוך איום מרומז על התנגדות אלימה לפינוי – על כל השלכות הפרות הסדר במרחב – לציבור הרחב ולאוכלוסיות השונות המתגוררות בגדה המערבית?

מהו ההיגיון המינהלי להעניק דווקא לפורעים תמריצים ופרסים, לצד הימנעות מאכיפת הדין ביחס לכל אותם גורמים אשר היו מעורבים בהפרת החוק והפקרת הדין הסיטונית אשר התבצעה באזור? מהו הצידוק המשפטי להחלטה של הדרג הפוליטי שלא לאכוף את החוק ביחס להפרותיו? כל אלה מחייבים את התערבותכם כשומרי סף אל מול מה שנדמה כקריסתו של קו מאזינו של אכיפת החוק, בהסכם מופקר, מופרך, בלתי חוקי, בלתי מוסרי אשר תוצאה אחת לו – בטלות.

23. מעבר לכך, נבקש ממכותב מס' 1, היועץ המשפטי לממשלה, להורות על פתיחה בחקירה פלילית נגד ראש המועצה האזורית שומרון והמועצה עצמה, בגין מעורבותה לכאורה בהקמת המאחז, לרבות מה שנחזה כמימון וסיוע לוגיסטי ואחר בהקמת המבנים, שידול להגיע למאחז חרף צו התיחום שהוצא בעניינו, ואף מיקום לשכת ראש המועצה במאחז, הכל באופן מתריס, תוך שימוש בכספי ציבור, תוך חריגה מסמכות לאור העובדה כי השטח אינו מצוי בתחומה של המועצה, ותוך הפרת הדין הבינלאומי, הדין המקומי בדבר תכנון ובניה ותחיקת הבטחון הנוגעת לצו התיחום שהוצא למתחם בו הוקם המאחז.

העובדה כי נציגי ונבחרי ציבור, עושים שימוש במעמדם ו/או בתקציב ציבורי לצורך הפרת חוק, בפרט כאשר זו נעשית על רקע אידאולוגי, הינה מסוכנת לעין שיעור מהפרת חוק 'רגילה', ומחייבת פעילות נחושה של גורמי אכיפת החוק, אשר הינך, כיועץ המשפטי לממשלה, ולנוכח מעמדו של ראש המועצה כנבחר ציבור, הגורם האחראי על כך. כידוע לך, מעורבותם העקבית של ראשי המועצות בתחומי הגדה המערבית בהקמתם של מאחזים הפכה להיות שם דבר, ולמרבה הצער נתקלה זו בריפיון אכיפתי מצידך ומצד רשויות אכיפת החוק. כולי תקווה כי נלמדו הלקחים מפרשות קודמות, לרבות הביקורת שנמתחה בעבר על ההחלטות הראשוניות בתיקים דומים (נפנה בעניין זה לבג"ץ 8088/14 הנזכר לעיל וכן למקרים דומים אחרים).

24. אודה קבלת התייחסותכם לאמור במכתבי זה בתוך 7 ימים ממועד שליחתו.

25. מובן, כי אין באמור במכתבי זה או בשאינו אמור בו כדי להוות מיצוי טענותיו של מרשי על פי כל דין היכן שיבחר לעשות כן.

בברכה,

שלומי זכריה, עו"ד