

העותרות

1. האגודה לזכויות האזרח בישראל (ע"ר)
2. יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם (ע"ר)

באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או שניר קליין ו/עינת גייר
כולם מרח' דוד חכמי 12, תל-אביב 6777812; טל: 03-
6206947/8/9, פקס: 03-6206950

ובאמצעות עוה"ד רוני פלי ו/או אבנר פינצ'וק ו/או עודד פלר
ו/או גיל גן-מור ו/או גדיר ניקולא ו/או דבי גילד-חיו ו/או עביר
ג'ובראן ו/או משכית בנדל ו/או טל חסין ו/או ניצן אילני ו/או
הגר שחטר ו/או רעות שאער

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

רחוב בן אב"י איתמר 9, תל אביב- יפו 6473629
טלפון: 03-5608185; פקס: 03-5608165
דוא"ל: roni@acri.org.il

-- נ ג ד --

המשיבים

1. שר הביטחון, יואב גלנט
 2. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
 3. ראש המינהל האזרחי
 4. השר הנוסף במשרד הביטחון, ח"כ בצלאל סמוטריץ
 5. סגן ראש המינהל האזרחי לעניינים אזרחיים, הלל רוט
- באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, משרד המשפטים,
רח' סלאח א-דין, ירושלים

עתירה לצו על תנאי

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקשים המשיבים ליתן טעם מדוע בית המשפט הנכבד לא יכריז על בטלות הצו בדבר הקמת מינהל אזרחי (תיקון מס' 33) (יהודה והשומרון) (מס' 2195), תשפ"ד - 2024 וכן על בטלות כתב המינוי והאצלת סמכויות למשיב 5, סגן ראש המינהל האזרחי לעניינים אזרחיים (מיום 29.5.2024) – להלן: "הצו", ו"כתב המינוי האצלת סמכויות" בהתאמה, או לחלופין יורה על ביטולם.

הצו וכתב המינוי והאצלת הסמכויות מצ"ב ומסומנים נספחים ע/1 ו-ע/2 בהתאמה.

תוכן העניינים

א.	פתח דבר	3
ב.	רקע עובדתי	4
I.	הצדדים לעתירה	4
II.	הממשל הצבאי בגדה המערבית מיוני 1967 ועד מאי 2024	4
III.	המהפכה המשטרית: הצו וכתב המינוי והאצלת הסמכויות	13
IV.	מיצוי הליכים	21
ג.	הטיעון המשפטי	21
I.	הטיעון בקליפת אגוז	21
II.	דיני הכיבוש (התפיסה הלוחמתית) ואיסור הסיפוח: המסגרת המשפטית	22
III.	הצו וכתב המינוי והאצלת הסמכויות מהווה סיפוח אסור	32
IV.	הצו וכתב המינוי והאצלת הסמכויות מהווה עיגון של משטר אפרטהייד	37
V.	הצו והאצלת הסמכויות פוגעים ויפגעו קשות בזכויות היסוד של האזרחים המוגנים	46
VI.	האצלת הסמכויות לסגן רמ"א אינה חוקית	52
VII.	מינוי סגן אזרחי יוצר פוליטיזציה של כל מערך המינהל האזרחי	54
VIII.	היעדר סמכות, חריגה מסמכות ואי-סבירות	59
ד.	סוף דבר	60

א. פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו בשינוי משטרי שבוצע במבנה הממשל שישראל מפעילה בגדה המערבית שמשמעותו הלכה למעשה סיפוח של הגדה למדינת ישראל. עניינה של העתירה לפיכך **בהפיכה משטרית** שבוצעה ע"י ממשלת ישראל בשטחים כבושים המוחזקים ע"י הצבא מאז יוני 1967, **תוך הפרת הדין הבינלאומי, פגיעה קשה בזכויות של האזרחים המוגנים תושבי השטח הכבוש, והעמקה וביצור של פשע האפרטהייד המבוצע באזור זה.**
2. על מנת להסוות את השינוי המשטרי שהוא נושאה של עתירה זו, וכדי להימנע מביקורת בינלאומית, השינוי המשטרי הוצא לפועל באמצעות צו צבאי וכן כתב מינוי והאצלת סמכויות אשר יחדיו העבירו את מירב הסמכויות המינהליות וגם חלק מהסמכויות התחקיות, מהצבא שמשמש ב-57 השנים האחרונות כמושלה של הגדה המערבית, אל מערך אזרחי שהוקם לשם כך במשרד ממשלתי שהוקם בתוך משרד הביטחון והכפוף לשר הנוסף במשרד הביטחון. למרות שלמראית עין הסמכויות נותרו בתוך משרד הביטחון, בפועל, נוצרה מערכת שלטונית נפרדת לגמרי, שאינה כפופה ואינה משתלבת בהיררכיה של מערכת הביטחון.
3. בעתירה זו ייטען להלן כי השינוי המשטרי הינו פסול בשל כל אחת מהסיבות הבאות: הוא מהווה סיפוח אסור של שטח כבוש; הוא גורם ויגרום לפגיעה קשה נרחבת ובוטה בזכויות היסוד של התושבים המוגנים של השטח הכבוש, פגיעה שהיא אינהרנטית לשינוי המשטרי; ושהוא מעמיק את אופיו של משטר הכיבוש הישראלי כמשטר אפרטהייד בלתי מוסרי ובלתי חוקי, ולפיכך השינוי המשטרי מגביר את הסיכון אליו נחשפים עובדי ומשרתי ציבור ישראלים רבים העלולים להיחשד בביצוע פשע האפרטהייד.
4. בנוסף ייטען להלן כי העברת הסמכויות מהצבא, שהיא ליבו של השינוי המשטרי, נגועה בהאצלה פסולה ובהחדרה של שיקולים פוליטיים אסורים למסגרת מינהלית שאמורה להיות נקייה מהם.
5. העותרים יטענו לפיכך שהשינוי המשטרי, שבבסיסו צו צבאי שביטולו הוא הסעד המתבקש בעתירה, נגוע הן בפגם של **חוסר סמכות וחריגה מסמכות** והן בפגם של **אי-סבירות קיצונית**.
6. בית המשפט הנכבד יתבקש בעתירה זו לעצור את השינוי הבלתי הפיך במעמדו של השטח הכבוש שמובילים המשיבים. בית המשפט יתבקש בעתירה זו לעצור את מצג השווא שעומד בבסיס ההפיכה המשטרית, אשר באמצעותו מסתירים המשיבים הן מהציבור הישראלי והן מהקהילה הבינלאומית את מהות פעולתם, וקובעים עובדות בשטח ללא דיון וללא גילוי – אשר משנים מהיסוד את טיבה ומהותה של השליטה הישראלית בגדה המערבית.
7. בפרק העובדתי של עתירה זו, נסקור את ההיסטוריה של מבנה השליטה הישראלית בגדה המערבית מ-1967, ואת השינויים העיקריים שחלו בו עד לפרסום הצו נושא עתירה זו. לאחר מכן נפרט את מאפייניה של ההפיכה המשטרית נושא עתירה זו ואז נעבור אל הטיעון המשפטי.

ב. רקע עובדתי

I. הצדדים לעתירה

8. העותרת מספר 1 – האגודה לזכויות האזרח בישראל, הינה עמותה הפועלת מעל לחמישים שנה לקידום זכויות האדם בישראל ובשטחים הכבושים.
9. העותרת מספר 2 הינה יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם, הינה עמותה רשומה הפועלת לקידום אכיפת החוק בשטחים הכבושים, ולמיגור מהלכים ופרקטיקות אשר אינם תואמים את הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי החל בשטחים אלה. זאת באמצעות פעילות משפטית, פעילות ציבורית ומחקר.
10. המשיב מספר 1 הינו שר הביטחון, יואב גלנט, אשר לפי חוק יסוד הצבא, ממונה מטעם הממשלה על הצבא, והוא אשר חתם על הסכם חלוקת הסמכויות עם השר הנוסף במשרד הביטחון, שבמסגרתו הוסכם להעביר את הסמכויות לשליטה בעניינים האזרחיים בגדה המערבית לגוף ממשלתי, ולעשות זאת באמצעות מינוי גורם פוליטי כסגן ראש המינהל האזרחי והעברת הסמכויות אליו.
11. המשיב מספר 2 הינו המפקד הצבאי בגדה המערבית אשר משמש כחליף הריבון בגדה המערבית, והוא אשר חתם על התיקון לצו נשוא עתירה זו.
12. המשיב מפר 3 הינו ראש המינהל האזרחי, אשר מינה את הסגן לעניינים אזרחיים והאציל לו את סמכויותיו, בידעו שבכך הוא מתפרק מהן לגמרי.
13. המשיב מספר 4 הינו השר הנוסף במשרד הביטחון, ח"כ בצלאל סמוטריץ', אשר חתם על הסכם חלוקת הסמכויות עם השר הנוסף במשרד הביטחון, שבמסגרתו הוסכם להעביר את הסמכויות לשליטה בעניינים האזרחיים בגדה המערבית לגוף ממשלתי הכפוף לו, ולעשות זאת באמצעות מינוי גורם פוליטי כסגן ראש המינהל האזרחי והעברת הסמכויות אליו.
14. המשיב מספר 5 הינו סגן ראש המינהל האזרחי לעניינים אזרחיים, הלל רוט, אשר את מינויו ואת העברת הסמכויות אליו מבקשת עתירה זו לבטל.

II. הממשל הצבאי בגדה המערבית מיוני 1967 ועד מאי 2024

15. בעוד שבתוך ישראל חל משטר בעל מאפיינים ועקרונות דמוקרטיים, משך כל שנות השליטה הישראלית בגדה המערבית, מונהג בה ממשל צבאי. לאורך 57 שנות כיבוש הפרדה בין שני המשטרים שמפעילה ישראל הלכה והתעמעמה. ככל שמפעל ההתנחלויות התרחב והעמיק, קו הגבול – הוא הקו הירוק - היטשטש. פערי הזכויות, ובהתאם גם יחסי הכוחות, בין האוכלוסייה הישראלית המתגוררת בהתנחלויות והאוכלוסייה המוגנת - הלכו והעמיקו, ובמקביל התרחק השלטון הצבאי מעקרונות הדין ההומניטרי הבינלאומי. עם זאת, כפי שיפורט להלן, למרות התהליך המתואר לעיל, הקפידו ממשלות ישראל על הפרדה מבנית בין השלטון שחל בתוך ישראל ובין הממשל הצבאי בגדה המערבית. עד מאי 2024.

16. בפרק זה נתאר את התמורות והשינויים והתמורות שחלו **במבנה** הממשל הצבאי בגדה המערבית עד לחתימה על הצו ועל כתב המינוי וההאצלה, מושאי עתירה זו, ועל התמורות **ביחס** בין הממשל הצבאי והמשטר בתוך ישראל.

i. עד הקמת המינהל האזרחי

17. חלק זה נסמך על סקירה מקיפה, בת 135 עמודים, על אזורי ממשל שהוכנה לרגל מינויו של שר הביטחון ב-1981 (להלן: הסקירה). הסקירה עוסקת בממשל הצבאי בגדה המערבית, בעזה וברמת הגולן. מפורטת בה תמונת המצב נכון לשנת 1981, וכן ההיסטוריה ותוכניות לעתיד. הסקירה אותרה ע"י מכון עקבות.

העמודים הרלוונטיים מהסקירה מצורפים ומסומנים נספח ע/3

18. ביום 7.6.1967 פרסם מפקד פיקוד המרכז את **המנשר בדבר נטילת השלטון על ידי צה"ל (יהודה והשומרון) (מס' 1), התשכ"ז-1967**, ובו הוכרז כי "צבא הגנה לישראל נכנס היום לאזור ונטל לידיו את השליטה וקיום הביטחון והסדר הציבורי באזור", ועימו כונן הממשל הצבאי בגדה המערבית. בהתאם להוראות הדין הבינלאומי באשר לשטח הנתון בתפיסה לוחמתית, פרסם אלוף הפיקוד גם את **המנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (יהודה והשומרון) (מס' 2), התשכ"ז-1967**, הקובע כי המשפט שחל באזור עד יום הכיבוש יעמוד בתוקפו כל עוד לא תהיה סתירה בינו ובין מנשרים וצווים של מפקד כוחות הצבא באזור, ובשינויים הנוגעים לכינונו של שלטון הצבא באזור. על פי המנשר, כל סמכויות השלטון, החקיקה, המינוי והמינהל הנוגעים לאזור או לתושביו הועברו למפקד כוחות הצבא באזור.

19. זמן קצר לאחר המלחמה סיפחה ישראל את ירושלים המזרחית והחילה עליה את החוק, המשפט והמינהל הישראליים. תושבי העיר קיבלו מעמד של תושבי קבע, ומסלול (מלא בחסמים) לקבלת אזרחות ישראלית. כפי שיפורט בהמשך כתב עתירה זו, קניית ריבונות בכח, גם אם רק בחלקו של השטח הכבוש, אינה חוקית ומהווה הפרה חזיתית של איסור מרכזי של המשפט הבינלאומי ושל הסדר המשפטי שעוצב עם תום מלחמת העולם השנייה; לפיכך, סיפוח ירושלים המזרחית לא הוכר ע"י אומות העולם.

20. באשר לגדה המערבית, שמרה ישראל על עמימות עקבית באשר למעמדה ככוח כובש ולתחולתה של **אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחית בעת מלחמה (1949)** (להלן: "אמנת ג'נבה"). עם זאת, בהתקיים התנאים המנויים בתקנה 42 לתקנות הנספחות **לאמנת האג הרביעית בדבר כלליה ונוהגיה של המלחמה ביבשה (1907)** (להלן: "תקנות האג"), באשר להחלת דיני הכיבוש (או בשמם הישראלי שנועד להמנע מהשורש כ.ב.ש. : "דיני התפיסה הלוחמתית"), לא היתה מחלוקת כי ההוראות המנויות בתקנות האג וההוראות המנויות באמנת ג'נבה אשר נהנות שתיהן ממעמד מנהגי, וכן ההוראות ההומניטריות באמנת ג'נבה אותן התחייבה ישראל לקיים, מהוות את כללי העל של הדין החל בשטח הכבוש. בהתאם לכך, ניהול השטח הופקד בידי מפקד האזור. (ראו עמ' 108-111 לסקירה)

21. עם כינונו של הממשל הצבאי, הוקמה יחידה לתיאום פעולות הממשלה בשטחים שמפקדה היה כפוף לשר הביטחון. במקביל, הוקמה "ועדת המנכ"לים לטיפול בנושאים האזרחיים בשטחים המוחזקים בידי צה"ל", בה היו חברים המנכ"לים של משרדי הממשלה השונים ונציג בנק ישראל. הוועדה שימשה

גוף מינהלי האחראי לביצוע החלטות הממשלה בתחום האזרחיים והכלכליים. ישיבתה הראשונה של "ועדת המנכ"לים", כפי שכונתה בקיצור, נערכה ב-15 ביוני 1967. הוועדה המשיכה לפעול עד שנת 2000 (מבקר המדינה 2005, 202). בראשה עמד מנכ"ל משרד האוצר ואת עבודתה ריכז בתחילה תא"ל שלמה גזית, עוזרו של שר הביטחון דיין, ולאחר מכן קציני הצבא שכיהנו בתפקיד מתאם פעולות הממשלה בשטחים. הוועדה עסקה בכל הצדדים האזרחיים והכלכליים של השליטה הישראלית בשטחים הכבושים: הקמת מפעלים; הטלת מיסים; קביעת תנאי עבודה; חינוך ורווחה ועוד. עם זאת, **לוועדה לא היו סמכויות אופרטיביות לניהול השטח. סמכויות אלה היו נתונות בידי מפקד האזור.** (עמודים 57-64 לסקירה)

22. בדומה למודל הניהול של המנדט הבריטי, חילק מפקד האזור את השטח הכבוש לאזורים, ועל כל אזור הופקד מושל צבאי, שהיה אחראי על ההסדרים הביטחוניים והאזרחיים. תחת המושלים פעלו חיילים והועסקו עשרות אלפי עובדים פלסטינים, שסיפקו את כלל השירותים האזרחיים לתושבי השטח הכבוש. בנוסף להם מונו גם קציני מטה אזרחיים, אשר היו אמונים על הניהול המקצועי בתחומי התמחותם. (שם)

23. עיקר עיסוקו של הממשל הצבאי היה בניהול השוטף של חיי האוכלוסייה המוגנת, ועיקר משאביו הוקצו לצורך זה. בשנת 1977 התקבלה החלטת ממשלה 846 בדבר השוואת שירותים לתושבי השטחים. באותה החלטה הודגש כי בכוונת הממשלה להתייחס אליהם בשוויון כאילו היו תושבי המדינה, אך בשל המשבר הכלכלי בו הייתה שרויה ישראל, או מסיבות אחרות, החלטה זו לא גובתה בהקצאת התקציב הנדרש ליישומה. ובכל זאת, במסגרת הפעילות הרגילה פעל הממשל הצבאי לטובת האוכלוסייה הפלסטינית: הורחבו שירותי הבריאות; נבנו והורחבו בתי חולים בערים פלסטיניות; שופרה תשתית מערכת המים; נערכו הדרכות בחקלאות; המימשל הצבאי הפעיל מערכת חינוך שסיפקה חינוך חנם מגיל יסודי עד תיכון לפי תוכנית הלימודים הירדנית והמצרית; המימשל הצבאי סיפק הכשרות מקצועיות; הונפקו היתרי בניה מתוקף התוכניות המנדטוריות ועוד. (עמ' 77-74 לסקירה).

24. עיסוק נוסף היה בפיתוח ההתנחלויות הישראליות. בעיקר בהסדרת הגבולות המוניציפליים של המועצות, וביצירת מבנה חקיקה במטרה לאפשר לישראלים המתגוררים בהתנחלויות לחיות תחת החוק הישראלי. (עמ' 85-80 לסקירה)

25. יחסי הגומלין בין הצבא למשרדי הממשלה הוסדרו בהחלטת ממשלה 737, בה נקבע כי קציני המטה יהיו אנשי מקצוע ממשרדי הממשלה ויונחו על ידי המשרדים. בהמשך להחלטה זו קבעה "ועדת שרים לשטחים המוחזקים" באוקטובר 1968 נוהלי עבודה, לפיהם "קציני מטה ועובדי הממשל רואים אותם מבחינה פורמאלית כעובדים בשליחות הצבא, עליהם חל חוק השיפוט הצבאי. עם זאת, בהתחשב במעמדם המיוחד, נקבעו הסדרים מיוחדים, בתאום עם נציבות שירות המדינה, המגבילים תחולה זו". כך נוצרה הכפיפות הכפולה: מקצועית למשרדי הממשלה, ופיקודית – למושל הצבאי. (להרחבה ראו דוח מבקר המדינה 2020, 215).

26. במבט לאחור ניתן לומר שלמרות השמירה על העמימות בנוגע למעמד השטחים, השלב הראשון של הכיבוש הישראלי התאפיין בניסיון לכבד את העקרון במסגרת דיני התפיסה הלוחמתית, המחייב

שמירה על הקיים. הממשל, ככלל, נטה לשמר את המסגרות שהיו נהוגות ערב הכיבוש, כגון שמירה על קשרי מסחר, שימוש במטבע הירדני ותוכניות הלימוד שהיו נהוגות וכיו"ב, ואף פעל לפיתוח עבור האוכלוסייה המוגנת. לא כך לגבי העקרון של היות הכיבוש מצב זמני, בכלל, וביתר שאת אחרי הבחירות ב-1977 ועליית הליכוד לשלטון. עם זאת, שאיפותיה של ישראל אינן יכולות להיות חזות הכל. כיבוש, או תפיסה לוחמתית אינו עניין פנים מדינתי, אלא מצב של סכסוך בינלאומי, עתיד השטחים הכבושים נדון במסגרת המשא ומתן לשלום בין ישראל ומצרים בקמפ דייוויד. בהסכם "מסגרת לשלום במזרח התיכון" שנכלל בחוזה השלום בין מצרים ובין ישראל מיום 17.9.1978, הוסכם כי תוך חמש שנים תוקם אוטונומיה פלסטינית בגדה המערבית ובעזה. בתוך כך תופרד השליטה הצבאית מהשליטה האזרחית, והאחרונה תימסר לישות נפרדת שתקום.

ii. הקמת המינהל האזרחי

27. בהמשך להסכם השלום עם מצרים ותכנית האוטונומיה האזרחית שישראל התחייבה לקדם, התקבלה ביום 4.10.1981 החלטת ממשלה מס' 106 שעניינה "ארגון מחדש של מערכת הממשל הצבאי ביהודה, שומרון וחבל עזה". במטרה "להפריד בין הפעילות הביטחונית (ביטחון חוץ ופנים) שתהיה באחריות אלופי הפיקודים לבין הפעילות האזרחית שתהיה באחריות מינהל אזרחי"; מבחינה מבנית: "על פי הארגון החדש ימשיכו קציני המטה המייצגים את משרדי הממשלה השונים לכהן במינהל האזרחי שבאזורים בהתאם למתכונת הקיימת"; "מתאם הפעולות בשטחים ימשיך לתאם מטעם שר הביטחון את פעילויות המינהל האזרחי באמצעות ראשי מינהל אזרחי באזורי יו"ש וחבל עזה"; "תיאום הפעילות האזרחית בין משרדי ממשלת ישראל לבין המינהל האזרחי ביו"ש ובחבל עזה ימשיך להתבצע על ידי המתפ"ש".

28. בהתאם להחלטת הממשלה, הוציא אלוף פיקוד מרכז צו בדבר הקמת מינהל אזרחי (יהודה ושומרון) (מס' 947), התשמ"ב-1981 (להלן צו בדבר הקמת המנהל"ז או הצו). בצו נקבע כי המינהל האזרחי "ינהל את העניינים האזרחיים באזור בהתאם להוראות צו זה, לרווחתה ולטובתה של האוכלוסייה ולשם הספקת השירותים הציבוריים והפעלתם, ובהתחשב בצורך לקיים מינהל תקין וסדר ציבורי באזור". בפקודת הארגון של המינהל האזרחי מוגדר ייעודו: "ליישם מדיניות הממשלה בשטחי יהודה ושומרון ולקדמה בתחומים האזרחיים בשיתוף הקמ"טים ובתיאום עם צה"ל ומערכת הביטחון בשגרה וחירום... להוות זרוע ביצועית לסמכויות התשתית, התכנון והבניה ... לרבות הטיפול בישובים הישראליים". פיקודית, כפוף המינהל האזרחי למתאם פעולות הממשלה בשטחים (מתפ"ש), אשר כפוף לשר הביטחון.

29. סעיפים 3-5 לצו בדבר הקמת מינהל אזרחי (יהודה ושומרון) (מס' 947), תשמ"ב-1981, מגדירים את סמכויותיו הרחבות של ראש המינהל האזרחי, הכוללות את כל הסמכויות שנקבעו במרבית תחיקת הביטחון, את הסמכות לחוקק חקיקת משנה – להתקין תקנות, לקבוע נהלים, לקבוע אגרות, למנות מינויים ולהעניק סמכויות:

3. (א) לראש המינהל האזרחי יהיו מוקנות הסמכויות כמפורט להלן:

(1) כל הסמכויות הקבועות בדין, למעט סמכויות הקבועות בדברי חקיקה המפורטים בתוספת הראשונה ;

(2) כל הסמכויות שנקבעו בתחיקת הבטחון המפורטת בתוספת השניה.

(ב) לענין סעיף זה יראו את דברי החקיקה שהוצאו מכח הדין אחרי היום הקובע כחלק מהדין ולא כתחיקת בטחון.

4.

(א) ראש המינהל האזרחי מוסמך לפרסם תחיקת משנה מכח הדין ותחיקת הבטחון שהוא מוסמך לפעול על פיהם.

(ב) על אף האמור בכל דין ותחיקת ביטחון, ראש המינהל האזרחי מוסמך לקבוע אגרות ותשלומי חובה מכוח הדין ותחיקת הביטחון שהוא מוסמך לפעול על פיהם, כן לקבוע אגרות ותשלומי חובה בגין כל פעולת עיון, צילום מסמכים או העברת מסמכים אלקטרונית הנדרשים לשם ביצועם ; קבע ראש המינהל האזרחי אגרות ותשלומי חובה כאמור, רשאי הוא לקבוע בנוסף תבחינים ותנאים שבהתקיימם יוענק פטור מלא או חלקי מתשלום האגרות ותשלומי החובה האמורים.

5. ראש המינהל האזרחי יהא רשאי, במסגרת הסמכויות שהוענקו לו :

(א) למנות נושאי משרות במינהל האזרחי ;

(ב) להסמיך כל אדם לפעול על פי הדין ותחיקת הבטחון ;

(ג) להסמיך כל אדם כאמור בסעיף קטן (ב) לפרסם תחיקת משנה מכח הדין ותחיקת הבטחון.

30. ראש המינהל האזרחי כפוף למתאם הפעולות בשטחים ולרמטכ"ל ומוסמך לנהל את כלל ההיבטים בחיי האוכלוסייה בשטח הכבוש. לפי כללי הדין הבינלאומי ומנשר מס' 2, הסמכות לחוקק חקיקה ראשית בשטח הכבוש נותרה בידי המפקד הצבאי, וראש המינהל האזרחי הוסמך להתקין תקנות ולקבוע נהלים ליישום הצווים.

31. עד שנת 1995, המינהל האזרחי, כמו הממשל הצבאי לפניו, היה המעסיק הגדול ביותר בשטחים : 500 חיילים ואזרחים יהודים ו-30 אלף פלסטינים שעבדו עבור הממשל הצבאי ובהמשך עבור המינהל האזרחי, בכל תחומי ניהול החיים האזרחיים בגדה. כך למשל, המינהל האזרחי העסיק ישירות אנשי רפואה, חינוך, פקידי ממשל ומומחי רווחה.

32. בשנת 1994, בעקבות הסכם עזה ויריחו שנחתם בין ישראל ובין אש"ף, פורסמו מנשרים מס' 4, 5 ו-6 אשר מתוקפים הוסמך המפקד הצבאי להעביר לרשות הפלסטינית אחריות וסמכויות בתחומים : חינוך ותרבות, בריאות, רווחה, מיסוי ישיר ומס בלו מוסף על ייצור מקומי. מנשרים אלה בוטלו בעקבות חתימת הסכמי הביניים בין ממשלת ישראל לבין הרשות הפלסטינית בספטמבר 1995, ותחתם פורסם ביום 23.11.1995 מנשר מספר 7, המסדיר את יישום הסכם הביניים. מתוקפו, הועברו מרבית הסמכויות האזרחיות בשטחים אשר הוגדרו אזורים A ו-B אל הרשות הפלסטינית. אזורים אלה מהווים את ריכוזי האוכלוסייה הפלסטינית הגדולים. בהתאם להסכמים, הוקם מערך של מפקדות לתיאום ולקישור בין ישראל לבין הרשות הפלסטינית. אך כידוע, בניגוד למוסכם פירוק המינהל לא הושלם, וכיוון שנוותר צורך להמשיך בטיפול שוטף בעניינים האזרחיים בשטחי C, המשיך המינהל לתפקד, אם כי בהיקף מצומצם מבעבר. עם העברת הסמכויות, שירותי בריאות, חינוך, רווחה וכו' עברו לאחריות הרש"פ,

והמעורבות של המינהל האזרחי בחיי היומיום של הפלסטינים בערים הגדולות שהיו בשטחי A ובכפרים שהיו בשטחי B פחתה באופן ניכר.

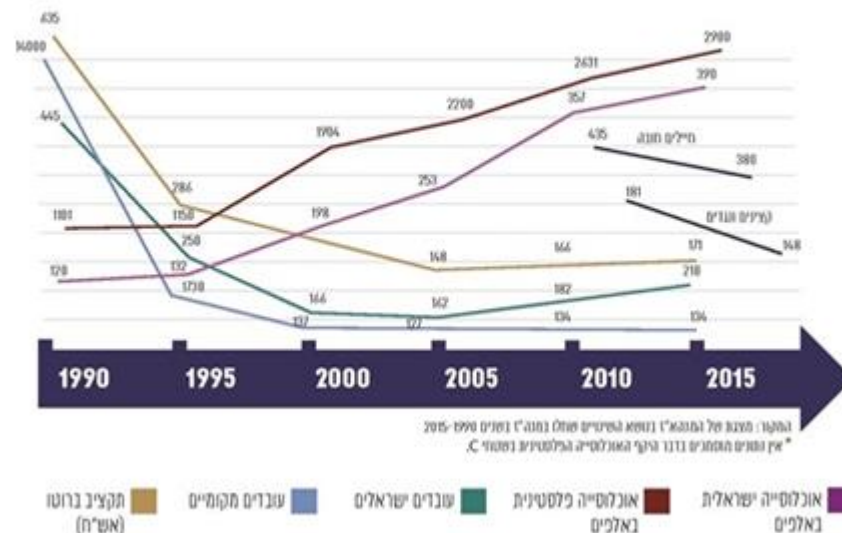
33. קציני מפקדת תיאום פעולות הממשלה בשטחים עברו באחת מניהול ישיר של החיים האזרחיים הפלסטינים, לתפקידי תיאום, קישור וייעוץ למפקד הצבאי. העיסוק בצרכי האוכלוסיה הפלסטינית הלך והצטמצם. משנת 2000, בעקבות האינתיפאדה השנייה למשך כשנתיים, העיסוק בצרכים האזרחיים של האוכלוסיה הפלסטינית כלל לא עמדו על הפרק. בינואר 2003, אחרי מלחמת חומת מגן, הוחלט לאחד ארגונית את התיאום הביטחוני, שפעל במסגרת הצבא, עם המת"קים תחת פיקוד מת"ש ובמסגרת המינהל האזרחי. בדו"ח משנת 2005 העיר מבקר המדינה כי האיחוד האמור שביצע הצבא אינו עולה בקנה אחד עם החלטת הממשלה משנת 1981. זאת כיוון שבניגוד לה, אוחדו הטיפול הצבאי-ביטחוני עם הטיפול בעניינים אזרחיים במסגרת המינהל האזרחי שתפקידו היה לעסוק בעניינים אזרחיים בלבד. (דוח מבקר המדינה 2005, 202).

34. מאז שנת 2003, אחרי העברת הניהול השוטף והיומיומי לרשות הפלסטינית, והכנסת התאום הביטחוני למינהל האזרחי, שני תחומי פעילותו העיקריים של המינהל האזרחי: הראשון - ניהול הקרקעות ותכנון ובנייה בשטחי C – בהטייה משמעותית לטובת מפעל ההתנחלויות (בג"ץ 2055/17 **ראש מועצת הכפר עין יברוד נ' הכנסת** (9.6.2020) אשר קבע כי החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז – 2017 אינו חוקתי. [להלן: בג"ץ חוק ההסדרה], פסקה 49 לפסק דינה של הנשיאה חיות). השני – ניהול משטר התנועות של הפלסטינים, והנפקת היתרי תנועה, ובעיקר היתרי כניסה לישראל ולהתנחלויות לצרכי עבודה. כלפי המפקד הצבאי, משמש המינהל האזרחי גוף יועץ אשר אמון על הבאת השיקולים הנוגעים להשלכות פעולות הצבא על הפלסטינים ועל שגרת חייהם. (ראו **"תיאום פעולות הממשלה בשטחים באספקלריה היסטורית וארגונית"**, מערכות (2005))

35. הניהול השוטף נעשה במינהל האזרחי באמצעות 25 קציני מטה (קמ"טים), המשמשים נציגות מקצועית של משרדי הממשלה. עד לאחרונה, הקמ"טים היו כפופים לראש המינהל האזרחי וקיבלו הנחיה מקצועית ממשרדי הממשלה שהם מייצגים (דוח מבקר המדינה 2005, 203). הם עבדו הן מול הדרג הצבאי והן מול הדרג האזרחי, ולפיכך כפיפותם היתה דואלית לשני גופים. פקודת ארגון (פק"א) של מנהא"ז קובעת כי הקמ"טים יתואמו במנהא"ז על ידי שני בעלי תפקידים במנהא"ז, ראש תחום (רת"ח) תשתית וראש ענף (רע"ן) אזרחי.

36. מאז שנת 1995, ועוד יותר מזה לאחר מלחמת חומת מגן, השינויים באופי ומבנה השליטה הישראלית בגדה המערבית הינם תוצאה של התרחבות משמעותית של מפעל ההתנחלויות בגדה. (התרשים מדוח מבקר המדינה 2020, 214)

השינויים שחלו בפעילות המנהל"ז (1990-2015)*



37. לפי התרשים, למרות עלייה משמעותית בהיקף האוכלוסיה אותה הוא אמור לשרת, המינהל האזרחי נותר כמעט ללא שינוי של תקציב וכוח אדם מאז החתימה על הסכמי הביניים. המינהל האזרחי נותר "רזה" והאוכלוסיה אותה הוא משרת גדלה כל העת. מצוקת כוח האדם, ביחד עם מדיניות מוצהרת לדחיקת פלסטינים משטחי C, הביאו לכדי אפליה משמעותית כלפי האוכלוסיה הפלסטינית בשירותים אותם סיפק המינהל האזרחי.

38. לאורך שנות הכיבוש בגדה המערבית, גם לפני הממשלה הנוכחית, עשתה ישראל צעדים שהעמיקו וקיבעו את השליטה שלה בגדה המערבית, ופעלה להרחבת מפעל ההתנחלויות. עם זאת, עד לכינון הממשלה ה-37, שינויים מבניים משמעותיים במבנה השלטוני של השטחים שתחת כיבוש ישראלי היו תוצאה של הסכמים בינלאומיים או של מלחמה, והחקיקה שמסדירה את היישום שלהם פורסמה במנשרים. זאת בהתאם לכך שמדובר בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, ועל כן מבנה ואופי השליטה הישראלית בו אינה עניין פנים ישראלי, אלא סכסוך בינלאומי. כפי שיפורט להלן, השינוי המבני הנוכחי הינו דרמטי מקודמיו. זוהי הפעם הראשונה בה הגדה המערבית הלכה למעשה אינה נשלטת עוד ע"י גוף צבאי אלא ע"י גוף אזרחי, משרד ממשלתי ישראלי. מהלך זה מוסווה באמצעות מינוי פוליטי של אזרח בתוך המינהל האזרחי, המשמש צינור להעברת סמכויות השלטון. זאת כדי להימנע מביקורת בינלאומית ובשל העובדה שהשליטה הישראלית בגדה עודה עניין בינלאומי, ומהותו של המהלך הישראלי הינו קביעת עובדות בשטח ורכישת ריבונות בכוח. . להלן נפרט ההליכים הפוליטיים והמבניים שקדמו לשינוי המשטרי ובפרק הבא נתאר את מאפייניה של ההפיכה המשטרית שהיא נושא עתירה זו ושהתרחשה ועודנה מתרחשת, ממש בחודשים האחרונים.

39. בניגוד לשינויים קודמים באופי השליטה הישראלית בגדה המערבית אשר קודמו בעקבות הסכמים בינלאומיים או מלחמות, השינוי הנוכחי, שהוא גם נושא עתירה זו, הוא תולדה של משא ומתן קואליציוני בין מפלגת הליכוד למפלגת הציונית הדתית, ולאחריה הסכם שנחתם בין שר הביטחון ובין השר הנוסף במשרד הביטחון.

40. עם כינון הממשלה ה-37 התמנה ח"כ בצלאל סמוטריץ' לשר האוצר ולשר הנוסף במשרד הביטחון, האחראי על "העניינים האזרחיים" בגדה המערבית. בינו לבין שר הביטחון, ח"כ יואב גלנט נחתם ב-23 בפברואר 2023 הסכם חלוקת סמכויות. מבחינה פורמלית, אמנם השר הנוסף כפוף לשר הביטחון, אך על פי ההסכם קיבל לידו השר הנוסף תחומי ניהול ומינהל רחבים ומפורטים ביותר, הנוגעים לסמכויות שלטוניות רחבות בגדה אשר נתונות לפי דין למפקד הצבאי, ונוהלו בפועל בידי המינהל האזרחי.

ההסכם בין שר הביטחון לשר הנוסף מצורף ומסומן נספח ע/4

41. לפי ההסכם, תחת אחריותו של שר הביטחון נותרו סמכויות הנוגעות לענייני ביטחון בגדה המערבית, אשר כוללים בעיקר עניינים מבצעיים, ואילו לאחריותו של השר הנוסף הועברו כל הסמכויות הנוגעות לניהול חיי היומיום של כל תושבי השטח הכבוש. בניגוד לממשלות קודמות, שגם בהן היתה הפרדה בין תחומי אחריות במשרד הביטחון בעיקר בין שר הביטחון וסגן שר הביטחון, ההפרדה הנוכחית כוללת שינויים מבניים מרחיקי לכת. ההסכם בין השרים הוא על הקמת משרד ממשלתי בתוך משרד הביטחון, המכונה "מינהלת ההתיישבות". כפי שיפורט להלן, הקמת מינהלת ההתיישבות בתוך משרד הביטחון **נועדה כדי להסוות את מהותו האמיתית של המהלך הסיפוחי ולשמור על מראית עין של שלטון צבאי**. בשל כך, גם נוצר מנגנון בו המינהל האזרחי הפך להיות גוף ביצוע אשר כפוף למינוי פוליטי של השר הנוסף במשרד הביטחון בתוך הצבא, והכל באמצעות הצו מושא עתירה זו. המבנה הבירוקרטי שנוצר, מעביר את כלל הניהול, עבודות המטה, התוויית המדיניות הכללית וקבלת ההחלטות הפרטניות מאלוף הפיקוד למינהלת ההתיישבות, הכפופה לשר הנוסף.

42. מינהלת ההתיישבות היא המינהל האזרחי החדש, אך בניגוד למינהל האזרחי, היא אינה אורגן צבאי אלא גוף ממשלתי חדש, החולש על כל היבטי החיים של ההתנחלויות בשטחים הכבושים וכפוף לשר הנוסף. בסמכותה ניהול פעילות מתפ"ש והמינהל האזרחי, הובלת רפורמת "אזרחות שווה" – שיפור השירותים שניתנים למתנחלים באמצעות משרדי הממשלה, השלמת ההחלה של החוק הישראלי על מתנחלים באמצעות צווי אלוף והסדרת מאחזים. בהחלטת ממשלה מספר 168 מיום 23.02.2023 מונה יהודה אליהו, מקורבו של השר סמוטריץ' לעמוד בראש מינהלת ההתיישבות, תפקידו מקביל למנכ"ל משרד.

43. את התכלית וההיגיון שעמד מאחורי הקמת מינהלת ההתיישבות הסביר השר סמוטריץ' בכנס פנימי של מפלגת הציונות הדתית שהקלטות ממנו פורסמו בכלי התקשורת:

"יצרנו מערכת אזרחית נפרדת, יש משרד בתוך משרד הביטחון. יש שם שר. יש שם מינהלת, זה כמו משרד. יש מנכ"ל למינהלת הוא מוקבל למנכ"ל של משרד ממשלתי, יש מערכת שלמה בתוך המינהלת. יש סגן ראש מינהל אזרחי שהוא אזרח, עובד משרד הביטחון, כפוף לא לראש המינהל האזרחי, לא לאלוף הפיקוד, כפוף למנהלת האזרחית קיבל ישירות מראש המינהל אצילה של כל הסמכויות, כל החקיקה והפרטים המשפטיים גם על זה היו הרבה מאבקים, אבל יש צו אלוף שנחתם להסמכה של סגן ראש המינהל האזרחי על כל הסמכויות האזרחיות... הסמכויות בידיים של הלל רוט, כל הסמכויות : הוא חותם על הצווים, הוא מכנס את מת"ע [מועצת התכנון העליונה], הוא מכריז על אדמות מדינה, הוא חותם על קווים כחולים, הוא מנהל את הקמ"טים [קציני המטה במינהל האזרחי], הוא מוציא מכרזים לכוח אדם, הוא חותם על הפקעות של כבישים, הכל הכל אצלו. כל הסמכויות האזרחיות."

על פי סמוטריץ' המאמץ העיקרי מושקע ביצירת "שינויי רוחב מבניים שישנו את ה-DNA של המערכת להרבה מאוד שנים".

(אלישע בן קימון, [צעד אחר צעד : כך מגשים סמוטריץ' את חזונו לשליטה אזרחית ביהודה ושומרון](#), YNET 22.6.2024).

העתק הכתבה מצורף ומסומן נספח ע/5

44. השר סמוטריץ' הציג את המהלך גם ביום 19 ביולי 2023 בדיון שכותרתו "השתלטות הרשות הפלסטינית על השטחים הפתוחים ביו"ש והמענה הישראלי" בוועדת חוץ וביטחון בכנסת (להלן : הישיבה בוועדת חו"ב). שם, הסביר את התפיסה העומדת מאחורי הסכם חלוקת הסמכויות, מהן משימות המשרד של השר הנוסף במשרד הביטחון, ומדוע הן אינן יכולות להיות בידי הצבא. לגבי הניהול היומיומי של חיי האזרחים, הבהיר השר שהצבא עסוק בעיקר בביטחון, ובזה הוא מומחה :

"בסוף, כמו שהמשימה המרכזית של אלוף הפיקוד זה לדאוג לביטחון ופחות לשאלה אם למתיישבים יהיו כבישים ויהיה איכות חיים, ויהיה חינוך ומרפאות ויהיו מעברים טובים ולא מרוע חס וחלילה, אפשר להוסיף על זה גם עניינים טכניים, בסוף מערכת צבאית לא באמת יודעת לנהל מערכת אזרחית, אין בה את הזיכרון הארגוני."

דברי השר הנוסף במשרד הביטחון, ע' 20-27 לפרוטוקול ישיבה של וועדת חו"ב מיום 19.7.2023 מצורפים ומסומנים כנספח ע/6

45. תכלית נוספת, לדברי השר באותה ישיבה היא שינוי שיקולי הניהול של השטח הכבוש משיקולי ביטחון לשיקולים מדיניים-פוליטיים :

"אנחנו מדברים במונחים של אכיפה תומכת תכנון, אנחנו מדברים אפרופו הנגב במונחים של אכיפה תומכת הסדרה, אנחנו מדברים במונחים של אכיפה שמונעת סיכול של יכולת מימוש עתידית של מדיניות הקרקע בתכליות השונות שהוגדרו לה בתוכניות מתאר ארציות ומחוזיות, ומהחלטות רוחב עוד יותר גדולות של מדיניות. וביהודה ושומרון לדבר הזה נוספת תכלית שבראייתי היא התכלית המרכזית, וזה שמירת האינטרסים הלאומיים המדיניים והביטחוניים הישראליים במרחב.

וכשמדברים על ביטחון אז יש את הביטחון הטקטי של הכאן ועכשיו, שלא יהיה לי בית על הציר בתוך צו תפיסה שמחר ממנו, חלילה, אפשר לבצע פיגוע, אלא גם שיקולים של ביטחון לאומי, ולזה, נדמה לי, התכוון גם עוזי, זה המפתח גם ליכולת שלנו לפעול גם בשטחי B ו-A במקומות בהם הדבר הזה נדרש. יש שיקולי ביטחון לאומי, ושיקולי ביטחון לאומי הם הרבה יותר רחבים כמו שאמרתי, מהשיקול הטקטי שהמ"פ יודע עכשיו במיקרו טקטיקה שלו להגדיר".

(ע' 23-24 לפרוטוקול).

46. טרם השלמת ההפיכה המשטרית באמצעות הצו, התריע אלוף פיקוד המרכז דאז, יהודה פוקס במכתב המסכם דיון שנערך בלשכתו בנושא "היעדר אכיפה כלפי בנייה בלתי חוקית באיו"ש, 21.03.2024 (להלן: "מכתב האלוף פוקס"), כי מדיניות השר הנוסף במשרד הביטחון כבר משפיעה על מדיניות אכיפת הבניה הלא חוקית בשטח, וכי יש לכך השלכות על היכולת שלו לשמור על הסדר הציבורי ופגיעה בביטחון האיזור. (המכתב פורסם לראשונה בניו יורק טיימס "The Ronen Bregman Mark Mazzetti, [Unpunished: How Extremists Took Over Israel](#)", The New York Times, 16.05.2024) כפי שנראה להלן, לאחר ההפיכה המשטרית, השליטה של הדרג הפוליטי בפעולות המינהל האזרחי הפכה למוחלטת.

מכתב האלוף פוקס מצורף ומסומן נספח ע/7

III. המהפכה המשטרית: הצו וכתב המינוי והאצלת הסמכויות

i. השינוי המבני

47. הקמת מינהלת ההתיישבות אינה יכולה להפוך עולמות לבדה, והסכם בין שרים אינו מקור סמכות חוקי. על כן, לצורך השלמת איזורח השליטה בגדה המערבית נדרש לגבור על ההוראות המפורטות במנשרים. כחלק מתכנית ההסוואה, בשינוי המשטרי הנוכחי לא שונה המנשר הצבאי המגדיר את המבנה המשטרי בגדה המערבית. תחת זאת, חתם ביום 29.5.2024 מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, על **הצו בדבר הקמת מינהל אזרחי (תיקון מס' 33) (יהודה ושומרון) (מס' 2195), תשפ"ד-2024** (להלן: הצו) – הצו נושא עתירה זו.

48. הצו, שהוא תיקון לצו בדבר הקמת המינהל האזרחי, קובע כי ראש המנהל רשאי למנות סגן לעניינים אזרחיים (להלן: "הסגן האזרחי" או "סגן רמ"א לעניינים אזרחיים") ורשאי לאצול לו כל "סמכות הנתונה לראש המינהל האזרחי לפי צו זה או מכוח הדין ותחיקת הביטחון, לרבות הסמכות להתקין תקנות, ובפרט הסמכויות מכוח תחיקת הביטחון המפורטות בתוספת השלישית לצו זה והתקנות שהוצאו מכוחה..." (ס' 5א(א) לצו). כפי שיפורט להלן, התוספת השלישית לצו נושא עתירה זו מונה כ- 80 דברי חקיקה אשר מעבירים מאות סמכויות מנהליות בכל תחומי הניהול של השטח הכבוש, מניהול מקרקעין, דרך תכנון ובנייה כולל פיקוח ואכיפה, רשויות מקומיות, רישוי מקצועות, מסחר וכלכלה וכלה בניהול שמורות טבע ואתרי עתיקות, מראש המינהל לסגנו. כמו-כן הצו העביר אל הסגן את כל הסמכויות להתקין תקנות שהוענקו בתחיקת הביטחון האמורה לרמ"א. בהתאם לצו, רוב קציני המטה יפעלו בכפוף לסגן האזרחי.

49. עוד קובע הצו, שבקשר לסמכויות שיועברו כאמור לידי סגן רמ"א לעניינים אזרחיים, הייעוץ המשפטי שיינתן להפעלת הסמכות לא יינתן עוד על-ידי הפרקליטות הצבאית (יועמ"ש איו"ש) אלא ע"י "היועץ המשפטי למערכת הביטחון או מי מטעמו". (סעיף 5א(ב) ו-5א(ג) לצו).

50. באותו היום מינה ראש המינהל האזרחי את המשיב 5, מר הלל רוט, לתפקיד סגן ראש המינהל האזרחי לעניינים אזרחיים, ואצל לו את מרבית סמכויותיו, בכתב המינוי והאצלת סמכויות לסגן ראש המינהל האזרחי לעניינים אזרחיים מיום 29.5.2024 (להלן: "כתב המינוי האצלת סמכויות").

51. ביום 17.7.2024, הוגש טיעון משלים מטעם המשיבים בעתירה נגד ההסכם בין השרים במשרד הביטחון, (בג"ץ 2435/24 יקירביץ נ' הממשלה) ממנו עולה כי אף שבאופן רשמי אמור היה הסגן האזרחי להיות כפוף פיקודית לראש המינהל האזרחי, הוא כפוף למעשה למינהלת ההתיישבות. הסגן האזרחי חייב בחובת תיאום מול ראש המינהל בעניינים מסויימים, אשר יש להם השלכה על הצד הביטחוני, שכן במבנה השלטוני החדש, ראש המינהל האזרחי מייצג למעשה את השליטה הביטחונית בגדה המערבית, וזאת בניגוד מוחלט להחלטת הממשלה שמתוקפה הוקם המינהל האזרחי. בעניינים אחרים – שאינם נוגעים לביטחון – חלה על הסגן האזרחי לכל היותר חובת דיווח, ובחלקם לא חלה אף חובה כלפי ראש המינהל האזרחי או המפקד הצבאי, גם לא דיווח. (ס' 30 לטיעון המשלים)

הטיעון המשלים מטעם המשיבים בבג"ץ 2435/24 ונספחיו מצורף ומסומן נספח ע/8

52. לטיעון המשלים צורף כנספח "נוהל עבודה בין מנהלת ההתיישבות שבמשרד הביטחון לבין המינהל האזרחי" (להלן: הנוהל), ובו מפורט אופן יישום הסכם חלוקת הסמכויות בין שר הביטחון והשר במשרד הביטחון. בין השאר, מפרט הנוהל את אופן הסמכת הסגן האזרחי ודרך משיכת הסמכות. אף שזהו שינוי דרמטי, הנוהל ועקרונותיו לא פורסמו בשום מקום, למיטב ידיעתן של העותרות.

53. לפי סעיף 13 לנוהל, החלטה בעניין התליית אצילת סמכות ע"י רמ"א כלל אינה מצויה בידיו, ואף לא בידי אלוף פיקוד המרכז:

א. במקרה של חריגה מסמכות, קובע סעיף 13א: אם רמ"א סבר כי הסגן האזרחי חרג מהוראות הנוהל או הסכם חלוקת הסמכויות, הוא אמור להודיע לסגן האזרחי כי הוא אינו מוסמך לבצע את הפעולה האמורה. אם לא יגיעו להסכמה, יעדכן מפקד פקמ"ז או מתפ"ש את לשכת שר הביטחון באמצעות לשכת הרמטכ"ל, על מנת שישקול אם יש מקום להפעיל בנושא זה את סמכותו מכוח סעיף 24א לחוק יסוד: הממשלה ובהתאם להוראות סעיף 4 למסמך ההבנות. עד הכרעת השר כאמור, תותלה אצילת הסמכויות ביחס לפעולה האמורה והפעולה עצמה תושהה.

ב. במקרה של סיכון בטחוני: 13ב. אם מפקד פקמ"ז סבור כי פעולה מסוימת של הסגן האזרחי צפויה לסכן את ביטחון האזור, ולאחר שסיכון זה הוצג לרמטכ"ל וזה אישר את הדברים, יודיע מפקד פקמ"ז באמצעות לשכת רמ"א לסגן רמ"א אזרחי על הכוונה להתלות את אצילת הסמכויות ביחס לפעולה זו. ההודעה על התליית הסמכות תימסר על ידי רמ"א לסגן האזרחי בכתב תוך שיצוין בה אישור הרמטכ"ל כאמור, וככל הניתן תוך הבהרת הסיכון הביטחוני האמור. עדכון על ההחלטה יועבר לשר הביטחון באמצעות לשכת הרמטכ"ל, בתוך 24 שעות ממועד קבלת ההחלטה, על מנת שישקול אם יש מקום להפעיל בנושא זה את סמכותו מכוח סעיף 24א לחוק יסוד: הממשלה ובהתאם להוראות סעיף 4 למסמך ההבנות.

ג. ובסעיף 13ג: מימוש סמכות, שהואצלה לסגן האזרחי, באופן ישיר על-ידי רמ"א, או התליית סמכותו של הסגן האזרחי על ידי רמ"א, בכל מקרה אחר על אלו המפורטים לעיל, תיעשה רק בהתאם להנחיית שר הביטחון לפי סעיף 24א לחוק יסוד: הממשלה ובהתאם להוראות סעיף 4 למסמך ההבנות.

54. מהנוהל עולה, שלא זו בלבד שהמאציל (רמ"א) מתפרק לחלוטין מסמכויותיו ומעבירם למואצל שאף אינו כפוף לו, אלא שהאפשרות לבטל את האצילה, או להטיל וטו על החלטת הסגן, לשנותה או להתערב בה בכל צורה, כלל אינה נתונה בידיו. כך נוצר מצב שבאמצעות פרסום של חצי אמת (קרי: פרסום האצילה אך אי פרסום האיסור לבטלה), נוצר מצג שווא כאילו הסמכויות לניהול השטח הכבוש עוגנות מחדש בתוך המינהל האזרחי, כאשר בפועל ראש המינהל האזרחי נותר ללא סמכויות של ממש על חלק ניכר מהגוף בראשו הוא עומד, ועל חלק ניכר מפקודיו - עובדיו וחייליו של המינהל האזרחי. גם אלוף הפיקוד איבד לגמרי את מקומו בניהול האזרחי השטח הכבוש.

55. הסמכויות שהועברו לסגן ראש המינהל הן הסמכויות המצויות בליבה של העשייה השלטונית היומיומית ומעניקות שליטה מלאה על ניהול השטח. לפי הסמכויות שהואצלו, כלל המשאבים של המינהל האזרחי כיום מיועדים לפיתוח והרחבת מפעל ההתנחלויות. נפרט.

56. **במקרקעין:** הועברו לסגן האזרחי כלל הסמכויות לניהול המקרקעין: תחת אחריותו **רישום ואישור עסקאות, העברת זכויות במקרקעין** מתוקף הצו בדבר עסקאות במקרקעין (יהודה והשומרון) (מס' 25), (תשכ"ז-1967). לפי הנוהל, **רישום ראשון על שם המדינה ועסקאות במקרקעין בחברון** מחייבים דיווח לראש המינהל האזרחי. **הכרזה על אדמות ציבור, ניהול אדמות ציבור, הקצאת אדמות ציבור** מתוקף הצו בדבר רכוש ממשלתי (אזור הגדה המערבית) (מס' 59), תשכ"ז-1967. לפי סעיפים 25 ו-25א לנוהל, רק **פרסום** תוצאות עבודת צוות קו כחול ופרסום תוצאות הליכי סקר להכרזה על אדמות מחייבות תיאום עם ראש המינהל האזרחי. **הקצאות מחוץ לתחומי ההתנחלויות** מחייבות דיווח לראש המינהל האזרחי. לפי ס' 25 לנוהל, **ניהול נכסי נפקדים** ייעשה לפי המדיניות שיתווה הסגן האזרחי, ואם הסגן האזרחי יבקש לשנות מדיניות, יהיה הנושא נתון להכרעת ראש הממשלה. הסמכות **להפקעת קרקעות פרטיות לטובת הציבור** מתוקף הצו בדבר חוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (יהודה והשומרון) (מס' 321), תשכ"ט-1969 הועברה לסגן האזרחי ולפי הנוהל החתימה על הפקעה תהיה בתיאום עם ראש המינהל האזרחי. **מדידה וקביעת גבולות** מתוקף הצו בדבר תיחום קרקעות ומדידתן (יהודה והשומרון) (מס' 451), תשל"ב-1971. **עריכת הליכי הסדר** מתוקף הצו בדבר הסדר קרקעות ומים (יהודה והשומרון) (מס' 291), תשכ"ט-1968. **הוצאת צווי סילוק לפולשים** מתוקף הצו בדבר מקרקעין (שימוש מפריע במקרקעין פרטיים) (יהודה והשומרון) (מס' 1586), התשס"ז-2007. **ניהול ספרי רישום מקרקעין, מתן היתרים לעיון בספרי הרישום** מתוקף הצו בדבר מקרקעין (עיון במרשמים) (יהודה והשומרון) (מס' 1737), התשע"ד-2014. הסגן האזרחי ממנה את העוסקים בתחום, מתקין תקנות וקובע נהלים. ראש המינהל האזרחי התפרק מכל סמכויותיו בנוגע למקרקעין והוא אינו יכול להשפיע עוד על הנעשה בהן, להתוות מדיניות או לפקח על פעולות הסגן האזרחי. רק במיעוט הפעולות בהן נקבעה חובה בתיאום נדרש אישורו של ראש המינהל האזרחי.

57. **תכנון ובנייה:** הועברו לסגן האזרחי כלל הסמכויות מכוח דיני התכנון והבנייה עבור ישראלים מכוח הצו בדבר חוק תכנון ערים, כפרים ובנינים (יהודה והשומרון) (מס' 418), תשל"א-1971. כולל **ייזום וקידום תוכניות, העברתן שלבי תכנון עד למתן תוקף, הוצאת היתרי בנייה, מתן הקלות בתנאים להיתרי בנייה או מתן פטור** גורף מתוקף תקנות אישור הקמה ופטור מרשיון למבנה חינוך ארעי (הוראת שעה) (יהודה והשומרון), התש"ע-2010. **קביעת נהלי הכנת תסקירים** מתוקף תקנות בדבר הכנת תסקירי השפעה על הסביבה (יהודה והשומרון), התשס"א-2001. **קביעת מדיניות לאכיפת בנייה לא חוקית ויישומה:** צווי הריסה, **צווי סילוק בנייה** מתוקף הצו בדבר סילוק מבנים חדשים (יהודה והשומרון) (מס' 1797), התשע"ח-2018. **הוצאת צווי תפיסת מבנים** מתוקף תקנות בדבר העברת טובין (הובלת מבנים יבילים) (יהודה והשומרון), התשנ"ג-1993. **התקנת תקנות ונהלים לאכיפה.** מתן היתרים בשטחים תפוסים. לפי סעיף 127 לנוהל - **תכנון מערכתי עבור פלסטינים** ייעשה רק באישור הקבינט המדיני-ביטחוני, ולגבי **תכנון נקודתי** – הסיכום יהיה בפורום משותף של רמ"א והסגן האזרחי, אך לא הובהר בידי מי יש הסמכות להחליט. ראש המינהל האזרחי התפרק מכל סמכויותיו בנוגע לתכנון ובנייה והוא אינו יכול להשפיע עוד על הנעשה בהם, להתוות מדיניות או לפקח על פעולות הסגן האזרחי.

58. **הסדרת מאחזים בלתי מורשים** הינה אחת ממשימותיו הראשונות במעלה של הסגן במינהל האזרחי, ולצורך כך, לפי סעיף 26 לנוהל, הועברו לידיו סמכויות תכנון נרחבות. **הכשרה של מאחז, בין אם כהתנחלות חדשה ובין אם כשכונה בהתנחלות קיימת**, מחייבת דיווח בלבד לראש המינהל האזרחי. לגבי **הסדרת מאחזי החוות החקלאיות** – לאחר עבודת מטה בה ישתתפו הסגן האזרחי, ראש המינהל ומפקד פיקוד מרכז, יועברו כלל הסמכויות לביצוע ההכשרה לסגן האזרחי. **חיבור מאחזים לתשתיות** מחייבים דיווח לראש המינהל האזרחי.

59. **תחבורה:** ראש המינהל האזרחי העביר לסגן האזרחי את הסמכות **לקידום, ניהול, תכנון, ואישור תוכניות לכבישים** מתוקף חוק הפיקוח על הדרכים והשמירה עליהם, מס' 51 לשנת 1938, ומתוקף צו בדבר רישום עסקות במקרקעין מסויימים (יהודה והשומרון) (מס' 569), תשל"ה-1974. קידום תוכניות לכבישים מחייב תיאום עם ראש המינהל האזרחי לפני היציאה לביצוע התוכנית (ס' 33 לנוהל).

60. **תשתיות:** ראש המינהל האזרחי העביר לסגן האזרחי את הסמכות **לקבוע כללים ולהתיר הקמה והצבה בהליך מזורז של מתקני תשתיות** המפורטים בתוספת הראשונה: **חדר חשמל, תחנת משנה ניידת, צינורות מים, מתקני מים או ביוב, שבילים ספסלים או כל מתקן שיוצב בשמורת טבע, הקמת מתקנים למדידת רוח, מתקנים ארעיים לשימוש לקיום אירוע ציבורי או תרבותי**, מתוקף תקנות אישור הקמה ופטור מהיתר עבור מתקני תשתית בעלי חשיבות אזורית (הוראת שעה) (יהודה ושומרון), התשע"ט-2018. בנוסף, העביר את הסמכות **לתכנון ואישור תשתיות מים, מתקני טיהור שפכים את הסמכות לקבוע את תחולת תעריפי המים** מתוקף כללי המים (יהודה והשומרון), התשע"ד-2014. לקבוע כללים **למתן רשיונות לחברות תקשורת, להעניק רשיונות ולאכוף את הכללים** מתוקף הצו בדבר שידור ואיתות (אזור הגדה המערבית) (מס' 79), תשכ"ז-1967. ראש המינהל האזרחי התפרק מכל סמכויותיו בנוגע לתשתיות חיוניות ואנרגיה והוא אינו יכול להשפיע עוד על הנעשה בהן, להתוות מדיניות או לפקח על פעולות הסגן האזרחי.

61. **שמורות טבע:** ראש המינהל האזרחי העביר לסגן האזרחי את הסמכות **להכריז על שמורת טבע או על פארק לאומי**, לקבוע את גבולותיהם ואת המותר והאסור בהם מתוקף הצו בדבר פארקים (יהודה והשומרון) (מס' 373), תש"ל-1970 והצו בדבר הגנה על הטבע (יהודה והשומרון) (מס' 363), תש"ל-1969. לפני קידום ההכרזה לחתימה נדרש תיאום עם ראש המינהל (סעיף 35א לנוהל). כן העביר את הסמכות **לקבוע כללים להתנהגות בשמורות אלה וסמכות לפיקוח מתוקף כללי התנהגות בשמורות טבע** (יהודה והשומרון), התשע"ז-2017. **חתימה על חוזי מרעה בשמורות טבע או ביערות** מחייבת דיווח בלבד. ראש המינהל האזרחי התפרק מכל סמכויותיו בנוגע לשמורות טבע והוא אינו יכול להשפיע עוד על הנעשה בהן, להתוות מדיניות או לפקח על פעולות הסגן האזרחי.

62. **ארכיאולוגיה:** ראש המינהל האזרחי העביר לסגן האזרחי את כלל הסמכויות הקשורות לניהול, רישום ואישור חפירות, הכרזה על אתרים ארכיאולוגיים, ניהול ורישום ממצאים ארכיאולוגיים מתן רשיונות לחפירות מתוקף הצו בדבר חוק העתיקות (יהודה והשומרון) (מס' 1166), התשמ"ו-1986. רק פעולות בשטחי A ו-B מחייבות תיאום מול ראש המינהל האזרחי על מנת שזה יתאם מול מפקד פיקוד מרכז. כן עברו לידי הסגן האזרחי סמכויות התקנת תקנות ונהלים של הליכי רישוי מתוקף תקנות העתיקות

(יהודה ושומרון), התשנ"א-1990 **וקביעת אגרות** מתוקף תקנות העתיקות (אגרות למתן אישור פעולות) (יהודה ושומרון), התש"ף-2020. ראש המינהל האזרחי התפרק מכל סמכויותיו בנוגע לארכיאולוגיה והוא אינו יכול להשפיע עוד על הנעשה בהן, להתוות מדיניות או לפקח על פעולות הסגן האזרחי.

63. **איכות סביבה וכלכלה**: כלל הסמכויות הקשורות **לפיקוח ואכיפה נגד מפגעי סביבה** הועברו לסגן האזרחי, **פעולות בשטחי A ו-B** מחייבות תיאום עם המפקד הצבאי. **הקמת מתקנים לטיהור שפכים ואתרי סילוק פסולת** הועברה גם היא לסגן האזרחי בתיאום עם ראש המינהל האזרחי מתוקף כללי המים (יהודה ושומרון), התשע"ד-2014, והצו בדבר שמירת הניקיון (יהודה ושומרון) (מס' 1160), התשמ"ו-1986. **הסדרת המחצבות ומתן היתרים, שליטה מלאה בקרן לשיקום מחצבות**, הועברו אל הסגן האזרחי מתוקף צו בדבר שיקום מחצבות (יהודה ושומרון) (מס' 1823), התש"ף-2019. **רישיון לחציבה באדמה פלסטינית פרטית** יינתן בתיאום עם הסגן האזרחי. ראש המינהל האזרחי התפרק ממרבית סמכויותיו בנוגע לאיכות סביבה וכלכלה והוא אינו יכול להשפיע עוד על הנעשה בהן, להתוות מדיניות או לפקח על פעולות הסגן האזרחי.

64. בנוסף ראש המינהל האזרחי התפרק מכל סמכויותיו בנוגע לענייני **השלטון המקומי בהתנחלויות** המעוגנות בצו בדבר ניהול מועצות אזוריות (יהודה ושומרון) (מס' 783), תשל"ט-1979, בצו בדבר ניהול מועצות מקומיות (יהודה ושומרון) (מס' 892), תשמ"א-1981, ובצו בדבר מנהלת שירותים אזרחיים (יהודה ושומרון) (מס' 1789), התשע"ז-2017. והוא אינו יכול להשפיע עוד על הנעשה בהן, להתוות מדיניות או לפקח על פעולות הסגן האזרחי.

iii. העברת הייעוץ המשפטי

65. בהתאם להוראות הפיקוד העליון, מיום 15.3.1976 – מס' 2.0613 בעניין הפרקליטות הצבאית (להלן: הוראת הפיקוד העליון) עד לחתימה על הצו שבעניינינו, הייעוץ המשפטי לכלל האספקטים של הממשל הצבאי בגדה המערבית ניתן ע"י הפרקליטות הצבאית, כמו לכל יחידות הצבא. ובאופן ספציפי – בהתאם להוראות הצו בדבר פרשנות (יהודה ושומרון) (מס' 1729), התשע"ד – 2013, באמצעות קציני יחידת הייעוץ המשפטי לאיר"ש (להלן: יועמ"ש איר"ש).

66. הוראת הפיקוד העליון מעגנת באופן מפורש את עצמאותו המקצועית של הפרקליט הצבאי הראשי: "בעניינים מקצועיים אין עליו אלא את מרותו של החוק". וכן את מעמדו: "חוות דעתו של הפרקליט הצבאי הראשי קובעת, לגבי צה"ל ורשויותיו, את המצב המשפטי הקיים".

67. לפי אתר האינטרנט של היחידה (<https://did.li/yoamash>), כך מוגדר תפקידו של יועמ"ש איר"ש:

"מחלקת הייעוץ המשפטי באזור יהודה ושומרון (יועמ"ש איר"ש) אמונה על מתן ייעוץ משפטי למפקד פיקוד המרכז באזור יהודה ושומרון, ולגורמים השונים הפועלים מכוחו, במטרה לאפשר לו למלא את תפקידיו תוך שמירה על בטחון האזור, הסדר הציבורי ושלטון החוק.

.....

בנוסף, קציני המחלקה מייצעים למתאם פעולות הממשלה בשטחים ולמנהל האזרחי ביחס לניהול האזרחי של אזור יהודה והשומרון, בקשת רחבה של תחומים. בין היתר, עוסקים קציני המחלקה בתחומים הבאים: כניסה לאזור ויציאה ממנו, מעמדם של תושבים באזור, דיני תכנון ובנייה לרבות אכיפה כנגד בנייה בלתי חוקית, היבטים משפטיים ביחס למקרקעין באזור, היבטים מוניציפאליים הנוגעים ליישובים באזור, איכות הסביבה, תקשורת, חשמל, כלכלה, חקלאות, ארכיאולוגיה, מחצבים ועוד.

קציני המחלקה עוסקים בניסוח ובעדכון של החקיקה באזור, בהתאם לכללי המשפט הבין-לאומי ופסיקת בג"ץ. במסגרת זו, פועלים קציני המחלקה לסייע למפקד הצבאי ולראש המנהל האזרחי להתאים את הדין הקיים באזור לצרכי הבטחון ולצרכים האזרחיים המתפתחים ולאמץ בשינויים המחויבים חקיקה ישראלית בתחומי היישובים הישראליים. לקציני המחלקה מומחיות בדינים הייחודיים החלים באזור יהודה ושומרון, והם עוסקים בפרשנותם של דינים אלה ויישומם.

68. כאשר מונה הסגן האזרחי, ניטלו סמכויותיו של יועמ"ש איו"ש. סעיף 5(א)ב לצו מורה כי בכל העניינים הנוגעים לסמכויות שהוצעו לסגן האזרחי "הגדרת המונח "היועץ המשפטי" בדברי החקיקה ובדין לגביהם הוסמך, בכל הנוגע להפעלת סמכויות אלו על-ידי סגן ראש המינהל האזרחי לעניינים אזרחיים או מי מטעמו, תהיה "היועץ המשפטי למערכת הביטחון"". ובסעיף 5(א)ג לצו: "בכל מקום בו נצרך סגן ראש המינהל האזרחי לעניינים אזרחיים או מי שכפוף לו לאותו עניין, להיוועץ ביועץ משפטי או לקבל אישורו, בין מכוח דין ובין שלא מכוח דין, ייוועץ סגן ראש המינהל האזרחי לעניינים אזרחיים או מי שכפוף לו לאותו עניין, ביועץ המשפטי למערכת הביטחון או מי מטעמו".

69. בניגוד ליועמ"ש איו"ש, שתפקידו, בהתאם לדין הבינלאומי הוא לאפשר למפקד הצבאי למלא את תפקידיו תוך שמירה על ביטחון האזור, הסדר הציבורי ושלטון החוק, תפקידו של היועץ המשפטי במשרד הביטחון הינו בין השאר לאפשר את הגשמת **המדיניות** של השר. "תפקיד היועץ המשפטי במשרד הממשלה הוא לייעץ ולהנחות את כלל גורמי המשרד בהיבטים המשפטיים של פעולתם. במסגרת זו עליו, בין השאר, **לסייע ולהעמיד לרשות המשרד את האמצעים והכלים המשפטיים הדרושים ליישום מדיניות המשרד**. במילוי תפקידו זה עליו גם להקפיד להיות "שומר הסף" כדי להבטיח כי מדיניות המשרד ונושאי המשרה בו תתבצע על פי כללי הדין וכללי המנהל התקין. על היועץ המשפטי למשרד לפעול לשם קיומו וחיזוקו של שלטון החוק."

"היועצים המשפטיים למשרד הממשלה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 9.1000 (התשס"ב).

70. ההבדל הוא משמעותי. במצב הדברים הקודם, בו מי שהיה כפוף לשר הביטחון היה האלוף שפיקד על מפקדת מתאם פעולות הממשלה בשטחים, והוא היה הגורם אמון על יישום מדיניות הממשלה

בשטחים. הניהול היומיומי של השטח, ההחלטות הפרטניות, האכיפה, כל אלה התקיימו בתוך המינהל האזרחי, תחת ראש המינהל האזרחי, ובשיתוף פיקוד המרכז. מבנה זה יצר חייץ בין הדרג הפוליטי לדרגי המקצוע אשר מקבלים החלטות פרטניות. בהתאם לכך, במסגרת הייעוץ המשפטי לפעולות היומיומיות הללו, יועמ"ש איז"ש לא נדרש ליישום מדיניות של שר בממשלה בכל פעולה ופעולה, אלא להתאמת העשייה של המינהל האזרחי ושל פיקוד מרכז להוראות הדין הבינלאומי והמקומי.

71. העברת הייעוץ המשפטי יוצרת מצב א-נומאלי לפיו יינתן ייעוץ משפטי אזרחי של המדינה לקציני צבא בכל פעולה שלטונית בשטח התפוס בתפיסה לוחמתית. תפקיד היועץ המשפטי מוגדר, בין השאר, לאפשר הגשמת מדיניות של גורם פוליטי, וזאת ביחס לשטח אשר חל בו משטר נפרד מכוח דינים אחרים, בו לחוק הישראלי אין תחולה, לכנסת ישראל אין ריבונות ותושביו אינם בעלי מעמד בישראל.

iv. הליך מינוי הסגן האזרחי בפטור ממכרז פומבי

72. ביום 2.8.2023 פרסמה נציבות שירות המדינה החלטה ובה נקבע כי הוחלט "... לאשר פטור ממכרז פומבי למשרה זמנית של סגן ראש המינהל האזרחי (אזרחי). המינוי למשרה יעשה בהליך החלופי שנקבע בפסקה 11.983(ג) לתקשי"ר. העסקת עובד שיבחר למשרה זו תהיה זמנית לתקופה של עד 4 שנים, או עד לביטול משרתו של ראש מינהלת ההתיישבות במשרד הביטחון לפי המוקדם מבניהם".

73. התנאים המצטברים להגדרת משרה כזמנית המאפשרים לאיש משרה בפטור ממכרז פומבי מנויים בפסקה 11.982 לתקשי"ר, והם: (א) המשרה נועדה לעסוק במשימה חולפת, קצובה בזמן, שאינה צפויה להיטמע במערך הקבוע של שירות המדינה; (ב) זמן המשימה צפוי להימשך עד חמש שנים; (ג) המשרה עוסקת במשימה חיונית אשר יש חשיבות שתבוצע ללא דיחוי, ולא ניתן לאישה בהליך מכרזי בזמן סביר; (ד) תקציב המשרה שייך לסעיף של עבודה בלתי צמיתה.

74. אף לא אחד מהתנאים המנויים לעיל מתקיימים בענייננו. תפקיד הניהול השוטף של העניינים האזרחיים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית הוא אמנם תפקיד זמני מטבעו, כמו שהכיבוש זמני מטבעו, אך לא ניתן להכפיף את זמניותו למינוי ממשלתי פוליטי במשרד הביטחון. היקף הסמכויות המוענקות לו מעידות כי אין מדובר בפרויקט קצר מועד באופיו. זיכרון הדברים משיבת ועדת שירות המדינה שהתקיימה ביום 2.8.2023, אינו כולל את הנימוקים להגדרת התפקיד כזמני, אלא את ההחלטה בלבד.

(זכרון דברים מועדת שירות המדינה:

<https://www.gov.il/BlobFolder/policy/decision2189/he/451-2023.pdf>

75. לא זו בלבד שאין כל הצדקה להגדיר את המינוי כזמני ועצם ההגדרה מחזקת את הטענה שמינויו של המשיב 5 הינו מינוי פוליטי, גם כריכת תקופת העסקתו של הסגן האזרחי בתקופת כהונתה של הממשלה ושל ראש מינהלת ההתיישבות מהווה ראיה לכך שמינוי של הסגן האזרחי הוא מינוי פוליטי מובהק. על אופיו הפוליטי של המינוי ניתן גם ללמוד מכפיפותו של הסגן האזרחי לראש מינהלת ההתיישבות, מקורבו של השר סמוטריץ' - יהודה אליהו.

76. למינוי פוליטי של אזרח בתוך שדרת הפיקוד הצבאית, תוך שבירת שרשרת הפיקוד, והכנסת שיקולים מפלגתיים לתוך שורות הצבא יש השלכות אשר משתרעות הרבה מעבר לעתירה זו. אך עתירה זו אינה עוסקת בשחיתות ובהשלכות של פוליטיזציה על מערכות שאמורות להיות חפות מפוליטיקה מפלגתית. עתירה זו עוסקת במהות אותה מנסים המשיבים להסוות בתוך המבנה המשטרי החדש אותו הקימו בגדה המערבית, ובהשלכותיו של ה"ישראלבולף" על חוקיות השליטה הישראלית בשטחים המוחזקים בידה באמצעות משרד ממשלתי ייעודי, כאשר רובם המכריע של התושבים בשטח אינם יכולים להשתתף בבחירת הדרג הנבחר אשר שולט בהם ואינם יכולים להשפיע על עתידם.

IV. מיצוי הליכים

77. ביום 7.7.2024 שלחו העותרות מכתב לשר הביטחון, לאלוף פיקוד המרכז ולראש המינהל האזרחי בו נטען כי הצו וכתב המינוי והאצלת הסמכויות אינם חוקיים, מפירים איסורים מובהקים של הדין הבינלאומי, ואף מעמיקים ביצוע של פשע נגד האנושות. על כן, דרשו העותרות לבטל אותם לאלתר.

הפנייה מיום 7.7.2024 מצורפת ומסומנת נספח ע/9

78. ביום 31.7.2024 נשלחה תזכורת ובה הודגש שגם בשל אי עמידה בכללים של המשפט המינהל, הצו בטל.

התזכורת מיום 31.7.2024 מצורפת ומסומנת נספח ע/10

עד לכתיבת שורות אלה לא נתקבל כל מענה.

ג. הטיעון המשפטי

I. הטיעון בקליפת אגוז

79. מהלך הטיעון המשפטי מטעם העותרות בעתירה זו יהיה כדלקמן: העותרות יטענו שהצו וכתב המינוי והאצילה יצרו משטר לא חוקי לפי הדין הבינלאומי החל בשטח, ולכן המפקד הצבאי וראש המינהל האזרחי, אשר יונקים את סמכויותיהם מהדין הבינלאומי, חרגו מסמכותם כאשר חתמו על הצו ועל כתב המינוי והאצלת הסמכויות. לשם כך נעמוד על האופן בו דיני המלחמה מסדירים את מבנה השליטה של הכוח הכובש מרגע שמתקיימים התנאים אשר יוצרים את הסטטוס המשפטי של שטח ככבוש (או כנתון ל"תפיסה לוחמתית"), ומשההוראות המסדירות את המסגרת השלטונית של הכיבוש נכנסות לתוקפן. נסקור את האיסור על רכישת ריבונות בכוח ועל מעמדו כעקרון מרכזי של הדין הבינלאומי, ואת איסור הסיפוח הנובע ממנו. בהמשך, נראה כי המבנה המשטרי שנוצר עם החתימה על הצו והעברת הסמכויות עונה להגדרה של סיפוח אסור, גם בהיעדר הכרזה רשמית על ריבונות. נעמוד על כך, שתוצאת המהלך מעבר לסיפוח אסור, היא פגיעה חמורה בזכויותיהם של התושבים הפלסטינים שהם האזרחים

המוגנים של השטח, עד כדי העמקת משטר האפרטהייד בגדה המערבית, ונטען שגם מסיבה זו המהלך נגוע באי חוקיות. בשל כל אלה יטענו העותרים שהצו והאצלת הסמכויות נחתמו תוך חריגה מסמכות, ובחוסר סבירות קיצוני ועל כן דינם בטלות.

80. העותרות יטענו בנוסף שהצו ואצילת הסמכויות אינם כדין ולכן בטלים, גם מתוקף עקרונות המשפט המינהלי הישראלי אשר מחייב כל רשות ישראלית, וזאת משני טעמים: הראשון הוא האיסור על בעל סמכות להתפרק מסמכויותיו באמצעות אצילה. אצילת כלל הסמכויות של ראש המינהל האזרחי לגורם שאינם מכונה "סגן", אך למעשה אינו כפוף לו, וכשאצילה זו מבוצרת באמצעות נוהל שאוסר על ראש המינהל ליטול לעצמו בחזרה את הסמכויות המואצלות - אינה **אצילה** אלא **העברה** של סמכויות במסווה מרשות אחת לאחרת. הטעם השני הוא שמינויו של הסגן האזרחי הינו מינוי פוליטי-תשתיתי בלב ליבו של גוף צבאי, ועם העברת כלל הסמכויות אליו, נוצרת פוליטיזציה של כל החלטה וכל פעולה של המינהל האזרחי במסגרת אשר אמורה להיות חיצונית למערכת הפוליטית. גם בשל טענות אלה יטענו העותרים שהצו והאצלת הסמכויות נחתמו תוך חריגה מסמכות, ובחוסר סבירות קיצוני ועל כן דינם בטלות.

II. דיני הכיבוש (התפיסה הלוחמתית) ואיסור הסיפוח: המסגרת המשפטית

i. כיבוש סטטוס משפטי

81. כיבוש הינו סטטוס משפטי. "שטח נחשב לכבוש כשהוא נמצא למעשה תחת שלטון צבא האויב" (תקנה 42 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית בדבר כלליה ונוהגיה של המלחמה ביבשה (1907)) – להלן: "תקנות האג"), ומרגע שהוא מצוי בסטטוס של כיבוש (או בשם הישראלי המבקש להתנער מהמושג "כיבוש": "תפיסה לוחמתית"), חלים עליו דיני הכיבוש הבינלאומיים (או "דיני התפיסה הלוחמתית", כפי שהם נקראים בישראל).

82. עקרון-העל שחולש על דיני הכיבוש הוא איסור הסיפוח של שטח כבוש, ועל עקרון זה נעמוד לעומק בהמשך.

83. דיני הכיבוש מבוססים על שלושה עקרונות, לצד איסור הסיפוח: ראשית והחשוב ביותר - הכיבוש אינו מקנה ריבונות; שנית, ונובע במידה רבה מהראשון - הכיבוש הוא זמני (ידועה ומצוטטת באופן תכוף בעניין זה אמרתו של המלומד של דיני המלחמה, לאסה אופנהיים שקבע שבכיבוש "אין ולו אטום אחד של ריבונות" – Lassa Oppenheim, *The Legal Relations Between the Occupying Power and the Inhabitants*, 33 Law Q. Rev. 364 (1917); ושלישית, הכיבוש הוא משטר נאמנות של הכובש עבור הנכבשים. במילים אחרות, **כיבוש הוא משטר של ניהול זמני של שטח בידי כוח לוחם שהשיג בו שליטה אפקטיבית.**

ראו לעניין זה בין היתר:

Eyal Benvenisti, **The International Law of Occupation** (Oxford University Press, 2012)(2nd Edition), p. 6;

(להלן: "בנבנישתי 2012")

Orna Ben-Naftali, Michael Sfard & Hedi Viterbo, **The ABC of the OPT: A Legal Lexicon of the Israeli Control over the Occupied Palestinian Territory** (Cambridge University Press, 2018), p. 14, 142-143)

(להלן: "בן-נפתלי, ספרד ווטרבו 2018")

84. המשפט הבינלאומי אינו מוציא את הכיבוש הצבאי אל מחוץ לחוק, הוא מבקש להסדיר אותו ולקבוע לו כללים. לכן אין זה משנה אם הכיבוש הוא תולדה של מלחמה חוקית (מלחמת הגנה) או מלחמה בלתי חוקית. המשפט הבינלאומי מטיל על המעצמה הכובשת את החובה לדאוג לזכויות היסוד של הנכבשים ובה בעת מונע ממנה להתייחס לשטח הכבוש כרכושה, כחלק משיטחה הריבוני.

85. הכובש נדרש להחזיר את הסדר והביטחון והחיים האזרחיים למסלולם (תקנה 43 לתקנות האג) ולמנוע אנרכיה, אבל גם להימנע משינויים יסודיים או בעלי השלכות ארוכות טווח בשטח הכבוש, שרק לריבון מותר לבצעם.

86. דיני הכיבוש משרטטים דמות של ממשל שנוטל את הגה השלטון ומייצר משילות, אבל בה בעת מנוע מפעולות דרסטיות שישנו את השטח. לשם כך דיני הכיבוש יצרו סדר שלטוני חדש וזמני והעניקו במסגרתו לכוח הכובש את הסמכויות הנדרשות למילוי תפקידיו – הכוחות הניהוליים שהיו בידי כל רשויות השלטון טרם הכיבוש. וכך, המפקד הצבאי, בהסמכה הנובעת מהמשפט הבינלאומי, מחזיק בשטח הכבוש סמכויות של מחוקק, וצווים שלו הם בגדר חקיקה ראשית וחקיקת משנה (תקנה 43 לתקנות האג – שימו לב שמדובר בסמכויות מוגבלות ראו את הסיפא לתקנה); הוא משמש כראש הרשות המבצעת של השטח הכבוש וקציניו מקבלים את הסמכויות המינהליות שהיו בשטח הכבוש לממשלה שניגפה; והמפקד הצבאי גם רשאי להקים בתי משפט צבאיים שאמורים לעסוק בענייני ביטחון.

87. לצד מבנה שלטוני אוטוריטרי זה (כלומר, משטר שבו האזרחים לא שותפים לקביעת הנורמות המושלות בהם), דיני הכיבוש מציבים בפני כוחו של הכובש מספר בלמים חשובים: ראשית, המפקד הצבאי אמור לשמר את הקיים ככל שאפשר ("עקרון השימור"). שנית, בניהולו את השטח הכבוש עליו לשרת את טובת האזרחים הכבושים. בכך באה לידי ביטוי העובדה שהשטח מוחזק בידי **בנאמנות**; שלישית, עליו להימנע מפגיעה בזכויות היסוד של האזרחים הכבושים ולהגן עליהם מפגיעה בידי אחרים (לכל אלה ראו בנבנישתי 2012 בעמ' 5-7, ובן-נפתלי, ספרד ווטרבו 2018 בעמ' 14-17 וכן ראו את ההפניות שם. כמו כן ראו י. [דינשטיין, "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים"](#), עיוני משפט ב (תשל"ב-ל"ג) 505).

88. הגדה המערבית (או בשמה המשפטי הביורוקרטי בדין הישראלי: "האזור") הינה שטח המצוי בתפיסה לוחמתית על-ידי מדינת ישראל מאז שנת 1967, לישראל שליטה אפקטיבית עליה, ולכן חלים עליה דיני התפיסה הלוחמתית שהם חלק מדיני המלחמה הבינלאומיים. דינים אלה עוגנו בעיקר *בתקנות האג*,

באמנת ז'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בעת מלחמה משנת 1949 (להלן: אמנת ז'נבה) ובפרוטוקול המשלים הראשון לאמנות ז'נבה משנת 1977 (להלן: הפרוטוקול). נזכיר, כי ישראל אינה צד לתקנות האג, אך אלה מוכרות כמשפט מנהגי ולכן מחייבות את ישראל גם במסגרת משפט הפנימי (ראה בג"ץ 606/78, 610/78 איוב ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד ל"ג(2) 113 (1979), בעמ' 122). ישראל חתמה על ואשררה את אמנת ז'נבה ועל-כן היא צד לה (והיא גם מקובלת היום כמשקפת משפט בינלאומי מנהגי). ישראל אינה צד לפרוטוקול, אך רבות מההוראות בו גם מקובלות כמשקפות משפט מנהגי ולכן אף הן מחייבות אותה וחלות במשפט הישראלי.

89. בהתאם לדינים אלה כאמור, הכוח הכובש, הצבא הישראלי, אינו הריבון של האזור אלא מי שמנהל אותו באופן זמני ועד שמעמד הקבע שלו יוכרע באופן שהולם את דרישות המשפט הבינלאומי לגבי יישוב סכסוכים בינלאומיים. כפי שהוסבר לעיל, ניהול זה של השטח נעשה בתפיסה הרואה במפקד הצבאי (המשיב מס' 2) כנאמן של השטח שאמור לנהלו לטובת מוטביו – האוכלוסייה האזרחית המוגנת של האזור הכבוש. במילותיו של בית המשפט הגבוה לצדק בפסק הדין המנחה והמרכזי בסוגיית מעמד הגדה ("האזור") וסמכויות המפקד הצבאי בה (ההדגשות שלנו):

"[...]נקודת המוצא העקרונית היא, שהמפקד הצבאי אינו יורש את זכויותיו ומעמדו של השלטון שניגף. **אין הוא הריבון באזור המוחזק** [...] סמכויותיו של השלטון שניגף מושעות, ואילו מכוח כללי המשפט הבינלאומי הפומבי נתונה בידי המפקד הצבאי "סמכות הממשל והמינהל העליונה באזור [...] סמכויות אלה הן, מבחינה משפטית, זמניות מטבען, שכן התפיסה הלוחמתית היא זמנית מטבעה"

(בג"ץ 393-82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלעתאווניה אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, לז(4) 785, להלן: "עניין אסכאן", פסקה 12 לחוות-דעתו של כב' שופט (כתוארו אז) ברק).

ראו בנוסף: בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח', נט(2) 481 (2005) בעמ' 513; בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל, נח(5) 807 (2004) בעמ' 826; בג"ץ 1308/17 עיריית סילוואד נ' הכנסת (נבו 9.6.2020), בעמ' 8.

90. מכיוון שכך, ולנוכח העובדה שהמפקד הצבאי הוא נאמן המופקד זמנית על השטח, שיקול דעתו (שלו ושל הגורמים להם הוא מאציל מסמכויות הניהול שלו) מוגבל לקידום שני אינטרסים, ושני אינטרסים בלבד –

"[...] אחד – הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של התופס בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית; האחר – הבטחת צרכיה של האוכלוסייה האזרחית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית [...]."

בין שני צירים אלה באות תקנות האג לקבוע איזון מסוים, תוך שבעניינים מסוימים הדגש הוא בצורך הצבאי, ואילו בעניינים אחרים הדגש הוא בצרכיה של האוכלוסיה האזרחית:

”דיני המלחמה יוצרים בדרך-כלל איזון עדין בין שני קטבים מגנטיים: צורך צבאי, מחד גיסא, ושיקולים הומניטריים מאידך גיסא”

(עניין אסכאן בעמ' 795. וראו גם: י" דינשטיין, "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים" עיוני משפט ב (תשל"ב-ל"ג) 509, 505).

91. הנה כי-כן שיקולי ביטחון ושיקולי טובת האוכלוסייה האזרחית בשטח הכבוש הם **ורק הם** אמורים להנחות החלטות של המפקד הצבאי בדבר ניהול השטח הכבוש. שיקול שאינו כזה, שיקול המקדם אינטרס כלכלי או פוליטי של המעצמה הכובשת, הינו **שיקול זר ופסול**:

”אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסיה המקומית... אפילו צורכי הצבא הם צרכיו הצבאיים ולא צורכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב”

(עניין אסכאן, עמ' 796-795)

וראו גם: בג"ץ 2150/07 ראש מועצת הכפר בית סירא ואח' נ' שר הביטחון, סג(3) 331 (2009), בעמ' 355; בג"ץ 3607/10 שורת הדין Israel Law Center - ואח' נ' שר הביטחון (נבו 27.6.2010), בעמ' 8.

92. ולפני שנסיים חלק זה נעיר עוד הערה חשובה מאוד להקשר שלנו: אמנם דיני התפיסה הלוחמתית אינם מחייבים בהכרח שממשל הכיבוש יהיה צבאי, והיו מקרים שכובש ייסד מנגנון ממשלי שאינו צבאי, אולם מנגנון כזה **חייב להיות עצמאי ומנותק ככל שניתן מהמעצמה הכובשת**. כפי שכתב פרופסור בנבנישתי בספרו:

“The insistence on military administration [is] less crucial, as long as the exceptional nature of the administration **and its formal independence of the occupying state are maintained**”

(Benvenisti 2012, p. 4)

93. במילים אחרות: **חייב להיות חיץ** מסוים, גם אם לא מלא, בין ממשלת המדינה הכובשת לממשלת הכיבוש. הגם שברור שלממשלה של המעצמה הכובשת יש השפעה על ממשל הכיבוש – שהרי זהו צבאה או מנגנון אחר שהיא הקימה – אין השפעה עקיפה כמשילות ישירה.

94. ההכרח בניתוק ועצמאות של ממשל הכיבוש מהמעצמה הכובשת וממשלתה, נובע מהתכלית המרכזית אותה משרתים דיני הכיבוש – איסור רכישת ריבונות בכוח – שהיא אבן הראשה של הסדר העולמי המשפטי שיצרה הקהילה הבינלאומית עם תום מלחמת העולם השנייה. ולכך נפנה עתה.

ii. איסור רכישת ריבונות בכוח

95. איסור הסיפוח של שטח כבוש הוא עקרון יסוד של המשפט הבינלאומי הפומבי, של דיני המלחמה ושל דיני התפיסה הלוחמתית. הוא נגזר מהאיסור על רכישת ריבונות בכוח, שבתורו נגזר מעקרון הבסיס שעליו מושתת הסדר העולמי המשפטי שאימצה הקהילה הבינלאומית לאחר מלחמת העולם השנייה – **איסור השימוש בכוח (ואף איסור השימוש באיום בכוח) ביחסים הבינלאומיים.**

96. האיסור על שימוש או איום בשימוש בכוח (שהוא עקרון יסוד של דיני השימוש בכוח, או "דיני הפתיחה במלחמה" - *jus ad bellum*) מעוגן במגילת האו"ם ובעת כתיבתו היווה חידוש מהפכני של הדין הבינלאומי. אחרי אלפי שנות ציביליזציה אנושית שבהן כוח צבאי היה אחד מהכלים **הלגיטימיים** (לצד כוח כלכלי, כוח מדיני, כוח תרבותי ועוד) להשגת יעדים במישור היחסים הבינלאומיים, בשנת 1945 הקהילה הבינלאומית הפכה את התוקפנות הצבאית לאסורה, תוך שהיא מאיינת את האפשרות ליהנות מפירות השימוש בכוח (גם אם השימוש היה חוקי, קרי – כוח שמופעל כהגנה עצמית כדי להדוף תוקפן).

97. שינוי קריטי זה מבטא הכרעה ערכית דרמטית של אומות העולם: לנסות לעקור את מה שהיה מאפיין מרכזי של היחסים בין קבוצות אנושיות מאז שחר ההיסטוריה - המלחמה. המשפט הבינלאומי לא נקט בעמדה פציפיסטית המוציאה את המלחמה אל מחוץ לחוק באופן מוחלט, והותיר את ההגנה העצמית שנועדה להדוף תוקפן כחריג חוקי לכלל האוסר שימוש בכוח. אולם ההיסטוריה המדממת ובעיקר הזוועות של שתי מלחמות עולם שגרמו לסבל למאות מיליוני בני אדם, ובמיוחד הפשעים הבלתי נתפסים שבוצעו במלחמת העולם השנייה **שבטבורם מכונת ההשמדה הנאצית והשואה**, הובילו לאותו שינוי מהפכני-משפטי במעמדו של השימוש בכוח צבאי בדין הבינלאומי.

98. האיסור על שימוש ואיום בשימוש בכוח עוגן, אם-כן, במגילת האו"ם, בסעיף 2(4) הקובע כך –

All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.

99. מאיסור השימוש בכוח נגזר **האיסור על רכישת ריבונות באמצעות כוח**, שגם הוא עקרון כללי של המשפט הבינלאומי הפומבי. איסור זה נועד לוודא שהדין הבינלאומי ימנע תמריצים למלחמות. העצרת הכללית ביטאה את העקרון הזה באחת ההחלטות הכי חשובות של העצרת, **הכרזה בדבר עקרונות המשב"ל בנוגע ליחסים ידידותיים ושיתוף פעולה בין מדינות** – החלטה מס' 2625 משנת 1970, שבה נאמר בצורה ברורה:

“No territorial acquisition resulting from the threat or use of force shall be recognized as legal”

(The Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States (A/RES/2625, General Assembly resolution 2625 (XXV), Annex, first principle)

100. בית הדין הבינלאומי לצדק, האורגן השיפוטי העליון של האו"ם והפרשן המוסמך והמחייב של הדין הבינלאומי, הכיר באיסור על רכישת שטח בכוח כעקרון כללי מנהגי של המשפט הבינלאומי באינספור החלטות שיפוטיות שלו. ראו בין היתר קביעה זו בפסקי הדין וחוות הדעת המייעצות הבאות:

- *Military und Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America*, I. C. J. Reports 1986, pp. 98-101, paras. 187-190.
- *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I), p. 171, para. 87.
- [Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem](#), Advisory Opinion of 19 July 2024, p. 52-53 (paragraphs 174-179).

(לגבי חוות הדעת האחרונה היא תיקרא להלן: "חוות-הדעת המייעצת בעניין התוצאות של המדיניות והפרקטיקות הישראליות בשטח הפלסטיני הכבוש", או: "חוות-הדעת המייעצת בעניין הכיבוש הישראלי")

101. גם בהקשר הקונקרטי של הכיבוש הישראלי, בין היתר של הגדה המערבית, אמרה הקהילה הבינלאומית את דברה, ובהחלטת מועצת הביטחון 242 מיום 22 בנובמבר 1967, היא ההחלטה החשובה ביותר בקשר לסכסוך הישראלי-ערבי מאז החלטת החלוקה וככל החלטה של מועצת הביטחון היא כמובן מחייבת משפטית, הדגישה המועצה את העקרון על איסור רכישת שטח בכוח בפתח דבריה –

“The Security Council... emphasizing the inadmissibility of acquisition of territory by war...”

על העקרון הזה חזרה מועצת הביטחון גם בהחלטות הבאות שנגעו לכיבוש הישראלי (ראו למשל החלטות 252 (1968); 298 (1971); 478 (1980); 2334 (2016) ואחרות). וכמובן בית הדין הבינלאומי לצדק חזר עליו בחוות-דעתו המייעצת הנ"ל בעניין התוצאות של המדיניות והפרקטיקות הישראליות בשטח הפלסטיני הכבוש.

102. איסור הסיפוח, אם-כן, איננו "עוד" איסור שהדין הבינלאומי מורה עליו, אלא איסור יסודי שנועד לבצר ולבטן את עקרון העל של היחסים הבינלאומיים לאחר מלחמות העולם, ופשוטו כמשמעו – למנוע מלחמות, לדכא את היצר של בני האדם לעשות שימוש בכוח, ולהציל חיים.

iii. איסור סיפוח של שטח כבוש

103. סיפוח שטח כבוש הוא סוג של רכישת שטח כוחנית. בית הדין הבינלאומי לצדק ניסח כך את הפעולה שמהווה סיפוח, בחוות-דעתו המייעצת בעניין התוצאות של המדיניות והפרקטיקות הישראליות בשטח הפלסטיני הכבוש (פסקה 158, עמ' 47):

"By the term "annexation", in the present context, the Court understands the forcible acquisition by the occupying Power of the territory that it occupies, namely its integration into the territory of the occupying Power. Annexation, then, presupposes the intent of the occupying Power to exercise permanent control over the occupied territory"

104. כלומר, סיפוח הוא רכישת שטח כבוש ע"י המעצמה הכובשת ע"י **שילוב** בשטחה של המעצמה הכובשת. סיפוח מניח כוונה של המעצמה הכובשת לקיים שליטה **קבועה** על השטח הכבוש.

105. יאמר מיד, שהיו שופטים בין שופטי בית הדין לצדק שחשבו שהשאלה הנכונה לשאול לגבי חוקיות הפעולות הישראליות בשטח הכבוש איננה האם הוא סופח במובן של **שילוב** ואיחוד עם שטחה של ישראל, אלא האם ישראל יצרה בו מבנה ממשלי של שליטה **קבועה**, היות ודי בכך כדי להפר את האיסור על רכישת שטח בכוח, ואין זה משנה האם השטח סופח למדינה הכובשת. ראו דבריה של השופטת האמריקאית קליבלנד החוזרת על מרכזיותו של האיסור על רכישת שטח בכוח, שנובע ישירות מסעיף 2(4) למגילת האו"ם (פסקה 28 לחוות-דעתה הנפרדת):

"It is perhaps unfortunate that the General Assembly framed part of question (a) in terms of "annexation". International law, in the form of Article 2, paragraph 4, of the UN Charter and of custom, prohibits the "acquisition of territory" through the threat or use of force. **The critical question, then, is what constitutes an unlawful "acquisition" of territory** that could place the conduct of an occupying Power in violation of this fundamental norm. "Annexation" in this sense can be (mis)understood as involving the assertion of formal sovereignty over a territory or the incorporation of foreign territory into a State's own territory — neither of which is required for a violation of the prohibition of the acquisition of territory by force"

106. כך או אחרת, האיסור על סיפוח של שטח כבוש נובע, אם-כן, ישירות מהאיסור על רכישת שטח בכוח, אולם יש לו מקורות נוספים המבטאים ערכים מרכזיים שהדין הבינלאומי מקדם. אליהם נעבור עתה.

107. האיסור על סיפוח של שטח כבוש נובע גם מעקרון הריבונות. שטח כבוש הוא שטח שהריבונות בו אמנם הושעתה אבל הריבון של השטח עדיין קיים. סיפוח מהווה פגיעה בריבונותו של הריבון החוקי. מאז הסכם ווסטפליה שנחתם במאה ה-17 ושב ו התחייבו מלכי אירופה לכבד זה את סמכותו של האחר בתחומי הגבולות הגיאוגרפיים של מרחבי שליטתם¹, הסכם שיצר את מושג הריבונות המודרני, עקרון הריבונות הוא עיקרון יסודי של המשפט הבינלאומי. הוא עוגן באמנת מונטוידאו בדבר הזכויות והחובות של המדינות משנת 1933 (Convention on the Rights and Duties of States, Montevideo, 1933, 165 LNTS 19 December 26 – להלן: "אמנת מונטוידאו"), והוא עוגן בשניים משבעת העקרונות המצויינים במגילת האו"ם כעקרונות היסוד שאותם על האו"ם והמדינות החברות בו לכבד בפועל לממש את מטרות הארגון: סעיף (1) הקובע את עקרון הריבונות השווה (Sovereign Equality) אשר עוגן עוד קודם בסעיף 4 לאמנת מונטוידאו, וסעיף (7)2 למגילה המעגן את עקרון אי-ההתערבות שאוסר על התערבות בענייניהן הפנימיים של מדינות (סעיף 8 לאמנת מונטוידאו), כלומר הסעיף מעגן את משילותו הבלעדית של הריבון בתחומי ריבונותו.

108. ריבונות היא הזכות הבלעדית והעליונה להפעיל כוח בשטח מסויים וכלפי תושביו. שטח מסוים נמצא בריבונות מדינה פלונית אם היא רשאית להפעיל את סמכויותיה, כמדינה, באותו שטח (ראו: רובי סיבל, משפט בינלאומי, 38). או במילותיו של המלומד אופנהיים (ההדגשות שלנו):

"The concept of sovereignty was introduced ... in the context of the power of the ruler of the state over **everything** within the state. Sovereignty was, in other words, primarily a matter of internal constitutional power and authority, conceived as the **highest**, underived power within the state with **exclusive** competence therein.

Oppenheim's **International Law**, volume 1, part 1, 125

109. ועדת המומחים הבינלאומית שחקרה את גבולות הריבונות² בדין הבינלאומי קבעה גם היא כי ריבונות היא הכוח לקבל הכרעות מחייבות כלפי בני אדם ומשאבים בטריטוריה מסויימת:

¹ Treaty of Westphalia: Peace treaty between the Holy Roman Emperor and the King of France and their respective Allies, Munster, 24 October 1648 printed in: F. L. Israel (ed.), *Major Peace Treaties of Modern History 1648-1967* (New York, NY: Chelsea House Publishers, 1967), vol. I, p. 27.

² The Responsibility to Protect: Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty

"Internally, sovereignty signifies the capacity to make authoritative decisions with regard to the people and resources within the territory of the state"

110. וזו התוצאה של איסור הסיפוח: שטח כבוש הוא שטח שהריבונות בו אמנם הושעתה, אבל הריבון של השטח עדיין קיים, וגם אם בפועל אינו יכול לממש את ריבונותו, זו מוכרת משפטית ומוגנת. המשפט הבינלאומי מכיר בכך שבשעה שהריבון מנוע מלמשול, הגורם השולט בשטח בפועל ("in fact") הוא זה שינהלו, אולם כיוון שאיננו ריבון - ניהול זה הוא זמני ומוגבל. סיפוח שטח כבוש יוצר יומרה להסרת המגבלות, הן במישור הזמן והן במישור רוחב סמכויות הניהול של השטח. המספח מתיימר לאיין לנצח את ריבונותו של הריבון ולהחליפו ולכן סיפוח חד-צדדי, בוודאי כשהוא תוצאה של שימוש בכוח צבאי, מהווה פגיעה בעקרון הריבונות. ההגנה על הריבונות, שכאמור היא עקרון יסוד כללי של המשפט הבינלאומי ומעוגנת במגילת האו"ם כמשפט בינלאומי מנהגי ומחייב, גם היא מקור לאיסור הסיפוח של שטח כבוש.

111. לצד איסור השימוש בכוח ועקרון הריבונות, איסור הסיפוח של שטח כבוש נובע מעקרון יסודי נוסף שעליו מבוסס המשפט הבינלאומי הפומבי המודרני: הזכות להגדרה עצמית של עמים.

112. מושג הריבונות עבר תמורות מאז נחתם הסכם ווסטפליה, ולאחר המהפכות הצרפתית והאמריקאית בשלהי המאה ה-18, התפשטות הרעיון הדמוקרטי ואימוץ ההכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם (1948). התפיסה המשפטית כיום היא שהריבון הם הנמשלים ולא המושלים. המילים "We the people" שפותחות את החוקה האמריקאית, כמו גם ה"אנו" בהכרזה "אנו מכריזים בזאת" של "חברי מועצת העם ונציגי הישוב העברי והתנועה הציונית" בהכרזת העצמאות של מדינת ישראל – הם דוגמאות לתפיסה הרואה בנמשלים – האנשים – כריבון.

113. הזכות להגדרה עצמית של עמים רואה בעמים ריבון, כל אחד של עצמו. היא מהווה אבן ראשה של המשפט הבינלאומי המודרני והוכרה כעקרון יסוד של הדין הבינלאומי הן בסעיף הראשון של מגילת האו"ם הנוקב במטרות הארגון, והן בסעיף 55 למגילה העוסק בתנאים לשיתוף פעולה בינלאומי; היא הוכרה כ"עקרון יסוד של המשפט הבינלאומי" גם בהחלטה 2625 של העצרת הכללית בדבר יחסים ידידותיים ושיתוף פעולה בין מדינות שהוזכרה לעיל, והוקדשה לה גם ההכרזה הידועה של העצרת בדבר הענקת עצמאות למדינות ועמים המצויים תחת שלטון קולוניאלי מ-14 בדצמבר 1960 (החלטה מס' 1514(XV)). עוד על מרכזיותו של העקרון כחולש על כללי המשפט בדבר יחסים בינלאומיים ראו בפסק-דינו של בית הדין הבינלאומי לצדק בתיק טימור המזרחית (East Timor (Portugal v.) (Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 102, para. 29.

114. בנוסף לאמור בהפניות לעיל, שם הזכות להגדרה עצמית מעוגנת כעקרון משפטי של היחסים הבינלאומיים, הזכות להגדרה עצמית גם מעוגנת בזכות אדם קולקטיבית בדיני זכויות האדם הבינלאומיים, וזאת בסעיף הראשון המשותף לשתי אמנות זכויות האדם החשובות ביותר – האמנה

הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966) והאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966). סעיף 1(1) לשתי האמנות קובע כך :

All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.

115. הזכות להגדרה עצמית משמעה כאמור שהנמשלים מושלים בעצמם, קובעים את גורלם ומחליטים בעצמם על המבנה הפוליטי שימשול בהם. סיפוח שטח כבוש שאינו נעשה מבחירת הנכבשים מהווה הפרה חזיתית וברורה של הזכות להגדרה עצמית. ועדת זכויות האדם של האו"ם, הגוף המקצועי המפקח על מימוש האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, קבעה בהערה פרשנית לסעיף 1 האמור כי מימוש הזכות להגדרה עצמית הוא תנאי למימוש כל זכויות האדם האינדיבידואליות :

"its realization is an essential condition for the effective guarantee and observance of individual human rights and for the promotion and strengthening of those rights"

(General Comment No. 12 (13 March 1984), Official Records of the General Assembly, Thirty-ninth Session, Supplement No. 40 (UN doc. A/39/40 (SUPP)), Annex VI, para. 1)

116. עד כדי כך מרכזית היא הזכות להגדרה עצמית, שהדין הבינלאומי רואה בה עקרון שהוא ברמה הנורמטיבית הגבוהה ביותר, עקרון-על, מאותם עקרונות, לצד עקרונות כמו איסור העבדות ואיסור ביצוע פשעים נגד האנושות ופשעי מלחמה, המחייבים לא רק את מי שהסכימו לתחולתם, אלא אף מחייבים גם את ה"מתנגדים העקביים" – persistent objectors - מי שהתנגדו להיווצרות כלל באופן עקבי, (ברגיל התנגדות עקבית פוטרת מחיוב בנורמה של הדין הבינלאומי). המדובר אם כן בנורמת-על (באנגלית: Jus Cogens או peremptory norm). כך בדיוק קבע בית הדין לצדק בחוות דעתו המייעצת בנוגע לכיבוש הישראלי (פסקה 233) :

"The Court considers that, in cases of foreign occupation such as the present case, the right to self-determination constitutes a peremptory norm of international law"

117. לסיכום: איסור הסיפוח נובע בעת ובעונה אחת ממספר עקרונות שכל אחד מהם הוא עמוד תווך של המשפט הבינלאומי המודרני: איסור השימוש בכוח; עקרון הריבונות; והזכות להגדרה עצמית של עמים.

118. דיני הכיבוש הבינלאומיים תורמים גם הם למאמץ המשפטי למנוע סיפוח של שטח כבוש והם לפיכך כוללים נורמה המאיינת תוצאות של סיפוח – סעיף 47 לאמנת ג'נבה הרביעית שכותרתו "חסיונות זכויות" (Inviolability of rights), הקובע כך (הדגשה שלנו) :

Protected persons who are in occupied territory shall not be deprived, in any case or in any manner whatsoever, of the benefits of the present Convention by any change introduced, as the result of the occupation of a territory, into the institutions or government of the said territory, nor by any agreement concluded between the authorities of the occupied territories and the Occupying Power, **nor by any annexation** by the latter of the whole or part of the occupied territory

119. דיני הכיבוש, כפי שצויין בחלק הראשון לעיל של הטיעון המשפטי, מבקשים לעגן את זכויות הנכבשים ולהגן עליהם מפני ממשל זר. התוצאות הקשות של השעיית זכויות האזרחיות של תושבי השטח הכבוש ממותנות באמצעות ההגנה שמעניק הדין הבינלאומי על זכויותיהם.

120. בסעיף 47 שצוטט לעיל, דיני הכיבוש פוסעים בנתיב הרואה בסיפוח בראש ובראשונה פגיעה בזכויות האזרחים המוגנים, ולפיכך הם קובעים נורמה המאיינת את התוצאות של הסיפוח ומבטיחה שהזכויות הנתונות לאזרחים המוגנים תשמרנה. בכך הם מונעים את הסיפוח שהרי אם אין אפשרות למספח לשנות את זכויות תושבי השטח שסיפח – הוא איננו ריבון.

III. הצו וכתב המינוי והאצלת הסמכויות מהווה סיפוח אסור

i. מהו סיפוח, מה מהווה סיפוח

121. כאמור בחוות-הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק בעניין חוקיות הכיבוש הישראלי, הוגדר סיפוח של שטח כבוש ע"י המעצמה הכובשת כ**שילוב** בשטחה של המעצמה הכובשת. סיפוח כולל אלמנט של רכישה – במובן של הטלת הסמכות הריבונית-המשילונית העליונה – על השטח, והתיימרות לקבע אותה.

122. סיפוח יכול להתרחש בכל מיני דרכים, אבל המאפיין המשותף הוא היצירה של **משילות ישירה** של הממשלה של המעצמה הכובשת בשטח הכבוש ("שילוב"), ויומרה לקבע משילות זו. משילות ישירה היא אנטייתזה ל**חיץ משילותי** שמעניק גוף שאחראי על ניהול השטח הכבוש (למשל הצבא).

123. במאמרו החשוב קובעות המלומדות לוי-שנור, מגידו וברדה שהמבחן לסיפוח אינו בהיותו מוכרז ככזה, אלא באופי ה**מהותי** של השליטה של מעצמה בשטח. שינויים בהסדרי משטר יכולים בהחלט להיות סיפוח, הן מבהירות, גם אם המעצמה המספחת לא הכריזה על כך. העברת סמכויות ממשל בשטח כבוש מהכוח הכובש (הצבא) לממשלה האזרחית של המעצמה הכובשת היא אינדיקציה ברורה לסיפוח :

In the context of an occupation, clear evidence of annexation is a removal of authority and power from the military commander, whom the international law of occupation designates as the ruler of the occupied territory and its reallocation to the civilian government of the occupying state.

Levine-Schnur, Ronit and Megiddo, Tamar and Berda, Yael, A Theory of Annexation (February 5, 2023). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4330338>

124. בית הדין הבינלאומי לצדק אימץ גישה מהותנית זו לסיפוח שטח כבוש, וקבע שהשאלה איננה האם נעשתה הכרזה של סיפוחו, אלא האם בוצעו פעולות שטמונה בהן נטילה של סמכויות שליטה קבועות בשטח הכבוש (ההדגשה שלנו):

"de jure annexation consists in the formal declaration by the occupying Power of sovereignty over the occupied territory, whereas de facto annexation comprises acts short of a formal declaration that create a "fait accompli" on the ground and that consolidate the occupying Power's permanent control over the occupied territory. Although differing in terms of the means through which the annexation is carried out, both types of annexation share the same objective — **the assertion of permanent control over the occupied territory.**"

(חוות הדעת המייעצת בעניין התוצאות של המדיניות והפרקטיקות הישראליות בשטח הפלסטיני הכבוש 2024, פסקה 160)

125. אכן, את המעבר בין ממשל כיבוש להחלת ריבונות אפשר לזהות במחיקת החיץ שבין המנגנון הממשלי של הכיבוש לבין המנגנון המשטרי של המעצמה הכובשת. חיסולו של החיץ, בין אם ע"י האחדה של מוסדות שלטוניים בשטח הכבוש עם אלו של המעצמה הכובשת ובין אם ע"י יצירת מוסדות שלטוניים לשטח הכבוש במסגרת הממשלה של המעצמה הכובשת, יוצר **ממשל ישיר** של הבירוקרטיה של ממשלת המעצמה הכובשת בשטח הכבוש. ממשל ישיר זה ממומש באמצעות השירות הציבורי של המדינה הכובשת על כל מחויבותיו לאינטרסים של החברה הכובשת ולדין של המעצמה הכובשת אשר עתה מפעיל סמכויות מינהליות, חקיקתיות ו/או ביצועיות בשטח הכבוש.

126. ואכן, תקנה 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג, המעניקה לכובש את סמכויות הניהול של השטח הכבוש ומהווה "חוקה בזעיר אנפין" של ממשל הכיבוש, נוקב ב"כובש" ("Occupant") ולא ב"מעצמה הכובשת" ("Occupying State" או "Occupying Power") כמי שלו מוענקות הסמכויות המשילותיות. והדבר אינו מקרי: ניירות העבודה של הכרזת בריסל שאומצה בתום ועידת בריסל בדבר הכללים והנהגים של המלחמה, שהתקיימה בין 27 ביולי ו-27 באוגוסט 1875, מגלים שהיה דיון ער בנוגע לנוסח

של סעיף 2 להכרזה (שהיא הבסיס לתקנה 43 לתקנות האג), ואף שהנוסח המקורי שדיבר על "המדינה הכובשת", השתנה ל"כובש" (ראו בבנישתי 2012 עמ' 4-5 והערות שוליים 24-25).

127. גישה זו מחייבת חיץ ברור ומהותי בין המושל של שטחי הכיבוש לממשלה של המדינה הכובשת, אשר נועד כאמור לשמר את ההבדל שבין ניהול השטח לריבונות. אפשר לחשוב על מספר הבדלים משמעותיים בין ממשל ישיר של המדינה הכובשת לממשל נפרד, שמשליכים על עקרון איסור הסיפוח ויצירת ריבונות:

א. חיץ זה מאפשר לממשל הכיבוש לפעול במסגרת נורמטיבית שמכתיב הדין הבינלאומי, ולא להיות כפוף לדין המקומי של המעצמה הכובשת. לשירות הציבורי של הממשלה של המדינה הכובשת קשה יותר עד כדי בלתי אפשרי להעדיף דין בינלאומי על דין מקומי;

ב. החיץ מאפשר שימור של שיקול דעת מינהלי שמקדם את טובת הנכבשים, האזרחים המוגנים, כפי שדורשים דיני הכיבוש כפי שפירטנו לעיל. ממשל ישיר אינו מאפשר זאת ולו משום שחובת הנאמנות של נבחר ציבור ופקידי ציבור של המדינה הכובשת נתונה לאינטרסים שלה כפי שאלו מוגדרים ע"י הממשלה;

ג. חיץ זה מאפשר לממשל הכיבוש לשלוט באוכלוסייה אזרחית מבלי שהוא נדרש להעניק לתושבי השטח מעמד אזרחי במעצמה הכובשת, ומבלי שהיעדר המעמד האזרחי ישליך על חוקיות המשטר. בכל משטר אחר, אסור להותיר את תושביו הקבועים של השטח חסרי מעמד.

128. זהו אם כן סיפוח של שטח כבוש: מחיקת החיץ שבין המנגנון הממשלי של הכיבוש לבין המנגנון המשטרי של המעצמה הכובשת. והוא אסור.

ii. הצו וכתב האצלת הסמכויות מהווים הפרה חזיתית ובוטה של איסור הסיפוח

129. כפי שתואר בהרחבה בפרק "המהפכה המשטרית: הצו וכתב המינוי והאצלת הסמכויות", האצלת הסמכויות שנעשתה באמצעות הצו וכתב המינוי והאצלת הסמכויות נושא עתירה זו, יצרה תפקיד חדש בתוך המינהל האזרחי - הסגן לעניינים אזרחיים. הסגן האזרחי הינו אזרח ואינו כפוף לשרשרת הפיקוד הצבאית, ותחת זאת הוא הוכפף להיררכיה ממשלתית ישראלית – למינהלת ההתיישבות ולשר הנוסף במשרד הביטחון. וכך, תחת מינהל אזרחי המהווה חולייה במבנה פיקודי שבקצהו מפקד כוחות הצבא באזור ומעליו הרמטכ"ל, נוצר מבנה שלטוני של שירות ציבורי-ממשלתי ישראלי שהצבא הודר ממנו לחלוטין. אצילת מרבית הסמכויות לניהול החיים האזרחיים בגדה המערבית אל הסגן העבירה אותן בפועל לניהולה של מינהלת ההתיישבות ולשליטתו של השר הנוסף, וזאת במסלול ישיר, ללא חציצתו של הצבא – הוא הגוף האמון על ניהול השטח הכבוש (בהתאם לדין הבינלאומי), ואשר מחוייב לנהל אותו בהתאם לדיני הכיבוש.

130. כאמור, מחיקת החיץ בין ממשלת הכיבוש – הצבא, ובין ממשלת הכובש – ממשלת ישראל, היא סממן של החלת ריבונות מכיוון שהיא מאפשרת למדינה להפעיל את כוחה באופן ישיר בשטח הכבוש, באמצעות עובדי הציבור שלה המחוייבים לאינטרסים של אזרחיה ולהוראות הממשלה. ואכן, מחיקת החיץ בין הצבא לבין מינהלת ההתיישבות והשר הנוסף איפשרה ומאפשרת לשר הנוסף להתוות מדיניות בנושאים אשר נתונים לממשלת הכובש ולפקח על יישומה, תוך שינויי חקיקה ואכיפה ככל הנדרש באופן ישיר.

131. זאת ועוד: אזרחי המעצמה הכובשת, וביתר שאת, אלה שהיגרו ומתגוררים בשטח הכבוש, נהנים במצב החדש שנוצר מהשפעה ישירה על המדיניות, הפרקטיקה והמסגרת הנורמטיבית שמוחלים בשטח הכבוש. אלה נמצאים בידיהם של נציגים הממונים ע"י נבחרי הציבור הישראלים (למשל: השר הנוסף במשרד הביטחון), זאת בעוד שקודם לתחיקת הצו והחתימה על כתב המינוי והעברת הסמכויות, ההשפעה של אזרחי ישראל היתה עקיפה בלבד – השפעת נציגיהם על הצבא.

132. אי הפיכותו של השינוי, או מידת הקביעות של השינויים שנוצרים בשטח הכבוש, אף היא מעידה על כך שמדובר באקט סיפוחי. שילובו של ניהול השטח הכבוש במערך השלטוני המדינתי מהווה צעד קשה לביטול ומקבע את הסיפוח, וכך ציין בעניין בית הדין הבינלאומי לצדק בחוות-דעתו המייעצת ביחס לחוקיות הכיבוש הישראלי:

“Israel has also taken steps to incorporate the West Bank into its own territory. In this regard, the Court takes note of Israel’s transfer of powers, including land designations, planning and co-ordination of demolitions, to a civilian administration within the Ministry of Defence in 2023 (see also paragraph 156 above). This is in line with the Israeli Government’s guiding principles of 2022, which announced the formulation and promotion of a policy for the “application of sovereignty” over the West Bank (“A coalition agreement to establish a national government” (28 December 2022))”

(חוות הדעת המייעצת בעניין התוצאות של המדיניות והפרקטיקות הישראליות בשטח הפלסטיני הכבוש 2024, פסקה 170)

133. נזכיר שהאצלת הסמכויות מטילה מגבלות על ביטול או התנאת תנאים באצילה, כך שבאופן אפקטיבי אין לרמ"א, האוצל, אפשרות להתלות את האצילה או להפעיל את הסמכות כסמכות מקבילה.³ כלומר גם מבחינה ארגונית אפשר לזהות כוונה להעביר את הסמכויות באופן בלתי הפיך ולקבע את השינוי.

³ ראו לעיל סעיפים 53-54

134. צעד נוסף שמשלים את אותה שליטה ישירה ומתניע את יישומה בפועל הוא איושה של ההיררכיה הניהולית-ביצועית בבעלי תפקיד האוחזים בתפישת עולם דומה, דבר שאינו מתקבל על הדעת כשמדובר במינהל אזרחי שהוא יחידה צבאית הכפופה לשרשרת הפיקוד הצבאית.

135. ואכן, לתפקיד ראש מינהלת ההתיישבות מונה מר יהודה אליהו ולתפקיד הסגן האזרחי מונה מר הלל רוט, שניהם שייכים לתנועת ההתנחלות ומתגוררים בהתנחלויות בגדה המערבית הכבושה, ושניהם עסקו גם בתפקידיהם הקודמים בקידום האינטרסים של התושבים הישראלים-יהודים בשטחים. מר אליהו והשר הנוסף סמוטריץ' הקימו ביחד בשנת 1999 את המאחז הבלתי מורשה "חרשה" בצפון הגדה, ומר אליהו מתגורר בו גם כיום. לפני מינויו לראש מינהלת ההתיישבות, כיהן מר אליהו, בין השאר, כמנכ"ל מועצה אזרחית מטה בנימין, היה שותפו של השר סמוטריץ' בהקמת ארגון 'רגבים', ושימש כמנכ"ל הארגון, שמטרתו המוצהרת "להוביל לקביעת סדר יום יהודי וציוני למדינת ישראל בהיבטי קרקע וסביבה ... לשמירה על אדמות העם היהודי ועל אוצרות הטבע והנוף של ארץ ישראל ולמניעת השתלטותם של גורמים זרים על משאבים אלו"⁴ – אשר בפועל פועל באופן אינטנסיבי למנוע כל פיתוח במגזר הפלסטיני. מר רוט שמונה לתפקיד הסגן האזרחי מתגורר בהתנחלות "רבה" אשר במרכז הגדה וכיהן בעבר כגזבר ומנהל אגף יישובים במועצה אזרחית שומרון, וכמנהל כספים ואדמיניסטרציה בארגון 'חוננו' המעניק ייצוג משפטי ליהודים המואשמים בביצוע פשעי שינאה ממניעים אידאולוגיים כלפי פלסטינים (ומצהיר: "איננו מוכנים להשלים עם מציאות שבה אחינו מקבלים יחס כאל אויבים בזמן שמחבלים ארורים חומקים מלתת את הדין על פשעיהם תחת כסות של "זכויות אדם". אנו מאמינים שמדינה שמהווה בית לאומי לעם היהודי צריכה להזדהות עם האינטרס היהודי"⁵).

136. שינוי המבנה הארגוני, מינוי אנשי מפתח בעלי אג'נדה פוליטית מסויימת, ולבסוף העברת הסמכויות הוא מהלך מתוכנן המכוון אל, וכבר מיישם בפועל, פעולות סיפוח בגדה המערבית הכבושה – חברי הממשלה מעידים על כך בפה מלא. כך למשל שרת ההתיישבות, אורית סטרוק, אמרה בקשר למינויו של מר רוט ולתפקידו של השר הנוסף בתוך משרד הביטחון:

"הרציונל הוא להיות זרוע ביצועית לבצלאל סמוטריץ' בתפקידו כשר במשרד הביטחון. רוט יהיה מופקד על מימוש המדיניות מול הגורמים של המינהל האזרחי... המטרה מספר אחת שהצבנו לעצמנו כשלקחנו את המשרד בתוך משרד הביטחון היא לנרמל את החיים של ההתיישבות ביהודה ושומרון. אחרי כל כך הרבה שנים אנחנו רוצים להשוות אותם למה שמקובל בישראל הקטנה. דרך הנרמול תפתח גם ההתיישבות... הנרמול והביצוע תלויים בדמות בעלת סמכות שתוכל לתת הנחיות לכל הדרגים המקצועיים ממקום אכפתי שרוצה בטובת ההתיישבות".⁶

⁴ ראו [אתר רגבים](#)

⁵ ראו [אתר חוננו](#)

⁶ ראו דביר עמר, " יוסי דגן: הלל רוט - האדם הנכון במקום הנכון" (21.3.24), ערוץ 7, <https://www.inn.co.il/news/632565>

137. השר הנוסף סמוטריץ' הסביר את המהלך כולו בנאום שנשא בכנס של פעילי מפלגתו :

"יצרנו מערכת אזרחית נפרדת, יש משרד בתוך משרד הביטחון. יש שם שר. יש שם מינהלת, זה כמו משרד. יש מנכ"ל למינהלת הוא מוקבל למנכ"ל של משרד ממשלתי, יש מערכת שלמה בתוך המינהלת. יש סגן ראש מינהל אזרחי שהוא אזרח, עובד משרד הביטחון, כפוף לא לראש המינהל האזרחי, לא לאלוף הפיקוד, כפוף למינהלת האזרחית קיבל ישירות מראש המינהל אצילה של כל הסמכויות, כל החקיקה והפרטים המשפטיים גם על זה היו הרבה מאבקים, אבל יש צו אלוף שנחתם הסמכה של סגן ראש המינהל האזרחי על כל הסמכויות האזרחיות... הסמכויות בידיים של הלל רוט, כל הסמכויות: הוא חותם על הצווים, הוא מכנס את מת"ע, הוא מכריז על אדמות מדינה, הוא חותם על קוים כחולים, הוא מנהל את הקמ"טים, הוא מוציא מכרזים לכוח אדם, הוא חותם על הפקעות של כבישים, הכל הכל אצלו. כל הסמכויות האזרחיות."

138. הצו וכתב המינוי והעברת הסמכויות מעבירים את השליטה בניהול חיי האזרחים המוגנים בשטחים הכבושים לידי ממשלת ישראל באופן ישיר ומתוך כוונה לקיבוע השליטה. הם מהווים יחדיו מעשה של סיפוח משפטי (De Jure) של הגדה המערבית לישראל, באופן שמהווה הפרה בוטה וחמורה של אחד האיסורים החשובים ביותר שנקבעו בדין הבינלאומי לאחר מלחמת העולם השנייה.

139. את כל סמכויותיו בשטח הכבוש יונק המפקד הצבאי מהוראות הדין הבינלאומי. הסמכות לשמש כמחוקק זמני באזור הנתון לתפיסה לוחמתית, מסורה למפקד הצבאי על פי תקנה 43 לתקנות האג. צו שנחתם ע"י המפקד הצבאי יהא תמיד במדרג הנורמטיבי נמוך מהרובד המסמך – שהוא הדין הבינלאומי. על כן, המפקד הצבאי אינו מוסמך לחתום על צו אשר סותר את עיקרון העל של איסור הסיפוח בדין הבינלאומי, ועל כן, המפקד הצבאי חרג מסמכותו כאשר הוא העביר את השליטה בשטח הכבוש לידי ממשלת ישראל באופן ישיר.

IV. הצו וכתב המינוי והאצלת הסמכויות מהווה עיגון של משטר אפרטהייד

i. מהו אפרטהייד⁷

140. "אפרטהייד" משמעותו "נפרדות" באפריקאנס, ובמקור הינו כינוי לשיטת ממשל ואידיאולוגיה ספציפית במקום ובזמן מסוים בהיסטוריה של המאה העשרים – במדינת דרום אפריקה משנות ה-40 עד שנות ה-90 של המאה הקודמת. במרוצת השנים המונח אפרטהייד הפך מאידיאולוגיה משטרית

⁷ להרחבה ראו: יש דין, "הכיבוש הישראלי בגדה המערבית ופשע האפרטהייד: חוות-דעת משפטית" (2020), פרק 1, וההפניות המוזכרות בו.

ספציפית שהתקיימה במקום ובזמן מסוים, למונח משפטי עצמאי בעל הגדרה ותנאי תחולה שאינם תלויים במקור ההיסטורי שלו.

141. וכך, מבחינה משפטית אפרטהייד הוא כיום פשע בינלאומי, המסווג כפשע נגד האנושות, והוא מוגדר בשני מקורות – (1) **האמנה הבינלאומית בדבר ביעור וענישה של פשע האפרטהייד** (1973) [להלן: "אמנת האפרטהייד"]; (2) **אמנת רומא בדבר בית המשפט הפלילי הבינלאומי** (1998) [להלן: "אמנת רומא"], שהיא חוקתו ומקור סמכות פעילותו של בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג (ICC) ושנכנסה לתוקף בשנת 2002. להשלמת התמונה נציין כי האיסור הראשון על פרקטיקות של אפרטהייד הופיע כבר בשנת 1965, **באמנה הבינלאומית בדבר ביעור כל צורות האפליה הגזעית** (CERD), אשר קובעת בסעיף 3 גינוי מיוחד לשני סוגים של אפליה גזעית הנחשבים לחמורים במיוחד – הפרדה גזעית ואפרטהייד.

142. לצד פשע האפרטהייד, המשפט הבינלאומי גם אוסר כעניין של משפט בינלאומי פומבי קיומה של מערכת משטרית העונה להגדרת אפרטהייד (משטר שהוא רכיב בפשע). כלומר: המשפט הבינלאומי אוסר על קיומו של **משטר אפרטהייד** וקובע בנוסף כי תיחזוקו באמצעות מעשים לא אנושיים מהווה **פשע בינלאומי**.

143. האיסור על אפרטהייד הפך במרוצת השנים ל"נורמה עליונה" (Jus Cogens)⁸, המעמד הגבוה ביותר שנורמה יכולה להגיע אליה במשפט הבינלאומי, כזו שאין להתיר השעיה או גריעה שלה, ושכל נורמה או התחייבות בינלאומית הסותרת אותה בטלה.

144. המקורות המשפטיים המרכזיים לפשע האפרטהייד הינם, אם כן, אמנת האפרטהייד ואמנת רומא. הגדרת פשע האפרטהייד אינה זהה בשתי האמנות, אך יש ביניהן מרכיבים רבים משותפים. בהתאם פשע האפרטהייד מוגדר כמעשים בלתי-אנושיים המבוצעים בהקשר של משטר של שליטה ודיכוי שיטתיים של קבוצה גזעית על-ידי קבוצה גזעית אחרת, ומתוך מטרה לשמר את משטר השליטה והדיכוי.

145. להלן ההגדרה של פשע האפרטהייד באמנת רומא (סעיף (h)(2)7) – ההדגשות שלנו:

*"The crime of apartheid" means inhumane acts of a character similar to those referred to in paragraph 1, committed in the context of an **institutionalized regime of systematic oppression and domination by one racial group over any other racial group or groups** and committed with the intention of maintaining that regime"*

ILC, DRAFT CONCLUSIONS ON IDENTIFICATION AND LEGAL CONSEQUENCES OF PEREMPTORY NORMS OF⁸
GENERAL INTERNATIONAL LAW (JUS COGENS), conclusion 23

146. בהתאם, אלה רכיבי הפשע כפי שהתגבשו עד היום במשפט הבינלאומי: (א) **קיומן של קבוצות גזע שונות** (על פי ההגדרה הרחבה של המונח "קבוצה גזעית" במשפט הבינלאומי ובעיקר באמנה בדבר ביעור כל צורות האפליה הגזעית); (ב) **המעשה/ים הם חלק מתקיפה שיטתית או נרחבת של אוכלוסיה אזרחית**; (ג) **הקשר של מערך משטרי המקיים שליטה של קבוצה על קבוצה אחרת, ודיכוי שיטתי שלה**; (ד) **ביצוע אחד או יותר מהמעשים המוגדרים כבלתי אנושיים ומפורטים בסעיף 2(a)-(f) באמנת האפרטהייד או בסעיף 7(1) לאמנת רומא**; (ה) **ביצוע המעשים במטרה לבסס ולשמר את ההקשר המשטרי לעיל**; (ו) **יסוד נפשי**, של מודעות המבצע להתקיימותם של יתר רכיבי העבירה.

147. יודגש כי הגדרת "אפליה גזעית" באמנה הבינלאומית בדבר ביעור כל צורות האפליה הגזעית הרחיבה את עילת האפליה מהמשמעות הצרה והמסורתית של קבוצה גזעית שהתמקדה בסיווג אנושי **ביולוגי-גנטי**, אל עבר גישה חברתית הבוחנת את הסיווגים הפוליטיים והזהותיים של קבוצות בני אדם וכוללת גם אותם בהגדרה של קבוצה גזעית. לאורך השנים הגישה החברתית למונח קבוצה גזעית קנתה אחיזה וכיום היא הגישה השלטת וכוללת גם מוצא לאומי או אתני. מכאן שמרכיב זה, קיומן של שתי קבוצות "גזעיות" במובן הרחב של הביטוי, מתקיים בבירור בענייננו שכן בגדה המערבית יש שתי קבוצות לאומיות – פלסטינית ויהודית-ישראלית.

148. כאמור, האיסור על אפרטהייד כמשטר עוגן לראשונה בדין הבינלאומי בסעיף 3 לאמנה בדבר ביעור כל צורות האפליה הגזעית (ICERD) משנת 1965, עליה חתומה גם ישראל:

"States Parties particularly condemn racial segregation and apartheid and undertake to prevent, prohibit and eradicate all practices of this nature in territories under their jurisdiction"

149. מהמבוא ל-ICERD ניתן להבין כי אפרטהייד מתייחס לסוג של אפליה גזעית שממומשת באמצעות מדיניות ממשלתיות המושתתות על עליונות גזעית או שנאה:

"Alarmed by manifestations of racial discrimination still in evidence in some areas of the world and by governmental policies based on racial superiority or hatred, such as policies of apartheid, segregation or separation"

150. פרשנות זו והאוניברסליות של ההגדרה הודגשו על ידי הוועדה לביעור אפליה גזעית (CERD) בהערה לגבי סעיף 3 לאמנה:

"The reference to apartheid may have been directed exclusively to South Africa, but the article as adopted prohibits all forms of racial segregation in all countries"

CERD, General Recommendation 19 on article 3 of the Convention, U.N. Doc. A/50/18 at 140 (1995)

151. אפרטהייד מתואר כמצב שלטוני גם במסמכים נוספים, למשל – באמנה הבינלאומית הפוטרת פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות מהגבלות סטטוטוריות⁹ מ-1968 שבה ההתייחסות לאפרטהייד היא כאל מדיניות :

inhuman acts resulting from the policy of apartheid”

152. בהקשר של כיבוש, בסעיף 85(4)(c) לפרוטוקול הנוסף הראשון של אמנות ז'נבה הוגדרו פרקטיקות של אפרטהייד כהפרה חמורה של חובות המעצמה הכובשת :

”practices of ‘apartheid’ and other inhuman and degrading practices involving outrages upon personal dignity, based on racial discrimination”

153. הוועדה למשפט בינלאומי (הגוף המשפטי המקצועי הבכיר של האו"ם העוסק בפרשנות המשפט הבינלאומי וכתיבת אמנות, ILC) ב-1991 הגדירה אפרטהייד כמשטר אפליה גזעית ממוסדת:¹⁰

”Apartheid, an institutionalized form of racial discrimination which aims to perpetuate domination of a racial group and oppress it ...”

154. בשנת 2001 פרסמה ה-ILC את כללי אחריות מדינה לעוולות בינלאומיות, ובמסגרתם התייחסה בין השאר לאפרטהייד כאחת מאותן הפרות או עוולות בינלאומיות שמקימות אחריות מדינה (כשניתן ליחסה למדינה). גם במסמך זה מוגדר אפרטהייד כהפרה שמאופיינת על ידי ביצוע שיטתי של מעשים אסורים, או עוולות. סוג כזה של עוולות הוגדר כעוולות מורכבות (ההדגשה שלנו) :

”Composite acts covered by article 15 are limited to breaches of obligations which concern some aggregate of conduct and not individual acts as such. In other words, their focus is “a series of acts or omissions defined in aggregate as wrongful”. Examples include the obligations concerning genocide, apartheid or crimes against humanity, systematic acts of racial discrimination, systematic acts of discrimination prohibited by a trade agreement, etc. Some of the most serious wrongful acts in international law are defined in terms of their composite character. The importance of these obligations in international law justifies special treatment in article 15...”

Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity⁹
Yearbook of the International Law Commission 1991, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1991/Add.1 (Part 2), pp. 102–3¹⁰

Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful acts, with
commentaries Article 15(2),(4)

155. אם כן, קיומו של משטר אפרטהייד מהווה הפרה של איסור בינלאומי, או עוולה בינלאומית, והמדינה אשר ניתן לייחס לה את ההפרה נושאת באחריות כלפי כל מדינות העולם. בנוסף לכך, משטר אפרטהייד הוא יסוד מיסודות העבירה של פשע בינלאומי – פשע האפרטהייד, ונפרט להלן.

156. כאמור לעיל, המשפט הבינלאומי הפלילי מגדיר אפרטהייד כפשע במספר מסגרות שונות, החשובות ביניהן הן אמנת האפרטהייד, אשר נכנסה לתוקף ב-1976; ואמנת רומא אשר נכנסה לתוקף ב-2002 – המגדירות את פשע האפרטהייד כפשע נגד האנושות.

157. אמנת האפרטהייד הגדירה את פשע האפרטהייד כמעשים בלתי-אנושיים המבוצעים במטרה לבסס ולשמר שליטה של קבוצה גזעית אחת על כל קבוצה גזעית אחרת, תוך דיכוי שיטתי שלה.¹¹ אמנת רומא הגדירה את פשע האפרטהייד כביצוע מעשים בלתי אנושיים, אשר בוצעו בהקשר למשטר ממוסד של דיכוי שיטתי ושליטה של קבוצה גזעית אחת על קבוצה או קבוצות גזעיות אחרות, ושבוצעו תוך כוונה לשמר משטר זה.¹² הגדרת פשע האפרטהייד (הן באמנת האפרטהייד והן ע"פ חוקת רומא) מכילה 3 יסודות: מעשה, הקשר ומטרה.

158. מוקדו של הפשע הוא ההקשר, קיומו של משטר אפרטהייד – מערך שלטוני המקיים דיכוי ושליטה שיטתיים של קבוצה אחת על ידי קבוצה אחרת. ההקשר הוא ההופך אוסף של מעשים בלתי אנושיים "סתם", לכלל תופעה אחת – אפרטהייד. טענה להתרחשותו של הפשע והטלת אחריות פלילית תלויות גם באיתור המעשים והצבעה על מבצעים תוך הכוונה הנדרשת, אולם קיומו של משטר אפרטהייד (אשר בפני עצמו מהווה עוולה בינלאומית) הוא התנאי ההכרחי אשר בהתקיימו הופך מעשים (אשר בפני עצמם יכולים להיות פשעים נגד האנושות) לחלק מפשע האפרטהייד.

ii. אופיו של המשטר הישראלי בגדה המערבית

159. כפי שתואר לעיל, משטר אפרטהייד מוגדר כמערך משטרי המקיים שליטה או עליונות של קבוצת גזע (הכוללת קבוצה לאומית, אתנית או דתית) אחת על קבוצת גזע אחרת ודיכוי שיטתי של אותה קבוצה. בשטחים הכבושים, וספציפית בגדה המערבית, מתגוררות שתי קבוצות – ישראלים-יהודים ופלסטינים. אלו הן "קבוצות גזע" על פי כל פרשנות מקובלת של הדין הבינלאומי, ומבוססת על החלוקה לקבוצות ב-ICERD:

¹¹ International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, Nov. 30, 1973, 1015 U.N.T.S. 243, Art. II.

¹² Rome Statute of the International Criminal Court, July 17, 1998, 2187 U.N.T.S., Art. 7(2)(h).

"In this Convention, the term "racial discrimination" shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin"

ICERD, Article 1(1)

160. כיבוש צבאי מהווה בהגדרה מערך שלטוני כפוי וכוחני המוחל על האוכלוסייה הנכבשת. במקרה של הגדה המערבית, ליסוד השליטה והדיכוי, הנובע מטבעו של כל כיבוש צבאי, מתווסף הקשר קבוצתי קונקרטי – קיומה של אוכלוסיית מתנחלים ישראלים. אזורי המעצמה הכובשת הישראלים נהנים מכלל זכויות האזרח וההשפעה הפוליטית שיש לאזרחים במשטר אזרחי-פרלמנטרי, בעוד לאוכלוסיה הפלסטינית אין כמעט כל השפעה על יצירת הנורמות המהותיות החלות עליה. מציאות שכזאת לא יכולה אלא ליצור אפליה שיטתית וממוסדת בין שתי הקבוצות באמצעות פרקטיקה, מדיניות וחקיקה, כפי שאכן קרה.

161. על ההתנחלויות הוחל בדרכים שונות החוק הישראלי המודרני ולמשרדי הממשלה הישראליים ולפקידות הישראלית ניתנו סמכויות חלקיות לפעול בשטחן (בין היתר באמצעות הצנרה של חקיקה מנהלית ישראלית באמצעות תקנון המועצות המקומיות (יהודה והשומרון), תשמ"א-1981). מנגד, הפלסטינים נתונים למשטר צבאי שבו משפט צבאי דכאני וחקיקה צבאית נוקשה מושלים בהם, ובאופן כללי חיים בתנאים כלכליים ושלטוניים המאפיינים מדינות מתפתחות.

162. היתרון המובנה של המתנחלים עוגן בדין, במדיניות ובפרקטיקה. במקביל למערך הממסד אפליה של קבוצה נטולת זכויות בידי קבוצה עתירת זכויות, וכפועל יוצא שלו, משאבי השטח הוטו ומוטים באופן עקבי ודרמטי לטובת האוכלוסייה הישראלית באזור, וזאת על חשבון האוכלוסייה הנכבשת, הפלסטינית. מגמה זו מאפיינת כל תחום וכל משאב, והיא ניכרת בראש ובראשונה במשאבי הקרקע.

163. במקביל לאפליה בזכויות ובמשאבים, שלטון הכיבוש גם נוקט מגוון פעולות, חלקן דרקוניות, כדי לדכא כל סוג של התנגדות למשטר, ובכלל זה התנגדות בלתי אלימה. צווים צבאיים מגבילים מחאה בלתי אלימה ואוסרים הפגנות, עצרות ותהלוכות. השלטון הצבאי עשה ועושה שימוש באופן שגרתי ותדיר במעצרים מינהליים ובהוצאה אל מחוץ לחוק של התארגנויות פוליטיות כדי למנוע התנגדות לשלטון.

164. בית הדין הבינלאומי לצדק בחוות דעתו המייעצת בנוגע לכיבוש הישראלי (פסקה 223) קבע שמדינת ישראל ככח הכובש, מעניקה לפלסטינים יחס שונה על בסיס האסור על פי הדין הבינלאומי, ושבמכלול החקיקה, המדיניות והפרקטיקה בנוגע לפלסטינים ויהודים-ישראלים בשטחים הכבושים באה לידי ביטוי אפליה שמהווה הפרה של הדין הבינלאומי (ההדגשה שלנו):

"[T]he Court concludes that a broad array of legislation adopted and measures taken by Israel in its capacity as an occupying Power treat Palestinians differently on grounds specified by international law. As the Court has noted, this differentiation of treatment cannot be justified with reference to reasonable and objective criteria nor to a

legitimate public aim (see paragraphs 196, 205, 213 and 222). Accordingly, the Court is of the view that the régime of comprehensive restrictions imposed by Israel on Palestinians in the Occupied Palestinian Territory constitutes systemic discrimination based on, inter alia, race, religion or ethnic origin, in violation of Articles 2, paragraph 1, and 26 of the ICCPR, Article 2, paragraph 2, of the ICESCR, and Article 2 of CERD."

165. בית הדין ממשיך וקובע שהיחס השונה שמקבלות שתי הקבוצות ממדינת ישראל, כפי שהוא בא לידי ביטוי במדיניות, בשטח עצמו (קרקעות, יכולת תנועה, תשתיות כבישים), ובתשתית המשפטית, מייצר הפרדה מוחלטת ביניהן שאף עולה לכדי הפרה של האיסור על סגרגציה או אפרטהייד, (ראו פסקה 229 לחוות הדעת המייעצת וראו גם את פרק IV בחוות דעתו הנפרדת של השופט טלאדי):

"The Court observes that Israel's legislation and measures impose and serve to maintain a near-complete separation in the West Bank and East Jerusalem between the settler and Palestinian communities. For this reason, the Court considers that Israel's legislation and measures constitute a breach of Article 3 of CERD."

166. מאפיינים אלה של המשטר הישראלי – קיומן של שתי קבוצות ומשטר של שליטה ודיכוי של האחת בידי האחרת (כשהדבר בא לידי ביטוי בעליונות של האחת בזכויות ובמשאבים ונחיתות של האחרת), וכשמציאות זו היא בתהליך של קיבוע, הביאו את העותרות למסקנה העצובה והמבישה כי מדובר במשטר המקיים את ההגדרה של משטר אפרטהייד. להרחבה של עניין זה ראו דו"ח יש דין הכיבוש הישראלי בגדה המערבית ופשע האפרטהייד: חוות-דעת משפטית (2020), לעיל ה"ש 7, פרק 2, וההפניות המוזכרות בו.

iii. ההפיכה המשטרית בגדה מעמיקה את מאפייני האפרטהייד

167. פשע האפרטהייד מבוצע כאמור בהקשר של מערך משטרי הכופה נחיתות קבוצתית ומימוש נחיתות זו בפועל, בעיקר באמצעות אפליה שיטתית וממוסדת בזכויות ובמשאבים, כמאפיין מרכזי ומכונן שלו.

168. כאמור לעיל, היתרון המובנה של המתנחלים הישראלים עוגן בדין, במדיניות ובפרקטיקה. המאפיין המשטרי היחיד שממתן את הפער המובנה בין הישראלים המתגוררים בגדה לפלסטינים שהם תושביה, היא העובדה שהממשל בגדה הוא ממש צבאי.

169. החיץ שיוצר ממשל צבאי בין אזרחי המעצמה הכובשת ובין הכרעות בדבר מדיניות, פרקטיקות וקביעת נורמות חוקיות בשטח הכבוש, הוא אמנם חלש, חלקי ורעוע, אבל עודז קיים (או התקיים עד לאחרונה). ההשפעה של האזרחים הישראלים היא עקיפה, דרך השליטה של ממשלת ישראל על הצבא. אזרחי

ישראל תושבי השטח הכבוש מצביעים ונבחרים לשמש כנציגים בכנסת, שמממנה את ממשלת ישראל השולטת בצבא. העובדה שהמינהל האזרחי אינו כפוף ישירות לדרג הפוליטי אלא למתפ"ש, שהצבא ממנה את קציניו בעצמאות רבה (בוודאי הקצינים בדרגות הביניים), קובע את מדיניותו בהתאם לשיקולים צבאיים, מקבל ייעוץ משפטי מיועצים משפטיים צבאיים שאינם ממונים באופן פוליטי – כל אלה מרכיבים את אותו "חיץ" שמונע שליטה ישירה של אזרחי ישראל במדיניות המוחלטת בגדה.

170. כפי שפורט לעיל בהרחבה, תיקון מס' 33 לצו וכתב המינוי והאצלת הסמכויות חוללו שינוי משטרי של ממש בהעבירם את רוב רובן של הסמכויות המינהליות בגדה אל בעל תפקיד חדש – הסגן לעניינים אזרחיים. ההפיכה המשטרית שהצו וכתב המינוי והאצלת הסמכויות יצרו במבנה הממשלי בגדה, נעוצה בכך שמאז נחתמו הגדה מנוהלת ישירות ע"י משרד ממשלתי ישראלי ומבלי מעורבות בפועל של הצבא. זאת שכן אזרח אשר כפוף למינהלת ההתיישבות ולשר הנוסף במשרד הביטחון ("הסגן לעניינים אזרחיים של ראש המינהל האזרחי") מחזיק בידיו את סמכויות המינהל ותחיקת המשנה, ואף את הייעוץ המשפטי הנוגע ליישום סמכויותיו הוא מקבל מעורכיות-דין בשירות המדינה שממונים על-ידי השר הנוסף, ולא ע"י עורכיות הדין הצבאיים.

171. לפיכך, העברת הסמכויות באופן בו היא בוצעה מעמיקה באופן משמעותי את הפער שבין הכוח שנתון לתושבי הגדה הישראלים לאלו הפלסטינים, להשפיע על מדיניות, חקיקה ופרקטיקות של גופי השלטון המושלים בה. הפער מועמק הן בשל ההשפעה הישירה שיש לאחר השינוי לאזרחים ישראלים על כל אלה, והן בשל המסגרת הנורמטיבית שחולשת על פעולת הגורם בעל הסמכות, כפי שנבחר להלן.

172. טרם העברת הסמכויות, ניהול השטח היה נתון לגוף צבאי אשר ניהל אותו, ולו מבחינת הצהרת כוונות, על פי כללי המשפט הבינלאומי, והייעוץ המשפטי היה בהתאם. למרות שבפועל שיקולי הביטחון שימשו לא אחת כמסווה לאינטרסים אחרים, המסגרת הנורמטיבית כללה את כללי המשפט הבינלאומי שהטילו על הגוף השלטוני את החובה לדאוג לרווחתם של תושביו הנכבשים, לפעול למימוש האינטרסים שלהם, תוך איזונים עם שיקולי ביטחון (ראו בג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן שהוזכר לעיל).

173. טרם העברת הסמכויות, החיץ הממשלי איפשר למשטר לקיים שליטה על נתינים שאין להם מעמד בו, מבלי להפוך למשטר בלתי חוקי (גם אם חלק ממעשיו הם בלתי חוקיים).

174. ואילו עתה, תחת המבנה החדש, הפעלת הסמכויות נתונה להיררכיה מדינית-פוליטית, אשר לה חובת נאמנות למדינת ישראל ולציבור הישראלי, ועל כן באופן טבעי ואף מתחייב, האינטרסים שעומדים בבסיס הפעלת הסמכויות הם שונים, ובוודאי אינם כוללים את טובת האזרחים הפלסטינים (וזאת בניגוד לחובת המדינה כלפי אזרחים בשטח כבוש). זאת ועוד: הייעוץ המשפטי גם הוא עבר מגוף צבאי למשרד ממשלתי ויותר מסביר שנגלה שהנטייה של גורמי הייעוץ המשפטי הממשלתיים היא להעדיף פרשנות הנותנת משקל מרכזי לאינטרס של החברה הישראלית על פני האינטרסים של האוכלוסייה המוגנת.

175. עתה, תחת המבנה החדש, אין תירוץ וצידוק למשטר שאיננו ניטראלי אלא ייצוגי ונבחר ו-90 אחוז מנתיניו אינם בוחרים בו ואין להם מעמד בו.

176. חשוב להדגיש (שוב) שאין מדובר בעניין תיאורטי גרידא. הן מהותם של המינויים והן הצהרות הממנים (הדרג המדיני) מעידות בבירור על כך שהכוונת שיקול הדעת תחת אינטרסים פוליטיים הוא מהלך מכוון ומהווה כלי למימוש מדיניות שכל כולה נועדה לממש את האינטרסים של החברה הישראלית (כפי שממשלת ישראל או השר הנוסף מפרשים אותם) ולהעמיק את העליונות היהודית בגדה.

177. העברת הסמכויות אל מערך ממשלתי-אזרחי, מסירה אם-כן את הצבא, ששימש כ"חיץ" בין אזרחי ישראל והכרעות הנוגעות לשטח הכבוש, ויוצרת השפעה/שליטה ישירה של אזרחי ישראל במדיניות השלטונית בגדה. בכך העברת הסמכויות מעמיקה את עליונותם של קבוצת הישראלים-יהודים המתגוררים בגדה על פני קבוצת הפלסטינים, באמצעות הענקת כוח ויכולת השפעה לישראלים על המנגנונים אשר מתווים את המדיניות כלפי השטח ואף כלפי התושבים הפלסטינים, והמיישמים אותה בשטח. התושבים הישראלים, כמו שאר אזרחי ישראל, משתתפים בהליך הפוליטי. עומדת להם הזכות לבחור ולהיבחר, ובכך יש להם כוח ויכולת להשפיע על המשטר בגדה המערבית, באשר הוא מוכפף לדרג מדיני-פוליטי. ואכן, אין זה מקרה שאותה היררכיה אזרחית אשר אליה הועברו הסמכויות מאוישת לכל אורכה בנציגיה הישירים של קבוצה זו ואף של קבוצה פוליטית מסוימת (הסגן, ראש מינהלת ההתיישבות, השר הנוסף, היועץ המשפטי שהוא ראש אגף ייעוץ יו"ש וכו'). מנגד ניצבת קבוצת התושבים הפלסטינים, הם האוכלוסיה האזרחית המוגנת, עליה נדרשת על פי הדין והמוסר מדינת ישראל להגן ועל זכויותיה לשמור. קבוצה זו נותרת שקועה בשקיפות, בהיעדר המוחלט של יכולת כלשהי שלה להשפיע על המשטר אשר מושל בה, ואשר כעת משרת ביתר שאת ובהגדרה את הקבוצה הדומיננטית - הישראלית.

178. **העברת הסמכויות ושינוי מבנה השלטון הישראלי בגדה יצרה אם כן שליטה ישירה של התושבים הפלסטינים ושל השטח על-ידי תושביה הישראלים-יהודים. העברת הסמכויות גם מעמיקה את הפער והאפליה השיטתית, מחזקת את אלמנט השליטה והדיכוי ואף מקבעת את המצב לזמן בלתי מוגבל.**

179. הנה כי כן, העברת הסמכויות כפי שבוצעה מעמיקה את היסוד המשטרי של פשע אפרטהייד ומחזקת את המאפיינים הממשליים ה"אפרטהיידיסטים" של השלטון הישראלי בגדה. היא מבטאת העצמה של האלמנט המשטרי של **שליטה ודיכוי של קבוצה אחת בידי קבוצה אחרת**, העמקה של **עליונותה** של קבוצה אחת ושל **נחיתותה** של האחרת, ומסירה ספקות לגבי **הכוונה לקבע** את המשטר באופיו זה.

180. יצירה זו של משטר אפרטהייד מובהק היא זוועה מוסרית אבל גם פשע משפטי והפרה של חובה חוקית החלה על מדינת ישראל. המדינה מחויבת לחדול ולהימנע מפעולות שמעמיקות את המאפיינים האפרטהיידיסטים של שליטתה בשטח הכבוש - הן מכוח חובותיה בהתאם לכללים בדבר אחריות מדינות, הן מכוח חובותיה כתברה חתומה על CERD, והן כמי שבהתאם לכללים הכי בסיסיים של המשפט הבינלאומי מחויבת להימנע מהפרת של נורמות עליונות (Jus Cogens) בהן איסור האפרטהייד.

V. הצו וכתב המינוי והאצלת הסמכויות פוגעים ויפגעו קשות בזכויות היסוד של האזרחים המוגנים

i. מבנה סיפוחי בשטח כבוש יוצר פגיעה בזכויות לכבוד ולשוויון, מעצם טבעו

181. עומקו של פוטנציאל הפגיעה בזכויות האדם של הפלסטינים מהשינוי המשטרי, כרוחב יריעתן של הסמכויות אשר הועברו לסגן האזרחי. בראשן, הפגיעה הקשה **בזכות לכבוד ושוויון**.

182. הזכות לשוויון של תושביה המוגנים של הגדה המערבית נפגעת משום שהמבנה הממשלי החדש, שנוצר בשל החתימה על הצו ועל כתב המינוי והעברת הסמכויות, יצר מצב שהעמיק את הפער בין ההשפעה שיש לתושבים הישראלים של השטח ותושביו הפלסטינים, על המדיניות השלטונית בו. נציגיהם של התושבים הישראלים הם שמנהלים כעת את השטח, במקום גוף (הצבא) שאינו נבחר על-ידי אף אחד מתושביו.

183. בנוסף לפגיעה בשוויון הנובעת מהמבנה השלטוני לכשעצמו, קיומו המבנה המשטרי החדש מאפשר פגיעה נרחבת יותר בשוויון במדיניות, בפרקטיקה ובקביעת נורמות, וזאת לנוכח הסרת הגורם שאמור לשקלל את טובת האזרחים המוגנים במסגרת שיקול הדעת המנהלי.

184. נזכיר מושכלות יסוד על איסור האפליה המוטל על מעצמה כובשת בשטח הכבוש; שהרי מעבר לשמירה על עקרונות העל של נאמנות וזמניות, מטיל המשפט הבינלאומי על המעצמה הכובשת מגבלות ואיסורים מפורשים. אחת מהחובות היסודיות ביותר של המפקד הצבאי היא החובה לנהוג במוגנים תוך שמירה על כבוד האדם וללא אפליה.

185. האיסור על אפליה הוא מהעקרונות הבסיסיים ביותר של זכויות האדם. כאשר הרשות אליה הועברו הסמכויות מעדיפה באופן מוצהר וגלוי את האינטרסים של המתנחלים הישראלים על פני זכותם של הפלסטינים, ומשתכליתה המוצהרת של העברת הסמכויות היא למנוע הסדר מדיני עתידי, ולקבע את השליטה הישראלית בשטח, האפליה היא מובנית.

כך, בסעיף 3 לאמנת ג'נבה הרביעית:

..."

(1) בני אדם, שאינם נוטלים חלק פעיל בפעולות האיבה, לרבות חיילים שהניחו את נשקם, וחיילים שהוצאו מן המערכה עקב חולי, פצועים, מעצר או כל סיבה אחת, יהיו נוהגים בהם תמיד מנהג אנושי, ללא כל הפליה לרעה מטעמי גזע, צבע דת או אמונה, מין, יוחסין, מצב חומרי, או מכל טעם אחר כיוצא בזה."

186. בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית נקבע כי על הכוח הכובש לנהוג "בכל המוגנים שברשותו מתוך תשומת לב שווה, ללא כל אפליה לרעה המבוססת, במיוחד, על נימוקי גזע, דת או השקפה מדינית". בפרשנות לאמנה מטעם הוועדה הבינלאומית של הצלב האדום, לסעיף 27 לאמנה, הושמה חשיבות מיוחדת לסעיף משום שהוא משקף את עקרונות היסוד שעליהם מושתתים "דיני ג'נבה", ובהם כבוד האדם והחובה לנהוג בשוויון. **(Jean S. Pictet (ed.) Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilians in Times of War (Geneva, International Committee of the Red Cross, 1958) 200-201.**

187. האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (ICCPR), עליה ישראל חתמה ואותה אישררה, מורה למדינות להבטיח שוויון בפני החוק לכל המצויים תחת סמכות השיפוט שלהן ואוסרת על אפליה, בין השאר על בסיס גזע או מוצא לאומי (סעיף 26 לאמנה).

188. בסעיף 1 לאמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של הפליה גזעית, 1966 (CERD), שגם עליה ישראל חתמה ואותה אישררה, אפליה גזעית הינה –

"כל הבחנה, הוצאה מן הכלל, הגבלה או העדפה המיוסדים על נימוקי גזע, צבע, יחוס משפחתי, מוצא לאומי או אתני, שמגמתם או תוצאתם יש בהן כדי לסכל את ההכרה, ההנאה והשימוש, או לפגום בהכרה, בהנאה או בשימוש, על בסיס שווה, של זכויות האדם וחירויות היסוד בחיים המדיניים, הכלכליים, החברתיים, התרבותיים, או בכל תחום אחר בחיי הציבור".

189. סעיף 5 לאמנה קובע, כי :

"במילוי חובותיהן היסודיות שנקבעו בסעיף 2, מתחייבות המדינות בעלות האמנה לאסור ולבער אפליה גזעית בכל צורותיה, ולערוב לזכותו של כל אדם, בלא הבחנה באשר לגזע, צבע, או מוצא לאומי או אתני, לשוויון בפני החוק, בעיקר בהנאה מן הזכויות דלקמן :

...

זכויות אזרחיות אחרות, במיוחד :

(1) הזכות לחופש התנועה והמגורים בתוך גבול המדינה; ..."

190. האיסור על אפליה גזעית הינו איסור גורף, והוא תקף בכל עת. לא ניתן לסטות ממנו אף במצבי חירום (ראו המלצה כללית מס' 30 של ועדת ה- ICERD ; וכן : **Human Rights Committee, General Comment 29, States of Emergency (article 4), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 ((2001).**

191. גם בית המשפט הנכבד עמד על חשיבותה של הזכות לשוויון, ועל חובת השלטון לנהוג ללא אפליה. בפסק הדין בפרשת חוק ההסדרה הדגיש בית המשפט הנכבד שחובה זו מתקיימת ביתר שאת בשטחים הכבושים, בשל פערי הכוח המובנים בין האוכלוסייה הישראלית לבין התושבים המוגנים:

"בהקשרים אחרים כבר נפסק כי 'טיפול שונה בשל דת או לאום הוא טיפול 'חשוד' והוא לכאורה טיפול מפלה'... פגיעה כזו בתושבי האזור הפלסטינים 'אינה אך פגיעה בשוויון, אלא היא גם פגיעה בכבודם. היא פגיעה בזכותם לקדם את חייהם באורח אוטונומי; היא פגיעה בפרנסתם; [...] ובעיקר, היא פגיעה בזכותם הבסיסית שלא לסבול יחס מקפח מהשלטון'... ההבחנה הנטענת גוררת באופן מובנה פגיעה בכבוד, שכן היא מעמידה את התושבים הפלסטינים 'בעמדה נחותה, לכאורה, ביחס לשכניהם היהודים' (עניין נסר, פסקה 53 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ) ד' ביניש). וביתר שאת בהינתן העובדה כי מדובר ב'תושבים מוגנים' על פי הדין הבינלאומי הנתונים 'בעמדת כוח נחותה באופן אינהרנטי מזו של המתיישבים הישראלים באזור, שהם אזרחים מלאים ושווי זכויות של מדינת ישראל'".

(בג"ץ 2055/17 **ראש מועצת הכפר עין יברוד נ' הכנסת** (9.6.2020) אשר קבע כי החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז–2017 אינו חוקתי. [להלן: בג"ץ חוק ההסדרה], פסקה 56 לפסק דינה של הנשיאה חיות)

192. גם אם המשיבים יטענו כי אין בכוונתם להפלות, די בכך שתוצאתן של הוראות או של מדיניות היא מפלה. יישום מדיניות מפלה הוא פסול גם כאשר המניע לפעולת השלטון הוא אחר, אך השוויון נפגע:

"כחוט השני עוברת בפסיקתו של בית המשפט העליון התפיסה כי 'הפליה היא פסולה גם כשאין ביסודה כוונה להפלות'... 'השאלה אינה רק מהו המניע של המחליטים; השאלה הינה גם מהי התוצאה של ההחלטה. החלטה היא פסולה, לא רק כאשר המניע הוא לפגוע בשוויון, אלא גם כאשר המניע הוא אחר, אך הלכה למעשה, נפגע השוויון'".

בג"ץ 953/87 **פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד מב(2) 309, 333 (1988)

193. את שאלת האפליה יש לברר בהקשר רחב, אשר כולל בתוכו גם את המדיניות המוצהרת וגם את יישומה, ולבסוף את המציאות בשטח. בענייננו טענת האפליה צריכה להתברר תוך הבאה בחשבון של מדיניות כוללת של ניהול השטח מאז הקמת מינהלת ההתיישבות כפי שפורט לעיל, ההצהרות הפוליטיות, והביטוי שאלו מקבלות בכל אחד מתחומי החיים שהסמכות לנהלם עברה לסגן האזרחי:

"השילוב בין התוצאה הבלתי שוויונית של המדיניות ובין הטעמים הבלתי שוויוניים שבבסיסה, יוצר 'מסה' חזקה של היעדר שוויון, 'מסה' שאינה מתבטלת ואף אינה

פוחתת נוכח הנכונות העקרונית להקצות מקרקעין להתיישבות קהילתית כפרית נפרדת של ערבים."

בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל פ"ד נד(1) 258, 280 (2000); (ראו גם בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398, בפסקה 24 (2009)).

ii. דוגמאות לזכויות נוספות הנפגעות מהעברת הסמכויות

194. הסמכויות והאמצעים להפעילן שהועברו לסגן האזרחי – ובכלל זה סמכויות הנוגעות להכשרת מאחזים בלתי מורשים, הכשרת מאחזי חוות חקלאיות, הכרזה על שמורות טבע, הכרזה על אתרים ארכיאולוגיים, הכרזה על אדמות מדינה – הן כולן בעלות פוטנציאל לפגיעה בשורה ארוכה של זכויות יסוד: פגיעה בקניין ובפרנסה, פגיעה בחופש התנועה ובזכויות הנובעות ממנה ועוד.

195. מעבר לפגיעה הטבעית הגלומה בהפעלת הסמכויות הללו, העברתן לגורם הפועל מתוך אינטרסים פוליטיים מובהקים, יוצרת פגיעה עצמאית בזכויות היסוד (בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר** (19.11.2009) (להלן: "עניין הפרטת בתי הסוהר"), עמ' 659). בעניין הפרטת בתי הסוהר, קבע בית המשפט שלא רק ההחלטה השיפוטית לשלוח אדם למאסר, אלא גם הפעלת סמכות הכליאה בבית סוהר, משמעה פגיעה יומיומית בזכות לחירות, וזוהי סמכות השמורה למדינה ולה בלבד. לכן, קבע שם שגם אם התנאים בבית הסוהר המופרט יהיו זהים או יעלו על התנאים שבבית הסוהר המופעל ע"י שב"ס, עדיין תתקבל פגיעה עצמאית מעצם שקילת שיקולים כלכליים במסגרת הפעלת הסמכות. אמנם בעניינינו אין המדובר בגורם פרטי, והשיקולים הזרים אינם שיקולים של רווח והפסד, ואמנם הזכות הנפגעת אינה הזכות לחירות אלא שלל זכויות אחרות, אך כפי שנפרט להלן, העקרון שעמד בבסיס פסק הדין בעניין הפרטת בתי הסוהר תקף גם לעניינינו, והעברת הסמכויות מהמינהל האזרחי אל הגוף הפוליטי מכניסה שיקולים זרים באופן אינהרנטי ייצרו פגיעה עצמאית בזכויות אדם.

196. בעניין הפרטת בתי הסוהר נקבע כי ככל שבהפעלת הסמכויות טבוע רכיב מרכזי יותר של שיקול דעת, הפגיעה העצמאית תהיה מובהקת יותר. זאת, משום הפגיעה הנובעת מן הפרמטרים ואמות המידה שעל פיהם תופעל הסמכות, ובשל הכנסתם של שיקולים שאינם מן העניין לתהליך קבלת ההחלטות (עמ' 646). בעניינינו – העברת הסמכויות לגוף ממשלתי-אזרחי באמצעות מינוי פוליטי מכניסה שיקולים פוליטיים אל הזירה, כשיקולים עצמאיים ואף ראשונים במעלה. שיקולים פוליטיים ויותר מכך – **העדפה של קבוצת אוכלוסיה מסויימת** – הם שיקולים פסולים בכל מקרה ויוצרים כשלעצמם פגיעה עצמאית בזכות, מעבר לפגיעה האינהרנטית שבהפעלת הסמכות.

197. וזאת יש להדגיש ולהבהיר: **ייתכנו שיקולים המבטאים אינטרסים מדינתיים, שאילולא היה מדובר בשטח כבוש היו שיקולים לגיטימיים, אבל כשמדובר בשטח כבוש שבו קהילה של אזרחים מוגנים שזכויות האזרח שלהם מושעות והם אינם שותפים לתהליך קבלת ההחלטות, והאינטרסים שלהם אינם האינטרסים הפוליטיים המגולמים במדיניותה של ממשלת ישראל – שיקולים אלה, שכאמור**

בנסיבות רגילות אינן זרים, מהווים שיקולים בלתי לגיטימיים שהכללתם בקבלת ההחלטות יוצרת פגיעה אינהרנטית בזכויות אדם.

198. הפגיעה העצמאית נובעת מהחשש הממשי והמובנה אשר נגרם כתוצאה מהפעלת הסמכויות ע"י גורם בעל שיוך פוליטי מוצהר, ומתגבר כאשר האג'נדה הפוליטית המובנית של נושא המשרה היא העדפה מובהקת של קבוצת אוכלוסייה אחת על פני אחרת בשטח הכבוש, וכי העדפה זו עומדת בסתירה ישירה לחובה לפי הדין הבינלאומי לאומי לשקול את טובת האוכלוסייה המוגנת בלבד. יותר מכך: גם לו הממשל החדש שנוצר לא היה מבטא קו פוליטי מסויים ונוצר כתולדה של מינוי פוליטי, עצם העובדה שהאינטרס של מפעיל הסמכות אינו זהה לאינטרס של בעל הסמכות המקורי, ושהתכליות הציבוריות של מדיניות הפעלת הסמכות מתערבבות בשיקולים זרים - די בהם כדי ליצור את הפגיעה הנפרדת בזכויות אדם (עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 614). בעניינינו, השיקולים הפוליטיים של מינהלת ההתיישבות והשאפה להגשים את החזון הפוליטי של השר הממונה, הם שיקולים זרים בהפעלת סמכויות שלטוניות בשטח הכבוש האמור להתנהל לפי כללי המשפט הבינלאומי בענפו המסדיר את ממשל הכיבוש.

199. לדוגמה, אחת ממשימותיו של הסגן האזרחי הינה הכשרת כלל המאחזים הלא מורשים ומאחזי החוות החקלאיות, גם כאלה שנבנו על קרקעות פרטיות בבעלות פלסטינית, או שנועדו למנוע גישה של פלסטינים לאדמות חקלאיות. זוהי משימה המבטאת באופן מובהק יישום של אינטרסים שממשלת ישראל רואה בהם אינטרסים ישראלים (למיותר לציין שהישראלים החתומים על עתירה זו אינם רואים בהם ככאלה), תוך התעלמות מוחלטת מהאינטרסים של תושבי השטח הפלסטינים. והיא כרוכה בפגיעה אנושה בזכויות יסוד, ובראשה בזכות לקניין פרטי וכן לזכות להנות ממשאבי ציבור.

200. אין חולק על חשיבותה ומרכזיותה של הזכות לקניין פרטי. הזכות זוכה להגנה נפרדת ונרחבת בהוראות הדין השונות. בדין הישראלי, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין פוגעים בקנינו של אדם". ובדין הבינלאומי זוכה הזכות להגנה ייחודית, והאיסור על הפקעת רכוש השייך לאזרחים מוגנים הוא איסור מוחלט (תקנה 46 לתקנות האג). גם בדיני זכויות האדם, המשמשים דין משלים לדין ההומניטארי הבינלאומי, ישנה הגנה רחבה על זכות הקניין והיא מעוגנת בסעיף 17 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם ובמקורות רבים נוספים.

201. על פגיעתם של המאחזים הבלתי מורשים בזכות הקניין של התושבים המוגנים עמד בית משפט זה פעמים רבות. כך בפסק הדין בבג"ץ 2055/17 **ראש מועצת הכפר עין יברוד נ' הכנסת** (בג"ץ חוק ההסדרה):

"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) 736, 766-765 (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"

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)

202. פגיעה עצמאית דומה מתרחשת גם בזכות לפרנסה, אשר נגרמת ממניעת גישה לאדמות חקלאיות או לאדמות מרעה. זכות יסוד המהווה תנאי הכרחי לקיום בכבוד ולקיום בכלל. הזכות להתפרנס מעוגנת היטב במשפט זכויות האדם הבינלאומי והופיעה לראשונה בסעיף 23(1) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם :

"Everyone has the right to work, to free choice of employment, to just and favourable conditions of work and to protection against unemployment"

203. הכשרת המאחזים והחוות החקלאיות, מגבילה את הגישה של התושבים הפלסטינים המוגנים לאדמותיהם, ופוגעת ביכולתם לעבד את אדמותיהם ולרעות את צאנם. אלו תחומי העיסוק של רבים מתושבי האזור וזוהי פרנסתם. על-כן, פעולות שיש בהן הכשרה של גזל אדמות, פוגעות ישירות ביכולתם להתפרנס, וכנגזרת, לחיות בכבוד.

204. פגיעה עצמאית נוספת - בזכות לחופש תנועה המהווה את הביטוי המרכזי לאוטונומיה של אדם, לבחירותיו החופשיות ולמימוש יכולותיו וזכויותיו. הכרזות על שמורות טבע, אתרים ארכיאולוגיים, ואדמות מדינה, יש בהן כדי לפגוע בחופש התנועה של האזרחים המוגנים. על אחת כמה וכמה, יש בהן כדי לפגוע בחופש התנועה של האוכלוסייה האזרחית המוגנת באזור. זכות לחופש תנועה מעוגנת היטב הן במשפט הבינלאומי המנהגי הן במשפט הישראלי. בסעיף 12(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות ; בסעיף 2 לפרוטוקול 4 לאמנה האירופית לזכויות האדם 1950, וסעיף 13 להכרזה לכל באי בעולם בדבר זכויות האדם 1948.

205. על אודות מעמדה של הזכות לחופש תנועה בפסיקה הישראלית ראו דבריה של השופטת (כתוארה אז) ביניש :

”חופש התנועה הוא מזכויות היסוד של האדם והוכר במשפטנו הן כזכות יסוד
העומדת על רגליה היא... הן כזכות הנגזרת מן הזכות לחירות... כמו כן יש
הגורסים כי חופש זה אף נגזר מכבוד האדם... חופש התנועה מוכר כזכות יסוד גם
במשפט הבינלאומי. חופש התנועה הפנים מדינית מעוגן בשורה ארוכה של
אמנות והכרזות בין לאומיות בדבר זכויות אדם... ונראה כי הוא מעוגן גם במשפט
הבינלאומי המינהגי”

(בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 736, 754-755 (2005))

206. ונזכיר, כי כל הפגיעות האלה בזכויות יסוד, היו אולי לגיטימיות ומידתיות אילו הפלסטינים תושבי
השטח הכבוש, האזרחים המוגנים, היו שותפים להליך הפוליטי הישראלי. הפגיעה בזכויות במקרה דנן
היא תולדה של הדרתם מההליך הפוליטי תוך העמקת שיתופם של שכניהם הישראלים היהודים
המתגוררים בשטח הכבוש בהתהליכים של גיבוש מדיניות בגדה המערבית הכבושה. אמנם גם קודם
להתקנת הצו והעברת הסמכויות למשרדו של השר הנוסף במשרד הביטחון היה פער מובהק בהשפעה
הפוליטית של הקהילות המתגוררות בגדה, אולם ההפיכה המשטרית המגולמת בהעברת הסמכויות
מעמיקה אותה באופן דרמטי והופכת את עצם הפעולה המינהלית לפגיעה עצמאית נוספת בזכויות
אדם.

VI. האצלת הסמכויות לסגן רמ"א אינה חוקית

207. העותרים יטענו שהאצלת הסמכויות לסגן האזרחי אינה עומדת בכללי המשפט המינהלי הישראלי אשר
”כל חייל ישראלי נושא עמו בתרמילו” (בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה
והשומרון (28.12.1983), פסקה 33) ואשר קובעים את התנאים להאצלה חוקית.

208. בניגוד לתפקיד הקלאסי של סגנים של ראשי יחידות צבאיות וביטחוניות, הסגן האזרחי של ראש
המינהל האזרחי אינו משמש עוזר בכיר או משנה לראש המינהל האזרחי, והוא אינו כפוף אליו. על-כן,
בניגוד להאצלת סמכויות רגילה בין מנהל/מפקד לסגנו, אשר מותירה את הסמכות באותה הרשות
ומותירה את האחריות בידי הגורם המוסמך על פי דין, הרי שאצילת הסמכויות מושא עתירה זו, הינה
למעשה העברה של הסמכויות לרשות אחרת לגמרי. הסגן האזרחי אמנם מכונה ”סגן”, אך תפקידו הוא
להוות צינור להעברת הסמכויות והניהול בפועל של רבים מתחומי העיסוק מידי המינהל האזרחי לידי
מינהלת ההתיישבות.

209. אצילת הסמכות, דרך הסגן האזרחי למינהלת ההתיישבות, היא העברת סמכות מגוף שלטוני אחד אל
גוף שלטוני אחר. זמיר מכנה בספרו אצילה כזו ”אצילה אופקית”, זו למעשה חריגה מסמכותו של
האוצל, אשר מתפרק מאחריות ומסמכות שניתנה לו לפי דין ומעבירה לרשות אחרת (ההדגשה שלנו) :

"ראשית, קשה ליישב אותה עם לשון החוק המסמך... שנית, כאשר הרשות המוסמכת אוצלת את הסמכות במסגרת אותו ארגון מינהלי שבראשו היא עומדת, ניתן להניח שקיימת קירבה רבה בין האוצל לבין הנאצל בנוגע למטרות, למדיניות ולשיקולים הכרוכים בהפעלת הסמכות. הנחה זו מתרופפת כאשר הסמכות יוצאת מאותו ארגון מינהלי ועוברת אל ארגון מינהלי אחר. מבחינה מעשית, יש בכך כדי להשפיע על האופן והתוצאה של הפעלת הסמכות. **לכן יש יסוד לומר כי אצילה כזאת אינה תואמת את כוונת החוק.** שלישית, אף אם מבחינה משפטית האוצל מקיים שליטה על הנאצל... סביר להניח כי מבחינה מעשית נפגמת השליטה של האוצל על הסמכות... ורביעית, אצילה אופקית יוצרת סכנה של ביזור מוגזם של הסמכות: בשל שיקולים ולחצים אלה או אחרים, הסמכות עלולה להצמיח שלוחות במקומות משונים וסמויים, באופן שיכביד על השליטה בידי בעל הסמכות וגם על הביקורת הציבורית.

י. זמיר, **הסמכות המינהלית** (מהדורה ראשונה, כרך ב), בעמ' 574

210. השופט גולדברג בבג"ץ 2313/95 **קונטקט לינסן (ישראל) בע"מ נ' שר הבריאות** (1996), כינה זאת אצילה מוסווית שאינה אלא העברת הסמכות: (שם, בעמ' 406):

"משהסכים בא-כוחה המלומד של העותרת כי מדובר באצילת סמכות, ואין הוא תוקף את עצם סמכות האצילה, אין אנו נדרשים לשאלה אם אכן באצילה אמיתית עסקינן, או באצילה מוסווית שאינה אלא העברת סמכות מרשות לרשות. שכן, שר התעשייה והמסחר העניק את הסמכות למתן אישורים ליבוא התמיסות לגוף שמחוץ למשרדו, בלי שהותיר בידו מידה כלשהי של פיקוח על הפעלת הסמכות בידי משרד הבריאות, ובלי להנחות את משרד הבריאות באשר לדרך הפעלת הסמכות. כך, שלמעשה התפרק השר מסמכותו ולא שייר בידו סמכות כלשהי, בעוד שבאצילה "קלאסית", "האוצל צריך לקיים בידו שליטה בסמכות גם לאחר האצילה"..."

הגורם המוסמך לפי החוק הבינלאומי הוא המפקד הצבאי, והמסגרת הנורמטיבית שתוחמת את גדרי סמכותו ומתווה את שיקול דעתו הם דיני הלחימה הבינלאומיים. וכך, בבואו לקבל החלטות, למפקד הצבאי אסור לשקול שיקולים של אינטרסים מדינתיים לאומיים, אלא את טובתה של האוכלוסיה המקומית ושיקולי ביטחון בלבד. לעומת זאת גוף ממשלתי אזרחי ישראלי מקיים שיקול דעת שגזרותיו ותכונותיו שונים. כפי שנפסק בעבר - גדרי שיקול הדעת הינם תוצאה של הפרספקטיבה הנובעת מהתפקיד, על כן העברה של סמכויות משנה את אופן הפעלת שיקול הדעת באופן מובנה:

"דבר נוסף, ומבחינת המהות אפשר בו עיקר: לא הרי שיקוליו של שר הפנים באומרו להעניק הנחות בארנונה, כהרי שיקוליו של משרד הדתות (שר הדתות) בהחליטו להבטיח הכנסת מינימום לאברכי-ישיבות. שר הפנים אמור לשוות נגד

עיניו שיקולים שעניינם דרכי הנהלתה של רשות מקומית, צרכיה של רשות מקומית, מצב התושבים, שוויון בנטל המס בין תושבי הרשות ועוד שיקולים כיוצא באלה הנגזרים מתוך חייה של רשות מקומית והגודלים עצמם בתחומיה של הרשות. שלא כמותו של שיקול-דעת זה הוא שיקולו של שר הדתות בנושא הבטחת הכנסה לאברכי-ישיבות. הדברים יתבררו מאליהם מתוך עיון בהם, ואף אין צורך להעמיק. נדע מכאן, כי בהעבירו את שיקול-דעתו לשר הדתות עשה שר הפנים מעשה שלא הוסמך לעשותו, ובעשותו את שעשה העביר שיקול-דעת שהוקנה לו באורח הנוגד את תכלית חוק ההסדרים. אם כך ככלל, לא-כל-שכן שבהעבירו את סמכותו כפי שהעבירה, איבד שר הפנים שליטה – ביוזעין ובכוונת-מכוון – על דרכי הפעלתה של הסמכות, הואיל ואין הוא מוסמך ליתן הוראות לשר הדתות ואף אין הוא מוסמך לשנות החלטות שעושה שר הדתות.”

בג"ץ 6741/99 יקותיאלי נ' שר הפנים (2001), (להלן: פרשת יקותיאלי), פסקה 23

211. בענייננו, שיקולים שנשקלו בצבא מתוקף תפקידו, כגון מניעת הסלמה ביטחונית, שמירה על קשרי עבודה עם גורמים פלסטיניים וזרים וכיוצא באלה אינם נשקלים על ידי מינהלת ההתיישבות אשר אינה אמונה על ביטחון ואינה נדרשת לקשרים עם גורמים פלסטיניים.

212. ומשום שהמפקד הצבאי אינו מוסמך לחוקק חוק המאפשר העברת סמכויות שלטוניות בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית לגוף שלטוני אחר ונפרד, המינוי והאצלת הסמכויות ע"י ראש המינהל האזרחי, גם הן בטלות:

”כללם של דברים: שר הפנים הוסמך לקבוע הסדרים ראשוניים למתן הנחות בתשלומי ארנונה, ואולם, תחת אשר יקבע הסדרים אלה כפי שהוסמך, ראה השר להודיענו בתקנה 2(7)(א) סיפה כי הסדרים שהוא קובע יהיו אותם הסדרים נסתרים הנהגים במשרד הדתות. בעשותו את שעשה – שמא נאמר בחודלו כפי שחדל – חרג שר הפנים מסמכותו: הוא התנצל את סמכותו; הוא התפרק מעול שהוטל על שכמו; הוא אצל מסמכותו לזולת בלא שהוסמך לדבר; הוא לא עשה את שהוסמך לעשות, ומה שעשה הוא לא הוסמך לעשות. תקנה 2(7)(א) סיפה הותקנה בהיעדר סמכות והרי קובעת היא, על-פניה, הסדר בטל ומבוטל מעיקרו.”

פרשת יקותיאלי פסקה 25

VII. מינוי סגן אזרחי יוצר פוליטיזציה של כל מערך המינהל האזרחי

213. הצו וכתב המינוי והאצלת הסמכויות מושאי עתירה זו הינם חלק אחד אך מרכזי בשורת שינויים מבניים אשר את חלקם כבר יישמה ואת חלקם עוד מקדמת הממשלה ה-37, כדי להפוך את יסודות המשטר בישראל ולבצע שינוי משטרי עמוק. מאז הקמתה מקדמת הממשלה הנוכחית, באמצעות שלל רפורמות הנוגעות ליסודות השלטון ולמוסדות המשטריים החשובים והרגישים ביותר, משטר בו לממשלה יש כוח

שלטוני בלתי מוגבל. הקו המשותף לכל הרפורמות שבוצעו ואלה המתוכננות הוא הכפפה מלאה של כל גוף ביצוע לשר ולאגידה הפוליטית שלו והקטנה עד ביטול העצמאות המקצועית של גופי הביצוע. הרפורמות מבקשות ליצור מבנים שלטוניים אשר מאפשרים הזרמת שיקולים פוליטיים לכל החלטה המתקבלת בכל רשות שלטונית. מרבית השינויים חותרים תחת עקרונות המשטר הדמוקרטי, בניגוד לשינוי מושא עתירה זו, אשר חותר תחת עקרונות התפיסה הלוחמתית.

214. ההסכמים הקואליציוניים שבבסיס הקמת הממשלה ה-37 יצרו שינויים מבניים – מוסדיים חדשים בכל הממשלה. השינויים הללו יצרו מצב של ריכוז סמכויות אצל גורמים פוליטיים ומפלגתיים שונים באמצעות העברת יחידות ממשלתיות בין המשרדים השונים. כך, למשל, בהסכם עם סיעת "עוצמה יהודית" הוסכם להעביר שורה של יחידות אל המשרד החדש, בהן הרשות לביטחון קהילתי, הרשות לאכיפה במקרקעין, המשטרה הירוקה והסיירת הירוקה; ובהסכם עם סיעת "הציונות הדתית", כאמור, הוסכם בין השאר על הקמת המשרד בתוך משרד הביטחון והעברת הסמכויות אליו.

215. לשינוי המבני בו אנו עוסקים יש שתי רגליים. הרגל הראשונה הוא השינוי המבני ואיזרוחם של חלקים נרחבים של הממשל הישראלי בגדה המערבית. השינוי המבני השני הוא ביצירת תפקידים חדשים (ראש מינהלת ההתיישבות והסגן לעניינים אזרחיים) כמשרות זמניות ועל כן ללא מכרז פומבי. כך, נוצר **מינוי פוליטי – תשתיתי** הן במשרד הביטחון והן בתוך המינהל האזרחי, אשר יוצר פוליטיזציה מלאה של המינהל האזרחי כולו על כלל פעולותיו בסמכויות שהועברו.

216. פוליטיזציה דומה של רשות שלטונית היא הרפורמה ביחסי השר לביטחון לאומי – משטרה. תיקון 37 לפקודת המשטרה, אשר חוקק בעקבות דרישתו של חבר הכנסת איתמר בן גביר לשלול את אי-תלות המשטרה בדרג הפוליטי, וזאת כתנאי להצטרפות סיעתו לקואליציה. תיקון 37 מעמיד לרשותו של גורם פוליטי המחויב לאידאולוגיה מסוימת ולציבור בוחרים מסוים (השר), כוח לקבוע כיצד וכלפי מי יופעלו סמכויות אלה, באמצעות קביעת "מדיניות" ו"עקרונות כלליים", אשר מאפשרים התערבות בהחלטות מקצועיות של הרשות.

217. הדמיון שברפורמות הוא בשינויי האיזון בין הדרג הפוליטי לרשות המבצעת, היוצרים מבנה משטרי בו קיימת השפעה פוליטית בכל פעולה שלטונית. את מידת הפוליטיזציה יש לבחון במידת היכולת של הגורם הפוליטי להיות מעורב בהחלטות אשר אמורות מטיבן ומטבען להיות חפות מהשפעות של גורמים פוליטיים, בשל המבנה המשטרי. בעוד שבמקרה של פקודת המשטרה, הפוליטיזציה של רשות אכיפת החוק עומדת בסתירה לעקרונות המשטר הדמוקרטי, הרי שבעניינינו פוליטיזציה של המינהל האזרחי עומדת בסתירה למשטר של תפיסה לוחמתית.

218. ועתה - נבקש להראות כי הטיעונים שעומדים בבסיס חוות הדעת של היועצת המשפטית לממשלה בבג"ץ 8987/22 האגודה לזכויות האזרח בישראל נגד הכנסת, אשר הובאה בכתב התשובה מטעם משיבי המדינה בעניין תיקון 37 לפקודת המשטרה, מיום 28.3.2024 ופירטה את התנגדותה לו תוך קביעה כי הוא בלתי חוקתי (להלן: "חוות הדעת בעניין תיקון פקודת המשטרה" או "חוות הדעת"), יפים גם לעניינינו.

219. טרם נתחיל לפסוע בנתיב המשפטי עליו מתבססת חוות הדעת, ונראה את ההקבלה לעניין מינויו של הסגן האזרחי לראש המינהל האזרחי, נציין את המובן מאליו: אין דין משטרה בחברה דמוקרטית כדין ממשל צבאי בשטח כבוש. הממשל הצבאי, ודאי שאינו דמוקרטיה, אך הממשל הצבאי גם אינו אמור להיות משטר דיקטטורי ואמור להיות כפוף לשלטון החוק הבינלאומי, משום שזהו מקור סמכותו. משטר צבאי, לפי הדין הבינלאומי, אמור לשמור על הסדר הציבורי, לפעול לטובת האוכלוסייה המוגנת, ולעשות זאת לפי עקרונות של שוויון. זאת מתוקף תקנה 43 לתקנות האג המסדירה את יחסי השלטון והאוכלוסייה, ומתוקף סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית המגדיר את העקרונות הבסיסיים של השליטה.

220. ועוד – בניגוד למשטר בתוך ישראל, במשטר בגדה המערבית אין הפרדת רשויות. הממשל הצבאי בשטחים הכבושים הוא אינו משטר שקיימים בו איזונים ובלמים מובנים, ובשינוי יחסי הכוחות, כאשר כל המערכת השלטונית עוברת תהליך של פוליטיזציה, מתקיימת פגיעה אינהרנטית בזכויות אדם.

221. ולבסוף – הסמכויות השלטוניות בעניינינו לא ניתנו אמנם לשר, אך כפי שנראה להלן הן ניתנו לגורם המהווה מינוי פוליטי-תשתיתי מובהק בתוך המינהל האזרחי, אשר תכליתו היא העברת סמכויות אל מינהלת ההתיישבות ואל השר הנוסף במשרד הביטחון, והכפפת כלל עובדי המינהל, **כולל הייעוץ המשפטי**, אל הדרג הפוליטי. על אופיו של הסגן האזרחי כמינוי בעל אופי פוליטי ניתן ללמוד מהצטרפות הנסיבות והמאפיינים הללו: יצירתו של תפקיד חדש יש מאין, מינוי אדם ללא מכרז למשרה זמנית אשר משכה כרוך במשך כהונת הממשלה, הכפפתו לגורם פוליטי מובהק ולא לראש המינהל האזרחי, ויצירת מבנה אצילה שמהווה למעשה צינור להעברת הסמכויות, בלי שיש לגורם המסמיך אפשרות לפקח על פעולותיו או לבטל את האצילה – כל אלה הופכים את הסגן האזרחי למינוי פוליטי מובהק.

222. ועתה – נשוב לניתוח המשפטי שבבסיס חוות הדעת וליישומו על הצו מושא העתירה.

223. לפי חוות הדעת, הפרת האיזון, באה לידי ביטוי במתן סמכויות רחבות ועמומות, מבלי לעגן את חובתה של המשטרה לנהוג הממלכתיות, ומבלי לפרט את ההגדרות של המונחים שבלשון החוק, הפתח שנפתח להתערבות פוליטית בשיקול דעת בפעולות שיש בהן פוטנציאל לפגיעה קשה בזכויות אדם, הימנעות ממתן שליטה מבצעית מלאה על פעולות המשטרה למפכ"ל והותרת סמכות רחבה למינויים בידי השר. (סעיף 149 לחוות הדעת).

ובהמשך:

"המכלול האמור, מבטא את העיוות המהותי שיצרה חקיקתו של הסדר חלקי, המעגן את מעורבותו של השר בעבודת המשטרה, בלי שהיקף המעורבות הוגדר וגודר, ובלא שניתן בו מענה לצורך בהגנה על ממלכתיות המשטרה, ולכך שסמכויותיה יופעלו רק משיקולים ענייניים, מקצועיים, באופן שוויוני ובלי שאלו יושפעו משיקולים פוליטיים או זרים. זאת, תוך אימוץ סלקטיבי של המלצות ועדת צדוק אשר גובשו על-ידי הוועדה כמכלול.

כתוצאה מכך, תיקון 37 לפקודה יצר מבנה משטרי לא מאוזן, המאפשר השפעה פוליטית על הפעלת הכוח המשטרי. קרי, פוליטיזציה של הפעלת הכוח, ללא ערובות, בלמים ואיזונים המבטיחים הפעלה שוויונית של סמכויות המשטרה, שמירה על זכויות אדם ושלטון החוק.

(סעיף 150 לחוות הדעת) הסמכות הרחבה למנות קצינים מעצימה את ההשפעה הפוליטית אף יותר (סעיף 151).

224. ובענייננו: בניגוד לתיקון פקודת המשטרה, הסמכויות שהועברו לסגן האזרחי אינן עמומות כלל. הן מפורטות להפליא, ומלמדות שהחשש שקיים לגבי מידת המעורבות של הדרג הפוליטי במקרה של הפקודה, הוא ודאי במקרה של הצו. למעשה זו היא תכליתה של העברת הסמכויות. כל פעולה ופעולה, מהקצאת קרקע ואת אכיפת בנייה, כפופה לגורם פוליטי. אותו גורם הינו גם בעל הסמכות למנות בעלי תפקידים. כמו בפקודת המשטרה, גם בענייננו - החובה של הסגן האזרחי לפעול לטובת האוכלוסיה המוגנת לא מוזכרת.

225. לפי חוות הדעת, במצב דברים זה התיקון אינו עומד באמות מידה חוקתיות בשני מישורים (פסקה 154):

"במישור האחד, התיקון כשלעצמו, כיוון שהוא נעדר את אותם האיזונים והבלמים הנדרשים, יצר חשש מובנה להטיה של הפעלת הכוח הכופה של המשטרה בשל שיקולים פוליטיים, נוכח מעורבות של דרג פוליטי, ובכך יצר פגיעה, מניה וביה, בעקרון שלטון החוק ובלבית זכויות היסוד. בכך גלומה פגיעה בעצם הלגיטימיות של הפעלת הכוח המשטרי.

במישור השני, בעקבות התיקון לפקודה, עולה חשש מידי וממשי כי סמכויות המשטרה בעקבות התיקון, בהתאם לאותן הנחיות שיינתנו על-ידי השר, יופעלו באופן שיפגע פגיעה משמעותית בזכויות יסוד, בעקבות חדירתם בפועל של שיקולים זרים לעבודת המשטרה. כן מתעורר חשש כי בכסות של התוויית מדיניות תהיה התערבות פוליטית בשיקול הדעת המקצועי ובפעולות אופרטיביות. חששות אלו אינם בעלמא, אלא מבוססים גם על הניסיון המצטבר מאז חקיקתו של התיקון"

לגבי המישור הראשון, מודגש כי אף שגם הגורם הפוליטי מחוייב לשמור על האינטרס הציבורי, "...הנלמד מעניין בתי הסוהר הוא, שבחינת החוקתיות של החוק בהיבט של פגיעתו בזכויות האדם מתמקדת, בין היתר, בזהותו ומיהותו של הגורם שבידיו ניתנו סמכויות שלטוניות פוגעניות, בנפרד מבחינת הפעלתן הלכה למעשה." (פסקה 156). וגם בענייננו, הגם שמבחינה תאורטית, כל גורם שלטוני חייב לפעול בשטח הכבוש לפי הדין הבינלאומי, הרי שגם מדברי השר סמוטריץ' עולה שתכליתו של המבנה החדש, ושל מינוי הסגן האזרחי, הוא להסוות את העובדה שהוקם משרד ממשלתי ייעודי לניהול השטח הכבוש, כדי להוציא את הניהול מידי המערכת הצבאית, ולהעבירו לידי אורגן אזרחי שפועל תחת שיקול דעת שונה (ראו נספח 6).

226. בעניין הצו, קיים קושי נוסף – זאת משום שבניגוד למפקד הצבאי, אשר כל סמכותו באה לו מהדין הבינלאומי ולכן חובתו לפעול לפיו היא אינהרנטית, הרי שסמכותה של מינהלת ההתיישבות נובעת מהסכם בין שרים, והסגן האזרחי כפוף לה. לכן, המבנה החוקתי שיוצר את האיזונים ואת השמירה על זכויות מוגנים אינו מתקיים עוד.

227. מסקנתה של היועצת המשפטית לממשלה, בעניין השינוי המבני שנוצר כתוצאה מהפרת האיזון בין השר למשטרה, היא שהשינוי אינו עומד במבחן החוקתי (סעיף 167). מסקנה זו מתבקשת גם בעניינו. אך גם אם בית המשפט הנכבד אינו סבור שהמינוי הפוליטי התשתיתי פסול כשלעצמו והופך את כל המינהל האזרחי לנגוע בפוליטיזציה כמתואר לעיל, גם הטענות "הרגילות" כנגד מינויים פוליטיים די בהן כדי לקבוע שהמינוי של הסגן האזרחי בטל.

228. אין זו הפעם הראשונה בה מגיע לפתחו של בית המשפט הנכבד דיון במינוי פוליטי מקום שמינוי כזה הוא אסור, ואין זו הפעם הראשונה בה מינוי ממשלתי נועד לקדם את מפעל ההתנחלויות: במסגרת בג"ץ 154/98 **הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' מדינת ישראל** (1998) (להלן: עניין איינשטיין) בשנת 1998, דן הרכב מורחב של שבעה שופטים במינוי ללא מכרז של שמעון איינשטיין כמנהל המינהל לבנייה כפרית במשרד הבינוי והשיכון. קודם למינוי, החליטה הממשלה להוסיף את המשרה לה יועד לרשימת המשרות שבתוספת לפי סעיף 23 לחוק, הפטרות ממכרז, תוך הגבלת תוקף ההחלטה לתקופת כהונתה של הממשלה דאז. שם, המשיבים לא הכחישו שהמינוי הוא פוליטי, והנימוק שניתן היה "הזדהותו הרעיונית עם מדיניות הממשלה בכל הנוגע למדיניות הבנייה וההתיישבות ביהודה ושומרון". הממשלה טענה כי "דעותיו של עובד המדינה הינן תנאי בלעדיו אין בכל הנוגע למשרה רגישה, בתחום המצוי באחריותו של מנהל המינהל". בית המשפט קבע כי "טענה זו אינה יכולה לעמוד לא מן הבחינה העקרונית ולא מבחינת החוק" (פסקה 24).

229. בעניין זמניות התפקיד, קבע בית המשפט שלא זו בלבד שהזמניות לא מכשירה את המינוי, אלא שהיא רק מחזקת עוד יותר את היותו מינוי פוליטי: "מוסיפים המשיבים וטוענים, כי הוספת משרת מנהל המינהל לתוספת נעשתה לתקופת כהונתה של הממשלה המכהנת ובכך יש כדי להכשיר מינוי זה באופן שנעשה. במינוי זמני יש לכאורה שימת דגש בתקופה מסוימת על תפקיד ייחודי מסוים, מתוך מטרה לקדם אינטרס פוליטי, אלא שבזמניות זו יש כדי להדגיש את היות המינוי מינוי פוליטי. מינוי זמני כזה פוגע בתפיסה הגורסת צמצום התלות בין הדרג המקצועי לדרג הפוליטי וכן פוגע הוא ביציבות בשירות המדינה." (פסקה 26)

230. בית המשפט סיכם את "המאפיינים שהופכים את המינוי הפוליטי לבלתי ראוי בכל מובן אפשרי":

"המינוי הפוליטי מהווה הפרת אמון של הרשות המבצעת כרשות ציבורית, כלפי הציבור; הוא עלול לפגוע באמון הציבור בשירות הציבורי; הוא פוגע בעקרון השוויון; הוא פוגע ברמה המקצועית של עובדי הציבור שאינם נדרשים להוכיח, במסגרת מכרז, את היותם הטובים ביותר; הוא עלול להביא לתופעה שבה הקשרים קודמים לכישורים, והפוליטיקה במובן הצר הופכת לגורם המרכזי למינוי; הוא עלול להביא לניפוח המערכת על-מנת

לקלוט "מיודעים", ולגרום ליצירת תפקידים חדשים שלא לצורך ולקידום מהיר של מי שרוצים ביקרו; הוא עלול להסיט את שיקולי הרשות משיקולים ענייניים; הוא מביא לניגוד עניינים ולחשש לשקילת שיקולים זרים על-ידי העדפת מפלגה או עניין מפלגתי על אינטרס ציבורי; הוא עלול להביא להשחתת המוסר הציבורי; הוא עלול לגרום לתחלופה בשירות הציבורי כל אימת שמתחלף הדרג הפוליטי, ולגרום על-ידי כך לחוסר יציבות ולחוסר מקצועיות; הוא עלול לפגוע בסדרי מינהל תקין ובטוהר המידות; הוא עלול לפגוע במורל העובדים בשירות הציבורי, להשפיע על איכותו של השירות ולפגוע בדימויו. על-ידי כל אלה, פוגע המינוי הפוליטי בעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית, של תפיסתנו הערכית את מהותו של השירות הציבורי ושל האמנה החברתית שהיא בסיס הווייתנו כחברה מתוקנת."

(פסקה 10).

231. בעניינינו המינוי הפוליטי חמור אף יותר, משום שהוא משנה את אופי המשטר בשטח הכבוש. בעוד שהלגיטימציה של הרשות המבצעת לפעול בישראל נובעת מהסמכות שנותנת הכנסת בידי הממשלה, בשטחים המוחזקים בתפיסה לוחמתית הסמכות של הרשות המבצעת נובעת מהוראות הדין הבינלאומי. לפי הוראות אלה, יש הפרדה בין השלטון של המעצמה הכובשת ובין המפקד הצבאי, שהוא מי שנכנס בנעלי הריבון עד לסיום מצב הכיבוש. העברת השלטון לגורם פוליטי מובהק, אשר נבחר ע"י אזרחים של מדינה אחרת, שומטת את הקרקע תחת הלגיטימיות של הפעלת הסמכות.

VIII. היעדר סמכות, חריגה מסמכות ואי-סבירות

232. כפי שנטען לעיל, הצו וכתב המינוי והאצלת הסמכויות מפירים את הדין הכמה מישורים: הם יוצרים סיפוח אסור של שטח כבוש; הם יוצרים פגיעה אינהרנטית בזכויות של האזרחים המוגנים אשר חובתה של ישראל להגן עליהם קבועה בדין הבינלאומי; הם מעמיקים את מאפייני המשטר הישראלי בגדה המערבית כמשטר אפרטהייד; והם מהווים האצלה פסולה והחדרה של שיקולים פוליטיים אסורים למסגרת מינהלית שאמורה להיות נקייה מהם.

233. כל אלה יוצרים פגמים מינהליים שמחייבים את ביטול הצו וכתב המינוי והאצלת הסמכויות.

234. כפי שפורט לעיל באריכות, סיפוח של שטח כבוש הוא אחד האיסורים המרכזיים של המשפט הבינלאומי שהתגבש לאחר מלחמת העולם השנייה. לפיכך למפקד הצבאי אין סמכות לחתום על צו שמפר את האיסור הזה, או למצער, חתימה על צו כזה מהווה חריגה מסמכויות החקיקה הנתונות לו בהתאם לתקנה 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית בדבר כלליה ונוהגיה של המלחמה ביבשה.

235. גם העמקה של מאפיינים אפרטהידיסטים של הממשל הגדה הוא בגדר חריגה מסמכות שהרי ברור שאסור למשיבים לבצע הפרות חמורות של הדין הבינלאומי – אין לרשות סמכות לבצע הפרות דין.

236. בנוסף, ברי כי השיקולים הנוגעים להשלכות של השינוי המשטרי על זכויותיהם של הפלסטינים התושבים המוגנים של הגדה המערבית, לא קיבלו משקל ראוי, וככל הנראה לא קיבלו משקל כלל, במסגרת שיקול הדעת שהוביל לחתימה על הצו ועל כתב המינוי והעברת הסמכויות. לפיכך ההחלטה להתקין את דברי החקיקה האלו נגועה בפגם של אי-סבירות קיצונית וגם מטעם זה דינם בטלות.

ד. סוף דבר

237. לאור האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו על תנאי כמפורט בפתח כתב העתירה, ולאחר קבלת תגובת המשיב ודיון – להופכו למוחלט.

238. בנוסף, בית המשפט הנכבד מתבקש לחייב את המשיבים בהוצאות המשפט של העותרים, בתוספת מע"מ וריבית כחוק.

26 בספטמבר 2024



רוני פלי, עו"ד



מיכאל ספרד, עו"ד

ב"כ העותרות