

1. יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם (ע"ר 580442622)
2. האגודה לזכויות האזרח בישראל (ע"ר 580011567)

המבקשים
להצטרף
במעמד של
"ידיד בית
משפט":

באמצעות עו"ד שלומי זכריה ו/או מיכל זיו
מרח' דוד חכמי 12, תל אביב-יפו
טל' 03.5275273, פקס': 03.5275274

ובאמצעות עו"ד דן יקיר ו/או רוני פלי ואח'
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
מרח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154
טל': 03-7050734 ; פקס': 03-5608165

המערערים:

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

-- נ ג ד --

המשיבים:

1. איציק אנג'ל ואח'
כולם באמצעות עו"ד ד"ר הראל ארנון
מרח' הרטום 16, הר חוצבים, ירושלים
טל': 02.6509100, פקס': 02.646.8053
2. המנהל האזרחי ביהודה ושומרון
באמצעות פרקליטות המדינה
רח' קריית המדע 5, בניין B3, הר חוצבים, ירושלים
טל': 02.6362006, פקס': 02.6362050
3. החטיבה להתיישבות – הסוכנות היהודית
באמצעות המחלקה המשפטית ע"י עוה"ד בשמת שלוש ואח'
מרח' קינג ג'ורג' 48, ירושלים
טל': 02-6202335 פקס': 02-6202694

בקשה להצטרף לדיון כידידי בית משפט

המבקשים, יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם והאגודה לזכויות האזרח בישראל (להלן: "המבקשים"), יבקשו מבית המשפט הנכבד להצטרף לדיון בהליך במעמד של ידידי בית משפט. בקשה זו מוגשת רק עתה בשל המסלול המהיר שנקבע לדיון בערעור, ובעיקר בשל כך שהסיכומים מטעם המשיב 2 הוגשו רק ביום 11.3.2019 וחייבו את הרחבת היריעה.

תמצית נימוקי הבקשה

1. פסק הדין של בית המשפט המחוזי בת"א (י-ם) 29754-11-13 אנג'ל נ' אלפתאח סאלחה (28.8.2018) (להלן: "**פסק הדין מושא הערעור**"), עוסק במספר סוגיות משפטיות תקדימיות, אשר להן השלכות ציבוריות רחבות היקף וכבדות משקל.

2. אין חולק, שהמקרקעין עליהם הוקמו שלא כדין מבני המאחז "מצפה כרמים" הם מקרקעין **פרטיים מוסדרים ורשומים** במרשם המקרקעין על שמם של תושבים פלסטינים, אזרחים מוגנים לפי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, ולמרות שהמקרקעין האמורים לא נכללו במסגרת צו התפיסה שהוצא בשנות ה-70' ביחס למתחם בו הוקם היישוב הסמוך כוכב השחר. למרות זאת נקבע, כי ניתן להכשיר עסקה שנעשתה בין המינהל האזרחי (המשיב 2) לבין החטיבה להתיישבות בסוכנות היהודית (המשיבה 3), על בסיס עקרונות "תקנת השוק" כפי שאלה מעוגנים בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס' 59), 1967.

בית המשפט קמא קבע כי למרות שמעולם לא נחזו המקרקעין בידי הרשויות להיות רכוש ממשלתי, אלא נחזו לרכוש פרטי שנתפס לתקופה מוגבלת לצורך בטחוני, דחוף והכרחי, בפועל הוכרו אלה כרכוש ממשלתי אשר הוקצה לתושבי המאחז.

בית המשפט קמא קיבל את טענות המשיב 1 (ובעקיפין, גם את טענות המשיב 2) בכל הנוגע לתחולת ועקרונות תקנת השוק. לכן קבע שניתן להכשיר עסקאות שנעשו מטעם המשיבה 3, אף אם מתברר כי טעה ובלבד שהעסקאות נעשו בתום לב. לפי החלטתו של בית המשפט קמא מעמד המשיב 1 בקרקע הינו מעמד של בר-רשות במקרקעין. וכי למערערים, בעלי המקרקעין הרשומים, לא עומדת הזכות לפעול בהליכים משפטיים לסילוק ידם של הפולשים לאדמותיהם.

3. פסק הדין עוסק במעמדם של מקרקעין בתחומי הגדה המערבית הנתונה תחת כיבוש. למרות זאת, נמנע בית השפט קמא ליתן כל מקום למעמדו הייחודי של השטח ולזכויות הנתונות לבעלי האדמות מחד גיסא, ולחובות החלות על המנהל האזרחי והגורמים הפועלים מטעמו מאידך גיסא. למעשה, פסק הדין מושא הערעור אינו מקדיש ולו מילה אחת (!) להוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי אשר חלים בשטח; פסק הדין אינו מתייחס כלל לחובות החלות על רשויות האזור מתוקף אמנת האג בדבר דינייה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907, הוראות אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בעת סכסוך מזויין משנת 1949, הוראות המשפט הבינלאומי המינהגי וכן פסיקתו הענפה של בית המשפט הנכבד במהלך 51 השנים האחרונות, אשר סימנה את הגבול בכל הנוגע לאסור ולמותר ביחס למקרקעין פרטיים בשטח הכבוש.

4. אין המדובר בשאלה סגנונית בלבד: פסק דינו של בית המשפט המחוזי נשען כל-כולו על פרשנויות שונות. יש בו פרשנות להסכם ההקצאה, פרשנות להוראות הדין הקבועות בחקיקה הצבאית כפי שמופיעות בצו מס' 59, ופרשנות הנוגעת למערך היחסים בין המשיב 2 לבין המשיבה 3. בניגוד להלכה הנוהגת, בית המשפט קמא נמנע מלפרש את הוראות הדין ואת חוקיותן של פעולות הרשויות באזור באופן שיהלום את הוראות המשפט הבינלאומי.

5. במהלך הדיונים בפני בית המשפט המחוזי, בעת הגשת הסיכומים מטעם הנתבעים בהליך, חל היפוך קוטבי בעמדה המשפטית של המנהל האזרחי. על דעת היועץ המשפטי לממשלה, הגיש הנתבע 2 עמדה הפוכה באשר לאפשרות התחולה של עקרונות תקנת השוק וסעיף 5 לצו 59 על רכוש שכלל לא נחזה להיות רכוש ממשלתי ואין כל ספק שהוא אינו כזה.
6. הדעת נותנת, כי השינוי בעמדת המשיב 2 נובע מעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה כפי שנמסרה במסגרת העתירות בבג"ץ 2055/17 **מועצת הכפר עין יברוד נ' הכנסת**, אשר עוסקות בחוק ההסדרה (העתירות עודן תלויות ועומדות). במסגרת הודעתו האחרונה מיום 24.12.2018, הבהיר היועץ המשפטי לממשלה, כי יש להחיל ביתר שאת ובאופן יזום את הוראות תקנת השוק, לא רק כטענת הגנה, אלא כטענה יזומה מטעם רשויות האזור.
- העתק מחוות הדעת של ד"ר גיל לימון, העוזר הבכיר של היועמ"ש, מיום 7.12.2016 וכן מחוות הדעת המשלימה של ד"ר גיל לימון מיום 13.12.2018 מצ"ב **כנספחים 1-2** לבקשה זו.
7. הדברים מקבלים נפח משמעותי במיוחד לנוכח העמדה הנוכחית של המשיב 2, ראש המינהל האזרחי, כפי שהוגשה בסיכומים מטעמו בהליך הנוכחי, לפני ימים ספורים. בסיכומיו אלה פורש המשיב – על דעת היועץ המשפטי לממשלה – יריעה רחבה בכל הנוגע לעמדתו בדבר המשפט הבינלאומי הפומבי, יחסיו מול צו מס' 59, וכן ניתוח של הוראות צו מס' 59 (ראו במיוחד סעיפים 40-56 לסיכומי המשיב 2 וכן פסקאות 109-114). ניכר כי המשיב 2, כמו גם היועץ המשפטי לממשלה, ער לקושי העולה מהעדר הניתוח של המשפט הבינלאומי ביחס להכרעת בית המשפט המחוזי. אולם לשיטת המבקשים, המסקנות אליהן הגיע המשיב 2 – שגויות וחותרות תחת מושכלות יסוד של המשפט הבינלאומי ההומניטרי ופסיקת בית המשפט הנכבד, ומבקשות ליצור יש מאין, בהעדר סמכות ובניגוד לדין, חריג חדש לאיסור על פגיעה בקניין הפרט.
8. מעבר לכך, במסגרת ההליכים בפני בית משפט קמא טען המשיב 2 כי ניתן לקבל פרשנות המחילה את סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי אולם עמדה זו "אינה חפה מקשיים", וקיימים "חורים שחורים" ומהמורות רבות שיש לצלוח אותן. בסיכומים הנוכחיים של המשיב 2, מאמץ ומתאמץ המשיב 2, על דעת היועץ המשפטי לממשלה, לבטל את אותם קשיים ומהמורות כדי ליישם את סעיף 5 לצו.
9. המדובר בסוגיה משפטית, ראשונית, סבוכה, שיש לה השלכות רוחב מרחיקות לכת. פסק דינו של בית המשפט קמא התעלם כליל מן הדין החל על המקרקעין מושא הערעור, אשר מרכיב את מערך הזכויות וההגנות להן זכאים המערערים ושאר בעלי האדמות נגדם הוגשה התביעה המקורית. זהו הדין אשר משרטט את גבולות האסור והמותר של המפקד הצבאי ושל שאר הרשויות הישראליות בשטח הכבוש. העדרה המוחלט של המערכת הנורמטיבית החלה בשטח מפסיקת בית המשפט קמא, עומדת בניגוד להלכה הפסוקה, לפיה חזקת התאמת הפרשנות הניתנת לדין או לפעילות הרשות לדין הבינלאומי ולהתחייבויות הבינלאומיות של מדינת ישראל.
10. כפי שעולה מהודעת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה בעתירות חוק ההסדרה ביום 24.12.2018, להחלת סעיף 5 במקרה דנן השלכות רחבות. השפעתו של ההליך נוגעת לשימוש

בסעיף 5 לצו מס' 59, והחלת העקרונות הגמישים של "תקנת השוק", גם במקרים בהם אין מדובר במקרקעין שנחשבו לרכוש ממשלתי, גם במקרים בהם לא שולמה כל תמורה בגין המקרקעין, גם היכן שתום הלב, המרכיב הבסיסי בשאלת תקנת השוק, פורש באופן חמקמק באשר למישור היחסים בין הרשויות השונות. משפסק הדין של בית המשפט קמא ניתן על דרך של פרשנות הדין – התחיקה הצבאית, הדין הפרטי שנוצר בין הרשויות (המשיבים 2 ו-3) באמצעות הסכם ההרשאה, וכן פרשנות שניתנה להתרחשויות כפי שארעו בשטח – חובה היה על בית המשפט קמא לבחון פרשנות זו לאור המשפט הבינלאומי. משלא עשה כן, ולאור השלכות הפסיקה, יבקשו המבקשים להציג את עמדתם ביחס לפסק הדין ולניתוח השגוי לשיטת המבקשים של הוראות הדין במקרה דנן.

11. עמדת המבקשים היא כי פסק הדין של בית המשפט קמא, ועמדת המשיבים בערעור זה, מבקשים לקבוע חריג שאינו קיים לפגיעה בקניין הפרטי של אוכלוסיה מוגנת. הפגיעה אינה לצורך בטחוני הכרחי ומובהק, ואינה עומדת בתנאי הדין המקומי אשר קדם לכניסת כוחות צה"ל לאזור והפיכת המפקד הצבאי לחליף הריבון. פסק הדין סותר הלכות מושרשות של בית המשפט העליון, תוך קבלת פרשנות בעייתית שאינה הולמת ואינה תואמת להוראות המשפט הבינלאומי (ואשר מתעלמת במופגן מתחולת מסגרת נורמטיבית זו על המקרקעין ועל המערערים). פסק הדין של בית המשפט קמא, אשר גם לשיטת היועץ המשפטי לממשלה הינו "אבן בוחן" ליישום עקרון "תקנת השוק" באופן יזום ואקטיבי ביחס לאלפי מקרים אחרים, מבקש לקבע מציאות בלתי חוקית שנוצרה, והכל תוך התעלמות מהמשפט הבינלאומי ועקרונותיו, ככל שאלה מבקשים להגן על האוכלוסיה המוגנת בשטח הכבוש.

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

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

"בצד הכלל העקרוני לפיו בפני בית המשפט מצויים בעלי הדין הנוגעים בסכסוך הספציפי... מצווה על בית המשפט הדין בסכסוך ליתן דעתו – במקרים המתאימים לכך – גם להיבטים כוללניים יותר של הסכסוך שבפניו... מקום בו ישנו גוף ציבורי – שאמנם אינו צד ישיר להליך – אך יש לו אינטרס רחב בפתרון ההליך והיכרות עם המטריה הנדונה, הרי שיינתן לאותו הגוף להשמיע עמדתו בנדון בצד העותר... בכך, יינתן ביטוי לאותם הגורמים המייצגים והמומחים, שיש להם עניין בנושא הדיון ויש בידיהם, בה בעת, לסייע לבית המשפט בגיבוש עמדה והלכה המשקפת נאמנה את מגוון המצבים והבעיות שבסוגיה שבפניו"
(מ"ח 7929/96 **כוזלי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(1) 529, 554 (1999)).

13. מאז, צורפו גורמים ציבוריים רבים לדיונים בנושאים שונים – בבית המשפט העליון, בבתי הדין לעבודה ובבתי המשפט המחוזיים. אגב כך, גובשה בפסיקה רשימה לא סגורה של קריטריונים לצירוף "ידיד בית משפט", ובין היתר: מהות הגוף המצטרף ומומחיותו; ניסיונו

של הגוף והייצוג שהוא מעניק לאינטרס שבשמו הוא מצטרף; סוג ההליך והפרוצדורה הנוהגת בו; מהות הצדדים הישירים להליך; והתרומה הפוטנציאלית לדיון.

14. המבחנים שנקבעו בפסיקה בעניין זה מתקיימים במקרה שלפנינו ותומכים בצורך המבקשות לדיון דן.

15. המבקשת הראשונה, **יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם**, הינה עמותה רשומה הפועלת מזה כ-14 שנים לקידום אכיפת החוק בשטחים הכבושים, בין השאר לאכיפת החוק על בניה שלא כדין על קרקעות פלסטיניות פרטיות ומיגור מהלכים ופרקטיקות אשר אינם תואמים את הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי החל בשטחים אלה. זאת באמצעות פעילות משפטית, פעילות ציבורית ומחקר. המבקשת ייצגה ומייצגת משך שנות פעילותה בעלי קרקעות פלסטינים ומועצות מקומיות בגדה המערבית שאדמותיהם נפלו קרבן לפעילות בלתי חוקית או כאלה אשר עומדים בפני מהלכים ומדיניות אשר עשויים לעמוד בסתירה לחובותיה של מדינת ישראל ורשויותיה על פי הדין הבינלאומי ההומניטרי ודיני זכויות האדם הבינלאומיים.

16. במהלך פעילותה רכשה המבקשת הראשונה מומחיות בכל הקשור להגנה על זכות הקניין של התושבים המוגנים בשטח הכבוש ובדין הבינלאומי ההומניטרי. בין היתר ניהלה התדיינות רבות בנושאי מאחזים בלתי מורשים שהוקמו על אדמות פלסטיניות בבעלות פרטית (רשימה חלקית): בג"ץ 9949/08 **חמאד נ' שר הביטחון** (פס"ד מיום 25.12.2014), בג"ץ 9669/10 **קאסם נ' שר הביטחון** (פס"ד מיום 8.9.2014), בג"ץ 5165/15 **קאסם נ' הממונה על מתן התרים בשטחים שנתפסו לצרכים צבאיים** (פס"ד מיום 10.9.2017), בג"ץ 794/17 **זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (פס"ד מיום 31.10.2017), דנג"ץ 9367/17 **זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (פס"ד מיום 30.5.2018), בג"ץ 5439/09 **עבדאלקאדר נ' ועדת העררים** (פס"ד מיום 20.3.2012), בג"ץ 8395/14 **עבד-אלרחמן מוחמד נ' שר הביטחון** (פס"ד מיום 1.1.2018), בג"ץ 8171/09 **מועצת הכפר אל ג'אניה נ' מועצת התכנון העליונה במינהל האזרחי** (פס"ד מיום 20.11.2011), בג"ץ 9389/11 **ראש מועצת הכפר בורקה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (פס"ד מיום 25.5.2013), בג"ץ 2759/09 **ראש מועצת הכפר קריות נ' שר הביטחון** (פס"ד מיום 20.8.2014), בג"ץ 9060/08 **עבדאללה נ' שר הביטחון** (פס"ד מיום 21.9.2011), בג"ץ 5023/08 **שחאדה נ' שר הביטחון** (פס"ד מיום 8.2.2015), בג"ץ 4457/09 **מנאע נ' שר הביטחון** (פס"ד מיום 27.7.2011). כמו כן פרסמה העמותה מחקרים ודוחות רבים הנוגעים לעניין זה ובהם: "פרקטיקות של השתלטות על אדמות בגדה המערבית" (2016), "מכיבוש לסיפוח: ההטמעה השקטה של דו"ח לוי להסדרת הבנייה הבלתי חוקית בגדה המערבית" (2016), "מתחת לרדאר - המדיניות השקטה של הכשרת מאחזים בלתי מורשים והפיכתם להתנחלויות רשמיות" (2015), "חסר תקדים - ניתוח משפטי של דו"ח הוועדה לבחינת מצב הבנייה ביהודה ושומרון (ועדת לוי)" (2014), "רוח גבית - התנהלות המדינה בתיקי בנייה בלתי חוקית בשטחים" (2011).

17. המבקשת השנייה, **האגודה לזכויות האזרח בישראל**, היא עמותה, הפועלת מזה כארבעים ושבע שנים לקידום זכויות האדם בישראל ובשטחים הכבושים באמצעות חינוך, הסברה, הופעה בפני ועדות הכנסת וגורמי ממשל, טיפול בפניות ציבור והתדיינות משפטית. היא משמשת פעמים רבות כעותרת ציבורית "בנושאים שונים בעלי חשיבות ציבורית כללית, הקשורים לשלטון החוק במובנו הרחב ולעניינים בעלי אופי חוקתי" - אפילו אם בעל העניין

הישיר בעניין נמנע מפנייה לערכאות (בג"צ 651/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-16, פ"ד נו (2) 62, 69 (2003)).

18. במהלך פעילותה המבקשת השנייה רכשה מומחיות בכל הנוגע להגנה על זכויות האדם בשטחים הכבושים ובדין הבינלאומי ההומינטרי. בין היתר ניהלה התדיינות רבות בנושא הפרות של הדין הבינלאומי בשטחים הכבושים (רשימה חלקית): בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב (2) 4 (1988), בג"ץ 1113/90 שוא נ' מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה, פ"ד מד (4) 590 (1990), בג"ץ 7015/02, 7019/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו (6) 352 (2002), בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו (2) 349 (2003), בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005), בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד ס(3) 67 (2005), בג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (פס"ד מיום 26.6.06), בג"ץ 3969/06 ראש מועצת הכפר דיר סאמט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פס"ד מיום 22.10.09), בג"ץ 2150/07 ראש מועצת הכפר בית סירא נ' שר הביטחון (פס"ד מיום 29.12.09), בג"ץ 9961/03 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' ממשלת ישראל (פס"ד מיום 5.4.11).

19. המבקשת צורפה כידידת בית המשפט בכל סוגי ההליכים (מינהליים, פליליים ואזרחיים) ובמרבית ערכאות השיפוט (ביהמ"ש העליון, בתיהמ"ש המחוזיים, בתימ"ש השלום ובתימ"ד לעבודה).

20. עוד יודגש, כי המבקשות אינן מבקשת להתערב בממצאים העובדתיים, אלא לייצג את האינטרס הציבורי בשמו הן פועלות של הגנה על הזכות לקניין תחת כיבוש.

ב. עמדות הצדדים לבקשה

21. עמדת ב"כ המערערים, עו"ד חוסס יונס, הסכים לצירוף המבקשים.

22. טיוטת הבקשה הועברה אתמול בשעה 16:00 למשיבים ולא נתקבלה תגובתם.

ג. חוות הדעת של המבקשים

23. חוות הדעת של המבקשים תפסע בתואי שלהלן:

בחלקה הראשון יסקרו עיקרי פסק הדין, והנקודות השנויות במחלוקת העולות ממנו מהבחינה המשפטית (המבקשים לא ייכנסו למחלוקות העובדתיות הקיימות בין הצדדים). **בחלקה השני** תיבחנה המסגרות הנורמטיביות העליונות החולשות על השטח בו מצוי המקרקעין, על המערערים ואלה המסדירים את חובות המשיב 2 כלפי המערערים וקניינה של האוכלוסיה המוגנת.

לאחר מכן, **בחלקה השלישי**, נסקור את חזקת ההתאמה. נסקור את החובה לפרש את הוראות הדין ואת פעולות הרשויות בהתאם להוראות הדין הבינלאומי שמדינת ישראל ורשויותיה מחויבות כלפיו.

בחלק **הרביעי**, נבקש ליישם את הוראות המסגרות הנורמטיביות האלה על אופן הפרשנות של פסק הדין של בית המשפט קמא, ולהראות כיצד פרשנות התואמת את המשפט הבינלאומי הייתה מובילה בהכרח לתוצאה שונה. כמו כן, פרק זה יתייחס לעמדות המועלות על ידי המשיב 2 בסיכומיו, ובחינתן לאור המשפט הבינלאומי ההומניטרי.

לבסוף, בחלק **החמישי** של הבקשה, נבקש להוסיף התייחסות קצרה לנקודות נוספות אשר לשיטת המבקשים אינן עולות בקנה אחד עם הוראות הדין הבינלאומי בדבר תפיסה לוחמתית וכן עם יישומן של פסיק ות בית המשפט הנכבד כפי שאלה מצאו דרכן להחלטת הממשלה אשר משקפת את המדיניות אותה יש לקיים, כפי שאלה הופיעו הן בעמדה הנוכחית של המנהל האזרחי והן בפסק הדין של בית המשפט קמא.

1.ד. ההליך בבית המשפט קמא

24. מצפה כרמים הוגדר כמאחז בלתי מורשה על ידי הרשויות והוקם בין השנים 2000-2001. המאחז סמוך להתנחלות כוכב השחר, ומקבל ממנה שירותים מוניציפליים, למרות שהוא נחשב ישוב נפרד. לכל המבנים במאחז הוצאו צווי הריסה משום שלא נבנו בהתאם לתכנית מתאר בתוקף ולא הונפקו להם היתרי בנייה.

25. המאחז הוקם מזרחית להתנחלות כוכב השחר, אשר הוקמה על בסיס צו תפיסה בהיקף של 850 דונמים שהוצא ל-"צרכים צבאיים" בשנת 1980. קדם לכך הליך של סגירת השטח לצרכי אימונים צבאיים והחלטת הממשלה להקים במקום האחוזות נח"ל בשנות ה-70 של המאה שעברה. במהלך שנות ה-80 קודמו הליכים תכנוניים ביחס לשטח התפוס, באמצעות "מערכת הנחיות" אשר מהווה את המסגרת התכנונית הרלוונטית לשטחים תפוסים.¹ מערכת הנחיות זו השתרעה, מסיבה שגם על פי פסק הדין מושא הערעור לא הובהרה עד תום, על שטח הגדול באופן משמעותי מהשטח שנתפס בפועל, והיא חלה על שטח של כ-1,400 דונמים. עם זאת, גם מערכת הנחיות זו, על גלגוליה השונים, לא ייעדה את השטח בו נבנו מבני המאחז למגורים, אלא לכל היותר לחקלאות. חשוב לציין שתפיסת שטח אין משמעה הפקעתו והבעלות המקורית בשטח הנתפס נשמרת. כפי שעולה מכלל המסמכים שהוגשו לבתי המשפט השונים, המתחם הינו של אדמות פרטיות הרשומות על שם תושבים פלסטינים. המתחם אינו מצוי בתחומי צו התפיסה, אינו מצוי בתחום השטח שנסגר לאימונים בשנת 1975 (ועל בסיסו הוקמה ההתנחלות "כוכב השחר"), אינו מצוי בתחום המוניציפלי של כוכב השחר או המועצה האזורית מטה בנימין. המתחם כלול בשטח מערכת ההנחיות 223/1 החלה במתחם, ובשטח הסגירה לצרכי אימונים (שטח אש) כפי שהוכרז בשנת 1999.

¹ צו בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה והשומרון) (מס' 997), התשמ"ב-1982. יוער, כי צו זה מהווה את המסגרת הנורמטיבית המאפשרת לשיטת מפקד כוחות צה"ל באזור לתכנן בניה לצרכים אזרחיים בשטח שנתפס לצרכים צבאיים, וזאת באמצעות "מערכת הנחיות", אשר הינה המקבילה ל-"תכנית מתאר" בשטח התפוס. התכנון קיים אך ורק בתחום השטח התפוס, ותנאי לקיומו של התכנון במתכונת זו היא היותו של השטח תפוס. עם תום התפיסה, מתבטלת מאליו גם מערכת ההנחיות.

26. להשלמת התמונה יצויין, כי עד לשנת 2011 מערכות הנחיות, דוגמת אלה שהותקנו עבור כוכב השחר או השטח בו שוכן "מצפה כרמים", לא פורסמו ולא הייתה כל אפשרות לדעת על קיומן ועל היקפן, ולכן לא ניתן היה להתנגד אליהן. רק בשנת 2011, בעקבות פניית המבקש 1, שונה הנוהל ונקבע כי "יש מקום להרחיב את הפרסום של מערכות כללים אלה" וכי משנת 2011 והלאה "כללי הפרסום של מערכת הנחיות בהתאם לצו יהיה דומים לכללי הפרסום של תכנית חדשה".

ראו בהקשר זה מכתבו של רמ"ד פנים ביועמ"ש איו"ש מיום 28.8.2011 מצ"ב כנספח 3

27. מערכת ההנחיות נועדו לקיים את צרכי הבינוי של היישובים שהוקמו **טרם החלטת** הממשלה מס' 145. החלטה זו, אשר ניתנה ביום 11.11.1979 בעקבות פסיקת בית המשפט בעניין אלון מורה (בג"ץ 390/79 **דויקאת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד (1) 1 (1979)) (להלן: "**פרשת אלון מורה**"), קובעת את הדברים הבאים:

מדיניות ההתנחלות

מחליטים (פה אחד):

*להרחיב את ההתנחלות ביהודה, שומרון, בקעת הירדן, חבל עזה ורמת הגולן,
על ידי תוספת אוכלוסין ליישובים הקיימים על ידי הקמת יישובים נוספים על
קרקע שבבעלות המדינה"*

העתק מהחלטת הממשלה 145 מצ"ב כנספח 4

28. להחלטה זו ומשמעותה נשוב עוד בהמשך בקשה זו, בפרק ד.5 להלן.

29. בשנת 2011, לאחר שהוחל בבניה נוספת במאחז, פנו המערערים הטוענים לבעלות ביחס למקרקעין לבית המשפט הנכבד על מנת שיורה על אכיפת הדין ומימוש צווי ההריסה שהוצאו למבנים (בג"ץ 953/11 **סואלחה נ' שר הביטחון**). תגובות רשויות האזור והמדינה לעתירה היו חד משמעיות: הבניה אינה חוקית, היא מתבצעת על אדמות פרטיות, ואין כל אפשרות להכשירה בדיעבד בעתיד הנראה לעין במצב דברים קנייני ותכנוני זה. צו על תנאי הוצא בעתירה ביום 9.11.2014.

30. בעקבות תשובת המדינה, פנו תושבי המאחז בתביעה לסעד הצהרתי בבית המשפט המחוזי בירושלים. התובעים ביקשו כי בית המשפט יאשר שקיבלו את ההרשאות המתבקשות מהרשויות המוסמכות בעניין, בין היתר לאור "הסכם המאחזים" שנערך בשנת 1999 בין גורמי הרשויות הפועלים באזור לבין נציגי ההתיישבות הישראלית. עוד נדרש בית המשפט לקבוע באופן הצהרתי כי המקרקעין הוקצו על ידי המנהל האזרחי לידי ההסתדרות הציונית (וזו בתורה העבירה אותם לתושבי המאחז, אשר הינם בעלי זכויות מורשות במקרקעין); כי המנהל האזרחי אינו רשאי לבטל את הסכם ההרשאה ביחס למקרקעין; וכי לבעלי האדמות (המערערים) אין זכות להוביל לסילוק ידם של תושבי המאחז מאדמותיהם הפרטיות.

31. בית המשפט המחוזי קיבל את טענות תושבי מצפה כרמים, הם המשיב 1. בית המשפט סבר כי למרות הפערים הגיאוגרפיים בין מיקום המקרקעין בפועל לבין סימונם בצו התפיסה, רשויות שונות סברו – גם אם בטעות – כי המדובר במקרקעין אשר היו במסגרת צו התפיסה המקורי. משכך, היה מקום להכיר בהקצאה בין המנהל האזרחי לבין ההסתדרות הציונית ביחס

לאותם מקרקעין, ויש לראות בכך הקצאה שבוצעה ב-"תום לב", וחלים עליה עקרונות תקנת השוק, כפי שאלה קבועים במארג הדינים החל באזור הקבוע בצו בדבר רכוש ממשלתי.

32. בית המשפט קמא היה ער לתמורות שחלו בעמדת המנהל האזרחי: אם בתחילה נקבע על ידי רשויות האזור כי הסכמי ההרשאה שנחתמו בין הממונה על הרכוש הממשלתי לבין ההסתדרות הציונית אינם חלים על המקרקעין וכי אלה מעולם לא היו בתחומי צו התפיסה (עמדה שגם בית המשפט אימץ בפסק דינו), מאוחר יותר נטען על ידי המנהל האזרחי כי לאור מכלול הראיות ייתכן שקיימת אפשרות שבוצעה הקצאה כאמור, ואף ניתן להחיל את עקרונות תקנת השוק הקבועות בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (פסקאות 107-108 לפסק הדין; יוער כי עמדת המנהל האזרחי הייתה במפורש כי "עמדה זו אינה חפה מקשיים"). בעוד שחלק מהשינויים המועלים על ידי המנהל האזרחי נובעים מראיות שהתגלו במהלך הדיונים, היפוך העמדה המשפטית והקביעה כי ניתן להחיל את סעיף 5 ביחס לשטח שמעולם לא נתפס בתפיסה צבאית (ואף אם היה נתפס בתפיסה צבאית – אינו יכול להיחשב ומעולם לא נחשב רכוש ממשלתי), מהווה שינוי חזית משפטית, שהנסיבות לה מעולם לא הובהרו.

33. פסק הדין נשען על שלוש רגליים משפטיות:

(א) הרגל הראשונה מתחום דיני החוזים, לפיה הסכם ההקצאה בין המינהל האזרחי לבין ההסתדרות הציונית משקף את "אומד דעתם של הצדדים", כאשר בית המשפט מעניק פרשנות רחבה לאומד דעתם הסובייקטיבי של הצדדים (פסקאות 125-139 לפסק הדין), וכן תוך מתן משקל משמעותי דווקא לחוסרים המופיעים בהסכמי ההקצאה, והקשיים פרשניים לגבי משמעויות משתמעות מאירועים נלווים כגון מתחם הגיאוגרפי של מערכת ההנחיות החורגת מתחום צו התפיסה.

(ב) הרגל השנייה, מתחום דיני הקניין, לפיה התקיימו תנאי "תקנת השוק" המקובלים בדיני המקרקעין של מדינת ישראל. זאת לאור קיומה של "עסקה" (תוך יציקת פרשנות דינמית למונח עסקה, לרבות התעלמות מהעדר כל רכיב של תמורה במסגרת ההקצאה הנחזית), וכן לאור קיומו של תום הלב הסובייקטיבי של הממונה על הרכוש הממשלתי, אשר במסגרת הבלבול הגורף שאפיין את המצב המורכב ביחס למקרקעין, סבר, הגם שבטעות, כי המדובר ברכוש תפוס אשר הועבר לניהול.

באופן פרדוכסלי, בית המשפט לא עסק כלל בדין המקומי החל על מקרקעין מוסדרים בתחום הגדה המערבית. לו היה בוחן את הדין, לפי הדין הירדני אשר חל בשטח לפני כניסת כוחות צה"ל בגדה, היה מתברר לו שלא תתאפשר כל טענת התיישנות, רוכשת או מהותית, במקרקעין מוסדרים מצד מי שנמצא במקרקעין אלה שלא כדין (ראו סעיף 5 לחוק (תיקון) להוראות הקשורות בנכסי דלא ניידים, מס' 51 לשנת 1958, אשר קובע כי "למרות האמור בחוק אחר כלשהו, לא תחול תקופת ההתיישנות על נכסי דלא ניידים אשר לגביהם בוצע הסדר קרקעות"). כאמור לעיל, הדין המהותי ששרר בשטחי הגדה המערבית עובר לכניסת כוחות צה"ל לגדה נותר בתוקפו, לרבות חוק זה וסעיף זה.

(ג) הרגל השלישית הינה זו המצויה על התפר שבין דיני המקרקעין למשפט המנהלי, לפיה יש לראות במקרקעין רכוש ממשלתי, הגם שאין המדובר ברכוש ממשלתי. זאת, על דרך הפרשנות – הנשענת במידה רבה על השינוי החד שחל בעמדת המנהל האזרחי – לפיה

לשונו של צו מס' 59 סובלת גם את הפרשנות כי עקרונות תקנת השוק חלים גם על מקרקעין התפוסים בתפיסה צבאית. תפיסה זו מבוססת על פרשנות מרחיבה של המונח "זכות אחרת" כהגדרתה בסעיף ההגדרות של צו מס' 59, זכות שהמפקד הצבאי ביקש מהממונה על הרכוש הממשלתי (הכפוף למפקד הצבאי) לנהל אותה עבורו.

34. הנה כי כן, שלושה עמודי-בסיס לפסק הדין, כל עמוד נתמך במסד וטפחות של פרשנות, אשר הובילה את בית המשפט למסקנה אליה הגיע. שלושה ענפי משפט כמתואר בפסק הדין מובילים למסקנה כי המחלוקת כולה היא מתחום דיני המשפט הפרטי של דיני החוזים ודיני הקניין, עם קורטוב של משפט מנהלי.

35. על רקע זה בולטת התעלמותו המוחלטת של בית המשפט המחוזי מהוראות המשפט הבינלאומי הפומבי, ובפרט הוראות המשפט הבינלאומי מתחום דיני הכיבוש, אשר מהוות את המסגרת הנורמטיבית העליונה החולשת על השטח. תחום משפטי זה אמור היה להטות את מאזני הפרשנות לטובת תוצאה אחרת. לשיטת המבקשים, הימנעות בית המשפט המחוזי מהתייחסות כלשהי לממד משפטי זה מובילה לתוצאה חלקית, לא שלמה, ואף שגויה משפטית.

2.ד. המסגרות הנורמטיבית העליונה החולשת על השטח - הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי

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

36. הגדה המערבית נכבשה על ידי כוחות צה"ל בשנת 1967. היא לא סופחה מעולם לישראל והחוק הישראלי לא חל בה. הדינים החלים בגדה המערבית כולה, כמו גם ביחס למקרקעין עליהם הוקם המאחז הבלתי מורשה "מצפה כרמים", הם דיני התפיסה הלוחמתית. דינים אלו מעוגנים בעיקר באמנת האג בדבר דיני המלחמה משנת 1907 והתקנות הנלוות לה, בהוראות אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בעת מלחמה משנת 1949, בהוראות המינהגות הקבועות בפרוטוקולים הנלווים לאמנות ג'נבה משנת 1977 ובעקרונות הכלליים של המשפט הבינלאומי.

37. בנוסף לדיני הכיבוש, חלות הוראות משפט זכויות האדם כדין משלים בשטחים הכבושים ע"י ישראל לצד דיני התפיסה הלוחמתית (Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory Advisory Opinion (פסקאות 102-112)). גם בית המשפט הנכבד התייחס לא פעם לדיני זכויות האדם כמקור משלים לדיני המשפט ההומניטרי (בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נז(2) 349, פס' 21 (2003); בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, פס' 18 (2005); בג"ץ 3696/06 ראש מועצת הכפר דיר סאמט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (2009), פסקה 11 ופסקה 17).

38. מסגרת הדינים של המשפט הבינלאומי הפומבי, ובראשם דיני התפיסה הלוחמתית, מהווים את מסגרת הדינים הרלוונטית לדיון בפעולות המפקד הצבאי והרשויות הישראליות בשטחים

הכבושים. דינים אלו, המהווים את הבסיס לדיון בהיקף ההגנה על זכות הקניין של התושבים המוגנים בשטח הכבוש ובהיקף הסמכויות של המפקד הצבאי בכלל פעולותיו באיזור, נעדרים מפקד דינו של בית המשפט קמא. על כן לוקה הדיון בפסק הדין בפגם בסיסי ונעדר את כלל השיקולים שצריכים היו להישקל.

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

40. תקנה 43 מעניקה לצבא הכיבוש סמכויות וכוחות שלטוניים ומתווה את השיקול המרכזי להפעלתם ע"י הכובש: טובתה של האוכלוסייה המקומית של השטח הכבוש ועקרון שימור הקיים. למען הסדר הטוב, נביא את נוסח התקנה בשלמותה:

בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, ינקוט הלה בכל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין.

41. הפרשנות של תקנה 43 הוסיפה לכלל העליון של דיני הכיבוש המופיע בו במפורש-הדאגה לרווחת האוכלוסייה הכבושה - את הקוטב הנובע מהיות דיני הכיבוש חלק מדיני המלחמה והלחימה: שמירה על האינטרסים הביטחוניים של המעצמה הכובשת. שני אלה, טובת הנכבשים וביטחון הכובש, הם שני היסודות של דיני הכיבוש. הם היוצרים את מארג השיקולים שיכולה המעצמה הכובשת לשקול בעת שהיא עושה שימוש בכוחות שלטוניים ובפעולותיה לניהול השטח הכבוש.

42. זו גם הפרשנות המקובלת בפסיקתו של בית המשפט הנכבד בעתירות שעניין הכיבוש הישראלי (לדיון מקיף ב"שני הקטבים" של דיני הכיבוש ראו: בג"ץ 393/92 **ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון**, פ"ד לז (4) 785 (1983) – להלן: "**פרשת ג'מעית אסכאן**").

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

44. דיני הכיבוש הם משטר של נאמנות זמנית. כתוצאה מכך, כל שינוי ארוך טווח בשטח הכבוש, ככל שהוא מותר, ייעשה לטובתה של האוכלוסייה המקומית (היא אוכלוסיית האזרחים

המוגנים). פן שני, שלילי, של חובת הנאמנות הוא **האיסור המוטל על המעצמה הכובשת לנצל את השטחים הנתונים לשליטתה לצרכיה- שלה, למעט (במגבלות מסויימות) לצרכיה הביטחוניים**. עקרון זה הוביל את בית המשפט הנכבד לפסוק, למשל, כי כאשר המפקד הצבאי עושה שימוש בסמכויות הניהול של השטח הכבוש שדיני הכיבוש מסרו לידו, אסור לו לשקול שיקולים הנוגעים לצרכיה הכלכליים של ארצו.

"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 האוכלוסייה המקומית. אפילו צורכי הצבא הם צרכי הצבאים ולא צורכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב. **אזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אינו שדה פתוח לניצול כלכלי או אחר**."

(פרשת ג'מעית אסכאן, עמ' 795-794, ההדגשה הוספה)

45. מצב של כיבוש הוא מצב זמני מטבעו. זאת משום שכיבוש הינו חלק מרע הכרחי אשר עשוי לנבוע מלחימה. טבעו הזמני של הכיבוש כובל את המעצמה הכובשת לבל תבצע שינויים ארוכי טווח בשטח הכבוש ובכך תפר את חובת הנאמנות שלה. היקפם של שינויים ארוכי טווח המותרים הינו עניין שנוי במחלוקת, אולם גם אלו המצדדים בכך ששינויים מסויימים מותרים, מציבים מגבלות ברורות על היקפם ועומקם של שינויים אלו, כאשר בראש ובראשונה התנאי-בלעדיו-אין לחוקיות שינויים ארוכי-טווח הוא שהם נועדו לטובת האזרחים המוגנים המצויים בשטח הכבוש, לטובתה של האוכלוסייה המקומית. **בכך מוגשם עיקרון העל של דיני הכיבוש, כפי שהוא קבוע ומעוגן בתקנה 43 לתקנות האג.**

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

47. כפי שהבהירה פסיקת בית המשפט הנכבד בעבר, תפיסה אינה בעלות; בעלותם של בעלי האדמות לא נשללה מהם כלל ועיקר בעקבות התפיסה. התפיסה הינה זמנית כל עוד קיים הצורך הביטחוני ההכרחי והדחוף בגינו הוצא צו התפיסה. עם חלוף הצורך, מושב הנכס התפוס לידי בעליו (ראו: בג"ץ 606/78 **איוב נ' שר הביטחון**, פ"ד לג(2) 113 (1979), פסק דינו של השופט ויתקון, בעמ' 116).

48. שני תנאים אלה של תפיסת רכוש פרטי - תפיסה זמנית, שנדרשת לצרכי המלחמה באופן החלטי, מתיישבים עם ההגבלות על השינויים שרשאי לעשות המפקד הצבאי בשטח הכבוש כפי שנובעות מן הפרשנות המקובלת לתקנה 43 לתקנות האג כאמור לעיל.

49. ההגנה הכללית על זכות הקניין בדין הבינלאומי היא רחבה אף יותר. בניגוד להגנות אחרות אשר מוגדרות כהגנות יחסיות, אשר ניתן להפירן בהתקיים תנאים מסויימים, האיסור על הפקעת רכוש השייך לאזרחים מוגנים הוא איסור מוחלט. האיסור נובע מתקנה 46 לתקנות

האג. התקנה קובעת באופן שאינו משתמע לשתי פנים: "Private property cannot be confiscated" ובעברית: "אין להחרים רכוש פרטי".

50. גם בדיני זכויות האדם, המשמשים דין משלים כאמור לעיל לדין ההומניטארי הבינלאומי, ישנה הגנה רחבה על זכות הקניין. הזכות לקניין מעוגנת בסעיף 17 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, ובדין הבינלאומי המנהגי (כך לדוגמה: הפרוטוקול לאמנה האירופית לזכויות אדם, סעיף 1 (1952), המגילה האפריקאית לזכויות אדם ולזכויות עמים, סעיף 14 (1981); האמנה האמריקאית לזכויות אדם, סעיף 21 (1969)).

51. הגנה זו שמעניק הדין הרלוונטי החל באיזור למערערים לא היתה מן השיקולים שנשקלו ע"י בית המשפט קמא. גם ההגנה החוקתית שמעניק הדין הישראלי לזכות הקניין בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לא נלקחה בחשבון, בין אם כחלק מהתפיסה הכוללת כי חוקי היסוד אינם חלים על התושבים הפלסטינים בתחומי הגדה המערבית (בניגוד לתושבים הישראליים ואף תאגידים ישראלים הפועלים בשטח זה), ובין אם מכל נימוק אחר שלא הוברר דיו בפסק הדין (שכן הטענה הועלתה על ידי המערערים, כפי שהדבר מובלע בפסקה 174 לפסק הדין). למעשה, פסק הדין נמנע מלבאר מהי המסגרת הנורמטיבית החולשת על המערערים כתושבים מוגנים בשטח כבוש, וכיצד אותה מסגרת נורמטיבית יכולה או אמורה לשמש ככלי לבחינת התנהלות המשיבים וסחר המכר שהתקיים – ככל שהתקיים ככלל - בין המשיב 2 למשיבה 3.

52. לבד ממקרה הצורך הביטחוני המצדיק את התפיסה הזמנית של המקרקעין, הכירה הפסיקה במדינת ישראל באפשרות של הפקעת מקרקעין לצרכי ציבור, וזאת בהתאם לדין המקומי אשר שרר בשטח הכבוש עובר למצב התפיסה הלוחמתית. כך, **בפרשת ג'מעית איסכאן**, אשר הוזכרה לעיל, נקבע במפורש כי בהתאם לדין המקומי, אשר המפקד הצבאי מחויב בקיומו למעט היכן שהדבר בלתי אפשרי לחלוטין, ניתן לבצע הפקעת מקרקעין לטובת הכלל, בראש ובראשונה האוכלוסייה המקומית הפלסטינית, וזאת על פי חוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1953 (ראו בג"ץ 3240/15 **ראש מועצת הכפר ענאתא נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (2019), פסקה 3 לפסק דינה של הנשיאה חיות וכן פסקאות 14 ו-33 לפסק דינה של השופטת ברון שם; להלן: **פרשת ענאתא**).

53. אלה הם שני החריגים היחידים שבהם הוכרה, בהתאם לנורמות המשפט הבינלאומי או אלה הכפופות להן, האפשרות של פגיעה בקניין התושב המוגן. כעת, מבקש המשיב 2, באמצעות הפרשנות הניתנת לצו בדבר רכוש ממשלתי, ליצור חריג נוסף: חריג שאינו נובע מצורך צבאי הכרחי ודחוף וגם כזה שאינו נובע מדיני ההפקעה המקומיים אשר שוררים בשטח. חריג זה אינו מתאפשר, לשיטת המבקשים, מהמסגרת הנורמטיבית העליונה של דיני הכיבוש ומשכך, דינו פסלות.

54. בהקשר האמור, ולאור העובדה כי המשיב 2 גורס כי עמדתו הינה על דעת היועץ המשפטי לממשלה, ראוי להביא דווקא את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה במהלך הדיונים שהתקיימו בכנסת לעניין החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון ("חוק ההסדרה"):

"ההסדר המוצע עומד בסתירה לחובת המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון להגן על קניינה של האוכלוסייה הפלסטינית באזור, בהיותו הסדר של הפקעה אסורה של

זכויות קניין ושליטת מקרקעין מבעליהם החוקיים. מדובר בחובה מוגברת הקבועה בהוראות הדין הבינלאומי הנוהג בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, שהוכרה ועוגנה בפסיקת בית המשפט העליון.

העובדה שההצעה מפקיעה מהבעלים החוקיים כביכול רק את זכויות השימוש במקרקעין, להבדיל מנוסחים קודמים שדיברו על הפקעת הבעלות כולה, אין בה כלל וכלל כדי לאיין את חומרת הפגיעה ואת אי חוקיותה. זכות השימוש והחזקה במקרקעין הן זכויות מרכזיות ומשמעותיות בתוך אגד הזכויות המרכיב את זכות הבעלות. בנוסף, ההפקעה איננה מוגבלת בזמן, כך שמדובר בשליטת זכויות קבועה. לפי הפסיקה, הפקעת קרקע פלסטינית פרטית באיו"ש תיעשה לפי הדין המקומי, לצורך ציבורי, ותוך עמידה בדרישת המידתיות, או כמובן תפיסה לצרכים צבאיים. בניגוד לכך, תכלית ההפקעה שבהצעת החוק היא הסדרה בדיעבד של בניה ישראלית בלתי חוקית על קרקע פרטית פלסטינית."

העתק מחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה כפי שהוגשה ביחס להצעות החוק מצ"ב כנספח 5 (הדגשות הוספו)

55. משמע, לשיטת היועץ המשפטי לממשלה כפי שעולה מחוות דעתו, המשפט הבינלאומי, אשר חל על המקרקעין האמורים, מוביל למסקנות הבאות:

(א) ההגנה על קניין האוכלוסיה המוגנת מהווה חובה מוגברת החלה על המפקד הצבאי;

(ב) פגיעה בקרקע פלסטינית פרטית מתאפשרת בשני מקרים בלבד – הפקעה על פי הדין המקומי במסגרת רכישה לצרכי ציבור (אשר נעשית באופן מידתי) או תפיסה לצרכים צבאיים.

(ג) תכלית הפקעה להסדרה בדיעבד של בניה בלתי חוקית על קרקע פלסטינית פרטית (דוגמת המקרה בו אנו עוסקים) אינה עולה בקנה אחד עם אף אחד מהמנגנונים המאפשרים פגיעה בקניין.

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

56. צו זה הינו אחד מדברי החקיקה הראשונים שהתקין המפקד הצבאי בשטחי הגדה המערבית, סמוך לכניסתו לאזור, בחודש יולי 1967. הצו נועד להסדיר את פעילות הממונה על הרכוש הממשלתי, כאורגן של מפקד האזור, בכל הנוגע לרכוש הממשלתי הקיים.

57. הצו בדבר רכוש ממשלתי נחתם על ידי המפקד הצבאי, באמצעות הסמכות המסורה למפקד הצבאי לשמש כמחוקק (זמני) באזור הנתון לתפיסה לוחמתית, וזאת בנאמנות עבור רכוש ממשלתי. סמכות זו מסורה למפקד הצבאי על פי תקנה 43 לתקנות האג. משכך, הצו נמוך במדרג הנורמטיבי מתקנות האג, שהן הרובד המסמיך. עמדה על כך השופטת ברון בפסק הדין **בפרשת ענתא** שהוזכר לעיל, בקבעה את הדברים הבאים (פיסקה 14 לפסק הדין של השופטת ברון):

"תקנה 43 לתקנות האג מהווה "הוראת על" נורמטיבית, ונהוג לראות בה כמעין-חוקה לדיני התפיסה הלוחמתית. תקנה זו קובעת מסגרת כללית לאופן הפעלת חובותיו וסמכויותיו של המפקד הצבאי בשטח המצוי בשליטתו, ולפיה נדרש המפקד הצבאי לכבד את החוקים

העומדים בתוקף באזור ערב תפיסתו (אלא אם כן ישנה מניעה מוחלטת מלנהוג כך), וכן לנקוט בכל האמצעים שבידו על מנת להבטיח את הביטחון וסדרי החיים במקום (בג"ץ 3103/06 ולירו נ' מדינת ישראל, פסקה 36 (6.2.2011); להלן: עניין ולירו (על יסוד תקנה זו, ההלכה היא ש"התפיסה הלוחמתית סובבת סביב שני צירים מרכזיים: הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של התופס בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית; הבטחת צורכיהם של האנשים המוגנים (*protected persons*) על-ידי דיני התפיסה הלוחמתית) "עניין חוף עזה, פסקה 7).

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

59. כפי שנקבע בבג"ץ 285/81 אל נאזר נ' מפקד יהודה ושומרון, פ"ד לו(1) 701 (1982), בכל הנוגע לצו בדבר רכוש ממשלתי, הרי שזה מגשים את הוראות תקנות האג, ובפרט תקנה 55 העוסקת ברכוש הציבורי:

"בטיפול במקרקעים, אשר היו רכוש הציבור עובר לכינונו של הממשל הצבאי, פועל המשיב הראשון לפי הקווים, שהותו בתקנה 55 לתקנות האג בקשר לחוקים ולמינהגים של המלחמה ביבשה משנת 1907, אשר לפיה רואים את הרשות הצבאית, אשר באה במקום השלטון הקודם שניגף בפניה, כמנהל וכמפיק פירות של בנייני הציבור, המקרקעים, היערות והחוות החקלאיות, שהיו שייכים למדינה, אשר שלטה בשטח לפני כינונו של הממשל הצבאי. תקנה 55 גם מוסיפה ומפרטת, מה חובתו של השלטון הצבאי הלכה למעשה בקבעה:

"It must safeguard the capital of these properties, and administer them in accordance with the rules of usufruct"

הנה כי כן הוטלה על המשיב הראשון חובה לשמור על הנכסים, היינו, תקנה 55 הנ"ל לא באה רק כדי להצהיר על כך, כי זכויותיו של השלטון הצבאי הן מוגבלות באופן יחסי, וכי רצף השלטון אינו נושא בחובו גם רצף של בעלות ממש, והאמור בה אינו מתמצה רק בהענקת זכות ניהול והפקת פירות, אלא הוטלה מכוחה גם אחריות לשמירתו ולקיומו של הרכוש.

אין צורך שניכנס כאן במסגרת זו לבחינה מדוקדקת של המשמעות והתוכן, אותם יש להקנות לביטויים "ניהול" (*administration*) ו"הפקת פירות" (*usufruct*) שנוקטת תקנה 55 הנ"ל, ודי לעניין זה אם נזכיר, כי הביטויים "ניהול" ו"הפקת פירות" אמנם שוללים את המכר או את העברת הבעלות בדרך אחרת, אך הם מתירים, למשל, מאידך גיסא, את ההשכרה, ההחכרה או העיבוד

כדי לקיים חובותיו, בעקבות האמור בתקנה 55 הנ"ל, פירסם המשיב הראשון את הצו בדבר רכוש ממשלתי (איזור יהודה ושומרון) (מס' 59), תשכ"ז-1967 (להלן צו מס' 59), לפיו נוצרה משרת הממונה על הרכוש הממשלתי, אשר רשאי ליטול את החזקה ברכוש ממשלתי ולנקוט כל צעד הנראה לו כדרוש לכך. (עמ' 704)

60. הצו בדבר רכוש ממשלתי מס' 59 אינו יכול לסתור את ההוראה הקבועה בתקנה 46 לתקנות האג בדבר איסור הפגיעה ברכוש פרטי. משכך, חובה לפרש את סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, כמו את הצו בכללו, בהתאם לנורמות, הכללים והאיסורים, הקבועים במסגרת הנורמטיבית המסמיכה, ובכפוף אליהם. הצו לא יכול ליצור חריג לפגיעה בקניין הפרטי יש

מאין, היכן שאין הסמכה לכך לפי המשפט הבינלאומי, ואין לפרש אותו באופן המאפשר פגיעה כזו.

61. כך, למשל, קובע הצו בסעיף 2ג, כי על הממונה על הרכוש הממשלתי להנפיק תעודה ביחס לרכוש מסויים. הנפקת תעודה כאמור (הידועה גם תחת השם "הכרזה"), מאפשרת התנגדות להכרזה זו בפני ועדת העררים הצבאית בהתאם לצו בדבר ועדות העררים (יהודה ושומרון) (מס' 172), 1967. הגם שהכרזה זו הינה בעלת אופי דקלרטיבי ולא קונסטטיטויטיבי, הרי שעובר לכל שימוש במקרקעין כרכוש ממשלתי ועל מנת למנוע כל טענה בעניין בעתיד, מונפקת תעודת הכרזה כאמור. תעודה זו מעידה על כך שהרכוש הינו רכוש ממשלתי.

62. מסעיף 2ג עולה כי הליך הכרזה תקין הוא תנאי בלעדיו אין להחלת סעיף 5. מילים אחרות - רק היכן שהוגשה התנגדות להכרזה וההתנגדות נדחתה על ידי ועדת העררים, או רק היכן שלא הוגשו התנגדויות להכרזה, עשויה לקום תחולה מסויימת לסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, וזאת היכן שהוכחה הסתמכות של צדדים שלישיים תמי לב שהשלימו עסקה ביחס למקרקעין האמורים.

63. יחד עם זאת חשוב להדגיש, כי כפי שנקבע בפרשת אל-נזאר, המכר של המקרקעין אסור בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי, וכל שיכולה להינתן היא זכות שימוש מוגבלת, אשר אינה בלתי-חוזרת, ושהיא ניתנת להגבלה ולביטול.

64. בהקשר זה נקדים במובן מסויים את המאוחר, ונציין כי העובדה שלעיתים המפקד הצבאי מעביר שטחים תפוסים לניהולו של הממונה על הרכוש הממשלתי, אינה הופכת את הנכס לרכוש ממשלתי. המפקד הצבאי מאציל סמכויות של ניהול התפיסה לידי אורגן של המשיב. אין בכך כדי להפוך את הנכס לרכוש ממשלתי.

65. לא בכדי סעיפי ההגדרות של צו 59 מבחינות בין ההגדרה של "רכוש" (אשר כוללת את אופי הזכות) לבין "רכוש ממשלתי" (אשר כוללת מתי תיחשב הזכות הקיימת לרכוש הממשלתי, על בסיס מעמדו של המפקד הצבאי כחליף הריבון בשטח).

66. כך, הגדרת המונח "רכוש" בצו 59 כוללת את כל אלה: רכוש דניידי או דלא-דניידי, לרבות כספים, חשבונות בנקים, כלירכב, כלי תחבורה, ציוד אזרחי, מחצבים, זכויות במחצבים, זכויות בתאגיד, הכנסה, תמלוג, זכויות להכנסה או לתמלוג, או כל זכות אחרת, מוחזקת או ראויה.

67. אולם סעיף ההגדרות של הרכוש הממשלתי קובע כרשימה סגורה את הפריטים הבאים:

"רכוש ממשלתי –"

(1) רכוש אשר ביום הקובע או לאחריו שייך, רשום על שם, או מוקנה לאחד מאלה:

(א) למדינת אויב;

(ב) לתאגיד אשר למדינת אויב זכות כלשהיא בו, בין במישרין ובין בעקיפין, בין שיש עמה שליטה ובין שאין עמה שליטה;

או רכוש שאחד מהם היה שותף בו.

(2) מקרקעין שנרכשו לצרכי ציבור על פי כל דין או תחיקת בטחון, על ידי רשות מרשויות צה"ל ועבור רשות מרשויות צה"ל שאינה רשות מקומית או ועדה מקומית לתכנון ולבניה.

(3) רכוש שבעליו ביקש מאת הממונה לנהל אותו והממונה קיבל עליו את ניהולו.

68. בפסק דינו של בית המשפט קמא, בעקבות המשיב 2 ועל בסיס ההיפוך שחל בעמדת היועץ המשפטי לממשלה (ראו פסקה 29 לסיכומי המשיב בבית המשפט קמא), היטשטשו שתי ההגדרות הללו. כך השתמש בית המשפט קמא במונח "זכות אחרת" המנוי תחת הגדרת "רכוש", כזכות חזקה ושימוש, אשר נתפסת באופן זמני ולצרכי ביטחון על ידי המפקד הצבאי ומאפשרת את ניהולו על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי. זאת, למרות שהמפקד הצבאי מעולם לא היה בעלי המקרקעין (ומשכך החלופה השלישית אינה חלה שכן רק בעליו של המקרקעין יכול לבקש את ניהול המקרקעין); וכי המקרקעין מעולם לא נרכשו לצרכי ציבור על ידי רשות מרשויות צה"ל (בהתאם לחוק הרכישה לצרכי ציבור המאפשר הפקעה של המקרקעין).

69. בסיכומי של המשיב 2 בערעור זה מיום 11.3.2019, הוסיף המשיב עילה נוספת, והיא זו הקבועה בחלופה (3), כלומר זו הרואה את המפקד הצבאי כבעלים של הרכוש אשר ביקש מהממונה לנהל אותו.

III – ההלכה הנוהגת בנוגע לבנייה הלא חוקית של ישראלים על אדמות פלסטינים

70. בהתעלמותו המוחלטת מן ההגנות על רכוש פרטי, עומד פסק הדין של בית המשפט קמא גם בסתירה להלכה הנוהגת של בג"ץ בעניין ההגנה על זכות הקניין של התושבים המוגנים בשטח הכבוש. בשל פרקטיקה ארוכת שנים של אי אכיפת הדין בשטחי הגדה המערבית ביחס לפלישה ולבניה ישראלית בלתי חוקית, המתרחשת זה שנים על אדמות פלסטיניות פרטיות, וכן שימושים אחרים, ביניהם חקלאיים, שנעשים על-ידי ישראלים באדמות פלסטיניות פרטיות, הדיון בעניינים אלו הגיע לפתחו של בית המשפט הנכבד פעמים רבות.

71. אמנם בית משפט נכבד זה נמנע מלהתערב בשורה ארוכה של החלטות, בפרקטיקות שונות שננקטו על ידי הרשויות הישראליות באזור במהלך חמשת העשורים האחרונים, בין אם בטענה כי השאלות חורגות מתחום השפיטות ובין כי מצא אותן ככאלה אשר אינן סותרות את הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי או את כללי המשפט המנהלי הישראלי. זאת, למרות שחלק ניכר מאותן החלטות ופעולות אשר ביקשו לקיים ולהרחיב את הנוכחות הישראלית האזרחית ברחבי הגדה המערבית, הביאו לפגיעה בזכויות של התושבים המוגנים.

72. עם זאת, פסיקותיו של בית המשפט הנכבד היו חד משמעיות לגבי האיסור המוחלט על פגיעה בקניין פלסטיני למטרות אידאולוגיות-התיישבותיות. המדובר בעקרון ממנו לא סטה בית המשפט לאורך שנים רבות שהחלו בפרשת אלון מורה והמשיכו בפסיקותיו ביחס לבניה אחרת על גבי אדמות פרטיות, בייחוד בכל הנוגע לתופעת המאחזים הבלתי מורשים שפשתה ברחבי הגדה המערבית למן אמצע שנות ה-90, ומצפה כרמים הינו אחד מאותם מאחזים.

73. בסדרה של פסקי דין מאז שנת 2006, שעניינם היה הקמת מאחזים תוך גזל של קרקע פלסטינית פרטית, שמר בית המשפט הנכבד על אותו עיקרון שנפסק בסוף שנות ה-70 של המאה הקודמת.

74. כך, למשל, בבג"ץ 8887/06 אל-נאבות נ' שר הביטחון (פס"ד מיום 2.8.2011), הבהיר בית המשפט, כי השמירה על זכות הקניין של התושבים המוגנים בגדה המערבית היא העיקרון הבסיסי המנחה את בית המשפט בפסיקותיו בעניין בניה בלתי מורשית בגדה המערבית (פיסקה 16 לפסק דינה של הנשיאה ביניש):

"הקו המנחה ובעל המשקל המכריע בהכרעותינו השיפוטיות הוא כי על רשויות המדינה לפעול לקיום החוק ולאכיפתו באזור, במיוחד כך כאשר הפרת החוק פוגעת בזכויות הקניין של התושבים המוגנים; זאת, כפי שצוין קודם, אף בהתאם לעמדתה המוצהרת של המדינה אשר הובאה בפנינו פעמים רבות. אין חולק כי על פי דין אין להקים ישוב על קרקע פרטית של תושבים פלסטינים, וגם לשיטת המשיבים יש לראות בחומרה רבה פגיעה בזכות הקניין של תושבים אלה. לפיכך אף הציבה המדינה עקרון זה בראש סדרי העדיפויות לאכיפת החוק באזור.

מדיניותה המוצהרת של ממשלת ישראל עולה בקנה אחד עם העקרון הבסיסי המנחה את בית המשפט הזה עוד מראשית דיוניו בסוגיית הקמת הישובים באזור יהודה ושומרון. בפרשת אלון מורה הנ"ל, נאמר עוד מפי הנשיא מ' לנדוי:

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

ברוח הדברים שנאמרו בפסק-הדין האמור ובפסקי-דין רבים נוספים שיצאו מלפנינו במשך השנים, נאמר אף אנחנו, כי הדין מחייב את המדינה שלא לנהוג בגרירת רגליים מתמשכת בנסיבות בהן עליה לפעול לאכיפת החוק, במיוחד כך כשהיא עצמה אינה חולקת על חובתה זו."

75. בית המשפט הנכבד חזר על קביעה נחרצת זו גם במסגרת עתירה לאכיפת צווי תיחום שהוציא המפקד הצבאי לשישה מאחזים: בבג"ץ 7891/07 ש.ע.ל מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון (פסק הדין מיום 18.11.2013). הדברים הבאים החשובים לענייננו (פיסקה 13 לפסק דינו של הנשיא גרוניס):

"בנוסף לסוגיית העמידה בהתחייבויות וקיום מדיניותה המוצהרת, המקרה הנדון בעתירה מעורר סוגיה נוספת הנוגעת לפגיעה בזכויות הקניין של התושבים המוגנים ביהודה ושומרון. לא אחת צוין בפסיקה כי אכיפת החוק ביהודה ושומרון מקבלת משנה חשיבות כאשר ההפרות מביאות לפגיעה בזכויות קנייניות (ראו, למשל, בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (1) 1, 14-15 (מ"מ הנשיא מ' לנדוי (1980); פרשת אל-נאבות, בפיסקה 16). כך הדבר, כאשר המבנים נשוא ההפרה מצויים על קרקע פרטית. במוקד העתירה שלפנינו ישנם גם מבנים הבנויים על קרקע פרטית. על כן, ככל שמדובר במבנים אלה, יש להתחשב גם בהיבט הקנייני, נוסף על השיקולים של שלטון החוק. יצוין, כי ניתן להניח שזכות הקניין של התושבים המוגנים היא הטעם המרכזי העומד בבסיס המדיניות השונה שמבקשת המדינה לנקוט כלפי מבנים המצויים על קרקע פרטית (אותם מבקשת המדינה לפנות) לעומת המדיניות הננקטת ביחס למבנים המצויים על אדמות מדינה (אותם, ככלל, מבקשת המדינה להכשיר)."

76. בבג"ץ 5023/08 שחאדה נ' שר הביטחון (פס"ד מיום 8.2.2015), ביקשו הרשויות השונות הפועלות באזור, כי גורלם של תשעת המבנים נשוא העתירה – אשר אינו שונה לדבריה ממצבם של מבנים רבים בהתנחלות עפרה – יוכרע במסגרת הסדר קבע בין ישראל לבין הפלסטינים,

אשר יקבע את גורלה של עפרה כולה. בית המשפט דחה עמדה זו מכל וכל וקבע את הדברים הבאים (הדגשות הוספו):

16. "איני מקל ראש במשמעויותיה של ההחלטה להורות על ביצוע צווים שמכוחם יפוגו וייהרסו מבנים המשמשים למגורי תושבים. מובן כי להחלטה זו משמעויות קשות וכואבות עבור התושבים ומשפחותיהם, שהשתקעו ביישוב וודאי התערו בקהילה שבו. עם זאת, אין בכך כדי להצדיק בנסיבות העניין הכשרה למעשה של בנייה בלתי חוקית על קרקע פרטית או כדי להכשיר אי-אכיפה של הדין מצד רשויות המדינה, וזאת, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם המדיניות שקבעו הן עצמן. **לו הוחלט לדחות את העתירה, היה בכך משום מתן היתר לפגיעה חריפה בזכויות התושבים המוגנים באזור ובשלטון החוק, וזאת אין לקבל."**

77. גם בבג"ץ 9949/08 **חמאד נ' שר הביטחון** (פס"ד מיום 25.12.2014) שהוזכרה לעיל, קבע בית המשפט (מפי הנשיא גרוניס ובהסכמת השופטים (כתארם אז) חיות ומלצר), כי השמירה על קניין פרטי מטילה אף חובה אקטיבית על רשויות האכיפה (פיסקה 15 לפסק הדין; ההדגשות הוספו):

"על המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון מוטלת החובה לפעול באופן אקטיבי על מנת להגן על זכויות הקניין הפרטי של התושבים המוגנים, ובכלל זאת להגן עליהם מפני בנייה שלא כדין על אדמתם והשתלטות עליה. לפיכך, קיומה של בנייה בלתי חוקית על קרקע בבעלות פרטית מחייבת את אכיפתם, בעדיפות גבוהה, של צווי הפסקת העבודה וההריסה."

ובפסקה 17 באותו פסק דין קבע בית המשפט כי הערך של שמירה על זכויות הקניין של הפרט ואכיפת שלטון החוק גובר באופן ברור על הקושי של פינוי יישוב שלם דוגמת המאחז עמונה:

17. "לא ננקל מורים אנו על ביצוע של צווים שמתקפם יפוגו מבני היישוב, המשמשים למגורים של תושביהם במשך שנים לא מעטות. אין ספק כי השלכות ביצועם של צווי ההריסה קשות וכואבות הן עבור התושבים ובני משפחותיהם, אשר השתקעו ביישוב והקימו בו קהילה משותפת. עם זאת, אין בקושי זה כדי לאפשר הכשרה של בנייה בלתי חוקית על קרקע פרטית, ואין בו כדי להצדיק אי-אכיפה של הדין מצד המשיבים 1-4. אי פינויים של המבנים מהווה הפרה של התחייבויותיהם החוזרות של המשיבים 1-4 בפני בית המשפט לביצועם של צווי ההריסה, תוך פגיעה חריפה בזכויותיהם של התושבים המוגנים באזור ומניעת גישתם לקניינם הפרטי. פגיעה זו בשלטון החוק ובזכויות התושבים המוגנים היא המחייבת, על אף הפגיעה בתושבי היישוב, את פינויים של המבנים בשטחו."

78. במקרה אחר קבעה המשנה לנשיא (כתארה אז) נאור, בדעת מיעוט בה סברה כי יש מקום לאפשר מיצוי של הליך תכנוני לבניה באיזור המערבי של ההתנחלות בית אל, כי "העיקרון לפיו אין לאפשר בנייה בקרקע פרטית הוא עקרון מקודש" (בג"ץ 9669/10 **קאסם נ' שר הביטחון** (פס"ד מיום 8.9.2014), פיסקה 15), וכן כי: "ההבחנה בין קרקע פרטית לאדמות מדינה בכל הנוגע להכשרת בנייה בדיעבד, נובעת בעיקר מכך שמן הפן הקנייני – לא ניתן להכשיר בנייה פרטית על קניין פרטי." (שם, פיסקה 8 לפסק דינה של השופטת נאור).

79. ואילו בפסק הדין אשר עסק במאחז דרך האבות, המצוי על אדמות הכפר אל-ח'אדר (בג"ץ 7292/14 מוסא נ' שר הביטחון (פס"ד מיום 1.9.2016)), נקבע כי:

"כאשר דובר במקרים שעסקו בבניה בלתי חוקית על קרקע פרטית פלסטינית, ניתן משקל רב לחובתו של המפקד הצבאי להגן על קניינם של תושבים מוגנים באזור" (פיסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה נאור וכן ראו פיסקה 26 שם).

80. עיקרון השמירה הקפדנית על זכות הקניין של התושבים המוגנים בגדה המערבית יושם ע"י בית המשפט לא רק בנוגע לבניה בלתי חוקית, אלא גם ביחס לפלישות חקלאיות אשר אינן כוללות מבני מגורים.

11. "הוראותיו של צו שימוש מפריע מגשימות את חובתו של המפקד הצבאי לשמור על הסדר הציבורי באזור ואת חובתו לשמור ולהגן על קניינם של התושבים המוגנים. מקורן של חובות אלה בהוראות המשפט הבין-לאומי המחייבות את המפקד הצבאי, ובפרט בתקנות 43 ו-46 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית משנת 1907, המהוות חלק מהמשפט הבין-לאומי המנהגי המחייב את ישראל. כפי שמציין ראש המנהל האזרחי בתגובתו לעתירה מיום 10.11.2009, הצו נועד ליתן מענה מקיף לצורך למלא ביעילות אחר חובות אלה, ולפתור את הבעיה עליה הצביע בית משפט זה בבג"ץ 548/04 אמנה – תנועת ההתיישבות של גוש אמונים נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נח(3) 373, 383-384 (2004):

"ההתמודדות עם תופעת המאחזים הבלתי חוקיים ... מחייבת קיום אמצעים יעילים לבלימת השתלטות על שטחים – בין באמצעות בנייה בלתי חוקית ובין באמצעים אחרים. בצד דיני התכנון והבנייה, הדין המקומי באזור העוסק בסילוק פולשים (צו מס' 1472 בדבר מקרקעין (סילוק פולשים) משנת 1999) אף הוא אינו עונה לצורך המיוחד שלפנינו, ולו מן הטעם שהפעלתו מותנית לגבי קרקע פרטית ביוזמתו העצמאית של בעל הזכות בקרקע, וזאת בתוך 30 יום מיום תפיסת הקרקע. ברי כי בנסיבות הקיימות באזור יכולת מיצויה של יוזמה כזו בידי בעלים פרטי נתונה בסימן שאלה בין בשל העובדה כי לא אחת בעל הקרקע אינו מצוי באזור או אינו מודע כלל לקיומה של פלישה לאדמתו, ובין מאחר שלא תמיד נתונים בידו אמצעים ויכולת ליזום בעצמו פעולות לסילוק הפולש. בתנאים הקיימים באזור מתחייב אפוא הסדר חקיקתי ישיר וכולל אשר יסמך את המפקד הצבאי לפעול לצורך מניעת השתלטות בלתי מורשית על שטחי קרקע באזור, וההתמודדות עם תופעה זו אינה יכולה למצוא את פתרונה בהסדרי החקיקה הקיימים. בנסיבות אלה התקנתם של הצווים בידי המפקד הצבאי נדרשת כדי למלא חסר הקיים בדין המקומי וכדי לאפשר השגת התכלית שהם נועדו להשיג." (ההדגשה הוספה – ד.ב.).

אכן, בשינויים המחויבים יפים דברים אלה גם לענייננו. המפקד הצבאי מחויב מכוח תפקידו להגן על ביטחונם ועל קניינם של התושבים המוגנים באזור, ומתוקף כך למנוע פלישות ושימוש מפריע במקרקעיהם הפרטיים. כפי שכבר נפסק, הגנה זו היא אחת מחובותיו הבסיסיות ביותר של המפקד הצבאי (בג"ץ 9593/04 ראש מועצת הכפר יאנון ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון ואח', פ"ד סא(1) 844, 876 (2006) (להלן: עניין הכפר יאנון)). צו שימוש מפריע מאפשר לו, באמצעות ראש המנהל האזרחי המוסמך בצו, לעמוד בחובות אלה ונותן בידיו כלים ממשליים לביצוען. (בג"ץ 5439/09 עבדאלקאדר נ' ועדת

81. הנה כי כן, בהתאם לפסיקתו הענפה של בית המשפט הנכבד, הוכרה החשיבות של אכיפת הדין ביחס לבנייה הבלתי חוקית המתבצעת על גבי מקרקעין פרטיים של תושבים מוגנים, מעבר לסוגיה של שלטון החוק, ככזו המגשימה את חובות המפקד הצבאי וכל מי שפועל מטעמו לדאוג לזכויות התושבים המוגנים, אשר בעקבות מצב הכיבוש נותרו חסרי הגנה מצד הריבון הקודם.

3.ד. חזקת ההתאמה במשפט הישראלי: מקורותיה הנורמטיביים וקווים לדמותה

82. החל מימיה הראשונים של המדינה ושל שיטת המשפט שלנו, נקבע לא אחת על ידי בתי המשפט כי "המשפט הבינלאומי המנהגי הוא חלק ממשפט הארץ, וזאת בכפוף לדבר חקיקה ישראלית הקובע הוראה סותרת" (בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פד"י מב(2) 4, 35 (1988)).

83. במסגרת כללי קליטת המשפט הבינלאומי אל תוך הדין הפנימי, נודע בשיטת המשפט הישראלית הכלל בדבר "חזקת ההתאמה", דהיינו, כי חוק חרות של מדינת ישראל יפורש באופן שעולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי הפומבי והתחייבויותיה המשפטיות הבינלאומיות של מדינת ישראל. על פי פסיקות בית המשפט, המלוות אותנו עשורים רבים, בית משפט "פרש חוק חרות מקומי, אם אך תוכנו אינו מחייב פירוש אחר, וזאת בהתאם להלכות המשפט הבינלאומי הפומבי" (ראו: בג"ץ 302/72 חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז (2) 169, 177 (1973)).

84. כך, פסק זה לא מכבר בית המשפט הנכבד, בהרכב מורחב, בדנ"א 5783/14 צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ (2017), בפסק דין שניתן על ידי המשנה לנשיאה (בדימ') גובראן, בהסכמת כל חברי ההרכב:

"חזקת ההתאמה הפרשנית קובעת כי יש לפרש את הדין הישראלי לאורן של הנורמות הבין-לאומיות; ואולם, כאשר החוק הישראלי סותר במפורש את הדין הבין-לאומי – ידו של הראשון על העליונה. חזקה זו מתווה את עקרונות הפרשנות בישראל ככלל, וכוחה של החזקה מתעצם באותם התחומים שבהם קיבלה על עצמה ישראל את הדין הבין-לאומי, למשל בדרך של חתימת אמנה [...]

יתר על כן, כוחה של חזקה זו מתעצם גם במקרים שבהם מהותו של הדין מעלה צורך לתלמיות (קונפורמיות) של החקיקה הישראלית עם דינים בין-לאומיים.

במילים אחרות, חזקת ההתאמה הפרשנית קובעת כי במקרים שבהם קיימות מספר דרכים לפרש את הוראות החוק הישראלי, יש לבחון את הדין הבין-לאומי ולשאוף להתאמה עימו. הדבר נכון ביתר שאת כאשר ישראל התחייבה לנורמות בין-לאומיות מסוימות, או במקרים שבהם החקיקה הישראלית קשורה למצב במדינות אחרות, משפיעה עליו או מושפעת ממנו."

(פסקה 67 לפסק דינו של השופט (בדימ') גובראן).

וראו גם פסקי הדין הבאים:

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

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

86. כך קבע בית המשפט הנכבד בבג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346 (2006), פסקה 37 לפסק דינו של השופט לוי, את הדברים הבאים:

"37. [...] מקובל על הכל כי מכוחה של "חזקת ההתאמה" שבין הדין הפנימי להוראות המשפט הבינלאומי, מצווים אנו לפרש דבר-חקיקה – כמוהו כסמכות שקנתה רשות שלטונית – באופן העולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי".

87. בפרשה זו נקבע כי סמכות הניתנת לשר הפנים לקבוע תנאים למתן אשרה או רישיון ישיבה תחומה ומסוייגת, בין היתר, בזכויות אדם של מקבל הרישיון ליהנות מתנאי עבודה צודקים, להשתכר למחייתו בעבודה שיבחר בה, וכן בעיקרון אי ההפליה המעוגן באמנה בדבר עובדים מהגרים של ארגון העבודה הבינלאומי.

88. ובעניין אחר, באשר לקביעת מעמדו של אדם הטוען לחוסר אזרחות מתוקף האמנה בדבר מחוסרי אזרחות, נקבע על ידי השופט הנדל (ההדגשה במקור):

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

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

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

90. התכלית של חזקה פרשנית זו של "חזקת ההתאמה" מובנת: המדובר בכלל פרשני, באמצעותו ניתנת בידי בתי המשפט האפשרות לצמצם את היקף ההתנגשות האפשרית בין הדין הפנימי (או יישום הפעלת סמכויות של רשויות הפועלות בהתאם לדין הפנימי) לבין הדין הבינלאומי.

91. לצד זאת, פרופ' אהרן ברק רואה בכלל פרשני זה כחלק מעקרון של שלטון החוק, הפורמלי והמהותי כאחד. לשיטתו של פרופ' ברק בספרו,

"חזקה היא כי תכליתו של כל חוק היא להגשים את המשפט הבינלאומי ולא לנגוד אותו. מבין שני פירושים אפשריים לדבר חקיקה, יש לבחור באותו פירוש העולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי הפומבי" (אהרן ברק **פרשנות החקיקה** (1994) בעמ' 576).

ובהמשך, לאחר סקירה קצרה של הגישה הפרשנית הדומה הנוהגת במדינות המשפט המקובל,² מגיע פרופ' ברק למסקנה הבאה:

"גישת פרשנות זו – המקובלת באנגליה, בארה"ב, בקנה וכן בארצות אחרות בעלות מסורת משפטית דומה, מבוססת על עקרון של שלטון החוק. מדינת ישראל היא חברה במשפחת העמים. מן הראוי לה שלא תפר את התחייבויותיה הבינלאומיות. לכן, מבין שני פירושים אפשריים של דבר חקיקה, ראוי לבחור בזה שיקיים את ההתחייבויות הבינלאומיות של המדינה ולא כזה שיפר אותן" (שם, בעמ' 577)

ולקראת סיומו של תת הפרק, מגיע המחבר למסקנה הבאה:

"המשפט הרצוי הינו כי יינתן משקל "כבד" לחזקה בדבר המשפט הבינלאומי, וכי רק לשון מפורשת, חד-משמעית וברורה" תוכל לסתור חזקה זו" (שם, בעמ' 578).

92. דברים אלה, שנכתבו לפני למעלה משני עשורים, כמו הגשימו את עצמם בפסיקתו של בית המשפט העליון: חזקת ההתאמה הפכה להיות כלי פרשני שגור בידי בתי המשפט והערכאות השיפוטיות הקיימות בישראל, זאת מתוך תפיסה מובהקת של מדינת ישראל כחלק ממשפחת העמים. יישומה של חזקת ההתאמה או חובת הפרשנות של הדין ושל פעילויות הרשויות על פי התחייבויות ומחויבויות מדינת ישראל למשפט הבינלאומי, הפכה להיות חלק מה-DNA של עקרונות הפרשנות המשפטית.

93. כפי שנראה להלן, בית המשפט המחוזי במסגרת פסק הדין נשוא הערעור לא הקדיש כל התייחסות למשפט הבינלאומי ההומניטרי, ובפרט לדיני הכיבוש החלים על המקרקעין שבמחלוקת, המהווים את המסגרת הנורמטיבית העליונה בדבר הסדרת זכויותיהם של המערערים ושאר התושבים המוגנים מחד גיסא, ואת הסדרת תחומי החובות של המפקד הצבאי והכפופים לו או אלה הפועלים מטעם ממשלת ישראל באזור מאידך גיסא.

² בהקשר זה ראו גם תמר הוסטובסקי-ברנדס "משפט זכויות האדם הבין-לאומי והמשפט החוקתי בישראל" **מחקרי משפט** לא (2018) 947.

ד.4. מן הכלל אל הפרט – יישום המסגרת הנורמטיבית על נסיבות המקרה דנן

94. ההיתר ליישום סעיף 5 של הצו בדבר רכוש ממשלתי, בעיקר בהרחבה כפי שנעשה בפסק הדין מושא הערעור, סותר את הדין הנוהג המקובל ביחס למקרקעין פרטיים בתחומי הגדה המערבית. המדובר בהעברת זכויות בקרקע מן המערערים - הם בעלי הקרקע, אל הפולשים אליהם - הם אזרחי המעצמה הכובשת. גם אם הפלישה נעשתה בשל טעות או למצער עצימת עיניים של המפקד הצבאי או נציגיו, הרי שכל דיון בהתרת הפעלתו של סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, ללא דיון בהיקף ההגנה על זכות קניין של המערערים כתושבים מוגנים בדין הבינלאומי, הוא דיון חסר. כאשר מבקש בית המשפט הנכבד לאזן בין הפגיעה בזכות של שני הצדדים, עליו לקחת בחשבון את היקף ההגנה שמעניק הדין הרלוונטי, הוא הדין הבינלאומי במקרה זה, לזכויות של כל הצדדים. **דיון כזה לא נערך כלל בפסק דינו של בית המשפט קמא.** במאמר מוסגר יש לציין, כי גם ההגנות החוקתיות לזכות הקניין שמעניק הדין הישראלי אינן מקבלות מקום בפסק הדין. למעשה, זכויותיהם של המערערים כלל לא נלקחו בחשבון בדיון.

95. כך, בפרק העוסק בבחינת המקרקעין בפסק הדין של בית המשפט קמא (פסקה 166-178 לפסק הדין) בוחן בית המשפט האם ניתן להתייחס אל המקרקעין כאל רכוש ממשלתי. הדיון מתמקד בשאלה האם ניתן לראות בקרקעות הללו קרקעות שנתפסו בצו התפיסה שהוציא המפקד הצבאי על אף שלא נכללו במפות המצורפות לצו, אף לא בכל צו אחר. זאת, משום שטעות הביאה את הרשויות באזור לחשוב כי השטח המדובר נכלל בצו תפיסה לצרכים צבאיים מראשית שנות ה-80. פסק הדין כולו עוסק בפער בין השטח שנתפס בפועל לבין השטח אליו התייחסו הרשויות והאזרחים הישראלים שפלשו אליו, ובהשלכות של חוקיותו של החוזה שערכו ביניהם בשל הטעות הנטענת. לו היה בית המשפט קמא משתמש במערכת הדינים החלה באזור, היה עליו לבחון את היקף סמכותו של המפקד הצבאי לתפוס רכוש פרטי ואת המגבלות על השימוש בה. ההגבלות הללו נובעות מהיקף ההגנה שביקשו כלל המדינות החתומות על האמנות להעניק לזכות לקניין של אדם שמצא עצמו, בשל מלחמה, נתון תחת שלטון צבאי של מעצמה זרה.

96. כאמור לעיל, שלוש רגליו של פסק הדין נטועות על קרקע הפרשנות: פרשנות חוזית באשר להתקיימות ההתקשרות ואומד דעתם של הצדדים ביחסים שבין המשיבים 2-3; פרשנות משפטית באשר לאפשרות החלת סעיף 5 ועקרונות תקנת השוק ביחס להקצאה; וכן פרשנות משפטית באשר לעצם האפשרות של בחינת המקרקעין כרכוש ממשלתי.

97. ברם בחינה פרשנית של כל אחד מעמודי התווך של פסק הדין, לאור ובהתאם לחובות המשיב 2 בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי כפי שמתחייב מחזקת ההתאמה, חובה שעל פי היועץ המשפטי לממשלה הינה "חובה מוגברת", הייתה מובילה **בהכרח** לתוצאה הפוכה לגמרי.

(א) פרשנות החקיקה – צו 59 אינו יכול לסתור את הוראות המסגרת הנורמטיבית העליונה

98. כאמור לעיל, צו מס' 59 הותקן על ידי המפקד הצבאי מתוקף הסמכות הנתונה לו בהתאם לתקנות האג, ועל מנת להגשים את האינטרסים והחובות הקבועים בתקנה 55. צו זה אינו יכול לסתור את הוראות תקנה 46 לתקנות האג, כשם שתקנות המותקנות מתוקף סעיף

מסויים בחוק אינן יכולות לסתור סעיף אחר באותו חוק או בחוק אחר בעל אותו מדרג נורמטיבי.

99. לשיטת המבקשים, שגה בית המשפט קמא בקבעו כי ניתן לראות במקרקעין רכוש ממשלתי, בהתאם לעמדה שהובעה על ידי המשיב 2 בסיכומיו בבית המשפט קמא, לפיה ניתן לראות בזכויות שהוקנו לממונה על הרכוש הממשלתי כשקולות ל"זכות אחרת". בית המשפט קמא שגה כאשר קבע כי החלופה המופיעה בתת-סעיף (2) לסעיף ההגדרות של צו 59 בדבר "מקרקעין שנרכשו לצורכי ציבור על פי כל דין או תחיקת ביטחון, על ידי רשות מרשויות צה"ל ועבור רשות מרשויות צה"ל..." יכולה להיחשב כרחבה דיה כדי לכלול גם תפיסת שטחים מכוח צו תפיסה. זאת למרות שתפיסה כזו אינה מפקיעה את הבעלות במקרקעין אלא מפקיעה את זכות השימוש והחזקה.

100. המשיב 2, בסיכומיו בערעור זה, טוען (פסקה 113), כי החלופה השלישית המופיעה בסעיף ההגדרות, הקובעת כי "רכוש שבעליו ביקש מאת הממונה לנהל אותו והממונה קיבל עליו את ניהולו" היא המתאימה למקרה הנדון. לשיטת המשיב 2, אם כן, הגדרת "בעלות" כוללת בתוכה גם את זכות השימוש והחזקה, והעברת הניהול של זכויות אלה לממונה מטעם מפקד האזור נופלת תחת החלופה של "רכוש שבעליו ביקש מהממונה לנהלו". זוהי פרשנות מרחיקת לכת.

101. חזקת ההתאמה שהוזכרה לעיל חלה ביתר שאת ביחס לדבר חקיקה שהותקן מתוקף הסמכויות המוענקות מהמשפט הבינלאומי. לכן שגה בית המשפט קמא עת פרש את הצו באופן אשר יוצר חריג לתקנה 46 לתקנות האג. תחת זאת היה עליו לפרש את הצו באופן אשר תואם לחובה שלא לאפשר פגיעה בקניין. יפים לעניין זה דבריו של פרופ' ברק בספרו **פרשנות במשפט: פרשנות החקיקה: "במעשה החקיקה שלו ביקש המחוקק להתאים את עצמו למשפט הבינלאומי הפומבי"**. (עמ' 576)

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

103. לשיטת המבקשים, **לא ניתן לראות ברכוש תפוס כרכוש ממשלתי לפי אף אחת מהחלופות הקיימות בסעיף**. זו הייתה גם עמדתו המקורית של המשיב 2 ושל היועץ המשפטי לממשלה, עמדה שהתהפכה באופן בלתי מוסבר ובלתי מנומק.

(I) אין המדובר ברכישה לצרכי ציבור

104. בכל הנוגע לחלופה המופיעה בס"ק (2), הרי שם מצויין במפורש שהיא חלה על "מקרקעין שנרכשו לצרכי ציבור על פי כל דין או תחיקת ביטחון". רכישה לצרכי ציבור באזור נעשית בהתאם לחוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) מס' 2 לשנת 1953, כפי שעודכן על ידי תחיקת הביטחון במסגרת הצו בדבר קרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (יהודה ושומרון) (מס' 321), **התשכ"ט-1969** (ראו עוד לעניין זה: פרשת ענתא).

105. במקרה דנן אין המדובר במקרקעין אשר נרכשו לצרכי ציבור, אלא במקרקעין שלטענת הממונה הוא ידע שאלה מקרקעין פרטיים (כפי שרשום במרשם), שנתפסו בצו תפיסה צבאי.

כפי שהבהיר בית המשפט הנכבד עוד בשנת 1979, במסגרת פסקי הדין בפרשת אלון מורה ואיוב, תפיסה אינה שקולה להפקעה ולא ניתן לראות בה כסוג של רכישה לצרכי ציבור.

106. משצו התפיסה אשר במסגרתו סבר לכאורה הממונה אף הוצא בשנת 1980, לאחר פסקי הדין בפרשת אלון מורה והחלטת הממשלה מס' 145, הצו לא יכול היה לשמש לצורך הקמת יישוב ישראלי, בין אם כצורך ציבורי ובין אם כצורך צבאי.

(II) אין המדובר במקרה של בעלים אשר ביקש מהממונה לנהל את הרכוש

107. המשיב 2 כפי הנראה מודע לקושי העולה מפסיקת בית המשפט ועל כן בסיכומיו הוא מעלה את הטענה, כי רכוש תפוס הינו כזה הנופל תחת ס"ק 3, העוסק ב-"רכוש שבעלי ביקש מאת הממונה לנהל אותו והממונה קיבל עליו את ניהולו".

108. חלופה זו מתייחסת במפורש רק למצב בו בעלים של הרכוש מבקש מהממונה לנהל את רכושו. האוחז בזכות חזקה ושימוש אינו בעלים ואינו יכול להיות בעלים ולכן גם אם הסמיך את הממונה לנהל את הרכוש תחתיו, חלופה זו אינה מתאימה.

109. במובן זה, טשטוש ההגדרות בין "רכוש" לבין "רכוש ממשלתי", אשר המשיב 2 מנסה לעשות בסיכומיו, אינו יכול להתקבל. לא לשונית ועוד יותר מכך – לא מהותית. זאת לאור החובה המוגברת שיש להגנה על קניין הפרט.

110. משתפיסה אינה הפקעה, ומשבעלותם של בעלי האדמות לא נשללה בשל התפיסה (ראו קביעות השופט ויתקון בעניין איוב), אין לראות במפקד הצבאי בעלים של הרכוש או מחזיק בזכות החזקה והשימוש. המפקד הצבאי הינו לכל היותר המחזיק הזמני בזכות החזקה והשימוש ככל שאלה נוגעים לצורך ביטחוני מיידי.

111. נזכיר מושכלות יסוד בדיני קניין: דינים אלה הם קוגנטיים ומכילים חמש זכויות קנייניות: בעלות, שכירות, משכנתא, זיקת הנאה וזכות קדימה. זכות החזקה והשימוש קרובה במובנה לזכות השכירות, אולם בוודאי שהיא אינה שקולה לזכות הבעלות. גם היועץ המשפטי לממשלה בחוות דעתו לעניין חוק ההסדרה קבע, כי זכות השימוש והחזקה כלולה בזכות הבעלות, הן חלק מאגד הזכויות המרכיב את זכות הבעלות, אולם זו כוללת גם זכויות אחרות. משמע, גם היועץ המשפטי מכיר כי אין חפיפה בין זכות הבעלות לבין זכות החזקה והשימוש.

112. משכך, הפרשנות המגמתית של המשיב 2 אשר מבקש לראות את המפקד הצבאי כמי שהוא "בעלים" של זכות השימוש והחזקה, ומשכך רשאי להעביר זכות זו לממונה, על מנת שיהיה ניתן לראות ברכוש כרכוש ממשלתי, אינה יכולה לעמוד.

113. פרשנות זו של המשיב 2 אף היא אינה הולמת את החובה החלה עליו לשמור על הקניין הפרטי. פרשנות זו אינה תואמת את החובות הקבועות בתקנה 46. כיוון שקיימות לשיטת המשיב 2 והיועץ המשפטי לממשלה מספר פרשנויות אפשריות, חזקת ההתאמה מחייבת פרשנות באופן אשר עולה בקנה אחד עם הוראות אמנת האג וכללי המשפט הבינלאומי בדבר ההגנה המוגברת לשמור על קנינה של האוכלוסיה המוגנת.

114. המשיב 2 מנסה להיאחז בפרקטיקה שהייתה שגורה באזור, לפיה דווקא חתימת הממונה על מערכת הנחיות מובילה למסקנה כי המדובר ברכוש ממשלתי (ראו פסקה 114 לסיכומי המשיב 2). דא עקא, גישה זו שונתה זה לא מכבר דווקא על ידי מוסדות המנהל האזרחי. כך, בהחלטת מועצת התכנון העליונה במנהל האזרחי מיום 15.7.2015, אשר עסקה בקידום מערכת הנחיות לעניין בית אל (אשר הוקמה גם היא על גבי אדמות פרטיות שנתפסו בצווי תפיסה), נקבעו, הדברים הבאים:

35. "לא למותר לציין ובהתאם לעמדתנו לעיל, עצם הרישום במערכת ההנחיות, כי בעל הקרקע הוא "הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש" אינה מדויקת. על כן, נבקש להורות על תיקון עניין זה כך שבמקום "בעל הקרקע" יבוא: "מנהל הקרקע בשטח תפוס".

החלטה ביחס למערכת הנחיות 219/12/1 יו"ש, בסעיף 35 להחלטה (פורסמה בנבו, החלטה מיום 15.7.2015)

115. אמנם, במקרה דנן נקבע, כי מדובר בפגם סמנטי שאין בו כדי להשפיע על מערכת ההנחיות, אולם לאור עמדת המשיב 2 בפסקה 114 לסיכומיו כי הדבר מעיד על קשר של בעלות אשר יכול להיכנס תחת ס"ק (3) בהגדרת המונח "רכוש ממשלתי", ראוי להעמיד את הדברים על דיוקם.

116. משכך, הפרשנויות שניתנו לשתי החלופות בס"ק (2) וס"ק (3) לסעיף ההגדרות של "רכוש ממשלתי" אינן יכולות להכיל, לשונית ומהותית, את הטענה בדבר ההבחנה המלאכותית בין זכות שימוש וחזקה לבין זכות בעלות, כפי שהמשיב 2 ביצע בסיכומיו.

117. כאן המקום לציין, כי עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה במסגרת העתירה שהגישו המערערים (בג"צ 953/11) וכן במסגרת כתב ההגנה שהוגש בהליך בבית המשפט קמא, היתה כי לא ניתן לראות ברכוש תפוס כרכוש ממשלתי ומשכך לא ניתן להחיל את סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי בעניין. התמורות שחלו בעמדת היועץ המשפטי לממשלה ועמדת המשיב לא הוסברו מעולם.

118. בסופו של יום, בית המשפט קמא, בעקבות עמדתו של המשיב 2, ביצר פרשנות שאינה תואמת את הדין הבינלאומי אלא פרשנות המובילה להפרה מובהקת של החוק הבינלאומי. בית המשפט קמא, ובעקבותיו היועץ המשפטי לממשלה בסיכומיו הנוכחיים, מבקשים ליצוק לתוך המונח "רכוש ממשלתי" רכוש וזכויות קנייניות שבאופן מובהק אינם בגדר רכוש ממשלתי, ואינם יכולים להיות כאלה.

(ב) פרשנות הסכם ההרשאה: חובות המשיב כלפי האוכלוסיה המוגנת וקניינה

119. כפי שהבהרנו לעיל, הפסיקה קבעה כי את פעולות והתנהלות הרשויות יש לבחון לאור המחויבויות וההתחייבויות שלהן על פי המשפט הבינלאומי של מדינת ישראל. אם לא נעשה כן, ייצא שבעוד שמדינת ישראל מתחייבת ומחויבת להוראות המשפט הבינלאומי, אורגנים שלה וגופים הפועלים מטעמה פועלים נגד הוראות אלה.

120. הדברים הינם בבחינת קל וחומר היכן שהמדובר בהוראות השאובות מהמשפט הבינלאומי המנהגי, אשר הן אלה אשר יוצרות את הסמכות למשיב 2 (כמי שהוא צלו לו סמכויות מטעמו של מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית) לפעול בשטח הכבוש.

121. משכך, כאשר המשיב 2 מתקשר בהסכם עם המשיבה 3 – אשר היא זרוע ביצוע של הממשלה, חובה עליהם ראשית לכל לפעול בנאמנות בהתאם לדין המסמיך את פועלם בשטח.

122. בית המשפט המחוזי מודה, בסעיף 124 כי "השאלה העומדת לפתחנו היא שאלה של פרשנות הסכם ההרשאה", כלומר, פרשנות המעשה המנהלי. המעשה המנהלי של שתי הרשויות הפועלות בהקשר האמור, אינו יכול לעמוד בסתירה להוראות הדין המסמיך אותן – החלטה 145 ביחס למשיבה 3 ותקנות האג ביחס למשיב 2.

123. למעשה, ההסכם בין הצדדים, אשר בפועל מבקש להפקיע את המקרקעין מבעליהם, המערערים ושאר התושבים המוגנים, חותר נגד האמור בתקנה 46 לתקנות האג, ופוגע בקניין פרטי של אוכלוסייה מוגנת. זאת מבלי שהדבר מוצדק או נדרש או אף נטען כי הוא נעשה מטעמים ביטחוניים, הכרחיים ודחופים. משכך, תוכנו של ההסכם בנסיבות אלה, הינו תוכן בלתי חוקי בהתאם למסגרת הנורמטיבית החלה על השטח, גם אם הוא נעשה אגב טעות. טעות זו, מקנה למשיבה 3 את האפשרות לבטל את ההסכם, אולם כפיית קיומו של ההסכם חרף אי החוקיות הגלומה בו, וחרף היותו כזה הסותר את תקנת הציבור, הינה פעולה אשר אינה תואמת את ההתחייבויות והמחויבויות של מדינת ישראל בהתאם למשפט הבינלאומי.

124. משכך, ועל מנת להלום את הוראות המשפט הבינלאומי, אשר מהווה את המסגרת הנורמטיבית העליונה החולשת על פעולת המשיב 2, על בית המשפט קמא היה להכריז כי מהבחינה החוזית, החוזה אינו יכול לעמוד, היכן שהוא מהווה החרמה בפועל של קניין פרטי, החרמה שאינה נועדה לצרכי ביטחון. רק כך תוגשם החובה המוגברת של המפקד הצבאי להגן על הקניין של האוכלוסייה המוגנת.

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

126. אף בית המשפט לא קבע שקיים צורך ביטחוני, בין היתר לאור העדר כל דיון במשפט הבינלאומי ההומניטרי, אשר מגדיר את הזכויות של המערערים כתושבים מוגנים, ואת החובות של המשיב 2 כלפיהם. אילו הייתה הפרשה כפי שנפרשה בפני בית המשפט קמא נבחנת בהתאם למשפט הבינלאומי, ניכר כי ההוראות הקבועות בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ז-1973, הקובעות כי "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל", עשויות היו להיות מוחלות בנסיבות אלה.

127. ברור, כי השלכותיו של אישור הסכם אשר הינו בלתי חוקי בהתאם למשפט הבינלאומי, חורגות מדלת אמות הסוגיה החוזית הצרה שבית המשפט והמשיבים ניסו להתמקד בה. המדובר במעשה שלטוני מובהק, סחר-מכר בין שתי רשויות, אשר סחרו במה שאינו מצוי ברשותן, בניגוד לסמכות המסורה להן על פי הדין ובניגוד מוחלט למשפט הבינלאומי. לא רק שברור שלא ניתן להתנות על זכויות קוגנטיות של תושבים מוגנים בשטח כבוש, ברור שלא ניתן לבטל אותן במסגרת הסכם בין שתי רשויות או בין רשות שלטונית לבין זרוע של רשות שלטונית אחרת.

(ג) פרשנות החלת עקרונות תקנת השוק ביחס למקרה – הנחות היסוד השגויות וההקלות שניתנו על ידי המשפט קמא

128. הן בית המשפט קמא והן המשיב 2 בסיכומיו בערכאה זו ניסו לקדם את החלת עקרונות תקנת השוק, כדי להעניק למשיבה 3 עדיפות על פני הבעלים של המקרקעין, וזאת בהתאם לאמור בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. במקרה דנן, האינטרס עליו מבקש המשיב 2 להגן הוא הצורך בקיום חיי מסחר ואפשרות ניהול הנכסים המצויים בבעלות המשיב (וזאת במובחן מאינטרס ההגנה על המרשם והמסתמכים עליו, כפי שהדבר קבוע בסעיף 10 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969).

129. לצורך חיזוק העמדה, נסמך בית המשפט קמא על היקשים מדיניים ישראלים בעלי לשון דומה או זהה, ובפרט חוק נכסי נפקדים, התש"י-1950 וחוק האפוטרופוס הכללי, התשל"ח-1978.

130. ברם, לשיטת המבקשים, אין ולא היה כל מקום להישען על דינים אלה, ולו אף על דרך ההיקש. זאת, כיוון שבעוד שדינים אלה הינם חלק מהמארג המשפטי של מדינת ישראל, הצו בדבר רכוש ממשלתי יונק את סמכותו מהמשפט הבינלאומי ההומניטרי, אשר מחייב כחובה מוגברת הן את השמירה על הקניין והן את השמירה על הסטאטוס קוו של השטח המצוי במשמורת, כמצב עדיף על שינויו, שינוי שמתאפשר אך ורק היכן שהדבר נדרש לחלוטין. ניהול הרכוש הממשלתי על פי תקנה 55 הינו ניהול של פירות בלבד עבור האוכלוסייה המוגנת המקומית עד לסיום מצב הכיבוש.

131. בצדק מפנה המשיב בסיכומיו (פסקה 67) לע"א 170/66 אל-דין נ' האפוטרופוס על נכסי נפקדים, פ"ד כ(4) 433, 435 (1966), אשר סוקר את התכלית שבבסיס חוק נכסי נפקדים: **החוק "בא לענות על תהפוכות שהזמן גרמן עם נטישת נכסים בקנה מידה גדול והצורך להשתמש בנכסים אלה למטרות דחופות של שיכון עולים ועבודות פיתוח. במצב דברים זה קשה היה להמנע מטעויות עקב אינפורמציה לקויה..."**

132. כך, התכלית של חוק נכסי נפקדים הייתה התמודדות דחופה עם צורך מיידי. זאת, במסגרת כללית של נסיבות הקמתה של מדינת ישראל מחד גיסא לרבות הצורך בקליטת עלייה דחופה, והעדר מידע ודאי אשר שרר בהכרח כתוצאה מאי סדר הנובע מאירועי לחימה, בוודאי באותן שנים מאידך גיסא. כל אלה לא מתקיימים כאן.

133. ראשית, אין כאן צורך הכרחי ודחוף לעשות שימוש במקרקעין. עובדה היא כי ביחס למתחם האמור מערכת ההנחיות מייעדת את השטח לשימוש חקלאי ולא לצורך הכרחי ודחוף כמו מגורי המשיבים 1.

134. שנית, המדובר במקרקעין מוסדרים, רשומים במרשם המקרקעין, שאין ולא נשמעה בעניינן טענה של טעות בשל מידע לקוי.

135. היכן שהמסגרת הנורמטיבית החולשת על השטח ועל צו 59 שונה מהמסגרת וההקשר המשפטי ביחס לדינים אלה, ההיקשים בעניינם אינם רלוונטיים כלל ועיקר, חרף הדמיון בלשון המאפיינת אותם.

136. בחינה של צו 59 לאור חובות ומגבלות המשפט הבינלאומי ההומניטרי, ובפרט עובדת מצב הכיבוש זמני, האוסר על שינויים ארוכי טווח לצד החובה לשמור על הנכס לטובת האוכלוסייה המקומית המוגנת, אינו עולה בקנה אחד עם המאמץ העילאי המושקע על ידי המשיב 2 כדי להוביל לתוצאה הפוכה לחלוטין.

137. טענת המשיב בסעיף 68, כי התכלית של סעיף 5 היא לאפשר לממונה לנהל את הרכוש הממשלתי כדי לאפשר סחירות ולמנוע פלישות לא מוסדרות לקרקעות, כאשר כל התכלית שנבעה משינוי העמדה של המשיב היא שימורה של פלישה לא מוסדרת למקרקעין של המערערים ושאר בעלי האדמות, הינה טענה שובת לב. אולם היא נטענת, בכל הכבוד הראוי, בחוסר תום לב. זאת בוודאי לאור ה-"רקורד" העגום של המשיב 2 באשר ל(אי) אכיפת הדין ביחס לפולשים ישראלים לרכוש ממשלתי ושאינו ממשלתי.

138. משכך, תכליתו של צו 59 היא שימור המצב הקיים, ולא פיתוח שלו והתמודדות עם מצבי משבר דחופים כפי שחל ביחס לחוק נכסי נפקדים. פרשנות של צו 59 לאור הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי הייתה מוכיחה כי היכן שהתכליות שונות, גם האינטרסים המאוזנים שונים האחד מהשני.

ד.5. פסק הדין של בית משפט קמא, התנהלות הרשויות באזור, והחלטת הממשלה מס' 145

מיום 11.11.1979

139. סוגיה נוספת אשר עומדת על הפרק היא אי-הלימה בין פסק הדין לבין פסקי הדין של בית המשפט העליון והחלטות הממשלה שנתקבלו בעקבותיהם, בכל הנוגע להקמת יישובים על גבי מקרקעין תפוסים.

140. כאמור לעיל, בעקבות **פרשת אלון מורה** התקבלה החלטת הממשלה מס' 145 (נספח 4). החלטה זו קובעת כי יישובים קיימים יורחבו על ידי תוספת אוכלוסין ואילו יישובים חדשים יוקמו על מקרקעין שבבעלות המדינה. כלומר, יישובים שהוקמו על גבי מקרקעין תפוסים, על פי החלטת הממשלה, יישארו בגבולות השטח התפוס (או הרחבה על מקרקעין שבבעלות המדינה או מקרקעין שנרכשו וצורפו לשטחי היישובים), ואילו יישובים חדשים יוקמו על מקרקעין שבבעלות המדינה (ודוקו: **בבעלות** המדינה, ולא ב"**ניהול**" של המדינה).

141. צו התפיסה, לגביו – לשיטת המשיבים – טעה הממונה לחשוב שהוא מתייחס למקרקעין עליו שוכן מצפה כרמים, הוא צו תפיסה 18/80, שהוצא ביום 29.7.1980, כשנה לאחר מתן פסק הדין ב**פרשת אלון מורה**, וכתשעה חודשים לאחר קבלת החלטת הממשלה האמורה.

142. נזכיר בבחינת למעלה מן הצורך, כי לשיטת המשיב 2, המנהל האזרחי בגדה המערבית, מצפה כרמים מתנהל כ-"יישוב עצמאי" למן שנת 2000, המועד בו הועתק המאחז (ראו פסקה 20 לסיכומי המשיב 2 מיום 11.3.2019).

143. משכך, גם אילו היה ניתן לקבל את עמדת המשיבים, כי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש ראה במקרקעין האמורים כנכלל בצו התפיסה (למרות שאין מחלוקת שהמקרקעין לא היו חלק מצו התפיסה האמור), הרי שלאור העובדה כי המדובר ביישוב עצמאי, לא ניתן כלל

להקים אותו על אדמות שאינן בבעלות המדינה. בנוסף, לא ניתן להרחיב את תחומי היישובים הקיימים באמצעות הוספת עוד ועוד תפיסות שטח, על מנת להרחיבם באופן מלאכותי.

144. משמע, עמדת המשיבים, כמו גם פסק דינו של בית המשפט קמא, עומדים בסתירה גמורה להחלטת הממשלה מס' 145, אשר התירה הקמת יישובים חדשים רק על מקרקעין שבבעלות המדינה.

145. המשיב 2 אינו גורס כי הממונה על הרכוש הממשלתי טעה לחשוב, כי מדובר במקרקעין שבבעלות המדינה, אלא הוא טוען כי הממונה טעה לחשוב כי מדובר במקרקעין תפוסים. לא מדובר בהבדל סמנטי בלבד כפי שמלמדת החלטת הממשלה, אשר התקבלה כפועל יוצא מפסיקת בית המשפט בפרשת אלון מורה ולאחר פסיקת בית המשפט בעניין איוב, בה נקבע כי תפיסה אינה הפקעה ובעלות הבעלים המקוריים אינה נשללת.

146. משכך, גם אם תתקבלנה כלל טענות המשיבים בדבר אותה "טעות" במצב דברים, במסגרתה סבר הממונה כי המקרקעין האמורים נכללים בתוך שטח צו התפיסה, גם אז לא ניתן להקים בהם התיישבות ישראלית, בין אם כיישוב חדש ובין אם כהרחבה של יישוב קיים.

147. גם כאן, לשיטת המבקשים, היה על בית המשפט קמא לבכר פרשנות הוליסטית של נסיבות המקרה הקונקרטי עם הנסיבות הרחבות יותר של החלטת הממשלה. לא ניתן לטעון, כי מדובר ברכוש שהממונה סבר שהוא תפוס, ובא בעת לטעון, כי החלטת הממשלה מס' 145 אינה חלה על נסיבות המקרה, הגם שלשיטת המשיב מדובר ביישוב עצמאי (שכן רובו המכריע אף אינו מצוי בתחום שטח השיפוט של המועצה האזורית מטה בנימין, כפי שעולה מפסקה 86 לסיכומי המשיב 2). אלה שתי טענות סותרות.

148. בית המשפט קמא בחר שלא להתייחס לסוגיה זו. אולם מרגע שהמשיב 2 העלה נתונים אלה במסגרת סיכומיו, ולאור שלל נסיבות המקרה, אי אפשר, לשיטת המבקשים, להתעלם מסוגיה זו, ויש לקבוע כי גם אם היה מקום לקבל את עמדת המשיב בדבר אותה "טעות" והקצאה שנעשו ב"תום לב" (וללא כל תמורה) ביחס לעסקה שלא נרשמה כלל, ביחס למקרקעין שאינם יכולים כלל להיות בבעלות המדינה – עדיין המקרקעין הינם חלק משטח שנתפס לאחר החלטת הממשלה מס' 145, ומשכך אינם יכולים לשמש למגורים אזרחיים, של התנחלות קיימת ובוודאי של יישוב חדש ועצמאי, דוגמת מצפה כרמים.

סוף דבר

149. במאמר שפורסם לפני שבועות לא רבים, קבעה השופטת דפנה ברק-ארז, כי קיים פוטנציאל הטמון בבחירות פרשנויות להעצמתם של צדדים מוחלשים באמצעות המשפט, ובעיקר לקידום של ערך השוויון. להשקפתה של פרופ' ברק-ארז, **"פרשנות היא אחת הדרכים המרכזיות באמצעותן המשפט מתפתח, ועל כן היא אמורה לשמש אמצעי דב-ערך לתיקון של הטיית לא צודקות שקיימות בו"** (דפנה ברק-ארז "פרשנות, שוויון והעצמה" המשפט כה (ספר דנציגר) (2019), זמין בקישור הבא: <https://hamishpat.colman.ac.il/?cat=92&paged=2>)

150. בית המשפט המחוזי נקט בגישות פרשנויות שונות: פרשנות הסכם ההקצאה בין המשיב 2 לבין המשיבה 3 (ממנו נגזרו טענות המשיב 1); פרשנות עקרון "תקנת השוק" על רקע הנסיבות האמורות; ופרשנות הצו בדבר רכוש ממשלתי באשר לשאלה האם ניתן כלל לראות את הרכוש האמור כרכוש ממשלתי.

151. מעבר לעובדה כי במבחן התוצאה, הפרשנויות השונות הובילו דווקא לחיזוקם של הגופים החזקים במערך היחסים, קרי המשיב 2, המשיבה 3 (אשר הינה זרוע ביצועית של הממשלה) והמשיב 1 אשר התאפיין בביצוע רחב היקף של עבירות בניה ובניה שלא כדין, הרי שמהבחינה המשפטית הפרשנויות שיצק בית המשפט לשלושת מרכיבי פסק הדין עומדות בסתירה למסגרת הנורמטיבית החולשת על השטח, על המערערים, על קניינם ועל החובות המוגברות של המפקד הצבאי ביחס לאוכלוסיה המוגנת וקניינה.

152. בעוד שהפרשנות הינה "כלי גרסיבי או אמצעי תיקון של פערי כוח", כדבריה של פרופ' ברק-ארז, בית המשפט קמא בחר להנציח פערי כוח אלה, ולחזק דווקא את אלה שפעלו בניגוד לחוק: המשיבים 1 שבנו בניגוד לדין; והמשיב 2 שהקצה שטח שמעולם לא היה בבעלותו ומעולם לא יכול היה להיות בבעלותו.

153. זכות הקניין של בעלי האדמות, בין אם היא מעוגנת בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובין אם בתקנה 46 לתקנות האג וסעיף 53 לאמנת ג'נבה, לא הוכנסו כלל בשיקוליו של בית המשפט המחוזי.

154. אף אם יטען הטוען שחוקי היסוד חלים בתחולה פרסונלית על ישראלים בשטחים ולא חלים על פלסטינים, לא ניתן לקבל גישה, לפיה זכויות מעין קנייניות של ישראלים לגבי מקרקעין מסויימים מוגנות בחוק היסוד, וזכויות הבעלות של פלסטינים באותם מקרקעין ממש אינן מוגנות. תפיסה זו יוצרת משטר של אפרטהייד חוקתי.

155. לא בכדי קבעה פרופ' ברק-ארז כי **"שימוש בפרשנות לצורך העצמה וקידום של אוכלוסיות מוחלשות יכול להיות פשוט יותר בסיטואציות שבהן קיימים פערי כוחות מובהקים בין צד מוחלש לצד חזק"** (שם, בעמ' 13). אלה המקרים בהם היכן שקיימות מספר פרשנויות, קיימת עדיפות לנקוט בפרשנות שתפעל לטובת האוכלוסייה המודרת, נעדרת המהלכים אצל רשויות השלטון, אשר אינה מיוצגת, ואשר באופן שיטתי הפכה להיות קורבן להשתלטות בלתי חוקית על מקרקעין, בין אם על ידי תושבים ישראלים שונים ובין אם על ידי פרקטיקות שונות אותם מנסה המשיב 2 ושאר הרשויות באזור לקדם, לטובתם של אלה שפעלו בכוח הזרוע ובנו את מבניהם בניגוד לדין.

בבחינת למעלה מן הצורך נציין, גם אם היה מקום לראות את המשיבים 1 – תושביו של המאחז הבלתי מורשה – כאוכלוסייה מוחלשת או כזו אשר מצאה עצמה בסיטואציה האמורה, או אז **"יש מקום לשקול הכרעה המתחשבת בדפציט הדמוקרטי, כלומר, בפער בין מידת ההשפעה של הסדרים והחלטות על קבוצה מסויימת לבין האופן שבו אותה קבוצה יכולה לקחת חלק בעיצובם של ההסדרים האמורים"** (שם, עמ' 15).

156. פתחנו ואמרנו כי המקרה הנדון חורג מדלת אמותיו בבחינת השלכותיו ובבחינת האופן שבו המנהל האזרחי והיועץ המשפטי לממשלה מבקשים לקדם הליכים המבוססים על סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי.

157. כפי שהראנו לעיל, האופן בו התמודד בית המשפט קמא וכן המשיב 2, על דעת היועץ המשפטי לממשלה, מוביל למצב בו נוצר חריג חדש, יש-מאין ובניגוד לסמכות הקבועה בדיון, לאיסורים בדבר הפגיעה בקניין של האוכלוסיה המוגנת בשטח הכבוש.

14 במארס, 2019

_____	_____	_____
רוני פלי, עו"ד	דן יקיר, עו"ד	שלומי זכריה, עו"ד
ב"כ המבקשת 2		ב"כ המבקשת 1