



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1308/17

בג"ץ 2055/17

לפני:

כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט מ' מזוז
כבוד השופטת ע' ברון

העותרים בבג"ץ 1308/17:

1. עיריית סלואד
2. עיריית נעלין
3. מועצה כפרית בורקא
4. מועצה כפרית בלעין
5. מועצה כפרית ח'רבתיא בני חארת'
6. מועצה כפרית דיר קדיס
7. מועצה כפרית אלנאקורה
8. מועצה כפרית עראק בורין
9. מועצה כפרית כפר קליל
10. מועצה כפרית דיר שרף
11. מועצה כפרית בורין
12. מועצה כפרית עסירה אלקבליה
13. מועצה כפרית דיר אלחטב
14. מועצה כפרית אלסאוויה
15. מועצה כפרית עזמוט
16. מועצה כפרית אללבן אלשרקיה
17. מועצה כפרית כפר קדום
18. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
19. מרכז ירושלים לזכויות אדם
20. אלמיזאן לזכויות אדם

העותרים בבג"ץ 2055/17:

1. ראש מועצת הכפר עין יברוד
2. ראש מועצת הכפר יאסוף
3. ראש מועצת הכפר ג'אלוד
4. ראש מועצת הכפר אל-מעיייר
5. ראש מועצת הכפר תורמוסעיה
6. ראש מועצת הכפר קריות
7. ראש מועצת הכפר יתמא
8. ראש מועצת הכפר קצרה

9. ראש מועצת הכפר סינגייל
10. ראש מועצת הכפר אל-ח'אדר
11. ראש מועצת הכפר דיר דיבואן
12. ראש מועצת הכפר מחמאס
13. ראש מועצת הכפר דיר ג'ריר
14. ראש מועצת כפר מאלכ
15. ראש מועצת כפר עקב
16. ראש מועצת הכפר דורא אל קרע
17. ראש מועצת הכפר אלבירה
18. ראש מועצת הכפר ענאתא
19. ראש מועצת הכפרים אמאתין-פרעתא
20. ראש מועצת הכפר ג'ית
21. ראש מועצת הכפר ארטאס
22. ראש מועצת הכפר זעתרה
23. עלי מוחמד עיסא מוסא
24. מרים אסמאעיל עלי מוסא
25. סוהייר אסמעיל עלי פרג'י
26. מוניר חוסיין חסן מוסא
27. מחמוד אחמד מחמד חזמה
28. יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם
29. האגודה לזכויות האזרח בישראל
30. ש.ע.ל. – שלום עכשיו לישראל מפעלים
חינוכיים
31. במקום – מתכננים למען זכויות אדם בתכנון
32. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה
זלצברגר
33. קרן נשים למען זכויות אדם בע"מ
34. שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם
35. עמק שווה בע"מ
36. רופאים לזכויות אדם
37. גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע
38. עקבות המכון לחקר הסכסוך הישראלי-
פלסטיני
39. עיר עמים
40. חקל – ברית להגנה על זכויות אדם

נ ג ד

- | | |
|-----------------------------------|-------------------------|
| 1. הכנסת | המשיבים בבג"ץ 1308/17 : |
| 2. המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית | |
| 3. הממשלה | |
| 4. המועצה האזורית מטה בנימין | |

- | | |
|---------------------------------|-------------------------|
| 1. הכנסת | המשיבים בבג"ץ 2055/17 : |
| 2. הממשלה | |
| 3. היועץ המשפטי לממשלה | |
| 4. הפרקליט הצבאי הראשי | |
| 5. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית | |
| 6. ראש המינהל האזרחי | |

7. הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש במינהל
האזרחי
8. המועצה האזורית מטה בנימין

פרופ' דוד אנוך ו-27 אחי

המבקשים להצטרף לבג"ץ
: 1308/17

יוסף עזרא

המבקש להצטרף לבג"ץ
: 1308/17 ולבג"ץ 2055/17

עתירות למתן צו על תנאי וצו ביניים

כ' בסיון התשע"ח (3.6.2018)

תאריך הישיבה :

עו"ד חסן ג'בארין ; עו"ד סוהאד בשארה

בשם העותרים בבג"ץ
: 1308/17

עו"ד דן יקיר ; עו"ד מיכאל ספרד ;
עו"ד שלומי זכריה ; עו"ד רוני פלי ; עו"ד מיכל זיו

בשם העותרים
בבג"ץ 2055/17 :

עו"ד איל ינון ; עו"ד אביטל סומפולינסקי

בשם המשיבה 1
בבג"ץ 1308/17
ובבג"ץ 2055/17 :

עו"ד ענר הלמן ; עו"ד יונתן ברמן

בשם המשיב 2
בבג"ץ 1308/17
והמשיבים 3-7
בבג"ץ 2055/17 :

עו"ד ד"ר הראל ארנון

בשם המשיבה 3
בבג"ץ 1308/17
והמשיבה 2
בבג"ץ 2055/17 :

עו"ד שמחה דן רוטמן

בשם המשיבה
4 בבג"ץ 1308/17
והמשיבה 8
בבג"ץ 2055/17 :

עו"ד סוריא בשארה

בשם המבקשים
להצטרף
לבג"ץ 1308/17 :

בעצמו

בשם המבקש
להצטרף
לבג"ץ 1308/17
ולבג"ץ 2055/17 :

פסק-דין

הנשיאה א' חיות:

פתח דבר

1. בחודש יוני 1967, במהלך מלחמת ששת הימים, נכנסו כוחות צה"ל לשטחי יהודה ושומרון (להלן: האזור). בעשרות השנים שחלפו מאז הוקמה באזור זה התיישבות ישראלית ענפה. בסוף שנת 2017 נאמד מספר המתיישבים הישראלים החיים באזור בכ- 405,000 (שנתון סטטיסטי לישראל 2018, מס' 69 לוח מס' 2.15). לאורך השנים היו הרשויות הישראליות מעורבות במידה כזו או אחרת בהקמת היישובים הישראליים באזור, לרבות בדרך של העמדת תקציבים לצורך כך. חלק מן ההתיישבות באזור – בו עוסקות העתירות דנן – הוקם שלא כדין על מקרקעין שלא נועדו לכך, ובמקרים מסוימים על מקרקעין פרטיים שיש להם בעלים פלסטינים. על רקע זה אישרה מליאת הכנסת ביום 6.2.2017 בקריאה שנייה ושלישית את החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2017 (להלן: חוק ההסדרה או החוק). החוק נועד להסדיר חלקים נרחבים מההתיישבות הישראלית האמורה באזור. בתמצית יאמר כי החוק קובע מנגנון להסדרת בנייה בלתי חוקית בהתקיים התנאים המפורטים בו, ולפיו יוקצו זכויות השימוש והחזקה במקרקעין – לרבות מקרקעין שיש בהם בעלי זכויות פלסטינים – לצורכי ההתיישבות שנבנתה עליהם. זאת, ככל שהבנייה במקרקעין נעשתה בתום לב או ב"הסכמת המדינה", כהגדרתה של תיבה זו בסעיף 2 לחוק.

בעתירות דנן, שהוגשו על ידי תושבים פלסטינים, ראשי מועצות כפרים פלסטינים, רשויות מקומיות פלסטיניות, ארגוני חברה אזרחית ועמותות בישראל, טוענים העותרים כי הכנסת לא הייתה מוסמכת לחוקק את חוק ההסדרה ולהתקין את ההסדרים הקבועים בו אשר לטענתם אינם חוקתיים ואינם עולים בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי.

מסגרת נורמטיבית ורקע כללי

הדין החל באזור

2. מאז כניסת צה"ל לאזור ועד היום ממשלת ישראל לא הפעילה את סמכותה הקבועה בפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 להחיל את המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה על שטחי האזור, ושר הביטחון לא הוציא מנשר המגדיר את

השטחים הנ"ל ככאלה המוחזקים על ידי צה"ל לפי פקודת שטח השיפוט והסמכויות, התש"ח-1948 (בג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979) (להלן: עניין דויקאט); בג"ץ 2612/94 שעאר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(3) 675, 681 (1994) (להלן: עניין שעאר); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 514 (2005) (להלן: עניין חוף עזה)). המשמעות המעשית של הדבר היא כי משפט מדינת ישראל אינו חל באזור, ומערכת המשפט החלה בו מאז חודש יוני 1967 היא זו הקבועה בדיני ה"תפיסה לוחמתית" – Belligerent Occupation, כפי שהדבר השתקף בעמדתן העקבית של ממשלות ישראל לדורותיהן ובפסיקתו של בית משפט זה (ראו, בין רבים: עניין דויקאט, בעמ' 13; בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, 228 (1983) (להלן: עניין אבו עיטה); עניין שעאר, בעמ' 681; עניין חוף עזה, בעמ' 514 ו-558-559; בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 785, 792 (1983) (להלן: עניין ג'מעית אסכאן); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 492 (2005) (להלן: עניין מראעבה); בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 20 לחוות הדעת של המשנה לנשיאה (בדימ'), השופט ס' גובראן (31.10.2017) (להלן: עניין זיאדה). בקשה לקיים דיון נוסף נדחתה בדנג"ץ 9367/17 זיאדה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (30.5.2018) (להלן: דנג"ץ זיאדה); השווה ראל ארנון "ישראל ביהודה ושומרון: היבטים מן המשפט הבינלאומי" דיני מקרקעין והמשפט הבינלאומי ביהודה ושומרון 77, 83-90 (2013)).

בהתאם לתפיסה משפטית זו הוקם באזור ממשל צבאי שבראשו עומד מפקד צבאי (עניין ג'מעית אסכאן, בעמ' 792). במאמר שכתב התייחס מ' שמגר, לימים נשיא בית המשפט העליון, למצב דברים זה בצינו כי:

"כאשר כוח צבאי נוטל לידיו את השליטה היעילה בשטח, שהיה לפני כן בתחום שלטונו של האויב שניגף בפניו, הרי עובדת ההחזקה היעילה בשטח היא המקנה למפקד הכוח הצבאי, החולש מעתה על האזור, את סמכויותיו, ומכוחה מתרכזות בו החובות והזכויות המתלוות לשליטתו זו" (ההדגשות במקור; מאיר שמגר "המשפט בשטחים המוחזקים ע"י צה"ל" הפרקליט כ"ג 540, 540 (1967) (להלן: המשפט בשטחים המוחזקים); ראו עוד Meir Shamgar, *Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government – the Initial Stage, in* MILITARY GOVERNMENT IN THE TERRITORIES ADMINISTARTED BY ISRAEL 1967-1980: THE LEGAL ASPECTS 13, 14, 28 (1982)

(להלן: Legal Concepts); ראו גם עניין אבו עיטה, בעמ' 228 ו-230.

תפיסה זו באה לידי ביטוי משפטי-הצהרתי במנשר בדבר נטילת השלטון ע"י צה"ל (מס' 1), התשכ"ז-1967 שפרסם מפקד כוחות צה"ל באזור מיד בסמוך לאחר כניסתו לשטח בחודש יוני 1967, שבו נקבע כי "צבא הגנה לישראל נכנס היום לאזור ונטל לידיה את השליטה וקיום הבטחון והסדר הציבורי באזור". עוד באותו היום פרסם מפקד כוחות צה"ל באזור את המנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), התשכ"ז-1967 (להלן: מנשר מס' 2) שבו נקבע בסעיף 3(א) כי "כל סמכות של שלטון, חקיקה, מינוי ומינהל לגבי האזור או תושביו תהא מעתה נתונה בידי בלבד ותופעל רק על ידי או על ידי מי שיתמנה לכך על ידי או יפעל מטעמי". כפי שמציין מ' שמגר, הגם שאין לראות במנשרים אלה את הבסיס המשפטי לשלטונו של צה"ל בשטחי האזור, הם משקפים את הפרקטיקה המקובלת לפיה הכוח הצבאי הנוטל לידיה את החזקה היעילה בשטח מודיע ומצהיר על פעולה זו (המשפט בשטחים המוחזקים, בעמ' 541; ראו עוד משה דרורי החקיקה באזור יהודה והשומרון 111 (1975) (להלן: דרורי)).

3. כפי שנקבע לא אחת בפסיקתו של בית משפט זה, חרף שליטתו בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית, המפקד הצבאי אינו הריבון שם והגישה המקובלת היא כי תפיסת החזקה בשטח אינה גוררת מאליה גם את העברת הריבונות בשטח המוחזק מן הריבון הקודם אל המפקד הצבאי (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 832 (2004) (להלן: עניין בית סוריק); עניין חוף עזה, בעמ' 520-521; דרורי, בעמ' 33). כפועל היוצא מכך, סמכות המפקד הצבאי היא זמנית מטבעה במובן זה שמשכה הוא כמשך תקופת ההחזקה היעילה של השטח על ידי השלטון הצבאי (עניין חוף עזה, בעמ' 521; Legal Concepts, בעמ' 46), גם אם זמניות זו נמשכת תקופה ארוכת שנים (עניין ג'מעית אסכאן, בעמ' 802-803; עניין חוף עזה, בעמ' 521). בהפעלת סמכותו כפוף המפקד הצבאי למערכת הנורמטיבית שבמסגרתה הוא פועל – היינו, כללי המשפט הבינלאומי הפומבי, ובמרכזם הדינים העוסקים בתפיסה לוחמתית (ראו, בין היתר: עניין מראעבה, בעמ' 492; עניין חוף עזה, בעמ' 514). כללים אלה מעוגנים במשפט הבינלאומי המנהגי ובמשפט הבינלאומי ההסכמי שהמדינה צד לו. כבר נפסק כי מבחינת התפיסה הלוחמתית הנוהגת באזור, ובהיעדר חקיקה "מזרימה" המעגנת במשפט הפנימי של ישראל נורמות בינלאומיות הסכמיות, הנורמות העיקריות החלות באזור הן אלו הכלולות בתקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907, הנספחות להסכם האג הריביעי מ-1907 (להלן: תקנות האג) והנושאות אופי מנהגי (עניין דויקאט; עניין ג'מעית אסכאן, בעמ' 793; עניין בית סוריק, בעמ' 827; עניין חוף עזה, בעמ' 584; Yoram

DINSTEIN, 'THE INTERNATIONAL LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION' 5 (2009) (להלן: דינשטיין)). כמו כן, גישתן ארוכת השנים של ממשלות ישראל הייתה להכיר בתחולת החלקים ההומניטאריים של אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה משנת 1949 (להלן: אמנת ג'נבה הרביעית), הגם שאמנה זו בעת כינונה הייתה בעיקרה קונסטיטוטית (עניין ג'מעת אסכאן, בעמ' 793-794; עניין מראעבה, בעמ' 492; עניין בית סוריק, בעמ' 827; לעמדה הגורסת כי במרוצת השנים הפכו ההוראות הכלולות באמנה למנהגיות, ראו ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום AEYAL GROSS, 'THE WRITING ON THE WALL: RETHINKING THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION' (2017) 133-131 (להלן: בן-נפתלי ושני); WALL: RETHINKING THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION (2017) (להלן: גרוס)). עוד ראו עמדתו של דינשטיין לפיה כיום הוראות אמנה זו מחייבות במלואן את ישראל, שם, בעמ' 30). דינים אלה ניתן להשלים, במקרים המתאימים, באמצעות נורמות השאובות מדיני זכויות האדם הבינלאומיים (בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, 545-547 (2006); בג"ץ 3969/06 אלחרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 10 (22.10.2009); דו"ח הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 63-58 וההפניות המובאות שם (חלק שני, פברואר 2013)).

4. נקודת המוצא של כללי המשפט הבינלאומי עליהם עמדנו – המעוגנת במנשר מס' 2 – היא כי יש לכבד, ככל האפשר, את החוקים שהיו בתוקף באזור במועד כניסת צה"ל לשטח. אכן, כינון השלטון הצבאי באזור בשנת 1967 לא היה בו כדי לשנות על אתר את סדרי המשפט והשיפוט שנהגו שם, והדין החל באזור עד לאותו המועד – קרי דברי החקיקה העות'מאניים, המנדטוריים והירדניים שהיו בתוקף באותו מועד – לא התבטל מאליו בשל חילופי השליטה (בג"ץ 375/14 הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים נ' מועצה אזורית מגילות ים המלח, פסקה 11 (22.8.2016) (להלן: עניין רשות הטבע והגנים); המשפט בשטחים המוחזקים, בעמ' 541). הדבר קיבל ביטוי מפורש בסעיף 2 למנשר מס' 2 הקובע כך:

"המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ח באייר תשכ"ז (7 ביוני 1967) יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר זה או לכל מנשר או צו, שיינתנו על ידי, ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור".

לצד זאת, מסורה למפקד הצבאי סמכות מכוח דיני התפיסה הלוחמתית לשנות את הדין המקומי (ראו, למשל: עניין חוף עזה, בעמ' 519) ובמסגרת זו הותקנה באזור

תחיקת ביטחון מקיפה (עניין רשות הטבע והגנים, פסקה 11; דרורי, בעמ' 207; המשפט בשטחים המוחזקים, בעמ' 544; ראו עוד איל זמיר אדמות המדינה ביהודה ושומרון 2 (1985) (להלן: איל זמיר); Adam Shinar, *Israel's External Constitution: Friends, Enemies, and the Constitutional/Administrative Law Distinction*, 57(3) VA. J. INT'L L. 735 (2018).

5. מקור נוסף של דינים החלים באזור הוא עקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי, הנוגעים לשימוש בסמכות שלטונית של עובד ציבור. בין היתר, מדובר בכללים של הגינות מהותית ודיונית ובכללי מידתיות המחייבים את המפקד הצבאי בפעולתו (עניין ג'מעית אסכאן, בעמ' 792-793, ובעמ' 810; עניין מראעבה, בעמ' 492; עניין חוף עזה, בעמ' 519-520). תחולתם של עקרונות אלה אין בה משום החלה של המשפט הישראלי באזור ועל תושביו. משמעות החלתם היא כי נושאי תפקיד ישראלים הפועלים בשטח נושאים עמם חובה לנהוג על פי אמות המידה הנוספות המתחייבות מעובדת היותם חלק מהרשות המינהלית הישראלית (עניין אבו עיטה, בעמ' 231).

6. היוצא מן האמור הוא כי הכללים המשפטיים החלים באזור מורכבים מרכדים של מקורות נורמטיביים ובהם: כללי המשפט הבינלאומי הפומבי, ובעיקר דיני התפיסה הלוחמתית; הדין המקומי שהיה קיים באזור ערב כניסת כוחות צה"ל לאזור; תחיקת הביטחון של המפקד הצבאי; וכן עקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי. פעולותיו של המפקד הצבאי באזור כזרוע של הרשות המבצעת בכל הנוגע לקביעה וליישום של הכללים המשפטיים האמורים, נתונות לביקורת שיפוטית (על מקור סמכותו של בית המשפט בהקשר זה עמד השופט (כתוארו אז) א' ברק בעניין ג'מעית אסכאן, בעמ' 809-810; וראו לעניין זה את סעיף 15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה וכן סעיף 5א לחוק בתי משפט לענינים מינהליים, התש"ס-2000).

ההתיישבות הישראלית באזור

7. ההתיישבות הישראלית באזור החלה זמן קצר לאחר שהשטח נתפס על ידי המפקד הצבאי. על התפתחותה של התיישבות זו ועל הסוגיות המשפטיות שהתעוררו בעקבות כך נעמוד בהמשך. בפתח הדברים יצוין כי על ישראלים המתגוררים באזור חלים, פרט לכללים המשפטיים שפורטו לעיל, גם רבדים נורמטיביים נוספים ובהם חקיקה מפורשת של הכנסת הקובעת תחולה פרטונאלית חוץ טריטוריאלית של דברי חקיקה מסוימים על ישראלים המתגוררים באזור וכן חקיקת המפקד הצבאי אשר חלה רק

בתחומי הישובים הישראליים באזור (המכונה "משפט המובלעות") (אמנון רובינשטיין "מעמד המשתנה של ה'שטחים': מפקדון מוחזק ליצור כלאיים משפטי" עיוני משפט יא(3) 439, 448-450 (1986) (להלן: רובינשטיין); גרוס, בעמ' 172-176).

8. ההתיישבות הישראלית באזור התפתחה ביוזמה ממשלתית ופרטית כאחד. ישובים רבים הוקמו על "אדמות מדינה", כלומר אדמות שאינן בבעלות פרטית ואשר ניהולן הופקד עקב התפיסה הלוחמתית בידי הממונה על הרכוש הממשלתי (ראו צו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967 (להלן: הצו בדבר רכוש ממשלתי והממונה); עוד ראו עניין חוף עזה, בעמ' 524). חלק קטן מהישובים הוקם על אדמות פרטיות בבעלות יהודים שנרכשו לפני הקמת המדינה או לאחר מלחמת ששת הימים (ראו איל זמיר ואיל בנבנשתי "אדמות-היהודים" ביהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים 17 (1993)). חלק אחר של הישובים הישראליים הוקם על מקרקעין בבעלות פלסטינית פרטית.

9. בשנותיה הראשונות של ההתיישבות הישראלית באזור, נעשה שימוש בצווי תפיסה לצרכים צבאיים שהוציא המפקד הצבאי, מכוח סמכותו לפי תקנה 52 לתקנות האג, לשם הקמת יישובים ישראלים לרבות על אדמה פלסטינית פרטית, מתוך תפיסה כי הקמת היישובים בשטח משרתת צורך צבאי (בג"ץ 606/78 איוב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113 (1979); בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90 (1979); איל זמיר ואיל בנבנשתי "הקניין הפרטי בהסדר השלום הישראלי-פלסטיני" מקרקעין בישראל: בין הפרטי ללאומי 577, 606 (1999)). בשנת 1979, בפסק הדין בעניין דויקאט, בוטלה תפיסת מקרקעין שנועדה להקמת התיישבות אזרחית באלון מורה במבואות העיר שכם. נפסק כי בנסיבות אותו עניין לא הוכח שהצורך הצבאי הנטען אכן היה השיקול הדומיננטי בהחלטה להקים את היישוב על מקרקעין בבעלות פרטית. לאחר החלטה זו חל שינוי במדיניות הממשלה בכל הנוגע להתיישבות הישראלית באזור ושימוש שנעשה בפרקטיקה של תפיסת מקרקעין פרטיים בצווים צבאיים לצורך הקמת התיישבות אזרחית (עמיחי כהן "סופו של נשף המסכות? בעקבות בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" מבזקי הארות פסיקה 73, 5, 8-9 (2018); רונית לוי-שנור "עמונה, ממונא ואיסורא: בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" מבזקי הארות פסיקה 73, 30, 39-40 (2018)).

10. בהחלטת ממשלה מס' 145 מיום 11.11.1979 הוחלט להרחיב את ההתיישבות ביהודה, שומרון, בקעת הירדן חבל עזה ורמת הגולן, על ידי תוספת אוכלוסין לישובים

הקיימים והקמת יישובים חדשים. באותה החלטה נקבע כי התיישבות ישראלית חדשה תוקם על קרקעות ב"בעלות המדינה", אך לא נקבע בה מהי "קרקע שבבעלות המדינה". הצו בדבר רכוש ממשלתי, שתוקן מספר פעמים לאורך השנים קבע כי "רכוש ממשלתי" הוא, בין היתר, רכוש אשר ביום הקובע (7.6.1967) או לאחריו, שיך, רשום על שם או מוקנה למדינת אויב, או לתאגיד אשר למדינת אויב יש בו זכות כלשהי או רכוש שאחד מהם היה שותף בו. ממלכת ירדן ההאשמית על רשויותיה הוגדרה לעניין זה כ"מדינת אויב" (ראו עוד בעניין הגדרת "רכוש ממשלתי" אצל איל זמיר, בעמ' 28-29). השאלה מהן הקרקעות שהיו שייכות לירדן במועד הקובע לצורך הגדרתן כ"רכוש ממשלתי", כמובנו בצו בדבר רכוש ממשלתי, היא שאלה מורכבת. במישור המהותי התשובה לכך נגזרת מדיני המקרקעין העות'מאניים החלים באזור, המבחינים בין סוגים שונים של מקרקעין (להרחבה באשר לסוגי המקרקעין לפי הדין העות'מאני ראו משה דוכן דיני קרקעות במדינת ישראל 39-77 (1952) (להלן: דוכן)). ואולם, בניגוד למצב בישראל, באזור אין מרשם מקרקעין מלא, מקיף ומהימן אשר ממנו ניתן ללמוד על מעמדם הקנייני של רוב המקרקעין, ומסיבות שונות הרישום לגבי קרקעות של פלסטינים רבים אבד ברבות השנים (להרחבה בסוגיית רישום המקרקעין באזור ראו סנדי קדר "זמן של רוב, זמן של מיעוט: קרקע, לאום ודיני ההתיישנות הרוכשת בישראל" עיוני משפט כא(3) 665, 669-668, 674-671 (1998) (להלן: קדר); איל זמיר, בעמ' 25-27; ראו עוד חגי וינצקי ודניאל קרמר "מרשמי המקרקעין ביהודה ושומרון" דיני מקרקעין והמשפט הבינלאומי ביהודה ושומרון 113, 117-118 (2013) (להלן: וינצקי וקרמר); חיים זנדברג "ההצדקות למוסד ההתיישנות – ביהודה ושומרון" דיני מקרקעין והמשפט הבינלאומי ביהודה ושומרון 211, 242-244 (2013) (להלן: ההצדקות למוסד ההתיישנות – ביהודה ושומרון); על פנקסי הרישום בתקופה התורכית והבריטית ראו אריה אייזנשטיין יסודות והלכות בדיני מקרקעין – חלק ראשון המירשם ופעולות במקרקעין 198-219 (1995)).

11. בשל האופי הבעייתי של שיטות רישום המקרקעין שהיו נהוגות בתקופה העות'מאנית יזמו השלטונות הקודמים באזור – ממשלת המנדט הבריטי ולאחריה השלטון הירדני – הליכים להסדרת המקרקעין אשר במסגרתם התבצע רישום שיטתי של מקרקעין באזור, לרוב של אדמות כפר שלם או גוש בודד, לאחר עריכת בירור מקיף של הזכויות במקרקעין לפי הדין התקף (רונית לוי-שנור דיני רישום מקרקעין 263-264 (2012) (להלן: דיני רישום מקרקעין); ANTHONY COON, TOWN PLANNING UNDER MILITARY OCCUPATION 114-115 (1992)). הליכים אלה הותלו עם כניסת כוחות צה"ל לאזור בשנת 1967 וכפועל היוצא מכך, רק כשליש עד 40% מן האדמות באזור עברו הליך של הסדר עד לאותו המועד (דיני רישום מקרקעין, בעמ' 264 ובעמ' 279. לסיבות להתליית ההליכים ראו שם, בעמ' 264-265; וינצקי וקרמר, בעמ' 168). ויודגש

– בהיעדר חובת רישום של מקרקעין באזור, שיטת הרישום בו היא של "רישום ספורדי-וולונטרי, ולאור התליית הליכי ההסדר – זוהי השיטה היחידה לרישום" (דיני רישום מקרקעין, בעמ' 266-267; איל זמיר, בעמ' 27). כיום קיימת אפשרות לנקוט הליך פרטני של "רישום ראשון" להסדרת מקרקעין מסוימים ביוזמת הטוען לזכות (ולא כחלק מהסדר כולל) וזאת בהתאם לחוק הירדני "בדבר רישום נכסי דלא נידי שלא נרשמו קודם, לשנת 1964" ותחיקת הביטחון שתיקנה אותו. תכליתו של הליך זה היא לאפשר לבעלי זכויות חזקה במקרקעין מסוימים לעגן את זכויותיהם ברישום, תוך כירור של גבולות חלקתם, מבלי להיזקק לביצוע הליך כולל של הסדר קרקעות (להרחבה ראו דיני רישום מקרקעין, בעמ' 269-277. וראו את הנתונים בעמ' 280-287 לפיהם עד לחודש יולי 2011 הוגשו לרשויות הישראליות בסך הכל 652 בקשות לרישום ראשון, מהן 244 בידי ישראלים ו-408 בידי פלסטינים; ראו עוד אברהם סוכובולסקי, אליהו כהן ואבי ארליך יהודה ושומרון – זכויות במקרקעין והדין בישראל 47-48 (1986) (להלן: סוכובולסקי, כהן וארליך); וינצקי וקרמר, בעמ' 134-135). המדינה, אף שהיא רשאית לעשות כן, אינה נוהגת להגיש בקשות לרישום ראשון של אדמות מדינה באזור (דיני רישום מקרקעין, בעמ' 297).

12. מקרקעין שלא עברו הליך של הסדר ושאין רשומים, סיווגם כרכוש ממשלתי דורש הליך של "הכרזה" לפי סעיף 2 לצו בדבר רכוש ממשלתי. הליך זה נועד לברר את מעמדם של המקרקעין ולקבוע חזקה לכאורית לגבי היותם רכוש ממשלתי. בשונה מהליכי הסדר מקרקעין או רישום ראשון, מדובר בהליך מינהלי של הכרזה אשר אין בכוחה לשנות את הזכויות במקרקעין (בג"ץ 285/81 אל נאזר נ' מפקד יהודה ושומרון, פ"ד לו(1) 701, 705 (1982); בג"ץ 3998/06 יאסין נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית, פסקה 1 (9.11.2006); בג"ץ 5470/17 מוחמד נ' שר הביטחון, פסקה 4 (9.10.2018) (להלן: עניין עמיחי); ראו עוד דיני רישום מקרקעין, בעמ' 42). על כן, הליך ההכרזה אינו סופי ואינו מונע העלאת טענות לזכויות פרטיות במקרקעין המוכרזים.

13. ההכרזה על המקרקעין כעל רכוש ממשלתי נעשית לאחר בדיקות שנועדו לוודא שאין בעלות או חזקה פרטית במקרקעין, והן כוללות בדיקה בפנקסי רישום המקרקעין, בדיקה בשטח ובדיקת תצלומי אוויר משנים קודמות על מנת לברר את מצב העיבוד בשטח לאורך השנים. כחלק מהליך ההכרזה גבולות המקרקעין מסומנים בשטח באופן בולט והממונה מוציא למקרקעין תעודה שמתפרסמת על דרך תלייתה במפקדות תיאום וקישור נפתיות (טליה ששון חוות דעת (ביניים) בנושא מאחזים בלתי מורשים 80-81 (2005) (להלן: דו"ח ששון); ראו עוד איל זמיר, בעמ' 32-33; פליאה אלבק "השימוש בקרקעות ביהודה ובשומרון לצורך ההתיישבות היהודית היבטים משפטיים ומבחן המציאות" העלייה אל ההר ההתיישבות היהודית המתחדשת ביהודה ושומרון 221, 227-

226 (2002)). כל הרואה עצמו נפגע מההכרזה, רשאי להגיש ערר לוועדת העררים הפועלת מכוח צו בדבר ועדות עררים (יהודה והשומרון) מס' 172, התשכ"ח-1967 (עניין עמיחי, פסקה 4).

היועץ המשפטי לממשלה בתגובתו לעתירות, עמד על כך שמאז שנות ה-80 של המאה הקודמת היה הליך הכרזה על מקרקעין כ"רכוש ממשלתי" תנאי לנטילת חזקה במקרקעין על ידי הממונה והקצאתם לטובת התיישבות ישראלית באזור (ראו גם ד"ח ששון, בעמ' 19-20). הקצאה זו נעשית בשלבים – תחילה ניתנת הרשאה לתכנון ולפיתוח ובסוף התהליך חותם הממונה על חוזה חכירה מול מתקשר, שהוא לרוב גוף מיישב.

14. בשנות ה-80 וה-90 של המאה הקודמת בוצעו הכרזות על מקרקעין כ"רכוש ממשלתי" לפי המתכונת האמורה, ואולם לנוכח אי דיוקים שהתגלו בתרשימים שבוצעו והקושי בהעברתם למערכת ממוחשבת, הוחלט במנהל האזרחי שיש לקבוע מתכונת עבודה מסודרת ולבצע בחינה מחודשת של כל התעודות בדבר הכרזה על אדמות מדינה. לשם כך הוקם "צוות סטטוס מקרקעין" (להלן: צוות קו כחול), שנדרש לבדוק הכרזות על אדמות מדינה שבוצעו על ידי הממונה ולדייק, ככל הניתן, את גבולות השטח הנכלל בהכרזה (להרחבה על עבודת צוות קו כחול ראו בעניין עמיחי, פסקה 4). בעקבות פעילות צוות קו כחול התברר כי לא מעט מקרקעין אשר נחשבו לכתחילה כאדמות מדינה מוכרזות ועליהם הוקמו מבנים לצורכי התיישבות ישראלית באזור – לרבות על פי תכניות מתאר שאושרו כדין – מצויים למעשה מחוץ לתחומי ההכרזה (ומנגד, נוספו שטחים נוספים לאדמות המדינה המוכרזות, ראו למשל: בג"ץ 19/1953 מועצת הכפר קריות נ' ראש המנהל האזרחי (18.2.2020)). אי הדיוקים האמורים נבעו, בין היתר, משיטת סימון לקויה על המפות הנוגעות למקרקעין שהוכרזו כאדמות מדינה, ומכך שתצלומי האוויר שעליהם התבסס הסימון לא היו מדויקים דיים (ד"ח ששון, בעמ' 81). בעקבות כך, נגרעו מקרקעין רבים מהכרזתם כ"רכוש ממשלתי" וחל שינוי בסטטוס הנורמטיבי של הבינוי שהוקם עליהם.

כיום מוגדרים כ-40% מהמקרקעין באזור כקרקע בבעלות המדינה או (במקרים מעטים) בבעלות של תושבים יהודים. מקרקעין בהיקף דומה אינם מוסדרים או מוסדרים בבעלות פלסטינית ויתר השטח הוא שמורות טבע או קרקע שלא ניתן להתיישב בה (עמיחי כהן "דין עמונה כדין תל אביב? התפרקותה של פרדיגמת הכיבוש בשטחים: בעקבות בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון והחוק להסדרת התיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2017" מבזקי הארות פסיקה 61, 6, 17 (2017) (להלן: התפרקותה של פרדיגמת הכיבוש בשטחים)). מנתוני המינהל האזרחי המעודכנים לשנים 1992-2016

(מש/2 לתגובת הממשלה; להלן: נתוני המינהל האזרחי), עולה כי כשליש מהמבנים הקיימים על מקרקעין שאינם בגדר רכוש ממשלתי, הם מבנים שהוקמו על מקרקעין שלימים נגרעו מתחומי ההכרזה כתוצאה מפעילות צוות קו כחול.

15. הלכה למעשה ובניגוד למדיניות המוצהרת של הממשלה, בוצעה לאורך השנים בנייה של התיישבות ישראלית באזור גם במקרקעין שאינם בגדר רכוש ממשלתי. בנייה זו, יש לומר, בוצעה בחלקה בסיוע ובתמיכה של מוסדות המדינה ורשויות אחרות (לעניין זה ראו דו"ח ששון, בעמ' 25 ואילך. בעקבות דו"ח ששון הקימה הממשלה ועדה לגיבוש המלצות ליישום מסקנותיו – ראו החלטה מס' 3376 "חוות-הדעת של עו"ד טליה ששון בנושא מאחזים בלתי-מורשים" מיום 13.3.2005; אדמונד לוי, תחיה שפירא ואלן בייקר דו"ח על מעמד הבניה באזור יהודה ושומרון 53-56 (21.6.2012) (להלן: דו"ח לוי); מבקר המדינה דו"ח שנתי 56 לשנת 2005 216 (2005) (להלן: דו"ח שנתי 56א); ראו עוד התפרקותה של פרדיגמת הכיבוש בשטחים, בעמ' 22). עוד יש לומר כי במקרים רבים בוצעה בנייה זו ללא תכנית תקפה וללא היתרים כדין, שכן הליכי תכנון לטובת התיישבות ישראלית באזור מתאפשרים אך ורק ביחס למקרקעין שהם רכוש ממשלתי או מקרקעין בבעלות פרטית ישראלית. התיישבות ישראלית באזור ללא היתרים כדין בוצעה לאורך השנים גם במקרקעין שהם רכוש ממשלתי (לסקירה מקיפה ראו: דו"ח ששון; אריאל ארליך "סותר הלכות קודמות, ויש בו חידוש וגם קושי": על הגנת הקניין של 'אנשים מוגנים' בעקבות ההחלטה בדנג"ץ 9367/17 זיאדה נ' מפקד כוחות הצבא" מבזקי הארות פסיקה 84, 16-17 (2018) (להלן: ארליך); Ronit Levine-Schnur, *Private Property and Public Power in the Occupied West Bank*, 6 EUR. PROP. L.J. 126-127 (2017) (להלן: Private Power and Public Power)).

16. מנתוני המינהל האזרחי עולה כי נכון לשנת 2016 היו באזור 3,455 מבני קבע ומבנים יבילים בלתי חוקיים של התיישבות ישראלית על מקרקעין בבעלות פלסטינית פרטית. 1,285 מתוכם משמשים כמבני מגורים או כמוסדות ציבור (לרבות בתי ספר, בתי כנסת וגני ילדים); 1,048 מבנים נבנו על מקרקעין אשר לימים נגרעו מן ההכרזות כתוצאה מעבודת צוות קו כחול; ו-1,122 מבנים הם בני למעלה מ-20 שנה, המצויים בעיקר ביישובים אלון מורה, חרמש, מעלה מכמש, עפרה, בית אל, פסגות, שבי שומרון ועלי, ונוכח מדיניות הרשויות הישראליות עד 1998, כי אין לבצע אכיפה נגד בנייה ישראלית בלתי חוקית באזור, לא ננקטו בעניינם הליכי אכיפה ופיקוח לאורך השנים ("בנייה ותיקה"). עוד עולה מנתוני המינהל האזרחי כי 1,576 מבנים מתוך 3,455 המבנים הנ"ל,

הוקמו על מקרקעין מוסדרים בבעלות פלסטינית פרטית, וכי מרבית הבנייה הבלתי חוקית התבצעה בין השנים 2002-2006 ומיעוטה בשנים 1992-1996.

17. על רקע פגמים קניינים ותכנוניים אלה החליט הדרג המדיני ביום 28.2.2011 על מדיניות משולבת שעיקרה הריסת הבנייה הבלתי חוקית על אדמות פרטיות והסדרת הבנייה הבלתי חוקית על אדמות מדינה. לפי מדיניות זו, בנייה ישראלית בלתי מורשית אשר הוקמה על קרקע פלסטינית פרטית תוסר, ובמקביל הונחו הדרגים המקצועיים המתאימים לפעול להסדרת המעמד התכנוני של מבנים בהתיישבות ישראלית על מקרקעין שהוכרזו כרכוש ממשלתי ונבנו שלא כדין באותן נקודות התיישבות אשר לגביהן יוחלט על הסדרה.

18. בשנת 2015, עם הקמת הממשלה ה-34 חל שינוי במדיניות האמורה והממשלה ביקשה לבחון את האפשרות להסדיר את הבנייה הישראלית הבלתי חוקית באזור גם ביחס למבנים שהוקמו על מקרקעין פרטיים פלסטיניים, במעורבות של הרשויות הישראליות. לשם כך, הקימה הממשלה "צוות הסדרה" שעבודתו נועדה, בין היתר, ליתן מענה לשתי התפתחויות עיקריות מהשנים האחרונות: האחת, נוגעת לעבודת צוות קו כחול ולאי הדיוקים שהתגלו, כאמור, בהכרזות על מקרקעין כעל רכוש ממשלתי. השנייה, נוגעת להליכים משפטיים שהוגשו לבית משפט זה על ידי פלסטינים הטוענים לזכויות ולזיקה למקרקעין שבהם הוקמה בנייה ישראלית בלתי חוקית ואשר בהם ניתנו בשנים האחרונות פסקי דין המחייבים את המדינה לממש צווי הריסה ביחס לאותה הבנייה.

זהו רקע הדברים שביסוד חקיקת חוק ההסדרה נושא העתירות שבפנינו.

חוק ההסדרה והליכי חקיקתו

19. ראשיתו של חוק ההסדרה בשלוש הצעות חוק פרטיות, שאושרו במליאת הכנסת בקריאה טרומית בחודש נובמבר 2016 והועברו לדיון בוועדה המשותפת לוועדת החוקה, חוק ומשפט ולוועדת החוץ והביטחון של הכנסת שהוקמה לטובת הדיון בחוק (להלן: הוועדה המשותפת). הליכי החקיקה הופסקו עקב מחלוקות שונות ותחת זאת הונחה על שולחן הכנסת ביום 5.12.2016 הצעת חוק פרטית חדשה (הצעת חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ו-2016; להלן: הצעת החוק). הצעת החוק אושרה בקריאה ראשונה ביום 7.12.2016 והועברה לדיון בוועדה המשותפת. זאת, חרף עמדת היועץ המשפטי לממשלה לפיה גלומה בה אי-חוקיות חמורה העולה כדי מניעות משפטית ועל כן, אין מקום לקדמה.

20. הוועדה המשותפת קיימה דיונים רבים בהצעת החוק בהשתתפות נציגי היועץ המשפטי לממשלה ומשרדי ממשלה שונים, מתיישבים מיהודה ושומרון, נציגי ארגוני חברה אזרחית תומכים ומתנגדים, משפטנים ואנשי חינוך, מומחים ומלומדים. בנוסף, הועברו לוועדה המשותפת ניירות עמדה והתייחסויות כתובות מטעם גורמים שונים. הוועדה המשותפת אף קיימה ישיבה חסויה שעסקה בהשלכות המדיניות והבינלאומיות של ההסדר הקבוע בהצעת החוק (בבג"ץ 2055/17 ביקשו העותרים את גילוי הפרוטוקול המלא של הישיבה החסויה, אך בקשה זו נדחתה על ידינו). במהלך הדיונים שקיימה הוועדה המשותפת, שונה נוסח הצעת החוק והוכנסו בה תיקונים. בתום הדיונים אישרה הוועדה המשותפת את הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית, וביום 6.2.2017 אושרה הצעת החוק במליאת הכנסת והחוק פורסם ברשומות ביום 13.2.2017 (ס"ח תשע"ז מס' 2604, עמ' 410).

21. בתמצית, וכפי שיפורט בהרחבה בהמשך, סעיף 1 לחוק קובע את מטרתו, והיא - "להסדיר את ההתיישבות ביהודה והשומרון ולאפשר את המשך ביסוסה ופיתוחה". סעיף 3 לחוק קובע מנגנון להסדרת התיישבות במקרקעין הטעונים הסדרה, שהבנייה בהם נעשתה על ידי מי שאינו בעל הזכות במקרקעין, אך בתום לב או בהסכמת המדינה. לצורך כך מבחין החוק בין שני מקרים של בנייה במקרקעין "הטעונים הסדרה": האחד, בנייה במקרקעין שאין בהם בעל זכויות, והשני בנייה במקרקעין שיש בהם בעל זכויות. ביחס לכל אחד מן המקרים קובע החוק מנגנון שונה באשר לאופן הסדרתם והקצאת זכויות השימוש והחזקה בהם לצורכי ההתיישבות שנבנתה עליהם. עוד קובע החוק כי עד להשלמת הליכי התכנון יותלו הליכי אכיפה וצווים שניתנו בקשר למבנים ביישובים שעליהם חל החוק, והם יפקעו עם השלמת הליכי התכנון. זאת, למעט אם ניתנו החלטה שיפוטית או פסק דין בדבר מימוש הצווים. בהקשר זה קובע החוק רשימה של 16 יישובים המנויים בתוספת (להלן: התוספת) שבהם יותלו הליכי האכיפה והצווים לתקופה של 12 חודשים מיום פרסום החוק, ובמהלכה תיבדק עמידתם בתנאים המאפשרים את הסדרת המבנים המצויים בהם.

על רקע זה הוגשו שתי העתירות דנן.

22. העותרים בשתי העתירות טוענים כי יישום החוק יביא להפקעת אלפי דונמים של אדמות פרטיות בבעלות פלסטינית המשמשות כשטחים בנויים של התיישבות ישראלית באזור וכן להפקעת אלפי דונמים של אדמות בבעלות פלסטינית פרטית המשמשות לחקלאות. תוצאה זו, לטענת העותרים, עומדת בניגוד מוחלט למשפט הבינלאומי והיא אף אינה חוקתית לפי המשפט הישראלי. עוד נטען כי הכנסת פעלה בחוסר סמכות כשחוקקה את חוק ההסדרה כחוק החל בתחולה ישירה על האזור, וזאת בניגוד לדין הבינלאומי האוסר על מדינה להחיל את חוקיה על שטח בתפיסה לוחמתית. הוטעם כי בעל הסמכות לחוקק בשטחי האזור הוא המפקד הצבאי ועליו לעשות כן בתחיקה ביטחונית, הכפופה למגבלות הקבועות בדיני התפיסה הלוחמתית. כמו כן, נטען כי החוק אינו חוקתי משום שהוא פוגע בזכויות של תושבי האזור הפלסטינים לקניין, לפרנסה, לכבוד ולשוויון, וזאת בניגוד לתנאי פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד). העותרים מוסיפים וטוענים כי החוק נוגד את דיני התפיסה הלוחמתית החלים באזור ובפרט את הדינים הנוגעים לאיסור על הפקעת רכוש פרטי ולטענתם יישום הוראות החוק עלול להוות הפרה של איסורים הקבועים בדין הבינלאומי הפלילי.

על יסוד כל האמור, מבקשים העותרים כי בית משפט זה יורה על בטלותו של חוק ההסדרה.

היועץ המשפטי לממשלה

23. טרם הדיון בעתירות, הודיע היועץ המשפטי לממשלה לבית המשפט כי בנסיבות החריגות של המקרה הוא מצא לנכון לקבל את בקשת הדרג המדיני לאפשר לממשלה להיות מיוצגת בהליך על ידי עורך דין פרטי. זאת נוכח עמדתו לפיה חוק ההסדרה אינו חוקתי ודינו בטלות. היועץ מיקד את עמדתו בעיקר בשאלת חוקתיות ההסדר הקבוע בחוק, אך הוא הוסיף וציין כי שאלת סמכותה של הכנסת לחוקק בשטחי האזור אינה נקיה מספקות וכי ישנם טעמים כבדי משקל נגד החלה ישירה של חקיקה ראשית בשטח המוחזק בתפיסה לוחמתית, בפרט ככל שהדבר נוגע לשליטה הישראלית באזור. בהקשר זה הוטעם על ידו כי החלה ישירה של נורמה חקיקתית בשטחי האזור סותרת את הפרקטיקה הנקוטה על ידי ממשלות ישראל מזה כ-50 שנים ואת מנשר מס' 2. עם זאת, היועץ העדיף שלא להכריע בשאלה זו, נוכח עמדתו כי הוראות החוק ממילא אינן עומדות

בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק היסוד. לגישתו של היועץ, חוק ההסדרה פוגע פגיעה בלתי מידתית בזכות לקניין של בעלי הזכויות הפלסטינים, שהם "תושבים מוגנים", כהגדרת מונח זה בדין הבינלאומי, וזכות הקניין שלהם נהנית מהגנה רחבה. היועץ המשפטי לממשלה מוסיף ומציין כי חוק ההסדרה אף פוגע בזכות לכבוד ולשוויון של התושבים הפלסטינים – שהן זכויות המוגנות בחוק היסוד והמעוגנות בדין הבינלאומי המנהגי. זאת, משום שהמנגנון הקבוע בחוק טומן בחובו במישור התוצאה יחס מפלה ובלתי שוויוני כלפי פלסטינים תושבי האזור וכפועל היוצא מכך, הוא פוגע בכבודם שכן ההסדרים הקבועים בו נותנים הלכה למעשה עדיפות מכרעת לתושבי ישראל באזור. היועץ מדגיש כי הגם שמתן מענה למתיישבים ישראלים שבתיהם עומדים בפני סכנת הריסה ופינוי הוא אינטרס לגיטימי, הפגיעה במקרקעין פרטיים פלסטינים לשם הכשרת בנייה שבוצעה במקרים רבים תוך ידיעה או עצימת עיניים לכך שמדובר במקרקעין פרטיים ותוך התעלמות מופגנת מפגיעה בזכויות קניין ומשלטון החוק, אינה יכולה להיחשב כ"תכלית ראויה". לכך מוסיף היועץ כי החוק אף אינו צולח את שלושת מבחני המידתיות הקבועים בפסקת ההגבלה.

עמדת הממשלה

24. הממשלה סבורה מנגד כי דין העתירות להידחות. לטענתה לא קיימת בדין הישראלי מניעה שהכנסת תחוקק חוקים שיחולו מחוץ לשטח הריבוני של המדינה. הממשלה מוסיפה כי ככל שדיני התפיסה הלוחמתית חלים באזור והם מעניקים סמכות חקיקה למפקד הצבאי, קל וחומר שיש סמכות כזו גם לכנסת. עוד מזכירה הממשלה את אופיו המדיני והפוליטי של ההסדר ואת מידת האיפוק והריסון שעל בית המשפט לנקוט בבואו להעבירו תחת שבט הביקורת השיפוטית. באשר לחוקתיות החוק טוענת הממשלה כי החוק חוקתי והוא צולח את מבחני פסקת ההגבלה. בהקשר זה נטען כי אין יסוד לטענת העותרים לפיה החוק אינו שוויוני ומפלה. מכל מקום, נטען כי החוק מקדם מספר תכליות ראויות ובראשן הסדרת מעמדם של יישובים, שכונות או בתים שהסדרתם נמנעה עד כה, דבר שייתר הריסה של למעלה מ-3,000 מבנים שהוקמו באישור מהמדינה או בעידודה וביוזמתה. הממשלה מסכימה כי הסדרים אחדים בחוק אכן פוגעים בזכות הקניין של התושבים הפלסטינים. עם זאת מדובר לשיטתה בפגיעה מסויגת שכן, לדבריה, במקרים רבים מדובר במקרקעין המצויים בלב התיישבות ישראלית ואין לפלסטינים תושבי האזור יכולת מעשית לממש את הזכויות בהם. בנסיבות אלו, ולנוכח המנגנונים המאזנים הקיימים בהסדר בין התכלית ובין הפגיעה בזכויות, סבורה הממשלה כי הוא אינו מגלה עילה להתערבות.

25. במישור המשפט הבינלאומי טוענת הממשלה כי דין טענות העותרים להידחות. בפתח הדברים מציינת הממשלה כי חקיקת הכנסת אינה כפופה למשפט הבינלאומי, אלא אם כן הוא אומץ בדין הישראלי הפנימי. לשיטתה, הטענה לפיה המשפט הבינלאומי, כשלעצמו, יכול להוות עילה לביקורת שיפוטית ולפסילה של חקיקה ראשית עומדת בסתירה לעקרונות של ריבונות המדינה ושלטון הרוב. אף לגופם של דברים, הממשלה סבורה כי חוק ההסדרה אינו סותר נורמות מן המשפט הבינלאומי ובכלל זה את דיני התפיסה הלוחמתית וכללי המשפט הבינלאומי הפלילי. לנוכח כל אלה סבורה הממשלה כי יש לדחות את העתירות.

הכנסת ביקשה לאמץ כעמדתה את התייחסות הממשלה לסוגיות האמורות ואף היא סבורה שיש לדחות את העתירות לנוכח הייחודיות של הנושא והצורך במציאת פתרון שיאפשר הסדרה כוללת של ההתיישבות הישראלית באזור. למצער ביקשה הכנסת בדיון שהתקיים בפנינו כי בית משפט זה יקבע קווים מנחים שיאפשרו את תיקון הוראות החוק באופן הצולח את הביקורת השיפוטית.

המועצה האזורית מטה בנימין

26. המועצה האזורית מטה בנימין (להלן: מועצת מטה בנימין או המועצה), אשר צורפה כמשיבה לעתירות (החלטת השופט נ' הנדל מיום 26.6.2017), סבורה אף היא כי יש לדחותן. בתגובה שהגישה המועצה הודגש כי לאורך שנים תמכה המדינה ועודדה הקמה ופיתוח של ההתיישבות הישראלית באזור ועל כן, המתישבים הישראלים התיישבו שם מתוך הסתמכות על מצגיה של המדינה. מציאות זו מחייבת, כך לטענת המועצה, הסדרה מקיפה של ההתיישבות באזור ומציאת פתרון לתושבים הישראלים העומדים בפני סכנת פינוי והריסה של בתיהם.

27. לגופם של דברים סבורה המועצה כי אין בחוק כל פגם, ובדומה לטענות הממשלה גם היא טוענת כי לכנסת סמכות לחוקק חוקים החלים באזור. נטען כי החוק אינו מפלה את תושבי האזור הפלסטינים וכי ההסדרים הקבועים בו דומים במהותם להסדרים המשפטיים שחלים בתחומי ישראל בהקשרים דומים. הוטעם כי לשון החוק אינה נוקטת כל הבחנה בין תושבי האזור הישראלים למי שאינם ישראלים, ועל כן אין יסוד לטענת הפגיעה בשוויון. עוד גורסת המועצה כי החוק אינו מוסיף על הסמכויות הקיימות כיום למפקד הצבאי בעניין נטילת מקרקעין ועל כן, אינו מגלה כל פגיעה בזכות הקניין של תושבי האזור הפלסטינים. המועצה מוסיפה וטוענת כי מכל מקום החוק עומד בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק היסוד ועל כן לגישה אין מקום להורות על בטלותו. עוד

נטען כי גם אם החוק סותר באופן כזה או אחר את ההסדרים הרלוונטיים בדין הבינלאומי, חקיקת הכנסת גוברת.

המבקשים להצטרף לדיון בעתירות

28. 28 מרצים וחוקרים בפקולטות ובבתי ספר למשפטים בארץ המתמחים במשפט ציבורי, בינלאומי ובדיני קניין ביקשו להצטרף כ"ידידי בית המשפט" לעתירות. בחוות דעת שהגישו מטעמם נטען כי חוק ההסדרה הוא חוק יוצא דופן מבחינת תוכנו של ההסדר שנקבע בו ומבחינת האוכלוסייה הנפגעת ממנו. החוקרים מבקשים כי בית משפט זה יקבע שחוק ההסדרה אינו תקף וכי יש להכריז על בטלותו בשל שלוש עילות חלופיות: הראשונה מבוססת על המשפט החוקתי הישראלי ועניינה הפגיעה שמסב החוק לזכות הקניין ולזכות לשוויון של פלסטינים תושבי האזור; העילה השנייה נוגעת לאיסור המוטל על הכנסת לקבוע הסדרים בעניינם של תושבי האזור שאינם אזרחי ישראל; העילה השלישית נוגעת לסתירה בין חוק ההסדרה ובין דיני התפיסה הלוחמתית ונורמות נוספות במשפט הפלילי הבינלאומי ובמשפט זכויות האדם הבינלאומי.

ביום 15.3.2017 הורה השופט נ' הנדל כי בקשת ההצטרפות הנ"ל תידון במהלך הדיון בעתירות. בקשת המרצים להצטרף לעתירות וחוות הדעת שהגישו הובאו לעיונו וכן ניתנה להם אפשרות להוסיף טענות בעל פה, ובכך מוצתה הבקשה.

בקשת עפרה כפר שיתופי להתיישבות קהילתית בע"מ להצטרף כמשיבה לעתירה נדחתה על ידי השופט נ' הנדל ביום 2.7.2017. סמוך לפני הדיון שהתקיים בעתירות הגיש יוסף עזרא, שהוא לטענתו בעל נכסי מקרקעין בחרון ובשטחים נוספים, בקשה להצטרף לעתירות. לא ראיתי מקום להורות על צירופו של יוסף עזרא להליך מן הטעמים שפירט, משאין בטיעונו להוסיף על הטיעונים שבפנינו. עזרא אף לא נכח בדיון בעתירה וטעם זה לבדו מצדיק את דחיית בקשתו.

ההליכים לאחר הגשת העתירות

29. ביום 15.3.2017 הורה בית משפט זה (השופט נ' הנדל) על איחוד הדיון בעתירות דנן, וביום 17.8.2017 ניתן תוקף של צו ביניים ארעי להסדר הדיוני שהוצע על ידי היועץ המשפטי לממשלה ולפיו לא יבוצעו פעולות של רישום, נטילת זכויות במקרקעין, הקצאה ותכנון לפי סעיפים 3-6 לחוק. כמו כן, הליכי האכיפה והצווים המינהליים שעליהם חל החוק ביחס לבנייה קיימת ביישובים המנויים בתוספת – יוקפאו. עוד נקבע כי לא יבוצעו

צווים אופרטיביים שעליהם חל החוק, אשר יש בהם כדי לשנות את המצב הקיים כשטח (כגון צווי הריסה), וזאת לגבי בנייה קיימת ב"התיישבות" שלכאורה חלים לגביה סעיפים 3 ו-7 לחוק. היועץ המשפטי לממשלה הבהיר כי לפי הסדר זה לא תהיה כל מניעה לקיים פעולות של בחינה ובדיקה הנדרשות לפי הוראות סעיף 3 לחוק לשם בירור העובדות ביחס להיקף ההתיישבות שעליה חל חוק ההסדרה. זאת, בשים לב ללוחות הזמנים שנקבעו על ידי המחוקק ולכך שאין מדובר בפעולות בלתי הפיכות.

30. ביום 4.12.2017 הוצא על ידי צו על תנאי בעתירות ונקבע כי הדיון בהן יישמע בפני הרכב מורחב של תשעה שופטים. הדיון בעתירות התקיים ביום 3.6.2018 ובמסגרתו שבו הצדדים על טענותיהם והבהירו את הטעון הבהרה. לאחר הדיון אפשרנו לצדדים להגיש השלמת טיעון בכתב, אך דחינו את בקשת מועצת מטה בנימין לערוך סיור ביישובים מגרון, עמונה, עפרה ועלי (ראו החלטה מיום 29.7.2018). ביום 29.10.2018 הגישה מועצת מטה בנימין בקשה לבטל את צו הביניים ולחלופין להורות על צמצום כך שלא יחול על בנייה בישובים מצפה כרמים וחרשה. בקשה זו נדחתה אף היא (ראו החלטה מיום 25.11.2018). בהמשך, ביום 24.12.2018 הגיש היועץ המשפטי לממשלה הודעת עדכון מטעמו ובה פירט, בין היתר, את ההתקדמות ביישום אמצעים אחרים שיש בהם כדי להביא להסדרת הבנייה שבמוקד חוק ההסדרה והצדדים הגישו את תגובותיהם להודעת העדכון מטעם היועץ.

דיון והכרעה

31. אקדים אחרית לראשית ואומר כי לגישתי יש לאמץ את עמדת היועץ המשפטי לממשלה ולהורות על בטלותו של חוק ההסדרה. תוצאה זו נובעת מן המסקנה אליה הגעתי ולפיה החוק אינו עומד באמות המידה החוקתיות של המשפט הישראלי. נוכח מסקנה זו, מתייתר הצורך להכריע בשאלות עקרוניות נוספות וכבדות משקל המועלות בעתירות ובהן: שאלת סמכותה של הכנסת לחוקק חוק אשר חל בתחולה ישירה על האזור וכן שאלת תחולתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על האוכלוסייה הפלסטינית באזור, הכרוכה ושלובה בשאלת הסמכות. לשאלות עקרוניות אלה אתייחס, אפוא, להלן בקצירת האומר בלבד.

32. אכן, חוק ההסדרה עומד בסתירה לעיקרון הריבונות הטריטוריאלית והוא חריג בנוף דברי החקיקה הישראלים מאחר שהכנסת קבעה בו בחקיקה ראשית הסדרים שיחולו על פלסטינים תושבי האזור ועל מקרקעין המצויים באזור. אין זה המקרה הראשון שבו

מחוקקת הכנסת חוקים אשר להם תחולה ישירה בשטחי האזור (ראו חוק לתיקון ולהארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשס"ז-2007); עוד ראו: רובינשטיין, בעמ' 448-450; משה דרורי "ההתיישבות הישראלית ביו"ש והמשפט הנוהג בה" העלייה אל ההר ההתיישבות היהודית המתחדשת ביהודה ושומרון 217, 218-219 (2002); ראו עוד בג"ץ 5808/93 חברה כלכלית לירושלים בע"מ נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד מט(1) 89, 97 (1995)), אך חקיקה זו – בשונה מחוק ההסדרה שלפנינו – נועדה בעיקרה ליצור האחדה בדין החל על ישראלים בשטחי האזור ובשטחי ישראל, ולאפשר למדינה לאכוף את שלטונה וחוקיה על אזרחיה תושבי האזור (ראו עוד התפרקותה של פרדיגמת הכיבוש בשטחים, בעמ' 24-25). חוק ההסדרה לעומת זאת, מטרתו שונה. הוא לא נועד לקדם תכליות של האחדת הדין על אזרחים ישראלים ואף לא לייעל את אכיפתו. החוק נועד להסדיר ולהכשיר בדיעבד בנייה בלתי חוקית שבוצעה בישובים ישראלים באזור, וכפי שיבואר להלן הסדרה זו יש לה השלכות פוגעניות מרחיקות לכת על זכויות מהותיות של הפלסטינים באזור. זאת, הגם – שכאמור מעלה – המשפט, השיפוט והמינהל הישראלי אינם חלים בשטחים אלה ולתושבי האזור הפלסטינים אין מעמד בישראל. הקושי בהחלה האקסטרה-טריטוריאלית של חוק ההסדרה מתעצם לנוכח התפיסה הנורמטיבית שעליה עמדנו, לפיה המסגרת המשפטית שחלה בשטחי האזור היא זו הקבועה בדיני התפיסה הלוחמתית ובהתאם לאמור במנשר מס' 2, הנורמה הבסיסית החלה באזור היא שסמכות החקיקה נתונה למפקד הצבאי. כזכור, קבע המפקד הצבאי בסעיף 3(א) למנשר הנ"ל כי כל סמכויות החקיקה לגבי האזור או תושביו נתונות בידי ויפועלו על ידו או על ידי מי מטעמו בלבד (יעל רונן "תחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בגדה המערבית" שערי משפט ז' 149, 162 (2014)). המפקד הצבאי הוא אמנם אורגן מינהלי הפועל כחלק מהרשות המבצעת והוא נתון למרות הממשלה (ראו סעיף 2(א) לחוק-יסוד: הצבא), הפועלת מכוח אמון הכנסת (ראו סעיף 3 לחוק-יסוד: הממשלה). אך בהינתן הגישה של ממשלות ישראל לדורותיהן ולאורך עשרות שנים כי המפקד הצבאי הוא בעל סמכות החקיקה באזור, קיים קושי רב לשנות את נורמת הבסיס הנוהגת באשר לזהות הגורם המוסמך לחוקק באזור בעקיפין ובדרך של קביעת הסדרים פרטניים. בנסיבות אלה, סוגיית סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים אשר להם תחולה ישירה באזור, כמו גם שאלת כפיפותה של הכנסת בחקיקה מעין זו לכללי המשפט הבינלאומי החלים בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית, מעוררות קשיים לא מבוטלים ואינם נקיות מספקות.

בענייננו עם זאת, הביעו למעשה כל הצדדים, במידה כזו או אחרת, את העמדה לפיה ניתן לקיים את הדיון בעתירות מתוך הנחה שחוק ההסדרה כפוף לעקרונות החוקתיים שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו סעיפים 79 ו-81 לתגובת הממשלה;

סעיפים 99-104 לתגובת היועץ המשפטי לממשלה; פרוטוקול הדיון, בעמ' 47, שורה 30 לעמדת מועצת מטה בנימין). עמדה זו נובעת בהכרח מן הגישה התומכת בסמכותה של הכנסת לחוקק את חוק ההסדרה מלכתחילה. ממה נפשך: מחד גיסא, ככל שהכנסת נטולת סמכות לחוקק את חוק ההסדרה דינו להתבטל מטעם זה בלבד, והדיון בעילת חוקתיותו של החוק – מתייתר. מאידך גיסא, ככל שלכנסת קיימת סמכות לחוקק את חוק ההסדרה קשה להלום כי רשויות השלטון, והכנסת בכללן, תוכלנה לפעול בשטחי האזור כשהן משוחררות מערכי היסוד המיועדים להגנה על זכויות אדם, כל אדם, ומן הבלמים והאיזונים הקבועים בהקשר זה בחוקי היסוד. לשון אחר, כוחה של הכנסת לחוקק מותווה ומוגבל על-ידי חוקי היסוד (ראו גם פסקה 187 לתגובת הממשלה). החוקה – אותה נורמה חוקתית-על-חוקית – מטילה על המחוקק חובה לחוקק חוקים העולים בקנה אחד עם עקרונות שלטון החוק הפורמלי והמהותי, ובכלל זה שלא לפגוע בזכויות אדם בלא שאפשר להצדיק פגיעה זו באיזון שבין זכותו של הפרט וצרכי הכלל (ראו אהרון ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" משפט וממשל ה' 375, 395 (תש"ס)).

33. לצורך המשך הדיון אצא, איפוא, מנקודת מוצא הבוחנת את עילת החוקתיות המועלית כנגד חוק ההסדרה על פי העקרונות החוקתיים הקבועים בחוק היסוד, ואת סוגיית הסמכות אותיר לעת מצוא. לכך יש להוסיף את הזכויות הנגזרות ממעמד המיוחד של התושבים הפלסטינים באזור כ"תושבים מוגנים". המונח "תושבים מוגנים" אינו מופיע בתקנות האג, המתייחסות לחובות כלפי ה"אוכלוסייה המקומית" (דינשטיין, בעמ' 60; ארליך, בעמ' 9-11; להרחבה ראו גם Elizabeth Salmon, *Who is a Protected Civilian, in THE 1949 GENEVA CONVENTIONS – A COMMENTARY* 1135, 1137 (2015)). ואולם, בדונו בדיני התפיסה הלוחמתית החלים באזור ובהגנות הנתונות מכוחם לתושבים הפלסטינים המתגוררים באזור, התייחס בית משפט זה לתושבים אלה כ"תושבים מוגנים", על פי הגדרתו של מונח זה בסעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית, הקובע כי:

"Persons protected by the Convention are those who, at a given moment and in any manner whatsoever, find themselves, in case of a conflict or occupation, in the hands of a Party to the conflict or Occupying Power of which they are not nationals [...]"

כמו כן ראה בית המשפט בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית – המונה שורה של זכויות אדם הנתונות לתושבים מוגנים – מקור אשר ממנו יש לשאוב את ההגנה על זכויות אלה של תושבי האזור הפלסטינים (בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור

יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 365, 349 (2003); בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 394, 385 (2004); עניין בית סוריק, בעמ' 836; עניין מראעבה, בעמ' 504).

34. הנה כי כן, קיימים בענייננו מקורות נורמטיביים שמקורם במשפט הבינלאומי אשר יש להביאם בחשבון במסגרת הבחינה החוקתית. למקורות אלה, ולאופן שבו פורשו על ידי בית משפט זה לאורך השנים, השפעה על זכותם של הפלסטינים תושבי האזור לקניין ולשוויון, וכן על היקף ההגנה הניתנת לזכויותיהם אלה (ראו, בין רבים: בג"ץ 2150/07 אבו צפייה נ' שר הביטחון, פסקה 20 לחוות הדעת של השופט ע' פוגלמן (29.12.2009) (להלן: עניין אבו צפייה); בג"ץ 281/11 ראש מועצת בית איכסא נ' שר הביטחון, פסקה 26 (6.9.2011) (להלן: עניין בית איכסא); בג"ץ 9594/09 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, פסקה 19 (21.4.2010); ראו עוד בן-נפתלי ושני, בעמ' 178-179; התפרקותה של פרדיגמת הכיבוש בשטחים, בעמ' 20-21; דינשטיין, בעמ' 130).

אך טרם שנידרש לבחינה החוקתית של חוק ההסדרה, מן הראוי להידרש בקצרה לטענות הסף שהעלתה מועצת מטה בנימין.

טענות סף

35. מועצת מטה בנימין העלתה שורה של טענות סף המצדיקות, לגישה, את דחיית העתירות. נטען כי העתירות אינן בשלות וכי הן תיאורטיות ובלתי מבוססות, שכן החוק טרם יושם ולא נאספו די נתונים שיש בהם כדי להעיד על פגיעתו בזכויות. טענה זו דינה להידחות. לגישה, המקרה שלפנינו איננו המקרה המתאים להחלת דוקטרינת היעדר הבשלות אשר מצאה לה אחיזה מסוימת בפסיקתו של בית משפט זה מן השנים האחרונות (ראו, למשל: בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל, חוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור (18.1.2006); בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר, פסקאות 26-33 (5.1.2012); בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת, פסקה 12 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס (17.9.2014) (להלן: עניין סבח)). זאת, משום שהשאלות המתעוררות בעתירות שלפנינו הן שאלות משפטיות מובהקות שההכרעה בהן אינה מצריכה תשתית עובדתית נוספת וממילא אין היא מצדיקה המתנה להבשלתה של תשתית כזו (השוו לעניין סבח, פסקה 15 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס). עשויה אמנם להתעורר שאלה בדבר היקף המקרקעין המיועדים להסדרה על פי המנגנון הקבוע בחוק ובדבר זהות בעלי הזכויות באותם המקרקעין, אך מנגנון ההסדרה הקבוע בחוק ברור

וידוע, המועדים שנקבעו ליישומם ברורים וידועים, ומהות הזכויות שעלולות להיפגע כתוצאה מכך, להבדיל מהיקפן, ידועה אף היא. ובנוסף, הממשלה לא חלקה כלל על כך שהחוק יש בו משום פגיעה בזכות לקניין של בעלי הזכויות הפלסטינים במקרקעין שעליהם חל החוק. איני סבורה על כן, כי יישום החוק והנתונים שיאספו בעקבות כך, יש בהם כדי להשפיע באופן ממשי על ההכרעה בעתירות. לכך יש להוסיף כי דחיית הדיון בעתירות עלולה להוביל למצב של קביעת עובדות בלתי הפיכות בשטח, שתקשה על השבת המצב לקדמותו (השוו לעניין סבח, פסקה 16 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס) ונראה כי מטעם זה לא ראתה הממשלה להישען מצידה על דוקטרינת חוסר הבשלות (ראו בפסקה 167 לתגובת הממשלה). בנסיבות אלה, ובשים לב לאינטרס הציבורי המובהק הקיים בבירור העתירות אני סבורה, כאמור, כי טענת היעדר הבשלות שהעלתה מועצת מטה בנימין דינה להידחות.

36. המועצה מוסיפה וטוענת כי דין העתירות להידחות על הסף בשל היעדר זכות עמידה לעותרים, שכן איש מהם אינו בעל זכויות במקרקעין העלול להיפגע כתוצאה מיישום החוק. נטען כי בירור הטענות שבעתירות מבלי שבעלי הזכויות עצמם הם שפנו לבית המשפט עלול לגרור את בעלי הזכויות לבירור משפטי בעל כורחם, וכי אין לאפשר בירור של העתירות מבלי שהונחה בפני בית המשפט תשתית עובדתית הנוגעת לפגיעה קונקרטית בבעלי זכויות במקרקעין. בטענות אלו לא מצאתי ממש. אכן, ככלל לא ייעתר בית המשפט לעתירה ציבורית מקום שברקע העניין מצוי נפגע פרטי אשר אינו פונה לבית המשפט בבקשת סעד על פגיעתו. אך על פי ההלכה הנוהגת עמנו מזה עשרות בשנים, נתונה לעותר ציבורי זכות עמידה ככל שהדבר נוגע לקידומו של שלטון החוק, לאכיפתם של עקרונות חוקתיים, וכן כאשר יש לתקן פגם מהותי שנפל בפעולת המינהל הציבורי (בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(2) 62, 68-70 (2003)). טענה נוספת שהעלתה המועצה היא כי העותרות 1-17 בבג"ץ 1308/17 הן אורגנים מינהליים ברשות הפלסטינית, שאין לאפשר להם זכות עמידה בבית משפט זה. טענה זו הועלתה באורח כללי וללא ביסוס משפטי ועובדתי ודי בטעם זה על מנת לדחותה. למעלה מן הצורך יצוין כי בניגוד לטענת המועצה, סוגיית מעמדה של הרשות הפלסטינית ושל גורמיה בפני בית משפט זה, ככל שהדבר נוגע לזכות העמידה בעניינים דוגמת אלה המועלים בעתירות דנן, לא הוכרעה בבג"ץ 1104/10 השר לענייני אסירים ומשוחזרים ברשות הפלסטינית נ' נציב שירות בתי הסוהר (23.2.2011).

37. השאלה הראשונה שיש לבחון בתהליך הבחינה החוקתית היא האם חוק ההסדרה פוגע בזכויות יסוד חוקתיות? שאלה זו תיבחן תוך התייחסות לזכויות היסוד המוגנות מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו והיא מתמקדת בשתי זכויות עיקריות – הזכות לקניין והזכות לשוויון.

הזכות לקניין

38. על מעמדה של זכות הקניין במשפט הישראלי אין צורך להכביר מילים. זכות זו הוכרה כזכות יסוד בשיטתנו המשפטית עוד טרם חקיקת חוק היסוד (ראו ע"א 377/79 פייצר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת-גן, פ"ד לה(3) 645, 656 (1981); ע"א 524/88 "פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מה(4) 529, 546 (1991)), והיא זכתה למעמד חוקתי על-חוקי עם חקיקת חוק היסוד, הקובע בסעיף 3 כי "אין פוגעים בקנינו של אדם" (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 431 (1995); עע"ם 5839/06 בראון נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, מחוז המרכז, פסקה 9 (25.9.2008)).

39. ההגנה על זכות הקניין כמשמעותה בחוק היסוד, משתרעת גם על זכויות אובליגטוריות בעלות ערך רכושי (עניין חוף עזה, בעמ' 583; בג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' הכנסת, פסקה 24 לחוות דעתי (23.4.2020) (להלן: עניין הפיקדון)), ובעשורים האחרונים ניכרת מגמה שעיקרה הגברת היקף ההגנה על הזכות לקניין פרטי, מקום שבו מדובר בנטילת מקרקעין (ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ – החברה הלאומית לדרכים בישראל, פסקה 63 (14.5.2012) (להלן: עניין רוטמן); בג"ץ 2390/96 קרטיק נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625, 638-639 (2001) (להלן: עניין קרטיק)). על הטעמים לכך עמד השופט י' טירקל בדנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289 (2004) בציינו:

"כאשר מדובר בקניין שבמקרקעין בהקשר כזה מדובר בדרך-כלל במצבור עמלו של אדם במשך ימי חייו, בתקוותו ובמשענו לעת זקנה ובירושה שהוא מבקש להוריש לילדיו על-מנת שחייהם יהיו טובים ונוחים משלו. לפגיעה בקניין פרטי שכזה יש משקל גדול במיוחד לגבי האדם הנפגע" (שם, בעמ' 335).

אכן, מקרקעין של אדם הם פעמים רבות נכס רב משמעות עבורו ושלילתם עלולה לפגוע בו לא רק בשל הפגיעה הכלכלית הגלומה בכך אלא גם בשל הזיקה והקשר שהפרט מפתח כלפי מקרקעין שהם קניינו (עניין רוטמן, פסקה 65).

40. 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" (ההדגשה הוספה). בהסתמך על תקנה 46, חזר בית משפט זה ושנה כי המפקד הצבאי באזור מחויב להגן על קניינם של התושבים הפלסטינים – בהיותם "תושבים מוגנים". הגנה זו, כך נקבע, נושאת עמה חובה כפולה: חובה שלילית, להימנע מפעולות הפוגעות בקניינם של תושבים אלה; וחובה חיובית, לבצע פעולות המבטיחות כי קניינם לא יפגע על ידי אחרים (עניין בית סוריק, בעמ' 836; בג"ץ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נט(5) 368, 376-378 (2005); בג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פסקה 14 (26.6.2006) (להלן: עניין מוראר); בג"ץ 8887/06 אל-נאבות נ' שר הביטחון, פסקה 16 (2.8.2011); עניין בית איכסא, בפסקה 26; בג"ץ 5665/11 כפר אדומים כפר שיתופי להתיישבות קהילתית בע"מ נ' שר הביטחון, פסקה 14 (10.10.2012); בג"ץ 7292/14 מוסא נ' שר הביטחון, פסקה 24 (1.9.2016)). על משמעותה של חובה זו בהיבט האקטיבי עמד בית משפט זה, בין היתר, בבג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון (25.12.2014) (להלן: עניין חמאד) בקובעו:

"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" (שם, בפסקה 15).

41. האם חוק ההסדרה פוגע בזכות של תושבי האזור הפלסטינים לקניין?

על מנת להשיב על שאלה זו יש לבחון את הסעיפים הרלוונטיים באותו החוק. המנגנון להסדרת ההתיישבות באזור, שהוא לב ליבו של החוק, נקבע בסעיף 3 וזו לשונו:

3. מצאו רשויות האזור כי בתקופה שקדמה ליום פרסומו של חוק זה נבנתה בתום לב התיישבות במקרקעין הטעונים הסדרה או ניתנה הסכמת המדינה לבנייתה, יחולו לגבי כל המקרקעין שעליהם נבנתה אותה התיישבות ערב יום פרסומו של חוק זה ההוראות האלה:

רישום של
מקרקעין
הטעונים
הסדרה או
נטילת
זכויות
השימוש
וההחזקה
בהם

(1) מקרקעין שאין בהם בעל זכויות במקרקעין – הממונה ירשום אותם כרכוש ממשלתי, לפי סעיף 2ג לצו בדבר רכוש ממשלתי;

(2)(א) מקרקעין שיש בהם בעל זכויות במקרקעין – רשויות האזור ייטלו את זכויות השימוש וההחזקה במקרקעין ויעבירו אותן לממונה, אם מצאו כי הסכום שהושקע בבניית ההתיישבות עלה, בשעת הבנייה, על שוויים של המקרקעין בלי ההתיישבות באותה שעה;

(ב) נטילת זכויות השימוש וההחזקה כאמור בפסקה זו, תיעשה, ככל האפשר, בהתאם להוראות חוק הקרקעות הירדני, ככל שהן אינן סותרות את הוראות חוק זה, והיא תעמוד בתוקפה עד להכרעה מדינית בדבר מעמדו של האזור וההתיישבות בו. (ההדגשות הוספו).

סעיף 3 המצוטט לעיל מתייחס בהיבט הקנייני לשני מצבים: האחד, נוגע ל"מקרקעין שאין בהם בעל זכויות במקרקעין" (סעיף 3(1) לחוק) והשני, ל"מקרקעין שיש בהם בעל זכויות במקרקעין" (סעיף 3(2) לחוק).

מחי הפגיעה הנגרמת לזכות לקניין פרטי בכל אחד משני המצבים?

(1) מקרקעין שיש בהם בעל זכויות

42. סעיף 3(2) קובע כי רשויות האזור ייטלו את זכויות השימוש והחזקה במקרקעין שיש בהם בעל זכויות ויעבירו אותן לממונה. נטילת הזכויות כאמור מותנית בכך שהסכום שהושקע בבניית ההתיישבות שעל המקרקעין עלה, בשעת הבנייה, על שווי המקרקעין ללא המחברים אליהם. סעיף 8 קובע כי בעל הזכויות במקרקעין זכאי לפיצוי – בכסף או בקרקע חלופית – בגין נטילת הזכויות במקרקעין, וזאת בהתאם למנגנון הקבוע לכך באותו הסעיף. סעיף 4(ב) לחוק קובע כי נטילת זכויות השימוש והחזקה במקרקעין על ידי רשויות האזור בהתאם לסעיף 3(2) לחוק תעשה בתוך שישה חודשים מיום פרסומו. סעיף 5 לחוק קובע כי 60 יום לאחר נטילת הזכויות, כאמור, יקצה אותן הממונה לצרכי ההתיישבות שנבנתה על המקרקעין, וזאת באמצעות מוסד מיישב, כמשמעותו בחוק המועמדים להתיישבות חקלאית, התשי"ג-1953 (להלן: חוק המועמדים להתיישבות חקלאית), קרי "ממשלה, ההסתדרות הציונית העולמית – הסוכנות היהודית לא"י, וכל גוף אחר העוסק ביישוב בני אדם על הקרקע, ושר החקלאות, בהודעה ברשומות, הכיר בו כמוסד מיישב לענין חוק זה". והכל עד להסדרה מדינית בדבר מעמד האזור וההתיישבות.

43. דומה כי הפגיעה בזכות הקניין של בעל הזכויות במקרקעין בעקבות הסדרת נטילת זכויות השימוש והחזקה בהם על פי סעיף 3(2) לחוק, היא פגיעה מובהקת וברורה. למעשה, מכשיר הסעיף בדיעבד את נטילתן הבלתי חוקית של זכויות שימוש וחזקה במקרקעין שיש בהם בעל זכויות. על היקפה ועוצמתה של הפגיעה ניתן ללמוד, בין היתר, מנתוני המינהל האזרחי שהובאו בפסקה 16 לעיל מהם עולה כי נכון לשנת 2016 היו באזור 3,455 מבני קבע ומבנים יבילים בלתי חוקיים של התיישבות הישראלית על מקרקעין בבעלות פלסטינית פרטית. עוד ניתן ללמוד מנתוני המנהל האזרחי כי מתוך כלל המבנים הללו, 1,576 מבנים נבנו על קרקע פלסטינית מוסדרת בבעלות פרטית.

השאלה האם פגיעה זו עומדת באמות המידה הקבועות בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד, תידון בהמשך אך על עצם הפגיעה בזכות הקניין של בעל הזכויות במקרקעין לא ניתן לחלוק שכן נטילת זכויות השימוש והחזקה במקרקעין, גם אם אין בה משום נטילת הבעלות עצמה, עלולה להסב לבעלי הזכויות פגיעה בשל שלילת היכולת להשתמש בהם או לעבדם כמקור פרנסה (השוו לפסיקת בית הדין של האיחוד האירופי לזכויות אדם, *Loizidou v. Turkey (Merits)* (European Court of Human Rights, 1996), בפסקה 63-64 לדעת הרוב; ראו עוד דינשטיין, בעמ' 225; גרוס, בעמ' 81-82).

למעשה אף הממשלה מודה כי הסדרים מסוימים בחוק פוגעים בזכות הקניין של התושבים הפלסטינים באזור. עם זאת, הממשלה ומועצת מטה בנימין העלו בהקשר זה את הטענה כי במקרים רבים אין בעלי הזכויות הפלסטינים יכולים ממילא לעשות שימוש במקרקעין, משום שהם "כלואים" בתוך ההתיישבות הישראלית. על כן, כך הטענה, ככל שקיימת פגיעה בזכות הקניין של בעלי הזכויות באותם המקרקעין, מדובר לכל היותר בפגיעה מצומצמת ביותר אשר אינה מקימה על פני הדברים עילה חוקתית. טענה זו נטענה באורח כללי ומבלי שהממשלה והמועצה הציגו נתונים ופרטים כלשהם לביסוסה. יתרה מכך, לא מן הנמנע כי "כליאתם" של מקרקעין בתוך ההתיישבות הישראלית היא לכתחילה תולדה של נטילתם שלא כחוק מידי בעלי הזכויות בהם, וככל שזה מצב הדברים ברי כי טענת הפגיעה המצומצמת אינה יכולה לעמוד.

(2) מקרקעין שאין בהם בעל זכויות

44. סעיף 3(1) לחוק קובע כי הממונה "ירשום" מקרקעין שאין בהם בעל זכויות כרכוש ממשלתי וזאת, בתוך 12 חודשים מיום פרסום החוק (סעיף 4(א) לחוק). במהלך תקופה זו רשאי הטוען לזיקה במקרקעין לנסות ולהוכיח את זכויותיו, וככל שהדבר יעלה בידיו יחול לגביהם מסלול ההסדרה הקבוע בסעיף 3(2) לחוק שעליו עמדנו לעיל. סעיף 5 לחוק ההסדרה הנוגע להקצאת הזכויות לצרכי ההתיישבות שנבנתה, חל בהתאמה גם על מסלול ההסדרה שבסעיף 3(1) לחוק.

45. ההסדר הקבוע בסעיף 3(1) מתייחס אמנם לפי נוסחו למצבים שבהם אין בעל זכות במקרקעין. אך בצדק ציין היועץ המשפטי לממשלה כי לא ניתן להתעלם מן הפגיעה הקשה בזכות הקניינית של תושבי אזור פלסטינים בשל רישום אדמות כרכוש ממשלתי לפי סעיף זה. היועץ מתייחס בהקשר זה למציאות המשפטית והעובדתית המתקיימת באזור ולמדיניות המוצהרת של המדינה מזה עשרות בשנים, בכל הקשור להסדרת אדמות האזור בציינו כי ככל שהדבר נוגע לאדמות אלה, הסדר המקרקעין לגביהן הופסק בהוראת המפקד הצבאי לאחר כניסת כוחות צה"ל לאזור בשנת 1967 ולא חודש מאז. על כן, כך מוסיף היועץ ומציין "חלק הארי של המקרקעין באזור (כשני שלישים) אינו מוסדר ורשום [...] [1] סעיף 3(1) לחוק תופס אפוא ברשתו גם מצבים שבהם מדובר במקרקעין, אשר למצער ברמת הראיות המינהליות יש לתושב פלוני זיקה קניינית מספקת אליהם, ומורה לרושםם בתוך 12 חודשים כרכוש ממשלתי". היועץ מדגיש כי ברור וגלוי שפרק זמן קצר זה אינו מאפשר הוכחת בעלות במקרקעין לא מוסדרים, או הוכחת זכות להירשם כבעל זכויות במקרקעין מסוג זה (ראו בהקשר זה בג"ץ 1315/12 חושיה נ' שר הבטחון, פסקה 4 (16.12.2014) (להלן: עניין חושיה); Private Property and Public Power, בעמ' 132; קדד,

בעמ' 711-727; רע"א 2505/16 אנג'ל נ' המינהל האזרחי ביהודה ושומרון, פסקה 31 (22.12.2016); סוכובולסקי, כהן ואדליך, בעמ' 37-47 ובעמ' 50-51; דיני רישום מקרקעין, בעמ' 271-275; וינצקי וקרמר, בעמ' 136-139). על כן, אם יירשמו מקרקעין כאמור כרכוש ממשלתי בתום 12 חודשים אין מדובר רק בהפקעת זכות השימוש במקרקעין אלא בהפקעת מכלול הזכויות בהם ללא כל פיצוי, בכפוף לאמור בסעיף 8(ד) לחוק.

לסיכום הפרק הנוגע לפגיעה בזכות הקניין ניתן לומר כי סעיף 3 על שני מסלולי ההסדרה הקבועים בו פוגע בזכות לקניין של תושבי אזור פלסטינים.

הזכות לשוויון ולכבוד

46. הזכות לשוויון היא "נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969)). וכבר נפסק כי "הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות [...] השוויון שומר על השלטון מפני השרירות" (בג"ץ 953/87 פורז נ' שלמה להט, ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 332 (1988)), והוא "אמצעי להשגת צדק, דרך לביצוע תפקידיה של הרשות ביושר ובהגינות, על-מנת להגיע לתוצאה צודקת" (דברי השופטת ש' נתניהו בבג"ץ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה, פ"ד לז(3) 17, 20 (1983)). אך לא כל פגיעה בו תחשב פגיעה בזכות במובנה החוקתי. מודל הביניים שאימץ בית משפט זה בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (11.5.2006) קובע כי הזכות לשוויון היא חלק מזכותו של אדם לכבוד, המעוגנת בסעיף 2 לחוק היסוד, ובלבד שהיא קשורה לכבודו בקשר הדוק (שם, פסקה 38 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק; ראו עוד בג"ץ 2911/05 אלחנתי נ' שר האוצר, פסקה 17 לחוות דעתי (15.6.2008); בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, פסקה 11 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש (23.2.2012) (להלן: עניין ניר); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פסקה 45-44 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש (22.5.2012) (להלן: עניין נסר); ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 285-287 (2016) (להלן: ברק מדינה)). כך גם נפסק בעבר כי המבחן לקיומה של אפליה הוא מבחן אובייקטיבי המתמקד בתוצאה של מימוש הנורמה העומדת לביקורת, והוא אינו מוגבל אך למחשבתו הסובייקטיבית של יוצר הנורמה. השאלה אינה אם קיימת כוונה להפלות קבוצה זו או אחרת, אלא מהי התוצאה הנוצרת במציאות בעקבותיה (בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 18 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק (27.2.2006) (להלן: עניין ועדת המעקב העליונה); השוו לעניין אבו צפיה, פסקה 5 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש).

47. האם פרט לפגיעתו בזכות החוקתית לקניין, פוגע חוק ההסדרה גם בזכות לכבוד ולשוויון של תושבי האזור הפלסטינים?

העותרים טוענים בהקשר זה – בין היתר – כי החוק מסדיר ומכשיר בדיעבד בנייה בלתי חוקית של תושבים ישראלים באזור בעוד שהתושבים הפלסטינים חשופים לסכנת אכיפה, הריסה ופינוי כתוצאה מבנייה בלתי חוקית שביצעו. בכך, לטענת העותרים, נגרמת פגיעה חריפה בזכותם של תושבי האזור הפלסטינים לשוויון. הם מפנים בהקשר זה לסעיפים 3, 5 ו-7 לחוק ההסדרה וטוענים כי הוראות אלה, על פי מהותן, נועדו להיטיב רק עם המתיישבים הישראלים באזור.

48. סעיף המטרה בחוק, כפי שאושר לבסוף בכנסת, נוסח אומנם באופן נייטרלי, וזו לשונו: "מטרת החוק היא להסדיר את ההתיישבות ביהודה ושומרון ולאפשר את המשך ביסוסה ופיתוחה". אולם, בחינת ההיסטוריה החקיקתית של החוק וכן עיון במכלול סעיפיו מלמדים כי ההסדר הקבוע בו אכן נועד להיטיב עם ההתיישבות הישראלית בלבד, וזאת מן הטעמים הבאים:

סעיף 3 לחוק מתנה את תחולת מנגנון ההסדרה הקבוע בו בכך שהבנייה הבלתי חוקית נעשתה ב"תום לב" או ב"הסכמת המדינה". סעיף 2 לחוק מגדיר בהקשר זה את המונח "מדינה" כ"ממשלת ישראל או משרד ממשלתי הממשלה, רשויות האזור, רשות מקומית או מועצה אזורית בישראל או באזור ומוסד מיישב". הגדרה זו מוציאה למעשה מתחולת החוק את הבנייה הבלתי חוקית ביישובים הפלסטינים שבאזור ותוחמת את ההסדרה הקבועה בו להתיישבות הישראלית באזור בלבד. זאת משום שהרוב המוחלט של ההתיישבות שהתבצעה לאורך השנים בהסכמת הגופים המוגדרים בחוק כ"מדינה" היא התיישבות ישראלית. העובדה שהמונח "מדינה" מתייחס, בין היתר, לכל "מוסד מיישב", כמשמעותו בחוק המועמדים להתיישבות חקלאית, מחזקת את המסקנה האמורה שכן "מוסד מיישב" הוגדר באותו החוק כ"ממשלה, ההסתדרות הציונית העולמית – הסוכנות היהודית לא"י, וכל גוף אחר העוסק ביישוב בני אדם על הקרקע, ושר החקלאות, בהודעה ברשומות, הכיר בו כמוסד מיישב לענין חוק זה". קרי – מדובר בגופים בעלי זיקה הדוקה להתיישבות הישראלית (ראו בהקשר זה גם פסקה 244 לתגובת מועצת מטה בנימין; על מעורבותה המשמעותית של הסתדרות הציונית בקידום ההתיישבות הישראלית באזור ראו בדו"ח ששון, בעמ' 27-28 ובעמ' 118-137; השוו לדו"ח לוי, בעמ' 32-40; וינצקי וקרמר, בעמ' 190-191).

49. תפקידו של ה"מוסד המיישב", על פי חוק ההסדרה, אינו מסתכם אך בהיותו אחד הגופים אשר "הסכים" לבנייתה של ההתיישבות הישראלית במקרקעין הטעונים הסדרה. סעיף 5 לחוק מקנה לו תפקיד נוסף כגוף אשר באמצעותו יוקצו הזכויות במקרקעין שניטלו או נרשמו על ידי הממונה, וזאת לצורכי ההתיישבות שנבנתה עליהם. בהקשר זה טוען היועץ המשפטי לממשלה בצדק כי רשימת הגופים העונים להגדרת "מוסד מיישב", מעלה "בהסתברות גבוהה למדי (וזו בלשון המעטה)", כי מטרתם היא קידום ההתיישבות הישראלית באזור בלבד. עמדתו זו של היועץ המשפטי אף נתמכת בנתוני העבר שפורטו במכתב של המינהל האזרחי במענה לבקשת חופש מידע מיום 13.6.2018. ממכתב זה עולה כי מאז שנת 1967 הוקצו כ-1625 דונמים בלבד של אדמות מדינה לאוכלוסייה הפלסטינית. ולשם השוואה, משנות ה-70 של המאה הקודמת ועד אמצע שנות ה-2000 הקצה הממונה לחטיבה להתיישבות כ-450,000 דונמים של אדמות מדינה בשטח C לצורך יישובם על ידי ישראלים. כ-3,500 דונמים נוספים הוקצו למשרד הביטחון לשימוש על ידי צה"ל, ושטחים נוספים הוקצו לטובת חקלאים ישראלים, לאזורי תעשייה בניהול ישראלי ולתחנות דלק ישראליות (מבקר המדינה דו"ח שנתי 63 ב-165 (2013) (להלן: דו"ח שנתי 63); דו"ח שנתי 56א, בעמ' 218; עוד ראו בהקשר זה את הנתונים שהוצגו בפסקה 86 לחוות הדעת מטעם המרצים המבקשים להצטרף; וכן רוני פלי "משפט הפרדוקסים: בעקבות דנג"ץ 9367/17 זיאדה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" מבזקי הארות פסיקה 40, 56 (2018)).

50. הוראה נוספת בחוק ההסדרה המוליכה אל המסקנה כי בפנינו חוק המפלה את התושבים הפלסטינים שבאזור היא הוראת סעיף 7 לחוק. הוראה זו קובעת הסדר בדבר התליית הליכי אכיפה וצווים מינהליים לגבי בנייה בהתיישבות אשר מתקיימים בה התנאים שבסעיף 3 רישא (למעט הליכים וצווים מינהליים שניתנו צווים שיפוטיים או פסקי דין בדבר מימושם), וזאת עד להשלמת הליכי התכנון. החוק אינו קוצב מועד מוגדר להשלמת הליכי התכנון, למעט הקביעה בסעיף 6 כי על המדינה להשלים "מהר ככל האפשר". כפי שראינו, הרוב המוחלט של המקרים אשר עונים על התנאים שבסעיף 3 רישא עניינם בבנייה בהתיישבות ישראלית. משכך, התליית הליכי האכיפה והצווים המינהליים כאמור בסעיף 7, תחול ממילא רק על בנייה זו. בנוסף לכך, נקבע בסעיף 11 לחוק כי יותלו גם הליכי אכיפה וצווים מינהליים שהוצאו ביחס לבנייה ב-16 יישובים המנויים בתוספת לחוק, וזאת למשך 12 חודשים מיום פרסומו. עוד נקבע בסעיף 11 כי במהלך תקופה זו יבחן הממונה אם מתקיימים ביישובים אלה התנאים הקבועים בסעיף 3 לחוק. עיון ברשימת היישובים המנויים בתוספת מעלה כי כולם, ללא יוצא מן הכלל, הם יישובים ישראלים והדברים מדברים בעד עצמם.

51. בחינת ההיסטוריה החקיקתית של החוק מעידה אף היא שהחוק נועד לשם "מתן פתרון למורכבות עובדתית ומשפטית שמאפיינת את ההתיישבות הישראלית" (פסקה 177 לתגובת הממשלה. עוד ראו פסקה 178). בהצעת החוק צוין הדבר במפורש בסעיף המטרה בו נאמר כי החוק נועד "להסדיר את ההתיישבות הישראלית ביהודה והשומרון ולאפשר את המשך ביסוסה ופיתוחה" (ההדגשה הוספה). דברי ההסבר בהצעת החוק התייחסו אף הם מפורשות לכך בציינם כי מטרת החוק היא "להסדיר את מעמדם של יישובים ישראלים ביהודה והשומרון [...] כדי לאפשר את המשך ביסוס ופיתוח ההתיישבות הישראלית באזור" (ההדגשות הוספו). השמטת המילה "ישראלית" בנוסח הסופי של החוק אין בה כדי לשנות מן המסקנה כי הוא נועד ליתן מענה למגזר ההתיישבות הישראלי באזור בלבד, תוך מתן עדיפות למגזר זה על פני המגזר הפלסטיני. הממשלה, הכנסת ומועצת מטה בנימין טענו בהקשר זה כי קיימת בנייה ביישובים פלסטינים שאף עמה צפוי החוק להיטיב. ואולם, לא הוצג בהקשר זה נתון כלשהו לביסוס הדברים, ומשכך נותרה טענה זו טענה בעלמא.

52. העולה מן האמור הוא כי פגיעתם של ההסדרים הקבועים בחוק, לא כל שכן משקלם המצטבר, מתמקדת רובה ככולה בפלסטינים תושבי האזור (השוו השוו בג"ץ 6698/95 קעטאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 279-280 (2000) (להלן: עניין קעטאן); עניין נסר, פסקה 46 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש). זאת, שכן החוק נותן עדיפות מובהקת לתושבי האזור הישראלים על פני התושבים הפלסטינים שם, הן בכל הנוגע לשמיטת הליכי האכיפה והן בהקצאת המקרקעין ובהכשרה בדיעבד של הבנייה הבלתי חוקית בהם.

53. הממשלה, הכנסת ומועצת מטה בנימין הוסיפו וטענו כי ככל שהחוק מיטיב עם ההתיישבות הישראלית באזור, אין בכך הפליה פסולה כי אם הבחנה מותרת. זאת, משום שלשיטתן קיים שוני רלוונטי בין ההתיישבות הישראלית באזור ובין ההתיישבות הפלסטינית שם. לטענת המשיבות, מרבית התושבים הפלסטינים באזור כלל אינם מתגוררים בשטחי C שבהם מצויים המקרקעין שעליהם חל החוק, ועל כן לא נפגעות זכויותיהם. עוד הן טוענות כי החוק נותן מענה למציאות החיים באזור המפלה דווקא תושבים יהודים, שכן חוקי הרשות הפלסטינית אוסרים על פלסטינים למכור מקרקעין באזור ליהודים, ולכן התושבים היהודים הם אלה שמוגבלים ביכולתם לרכוש מקרקעין כדין בשטחי האזור. לבסוף ובהסתמך, בין היתר, על פסק דינו של בית משפט זה בעניין ניר נטען כי החוק מבקש ליתן מענה לבעיה ייחודית המאפיינת את ההתיישבות

הישראלית באזור, שהוקמה – בניגוד להתיישבות הפלסטינית – בעידוד המדינה מבלי שזו דאגה להסדיר התיישבות זו.

54. השאלה הנשאלת בהקשר זה היא מהי קבוצת השוויון הרלוונטית להשוואה. קבוצת השוויון נקבעת על סמך בחינת תכלית הנורמה המבחינה, מהות העניין, ערכי היסוד של השיטה ועל פי הנסיבות הפרטניות בכל מקרה ומקרה (ראו עניין נסר, פסקה 37 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש). שלטון החוק הוא עקרון יסוד בשיטתנו המשפטית והוא משמיע לנו כי הכל שווים בפני החוק בעוד שהסדרה והכשרה בדיעבד של בנייה בלתי חוקית פוגעת בשלטון החוק ויש בה כדי לעודד עבריינות. אומנם, כפי שצוין לעיל, על הישראלים החיים באזור חלות באופן פרסונלי נורמות נוספות של המשפט הישראלי, ואולם מטרת החלתן של נורמות אלו, ככלל, היא ליצור אחידות ביחס לדינים החלים על ישראלים בשטחי האזור ובשטחי ישראל, ולאפשר למדינה לאכוף את שלטונה וחוקיה על אזרחיה תושבי האזור. בענייננו לעומת זאת, יוצר חוק ההסדרה מצב שבו עברייני בנייה באזור זוכים ליחס שונה ומיטיב מזה שזוכים לו עברייני בנייה פלסטינים תושבי האזור ולמעשה גם עברייני בנייה בתוך ישראל עצמה. החלתו בפועל של דין שונה על אוכלוסיות באזור ככל שהדבר נוגע לביצוען של עבירות בנייה ופלישה למקרקעין פרטיים, וזאת בשל שיקולים של השתייכות דתית או לאומית "נוגדת באופן חריף את העיקרון של שוויון בפני החוק [...] היא מקוממת מבחינת הצדק; היא מסכנת את מערכת המשפט" (בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית-באר שבע, פ"ד נג(3) 289, 305 (1999); השוו בג"ץ 1027/04 פורום הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל, פסקה 51 לחוות הדעת של השופטת ע' ארבל (9.6.2011)).

לפיכך, בכל הקשור למדיניות המבחינה בין בנייה שלא כדין בישובים פלסטינים באזור לבנייה שלא כדין בישובים ישראלים באזור, איני סבורה כי קיים שוני רלוונטי בין שתי האוכלוסיות.

55. פסק הדין בעניין ניר אף הוא אין בו כדי לסייע למשיבות ככל שהדבר נוגע לביסוסו של שוני רלוונטי השולל פגיעה בזכות החוקתית לשוויון. בעניין ניר נדרש בית משפט זה לבחון מדיניות אכיפה שעוגנה בחוק הפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין תכנית ההתנתקות, התש"ע-2010. בית המשפט עמד על כך שתוצאת החלתו של חוק זה היא "קשה ואינה שוויונית, כיוון שהיא מייחדת קבוצה אחת בחברה הישראלית ומחריגה אותה מהדין הפלילי". עוד נפסק כי "קבוצת השוויון הרלוונטית בנסיבות אלה היא למעשה הציבור כולו, החשוף להעמדה לדין, או שהועמד כבר לדין בגין עבירות דומות" (שם, בפסקה 16 לחוות הדעת של הנשיאה ד' ביניש). בית המשפט הוסיף ובחן האם

מדובר באותו עניין בפגיעה בשוויון וציין " בנסיבות העניין שלפנינו אכן נקבעה בחוק נורמה הפוגעת בזכות לשוויון, מתוך שהיא מייחדת קבוצת אוכלוסיה מסוימת על פני כל קבוצות האוכלוסין האחרות." (ההדגשות הוספו. שם, בפסקאות 17-18 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש). עם זאת, סבר בית המשפט כי בעקבות תכנית ההתנתקות וביצועה נוצרו נסיבות יוצאות דופן שהובילו לחקיקת החוק וכי קיימים מספר היבטים ייחודיים להסדר שנקבע בו אשר יש בהם כדי להפחית מעוצמת הפגיעה בזכות לשוויון ובראשם העובדה שהחוק חל על מספר מצומצם של מקרים ושעיקר משמעותו היא ברמה ההצהרתית (שם). בענייננו, העובדה שהחוק מכוון את עצמו, בין היתר, לבנייה שלא כדין שבוצעה בהסכמת המדינה ורשויותיה יש בה אכן כדי להצביע על היבטים ייחודיים ועל נסיבות יוצאות דופן, ועוד נשוב לעניין זה בהמשך הדברים. אך בשונה מעניין ניר אין מדובר בחוק שמשמעותו הצהרתית ואשר יחול במספר מקרים מצומצם בלבד. מהנתונים שהציגה הממשלה עולה כי מדובר באלפי מבנים ומשפחות, שרובם המוחלט ישראלים. הבחנה כזו ובהיקף כזה בין תושבי האזור הישראליים לתושבים הפלסטינים היא על פי טיבה הבחנה "חשודה".

56. בהקשרים אחרים כבר נפסק כי "טיפול שונה בשל דת או לאום הוא טיפול 'חשוד' והוא לכאורה טיפול מפלה" (עניין קעטאן, בעמ' 276; עניין ועדת המעקב העליונה, פסקה 20 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק. 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" (ההדגשות במקור. עניין נטר, פסקה 46 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש). ההבחנה הנטענת גוררת באופן מובנה פגיעה בכבוד, שכן היא מעמידה את התושבים הפלסטינים "בעמדה נחותה, לכאורה, ביחס לשכניהם היהודים" (עניין נטר, 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 הישראליים באזור, שהם אזרחים מלאים ושווי זכויות של מדינת ישראל" (עניין זיאדה, בפסקה 116 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ס' ג'ובראן). ככל שחוק ההסדרה מבקש להכשיר בדיעבד בנייה בלתי חוקית, ניתן היה להתמודד עם הפגיעה בשוויון באמצעות מתן מענה דומה ושיוויוני גם לאותם תושבים פלסטינים אשר בנו את בתיהם באופן בלתי חוקי, תוך הסדרה תכנונית הולמת ועדכנית המביאה בחשבון את הגידול שחל באוכלוסייה זו ואת צרכיה המשתנים. בהקשר זה לא למותר לציין כי מערכת דיני התכנון והבנייה אמורה לפעול במטרה "להבטיח בניה ופיתוח נאותים בהווה ובמבט צופה פני עתיד" (בג"ץ 5377/09 רגבים נ' שר הביטחון, פסקה יב (10.8.2011) (להלן: עניין

רגבים)), וכי על המפקד הצבאי מוטלת החובה לפעול לרווחתה של האוכלוסייה הפלסטינית גם בהיבט זה.

57. הנה כי כן, למצער מבחינת התוצאה מתקיימת אפליה בין תושבי האזור הישראליים לתושבים הפלסטינים בכל הנוגע להסדרת הבנייה הבלתי חוקית באזור, מבלי שניתן להצביע על שוני רלוונטי בהקשר זה בין האוכלוסיות המתגוררות בישובים אלה. על כן, ניתן לקבוע כי חוק ההסדרה פוגע בזכות החוקתית לשוויון ולכבוד של תושבי האזור הפלסטינים.

מבחינת פסקת ההגבלה

58. נוכח המסקנה כי חוק ההסדרה פוגע בזכויות חוקתיות לקניין, לשוויון ולכבוד יש להוסיף ולבחון האם החוק הפוגע מקיים את דרישות פסקת ההגבלה. זאת בהינתן התפיסה החוקתית הנוהגת עמנו לפיה לא כל פגיעה בזכויות יסוד היא אסורה, וזכויות האדם המוגנות בחוק היסוד הן יחסיות וניתן להגבילן למען מטרות ראויות (ראו בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2), פסקה 44 לחוות הדעת של הנשיאה ד' ביניש (2009) (להלן: עניין הפרטת בית הסוהר)). פסקת ההגבלה קובעת ארבעה תנאים מצטברים אשר בהתקיימם צולחת הפגיעה בזכות את מבחן החוקתיות ואלו הם: (1) הפגיעה בזכות צריכה להיעשות בחוק (או מכוח הסמכה מפורשת בחוק); (2) החוק צריך להלום את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; (3) על תכלית החוק להיות תכלית ראויה; (4) על הפגיעה בזכות החוקתית להיות במידה שאינה עולה על הנדרש.

הצדדים לא הרחיבו טיעונים באשר לשני התנאים הראשונים של פסקת ההגבלה ולפיכך, אמקד גם אני את הדיון בסוגיית התכלית הראויה ובסוגיית מידתיות הפגיעה.

תכלית החקיקה

59. הממשלה, הכנסת ומועצת מטה בנימין עמדו על חמש תכליות מרכזיות שאותן נועד חוק ההסדרה לקדם: התכלית הראשונה, היא לדברי המשיבות תכלית "אנושית-חברתית" – להסדיר מבנים בהתיישבות הישראלית באזור, למנוע הריסה של מבנים בלתי חוקיים שנבנו שם, וכפועל היוצא מכך למנוע פינוי של התושבים המתגוררים בהם. התכלית השנייה, המוכתרת על ידי המשיבות כתכלית "מדינית-לאומית" – למנוע פינוי מאסיבי של ההתיישבות הישראלית באזור שלא במסגרת הסכם מדיני, ולאפשר את המשך

ביסוסה ופיתוחה של התיישבות זו. התכלית השלישית של החוק, לטענת המשיבות, היא לבטא אחריות שלטונית וליתן פתרון לאותם מקרים שבהם אזרחים ישראלים בנו את מרכז חייהם בשטחי האזור, בהסכמת המדינה ובעידודה, מתוך יסוד סביר להניח כי המבנים שהם מתגוררים בהם יעברו הליך של הסדרה בחלוף הזמן. התכלית הרביעית, כך נטען, היא לקדם יעדים של יעילות כלכלית בשני היבטים: נטען כי העלות הכרוכה באי הסדרה של אלפי המבנים באזור, לרבות עלות פינוי התושבים והעתקת היישובים, עולה עשרות מונים על העלות הכלכלית של הסדרתם. כמו כן, נטען כי ישנם מקרים לא מעטים בהם אין לבעלי הזכויות הפלסטינים כל אפשרות מעשית להשתמש במקרקעין בשל שיקולים ביטחוניים או משום היותם "כלואים" בתוך ישוב ישראלי. על כן, במקרים אלה האינטרס הציבורי הוא תשלום פיצוי לבעל הזכויות הפלסטיני, על מנת לאפשר ניצול מיטבי של המקרקעין בידי המתיישב הישראלי. התכלית החמישית והאחרונה, לטענת המשיבות, היא להתמודד עם החקיקה של הרשות הפלסטינית האוסרת על בעלי זכויות פלסטינים למכור את המקרקעין שלהם לתושבים יהודים. זאת, חרף רצונם לעשות כן וחרף העובדה שבמקרים רבים אין לתושבים הפלסטינים יכולת מעשית להפיק הנאה מהמקרקעין המצויים בלב התיישבות ישראלית. נטען כי חוק ההסדרה מייצר מנגנון של רכישה "כפויה" של זכויות השימוש במקרקעין ובכך הוא מתגבר על האיסורים בדין הפלסטיני ואף מגן על זכות הקניין של הפלסטינים להפיק רווח כלכלי מקניינם. בדיון בפני המותב הוסיף בא כוח הממשלה כי תכליתו של החוק ליצור מנגנון פשוט, נוח וקל להפעלה שיימנע "הצפה" של בתי המשפט בהליכים פרטניים שעניינם הסדרת הזכויות במקרקעין של המתיישבים הישראלים באזור.

לגישת היועץ המשפטי לממשלה תכליתו העיקרית של החוק, הנלמדת מהרקע לחקיקתו, מדברי ההסבר ומן ההסדר הקבוע בו, היא – מניעת הריסה ופינוי של מבנים בהתיישבות אשר מצויים על מקרקעין שאינם מוכרזים כ"רכוש ממשלתי", תוך הסדרתם במישור הקנייני והתכנוני. תכלית נוספת שעליה עומד היועץ המשפטי לממשלה היא "מתן מענה למתיישבים שהקימו את בתיהם תוך הסתמכות על הסכמת המדינה ומוסדותיה, ולימים התברר כי בתים אלה הוקמו על מקרקעין שאינם רכוש ממשלתי" (פסקה 137 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה).

60. העותרים מצידם טוענים כי יש לחוק תכליות נוספות, סמויות מן העין ומפלות, הרלוונטיות להתיישבות היהודית בלבד באזור. לטענתם החוק נועד לחול רטרואקטיבית על מבנים שנבנו שלא כדין באופן שיכשיר עבירות בנייה, בניגוד לדין הבינלאומי, ותוך מתן "פרס" לעבריינים. נטען כי תכלית החוק היא לאפשר למדינה להמשיך ולהימנע

מאכיפה של החוק ומהגנה על זכות הקניין והזכות לכבוד של פלסטינים בעלי המקרקעין באזור, תוך העדפה מובהקת של המתיישבים הישראלים שם.

61. מטרתו המוצהרת של החוק, כאמור בסעיף 1 שבו היא: "להסדיר את ההתיישבות ביהודה ושומרון ולאפשר את ביסוסה ופיתוחה". בדומה לגישת היועץ המשפטי לממשלה, נראה כי מכלול הוראותיו של חוק ההסדרה וכן דברי ההסבר לחוק והרקע לחקיקתו מלמדים בהקשר זה על שתי תכליות מרכזיות הכרוכות ושלובות זו בזו. תכלית אחת היא תכלית "מערכתית" – ביסוס ההתיישבות באזור בדרך של הסדרה קניינית ותכנונית בדיעבד של בנייה בלתי חוקית על מקרקעין שאינם "רכוש ממשלתי", ובמילים אחרות, הכשרה בדיעבד של ההתיישבות בלתי חוקית על מקרקעין שאינם רכוש ממשלתי באזור. לצד תכלית זו קיימת תכלית שנייה, השלובה בתכלית הראשונה אך מובחנת ממנה, שעניינה מניעת הריסה ופינוי ומתן מענה למצוקתם של אותם מתיישבים שהקימו את בתיהם תוך הסתמכות על הסכמת המדינה ומוסדותיה ולימים התברר כי בתים אלה הוקמו על רכוש שאינו ממשלתי. תכלית זו דומה, במידה חלקית, לאחת התכליות שהציגו המשיבות, וניתן להגדירה בהתאם כתכלית "אנושית". ביחס לתכלית נוספת זו צוין בדברי ההסבר לחוק ההסדרה כי:

"במקרים רבים נבנו יישובים באזור בהסכמתה ואף בעידודה ובהשתתפותה של המדינה, או בתום לב של האזרחים הישראלים שבנו את היישובים, ולא היו מודעים לכך שמדובר במקרקעין בבעלות פרטית. הותרת המצב ביישובים אלו כפי שהוא היום או הריסתם עלולות לגרום לפגיעה קשה ולא מוצדקת במי שמתגוררים בהם שנים רבות".

ובשיבת הוועדה המשותפת אשר דנה בנוסח הצעת החוק ציין בהקשר זה היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד איל ינון, כי הצעת החוק מבקשת להסדיר "התנהלות בעייתית ביותר, שלה היו שותפים גורמים רבים, ובתוכם גם גורמים שלטוניים [...] [ש]תוצאתה [...] [היא] מצוקה הומניטרית קשה של עשרות משפחות ישראליות שנאלצות להתמודד עם גזרה שקשה מאוד להתמודד עמה: הצורך לפנות ביתן ולהעתיק את מקום מגוריהן" (פרוטוקול הדיון של הוועדה המשותפת מיום 22.11.2016, בעמ' 6).

62. נוסף על תכליות אלה עמדו הממשלה, הכנסת ומועצת מטה בנימין על מספר תכליות נוספות כמפורט לעיל. במסגרת זו טענו המשיבות כי חוק ההסדרה נועד להתגבר על כשל שוק שיוצרת החקיקה של הרשות הפלסטינית האוסרת על תושבי האזור הפלסטינים למכור את זכויותיהם במקרקעין לתושבים ישראלים, חרף רצונם לעשות כן

(התכלית החמישית שעליה עמדו הממשלה, הכנסת ומועצת מטה בנימין); כי העלות הכרוכה בהריסת בתי התושבים הישראלים באזור שנבנו שלא כדין, תוך פיצוי התושבים והסדרת מגורים חלופיים, עולה על העלות הכרוכה בהסדרת הבינוי; וכי במקרים רבים אין לבעלים הפלסטיניי אפשרות מעשית לנצל את המקרקעין שלו, שכן הם "כלואים" בלב התיישבות ישראלית (התכלית הרביעית שעליה עמדו הממשלה, הכנסת ומועצת מטה בנימין).

טענות אלה הועלו על-ידי המשיבות ללא ביסוס מספיק ולא הונחו בפנינו נתונים מתאימים אשר יש בהם כדי לתמוך בקביעה כי התכליות הנטענות אכן עומדות בבסיס חוק ההסדרה. כך באשר לטענה בדבר החיסכון לקופה הציבורית כתוצאה מיישום ההסדר הקבוע בחוק ובדבר היקפו וכך גם באשר להסדרים חלופיים ועלותם. כמו כן, לא הובאו בפנינו נתונים כלשהם באשר להיקף התופעה הנטענת בדבר מקרקעין "הכלואים" בלב התיישבות ישראלית או באשר לתופעה לפיה ישנם תושבים פלסטינים המעוניינים למכור את זכויותיהם במקרקעין, אך אינם עושים כן בשל איסורים החלים עליהם בהקשר זה. זאת ועוד, כבר נפסק בעבר כי "[ה]חיסכון הכספי כשלעצמו" אין בו כדי לבסס תכלית ראויה (עניין חוף עזה, בעמ' 639-640; ראו עוד בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729, 740 (2004)), והוא הדין בשיקולים של נוחות ויעילות מינהלית גרידא הנובעים מעצם יצירתו של מנגנון פשוט, קל ונוח ליישום חלף הליך של בחינה פרטנית (השוו עניין חוף עזה, בעמ' 639-641).

להלן אמקד, איפוא, את הדיון בשתי התכליות המרכזיות של החוק שעליהן עמדתי – התכלית המערכתית והתכלית האנושית.

63. תכלית החקיקה תמצא ראויה אם היא נועדה "להגן על זכויות אדם או להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה, לצורך קיומה של תשתית לחיים בצוותא במסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדמן" (עניין הפרטת בית הסוהר, פסקה 45 לחוות הדעת של הנשיאה ד' ביניש; בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 25 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן (22.9.2014) (להלן: עניין איתן)). בהקשר זה כבר נפסק כי ככל שהזכות הנפגעת היא בעלת חשיבות רבה יותר וככל שהפגיעה בה חריפה ומקיפה יותר, כך תידרש מטרה חשובה ומהותית יותר על מנת שהחוק יצלח את מבחן "תכלית החקיקה" (בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 107 (2.9.2010); בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 22 לחוות דעתו של השופט א' א' לוי (11.1.2012); עניין איתן, פסקה 25 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן). עמד על

כך הנשיא א' ברק בבג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1 (2006) (להלן: עניין הנזיקים האזרחיים) בצינו "כאשר הפגיעה היא בזכות מרכזית – כגון החיים, החירות, כבוד האדם, הקניין, הפרטיות – התכלית צריכה להגשים מטרה חברתית מהותית, או צורך חברתי לוחץ" (פסקה 28).

נבחן את התכליות כסדרן.

(1) התכלית המערכתית

64. התכלית המערכתית של החוק היא, כאמור, ביסוס ההתיישבות באזור בדרך של הסדרה קניינית ותכנונית בדיעבד של בנייה בלתי חוקית על מקרקעין שאינם "רכוש ממשלתי". תכלית זו של החוק מצריכה התייחסות בשני מישורים: האחד, נוגע להסדרה והכשרה בדיעבד של בנייה בלתי חוקית בהיקף גדול והשלכותיה על עיקרון שלטון החוק. השני, נוגע ליכולת להצדיק נטילה שלטונית כפויה של מקרקעין, בהינתן העובדה שמדובר בהתיישבות ישראלית באזור שהוקמה על מקרקעין שחלק לא מבוטל מהם הוא בבעלות פרטית פלסטינית או שיש מי שטוען לזכויות בהם. ונשאלת השאלה האם נטילה שלטונית כפויה כזו, המהווה למעשה "הפקעה דה פקטו" של מקרקעין מידי האוכלוסייה הפלסטינית לצורך פיתוח והסדרה בדיעבד של ההתיישבות ישראלית באזור, היא תכלית ראויה.

הסדרה והכשרה בדיעבד של בנייה בלתי חוקית

65. הסדרה והכשרה בדיעבד של בנייה בלתי חוקית פוגעת בשלטון החוק ויש בה כדי לעודד עבריינות. על כן, כבר נפסק בהקשרים דומים כי לא בנקל ימהר בית משפט זה להושיט סעד "למי שנקט בשיטה של 'נעשה ולאחר מכן נכשיר'" (בג"ץ 696/09 חז"ז נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 4 (23.2.2011); השוו גם לבג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 664 (2002) (להלן: עניין אורון)). על חומרת הפגיעה בשלטון החוק הנגרמת כתוצאה מבנייה בלתי חוקית ומהכשרתה בדיעבד עמד גם הנשיא מ' שמגר בר"ע 1/84 דוויק נ' ראש העיר ירושלים ויושב-ראש הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, פ"ד לח(1) 494 (1984) בצינו:

"בנייה שלא כדין היא לא רק תופעה, החותרת תחת התכנון הנאות של הבנייה, אלא השלכותיה מרחיקות לכת יותר: היא בין התופעות הבולטות, הפוגעות בהשלטת החוק. מי שעושה דין לעצמו פוגע באופן הגלוי והברור

בהשלטת החוק, והשיקול [...] כי יש למנוע עובדות מוגמרות, המעוגנות במעשה בלתי חוקי, אין לגלות בו פגם" (שם, בעמ' 500).

במקרים שבהם אי החוקיות של הבנייה שאותה מבקש החוק להסדיר היא ברורה וגלויה על פניה, הכשרתה בדיעבד פוגעת, איפוא, פגיעה קשה בשלטון החוק. לכך יש להוסיף את העובדה שבענייננו הבנייה נעשתה שלא כדין לא רק משום שלא קדם לה הליך תכנוני, אלא גם בשל הפגמים שנפלו בה במישור הקנייני. במקרים רבים מדובר בבנייה שהתבצעה במקרקעי הזולת, ולמצער במקרקעין שיש פלסטינים הטוענים לזכויות בהם. בכך, גלומה חומרה יתרה במישור הפגיעה בשלטון החוק וביכולת להכשיר את הבנייה בדיעבד. בנוסף, כפי שכבר צוין, הבנייה דנן בוצעה בתחומי האזור המצוי בתפיסה לוחמתית שאינו נתון לריבונות המדינה, ואף זהו שיקול שיש להביאו בחשבון שכן הדין החל באזור מעניק הגנה רחבה לזכויות התושבים המוגנים המתגוררים בו. בנסיבות אלה, שינוי הדין באופן המיטיב עם מי שהפר אותו מעורר קושי רב (ראו בהקשר זה דברי נציגת היועץ המשפטי לממשלה בוועדה המשותפת ביום 22.11.2016, בעמ' 19-21).

66. השיקולים הנוגעים לשמירה על שלטון החוק אינם מוליכים אומנם בהכרח לביטולה של כל הסדרה והכשרה בדיעבד של בנייה בלתי חוקית ויש לבחון כל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו (ראו והשוו ע"מ 3319/05 פונטה נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה באר שבע, פסקה ד(8) (1.8.2005); בג"ץ 8171/09 יוסף נ' מועצת התכנון העליונה במינהל האזרחי (20.11.2011); ע"מ 65/13 הועדה המחוזית לתכנון ובניה חיפה נ' נאות מזרחי בע"מ, פסקאות י"ט-כ"א (7.7.2013); עניין רגבים, פסקה ז; ע"מ 3192/14 גרנות נ' האגודה השיתופית רמת רזיאל כפר שיתופי של תנועת חרות (30.11.2015); עוד ראו ע"מ 9387/17 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית, פסקה 19 (14.10.2018)). ואולם, סעיף 3 לחוק ההסדרה מעיד עליו כי הוא מיועד להכשיר בדיעבד ובאופן גורף וכוללני "התיישבות במקרקעין הטעונה הסדרה", בלא שנקבע בו מנגנון בדיקה פרטני לכל מבנה ומבנה. בהעדר בדיקה פרטנית כזו, לרבות בכל הנוגע לטיב הזכויות, נסיבות הבנייה ומשך הזמן שחלף מאז הבנייה, לא ניתן להבחין בין נסיבות שהן שונות במהותן. כך למשל, שונה הצבת מבנה יביל מן העת האחרונה על דעת רשות שאינה מרשויות השלטון המרכזי באזור, מבנייה בלתי חוקית ארוכת שנים שבוצעה בתום לב ובאישור הרשויות המוסמכות על מקרקעין שנחזו להיות רכוש ממשלתי בעת ביצוע הבנייה ואשר נגרעו ממנו שנים ארוכות לאחר מכן.

67. בענייננו מדובר בהתיישבות ישראלית באזור שהוקמה על מקרקעין שחלק לא מבוטל מהם הוא בבעלות פרטית פלסטינית או שיש מי שטוען לזכויות בהם. חוק ההסדרה מבקש להכשיר בדיעבד ובאופן גורף לא רק את ההיבטים התכנוניים של הבנייה הבלתי חוקית בהתיישבות האמורה. הוא מוסיף וקובע הוראות אשר משמעותן אינה אלא נטילה שלטונית כפויה של זכויות השימוש והחזקה במקרקעין, מעין "הפקעה דה-פקטו" שלהם. ככל שבנטילה מסוג זה עסקינן, תנאי יסוד הוא שהיא תעשה "לצורך ציבורי". לפיכך, עולה השאלה מהו "הצורך הציבורי" אשר יש בו כדי להצדיק אותה בענייננו, ומה המשמעות שיש לייחס לעובדה כי הנטילה השלטונית הכפויה נעשית מידי תושבים פלסטיניים שהם "תושבים מוגנים", כמשמעות מונח זה בדין הבינלאומי, ועל ידי השלטון הישראלי, שאיננו הריבון באזור.

כפי שיפורט להלן, בחינה על דרך ההיקש של דיני הנטילה השלטונית החלים באזור ובישראל וכן בחינה השוואתית של הדין האמריקני, שאליו הפנו הצדדים, מעלה כי התשובה לשאלה האם ניתן להפקיע דה-פקטו מקרקעין בנסיבות כאלה היא שלילית.

(א) הדין החל באזור

68. הדין המקומי העשוי לשמש מקור חוקי לביצוע הפקעה לצורכי ציבור של זכויות פרטיות במקרקעין באזור, הוא חוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) 1953 (להלן: חוק הרכישה הירדני) כפי שתוקן בצו מס' 321 בדבר חוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (יו"ש) 1969. חוק זה קובע כי ניתן לבצע "רכישה" כפויה של מקרקעין תמורת פיצוי כספי רק בהתקיים "צורך ציבורי" המוגדר שם כ"כל צורך שהחליטה לגביו הממשלה בהסכמתו של המלך כצורך ציבורי". בעניין ג'מעית אטכאן קבע בית משפט זה כי תקנה 46 לתקנות האג, שעליה עמדנו לעיל, אשר קובעת איסור על החרמת רכוש פרטי של תושבי האזור הפלסטינים, אינה שוללת את סמכותו של המפקד הצבאי להפקיע רכוש פרטי מכוח הדין המקומי החל באזור. זאת ככל שהפעולה עולה בקנה אחד עם החובות הכלליות החלות על המפקד הצבאי מתוקף תקנה 43 לתקנות האג - המשמשת מעין הוראת "על" כללית בכל הנוגע לסמכות המפקד הצבאי באזור - וככל שהסמכות מופעלת על פי כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי (עניין ג'מעית אטכאן, בעמ' 809-808; YUTAKA ARAI-TAKAHASHI, THE LAW OF OCCUPATION 236-238 (2009); דינשטיין, בעמ' 226-225; השוו לעמדת פרופ' יוג'ין קונטורוביץ' שצורפה כנספח 8 לתגובת הממשלה לעתירות, בעמ' 3-5. לסקירה ראו ארליך, בעמ' 16-30. על סמכות

המפקד הצבאי להחרים רכוש לצורך צבאי ראו תקנה 52 לתקנות האג שאינה רלוונטית לענייננו).

תקנה 43 לתקנות האג עניינה בסמכות הממשל הצבאי להחזיר ולהבטיח את "הסדר והחיים הציבוריים", לרבות צורכי הביטחון של הממשל הצבאי עצמו וצרכיה של האוכלוסייה האזרחית הנתונה לשליטתו (אשר לתוכנה של החובה להבטיח את צורכי האוכלוסייה בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית ראו Emma Playfair, *Playing on Principle? Israel's Justification for its Administrative Acts in the Occupied West Bank*, in INTERNATIONAL LAW AND THE ADMINISTRATION OF OCCUPIED TERRITORIES 205, 215-220 (1988) (להלן: Playfair); עניין אבו עיטה, בעמ' 315; ראו גם יורם דינשטיין "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים" עיוני משפט ב 511, 505 (1973)).

69. סוגיית ההפקעה של מקרקעין פלסטיניים פרטיים לצורך הקמת התיישבות ישראלית באזור נבחנה כבר בשנת 1980 בחוות דעת שערך היועץ המשפטי לממשלה (דאז) פרופ' יצחק זמיר. בחוות דעתו ציין זמיר, בין היתר, כי "החלטה להפקיע קרקע מכוח החוק הירדני [...] לצורך הקמת ישובים ישראלים חדשים תעמוד על בסיס רעוע מבחינה משפטית [...] [ו]קיים ספק רציני בחוקיות השימוש בחוק הירדני לשם הפקעת קרקע פרטית לצורך ההתיישבות הישראלית" (ההדגשות הוספו). אכן, לאורך השנים פסק בית משפט זה כי חובתו של המפקד הצבאי להבטיח את צורכי האוכלוסייה בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית מתייחסת בראש ובראשונה ל"תושבים המוגנים" שהם תושבי האזור הפלסטיניים:

"הכוח הכובש אינו רשאי, אפוא, להפקיע אדמות שלא לצורך צבאי, אלא אם השימוש שיעשה בהן נועד לשרת את התושבים המוגנים [...] אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, החברתיים או הסוציאליים של המדינה הכובשת אם אין באלה כדי להשליך על האינטרס הביטחוני של מדינה זו בשטח או על האינטרס של התושבים המוגנים החיים בו [...] אין גם חולק כי הפקעת מקרקעין לשם הקמת פרויקט שישרת רק את תושבי המדינה שאינם חיים באזור הנתון לתפיסה לוחמתית נוגדת את הדין הבינלאומי, ומשכך אינה מצויה בסמכותו של המפקד הצבאי" (ההדגשות הוספו); עניין בית איכסא, פסקאות 26-27; לדיון בפסק הדין ראו ארליך, בעמ' 23-26. וראו גם עניין בית סוריק בעמ' 830-829; עניין אבו צפיה. השוו: עניין זיאדה, ודנג"ץ זיאדה, בפסקה 7).

עמדה זו קיבלה ביטוי גם בכתיבה האקדמית (ראו: התפרקותה של פרדיגמת הכיבוש בשטחים, בעמ' 21-19, Playfair; בעמ' 223-220, Guy Harpaz and Yuval Shany, *Israeli Supreme Court and the Incremental Expansion of the Scope of Discretion under Belligerent Occupation*, 43 ISRAEL L. REV. 514 (2010); (G. VON GLAHN, *THE OCCUPATION OF ENEMY TERRITORY*, 186 (1957)).

70. הממשלה טוענת בהקשר זה כי העמדה לפיה חובתו של המפקד הצבאי להבטיח את צורכי האוכלוסייה המקומית באזור חלה אף ביחס לאותם מאות אלפי אזרחים ישראלים המתגוררים באזור, ואשר חלקם אף נולדו בו. לשיטתה, אין מקום להבחין בין אוכלוסייה זו ובין האוכלוסייה הפלסטינית הכפופות לאותו משטר קרקעות.

אין לקבל טענה זו, המתעלמת ממכלול ההיבטים המבדילים את האוכלוסייה הישראלית באזור מן האוכלוסייה הפלסטינית ומכל מקום, כפי שפורט לעיל ועוד יפורט להלן, הדין החל באזור על האוכלוסייה הפלסטינית אין בו כדי לסייע לטיעון שמעלה הממשלה בהקשר זה. אומנם, כפי שנקבע בפסיקתו של בית משפט זה, המפקד הצבאי רשאי מכוח סמכותו לפי תקנה 43 לתקנות האג לשקול גם שיקולים הנוגעים לטובת האוכלוסייה המקומית בכללותה, לרבות האוכלוסייה הישראלית באזור (עניין אבו צפיה, בפסקה 20). אולם, ככל שעסקינן בשאלה של "צורך ציבורי" לפי דיני ההפקעות החלים באזור, איני סבורה כי אלה מתירים הפקעה של מקרקעין פרטיים בבעלות פלסטינית או במקרקעין שיש מי שטוען לזיקה קניינית בהם, וזאת לצורך הקמה והרחבה של יישובים ישראלים ולצורך זה בלבד.

האם הדין החל בישראל יש בו כדי לסייע, ולו על דרך ההיקש, לטענה כי בענייננו מדובר ב"צורך ציבורי" המצדיק נטילה כפויה של מקרקעין באזור, שאינם "רכוש ממשלתי"? לסוגיה זו אפנה עתה.

(ב) הפקעת מקרקעין בדין הישראלי

71. בספר החוקים הישראלי ניתן למצוא שורה של חוקים המאפשרים הפקעת מקרקעין של אדם לצרכי ציבור, ובכלל זה לצורך הקמה, הרחבה או פיתוח של יישוב (ראו פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (להלן: פקודת הקרקעות) וחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק התכנון והבניה). לפירוט ראו אריה קמר דיני הפקעת מקרקעין 79-223 (2013) (להלן: קמר); ראו עוד אהרן נמדר הפקעת מקרקעין 34-35, 85-110 (2011) (להלן: נמדר)). העיקרון המרכזי שעליו מיוסדת

הנטילה הכפויה בדרך של הפקעה הוא שמדובר בנטילה לצרכי ציבור. חוק התכנון והבניה מפרט בסעיף 188(ב) רשימה של שימושים המהווים "צרכי ציבור", המצדיקים הפקעת מקרקעין פרטיים. רשימה זו אינה כוללת שימוש למגורים, אך שר הפנים הפעיל את הסמכות המוקנית לו לאשר מטרות ציבוריות נוספות להפקעה מכוח חוק התכנון והבניה, והוסיף מטרה ציבורית של הפקעה לצורך הקמת "שכונות מגורים לצורך קליטת עליה" (ראו י"פ 3870, התשנ"א, בעמ' 2247; לביקורת ראו נירה אורני ורחל אלתרמן הפקעות קרקע: זכויות היחיד מול צורכי הציבורי ההסדר בישראל במבט בינלאומי משווה חלק ב, 38 (1995); ראו עוד אצל קמר, בעמ' 131; נמדר, בעמ' 204-205). לפי העמדה שהציג היועץ המשפטי לממשלה לא מתבצעת בישראל כיום הפקעה מכוח פקודת הקרקעות להעברת זכויות במקרקעין המיועדים או המשמשים למגורים מאדם אחד לאדם אחר, ובלשונו: "הפקעה לטובת הקמתו או הרחבתו של יישוב נעשית דרך כלל כאשר הקרקע אינה מיועדת או משמשת למגורים, שכן במצב אחרון זה נבחנות דרכים אחרות שיובילו לקיום המטרה בפגיעה מינימלית בזכות הקניין של הפרט" (פסקה 180 לתגובת היועץ המשפטי לממשלה לעתירות).

72. בראשית ימי המדינה הופקעו אדמות שהיו שייכות, בין היתר, לתושבי הארץ הערבים כדי להקים ישובים ישראלים (חיים זנדברג מקרקעי ישראל ציונות ופוסט-ציונות 87-88, 101-102 (2007) (להלן: זנדברג); אייל גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" מקרקעין בישראל: בין הפרטי ללאומי 53, 86 (1999); יפעת הולצמן-גזית "דיני הפקעת מקרקעין בשנות החמישים בראי האידיאולוגיה הציונית של קליטת עלייה וקניין פרטי" מקרקעין בישראל: בין הפרטי ללאומי 223, 234-237 (1999) (להלן: הולצמן-גזית)). בשנת 1953 אף נחקק חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953 (להלן: החר"ם) שהסדיר הפקעות מקרקעין לצורכי ביטחון, ולצורך פיתוח והתיישבות יהודית, לרבות הקמה של מגורים לעולים ובניית מוסדות ציבור. בחלק מן המקרים בוצעה ההפקעה מכוח חוק זה לאחר שכבר נעשה שימוש במקרקעין (זנדברג, בעמ' 78 ובעמ' 81), ולעיתים מבלי שהייתה לכך הסמכה מפורשת בדין (ראו בג"ץ 14/55 אל-נדאף נ' שר האוצר, פ"ד יא(1) 785 (1957)). אופיו החרג של החר"ם קיבל ביטוי בפסיקתו של בית משפט זה תוך התייחסות לרקע ולנסיבות ההיסטוריות, וכך ציינה בהקשר זה השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש:

"חוק הרכישה הביא לפגיעה משמעותית ביותר בזכות הקניין של בעלי המקרקעין שקרקעותיהם הוקנו לרשות הפיתוח מכוח החוק הנ"ל. פגיעתו של החוק הייתה ללא ספק קשה עוד יותר מהפגיעה ממנה נפגע, בדרך כלל, בעל מקרקעין שמקרקעיו מופקעים על-פי פקודת הקרקעות. זאת, משום שחוק הרכישה אפשר את הכשרתה

הרטוראקטיבית של תפיסת חזקה במקרקעין על ידי המדינה, שכל הנראה נעשתה (לפחות בחלקה) בהעדר הסמכה בדיון [...] את אופיין החמור של הוראות חוק הרכישה ואת אי השימוש בהסדרי הפקעת המקרקעין הקבועים בפקודת הקרקעות ניתן להבין רק באספקלריה של הנסיבות ההיסטוריות הייחודיות של ראשית ימיה של המדינה; על רקע צרכי התקופה ובעת שקרקעות ננטשו על ידי בעליהן עקב אירועי המלחמה. נסיבות היסטוריות אלה הביאו לחקיקתו של חוק הרכישה שהוראותיו פוגעות פגיעה ניכרת בזכות הקניין, ואין ספק כי כיום חקיקה מעין זו לא הייתה עומדת במבחן החוקתיות" (ההדגשות הוספו; ע"א 3535/04 דינר נ' מדינת ישראל – שר האוצר, פסקה 7 (27.4.2006); ראו עוד ע"א 6534/10 ששון נ' רשות הפיתוח, פסקה 6 (18.4.2012)).

על חריגותיו של החר"ם בנוף הדינים הנוגעים להפקעת מקרקעין, עמד בית משפט זה בהזדמנויות נוספות (ע"א 4067/07 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (3.1.2010); ע"א 6288/98 עזבון המנוחה פאדואה כליל נ' רשות הפיתוח, פסקה 7 (11.8.2011); בג"ץ 9804/09 שוואהנה נ' מדינת ישראל רשות הפיתוח, פסקה 14 (29.5.2014). בקשה לקיום דיון נוסף נדחתה – דנג"ץ 4457/14 שוואהנה נ' מדינת ישראל – רשות הפיתוח (4.8.2014); ראו עוד קמר, בעמ' 158-159).

73. לאורך השנים נדרש בית המשפט לשאלה אם הקמת שכונת מגורים יכולה להוות צורך ציבורי המצדיק הפקעת מקרקעין מכוח פקודת הקרקעות. בית המשפט עמד על השיקולים השונים הצריכים לעניין, והטעים כי לשאלה זו אין תשובה חד משמעית והיא תיגזר מהקשר הדברים (עניין קרטיק, בעמ' 679-682). בית המשפט עמד על שורה של שיקולים היכולים להצדיק הפקעה בנסיבות מסוימות, ובהם, בין היתר, שיקולים של צדק חלוקתי ואחריות קהילתית (להרחבה ראו: ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אתא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629, 650-651 (2001); דנ"א הורוויץ, בעמ' 299-303; ע"מ 4955/07 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רעננה נ' קרן תורה ועבודה, פסקאות 43-44 לפסק הדין של השופטת ע' אדבל (26.10.2010); עניין רוטמן, פסקאות 78-80 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן; ע"א 6407/14 הוועדה המקומית לתכנון ובניה כרמיאל נ' מסרי, פסקאות 88-93 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן (24.5.2018); חיים זנדברג "הפקעות, אחריות חברתית והגנת הקניין הפרטי בעיני בית המשפט העליון אגב דין וחשבון הוועדה הבינמשרדית לשינוי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבורי), 1943" המשפט י"א 585 (2007); חנוך דגן "שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה שלטונית של מקרקעין", עיוני משפט כא(3) 491, 502 (1998) (להלן: שיקולים חלוקתיים)) וכן התגברות על בעיות תיאום (בג"ץ 3956/92 מקור הנפקות וזכויות בע"מ

נ' ראש הממשלה (22.12.1994); לדיון ראו הולצמן-גזית, בעמ' 246-252; אירית חביב-סגל "בעיות תיאום ושאלת המטרה הציבורית בהפקעת מקרקעין" מקרקעין בישראל: בין הפרטי ללאומי 97 (1999). שיקול רלוונטי נוסף נוגע לפגיעה בשוויון. בבג"ץ 5601/94 אבו טיר נ' ראש הממשלה (22.12.1994) (להלן: עניין אבו טיר) דחה בית המשפט טענת הפליה שהעלו העותרים בכל הנוגע להפקעת אדמות בהר חומה לצורך בניית שכונת מגורים. בית המשפט קבע כי בניגוד לטענת העותרים לפיה השכונה מיועדת לתושבים יהודים, מרבית המקרקעין המופקעים שייכים לתושבים יהודים, וטרם נקבעו הקריטריונים להקצאת הזכויות במקרקעין מחדש לאחר ההפקעה ולא כלול השטח. לעומת זאת, כאשר שוכנע בית המשפט כי המטרה הציבורית של ההפקעה שצוינה איננה אלא כסות ומסווה להפקעת מקרקעין מטעמים מפלים, למשל בשל השתייכות דתית או לאומית, נפסק כי מדובר בהפקעה פסולה הפוגעת בשוויון (ראו בג"ץ 392/72 ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז חיפה, פ"ד כז(2) 764 (1973); בבג"ץ 7817/98 מועצה מקומית זמר נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה, פ"ד נה(3) 503, 512 (2001) (להלן: עניין זמר); חמן שלח "הפקעת קרקעות לצרכי ציבור – להרחבת הביקורת השיפוטית" עיוני משפט ז' 618, 627 (1980); איל בנבנשתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" מקרקעין בישראל: בין הפרטי ללאומי 547, 566 (1999); השוו לנמדר, בעמ' 634 ולזנדברג, בעמ' 99).

74. הנה כי כן, בדומה לדין החל באזור, העיקרון המרכזי שעליו מיוסדת גם בדין הישראלי ההצדקה לנטילה שלטונית כפויה על דרך של הפקעה, הוא שהדבר דרוש ל"צורך ציבורי". עמדנו בתמצית על המשמעות שאותה יצקו המחוקק ובית המשפט למונח זה ועל השיקולים הרלוונטיים שאותם שקל בית המשפט בדונו בחוקיות ההפקעה. "צורך ציבורי" כמשמעותו זו אין למצוא בחוק ההסדרה, המבקש להכשיר ולהסדיר בדיעבד בנייה שבוצעה שלא כחוק הן בהיבט התכנוני והן בהיבט הקנייני וזאת באופן המיועד להיטיב במובהק עם אוכלוסיית המתיישבים הישראלים באזור ועם הישובים שהוקמו על ידם ועבורם בלבד. חוק ההסדרה אינו עוסק במצבים שבהם זהות הגורמים הפרטיים אשר ייהנו מן ההפקעה אינה ידועה או תקבע לאחר מעשה ההפקעה (ראו עניין אבו טיר לעיל), ואף לא במקרים שבהם תיטיב ההפקעה עם כלל אוכלוסיית התושבים באזור, לרבות מי שזכויותיו ניטלו. במילים אחרות, אין מדובר בנטילה שלטונית כפויה שבה כל קבוצה סובלת "מנת חלקה" מגזירה של הפקעת זכויות, אך צפויה להנות מן הטובין הציבוריים שלשםם בוצעה אותה הפקעה (השוו לעניין זמר). בהינתן מאפיינים אלה של חוק ההסדרה ואף אם אין מביאים בחשבון את העובדה שמדובר במקרקעין הממוקמים באזור הנתון תחת תפיסה לוחמתית על כל המורכבות הנובעת מכך, נראה כי לא ניתן לסווג את נטילת הזכויות על פי חוק ההסדרה כצורך ציבורי לגיטימי המכשיר

אותה. לפיכך גם היקש מן הדין החל בישראל אין בו כדי לסייע או לתמוך במסקנה כי יש הצדקה, בשל "צורך ציבורי", לנטילה השלטונית הכפויה הקבועה בחוק ההסדרה.

(ג) הפקעה לצורכי ציבור במשפט האמריקני

75. הממשלה, הכנסת ומועצת מטה בנימין הוסיפו והפנו בטיעוניהן לשורה של פסקי דין אמריקאיים מהם הן מבקשות ללמוד כי ניתן להפקיע מקרקעין פרטיים לצורך הקמת שכונות מגורים חדשות. אכן, המשפט המשווה משמש לא אחת מקור נוסף והשראה בבואנו להכריע בסוגיות העומדות בפנינו. עם זאת, יש לזכור כי ההיזקקות לדינים החלים במדינות שונות בעולם ראוי לה כי תעשה בזהירות המתבקשת, בהינתן השוני הנורמטיבי, התרבותי והחברתי הקיים בין מדינות העולם (אהרן ברק מידתיות במשפט 91-94 (2010)).

76. סמכות ההפקעה בארצות הברית נתונה בידי הממשל הפדרלי וכן בידי המדינות השונות, ומרבית ההפקעות מתבצעות על ידין. סמכות זו מוגבלת על ידי התיקון החמישי לחוקה אשר קובע, בין היתר, כי רכוש פרטי לא יילקח לטובת צורך ציבורי ללא פיצוי נאות (ובמקור "nor shall private property be taken for public use, without just compensation"). הנה כי כן, העיקרון המרכזי שעליו כבר עמדנו ולפיו אין ליטול רכוש פרטי אלא לטובת צורך ציבורי, מעוגן גם בחוקה האמריקאית ובהתאמה לכך, בחקיקה הפנימית במרבית המדינות בארצות הברית (Ilya Somin, *Eminent Domain in the United States*, in *EMINENT DOMAIN: A COMPARATIVE PERSPECTIVE* (2017) 38, 40 (להלן: סומין)).

אחת השאלות שעלו בפסיקה האמריקנית בבואה לפרש את המונח "צורך ציבורי" הייתה האם ניתן להפקיע מקרקעין פרטיים ולהעבירם לבעלות פרטית אחרת על מנת לקדם תכליות של פיתוח עירוני. בפסק הדין בעניין נברסקה (Missouri Pacific Ry. Co. v. Nebraska, 164 U.S. 403 (1896)) נפסק כי נטילה של זכויות פרטיות והעברתן לידיים פרטיות אחרות מנוגדת לחוקה האמריקנית. אך כפי שמראה סומין, בשנות ה-20 של המאה הקודמת החלה בפסיקה האמריקנית מגמה של פרשנות רחבה למונח "צורך ציבורי" שגברה, בין היתר, על רקע השפל הכלכלי הגדול בשנות ה-30 של המאה הקודמת (שם, בעמ' 43-44). כך למשל, בפסק הדין בעניין ברמן (Berman v. Parker, 348 U.S. 26 (1954)) (להלן: עניין ברמן)) אימץ בית המשפט העליון האמריקני את עמדת הקונגרס לפיה אין היתכנות לפיתוח של האזורים הרלוונטיים באותו עניין בהסתמך על יוזמות פרטיות בלבד וללא התערבות שלטונית. נפסק, כי הפקעה לצורך

"שיקום" ופיתוח שכונות עונה על התנאי לקיומו של צורך ציבורי והודגש כי באותו מקרה קיים צורך ביצירת תכנית כוללת ומקיפה לאזור, שאינה מאפשרת מתן זכות התנגדות אישית לכל בעל מקרקעין על יסוד המצב הקונקרטי של מקרקעיו (שם, בעמ' 35). בעקבות ההחלטה בעניין ברמן, פונו ויושבו מחדש עד שנת 1980 כשלושה מיליון תושבים אמריקאיים, רובם מקבוצות מיעוט שונות, לשם פיתוח עירוני של שכונות (סומין, בעמ' 45). התפיסה הרחבה באשר למונח "צורך ציבורי" אושרה על ידי בית המשפט העליון האמריקני בעניין הוואי (Hawaii Housing Authority v. Midkiff, 467 U.S. 229 (1984) (להלן: עניין הוואי)) שם נפסק כי העובדה שהמקרקעין ניטלים מבעלות פרטית אחת ומועברים לבעלות פרטית אחרת היא לבדה אינה מובילה למסקנה כי אין מדובר במטרה ציבורית (שם, בעמ' 243-244). בית המשפט קבע כי במקרה זה ההפקעה לא בוצעה מתוך מטרה להיטיב עם קבוצה מסוימת של יחידים, אלא כדי להיטיב עם הציבור בכללותו ונועדה להתמודד עם כשלי שוק שונים (שם, בעמ' 241-242 ובעמ' 245).

77. פסק הדין בעניין קילו (Kelo v. City of New London, 545 U.S. 469 (2005)) (להלן: עניין קילו)) הוא אבן דרך נוספת בפרשנות שניתנה על ידי בית המשפט העליון האמריקני למונח "צורך ציבורי", ולגביו ריכוז הצדדים את טיעוניהם. באותו עניין ועל יסוד פסקי הדין בעניין ברמן ובעניין הוואי, דחה בית המשפט העליון של ארצות הברית בדעת רוב (של חמישה שופטים מול ארבעה) את הפרשנות ה"צרה" למונח "צורך ציבורי", לפיה צורך כאמור קיים רק אם המקרקעין המופקעים ישמשו באופן פיזי את הציבור הרחב, וקבע כי פיתוח כלכלי מהווה אף הוא צורך ציבורי ראוי לשם הפקעת מקרקעין. עוד נקבע כי ההפקעה בעניין קילו אינה מיועדת להטיב עם קבוצת אוכלוסייה מסוימת, וקדם לה הליך יסודי ומקיף לאישור התכנית הכלכלית שתיטיב עם העיר (על הביקורת שנמתחה על פסק הדין ותיקוני החקיקה שנערכו בעקבותיו ראו סומין, בעמ' U.S. COMMISSION ON CIVIL RIGHTS, THE CIVIL RIGHTS IMPLICATIONS OF ; 53-50 (EMINENT DOMAIN ABUSE iv (2014)).

78. עיון בפסקי הדין שפורטו מלמד על הבדלים משמעותיים בין המקרים שנדונו בהם ובין ענייננו. ראשית, כפי שצוין, בעניין ברמן, הוואי וקילו התכנית או החקיקה הנתקפת לא נועדה להיטיב עם הגורמים הפרטיים אשר להם הוקצו המקרקעין. ההקצאה לגורמים אלה הייתה האמצעי ולא המטרה עצמה של היוזמה הנתקפת. זאת, בשונה מחוק ההסדרה, שאחת ממטרותיו המוצהרות היא להיטיב עם קבוצת אוכלוסייה מסוימת וידועה אשר לה יוקצו זכויות השימוש והחזקה במקרקעין. שנית, בפסקי הדין האמורים המטרה שביסוד תכנית ההפקעה הייתה השגת יעדים כלכליים וקידום פיתוח עירוני וזה

הרקע שעמד בבסיסם. היעדים שאותם מבקש חוק ההסדרה להשיג שונים. חוק ההסדרה ונטילת המקרקעין הכרוכה בו, איננו מהווה חלק מתהליך תכנוני כולל של האזור המיועד לקדם פיתוח ולהשיג יעדים כלכליים לטובת תושבי האזור כולם.

הנה כי כן, הפרשנות המרחיבה של המונח "צורך ציבורי" שהוכרה בפסיקה האמריקאית ואפשרה נטילת מקרקעין מגורם פרטי אחד והעברתם לגורם פרטי אחר, הותנתה בכך שהיא מיועדת להשיג יעדים כלכליים ולקדם פיתוח עירוני לטובת קבוצה בלתי מסוימת של אנשים, ובכללם הגורמים הפרטיים אשר מהם ניטלו המקרקעין, מה שאין כן בחוק ההסדרה.

התכלית המערכתית - סיכום

79. תכליתו של חוק הפוגע בזכויות אדם תיחשב ראויה אם החוק חותר להגשמת ערכים חברתיים חשובים דוגמת שלטון החוק, הנדרשים לצורך קיום מסגרת חברתית המכבדת זכויות אדם. כפי שצוין לעיל, תכלית שעניינה הסדרה בדיעבד של בנייה בלתי חוקית על מקרקעין שאינם רכוש ממשלתי, נדרשת לעבור בהקשר זה שתי משוכות שיצדיקו אותה: זו הנוגעת לנטילה שלטונית כפויה שעליה עמדנו זה עתה וזו הנוגעת לפגיעה בשלטון החוק שעליה עמדנו בראשית הפרק הנוגע לתכלית הנ"ל.

העיקרון המרכזי בכל הנוגע לנטילה שלטונית כפויה של מקרקעין מידי הפרט הוא שהדבר דרוש לצורך ציבורי. ובמילים אחרות, כפי שהיטיב לבטא זאת דוכן, נדרש "שההפקעה תהיה לצרכי הציבור. כלל יסודי הוא, שאין מפקיעים קרקעות לטובת איש פרטי. ליטול מזה וליתן לזה – אין החוק מתיר" (347, בעמ' 347). כעולה מן הסקירה על דרך ההיקש של דיני האזור והדין הישראלי בהקשר זה וכן מן הסקירה ההשוואתית של הדין האמריקאי, גם פרשנות מרחיבה ביותר של המונח "צורך ציבורי" אינה מאפשרת הפקעה דה פקטו של מקרקעין המיועדת להיטיב עם קבוצת אוכלוסייה מסוימת וידועה – המתיישבים הישראלים באזור – בדרך של נטילה שלטונית כפויה מידי קבוצת אוכלוסייה אחרת – תושבי האזור הפלסטינים – בלא שזו צפויה להנות אף היא מתוצאותיה של אותה הנטילה בעתיד. בפרט נכונים הדברים בהינתן העובדה שהנטילה היא מידי תושבי האזור הפלסטינים, שהם כאמור "תושבים מוגנים". מנגנון ההסדרה הקבוע בחוק ככל שהדבר נוגע לנטילה שלטונית כפויה אינו עונה, איפוא, על עקרונות היסוד המוכרים והמקובלים בדיני ההפקעה שאליהם נדרשנו על דרך ההשוואה וההיקש.

אשר להיבט הנוגע לקיומה של תכלית המצדיקה פגיעה בשלטון החוק, עמדנו על כך שלשם הכשרה בדיעבד של עבריינות בנייה במישור התכנוני יש להצביע על שיקולים שיש בהם כדי להצדיק אותה, וביתר שאת כאשר בחלק לא מבוטל מהמקרים מדובר בבנייה שבוצעה במקרקעין שהם קניינו של הזולת. זאת, בהינתן הפגיעה הקשה בעיקרון שלטון החוק ובזכות הקניין הפרטי הכרוכה בכך. אכן, ככל שהפגיעה בזכויות גדולה יותר וככל שאי החוקיות שבה מדובר חמורה יותר, יש ליתן משקל משמעותי יותר לעיקרון שלטון החוק. כיוון שתכלית חוק ההסדרה היא להכשיר את ההתיישבות הבלתי חוקית בצורה גורפת, אין מדובר לטעמי בתכלית ראויה. עם זאת, מובנת וברורה היא המצוקה האנושית שבה נתון מי שפעל בתום לב והסתמך על מצגי השלטון ועתה מוצא עצמו, שלא בטובתו, בעין הסערה. להשלכותיה של מצוקה אנושית זו לעניין התכלית הראויה אתייחס להלן במסגרת הדיון בתכלית הנוספת של החוק הכרוכה ושלובה, כאמור, בתכלית הראשונה שעליה עמדנו.

(2) התכלית האנושית

80. עניינה של תכלית זו ברצון להימנע מהריסה ופינוי של מבני מגורים והתיישבות באזור ולתת מענה למתיישבים שבנו את ביתם באזור בתום לב או בעידוד הרשויות. להבדיל מהתכלית הקודמת, תכלית זו מתמקדת במצוקה ובקשיים שייגרמו למתיישבים עצמם בשל פינוי והריסת ביתם. הממשלה, הכנסת ומועצת מטה בנימין טענו בהקשר זה כי חוק ההסדרה חותר למניעת פינוי ולהבטחת יציבות רגולטורית למתיישבים, אשר בהעדר הסדרה כאמור אינם יודעים מה יילד יום.

81. אכן, הריסת ביתו של אדם ופינויו ממקום מגוריו פוגעים במגוון זכויות אדם ובהן הזכות לכבוד, לחירות ולקניין (עניין חוף עזה, בעמ' 562-563). משכך, אין ספק כי מניעה של הריסת בתים ופינוי משפחות היא תכלית ראויה וכבר נפסק כי זיקתו של אדם למקום מגוריו, על מכלול הקשרים המשפחתיים, הקהילתיים, החברתיים והתעסוקתיים הגלומים בה מהווה אינטרס הראוי להגנה בשיטתנו המשפטית (עניין זיאדה, פסקה 88 לחוות הדעת של המשנה לנשיאה (בדימ') ס' ג'ובראן; רע"א 5817/95 רוזנברג נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נ(1) 221, 228 (1995)). יפים לעניין זה הדברים שכתב השופט א' א' לוי (בדעת מיעוט) בעניין חוף עזה:

"פינוי – זאת נדע – אינו רק עקירה מבתיים ששימשו קורת גג, ולא מאדמה שעובדה, וגם לא ממפעלים ומאזורי תעשייה שהוקמו בעמל ובממון רב. זהו בראש ובראשונה הרס של מרקם חיים, של אמונה בעקרונות יסוד שלפיהם

לכל אדם, באשר הוא, נתונה הזכות לבחור את מקום מגוריו, לבחור את הקהילה שאליה הוא רוצה להשתייך, לבחור את המקום ואת הדרך שבה ימצא את לחמו, ולהבדיל, גם את המקום שבו יביא את יקיריו למנוחת עולמים וגם את המקום שהוא עצמו מבקש להיטמן בו בבוא שעתו" (שם, בעמ' 754).

82. ואולם, בהינתן עוצמת הפגיעה בשלטון החוק ובזכויות הקניין הכרוכים בהסדר שנקבע בחוק ההסדרה, נשאלת השאלה האם במישור הציבורי הכללי ההסדר הקבוע בחוק והמיועד, בין היתר, ליתן מענה למצוקתם של המתיישבים כאמור, נועד לתכלית ראויה. הממשלה, הכנסת ומועצת מטה בנימין טוענות כי בענייננו התשובה לשאלה זו היא בחיוב, בין היתר, משום שחלק ניכר מן הבנייה בהתיישבות הישראלית באזור שעליה צפוי לחול חוק ההסדרה התבצעה בעידוד או בתמיכה מצד המדינה ורשויותיה השונות, במישרין או בעקיפין, וכן מצד מוסדות שונים שפעלו מטעמה. לפיכך הרשויות וגורמי השלטון נושאים באחריות להיווצרות הבעיה לכתחילה.

83. עידוד ותמיכת המדינה ורשויותיה עשויה להקים לפרט אינטרס הסתמכות הראוי להגנה במשפט המינהלי, בין היתר, כאשר מדובר בהסתמכות בעלת השלכות כלכליות משמעותיות. קיומו של אינטרס הסתמכות במישור המינהלי בהחלט יכול להוות שיקול במישור התכליתי הראויה. עם זאת, כדי שאינטרס מסוג זה יהיה ראוי להגנה, על הפרט להראות – לצד עצם קיומה של הסתמכות – כי היא הייתה סבירה בנסיבות העניין. בהקשר זה נפסק כי ככלל אין להכיר בהסתמכות על מדיניות כללית, ובפרט כזו המעניקה הטבה כלכלית ויש להבחין בין טענת הסתמכות על מדיניות לטענה הנוגעת להבטחה שלטונית קונקרטית (בג"ץ 6951/17 אפיקי מים אגודה שיתופית חקלאית נ' הרשות הממשלתית למים ולביוב, פסקאות 29-32 (3.4.2019)). דברים אחרונים אלה הם בעלי משמעות ניכרת בענייננו.

84. אין חולק שהרשויות פעלו בדרכים שונות לעידוד הבנייה ביישובים שחוק ההסדרה נועד לחול עליהם. אך גם אם נצא מהנחה כי המתיישבים הישראלים אכן הסתמכו על התנהלותן זו של הרשויות, נשאלת השאלה האם מדובר בהסתמכות שהיא סבירה בנסיבות העניין. זאת, בייחוד באותם המקרים שבהם מדובר במקרקעין מוסדרים הרשומים על שם בעלים פלסטינים ובהינתן העובדה כי לגבי חלק מן המקרקעין אין בנמצא תכנון תקף. לכך יש להוסיף כי התיבה "הסכמת המדינה" הוגדרה בחוק ההסדרה באופן רחב המתייחס גם לפעולותיהם של גופים שאינם חלק מרשויות השלטון המרכזי ובהם רשויות מקומיות ומועצות אזוריות, וכן היא כוללת הסכמה משתמעת והסכמה

בדיעבד. הפועל היוצא מכך הוא שהחוק עשוי לחול גם על בנייה שנעשתה שלא בתום לב על ידי המתישב ודי בכך שהיא נעשתה בהסכמת גופים שונים אפילו אם אלה פעלו בניגוד לדין ותמכו בבנייה בלתי חוקית בניגוד לעמדת רשויות האזור או הממשלה (השוו לד"ח שנתי 56א, בעמ' 216). עוד יש להוסיף כי החוק לפי נוסחו חל על התיישבות כהגדרתה בסעיף 2, דהיינו על כל בנייה המתבצעת ב"שכונה או הרחבה של אותה התיישבות, כלל בתי המגורים שבה, המיתקנים, השטחים החקלאיים המשמשים לצורכה, מבני ציבור, אמצעי ייצור, וכן דרכי גישה ותשתיות מים, תקשורת, חשמל וביוב". העובדה כי מוטת כנפי ההסדרה על פי החוק היא כה רחבה והעובדה כי היא חלה, בין היתר, גם על שטחים חקלאיים ומבנים נוספים שאינם משמשים למגורים, יש בה כדי להחליש את הטענה להסתמכות שאינה בת פיצוי במישור הכלכלי.

85. עם זאת, שונה המצב באותם המקרים שבהם ניתן להצביע על כך שהבנייה נעשתה ב"תום לב" וכן ב"הסכמת המדינה" במובן שיש בו כדי להקים אינטרס הסתמכות, למשל בנייה בתום לב בהתאם לתוכנית בנייה מאושרת על מקרקעין שנגרעו משטח ההכרזה על רכוש ממשלתי שנים ארוכות לאחר מכן בעקבות עבודות צוות קו כחול. ביחס למקרים כאלה ודומיהם, נראה כי הסתמכות הפרט על הבטחת הרשות הייתה סבירה בנסיבות העניין, ועל כן ניתן לקבוע כי בנסיבות כאלה התכלית ראויה. במילים אחרות, בנסיבות מתאימות, כאשר הבנייה נעשתה בתום לב ובהסכמת המדינה, הצורך ליתן מענה למצוקתם של המתיישבים יכול להצדיק פגיעה מסוימת בזכויות אדם. לכך יש להוסיף את הסייג הנובע מהעובדה כי מדובר בשטח המוחזק על ידי המדינה בתפיסה לוחמתית, האמורה להיות זמנית מעצם טיבה (וראו לעניין זה גם סעיף 3(2)(ב) לחוק).

לא נעלם מעיני כי בהתייחסו לדרישת "תום הלב" לצד הדרישה ל"הסכמת המדינה" נעשה בחוק השימוש במילה "או" (ראו סעיף 3 לחוק ההסדרה) והצדדים בטיעוניהם, כל אחד מטעמיו, הצביעו על כך שמדובר בדרישות שהן חלופיות ולא מצטברות. אך כידוע, ניתן לפרש את המילה "או" גם כמילה מחברת (על המשמעות של המילה "או" אשר יש שהיא מפרידה בין שתי מילים ויש שהיא מחברת, ראו חיים כהן "סכלות ו/או איווולת" לשוננו לעם לב(א) 4 (1981); כן ראו והשוו ע"פ 5877/13 גאלב נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (2.4.2015)). לגישה, ככל שאנו מבקשים לראות בצורך ליתן מענה למצוקה האנושית של המתיישבים תכלית ראויה, יש אכן לפרש את המילה "או" כמילה מחברת ומשמעות הדבר היא כי דרישת תום הלב והדרישה להסכמת המדינה שבסעיף 3 לחוק הן דרישות מצטברות.

86. מבין התכליות שמנינו לעיל, מצאתי כי התכלית המערכתית איננה תכלית ראויה על פי חוק היסוד. לעומת זאת אני סבורה כי התכלית האנושית, ככל שזו נוגעת לאותם מתיישבים אשר בנו את בתיהם באזור בתום לב ובהסתמך על מצגי הרשויות המוסמכות יכולה להיחשב תכלית ראויה.

87. העובדה שחוק מקדם, בין יתר תכליותיו, גם תכלית ראויה, אינה מצדיקה התעלמות מהפגיעה שתכליותיו הלא ראויות עלולות לגרום (ברק מדינה, בעמ' 165). בהקשר זה עולה השאלה מה הדין כאשר לדבר חקיקה יש יותר מתכלית דומיננטית אחת ורק אחת מתכליותיו היא ראויה (ראו עניין אורון, בעמ' 655; לגישה לפיה במסגרת שיקול הדעת הפרשני, רשאי הפרשן לבחור באותה תכלית מבין מגוון תכליות דבר החקיקה אשר עוברת את המבחן החוקתי של פסקת ההגבלה - ראו אהרן ברק פרשנות במשפט - כך שלישי: פרשנות חוקתית 533-534 (1995)). בענייננו, אין צורך להכריע בשאלה זו, שכן גם אם נניח שנמצאה לחוק ההסדרה תכלית ראויה, פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינה מסתפקת בכך והיא קובעת מבחן נוסף, הוא מבחן המידתיות. בעוד שמבחן התכלית עוסק במטרות שאותן מבקש דבר חקיקה להגשים, מבחן המידתיות בוחן באופן קונקרטי האם פגיעתו של האמצעי שנבחר – דבר החקיקה הספציפי על הוראותיו הפרטניות – אינה עולה על הנדרש.

לבחינת מידתיות החוק אפנה עתה.

מידתיות החוק

88. בחינת מידתיות פגיעתו של דבר חקיקה בזכויות נסמכת על שלושה מבחני משנה: (א) מבחן ההתאמה או מבחן הקשר הרציונלי; (ב) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; (ג) מבחן המידתיות ב"מובן הצר".

(א) מבחן הקשר הרציונלי

89. הממשלה, הכנסת ומועצת מטה בנימין טענו כי החוק, על שני מסלולי ההסדרה הקבועים בו, הוא אמצעי ראוי להגשמת תכליותיו. אכן, דומה כי לא ניתן לחלוק על כך שנטילת זכויות חזקה ושימוש במקרקעין מבעליהן והעברתן לידי המתיישבים הישראלים לפי המסלול הקבוע בסעיף 3(2) לחוק, או הכרזה על מקרקעין שעליהם בנויה התיישבות

ישראלית כעל "רכוש ממשלתי" תוך הקצאת זכויות השימוש בה לפי המסלול הקבוע בסעיף 3(1) לחוק, לטובת אותו יישוב ישראלי, יש בהם כדי לקדם את התכליות המרכזיות שעליהן עמדו הממשלה, הכנסת ומועצת מטה בנימין.

עם זאת, מצאתי, כאמור, שרק התכלית בדבר מניעת הריסת ופינוי בתים שנבנו בתום לב ובאישור הרשויות המוסמכות היא תכלית ראויה. בהתחשב בכך, המסקנה כי בענייננו מתקיים מבחן הקשר הרציונאלי אינה חפה מקשיים וכבר נפסק כי מבחן הקשר הרציונאלי אינו מבחן של קשר סיבתי גרידא בין האמצעי לתכלית וכי "הדגש במבחן הקשר הרציונאלי הוא על היותו של הקשר רציונלי. משמעות הדבר היא, בין השאר, שאין לנקוט באמצעי שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר היגיון" (ההדגשה במקור; עניין מוראר, פסקה 25 לחוות הדעת של השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש). בענייננו, השימוש באמצעי שמשמעותו נטילה גורפת של זכויות השימוש והחזקה במקרקעין או הכרזה עליהם כעל "רכוש ממשלתי", מעורר קושי בהיבט זה משום שהוא מיטיב באופן קולקטיבי עם כל מי שהקימו את בתיהם באופן בלתי חוקי באותה התיישבות, בין היתר, על מקרקעין פרטיים. הוא מקיף את "כל המקרקעין שעליהם נבנתה אותה התיישבות" בלא בחינה פרטנית של סוגיית תום הלב ובאופן המחיל את ההסדר על כל המקרקעין שבתחומי היישוב, לרבות מקרקעין שאין עליהם בתי מגורים. הוא מעדיף את האינטרס שלהם על פני האינטרסים הקנייניים הלגיטימיים של קבוצת אוכלוסייה אחרת באותו אזור, והקושי מתעצם בהינתן העובדה שמדובר בתושבים מוגנים שהינם בעלי זכויות בחלק לא מבוטל של אותם המקרקעין. חרף הקשיים שעליהם הצבעתי, אדרש להלן לצורך הדיון לשאר מבחני המשנה של דרישת המידתיות.

(ב) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

90. היועץ המשפטי לממשלה הצביע על שורה של אמצעים חלופיים המוסדרים בדיון החל באזור שיש בהם, לטענתו, כדי להגשים את תכליות החוק תוך פגיעה פחותה בזכויות. האמצעי החלופי המרכזי שאליו התייחס היועץ המשפטי לממשלה הוא זה הקבוע בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי ולפיו:

5. כל עיסקה שנעשתה בתום לב בין הממונה ובין אדם אחר בכל נכס שהממונה חשבו בשעת העיסקה לרכוש ממשלתי, לא תיפסל ותעמוד בתקפה גם אם יוכח שהנכס לא היה אותה שעה רכוש ממשלתי.

כשרות
עיסקות

הסדר זה נועד להגן על מי שהתקשר בתום לב עם הממונה (ראו ע"א 4999/06 הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי באזור יהודה ושומרון נ' מחצבות כפר גלעדי – שותפות מוגבלת, פסקה 13 לחוות דעתי (15.2.2009)) והוא מהווה חלק מתחיקת הביטחון באזור מזה כחמישים שנה, אך עד כה נעשה בו שימוש במקרים נדירים וחריגים בלבד (ראו מסמך סיכום דיון שנערך בנושא בראשות היועץ המשפטי לממשלה ובהשתתפות פרקליט המדינה ובכירים נוספים במשרד המשפטים ביום 7.12.2016 (להלן: סיכום הדיון)). כעולה מסיכום הדיון, שב ועלה הצורך לבחון את השימוש בהסדר הקבוע בסעיף 5 הנ"ל לנוכח ממצאי עבודת צוות קו כחול שהחריג שטחים מההכרזות כ"רכוש ממשלתי". וכך צוין בהקשר זה במסמך סיכום הדיון:

"תכליתו של ההסדר היא הגנה על אינטרס ההסתמכות של הפרט שנקט פעולות על בסיס אותן עסקאות, כאשר ביטול ההסכם כעת יביא לפגיעה בו, כמו גם הקניית מעמד ראוי לממונה, על מנת שניתן יהיה להבטיח כי עסקאות עמו יעמדו בתוקפן [...] בו בזמן, בהגנה על המתקשר תם הלב יכולה להיות מגולמת פגיעה ברכוש הפרט, שאדמתו הוכרזה בטעות כרכוש ממשלתי. נוכח זאת – כבכל תקנת שוק, וביתר שאת מתוקף חובתו של מפקד כוחות צה"ל באיו"ש להגן על רכוש הפרט בשטח המוחזק, נדרשת בחינת קפדנית של דרישות הסעיף" (ההדגשות הוספו).

ביום 24.12.2018 הגיש היועץ המשפטי הודעת עדכון בעתירות שבפנינו לפיה ביום 13.12.2018 פורסמה על ידו חוות דעת נוספת שכותרתה "יישום סיכום היועץ המשפטי לממשלה בנושא סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) – חוות דעת משלימה". חוות דעת זו נוגעת בעיקרה ליישום סעיף 5 הנ"ל על מקרקעין באזור המוחזקים על ידי תושבים ישראלים והיא מפרטת שני מסלולים אפשריים ליישום ההסדר הקבוע בסעיף 5 האמור: מסלול שיפוטי, במסגרתו ערכאה שיפוטית (קיימת או ייעודית) תוסמך לדון בתביעות לפי סעיף 5 וליתן סעד במקרים המתאימים או מסלול מנהלי, שבאמצעותו יוכלו רשויות הביטחון ליזום בחינה של תאי שטח שבהם מתקיימים, לכאורה, תנאי סעיף 5.

91. אמצעי נוסף שאליו התייחס היועץ המשפטי לממשלה הוא שימוש בדיני ההתיישנות החלים באזור, ובמרכזם סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני מיום 7 רמדאן 1274 (21.4.1858) (להלן: חוק הקרקעות העות'מאני). הסעיף קובע הסדר של התיישנות רוכשת בקרקע מסוג מירי (בסוג מקרקעין זה זכות הבעלות שייכת לממשלה וזכות השימוש ואכילת הפירות שייכת לעובד אותה. ראו דוכן, בעמ' 46). פרשנותו המקובלת של סעיף 78 – החל ביחסים שבין הפרט למדינה – מאפשרת לאדם המחזיק בקרקע מירי

עשר שנים רצופות בלא הפרעה, לבוא כתובע ולדרוש מן המדינה שטר טאבו, היינו, העברה של הזכויות הקנייניות, וזאת אם יוכיח שמילא את כל דרישות הסעיף (אהרון בן שמש חוקי הקרקעות במדינת ישראל 133 (1953) (להלן: בן שמש); ראו עוד זנדברג, בעמ' 109-108; סוכובולסקי, כהן וארליך, בעמ' 22-28; קדר, בעמ' 670-671 ובעמ' 687-688; ישראל גלעד "התיישנות במקרקעין – קווים לריפורמה" משפטים י"ח 177, 238-236 (1988); לדעה לפיה סעיף 78 אינו יכול לשמש מקור לרכישת זכויות קנייניות באזור שנוצרו בתקופה שלאחר החלת דיני התפיסה הלוחמתית שם ראו דיני רישום מקרקעין, בעמ' 313-315 והשוו ההצדקות למוסד ההתיישנות – ביהודה ושומרון, בעמ' 238-242. ראו גם בג"ץ 5439/09 עבדאלקאדר נ' ועדת העררים הצבאית שלפי צו בדבר וועדות עררים מחנה עופר (20.3.2012) (להלן: עניין עבדאלקאדר)).

הסדר נוסף הנוגע לדיני ההתיישנות החלים באזור הוא זה הקבוע בסעיף 20 לחוק הקרקעות העות'מאני שעוסק בטענת התיישנות דיונית בסכסוכים שהמדינה אינה צד להם. סעיף זה דן במצבים שבהם נתפסו מקרקעין על ידי אדם שאינו המחזיק המקורי וללא רשותו. הסעיף קובע כלל של התיישנות תביעות בקשר להחזקת קרקע מסוגים מסוימים מחמת התיישנות של עשר שנים שבהן הוחזקה הקרקע על ידי המחזיק-התופס ללא התנגדות מצד המחזיק המקורי. זאת, אלא אם חלוף הזמן נגרם בשל אחת הסיבות המנויות בסעיף (לפרשנות הסעיף ראו בן שמש, בעמ' 54-55; דוכן, בעמ' 305-306; לעניין ההבחנה בין השימוש בסעיף 78 הנ"ל ובין סעיף 20 ראו אברהם חלימה חזקה והתיישנות במקרקעין ופקודת הסדר הקרקעות 24-5, 44-40 (חוברת 2, 1987)).

92. היועץ המשפטי לממשלה הוסיף והפנה כאמצעי חלופי שפגיעתו פחותה אל דיני האזור המסדירים, בדומה לדין הישראלי, מצבים של בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת. כך למשל, בנוגע למקרקעין מסוג מולפ (הכוונה היא לקרקע שבה גוף הקרקע והפירות שייכים לבעל הקרקע. ראו דוכן, בעמ' 39-42), ההסדר הרלוונטי קובע כי מי שבנה או נטע במקרקעין מתוך זכות משוערת מדומה, ושווים של הבניינים או העצים עולה על שווי המקרקעין – יכול המקיים לשלם לבעל המקרקעין את שווים ובכך לרכוש אותם (דוכן, בעמ' 197), אך נדרש שלמקיים יהיה צידוק משפטי לעשות את הפעולה (שם). לגבי קרקע מסוג מירי מבחין הדין בין שני מצבים: האחד, כאשר המקיים פעל לפי שטר רישום (כלומר, מצב של טעות רישומית שכתוצאה ממנה ישנם שניים הטוענים לבעלות בזכויות השימוש במקרקעין). במקרה כזה נקבע בחוק מנגנון שלפיו אם עלה שווי הבנוי על שווי הקרקע, רשאי המקיים לשלם לבעל הזכויות המקורי את שווי המקרקעין ולהחזיק בהם. אך אם עלה שווי המקרקעין על שווי הבנוי, בעל הזכויות המקורי ישלם למקיים את שווי המחבורים ויהיה בעל הזכויות בהם ובמקרקעין. השני הוא מצב שבו אין טעות רישומית

ובמקרה כזה זכות הבחירה אם להרוס את המחוברים או לשלם את שוויים למקום נתונה לבעל הזכויות המקורי (דוכן, בעמ' 197-198; ראו סעיפים 10 ו-12 לחוק התצרוף (חזקה ושימוש בקרקע) בנכסי דלא נידי מס. (49) לשנת 1953; להרחבה על ההסדרים החלים באזור ראו עוד הראל ארנון "בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת" הדין החל ביהודה ושומרון" דיני מקרקעין והמשפט הבינלאומי ביהודה ושומרון 325, 334-339 (2013) (להלן: ארנון)).

93. היועץ המשפטי לממשלה לא קבע בטיעוניו מסמרות באשר לכל אחד מן ההסדרים החלופיים שאותם פרס או באשר לאופן יישומם, אך בחינה ראשונית ביותר של כל אחד מן ההסדרים שצוינו מעלה, על פני הדברים, כי פגיעתם בזכויות של התושבים הפלסטינים פחותה, וכי לכאורה יש בהם משום איזון מידתי יותר בין הזכויות והאינטרסים המתנגשים. נוסף על כך – והוא עיקר – הסדרים אלה מחייבים בחינה פרטנית של כל מקרה לפי נסיבותיו, תוך מתן משקל למעמד המיוחד של הפלסטינים תושבי האזור, לזכות הקניין שלהם ולחובתו של המפקד הצבאי על פי דיני התפיסה הלוחמתית להגן על זכות זו (עניין עבדאלקאדר, פסקה 11; ראו גם עניין חושיה, פסקה 4 לחוות הדעת של המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור וחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן; עניין חמאד, פסקה 15).

החובה לנקוט אמצעי שפגיעתו פחותה משמעותה, בין היתר, הימנעות משימוש בהסדר גורף והעדפת אמצעי הכרוך בבדיקה אינדיבידואלית. עמד על כך הנשיא (בדימ') א' ברק בעניין הנזיקים האזרחיים (תוך שהפנה לעמדתו בבג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא (2) 202 (2006)) בציינו:

"ברבים מהמקרים השימוש באמת מידה פרטנית-אינדיבידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. עיקרון זה מקובל בפסיקתו של בית המשפט העליון... הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות. כך הדבר במשפטנו-שלנו. כך הדבר במשפט המשווה" (שם, פסקה 37 לחוות הדעת של הנשיא (בדימ') א' ברק; השוו עוד בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקאות 66-67 לחוות הדעת של הנשיא ד' ביניש (28.2.2012); ובג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 28-29 לחוות דעתי (27.2.2020)).

94. האם במקרה שלפנינו החלת אחד מההסדרים הנזכרים המקיימים בחינה פרטנית (או מכלול של הסדרים כאלה) – חלף ההסדר הגורף שבחוק – יש בו כדי להשיג את מטרות החקיקה? כעולה מהסדרים החלופיים שעליהם עמדנו נראה כי הם יכולים ליתן מענה במספר לא מבוטל של מקרים הנופלים בגדר התכלית הראויה, קרי, באותם מקרים שבהם פעלו המתיישבים בתום לב ובהסתמך על מצגי הרשויות המוסמכות. עם זאת, כפי שציין היועץ המשפטי לממשלה, להסדרים חלופיים אלה מספר מאפיינים אשר בגינם יהיה צורך לתת את הדעת לסוגיות מסוימות אשר יחייבו החרגות מגבולות ההסדר. לכך יש להוסיף כי הניסיון שנצבר לגבי הסדרים חלופיים אלה הוא מצומצם בשל כך שהשימוש שנעשה בהם עד כה היה במקרים חריגים בלבד. עובדה זו משליכה, בין היתר, על העלויות ביישומם ועל מידת האפקטיביות שלהם. נוכח ההיקף החלקי והמוגבל של ההסדרים החלופיים שהוצעו, וחרף העובדה שהחוק אינו כולל בחינה פרטנית של המקרים שעליהם הוא חל, איני סבורה כי יש מקום להורות על בטלות החוק בשל קיומו של אמצעי חלופי שפגיעתו פחותה. ואולם, קיומם של אמצעים חלופיים אף שהיקפם חלקי, יש לו משמעות לצורך מבחן המשנה השלישי הנוגע למידתיות במובן הצר, אשר ייבחן להלן (עניין בית סוריק, בעמ' 851-852; עניין איתן, פסקה 66 לחוות הדעת של השופט ע' פוגלמן; בג"ץ 10202/06 עיריית דאהריה נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית, פסקה 21 (12.11.2012); עניין הפיקדון, פסקה 40 לחוות דעתי).

(ג) מבחן המידתיות ב"מובן הצר"

95. במסגרת מבחן המידתיות ב"מובן הצר" יש לבחון האם מתקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה ובין הנזק שעלול להיגרם לזכויות החוקתיות שעל הפרק. כפי שכבר צוין, ככל שהזכות הנפגעת היא מהותית יותר והפגיעה בה חמורה יותר, כך תידרש תועלת רבה יותר וצורך ציבורי בעל חשיבות רבה יותר על מנת לצלוח את הבחינה החוקתית. ככל שיימצא כי הפחתה מסוימת בתועלת המושגת מן החוק יש בה כדי להביא להפחתה משמעותית במידת הפגיעה בזכויות החוקתיות, המסקנה תהא כי האמצעי שנקט בחוק איננו מידתי ב"מובן הצר" (עניין בית סוריק, בעמ' 840).

96. כאמור לעיל, התכלית הראויה שאותה נועד חוק ההסדרה לקדם היא – מתן מענה למצוקתם של אותם מתיישבים אשר בנו בתיים בתום לב תוך הסתמכות על מצגי הרשויות המוסמכות ואשר בדיעבד התברר כי בנו על מקרקעין פרטיים. התועלת בחוק היא יצירתו של מנגנון פשוט, נוח וקל להפעלה שיימנע "הצפה" של בתי המשפט בהליכים פרטניים שעניינם הסדרת הזכויות במקרקעין של המתיישבים הישראלים באזור, וכן יאפשר מתן מענה מהיר למצוקתם של המתיישבים וימנע פינוי יישובים. אל מול

תועלת זו עומדת הפגיעה בזכויותיהם של תושבי האזור הפלסטינים – הזכות לקניין והזכות לשוויון – שהן זכויות חוקתיות בעלות עוצמה רבה בשיטתנו המשפטית. בבואנו להידרש למבחן המידתיות ב"מובן הצר" יש לבחון את מידת ועוצמת הפגיעה בזכויות אל מול התועלת שתצמח מכך תוך התייחסות בהקשר זה, כאמור, לאפשרות כי תועלת זו ניתנת להשגה באמצעים חלופיים, גם אם במידה פחותה.

97. על עוצמת הפגיעה בזכויות ניתן ללמוד מהשוואתו של ההסדר הקבוע בחוק ההסדרה להסדרים קרובים בדין הישראלי ובדין החל באזור שנראה כי מהם נשאבה השראה בחקיקת החוק. הסדרים אלו, שעניינם: תקנת השוק במקרקעין, בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת ונטילה שלטונית של זכויות במקרקעין – מבוססים על עקרונות המוכרים בשיטה המשפטית הנוהגת בישראל, באזור ובשיטות משפט נוספות בעולם, והם מגלמים, ככלל, איזון בין הפגיעה בקניינו של אדם ובין אינטרסים ציבוריים הצריכים לעניין. ואולם, כפי שנראה להלן, חוק ההסדרה מבקש להיבנות מן ה"שורה התחתונה" באותם הסדרים, בלא שהוא מקיים את תנאי היסוד שבלעדיהם אין ההסדרים הללו עומדים על רגליהם. בתמצית ייאמר כי המשותף להסדרים אלו כולם הוא העובדה שהם כוללים בחינה פרטנית של כל מקרה ומקרה בתנאים מוגדרים, וכי אופן הפיצוי על פיהם משתנה ממקרה למקרה. בחינה כזו נעדרת לחלוטין מחוק ההסדרה, והדבר נושא משקל לעניין מידתיות הפגיעה הגלומה בחוק.

98. כך למשל, סעיף 10 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין) קובע כי "מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון" (ההדגשות הוספו). מדובר בהסדר מסוג "תקנת שוק" ולפיו בהתקיים התנאים המפורטים בסעיף – מקרקעין מוסדרים, תשלום תמורה והסתמכות בתום לב על הרישום – תגבר זכותו של הרוכש למרות שהרישום לא היה נכון (ראו ע"א 7261/15 מועדי נ' שוקחה, פסקה 34 (5.9.2018); ע"א 767/11 להיגי נ' עזורי, פסקה 14 (27.8.2013)). לצד זאת, וכאמור לעיל, הדין החל באזור מכיר בהסדר המגן על תוקפה של עסקה שנערכה עם הממונה, בהתקיים התנאים הקבועים בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי.

הסדר נוסף הקרוב לענייננו קבוע בסעיף 21 לחוק המקרקעין ועניינו בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת בלא היתר, שאז הברירה נתונה בידי בעל המקרקעין אם לקיים את המחוברים תמורת תשלום (כמפורט בסעיף 21(ב) לחוק המקרקעין) או לדרוש מן המקיים את סילוקם (ראו סעיף 21(ג)-(ד) לאותו חוק). סעיף 23 לחוק המקרקעין קובע כי ביחס למקרקעין שאינם מוסדרים, זכאי המקיים לרכוש את המקרקעין "במחיר שווים

בלי המחוברים" אם התקיימו שלושה תנאים מצטברים: (1) המקום סבר בתום לב בשעת הקמת המחוברים כי הוא בעל המקרקעין; (2) הסכום שהשקיע המקום במחוברים עלה, בשעת הקמתם, על שווי של המקרקעין בלי המחוברים באותה שעה; (3) רכישת המקרקעין על ידי המקום אינה עלולה לגרום לבעל הזכויות המקורי נזק חמור שאין בתשלום שווים כדי לפצותו עליו (להרחבה ראו מיגל דויטש קניין א' 443-446 (1997); ארנון, בעמ' 329). דיני המקרקעין באזור מכירים אף הם בהסדרים הנוגעים לבנייה ולנטיעה במקרקעי הזולת והם מאפשרים למקום בקרקע מסוג מירי לרכוש את הזכויות במקרקעין אם פעל בתום לב וסבר כי ביצע את ההקמה במקרקעין שיש לו זכויות בהם (בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת, בעמ' 326-327; והשוו גם להסדר המוצע בהצעת החוק לדיני ממונות ("הקודקס האזרחי"), שם מוצע להתמקד בשאלת תום הלב של המקום. ראו סעיף 600(ג) להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011).

כך גם, כאמור לעיל, מתיר הדין הישראלי וכמוהו גם דיני האזור, בתנאים מסוימים, הפקעה של מקרקעין פרטיים לצורכי ציבור, ואולם ההוראות החלות בהקשר זה כוללות מנגנון המסדיר את הליך קבלת ההחלטה על הפקעת המקרקעין ואת החובה להפעיל שיקול דעת ולבחון אם המקרקעין מתאימים להגשמת המטרה הציבורית שלשמה הם מופקעים; הסדרים הנוגעים לפרסום על אודות ההפקעה; הסדרים להעלאת טענות בעניין עצם נטילת הזכויות; והסדרים הנוגעים לפיצוי ולדרכי ההשגה עליו (להרחבה ראו נמדר, בעמ' 261-504; קמר, בעמ' 243-320; איל זמיר, בעמ' 35-36).

99. כל אחד מן ההסדרים הללו שונה תכלית השינוי מן ההסדר הקבוע בחוק ההסדרה, שתחומי התפרסותו רחבים וגורפים והוא נועד לחול בכל מקרה שבו "מצאו רשויות האזור כי בתקופה שקדמה ליום פרסומו של חוק זה נבנתה בתום לב התיישבות במקרקעין הטעונים הסדרה או ניתנה הסכמת המדינה לבנייתה" (הדגשה הוספה). בהתקיים האמור, ניתן ל"כל המקרקעין שעליהם נבנתה אותה התיישבות ערב יום פרסומו של חוק זה", כרטיס כניסה למתווה ההסדרה. הוראות חוק ההסדרה מתאפיינות, אם כן, בהתייחסות קולקטיבית אל ההתיישבות כולה, וזאת להבדיל מן ההתייחסות האינדיווידואלית ומן המנגנון לבחינה פרטנית הקבועים בהוראות הדין הישראלי ובדיני האזור שנסקרו לעיל. הוראות חוק ההסדרה אינן מבחינות בין הפרטים המרכיבים את ההתיישבות; מידת השקעתם בבנייה (לרבות השאלה אם שילמו דמי חכירה לגורם המיישב, וראו בהקשר זה את האמור בד"ח שנתי 63ב, בעמ' 165-169); מידת הסתמכותם על מצגי הרשויות המוסמכות; המועדים השונים שבהם בוצעה הבנייה בהתיישבות; מידת אי החוקיות הגלומה בבנייה; היקפה, מיקומה ומידת נחיצותה של הבנייה לקיום אורחות החיים ביישוב; וכיוצא באלה שיקולים הצריכים לעניין. לכך יש

להוסיף שאין זה ברור כלל כיצד ניתן יהיה לבחון "תום לב" של ההתיישבות כגוף קולקטיבי להבדיל מבחינה פרטנית הנוגעת לתום ליבו של היחיד. עוד יצוין בהקשר זה כי לוחות הזמנים הקצרים עד מאוד הקבועים בחוק לנטילת הזכויות (ראו סעיף 4 לחוק) וכן הדרישה להשלמת הליכי הקצאת הזכויות מחדש לטובת ההתיישבות שנבנתה על המקרקעין בתוך 60 ימים נוספים (ראו סעיף 5 לחוק), יקשו עד מאוד על עריכת בחינה פרטנית בכל מקרה ומקרה, ועלולים לשלול אותה כליל מבחינה מעשית. זאת ועוד, חוק ההסדרה מחיל עצמו באופן גורף וללא הבחנה על כל סוגי השימושים במקרקעין: מגורים, מבני ציבור ושימושים אחרים והוא אינו קובע מנגנון המאפשר עריכת איזון בין שימושים אלה, או איזה מהם, ובין הזכויות הנפגעות על פי טיבן ועל פי היקף הפגיעה. החוק אינו כולל כל התייחסות לשאלת המשך נטילת הזכויות במצבים של שינוי או זניחת השימוש הנעשה במקרקעין, וכן אין בחוק כל הבחנה בין מקרקעין מוסדרים למקרקעין שאינם מוסדרים. כמו כן, נפקד מחוק ההסדרה מקומם של תנאים מכוננים נוספים הקבועים בדין הישראלי ובדין האזור, תנאים שבהעדרם אין להסדרים אלה הצדקה. כך לדוגמה – דרישות התמורה, השלמת הרישום והדרישה להיות המקרקעין מוסדרים, המנויות בסעיף 10 לחוק המקרקעין והמקובלות גם בתקנות שוק אחרות ברחבי העולם, הן דרישות יסודיות, המחייבות בחינה פרטנית של נסיבות כל מקרה ומקרה ובלעדיהן אין לומר כי המקרה נמנה עם אותם מקרים חריגים שבהם תוקנה לאדם זכות אף שנפל פגם בהקנייתה.

החוק אף מוסיף וקובע הוראות כוללניות בכל הנוגע ליחס שבין סכום ההשקעה בבנייה לעומת שווי המקרקעין לפני ביצועה ולפיהן נבחן "הסכום שהושקע בבניית ההתיישבות" בשעת הבנייה לעומת "שוויים של המקרקעין בלי ההתיישבות באותה שעה" (סעיף 3(2)(א) לחוק), והוא אינו כולל מנגנון לבחינה פרטנית של הנזק שייגרם לבעל המקרקעין המקורי כתוצאה משלילת זכויות הקניין שלו, בחינת השאלה האם בעל הזכות המקורי "יישן על זכויותיו" ומה הסיבה לכך, וכן האם יש בפיצוי כספי כדי לרפא את נזקו.

100. חוק ההסדרה אף מאפשר לרשויות האזור לבצע הפקעה דה-פקטו של זכויות השימוש והחזקה במקרקעין הפרטיים שעליהם הוקמה הבנייה הבלתי חוקית וזאת בלא שנקבעו בחוק הסדרים מתאימים הנוגעים לפרסום או לדרכי השגה ושימוע. אין מדובר אך בקושי פרוצדוראלי, אלא במכשלה מהותית היורדת לשורשו של מבחן המידתיות ב"מובן הצר". כך, החוק קובע הקניית זכויות אוטומטיות, והיוזמה לנקוט הליכים בכל הנוגע להקניה ותוצאותיה מוטלת על בעל הזכויות המקורי. החוק אינו כולל מנגנון להעלאת טענות כנגד עצם נטילת הזכויות, והוא אף אינו קובע מנגנון חריגים המוציא

מקרים מסוימים מתחולת החוק, דבר שהיה עשוי לצמצם את הפגיעה בזכויות במקרים המתאימים מבלי לפגוע בהגשמת תכליתו. בהקשר זה יש להדגיש כי מתן אפשרות לבעל הזכויות לשטוח את טענותיו באופן ראוי, תוך פרק זמן סביר, מאפשר לרשות המינהלית לקבל את החלטתה על בסיס תשתית עובדתית נאותה ורלוונטית, תוך התחשבות במכלול העובדות והשיקולים הצריכים לעניין (השוו לעניין זיאדה, פסקאות 45-46 לחוות הדעת של המשנה לנשיאה (בדימ') ס' ג'ובראן). החוק קובע אמנם בסעיף 3(2)(ב) כי נטילת הזכויות צריכה להיעשות "ככל האפשר" בהתאם לחוק הרכישה הירדני אשר מקנה, כאמור, למפקד הצבאי שיקול דעת לבחון את התקיימות התנאי בדבר צורך ציבורי. אך בהינתן הוראותיו הקטיגוריות של חוק ההסדרה נראה כי אלה שוללות למעשה מן המפקד הצבאי כל שיקול דעת בהקשר זה ועל כן נראה כי ההוראה הנ"ל בחוק ההסדרה היא לאמיתו של דבר ריקה מתוכן.

101. לבסוף, בהינתן העובדה כי ההפקעה דה-פקטו על פי חוק ההסדרה כרוכה ושלובה גם בהכשרה בדיעבד של בנייה בלתי חוקית בהיבט התכנוני, נוצר מצב לפיו ההסדר מכפיף את התכנון ומתאים אותו למצב הקיים בשטח, תוך כבילת שיקול הדעת של רשויות התכנון לבנייה שנעשתה בפועל. כך סעיף 6 לחוק קובע כי המדינה תפעל להשלמת הליכי התכנון במקרקעין שניטלו בהם הזכויות "מהר ככל האפשר", וכי הליכים אלה ייעשו, ככל האפשר "בשים לב לצורך בהסדרת הבנייה הקיימת". בכך סוטה חוק ההסדרה מן הכלל כי הליך של הפקעה יש לבצע לאחר סיום הליכי התכנון, וכי הקדמת ההפקעה לתכנון היא בבחינת חריג (בג"ץ 3028/94 מהדרין בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נא(3) 85, 97 (1995); השוו עוד לע"א 1528/05 רשות הנמלים והרכבות – רכבת ישראל נ' אביגדורוב, פסקה 9 לחוות הדעת של השופטת ע' ארבל (2005); עניין רוטמן, פסקה 27; ראו עוד נמדר, בעמ' 292-293). בהקשר זה לא למותר לציין כי ההליך התכנוני עצמו כולל שלב שבו ניתנת לציבור אפשרות להישמע ואפשרות זו מספקת אף היא ערובה מסוימת לכך שקודם להפקעה יתבצע בהגינות מינהלית הליך מידתי הבוחן את מכלול ההיבטים הרלוונטיים (ע"א 2962/97 ועד אמנים – חוכרים ביפו העתיקה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל-אביב, פ"ד נב(2) 362, 379 (1998); בג"ץ 288/00 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר הפנים, פ"ד נה(5) 673, 691-692 (2001); בג"ץ 7737/14 עיריית יוקנעם נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה, פסקה 48 ((22.12.2015)).

חוסרים אלה כולם מבליטים את היעדר המידתיות ב"מובן הצר" של ההסדר הגורף שנקבע בחוק (השוו בג"ץ 2355/98 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 794-793 (1999)). אף אם כל אחד מן המנגנונים שצוינו היה בו כדי להפחית במידה מסוימת

מן התועלת המושגת מן החוק, יישומם של העקרונות שעליהם מבוססים מנגנונים אלה בחוק יכול היה להפחית באופן משמעותי את עוצמת הפגיעה הנגרמת בשל החוק לזכויות חוקתיות.

102. עוצמת פגיעתו של ההסדר הקבוע בסעיף 3(2) לחוק, שעניינו מקרקעין שיש בהם בעל זכויות היא ברורה, וניתן היה לומר כי ההסדר הקבוע בסעיף 3(1) לחוק ההסדרה שעניינו במקרקעין שאין בהם בעל זכויות בעת הזו, פגיעתו פחותה. ואולם, לגישתי, אף הסדר זה אינו צולח את מבחן המידתיות ב"מובן הצר". עיון בהסדר מעלה כי הוא אינו מתנה את סמכותו של הממונה להכריז על מקרקעין אלה כעל "רכוש ממשלתי" בהפעלת שיקול דעת מצדו. הוא אף אינו מתנה סמכות זו בבחינה של הדין המהותי, קרי בהתקיימות התנאים הקבועים בסעיף 1 לצו בדבר רכוש ממשלתי לעניין הכרזה על מקרקעין כעל "רכוש ממשלתי". כמו כן, הליך רישום המקרקעין כ"רכוש ממשלתי" לפי החוק אינו כפוף לפרוצדורה הננקטת במצב הדברים הרגיל על ידי המפקד הצבאי בכל הנוגע להכרזה על מקרקעין כ"רכוש ממשלתי" מכוח הוראות הצו בדבר רכוש ממשלתי. חלף זאת, חוק ההסדרה קובע חזקה גורפת וכללית לפיה כל מקרקעין שהוקמה עליהם בנייה שנעשתה בתום לב או בהסכמת המדינה – על כל הבעייתיות הנובעת מן הנוסח הגורף של תנאים אלה כמפורט לעיל בהרחבה – ירשמו כ"רכוש ממשלתי". הנטל לסתור את החזקה האמורה ולהוכיח קיומן של זכויות במקרקעין מוטל על הטוען לזכות והחוק אינו קובע מנגנון להוכחת הזכויות הנטענות במקרקעין או להשגה על עצם הקביעה כי מקרקעין מסוימים הם בגדר "רכוש ממשלתי". הטלת הנטל להוכחת קיומן של זכויות קנייניות במקרקעין על הטוען לזכויות, מעוררת קושי מיוחד לנוכח לוח הזמנים הקבוע בחוק – רישום המקרקעין כ"רכוש ממשלתי" אמור להתבצע בתוך 12 חודשים מיום פרסומו של החוק, והם יוקצו לטובת ההתיישבות שהוקמה עליהם 60 ימים לאחר הכרזת הממונה. בשים לב לקושי הרב בהוכחת זכויות קנייניות באזור ולהיעדר תיעוד ממוסמך לגבי רבים מהמקרקעין שם, קיים חשש ממשי כי מציאות זו תקשה על בעלי זכויות רבים להוכיח את זכויותיהם בסד הזמנים האמור. לא זו אף זו – הקושי בהוכחת הזכויות הקנייניות באזור בכלל, ובסד הזמנים הקבוע בחוק ההסדרה בפרט, עלול להוביל לתוצאה קשה עוד יותר לפיה מקרקעין שירשמו כרכוש ממשלתי, יופקעו הלכה למעשה מבעל זיקה קניינית אליהם, ללא כל פיצוי, וזאת בניגוד לעיקרון הבסיסי לפיו לא ניתן להצדיק נטילה שלטונית בלא פיצוי (ע"א 5964/03 עיזבון ארידור נ' עיריית פתח תקווה, פ"ד ס(4) 437, 455-456 (2006); שי שטרן "פיצוי נאות: על סעדים וצדק בדיני הנטילה השלטונית בישראל" עיוני משפט מא 141, 146-147 (2019)).

103. לפגיעות בזכויות שמסבים שני מסלולי ההסדרה הקבועים בסעיף 3 לחוק, יש להוסיף את הפגיעה שנגרמת מהסדר התליית ההליכים הקבוע בסעיף 7 לחוק. הסדר זה קובע כי מקום שבו מצאו רשויות האזור כי מתקיימים בהתיישבות התנאים הקבועים בסעיף 3 להסדרתה, יותלו כל הליכי האכיפה והצווים המינהליים הקיימים בעניינה עד להשלמת הליכי התכנון, למעט צווים שיפוטיים או פסקי דין. עוד קובע סעיף 7 כי לאחר השלמת הליכי התכנון יפקעו כל הליכי האכיפה והצווים המינהליים שהותלו. התלייה זו של צווי אכיפה והליכים מינהליים והכשרה בדיעבד של בנייה בלתי חוקית מסבה נזק רב לשלטון החוק. היא אף פוגעת בזכותם של בעלי הזכויות במקרקעין למצות את ההליכים המשפטיים שעומדים לרשותם למימוש זכויותיהם. כפי שראינו, הסדר התליית ההליכים יחול ברוב המוחלט של המקרים ביישובים ישראלים באזור בעוד שבנייה בלתי חוקית אחרת באזור, כמו גם בנייה בלתי חוקית בישראל, נתונה לאמצעי אכיפה כדין.

מידתיות ב"מובן הצר" – טענות נוספות

104. הממשלה, הכנסת ומועצת מטה בנימין טענו עוד כי השיקול הפרגמטי שהועלה על ידן גם בהקשר של בחינת "התכלית הראויה", מטה את הכף לטובת הקביעה כי החוק מידתי. טיעון זה נשען על שניים: ראשית, העובדה כי המבנים כבר בנויים הלכה למעשה והם בבחינת "מעשה עשוי". שנית, העובדה כי בחלק מן המקרים נשללת בפועל יכולתם של בעלי הזכויות הפלסטינים להשתמש במקרקעין, שכן אלה "כלואים" בלב ההתיישבות ולכן גם מבחינת טובתם עדיפה רכישת הזכויות הכפויה.

אין בידי לקבל טענות אלו.

באשר לשיקול הראשון, אמנם, אפשר שבמקרים מסוימים שיקולים הנוגעים ליעילות כלכלית ומניעת בזבוז משאבים יביאו להעדפת האינטרס של מקים המבנים, וכפי שראינו, ההסדרים הקניינים בישראל ובאזור אף נכונים לייחס לכך משקל בנסיבות מסוימות. עם זאת, המנגנון הקבוע בחוק ההסדרה אינו מגלם איזון בין שיקולים אלה לשיקולים אחרים והוא מבטא העדפה גורפת של שיקולי היעילות. באשר לשיקול השני, ועמד על כך היועץ המשפטי לממשלה, גם אם ייתכנו מצבים פרטניים שבהם ההסדרים שבחוק מיטיבים עם בעלי הזכויות הפלסטינים אין בכך כדי להוביל למסקנה כי החוק בכללותו אינו פוגע בזכויות יתר על המידה. מכל מקום, לא הוצגו בפנינו כל נתונים בהקשר זה.

105. עוד טענו הממשלה, הכנסת ומועצת מטה בנימין כי נטילת הזכויות במקרקעין היא זמנית עד "להכרעה מדינית בדבר מעמדו של האזור וההתיישבות בו" (סעיף 3(2)(ב) לחוק), וכי החוק אינו מפקיע את זכות הבעלות אלא אך את זכויות השימוש והחזקה במקרקעין. לטענתו, עובדות אלה משקפות פגיעה פחותה ומידתית יותר בזכויות. אכן, החוק אינו מנתק באופן מוחלט את הזיקה הקניינית בין בעל הזכויות המקורי במקרקעין ובין המקרקעין עצמם וכבר נפסק כי ככל שנטילת הזכויות היא זמנית וקצובה כדי פרק הזמן ההכרחי בנסיבות העניין, יש בכך כדי להשליך לטובה על מידתיות ההסדר (עניין בית איכסא, פסקה 29). עם זאת, בענייננו קשה להלום את הטענה לפיה מדובר בנטילה זמנית. זאת, בין היתר, בהינתן העובדה כי אין מדובר בפרק זמן קצוב אלא במציאות דברים הנמשכת מזה כחמישה עשורים וסופה אינו ידוע. הטענה כי החוק מפקיע אך את זכויות השימוש והחזקה במקרקעין, אף היא אינה נושאת משקל משמעותי לעניין מידתיות החוק ב"מובן הצר". זאת, בהינתן העובדה שזכות בעלות במקרקעין פרטיים, ככל שהיא קיימת ואף אם היא נשמרת, אין לה משמעות מעשית או כלכלית רבה אם ניטלים ממנה זכויות השימוש והחזקה ולו לתקופה המוגדרת כ"זמנית" אך סופה אינו ידוע (ראו התפרקותה של פרדיגמת הכיבוש בשטחים, בעמ' 29).

106. הממשלה, הכנסת ומועצת מטה בנימין הוסיפו וטענו כי העובדה שהחוק קובע פיצוי כספי או פיצוי באמצעות הקניית מקרקעין חלופיים למי שזכויותיו במקרקעין ניטלו, מלמדת אף היא על מידתיות הפגיעה. מנגנון הפיצוי בחוק ההסדרה קבוע בסעיף 8(א) לפיו "נטלו רשויות האזור את זכויות השימוש וההחזקה במקרקעין בהתאם להוראות סעיף 3(2), יהיה זכאי בעל הזכויות במקרקעין לדמי שימוש שנתיים בשיעור של 125% מערכם הראוי של דמי השימוש כפי שתקבע ועדת השומה לפי סעיף 9(ג) (להלן: ערכם הראוי), לדמי שימוש מהוונים לתקופות של 20 שנה כל פעם בשיעור של 125% מערכם הראוי, או לקרקע חלופית ככל שהדבר אפשרי בנסיבות העניין, לפי בחירתו". סעיף 9 לחוק מוסיף וקובע בהקשר זה את הרכב ועדת השומה ואת מתכונת פעילותה והוא מורה כי הוועדה תקבע את שיעור דמי השימוש או את הקרקע החלופית שתוצע, לאחר ששמעה את טענות בעל הזכויות במקרקעין, ככל שטען ו"שקלה את כלל נסיבות העניין". עוד קובע סעיף 9 כי על החלטת הוועדה ניתן להשיג בפני ועדת ההשגות שתוקם מכוח החוק.

אכן, הענקת פיצוי בגין הפקעת מקרקעין מרככת ומצמצמת את הפגיעה הקניינית הכרוכה בכך. הפיצוי מקטין את מעגלי הנזק הנגרמים כתוצאה מן ההפקעה, הוא מקדם את העיקרון של צדק חלוקתי, ממתן את הפגיעה בשוויון הכרוכה בהפקעה ומעודד

תמריצים יעילים לפעילות הרשות (עניין בית איכסא, פסקה 31 ; בג"ץ 3421/05 מח'ול נ' שר האוצר – משרד האוצר, פסקה 34 (18.6.2009) ; שיקולים חלוקתיים, בעמ' 494-500). אך לא ניתן להתעלם מן השוני הבולט המבדיל את חוק ההסדרה ממקרים אחרים של נטילה כפויה כנגד פיצוי. שוני זה נעוץ בכך שקבוצת הניזוקים אינה משתייכת לקהילת הנהנים ממעשה נטילת הזכויות, אף לא במובן הרחב. בניגוד למקרים אופייניים של נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין, הנטל העודף שבו נושאים בעלי הזכויות המקוריים בענייננו אינו מתקזז, איפוא, אל מול התועלת שתצמח להם מן הנטילה או התועלת שתצמח מנטילת עתידיות (השוו שיקולים חלוקתיים, בעמ' 499-500). העובדה שבענייננו קבוצת הניזוקים מן ההסדר משתייכת לאוכלוסיית ה"תושבים המוגנים" באזור אך מעצימה את השוני הזה ואת הפגיעה בזכויותיהם. עוד יש להוסיף כי מנגנון הפיצוי שנקבע בחוק מעלה שאלות רבות הנוגעות לאופן חישוב הפיצויים. כך למשל, אין זה ברור האם ניתן פיצוי גם בגין השימוש שעשו התושבים הישראלים במקרקעין בעבר, טרם נטילת הזכויות באופן רשמי על פי חוק ההסדרה.

107. הממשלה והכנסת הפנו בהקשר זה להחלטה של בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין דמופולוס (Demopulus v. Turkey, App. No. 46113/99, Eur. Ct. H.R.) (להלן: עניין דמופולוס), חוליה נוספת בשרשרת של הליכים משפטיים שעסקו בכיבוש הטורקי (בלשון בית הדין) של צפון קפריסין בשנת 1974. בעניין דמופולוס נתקף הסדר הפיצויים שגובש על ידי הרפובליקה הטורקית של צפון קפריסין לפיצוי תושבי צפון קפריסין שגורשו לדרום האי והגישה לנכסיהם נשללה מהם. איני סבורה כי קביעות בית הדין בעניין דמופולוס יש בהן כדי לתמוך בעמדת הממשלה והכנסת. ההחלטה בעניין דמופולוס מיוסדת על כללי משפט זכויות האדם הבינלאומי, ולא על דיני התפיסה הלוחמתית החלים בענייננו. היא עוסקת בעיקרה בשאלת קיומו של אפיק משפטי אחר לבירור השגות העותרים, קרי ועדה המורכבת מגורמים עצמאיים ובלתי-תלויים, שאינם נמנים עם אזרחי מי מהמדינות הנוגעות לסכסוך. הרכב זה, כך נקבע, נועד להבטיח את המקצועיות והאובייקטיביות של החלטותיה. כמו כן, הסדר הפיצויים שנקבע בעניין דמופולוס מבנה את שיקול דעת הוועדה לעניין הסעד ההולם בכל מקרה ומקרה על פי בדיקה פרטנית, וכן הוא מאפשר לוועדה שבוחנת את טענות הצדדים שיקול דעת באשר לאופן הפיצוי (השבה של המקרקעין, מתן מקרקעין חלופיים או פיצוי כספי). כל אלה אינם נמצא בהסדר הקבוע בחוק ההסדרה.

108. מן הטעמים המפורטים לעיל, המסקנה היא כי הפגיעה הנגרמת לזכויות היא חמורה ומובהקת וכי אם בוחנים את "תוספת" התועלת שתושג מיישום החוק אל מול "תוספת" הנזק שתגרם לזכויות חוקתיות מיישומו, אני סבורה כי אין מנוס מן המסקנה שהחוק אינו צולח את מבחן המידתיות ב"מובן הצר". הרצון למצוא פתרון פשוט וכולל לבעיית הבנייה ביישובים הישראלים באזור לאחר שלאורך שנים תרמו הרשויות השונות להיווצרותה של מציאות זו, הוא מובן, ומניעת פינוי והריסת בתי מגורים שנבנו בתום לב ובאישור הרשויות המוסמכות היא תכלית ראויה וחשובה, אך אין בהם כדי להצדיק פגיעה כה משמעותית בזכות לקניין ובזכות לכבוד ולשוויון של האוכלוסייה הפלסטינית שעליה עמדנו לעיל. זאת ביחוד נוכח קיומם של אמצעים חלופיים שיש בהם כדי להגשים, גם אם לא באופן מלא, את התכלית האמורה ואת התועלת הציבורית הגלומה בה. מבלי להידרש לטיבו של כל פתרון שהוצג על ידי היועץ המשפטי לממשלה ולפתרונות אפשריים אחרים וכן מבלי לקבוע מסמרות באשר לשאלת תחולת ההסדרים האמורים ואופן יישומם, ניתן לומר כי הכלים המשפטיים הקיימים בדין האזור עשויים ליתן במידה לא מבוטלת מענה לתכלית הראויה שביסוד חוק ההסדרה, תוך פגיעה פחותה בזכות הקניין ובזכות לשוויון. כמו כן, וכפי שהדגיש היועץ המשפטי לממשלה בטיעונו, פרט לכלים המשפטיים הקבועים בדין החל באזור, יש ליתן משקל ראוי לעובדה שעל פי מדיניותה הנוכחית של הממשלה, מקום שבו ניתן להסדיר במישור הקנייני והתכנוני התיישבות ישראלית שהוקמה שלא כדין על מקרקעין שהם רכוש ממשלתי, ניתנת עדיפות לקידום פתרון זה על פני פינוי והריסה. עוד ציין היועץ כי, הלכה למעשה, במקרים רבים פועלות הרשויות הישראליות לפנים משורת הדין כדי למצוא פתרונות אפקטיביים לתושבים ישראלים שנקבע לגביהם שעליהם לפנות את בתיהם, וכי במשרד המשפטים ובמשרד ראש הממשלה הוקמו צוותים ייעודיים שבוחנים פתרונות משפטיים שונים בהקשר זה הכוללים, בין היתר, מציאת פתרון מגורים חלופי ובמצבים מסוימים – כפי שציין היועץ ומבלי לקבוע מסמרות בדבר – בהחלט ייתכן כי הרשויות הישראליות עשויות לחוב באחריות נזיקית כלפי המפונים.

109. סיכומם של דברים: הערכת המידתיות ב"מובן הצר" ככל שהיא נוגעת להסדרים הקבועים בחוק ההסדרה על שני מסלוליו, וכן השוואת הסדרים אלה להסדרים קרובים בדין הישראלי ובדין החל באזור, מלמדת כי מדובר במנגנון גורף שאין בו ביטוי ראוי למכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין, ואשר נזקו עולה על תועלתו.

על כן, החוק אינו עומד במבחן המידתיות ב"מובן הצר".

110. חוק ההסדרה מבקש להכשיר בדיעבד מעשים בלתי חוקיים שבוצעו על ידי אוכלוסייה מסוימת באזור תוך פגיעה בזכויותיה של אוכלוסייה אחרת, וזאת בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית. אין מדובר בהסדר שהוא "עיוור" לקבוצת הניזוקים שיפגעו מיישומו אלא בהסדר הפוגע ביודעין ובאופן בלתי שוויוני בזכות הקניין של תושבי האזור הפלסטינים בלבד והוא מעניק בכורה לאינטרסים הקנייניים של המתיישבים הישראליים, ללא כל בחינה פרטנית ומבלי ליתן משקל מספק למעמדם המיוחד של תושבי האזור הפלסטינים כ"תושבים מוגנים" (השוו לעניין חוף עזה, בעמ' 584; עניין מראעבה, בעמ' 501).

נוכח פגיעה מובהקת זו שפוגע החוק בזכות לקניין ובזכות לשוויון של תושבי האזור הפלסטינים, נדרשנו לבחינת חוקתיותו על פי מבחני פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בחינה זו העלתה כי מבין תכליות המרכזיות של החוק, ניתן לראות כתכלית ראויה את התכלית הנוגעת לצורך במציאת פתרון למתיישבים אשר בנו את בתיהם באזור בתום לב ובהסתמך על מצגי רשויות המדינה המוסמכות, ואשר לימים התברר כי בנו על מקרקעין שאינם "רכוש ממשלתי". הוספנו ובחנו את הוראות החוק על פי מבחני המידתיות שבפסקת ההגבלה ומצאנו כי בהיבט של מבחן ה"קשר הרציונלי", האמצעי שמשמעותו נטילה גורפת של זכויות השימוש והחזקה במקרקעין וכן ההכרזה עליהם כעל "רכוש ממשלתי", מעוררים קושי. כמו כן, נבחנו האמצעים החלופיים שניתן לנקוט בהם בנסיבות העניין לצורך השגת התכלית הראויה שצוינה. אף שלא מצאנו כי יש להורות על בטלות החוק בשל קיומו של אמצעי חלופי שפגיעתו פחותה, סברנו כי קיומם של אמצעים חלופיים כאלה יש לו משמעות לצורך מבחן המשנה השלישי – המידתיות במוכח הצר – וככל שהדבר נוגע למבחן האמור, אין מנוס מן המסקנה כי התועלת הצומחת מן הפגיעה אינה עולה על הנזק שייגרם לזכויות החוקתיות בעקבות החוק.

111. נוכח המסקנה כי החוק אינו צולח את מבחן המידתיות ועל כן אינו חוקתי, אציע לחבריי כי יינתן צו מוחלט בעתירות בבג"ץ 1308/17 ובבג"ץ 2055/17 המורה כי החוק בטל מטעם זה. ממילא תתבטלנה גם ההוראות הנוגעות לרישום, נטילה והקצאה של זכויות שיישומן הוקפא על פי צו הביניים מיום 17.8.2017. כפועל היוצא מביטול החוק, בטלה גם התליית הליכי האכיפה והצווים המינהליים הקבועה בסעיפים 7 ו-11 לחוק, אך ככל שהדבר נוגע לאותם הליכים אציע כי ביטול ההתליה על פי סעיפים אלה יושעה

למשך 90 יום ממועד מתן פסק הדין, על מנת לאפשר לגורמים הרלוונטיים להיערך (השוו עניין איתן, פסקה 189 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן; בג"ץ 6055/95 צמח נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נג(5) 241, 284 (1999)). לבסוף, אציע כי הממשלה והמועצה האזורית מטה בנימין יישאו בהוצאות העותרים ובשכר טרחת עו"ד בסך 30,000 ש"ח, בכל אחת מן העתירות.

ה נ ש י א ה

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים לחוות דעתה המקיפה של חברתי הנשיאה א' חיות.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

אני מצטרפת בהסכמה לחוות דעתה של חברתי הנשיאה א' חיות, לדרך הילוכה ולתוצאה שאליה הגיעה.

ש ו פ ט ת

השופט מ' מזוז:

אני מסכים לחוות-דעתה המקיפה ולמסקנותיה של חברתי הנשיאה א' חיות.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים לחוות דעתה ולמסקנותיה של חברתי, הנשיאה א' חיות.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

אני מסכימה לפסק דינה של חברתי הנשיאה א' חיות שהיטיבה לבחון את הנושא שבפנינו מכל עבריו. כל אחת מן הפרספקטיבות שניתן לאמץ להערכתו של החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2017, מובילה לאותה תוצאה. הוא חורג מתפיסות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי (בגישתו המרחיבה למתן תוקף גם לפעולות שנעשו בחוסר סמכות). הוא חורג מן ההגנה הניתנת במשפט האזרחי למצבים של תאונות משפטיות (בתחולתו האפשרית גם על מצבים שבהם מוטבי החוק לא פעלו בתום לב). הוא מעורר קושי מבחינת המשפט הבינלאומי. לבסוף, ולמעשה בראש ובראשונה, הוא אינו מתיישב עם הזכות לשוויון המעוגנת במשפטנו החוקתי. רב המרחק בין ההצדקה המשפטית והאנושית למתן סעד למי שהסתמכו בתום לב על מצגים בנסיבות שבהן סביר לעשות כן, לבין ההסדר הקבוע בחוק, שהיקפו והשלכותיו חורגים ממנה ת"ק פרסה.

ש ו פ ט ת

השופט נ' סולברג:

1. חוק ההסדרה הוא חוק חריג. הוא מבקש לייצר "פתרון לא שגרתי לבעיה קשה ולא שגרתי" (סעיף 58 לתגובה המקדמית מטעם הכנסת). כל ניסיון לבחון אפוא את חוקתיותו של חוק ההסדרה מתוך השוואה לדין ה'רגיל' – הדין המנהלי או הדין האזרחי – חורץ את גורלו, באופן בלתי נמנע, לשבט. בחינה שכזו מתעלמת מן המורכבות העובדתית והמשפטית, שהובילה לחקיקתו של חוק ההסדרה. חוק ההסדרה – כשמו כן

הוא – חוק; לא החלטה מנהלית של המפקד הצבאי, גם לא החלטת ממשלה. חוק ההסדרה מבטא הכרעה ערכית עקרונית של כנסת ישראל בדילמה קשה מאד, שעל צדדיה אעמוד להלן בהרחבה. לא בחופזה ולא בקלות דעת התקבל חוק ההסדרה בכנסת ישראל; קדם לכך הליך חקיקה יסודי, מעמיק ומקיף. לטובת הדיון בחוק ההסדרה הוקמה ועדה מיוחדת – ועדה משותפת לוועדת חוקה, חוק ומשפט ולוועדת החוץ והביטחון – ובמסגרת דיוניה נשמעו, נשקלו ונדונו בכובד ראש טענות מטענות שונות, של תומכי החוק ומתנגדיו. הליך החקיקה שיקף נאמנה – לא אחת בחריפות ובעוצמה – לא רק את המחלוקת המשפטית באשר לחוק ההסדרה, אלא גם את המחלוקת הפוליטית הנוקבת שחוצצת בין תומכי החוק למתנגדיו. כפי שציינו לפנינו באי-כוח הכנסת והממשלה, עובדה זו נודעת לה חשיבות רבה לעת בחינתו החוקתית של חוק ההסדרה. אולם בטרם נצא לדרכנו, אקדים התייחסות קצרה לשתי סוגיות מקדמיות שהונחו לפתחנו.

חוק ההסדרה – סמכות הכנסת ותחולת חוקי היסוד

2. לטענת העותרים, הכנסת פעלה בחוסר סמכות כשחוקקה את חוק ההסדרה, בניגוד לדין הבינלאומי האוסר על מדינה להחיל את חוקיה על שטח הנתון בתפיסה לוחמתית. הממשלה דחתה טענה זו מכל וכל. לשיטתה, דבר אינו מגביל את כנסת ישראל מלחוקק חקיקה חוץ-טריטוריאלית, לא בכלל ולא באזור, זולת חוקי-היסוד שחוקקה הכנסת בכובעה כרשות מכוונת. היועץ המשפטי לממשלה טען, כי ככל שהדברים אמורים בהתנגשות בין הדין הישראלי הפנימי לבין הדין הבינלאומי, מקובלנו כי ידו של הדין הישראלי על העליונה. לצד זאת ביקש היועץ המשפטי שלא לטעת מסמרות בשאלת תחולתו הישירה של חוק ההסדרה באזור, מחמת קשיים שונים שהדבר מעורר. לדבריו אין אנו צריכים לכך, מאחר שהוראות חוק ההסדרה מכוונות כלפי המפקד הצבאי, שבהיותו אורגן ישראלי חייב ממילא לפעול ליישומן של החוק במסגרת חקיקת צו מתאים, בהתאם לדין הפנימי הנוהג באזור מאז 1967.

3. מקובלת עלי עמדת הממשלה, כי אין דבר המונע מן הכנסת לחוקק גם ביחס לאזור יהודה ושומרון. הדברים אינם בגדר חידוש; הם נאמרו, נשנו ונשתלשו בפסיקתו של בית משפט זה לאורך השנים. עמד על כך הנשיא (בדימוס) א' ברק באחת הפרשות, אליהן הפנתה הממשלה:

”ככלל חקיקה ישראלית היא בעלת תחולה טריטוריאלית. כאשר חוק מבקש להחיל עצמו על אנשים או פעולות שמחוץ לישראל, צריך הדבר להיאמר בחוק

(במפורש או במשתמע). אכן, חזקה היא כי חוקיה של ישראל חלים על יחסים משפטיים בישראל, והם אינם מכוונים להסדיר יחסים משפטיים מחוץ לישראל. כך הדין בחקיקה פלילית בישראל; כך הדין בחקיקה שאינה פלילית. חזקה זו ניתנת לסתירה [...] דין זה חל גם לעניין תחולתה של חקיקה ישראלית באזור. יהודה, שומרון וחבל עזה אינם חלק ממדינת ישראל; לא הוכרז לגביהם כי 'המשפט והשיפוט והמינהל של המדינה' חל בהם. חזקה היא כי דברי חקיקה ישראלים חלים בישראל ולא באזור, אלא אם נקבע בדבר חקיקה (במפורש או במשתמע) שהוא חל באזור" (בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 20, 1 (2006)).

4. אכן, סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים שלהם תחולה ישירה באזור, עשויה לעורר קשיים מעשיים, בין היתר בשל העובדה "שחקיקת הכנסת אינה חלק אינטגרלי ממערכת הדינים המקומית, אינה 'מדברת באותה השפה', וגם לא מפורסמת באופן שבו מפורסמים דברי חקיקה באזור" (סעיף 87 לתגובה המקדמית מטעם היועץ המשפטי לממשלה). אולם אין בכוחם של הקשיים הללו כדי לגרוע מעצם קיומה של הסמכות; הסמכות שרירה וקיימת. כפי שציין גם היועץ המשפטי לממשלה, מנשר מס' 2 שהוציא המפקד הצבאי בשנת 1967, ולפיו כל סמכויות החקיקה והשלטון באזור נתונות בידו בלבד, אינן יכולות להגביל את כוחה של הכנסת לחוקק ביהודה ושומרון. "הכנסת היא הרשות המחוקקת העליונה בישראל ושום דבר אינו מונע בעדה מלהתערב במעשי המפקד הצבאי ובצויו [...] נכון שבמציאות מופקדת סמכות החקיקה בדרך-כלל בידי המושל הצבאי, אשר נכנס בנעליה של הרשות המחוקקת בשטח המוחזק. זהו מצב דברים טבעי ורצוי כאחד [...] אולם אין לפנינו כלל בלי-עבור, והכנסת רשאית גם רשאית לחוקק חוק, שיבוא במקום צו או צווים של המפקד הצבאי" (יורם דינשטיין "פסק הדין בעניין פיתחת רפיח" עיוני משפט ג 934, 937 (התשל"ג-התשל"ד)). כפי שמציינת חברתי הנשיאה, המפקד הצבאי נתון למרותה של הממשלה; הממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת. אלה הן מושכלות יסוד. אם מבקשת הכנסת להחיל את חוקיה על האזור, יהי כן.

5. שאלה עקרונית נוספת שהונחה לפתחנו, והיא פועל יוצא של שאלת סמכותה של הכנסת לחוקק באזור, עניינה בתחולתם של חוקי-היסוד באזור. שאלה זו נותרה עד כה בצריך עיון. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה – "המסקנה המתחייבת בענייננו היא כי הוראות חוק ההסדרה נדרשות לעמוד בהוראות פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד, בהתאמות הנדרשות" (סעיף 99 לתגובה המקדמית מטעם היועץ המשפטי לממשלה). הממשלה מצדה טענה, כי הותרת שאלת תחולתם של חוקי-היסוד באזור בצריך עיון מצדיקה כשלעצמה את המסקנה – "כי אין עילה חוקית לפסילת חוק ההסדרה" (סעיף 80 לתגובה המקדמית מטעם הממשלה). אף על-פי כן, בהמשך דבריה, במסגרת טענותיה לעניין סמכות הכנסת לחוקק באזור, הודתה הממשלה כי סמכות זו כפופה לחוקי היסוד:

“מעולם לא נתגלעה מחלוקת בדבר ריבונותה הבלתי מוגבלת של הכנסת ובלבד שהיא אינה סותרת ציוויים מפורשים של האספה המכוננת, כפי שאלו באים לידי ביטוי בחוקי היסוד” (סעיף 187 לתגובה המקדמית מטעם הממשלה).

6. “במבט כולל ניתן לומר כי עד כה לא נפטרה הלכה מפורשת בשאלת היקף תחולתם של חוקי-היסוד, וכי הדין הקיים מהווה הכלאה של פתרונות אד-הוק יותר מאשר כלל שיטתי” (ליאב אורגד “חוקה של מי ובעבור מי? על היקף תחולתם של חוקי-היסוד” משפט וממשל יב 145, 173 (2010)). שאלת תחולתם החוץ-טריטוריאלית של חוקי-היסוד עשויה להתעורר בהקשרים שונים (שם, עמוד 174), ובהמשך לקו הזהיר שנקטה הפסיקה בהקשר זה עד כה, גם אנו איננו צריכים לטעת מסמרות באופן גורף. דיינו באשר מונח לפנינו, ודומני כי ההכרעה כמעט ברורה מאליה. אם מבקשות הכנסת והממשלה לטעון – וכאמור, טענה זו מקובלת עלי – כי כוחה וגבורתה של הכנסת לחוקק מלא עולם, וכי חקיקה זו לעולם גוברת על הוראות הדין הבינלאומי, אזי המסקנה המתחייבת היא כי חקיקה של הכנסת, בכל מקום שהם, כפופים לחוקי-היסוד. אין זה מתקבל על הדעת, כי הכנסת תהא משוחררת מכל חסם נורמטיבי דווקא ביחס לאזור יהודה ושומרון, המוחזק על-ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית; אדרבה ואדרבה. הסמכות לחוקק גוררת עמה כ’משקולת’, מיניה וביה, את חוקי-היסוד, ובאשר ילך החוק – ילכו גם חוקי-היסוד. בצדק קובעת אפוא חברתי, כי “כוחה של הכנסת לחוקק מותרות ומוגבל על-ידי חוקי היסוד” (פסקה 32 לחוות דעתה).

חוק ההסדרה – בחינה חוקתית

7. בראשית דברי ציינתי את המורכבות העובדתית והמשפטית, שהולידה את חוק ההסדרה. מורכבות זו, יסודה בארבעה נדבכים מרכזיים: מעורבותן של רשויות המדינה בבנייה הבלתי חוקית ביהודה ושומרון; אופיו הפוליטי-מדיני של חוק ההסדרה; הפשל המובנה בשוק הקרקעות ביהודה ושומרון; ועבודתו של ‘צוות קו כחול’. בטרם נבחן את חוקתיותו של חוק ההסדרה, מוכרחים אנו לעמוד על ארבעת הנדבכים הללו. רק לאחר שנעשה כן, יוכלו הדברים להתברר מתוך הקשרם הנכון.

8. מעורבות רשויות המדינה – בשונה ממצב דברים ‘רגיל’ של בנייה בלתי-חוקית, תופעה מוכרת היטב בבתי המשפט השונים על ערכאותיהם, הבנייה הבלתי-חוקית ביהודה ושומרון, רובה ככולה, נעשתה במהלך השנים בתמיכה ובעידוד – ישירים או עקיפים – של רשויות השלטון השונות במדינת ישראל. על מנת להבין עד כמה עמוקה היתה מעורבות זו, די להפנות לשני הדו”חות המרכזיים שנכתבו בסוגיה – דו”ח

המאחזים משנת 2005 (שנכתב על-ידי עו"ד טליה ששון), והדו"ח על מעמד הבניה באזור יהודה ושומרון משנת 2012 (שנכתב על-ידי שופט בית המשפט העליון (בדימוס), אדמונד לוי (יו"ר); שופטת בית המשפט המחוזי (בדימוס), תחיה שפירא; והשגריר ד"ר אלן בייקר, היועץ המשפטי לשעבר של משרד החוץ). לא כאן המקום להאריך בהשוואה בין הדו"חות, נאמר אך זאת: דו"ח ששון ודו"ח לוי בחנו ובדקו אותה סוגיה בדיוק – הבנייה הבלתי חוקית ביהודה ושומרון – אולם 'מנגינתם' שונה, וכך גם מסקנותיהם. חרף הפערים המהותיים, ב'מנגינה' ובמסקנות, אלו ואלו, זו וזה, הסכימו על עובדה מרכזית אחת: כמעט לאורך כל הדרך היו רשויות המדינה השונות מעורבות באופן פעיל בבנייה הבלתי-חוקית, ולמצער מודעות לה. כך תוארו הדברים בדו"ח לוי (ההדגשות במקור):

"לא נעלמה מעינינו העובדה כי בחלוף השנים, ונוכח הביקורת שנשמעה מבית ומחוץ על מעשה ההתיישבות באיו"ש, מיהרו אחדים מאלה הנמנים על 'הדרג המדיני' הבכיר להתנער ממנו. אולם, מהנתונים שהצטברו בפנינו, ונוכח הדברים שציטטנו, שוב אין ספק כי ההתיישבות נעשתה בידיעת הכל – החל בשרי הממשלה ומי שעמד בראשם, ועד אחרון דרגי הביצוע, וההתכחות לה מטרתה היתה אחת – להדוף את הביקורת שהשמיעו גורמים שונים, בעיקר בינלאומיים. לעניין זה נראה כי אין טוב יותר מאשר לצטט מתוך הדו"ח שערכה עו"ד ששון (ממנו אנו מסתייגים ככל שהוא מייחס אשמה למתיישבים), כדי לתאר את האווירה ששררה באותם ימים:

'מדינת ישראל מממנת, לפחות חלק מהקמת המאחזים הבלתי חוקיים; המינהל האזרחי מעלים עין זה שנים מהרחבות של שכונות שלמות בסמוך ושלא בסמוך ליישובים, ללא תוכנית מפורטת כדין; לא מקיים פיקוח על הבניה שם; לא מדווח כאשר נדרש לדווח על המאחזים בתאונות של הגדרות מהו מאחז, וטוען להיעדר מידע על מאחזים, בין השאר מחמת הגבלות הפיקוח שהחיל על עצמו בתחום היישובים; קרוונים מקבלים לעיתים ממשרד הביטחון היתר כניסה לאיו"ש גם אם אין בסיס משפטי תכנוני ליעד המבוקש להצבתם; עוזר שר הביטחון להתיישבות מאשר לרשויות המדינה כי מאחזים בלתי מורשים הם יישובים לכל דבר ועניין בעוד שר הביטחון מצהיר עליהם פומבית שהם בלתי מורשים; צווי הריסה שהוצאו לאלפים משך השנים לא בוצעו; המאחזים הלכו והתרבו ולא מוציאים צווי תיחום שטח, אף לא לגבי אותם מאחזים המצויים ברשימת מרץ 2001 לגביהם יש התחייבות מדינית ישראלית – לפנות; צווי תיחום שכבר הוצאו ואושרו בבג"ץ לא מומשו... הפועל היוצא מכל אלה הוא העברת מסר שתפיסת הקרקעות להקמת מאחזים, והקמתם, על אף שאינם חוקיים וזאת יודעים הכל –

הם מעשים חיוביים, ולכל הפחות – אינם נוראיים. אין זו עבירה 'רגילה'... במלים אחרות – הפרת החוק הפכה ממוסדת ומוסדית. אין לנו עניין עם עברייני או קבוצת עבריינים הפועלים בניגוד לחוק. התמונה הנגלית לעין המתבונן היא הפרת חוק בוטה על ידי משרדי ממשלה, רשויות ציבוריות, מועצות אזוריות באיו"ש ומתנחלים, הכל תוך הצגת מראית עין כאילו יש כאן מערכת מוסדית מסודרת הפועלת כחוק.

לאותה התנהלות של הממשלה ושלוחיה נודעו מספר תוצאות: אותם ישובים/שכונות שהוקמו הוגדרו כ'בלתי מורשים'; היכולת להתפתח ולו כדי לענות על הריבוי הטבעי, כמו גם האפשרות לפתור בעיות בסיסיות בתחומי התשתיות והשירותים השונים, נמנעה מהם; ותושביהם הפכו על-כורחם ל'עברייני בנייה' ו'משיגי גבול' בקרקע שאת תמורת הזכויות בה מימנו רבים מהם מכיסם, ובאמצעות הלוואות שנטלו מבנקים לאחר שהתקבל אישור המדינה לכך" (עמודים 53-54 לדו"ח לוי).

וכן על זו הדרך, בחלק הסיכום של דו"ח ששון (ההדגשה הוספה – נ' ס'):

"רשויות המדינה מדברות בשני קולות. לעיתים מאשרות ולעיתים מונעות. הכללים הפכו גמישים. יד אחת פועלת להקמת המאחזים והאחרת משקיעה משאבים וכוחות בפינויים. מעשים אלו לא נעשו בידי יחידים בלבד. הקושי המיוחד טמון בכך שרשויות המדינה ורשויות ציבוריות הן שנטלו חלק בהפרות החוק. הן שמימנו בניה בקרקע ללא החלטות של הדרג המדיני וזאת בניגוד להחלטות הממשלה, ללא תוכנית סטאטוס תכנוני כדין, ופעמים – בקרקעות שאינן אדמות מדינה, ובחלקן קרקעות פרטיות של פלסטינים. רשויות המדינה ורשויות ציבוריות – הן שהפרו את החוק, הכללים, והנהלים שקבעה המדינה עצמה" (עמוד 341 לדו"ח ששון).

9. הדברים מדברים בעד עצמם, ולחובת רשויות המדינה. כפי שצוין גם בדו"ח לוי, התנהלות שכזו של רשויות שלטוניות, תמיכה ועידוד של בנייה בניגוד לחוק, לאורך שנים, אינה לתפארת מדינת ישראל. מכל מקום, תהא מורת רוחנו מהתנהלות זו כאשר תהא, אין הדבר משנה מן העובדה שמעורבות זו יצרה במהלך השנים מציאות בשטח, בהיקף רחב מאד, וממנה לא ניתן להתעלם. אף זאת יש לזכור – והדברים פורטו באריכות בדו"ח לוי – התנהלותן של רשויות המדינה נבעה במידה רבה מאד מן המורכבות הפוליטית בזירה הבין-לאומית, שהיתה (ועודנה) כרוכה בהקמה או הרחבה של התיישבות ישראלית ביהודה ושומרון. מורכבות זו, מובילה אותנו אל הנדבך השני המייחד את חוק ההסדרה.

10. אופיו הפוליטי-מדיני של חוק ההסדרה – "אילו היה מדובר בסכסוך רגיל בין בעל קרקע לפולש ככל הנראה לא היה צורך בחוק ההסדרה, אלא שחוק ההסדרה נוגע בנימים הרגילים ביותר של המחלוקת הפוליטית והמדינית ביחס לשטחי יהודה ושומרון" (סעיף 59 לתגובה המקדמית מטעם הכנסת). שלא ככל סכסוכי השכנים המוכרים לנו מן המשפט האזרחי ה'רגיל', 'סכסוך השכנים' שעומד ברקע לחקיקתו של חוק ההסדרה איננו מסוג הסכסוכים שבית המשפט יכול או מתיימר להכריע בהם. אכן, חוק ההסדרה אינו שוקל שיקולים משפטיים גרידא; בד בבד נשקלו בחקיקתו גם – ואולי בעיקר – שיקולים מדיניים-פוליטיים. "בבסיס החוק עומדת ההנחה כי פינוי התיישבות ישראלית, בנסיבות המסוימות הקבועות בחוק, הוא בעל השלכות מדיניות רחבות שיש להימנע מהן" (סעיף 99 לתגובה המקדמית מטעם הממשלה). ניתן דעתנו: 3,455 מבנים – מבני מגורים ומוסדות ציבור – מצויים כיום לכאורה על קרקע פרטית פלסטינית וטעונים הסדרה (כך על-פי נתוני המינהל האזרחי שהציגה לפנינו הממשלה בתגובתה המקדמית; מש/2). קשה להפריז במשמעות המדינית שנודעת לפינוי והריסה בסדר גודל שכזה, באזור שמעמדו המדיני שנוי במחלוקת עזה מזה עשרות בשנים, בינינו לבין עצמנו, ובינינו לבין אומות העולם (לשם השוואה, במסגרת תוכנית ההתנתקות פונו מבתיהן 1,750 משפחות; א' וייסבלאי, א' טל וא' לוטן "שנתיים להתנתקות – תמונת מצב" מרכז המחקר והמידע של הכנסת, יולי 2007).

11. ודוק: אופיו הפוליטי הדומיננטי של חוק ההסדרה, אינו שולל את שפיטותו. עמד על כך הנשיא (בדימוס) מ' לנדוי, לפני למעלה מ-40 שנה, באחד מפסקי הדין היסודיים שניתנו בסוגיית ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון. דבריו נאמרו לגבי שפיטותה של החלטת ממשלה; על שפיטותה של חקיקה ראשית לא דובר אז, אך מכל מקום הם יפים בהשאלה לענייננו (לא בטוח שעל דעת המשאיל...):

"בעניין בית אל נאמר [...] בקשר לשפיטות הסוגיה הזאת, כי בעיית ההתנחלויות 'שנויה במחלוקת בין ממשלת ישראל ובין ממשלות אחרות, ושהיא עשויה לעמוד על הפרק במשא ומתן בינלאומי גורלי שבו עומדת ממשלת ישראל'. בינתיים לא פגה חריפות המחלוקת בזירה הבינלאומית; ולא עוד אלא היא החריפה גם בציבור הישראלי פנימה [...] רב החשש שבית-המשפט יראה כאילו נטש את מקומו הראוי לו וירד אל תוך זירת הוויכוח הציבורי, ושהחלטתו תתקבל על-ידי חלק מן הציבור בתשואות ועל-ידי חלקו האחר בדחייה גמורה ונרגשת. במובן זה אני רואה עצמי כאן, כמי שחובתו לפסוק על-פי הדין בכל ענין המובא לפני בית-משפט כדיון, היא דווקא כופה עלי הר כגיגית, בודעי היטב מראש שהציבור הרחב לא ישים לבו להנמקה המשפטית אלא למסקנה הסופית בלבד ובית-

המשפט בתור מוסד עלול להיפגע במעמדו הראוי לו, מעל למחלוקות המפלגות את הציבור. אך מה נעשה וזה תפקידנו וזו חובתנו כשופטים" (בג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 2 (1979)).

וכאז כן עתה. דברי הנשיא (בדימוס) מ' לנדוי, על החשש והקושי הכרוכים בדיון משפטי לגבי סוגיות פוליטיות שנויות במחלוקת – יפים לשעתם, ויפים לדורות. אף אני חושש לעירוב התחומין שבין פוליטיקה למשפט, להיקלע לטלטלה שבין ימין ושמאל; וכדי להוכיח שמילאתי את חובתי לפסוק על-פי הדין, אבקש לשים לב להנמקה המשפטית, לא פחות מאשר למסקנה הסופית.

12. פגיעתו של חוק ההסדרה בזכויות חוקתיות, כפי שפירטה חברתי הנשיאה וכפי שאפרט אני להלן, מחייבת ביקורת שיפוטית. אולם אופיו הפוליטי של חוק ההסדרה, מחייב אותנו לזהירות יתרה בביקורת זו. מדי דברנו בחוק ההסדרה, זכור נזכור כי להכרעתנו המשפטית, נודעת משמעות רחבה וכבדת-משקל במישור הפוליטי-מדיני. גם בכך מתבטא יחודו של חוק ההסדרה.

13. הכשל המובנה בשוק הקרקעות ביהודה ושומרון – הנדבך השלישי עניינו ב'כשל שוק' המאפיין את שוק המקרקעין ביהודה ושומרון. אמרתי 'כשל שוק', אך זהו כמדומני ביטוי 'מכובס' לעובדה שמכירת קרקעות בבעלות פלסטינית ליהודים אסורה על-פי חוק ברשות הפלסטינית, ודינה – מאסר עולם ועבודות פרך. חברתי הנשיאה דחתה את טענת הממשלה בהקשר זה, מחמת ש"לא הובאו בפנינו נתונים כלשהם... באשר לתופעה לפיה ישנם תושבים פלסטינים המעוניינים למכור את זכויותיהם במקרקעין, אך אינם עושים כן בשל איסורים החלים עליהם בהקשר זה" (פסקה 62 לחוות דעתה). אמנם כן, לא בנקל ניתן להציג נתונים ברורים בהקשר זה, והטעמים לכך, כמדומני, מובנים. מכל מקום, עצם קיומה של התופעה הוא מן המפורסמות שאינן צריכות ראיה, וגם היקפה דומה שאיננו מבוטל. ואף שאינן צריכות ראיה, פטור בלא כלום אי-אפשר. ראוי לעמוד על כמה ראיות כאלו, שיש בהן כדי ללמדנו על היקפה וחומרתה של התופעה.

14. האיסור ברשות הפלסטינית על מכירת קרקעות ליהודים איננו חדש עמנו. בנספח 7 לתגובתה המקדמית, הציגה הממשלה שאילתה שהופנתה בשנת 2009 לשר המשפטים דאז, יעקב נאמן. נושא השאילתה: 'גזר דין מוות על מכירת קרקע ליהודים'. בתשובה לשאילתה הובאה התייחסותו של מנהל המחלקה הבינלאומית בפרקליטות המדינה, עו"ד גל לברטוב, ואלו דבריו: "ככל הידוע, בשנת 1997 הודיע יו"ר המועצה המחוקקת הפלסטינית כי זו דנה בטיטות חוק העוסק בקביעת כללים לגבי מכירת קרקעות ובהטלת

עונשים על מי שמעורב במכירת קרקעות לישראלים. במקביל, בהודעות פומביות של התובע הכללי הפלסטיני, הודיע, כי מכירת קרקעות פלסטיניות מהווה בגידה שעונשה מוות. לא ברור עדיין אם מדובר במכירת קרקעות ליהודים או לישראלים בלבד, או שמא לזרים בכלל. הנושא מערב היבטים מדיניים ומטופל במישור זה על ידי משרד החוץ". בשנת 2010 פורסם, כי בית משפט ברשות הפלסטינית קבע שמכירת קרקעות בבעלות פלסטינית לישראלים, דינה – מוות. בהצהרה שפרסם התובע הכללי הפלסטיני בעקבות פסיקה זו נאמר, כי מטרתה להגן על הפרויקט הלאומי הפלסטיני (PA Court: Sale of Palestinian Land to Israelis Is Punishable By Death, Haaretz Service (September 20, 2010) <https://www.haaretz.com/1.5115464>).

15. לא מכבר, בדצמבר 2018, הורשע תושב מזרח ירושלים בבית המשפט הגבוה לעניינים פליליים ברמאללה במכירת קרקעות ליהודים, ונגזר עליו עונש של מאסר עולם ועבודות פרך ('הרשות הפלסטינית גזרה מאסר עולם על תושב מזרח ירושלים שמכר קרקעות ליהודים', ג'קי חורי (31 בדצמבר 2018) <https://www.haaretz.co.il/news/politics/1.6801986>). הרשעה זו באה על רקע הסלמה ב'מלחמת קרקעות', שבמסגרתה עצרו הפלסטינים 44 אנשים שהואשמו במכירת קרקעות בבעלות פלסטינית ליהודים. מבין העצורים, כך דווח, שלושה כבר נשפטו ונשלחו למאסר של 15 שנים עם עבודות פרך. כמו כן דווח, כי מנגנון הביטחון המסכל הפלסטיני ברמאללה פרסם הודעה חריגה, ולפיה הצליחו אנשיו לסכל מכירת 3,000 דונם קרקע בבעלות פלסטינית ליהודים במחוזות שונים, ובהם מזרח ירושלים, רמאללה, שכם, חברון, קלקיליה וסלפית ('הפלסטינים: סיכלנו מכירת 3,000 דונם ליהודים', אליאור לוי (23 בדצמבר 2018) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5431906,00.html>).

16. עדות נוספת לגורלו הצפוי של המוכר קרקעות ליהודים, מצינו בהגבלות המוטלות על עיון במרשם המקרקעין באזור. ברע"א 2505/16 אנג'ל נ' המינהל האזורי ביהודה ושומרון (22.12.2016), נדונה בקשה לעיון במרשם המקרקעין באזור יהודה ושומרון, וצוטטו דבריה של ד"ר ר' לוי-שנור (שהיא גם אחת מן המבקשות להצטרף לעתירות דנן), באשר להגיונו של ההגבלות המוטלות על העיון במרשם זה:

"השגת נתונים על אודות היקף הפעילות במערכת רישום המקרקעין בגדה המערבית הינה משימה קשה. זאת, ראשית משום שהגישה הרווחת בקרב הפקידות הינה כי מידע על רישום המקרקעין עלול לחשוף קונים ומוכרים, המבצעים פעולות אלה חרף האיסור המקובל על מכירת קרקעות ליהודים, ומכאן לסכן חיי אדם. המינהל האזורי מסרב להעביר מידע הקשור ברישומי קרקעות, אפילו כאשר מדובר בבקשות לקבלת נסחי רישום של מקרקעין

מוסדרים, בטענה המוצהרת כי הדבר עשוי לפגוע בפרטיותם של המוכרים והרוכשים" (רונית לויין-שנור דיני רישום מקרקעין – הרישום, ההסדר ותוצאותיהם בישראל והגדה המערבית 279 (2012)).

17. גם בדיון שהתקיים במליאת בכנסת, עובר להצבעה על חוק ההסדרה בקריאה הראשונה, קיבלנו תזכורת לאיסור הנ"ל – לחטא ולעונשו. בין הדוברים שם, ח"כ עבד אל חכים חאג' יחיא מן הרשימה המשותפת, שהסביר מדוע ניסיונות לרכוש קרקע פרטית בכסף לא יצלחו: "אתם חושבים שמישהו ירצה לקבל אפילו את כל ההון שבעולם תמורת האדמות האלה? אז אתם טועים. אני אומר לכם, יש פסק הלכה אסלאמי, דתי, פתווה, שאומרת: אסור בהחלט למכור מטר אחד מהמולדת האסלאמית הפלסטינית הערבית". לשאלת ח"כ בצלאל סמוטריץ' מה עונשו של מי שמוכר קרקע בבעלות פלסטינית, השיב ח"כ חאג' יחיא: "אתה שואל אותי מה החוק? לפי החוק זה מוות, ומגיע לו. כן". משהעיר לו ח"כ מאיר כהן, כי הוא מתיר את דמם של ערבים המוכרים קרקעות ליהודים, אמר ח"כ חאג' יחיא: "אני לא מתיר. אמרתי: החוק [...] אני אומר לך שהחוק מתיר, ואני תומך בחוק הזה. אם זה חוק – כן, אני מתיר. אני תומך בחוק. מה הבעיה?" (פרוטוקול ישיבה מס' 175 של הכנסת ה-20, 339-342 (7.12.2016)).

18. הנה כי כן, בשונה משוק הקרקעות הישראלי בתחומי 'הקו הירוק', ולמעשה בשונה מכל שוק קרקעות 'נורמלי' ברחבי העולם, שוק הקרקעות ביהודה ושומרון, איננו שוק חופשי. סכנת מאסר ממושך ועבודות פרך (במקרה הטוב), וסכנת מוות (במקרה הרע), מרחפות מעל ראשיהם של פלסטינים המבקשים למכור את קרקעותיהם ליהודים, ולפיכך מוגבלת גם אפשרות העיון במרשם המקרקעין באזור. מטבע הדברים, כאמור, לא ניתן להציג נתונים ברורים באשר להיקף התופעה. אך מן המקורות השונים המובאים לעיל – ואלו היו רק מעט מזעיר – ברי כי אין מדובר בתופעה שולית כלל ועיקר. עוצמת המאבק במכירת קרקעות ליהודים, גם בעת האחרונה ממש, היא כשלעצמה מלמדת משהו על שכיחותה של התופעה. המציאות העגומה הזאת, גם היא עומדת ברקע לחקיקתו של חוק ההסדרה.

19. צוות קו כחול – הרקע הרלבנטי בהקשר זה פורט בהרחבה על-ידי חברתי (פסקאות 7-18 לחוות דעתה). אחזור בתמצית רק על עיקרי הדברים הצריכים לענייננו. בהחלטת ממשלה מס' 145 מיום 11.11.1979, הוחלט כי ישובים חדשים באזור יוקמו על קרקעות בבעלות המדינה. בעקבות החלטה זו, ומאחר שמרבית המקרקעין באזור לא היו מוסדרים, התעורר צורך לאתר ולזהות את תחומי הקרקעות הללו. לפיכך החל להתבצע בשנות ה-80 של המאה הקודמת הליך 'הכרזה' על מקרקעין שהם 'רכוש ממשלתי',

בהתאם לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון), מס' 59, התשכ"ז-1967 (ראו: פליאה אלבק "השימוש בקרקעות ביהודה ושומרון לצורך ההתיישבות היהודית – היבטים משפטיים ומבחן המציאות" העלייה אל ההר – ההתיישבות היהודית המתחדשת ביהודה ושומרון 221 (תשע"ב-2002)). הליך ההכרזה היה תנאי לנטילת חזקה במקרקעין והקצאתם לטובת התיישבות ישראלית, כאשר גבולותיה של ההכרזה סומנו ב'קו כחול'. ההכרזה נעשתה לאחר עריכת שורה של בדיקות, שנועדו לוודא כי המקרקעין אינם בבעלות או החזקה פרטית. אולם – וזוהי נקודה חשובה לענייננו – ההכרזה היתה בעלת אופי דקלרטיבי בלבד, לא קונסטיטוטיבי. משמעות הדבר, כי ההכרזה לא שינתה את מעמדם הקנייני של המקרקעין. קרקע בבעלות פרטית אינה הופכת לרכוש ממשלתי, רק בשל העובדה שכך הוכרז לגביה.

20. בשנת 2005, נוכח אי-דיוקים שנתגלו בתרשימים שבוצעו במהלך השנים (אם בשל שיטת סימון לקויה, אם בשל שימוש בתצלומי אוויר שאינם מדויקים), החל המינהל האזרחי לבצע בחינה מחודשת של גבולות ההכרזה, בעזרת אמצעים מודרניים ומדויקים יותר. לשם כך הוקם 'צוות סטטוס מקרקעין', הידוע גם כ'צוות קו כחול'. בעקבות עבודתו של הצוות התברר, כי מקרקעין שהוכרזו זה מכבר כאדמות מדינה, ועליהם הוקמה התיישבות ישראלית, מצויים למעשה מחוץ לגבולות ההכרזה. משפחות שהקימו את בתיהן על קרקע שנחשבה לאדמת מדינה, כדת וכדין, גילו לפתע כי מעמדה המשפטי של הקרקע אינו ברור. בחלק גדול מהמקרים, התברר כי מדובר בקרקע פרטית פלסטינית (על-פי הנתונים שהציגה הממשלה לפנינו, ישנם 1,048 מבנים כאלו, מתוך 3,455 מבנים השוכנים על קרקע פרטית; מש/2). על התהום הזו, שנפערה מתחת לרגליהם של אלפי מתישבים, מבקש בין היתר חוק ההסדרה לגשר. הנה לנו המחשה נוספת, להבדל המהותי שבין בנייה בלתי חוקית 'רגילה', כזו שראוי לה להיות מוסדרת באמצעות דיני המקרקעין ה'רגילים', לבין המציאות החריגה והמורכבת שעמה מבקש להתמודד חוק ההסדרה.

21. הנה כי כן, ברקע לחקיקתו של חוק ההסדרה ניצבת מציאות מורכבת – הן מבחינה עובדתית, הן מבחינה משפטית – שאינה מאפיינת מצבים 'רגילים' של הסדרת בנייה בלתי-חוקית. מורכבות זו יסודה בארבעה נדבכים: מעורבות עמוקה וארוכת שנים של רשויות השלטון; אופייה הפוליטי-מדיני של הסוגייה שעל הפרק; 'פשל' מובנה בשוק הקרקעות ביהודה ושומרון; ותוצאות עבודתו של 'צוות קו כחול'. יודגש: ארבעת הנדבכים הללו, אינם מצדיקים בהכרח את חוק ההסדרה, במתכונתו הרחבה מאד. כפי שיפורט להלן, גם אני סבור כי אפשר וצריך למתן את פגיעתו. אך יש בהם, בנדבכים הללו, כדי לסייע לנו בראש ובראשונה להבין את חוק ההסדרה, וממילא גם לבחון אותו

באספקלריה הראויה לו. ארבעת הנדבכים הללו ימשיכו אפוא ללוותנו, לאורך שלביה השונים של הביקורת החוקתית על חוק ההסדרה.

פגיעה בזכות חוקתית

22. חוק ההסדרה פוגע בזכות החוקתית לקניין. אשר להסדר הרכישה הכפויה המעוגן בסעיף 3(2) לחוק, של מקרקעין מוסדרים שיש בהם בעל זכות, אין מחלוקת בין הצדדים כי הוא פוגע בזכות הקניין. גם הממשלה מודה, כי "רכישה כפויה של זכויות ההחזקה והשימוש [במקרקעין אלו – נ' ס'] מהווה פגיעה מינייה וביה בזכות הקניין" (סעיף 83 לתגובה המקדמית מטעם הממשלה). אשר לסעיף 3(1) לחוק, שלגביו נחלקו הצדדים, אני מסכים עם חברתי כי גם בו יש פגיעה בזכות החוקתית לקניין (פסקאות 44-45 לחוות דעתה). כפי שציין היועץ המשפטי לממשלה, עם כניסת כוחות צה"ל ליהודה ושומרון בשנת 1967, הותלו הליכי הסדרת המקרקעין באזור. הקפאת האפשרות להוכחת זכויות במקרקעין מחד גיסא, ורישומן של אותן קרקעות כרכוש ממשלתי בתוך שנה מאידך גיסא, טומנת בחובה פגיעה בזכות הקניין, ביחס למצבים "שבהם מדובר במקרקעין, אשר למצער ברמת הראיות המינהליות יש לתושב פלוני זיקה קניינית מספקת אליהם" (סעיף 123 לתגובה המקדמית מטעם היועץ המשפטי לממשלה).

23. חוק ההסדרה פוגע גם בזכות החוקתית לשוויון. הממשלה טענה לפנינו כי אין הדבר כן, מחמת שוונות רלבנטית שבין המתישבים הישראלים למתיישבים הפלסטיניים. אך השוונות הרלבנטית, ככל שישנה, אינה מאיינת את הפגיעה בשוויון החוקתי. חוק ההסדרה, על-פי לשונו, אינו מבחין אמנם במפורש בין יהודים לערבים, אולם בצדק ציין היועץ המשפטי לממשלה כי הוראותיו מעניקות עדיפות מובהקת, 'בשורה התחתונה', למתיישבים ישראלים. כך לנוכח קביעת התנאי בדבר 'הסכמת המדינה' (שהגדרתה בחוק רחבה עד מאד); כך בשל העובדה שסמכות הקצאת הזכויות במקרקעין נתונה ל'מוסד מיישב' (שהגדרתו בחוק מכוונת כלפי גופים שמטרתם היא ליישב ישראלים בלבד); כך בשים לב לרשימת היישובים המנויים בתוספת לחוק – כולם, ללא יוצא מן הכלל, ישובים ישראלים. אמנם כן, 'על הנייר', חל החוק באופן שווה על ישראלים ופלסטינים כאחד. אולם במבחן התוצאה, ברי כי מוטביו העיקריים של החוק יהיו מתיישבים ישראלים. הבחנה זו, שבין בנייה בלתי-חוקית ישראלית לבנייה בלתי-חוקית פלסטינית, בין יהודים לבין ערבים, היא הבחנה 'חשודה', המחייבת את המסקנה כי חוק ההסדרה פוגע בזכות החוקתית לשוויון. אכן, יש טעם בטענת הכנסת, הממשלה והמועצה האזורית מטה בנימין, לפיה אין להשוות בנסיבות העניין בין עניינה של הבנייה הבלתי-חוקית הישראלית, לבין זו הפלסטינית. ההבדלים הללו עשויים להצדיק את האמצעים הננקטים

בחוק ההסדרה, ולהשליך על מידתיות הפגיעה. מכל מקום, אין בהבדלים הללו כדי לאיין את עצם פגיעתו של חוק ההסדרה בזכות החוקתית לשוויון.

24. משבאנו לכלל מסקנה, כי חוק ההסדרה פוגע בזכות החוקתית לקניין (נוכח הוראות סעיף 3 לחוק), ובזכות החוקתית לשוויון (נוכח ההבחנה ה'חשודה' בין בנייה בלתי-חוקית ישראלית לבין בנייה בלתי-חוקית פלסטינית), יש לעבור לשלב השני של הבחינה החוקתית – בחינת תכליתו של החוק, ומידתיות הפגיעה.

תכלית ראויה

25. סעיף 1 לחוק ההסדרה קובע, כי "מטרת חוק זה היא להסדיר את ההתיישבות ביהודה והשומרון ולאפשר את המשך ביסוסה ופיתוחה". סעיף המטרה של החוק משמיע לנו שתי תכליות מרכזיות. התכלית האחת היא תכלית מדינית-לאומית. האם תכלית זו היא תכלית ראויה? התשובה לכך אינה משפטית, זוהי שאלה של השקפה פוליטית. ההכרעה אם תכלית מדינית מעין זו היא ראויה, אם לאו, היא הכרעה הצריכה להתקבל "באמצעות נבחרי העם; אלה הכריעו כי ההתיישבות הישראלית באזור היא ערך ראוי" (סעיף 97 לתגובה המקדמית מטעם הממשלה). מן הטעם הזה טענה גם הכנסת, שמדבריה הבאתי לעיל, כי "חוק ההסדרה נוגע בנימים הרגישים ביותר של המחלוקת הפוליטית והמדינית ביחס לשטחי יהודה ושומרון" (סעיף 59 לתגובה המקדמית מטעם הכנסת).

26. ודוק: הכנסת הכריעה כי הסדרתה, ביסוסה ופיתוחה של ההתיישבות ביהודה ושומרון היא מטרה ראויה, אולם אין פירוש הדבר כי כל האמצעים להגשמתה כשרים. ככל שהכנסת מבקשת לקדם תכלית זו באמצעים הפוגעים בזכויות אדם, עליה לעשות כן במידתיות (בהתאם למבחנים המקובלים). על כל פנים, ובכך עיקר, גם אם נקטה הכנסת אמצעי בלתי-מידתי, אין פירוש הדבר כי התכלית אינה ראויה. אל לנו לערבב בין בחינתה של התכלית, אם היא ראויה אם לאו, לבין בחינת מידתיות האמצעים הננקטים להגשמתה. תכלית לחוד, ומידתיות האמצעים לחוד.

על רקע הדברים הללו, דומני כי 'התכלית המערכתית' שעליה עמדה חברתי הנשיאה – "ביסוס ההתיישבות באזור בדרך של הסדרה קניינית ותכנונית בדיעבד של בנייה בלתי חוקית על מקרקעין שאינם 'רכוש ממשלתי'" (פסקה 64 לחוות דעתה) – ונמצאה על-ידה בלתי ראויה, לוקה בשניים: ראשית, היא אינה נותנת ביטוי הולם לתכליתו המדינית המוצהרת של החוק; שנית, היא מטשטשת את ההבחנה שבין שאלת התכלית לבין שאלת מידתיות האמצעים הננקטים לשם הגשמתה.

27. תכליתו השנייה של חוק ההסדרה היא תכלית אנושית-חברתית. עניינה "להסיר, אחת ולתמיד, את עננת הקיפאון וחוסר הוודאות המרחפת על פני קהילות שלמות, חלקן ותיקות בשנים" (סעיף 88 לתגובה המקדמית מטעם הממשלה). עמד על כך היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד איל ינון, בפתח הישיבה הראשונה של הוועדה המשותפת שדנה בחוק ההסדרה:

"מהי הסיטואציה אותה חברי הכנסת המציעים והיוזמים מבקשים להסדיר – כתוצאה מהתנהלות בעייתית ביותר, שלה היו שותפים גורמים רבים, ובתוכם גם גורמים שלטוניים, נוצרה במקומות מסויימים ביהודה ושומרון התנגשות חזיתית בין הדין לבין המציאות. תוצאתה של התנגשות זו – מצוקה הומניטרית קשה של עשרות משפחות ישראליות שנאלצות להתמודד עם גזרה שקשה מאוד להתמודד עימה: הצורך לפנות ביתן ולהעתיק את מקום מגוריהן על כל המשתמע מכך. רבים מחברי הכנסת חשים שהם לא יכולים להיוותר אדישים ואטומים למצוקה זו ומבקשים ליצור פתרון שמצד אחד ימנע את המשבר המשפחתי והקהילתי שעובר על האנשים האלה, ומצד שני יפצה פיצוי מלא וראוי, בין בכסף ובין בקרקע חלופית, את מי שנקבע כבעלים של הקרקע שעליה נבנו שלא כדין אותם יישובים ושכונות".

28. שנים של בנייה בחסות המדינה ובעידודה, יצרו מציאות בשטח. המציאות והדין, כפי שהיטיב לתאר זאת עו"ד ינון, נמצאים על מסלול של 'התנגשות חזיתית'; ובתווך, אלפי משפחות הנתונות בקיפאון קנייני ותכנוני, ובחשש מתמיד מפני פינוי והריסת ביתן. מתן פתרון למציאות זו, כפי שמבקש לעשות חוק ההסדרה, הריהו לבטח תכלית ראויה. היועץ המשפטי לממשלה טען, כי אופיו הגורף של ההסדר פוגם בהיותה של התכלית האנושית תכלית ראויה: "פגיעה במקרקעין פרטיים לשם הכשרת בנייה שבוצעה בחוסר תום לב, בפגיעה מודעת בזכויות הקניין של הזולת ותוך התעלמות מופגנת משלטון החוק, אינה יכולה להיחשב כ'תכלית ראויה' מבחינה חוקתית" (סעיף 143 לתגובה המקדמית מטעם היועץ המשפטי לממשלה). על רקע הדברים הללו קבעה חברתי הנשיאה, כי התכלית האנושית תיחשב לראויה, רק במצבים שבהם מתקיימים שני התנאים יחדיו: תום לב וגם הסכמת המדינה (פסקה 85 לחוות דעתה).

29. למסקנה זו אין בידי להסכים, וזאת מחמת שני טעמים: ראשית, מבחינה פרשנית, קריאת המילה "או" כמילה מחברת, המצרפת יחדיו שני תנאים עומדת בסתירה מובהקת ללשון החוק ולתכליתו. זו הלשון: "ונבנתה בתום לב התיישבות במקרקעין הטעונים הסדרה או ניתנה הסכמת המדינה לבנייתה" (סעיף 3). "או" היא "מילת-חיבור המורה על בְּרִירָה בין עניינים אחדים" (אברהם אבן-שושן מילון אבן-שושן המרוכז 24 (2006)); כלומר – או

תום לב, או הסכמת המדינה; לא – גם זה וגם זו; שנית, מבחינה מתודולוגית, כאמור, היותה של התכלית ראויה או לא, אינו נגזר מן האמצעי הננקט לשם הגשמתה. אם חל חוק ההסדרה גם ביחס למצבים שבהם התכלית האנושית אינה מתקיימת, אזי הפגם הוא במידתיות החוק; לא בתכליתו. אמנם כן, כפי שאפרט להלן, גם אני סבור כי יש מקום לצמצם קמעא את היקף תחולתו של החוק. אדרש לכך בהרחבה בהמשך, במסגרת הדיון על מידתיות החוק.

30. משמצאנו כי חוק ההסדרה מבקש להגשים תכליות ראויות, יש לבחון אם האמצעים שננקטו בו לשם הגשמתן של תכליות אלו מידתיים. לבחינה זו, של שלושת מבחני המידתיות, נפנה עתה.

קשר רציונלי

31. מבחן המשנה הראשון, מבחן הקשר הרציונלי, נועד לוודא כי האמצעי הפוגעני שהחוק נוקט בו, מתאים להגשמתה של המטרה אותה מבקש החוק להגשים. מבחן זה, בעיקרו, הוא מבחן סף: "כל מטרתו לתת פתרון מהיר למקרים חריפים של חוסר-התאמה בין המטרה לאמצעי, ובכך לקצר את הבחינה החוקתית" (אהרן ברק מידתיות במשפט 389 (2010) (להלן: ברק – מידתיות)). האמצעי שבו נקט המחוקק – רישומם של מקרקעין הטעונים הסדרה, או נטילת זכויות השימוש וההחזקה בהם – מגשים את תכליותיו של החוק עליהן עמדנו לעיל. בכך צולח חוק ההסדרה את מבחן הקשר הרציונלי.

אמצעי שפגיעתו פחותה

32. מבחן זה נועד לברר אם המחוקק בחר – מבין מגוון האמצעים העומדים לרשותו, ואשר מגשימים את תכליתו הראויה של החוק – את האמצעי שפגיעתו בזכות החוקתית היא הפחותה. מבחן זה מורכב משני יסודות: האחד, קיימת חלופה שבכוחה להגשים את מטרתו הראויה של החוק, באותה מידה כמו החוק הפוגע; השני, פגיעתה של החלופה בזכות החוקתית פחותה מפגיעתו של החוק הפוגע (ברק – מידתיות, בעמ' 399).

33. היועץ המשפטי לממשלה, ובעקבותיו חברתי הנשיאה, צמצמו כאמור באופן משמעותי את תכליותיו הראויות של חוק ההסדרה. לשיטתם, תכליתו הראויה היחידה של החוק, היא מתן מענה למתיישבים תמי-לב שפעלו בסיוע הרשויות, ולימים התברר כי בתיאם נבנו על אדמות פרטיות. ממילא החלופות שבחנו היו מצומצמות מלכתחילה, רק לבנייה שהצורך בהסדרתה נובע מעבודתו של 'צוות קו כחול'. בנייה זו, כך על-פי הנתונים שהוצגו לפנינו, מהווה כ-30% בלבד מן הבנייה שבה מבקש לטפל חוק ההסדרה

(1,048 מבנים מתוך 3,455 מבנים שנבנו על קרקע פרטית; נספח מ/ש 2 לתגובה המקדמית מטעם הממשלה). גם החלופות שהוצעו – סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, דיני השיהוי והסדרים נוספים החלים באזור (ראו פסקאות 90-92 לחוות דעתה של חברתי) – אינן מספקות מענה מלא לאותו חלק של 30% מן הבנייה הטעונה הסדרה. חברתי מכירה ב"היקף החלקי והמוגבל של ההסדרים החלופיים שהוצעו" (פסקה 94 לחוות דעתה), ומטעם זה אינה פוסלת את החוק בשל קיומו של אמצעי שפגיעתו פחותה. אף על-פי כן קובעת חברתי, כי "קיומם של אמצעים חלופיים אף שהיקפם חלקי, יש לו משמעות לצורך מבחן המשנה השלישי הנוגע למידתיות במובן הצר" (שם). לשיטתה, חלופות חלקיות אלו שוקלות, במאזן הכולל, לחובתו של חוק ההסדרה.

34. כאמור, אני חלוק על חברתי הנשיאה בשאלת התכלית הראויה. לגישתי, תכליתו הראויה של החוק אינה מצומצמת אך ורק להסדרת אותם מבנים שנגרעו מאדמות מדינה בשל עבודתו של 'צוות קו כחול'. תכליותיו הראויות של החוק רחבות יותר, וממילא ברי כי אין בחלופות שעליהן עמד היועץ המשפטי לממשלה כדי להגשים תכליות אלו. יחד עם זאת, יש צדק בטענה כי תחולתו של החוק רחבה מדי. האם התחולה הרחבה הזו מצדיקה את ביטולו של חוק ההסדרה? אני סבור שלא. אין זה פגם היורד לשורשו של החוק, אלא כזה שניתן לתיקון. כזכור, בצד בקשתה לאמץ את עמדת הממשלה ולדחות את העתירות, ביקשה הכנסת, למיצער, לשרטט קווים מנחים לתיקון החוק כדי שיעמוד בביקורת השיפוטית. כפי שיבואר להלן, אני סבור כי יש לקצץ קמעא את מוטת כנפיו של חוק ההסדרה, לצמצם מקצת מן ההגדרות שבו, ובכך למתן את אופיו הגורף, להפחית מפגיעתו, וכל זאת מבלי שתיגרע האפשרות להגשים באותה מידה את מטרותיו הראויות. כלפי מה הדברים אמורים?

35. תחולתו הגורפת של חוק ההסדרה נעוצה בסעיף ההגדרות שבו, סעיף 2. כוונתי לשלושה מונחים, שהגדרתם הרחבה פותחת לרווחה את שערי-החוק, כמעט לכל בנייה הטעונה הסדרה, באשר היא שם. כך לגבי הגדרתה של 'הסכמת המדינה' – "במפורש או במשתמע, מראש או לאחר מעשה, לרבות סיוע בהנחת תשתיות, הענקת תמריצים, תכנון תכניות, פרסום פרסומים שנועדו לעודד בנייה או פיתוח או השתתפות בכסף או בעין"; כך באשר להגדרת 'התיישבות' – "לרבות שכונה או הרחבה של אותה התיישבות, כלל בתי המגורים שבה, המיתקנים, השטחים החקלאיים המשמשים לצורכה, מבני ציבור, אמצעי ייצור, וכן דרכי גישה ותשתיות מים, תקשורת, חשמל וביוב"; כך באשר להגדרת 'המדינה' – "ממשלת ישראל או משרד ממשלתי הממשלה, רשויות האזור, רשות מקומית או מועצה אזורית בישראל או באזור ומוסד מיישב". הנה כי כן, עינינו הרואות: הכל בכל מכל כל.

36. התחולה הרחבה הזו, פוגעת בזכות הקניין יותר מכפי שנדרש, בשים לב לתכליות הראויות שבעטיין נחקק חוק ההסדרה מלכתחילה. "החוק מבקש לתת מענה לסוגיה אנושית וחברתית ראשונה במעלה באותם מקרים שהריסה של אלפי מבנים עלולה להוביל לפגיעה באינטרס מובהק של מדינת ישראל ולפגיעה אנושה במרקם חייהם של אלפי תושבים ישראלים באזור. רצונו של המחוקק הישראלי להסדיר את ההתיישבות ולמנוע את פינויין של משפחות אלו מבתיים, על כל הכרוך בכך, או לחילופין את הותרתן של שכונות ויישובים כשהם קפואים מבחינת האפשרות לנהל בהם חיים תקינים – מהווה תכלית ראויה" (סעיף 95 לתגובה המקדמית מטעם הממשלה; ההדגשות הוספו). הסדרת מבני מגורים, מבני ציבור, דרכי גישה ומתקני תשתיות חיוניים, הריהי הכרחית למניעת פגיעה במרקם החיים התקין. לא כן באשר ליתר המונחים המנויים בהגדרת 'התיישבות' שבחוק – מיתקנים, שטחים חקלאיים ואמצעי ייצור (אציין, כי לא לגמרי נתחוויר לי למה הכוונה במונח 'מיתקנים', ומה בינו לבין מבני ציבור ושאר מיתקני תשתיות חיוניים. על כל פנים, בנסיבות העניין, אין הצדקה להותיר מונח עמום זה על כנו).

37. שטחים חקלאיים, אמצעי ייצור ומתקנים שאינם משמשים לצרכיה החיוניים של ההתיישבות, שונים באופן מהותי מיתר סוגי המבנים המנויים בחוק. הפקעתם פוגעת בזכות החוקתית לקניין, אולם אין בהפקעה זו כדי להגשים את התכליות שאותן ביקש המחוקק להשיג. לא דומה פינויו של בית מגורים לפינויו של שטח חקלאי (ואינני מקל ראש בנזק הטמון גם בפינוי מעין זה), ולא דומה קיפאון קנייני ותכנוני של אמצעי ייצור, לקיפאון שכזה ביחס למבני ציבור, דרכי גישה או מתקני תשתיות חיוניים. לא בכדי הדגישו לפנינו הכנסת, הממשלה והמועצה האזורית מטה בנימין בכתבי טענותיהן, דווקא את החשיבות שבהסדרת מבני מגורים, מבני ציבור ושאר תשתיות חיוניות, להבדיל מחשיבות הסדרתם של שטחי חקלאות ואמצעי ייצור, טענה שלמיטב ידיעתי לא זכתה להתייחסות כלל. אף זאת ראוי לציין, כי באחת מהצעות החוק הפרטיות שהונחו על שולחן הכנסת לדיון מוקדם (טרם מיזוגן של הצעות השונות), היתה הגדרת המונח 'התיישבות' צנועה יותר, ברוח האמור לעיל: "יישוב או התיישבות ישראלית" – מקום המשמש למגורי בני אדם באזור, לרבות שכונה או הרחבה של יישוב, ולרבות כלל בתי המגורים שבו, כל המתקנים המשמשים לצורכי היישוב, לרבות דרכי גישה, תשתיות מים, תקשורת, חשמל וביוב, וכן מבני הציבור המשמשים את המתגוררים בו" (הצעת חוק להסדרת התיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2016, פ/3433/20). הנה כי כן, לא שטחים חקלאיים ולא אמצעי ייצור.

38. גם הגדרתה הרחבה של 'המדינה', חורגת מן ההצדקות שביסוד חקיקתו של חוק ההסדרה. עמדתי לעיל על מעורבותן של רשויות המדינה, שהיא אחד המאפיינים הייחודיים של הבנייה הבלתי חוקית ביהודה ושומרון. כפי שנקבע בדו"ח לוי, למעורבות

זו "נודעת נפקות במישור המשפטי, והכוונה לדרך בה היתה אמורה להיות מובנת על ידי המתיישבים ביהודה ושומרון. להשקפתנו, אלה היו רשאים להניח כי הרחבתו של מפעל ההתיישבות [...] הוא עניין בו הממשלה חפצה ואותו היא מעודדת, ולראייה פעולותיה של החטיבה להתיישבות שפעלה (מכוח הסכמי ההרשאה עם הממונה על הרכוש הממשלתי הנטוש), בסיועם של משרדי ממשלה שונים" (עמוד 49 לדו"ח; ההדגשות הוספו).

39. עינינו הרואות: בדברו על הסכמת 'המדינה', וההסתמכות שזו יצרה אצל המתיישבים הישראלים, מכוון דו"ח לוי להתנהלותה של הממשלה, ולפעולות שנקטה בעצמה ובאמצעות שלוחיה – החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית העולמית, משרד השיכון, משרד הביטחון ואחרים (עמוד 57 לדו"ח לוי). מתיחת פניה של 'המדינה', כך שתכלול בתוכה גם רשויות מקומיות, אינה יכולה להישען אפוא על ההצדקה הנובעת מן ההסתמכות שנוצרה בעקבות מעורבות הממשלה ושלוחיה בבנייה. הסתמכות על פעולותיה של רשות מקומית או מועצה אזורית בהקשר שבו מדבר חוק ההסדרה, מקום שבו פעלה הרשות על דעת עצמה, מבלי לקבל תחילה את הסכמתו של השלטון המרכזי (ולהלן אתייחס לטיבה של ההסכמה הנדרשת בחוק), או חמור מכך – בניגוד לעמדתו של השלטון המרכזי, אינה הסתמכות שמצדיקה פגיעה בזכות הקניין. הסתמכות שכזו נוגדת את הגיונו של חוק ההסדרה, שנועד "לבטא אחריות שלטונית של הממשלה למתן פתרון למקרים בהם אזורחים ישראלים בנו את מרכז חייהם בהסכמת המדינה במקומות בהם היה להם יסוד להניח, כי יוסדרו בידי המדינה עם חלוף הזמן" (סעיף 100 לתגובה המקדמית מטעם הממשלה; ההדגשה הוספה). אחריות הממשלה – שמכוחה עשויה לצמוח הצדקה לפגיעה בזכות הקניין – היא למעשה-שלה, לא למעשה של רשות מקומית שפעלה על דעת עצמה. אשר ל'מוסד מיישב', שנכלל גם הוא בהגדרת 'המדינה' כגוף העומד בפני עצמו, דומה לכאורה כי זוהי תוספת מיותרת. החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית העולמית, שהיא המוסד המיישב המרכזי בכל הקשור לבנייה שבה עוסק חוק ההסדרה, היא זרוע מבצעת של ממשלת ישראל. ככל שפעולותיה נעשו בסיועם של גורמים ממשלתיים או על דעתם (כפי שנקבע בדו"ח לוי; ראו, למשל, עמודים 84-85), אזי ממילא יש לראות בכך הסכמה של 'המדינה'. ככל שזה אינו המצב, אזי אין הצדקה להכיר בהסתמכות זו, באותה מידה שאין הצדקה להכיר בהסתמכות על פעולתה של רשות מקומית.

40. עמדנו על הצמצום של הגדרת 'המדינה': ממשלת ישראל, משרד ממשלתי הממשלה, רשויות האזור – כן; רשות מקומית, מועצה אזורית, מוסד מיישב – לא. על רקע הדברים הללו נוכל לדון בהגדרה רחבה נוספת, 'הסכמת המדינה'. אמנם כן, 'הסכמה' לפי חוק ההסדרה מוגדרת באופן רחב ביותר: "במפורש או במשתמע, מראש או

לאחר מעשה, לרבות סיוע בהנחת תשתיות, הענקת תמריצים, תכנון תכניות, פרסום פרסומים שנועדו לעודד בנייה או פיתוח או השתתפות בכסף או בעין". אם מתעלמים מן הרקע לחקיקתו של חוק ההסדרה, אזי אין ספק כי הגדרה רחבה שכזו מעוררת קושי. אולם משצמצמנו את הגדרת המדינה אך ורק לגופים הנמנים על השלטון המרכזי, לממשלה ולשלוחיה, ומשזכרנו והזכרנו שוב ושוב את האמור בדו"ח ששון ודו"ח לוי, אזי מוארים הדברים באור שונה. ההגדרה הרחבה יחסית של 'הסכמת המדינה', קשורה בקשר הדוק לאופן התנהלותה של הממשלה בעניין הבנייה ביהודה ושומרון, התנהלות הנובעת מן המורכבות הפוליטית בזירה הבינלאומית. מורכבות זו, היא שיצרה מציאות שבה תמיכה, הסכמה ועידוד של התיישבות ישראלית ביהודה ושומרון על-ידי ממשלת ישראל ושלוחיה נעשו שלא 'לפי הספר' – לעתים במפורש לעתים במשתמע, לעתים מלכתחילה לעתים בדיעבד, פעמים על דרך של הנחת תשתיות, פעמים על דרך של הענקת תמריצים, וכיוצא באלו דרכים ואופנים. בניגוד להגדרות הקודמות שבהן דנתי, שצמצומן אינו גורע מן האפשרות להגשים את מטרותיו הראויות של החוק, צמצומה של הגדרה זו עלול לרוקן במידה לא מבוטלת את חוק ההסדרה מתוכנו. את ההגדרה של 'הסכמת המדינה' יש להותיר אפוא כמות שהיא; דיינו בצמצום הגדרת 'המדינה', כמפורט לעיל.

41. לסיכום חלק זה: פגיעתו של חוק ההסדרה בזכות הקניין, ככל שהדברים אמורים בשטחים חקלאיים, אמצעי ייצור ושאר מתקנים שאינם חיוניים, הריהי מעבר לנדרש. הוא הדין באשר לפגיעה המבוססת על הסתמכות של המתיישבים על הסכמה שניתנה על-ידי רשות מקומית, מועצה אזורית או מוסד מיישב, ללא הסכמה של גורם ממשלתי. מחיקתם של חלקים אלו מן ההגדרות הרלבנטיות – 'התיישבות' ו'מדינה' – אינה פוגעת בכוחם של האמצעים האמורים בחוק להגשים את מטרותיו הראויות באותה מידה. מחיקה חלקית של מקצת מן ההגדרות ב'עפרון כחול', אינה שמה לאל את מטרותו של המחוקק, ליצור מנגנון הסדרה פשוט ומהיר, המותח "קו ברור, ודאי והגיוני אשר כל מה שמעבר לו יוסדר ובכך תיפתר, כמעט לגמרי, הבעיה הלאומית שישראל ניצבת בפניה" (סעיף 132 לתגובה המקדמית מטעם הממשלה).

42. טרם נסתיימה מלאכתנו. האם צולח חוק ההסדרה – במתכונתו המצומצמת – את מבחן המשנה השלישי? לדיון זה אפנה עתה.

מידתיות במובן הצר

43. במסגרת מבחן המשנה השלישי יש לערוך איזון בין התועלת הצומחת מהגשמת תכליתו של החוק, לבין הנזק העלול להיגרם בשל כך לזכות החוקתית (ברק – מידתיות,

בעמ' 419). "ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה" (בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 273 (1999)). ניתנה אמת להאמר, זהו מבחן קשה ליישום. בניגוד לשני מבחני המידתיות הראשונים, שהם בעיקרם מבחנים עובדתיים-אובייקטיביים, אשר ההיבט הערכי הגלום בהם קטן באופן יחסי, הרי שמבחן זה הוא בעל אופי ערכי מובהק. "כה חזק הוא ההיבט הערכי של מבחן זה, עד כי השופט מ' חשין ציין כי 'ראוי הוא כי יכונה מבחן המידתיות 'במובנו הערכי'. עניינו של מבחן זה הוא בערכים, וכך ראוי כי נכנהו" (ברק – מידתיות, בעמ' 422). ביסודו של מבחן המידתיות במובן הצר, עומדת הדרישה לקיומו של 'יחס ראוי', בין תועלת החוק לבין נזקו (ראו, למשל, עניין בנק המזרחי, בעמ' 437); בפסקי דין אחרים דובר על 'יחס סביר', 'יחס שקול' ו-'יחס נאות' (ברק – מידתיות, בעמ' 423). האם מקיים חוק ההסדרה – במתכונתו המצומצמת כמפורט לעיל – יחס ראוי, סביר, שקול, נאות, בין התועלת הצומחת מהגשמת תכליתו לבין הנזק הנגרם מפגיעתו?

44. היועץ המשפטי לממשלה טען לפנינו, כי חוק ההסדרה אינו צולח את מבחן המידתיות במובן הצר. "מסקנה זו נשענת בעיקרה על אופיו הגורף של ההסדר, אשר משקף איזון בלתי ראוי בין זכות הקניין של הפרט לבין יתר הזכויות והאינטרסים הצריכים לעניין. למעשה, אין מדובר בעריכת איזון כלשהו, כי אם העדפה גורפת וחד-צדדית של בנייה ישראלית על קרקע פלסטינית פרטית, תהיינה הנסיבות אשר תהיינה" (סעיף 163 לתגובה המקדמית מטעם היועץ המשפטי לממשלה; ההדגשות במקור). צודקת חברתי, צודק גם היועץ המשפטי לממשלה, כי תחולתו של חוק ההסדרה רחבה (גם במתכונתה המצומצמת). אף על-פי כן, אין לומר כי תחולה זו אינה משקפת איזון.

45. אשר לנזק הנגרם בשל הפגיעה בזכות החוקתית. פגיעתו של חוק ההסדרה בזכות הקניין מובהקת, אך במצבים רבים מאד שבהם מדובר החוק, פגיעה זו אינה חמורה במיוחד, אם בכלל: ראשית, רוב רובם של המבנים עליהם צפוי החוק לחול, עומדים על מכונם מזה זמן רב. בחלק גדול מן המקרים לא ידוע כלל מי הם בעלי הקרקע, בחלק גדול לא פחות 'ישנים' בעלי הקרקע על זכויותיהם שנים ארוכות; שנית, חלק מן הקרקעות מוגדרות פרטיות בשל מדיניות מחמירה של רשויות האזור, הגם שאין לכך בסיס משפטי (כמפורט בסעיף 43 לתגובה המקדמית מטעם הממשלה); שלישית, לעתים גם כאשר ידוע מי הם בעלי הקרקע, והם עומדים על זכויותיהם בה, אין הדבר משנה בשל העובדה שלא ניתן לעשות בה שימוש לאחר פינוייה (הן מחמת שיקולי ביטחון, הן מחמת העובדה שמדובר בשטח 'כלוא'); לבסוף, נזכור ונזכיר את 'כשל השוק' שעליו עמדנו לעיל – חלק לא מבוטל מבין בעלי הקרקעות היו שמחים ודאי למכור את אדמתם תמורת פיצוי כספי

מוגדל, ולחלופין לקבל תחתיה קרקע חלופית לבקשתם, אך אינם עושים כן מפחד הרשות הפלסטינית עליהם. בעניינם של אלו, כלל אין פגיעה בזכות הקניין; אדרבה.

46. זאת ועוד. ההפקעה מכוחו של חוק ההסדרה רחבה מאד בהיקפה, אך בצדה אמצעים שונים ומגוונים שמטרתם לרכך ולאזן את הפגיעה בבעלי הקרקעות: רכישת זכויות השימוש וההחזקה בלבד, ולא רכישת הבעלות; הגבלת תוקפה של נטילת הזכויות "עד להכרעה מדינית בדבר מעמדו של האזור וההתיישבות בו" (כאמור בסעיף 3(2) לחוק); בחינת הסכום שהושקע בבניית ההתיישבות, לעומת שווים של המקרקעין (כך שיתכן, למשל, כי במקרים שונים של בנייה קלה החוק לא יחול); פיצוי חריג בנדיבותו שאינו קיים בהסדרים אחרים, אם בדרך של הקצאת קרקע חלופית, אם בדרך של פיצוי כספי מוגדל; הגבלת תחולתו של החוק להסדרת העבר בלבד, ולא להכשרת בנייה בלתי-חוקית בעתיד – כל אלו אמצעים יחודיים שמטרתם להפחית עד כמה שניתן בנסיבות העניין את פגיעתו של החוק בזכות הקניין. לכך יש להוסיף את אופן ניהולו של הליך ההפקעה, שיתבצע תוך הקפדה על זכויותיהם הדיוניות של בעלי הקרקע: "סעיף 3 לחוק קובע כי הליך רכישת הזכויות יתבצע ככל האפשר על פי הוראות החוק הירדני. החוק האמור, יחד עם כללי המשפט המנהלי הישראלי, מבטיחים כי ההליך יתבצע באופן מידתי ותקין (פרסום, זכות השגה וכיו"ב). ממילא, תינתן לבעל הקרקע הזכות לבחון ולבקר ואף לתקוף בערכאות – ומטבע הדברים אף בפני בית המשפט הנכבד – את ההחלטות המנהליות הכרוכות ביישום כל אחד משלבי החוק, לרבות התקיימות התנאים הקבועים בחוק לרכישה כפויה של הזכויות" (סעיף 115 לתגובה המקדמית מטעם הממשלה).

47. אל מול הפגיעה בזכות הקניין, ניצבות התועלות הצומחות מהגשמת תכליותיו של החוק, ואותן ביקשו הכנסת והממשלה להשיג – תועלת מדינית ותועלת אנושית. ההתנגשות שבין תועלותיו של החוק, לבין הנזק הנגרם מפגיעתו בזכות הקניין, הציבה את המחוקק לפני דילמה קשה – "הסדרה במחיר פגיעה בזכות קניין או הגנה מוחלטת על זכות הקניין במחיר פגיעה בחייהן של מאות ואלפי משפחות, על ההשלכות החברתיות, הלאומיות והמדיניות הכרוכות בכך" (סעיף 121 לתגובה המקדמית מטעם הממשלה). חוק ההסדרה מבטא הכרעה בדילמה הקשה הזו – שבין הקפאה לבין הפקעה, בין פינוי לבין פיצוי. זוהי הכרעה חדה, אולם אין לומר כי היא משקפת העדפה 'גורפת וחד-צדדית'. חוק ההסדרה מכיר בפגיעתו בזכות הקניין (בין שהיא חמורה יותר או פחות), ולפיכך נוקט אמצעים שונים שמטרתם לרכך פגיעה זו עד כמה שניתן; חוק ההסדרה – במתכונתו המצומצמת, כהצעתי, כמפורט לעיל – מבקש לפגוע בזכות הקניין אך ורק לשם הגשמת האינטרסים החיוניים ביותר לחייהם של התושבים הישראלים באזור (מבני מגורים, מבני ציבור, דרכי גישה ותשתיות חיוניות); חוק ההסדרה מבטא איזון ראוי, בין התועלת הצומחת מהגשמת תכליותיו, לבין הנזק הנגרם כתוצאה מפגיעתו בזכות הקניין.

48. ראייה נוספת לחוסר מידתיותו של חוק ההסדרה במובן הצר, מוצא היועץ המשפטי לממשלה בסטייתו של החוק מתנאיהם של ההסדרים המקובלים, שעניינם נטילה והעברה של זכויות במקרקעין. "מתוך הנחה שהסדרים ותיקים אלה משקפים איזון עדין בין הזכויות והאינטרסים הצריכים לעניין, מתחזקת המסקנה בדבר חוסר המידתיות של חוק ההסדרה [...] הוויתור על דרישת תום הלב כתנאי בלעדיו אין, והפיכתה לחלופה בלבד, סוטה מן ההסדרים המקובלים בדיני האיזור וישראל ביחס לתקנת השוק, וביחס לדיני הבנייה על מקרקעי הזולת" (סעיפים 167-168 לתגובה המקדמית מטעם היועץ המשפטי לממשלה).

49. אמת נכון הדבר, בכל ההסדרים השונים שבדין – סעיף 906 למג'לה, סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי וסעיפים 10 ו-23 לחוק המקרקעין – דרישה לתום לב מצד מי שבנה ונטע במקרקעי זולתו, היא תנאי בלעדיו אין לשם רכישת הזכויות בקרקע. דרישה זו, הגיונה בצדה – למען לא יצא חוטא נשכר, וכדי שלא "לתמרץ בריונות והסגת גבול מכוונת" (סעיף 168 לתגובה המקדמית מטעם היועץ המשפטי לממשלה). ברגיל, הסדרים אלו משקפים את האיזון העדין שבין הזכויות והאינטרסים הצריכים לעניין. אולם אין לומר כי הסטייה מן ההסדרים הללו, מחייבת בהכרח את ביטולו של חוק ההסדרה. אדרבה, מן ההסדרים המקובלים בחוק למדנו את אשר ידענו היטב זה מכבר – זכות הקניין, ככל זכות חוקתית, אינה זכות מוחלטת. בנסיבות מסוימות, ראוי לה לסגת מפני זכויות ואינטרסים אחרים. ומהן אותן נסיבות? ובכן, זוהי שאלה של הכרעה ערכית. סעיף 906 למג'לה, סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, וסעיפים 10 ו-23 לחוק המקרקעין, לא ניתנו בסיני מפי הגבורה. הם נחקקו בידי מחוקק בשר ודם, שביקש לקבוע הסדר כללי, עקרוני, שאינו מכוון כלפי מערכת נסיבות יחודית, ואינו מתוכם במקום ובזמן. ביחס למצב דברים רגיל, ההסדר הקבוע בהם הוא ככל הנראה הטוב ביותר, ולכל הפחות הוותיק והמקובל ביותר. ואולם חוק ההסדרה אינו מתיימר להתמודד עם מצב דברים רגיל, ואינו מבקש לקבוע הסדר אידיאלי, לכתחילה, לנטילה והעברה של זכויות במקרקעין; הורתו ולידתו במציאות יחודית ומורכבת, שעליה עמדנו בהרחבה. מטעם זה תוכם עצמו חוק ההסדרה במקום – בהיותו מוגבל לשטח האזור, ובזמן – בהיותו צופה פני עבר בלבד.

50. אכן, נסיבות חריגות, עשויות להצדיק צעדים חריגים. חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953, שעליו עמד היועץ המשפטי לממשלה ועמדה גם חברתי, ומכוחו הופקעו מקרקעין שננטשו על-ידי בעליהם בתקופה שלאחר קום המדינה, הוא דוגמה מובהקת לכך. את פגיעתו של חוק זה בזכות הקניין ניתן להבין ולהצדיק, רק מתוך התבוננות בנסיבות ההיסטוריות הייחודיות שבהן נחקק. הטענה כי

חקיקה מעין זו לא היתה צולחת בימינו את הבחינה החוקתית, היא טענה היפותטית. לאמיתו של דבר, הכל תלוי בנסיבות; דור דור ונסיבותיו החריגות. הנה לנו דוגמה מהימים האלו ממש, ימי הקורונה, השבים ומזכירים לנו כי התמודדות עם מציאות חריגה, מחייבת נקיטה בצעדים חריגים, גם על חשבונן של זכויות חוקתיות:

”בהיבט המשפטי, המגפה מוליכה אותנו בארץ לא זרועה, במחוזות ובמשעולים חוקיים וחוקתיים שלא שיערו ראשונים ולא חזו גם רואי השחורות. זכויות חוקתיות בסיסיות כמו הזכות לפרטיות, לקניין, לחופש העיסוק ולחופש התנועה בתוך ישראל נאלמות דום מול מונחים כמו סגר והסגר, כתר, מחסומי דרכים, איכון טלפונים על ידי השב”כ, ריחוק חברתי ועוד. כל אלה חולפים בסך לפנינו כמו חלום בלהה דיסטופי במדינה דמוקרטית שחירויות האזרח הן בבסיס קיומה. בימים של שגרה, אמצעים אלה היו נפסלים על אתר כבלתי חוקיים בעליל, אך הימים אינם ימים רגילים ומפני ‘שהשעה צריכה לכך’ (יבמות צ ע”ב, סנהדרין מ”ו ע”א), אין מנוס אלא מלהלקות את הציבור, הגם שלא חטא ואינו ראוי ללקות” (בג”ץ 2435/20 לוונטהל נ’ ראש הממשלה, פסקה 1 (7.4.2020)).

51. אינני מבקש להשוות בין ימי ראשית המדינה או ימי הקורונה, לבין הנדון דידן. אך תובנה אחת משותפת לכל אלו – נסיבות חריגות, לא יכולות להיבחן במשקפי הדין ה’רגיל’. ההתמודדות עמן, כאשר השעה צריכה לכך, מחייבת סטייה מן המתקן והמקובל; אכן, זה לא נחמד ונעים: לא בדרך המלך נלך.

סטייתו של חוק ההסדרה מן ההסדרים המקובלים בדין, היא כשלעצמה אינה מצדיקה את ביטולו. דרישת תום הלב, שברגיל היא דרישה הכרחית ומוצדקת, איננה חזות הכל. לעתים חריגות, כמו בענייננו, ישנם שיקולים נוספים הראויים להישקל. והללו נשקלו כדבעי, לא על-ידי פקיד ממשלתי זה או אחר, זוטר או בכיר, אלא על-ידי כנסת ישראל – בכבודה ובעצמה. ודוק: הדרישה החלופית לדרישת תום הלב שאותה הציב המחוקק – הסכמת המדינה – אינה מתעלמת לחלוטין משאלת תום הלב של המחזיק בקרקע. דרישה זו מבוססת על הכרת המציאות, שבה מתיישבים פעלו לעתים מתוך הבנה כי הם מגשימים את מדיניות הרשויות. כאמור לעיל בדברים שהובאו בהרחבה מדו”ח לוי, רשויות המדינה היו מעורבות משך שנים ארוכות בבניית ההתיישבות הבלתי חוקית, אם באופן ישיר, אם באופן עקיף, אם בגלוי ואם בסתר. “להתנהלות זו נודעת נפקות במישור המשפטי, והכוונה לדרך בה היתה אמורה להיות מובנת על ידי המתיישבים ביהודה ושומרון. להשקפתנו, אלה היו רשאים להניח כי הרחבתו של מפעל ההתיישבות [...] הוא עניין בו הממשלה חפצה ואותו היא מעודדת” (עמוד 49 לדו”ח לוי).

52. נותרה פגיעתו של החוק בזכות החוקתית לשוויון; ומתוך שהארכת פירוט המציאות המורכבת שמתוכה ולתוכה נחקק חוק ההסדרה, אוכל לקצר עתה, בבואי להסביר מדוע פגיעתו של החוק בזכות לשוויון היא מידתית. לא ניתן להשוות בין עניינה של התיישבות ישראלית באזור הטעונה הסדרה, לבין התיישבות פלסטינית דומה. מעורבותן של רשויות המדינה בהקמת המבנים; האיסור על מכירת קרקעות ליהודים; עבודתו של 'צוות קו כחול' – כל אלו נסיבות יחודיות להתיישבות הישראלית בלבד. יתרה מזאת, כפי שציינה הממשלה בתגובתה המקדמית, בעקבות ההסדר הדיוני מיום 12.3.2017 שהוצע על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, ולפיו 'לא יבוצעו צווים אופרטיביים שעליהם חל החוק, שיש בהם כדי לשנות את המצב הקיים', הוקפאו מאות הליכי אכיפה גם ביחס לבנייה בלתי חוקית פלסטינית (סעיף 177 לתגובה המקדמית מטעם הממשלה). נמצאנו למדים אפוא, כי גם אם מלכתחילה ביקש המחוקק להיטיב דווקא עם מתיישבים ישראלים, הרי שבדיעבד צפוי החוק להיטיב במידת מה גם עם האוכלוסייה הפלסטינית.

חוק ההסדרה – סוף דבר

53. "המציאות המורכבת, זו שביסוד התיק וזו שבנסיבות הכלליות באזור, מצדיקה גישה פרגמטית של שכל ישר, תחת [...] 'משפטית נטו' (דברי המשנה לנשיאה (בדימוס) א' רובינשטיין בבג"ץ 5165/15 קאסס נ' הממונה על מתן היתרים בשטחים שנתפסו לצרכים צבאיים (10.9.2017)). חוק ההסדרה מבטא גישה פרגמטית שבה החליטה לנקוט כנסת ישראל, מתוך הבנה מלאה של הדילמה המונחת לפתחה, והכרה במציאות המורכבת שנוצרה בשטח. סיכם זאת היטב ב"כ הממשלה:

"המחוקק הישראלי הכריע. הוא הכריע כי המצב הנוכחי – של פער בין מציאות משפטית לעובדתית, של אי ודאות תכנונית וקניינית, של חרב הריסה המתנוססת מעל אלפי בתים – צריך להשתנות. הוא קבע, כי הגיעה השעה להסדיר את כל אותם מקומות שבהם המדינה, על זרועותיה, נטלה חלק בבניה. זאת, גם במחיר של פגיעה בזכות הקניין של בעלי הקרקע. זאת, בין היתר גם בהתחשב בכך שהמחזיקים בקרקע, שהסתמכו על הרשויות (מקום שבו ההתיישבות נעשתה בהסכמת המדינה) או פעלו בתום לב, בנו את חייהם והשקיעו את מיטב אונם והונם, במציאות משפטית ופוליטית מורכבת, ובנסיבות אלה – האיזון מחייב להעדיף את זכויות המחזיקים, בכפוף לתנאים הקבועים בחוק הכוללים פיצוי מלא ונדיב לבעלים. בכך ביטא המחוקק את העיקרון הבסיסי שזכויות, וזכות הקניין בכלל, אינן מוחלטות. בנסיבות אלה, עדיף מתן קרקע חלופית או פיצוי נדיב על פני חורבן בתים או שכונות או הקפאה תכנונית שסופה לא נראה לעין.

בנסיבות אלה, עדיפה מניעת הפגיעה הקונקרטית והמוחשית במהלך חייהן של אלפי משפחות ממניעת הפגיעה בזכות הקניין, לעתים, מופשטת ולא בת מימוש. בנסיבות אלה, כך קבע המחוקק, אין זה סביר להרוס בתים ושכונות רק בשל שמירה קנאית ומוחלטת על זכות הקניין" (סעיף 122 לתגובה המקדמית מטעם הממשלה).

54. חוק ההסדרה מבטא הכרעה; לא כן ביטולו, שמחזיר אותנו אל "מציאות דברים הנמשכת מזה כחמישה עשורים וסופה אינו ידוע" (פסקה 105 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה) – קיפאון קנייני ותכנוני, חוסר ודאות, 'לא לבלוע ולא להקיא'. בחלק מן המקרים יוביל ביטול החוק לפינוי והריסה, שהתועלת בהם מוטלת בספק (ונזכיר כי ביטול החוק מותיר אלפי בתים ללא תקנה. המשמעויות המדיניות והכלכליות הנודעות לכך – ומהן ביקשה הכנסת להימנע – אדירות, והן מעוררות ספק בדבר האפשרות שפינוי מעין זה אכן יצא לפועל בעתיד הנראה לעין). סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (שעל פיתוחו ויישומו שוקד היועץ המשפטי לממשלה, כאמור בהודעת העדכון מטעמו מיום 24.12.2018), יועיל, אולי, להסדרת חלק מן המבנים, אך לא יפגע פחות בזכות הקניין של בעלי הקרקע הפלסטיניים. אדרבה, בניגוד לחוק ההסדרה, שמעניק פיצוי נדיב, סעיף 5 מותיר את בעלי הקרקע ללא פיצוי כלל. האמנם זהו, בנסיבות העניין, פתרון מידתי יותר?

חוששני כי ביטול החוק לא יועיל – לא למתיישבים, גם לא לבעלי הקרקע. אלו לא נהנים, ואלו חסרים. הקרקעות והמבנים שאותם ביקש המחוקק להסדיר, למצער רובם, ישארו מונחים אפוא בשיממוןם וקיפאונם – עד שיבוא אליהו, או עד 'להכרעה מדינית בדבר מעמדו של האזור וההתיישבות בו' (המוקדם מביניהם).

55. אילו דעתי היתה נשמעת – לא היינו מבטלים את חוק ההסדרה; דיינו במחיקה חלקית בהגדרתם של 2 מונחים בסעיף 2 לחוק – 'התיישבות' ו'מדינה' – ב'עפרון כחול'.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

1. קראתי את חוות דעתה הבהירה של חברתי, הנשיאה א' חיות, ואני מצטרף למסקנתה כי אין מנוס מהכרזה על בטלות החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017 (להלן: חוק ההסדרה), בשל פגיעתו הלא מידתית בזכויות יסוד חוקתיות. עם זאת, ברצוני לעמוד על מספר דגשים העומדים, לשיטתי, בלב ההכרעה.

מסכים אני עם חבריי כי חוק ההסדרה פוגע, לכל הפחות, בזכויות החוקתיות לקניין ולכבוד של בעלי הזכויות במקרקעין שעליהם חל החוק. הסייגים והאיזונים שעליהם עמדו המשיבים – החל באופייה ה"ארעי" של נטילת הזכויות ("עד להכרעה מדינית"; סעיף 3(2)(ב) לחוק), וכלה במנגנוני הפיצוי הקבועים בחוק – משליכים על עוצמת ומידתיות הפגיעה, אך אין בהם כדי לטשטש את עצם קיומה.

לנוכח הקביעה כי חוק ההסדרה פוגע בזכויות יסוד, יש לעבור לשלב השני של הביקורת החוקתית: האם החוק "הולם את ערכיה של מדינת ישראל" כמדינה יהודית ודמוקרטית, ו"נועד לתכלית ראויה" (סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; ראו גם סעיף 1א). הבהרת תכליות החוק חשובה לא רק כשלעצמה, אלא גם להמשך הדיון ביתר שלבי הניתוח החוקתי, ובפרט במסגרת בחינת מידתיות ההסדר. נעמוד אפוא על תכליות החוק.

2. הליכי החקיקה של חוק ההסדרה חושפים מארג מקיף ורחב של תכליות, הצולחות – כשלעצמן וכמכלול – את מבחן התכלית הראויה. אכן, תכלית החקיקה לחוד ואמצעי הגשמתה לחוד. התכלית אינה מתמצה בתיאור טכני של האמצעים שאימץ המחוקק; על הפרשן להרים את המסך, ולבחון מדוע ולשם מה נבחרו אמצעים אלה, ואלו "מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה" הם משרתים (ראו, בין השאר, בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 548-547 (2005) (להלן: עניין ההתנתקות), בג"ץ 6427/06 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פסקה 52 לחוות דעת הנשיא א' ברק (2006) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון)).

בחינת מטרותיו של חוק ההסדרה מלמדת כי לצד התכלית ה"אנושית" – מניעת הריסה ופינוי של אלפי המבנים המועמדים להסדרה – החוק מבקש לקדם תכלית מדינית לאומית, של חיזוק האחיזה הישראלית באזור (או, בניסוח של נציגי הממשלה בהליך דנן, "מניעת פינוי התיישבות ישראלית שלא במסגרת הסכם מדיני"). כפי שציין ח"כ סמוטריץ', שהיה מיוזמי הצעת החוק, ערב אישורו בקריאה שנייה ושלישית –

"התכלית של החוק הזה, כידוע, וזה נאמר פה לא פעם – גם כאן וגם בוועדות – גם תכלית התיישבותית, ציונית. אנחנו רואים בפיתוח ההתיישבות הציונית החלוצית בכל מרחבי ארץ-ישראל ערך אדיר שתואם מאוד מאוד את

ערכיה של מדינת ישראל" (פרוטוקול ישיבה מס' 201 של הכנסת ה-20, 42 (6.2.2017) (להלן: פרוטוקול 201)).

הנה כי כן, אחת התכליות שהועלו בהליך החקיקה, ועולה גם מהחוק עצמו, חורגת מהאינטרס הציבורי ה"סטנדרטי" בפיתוח, הקמת והסדרת תשתיות ויישובים חדשים בתוך שטחה הריבוני של המדינה. דווקא על רקע המחלוקת הציבורית הנוקבת, והמורכבות המשפטית והמדינית באשר לעתיד האזור וההתיישבות הישראלית בו, המחוקק בחר לבצר את האחיזה הישראלית במקום, בה הוא רואה הגשמה של ערכי יסוד יהודיים וציוניים.

בנוסף לכך, מהחוק עולה תכלית נוספת, שניתן לכנותה "הסדרתית", ועניינה מתן מעמד משפטי מתאים למבנים שנבנו שלא כדין, ויושביהם מצויים כיום בחוסר ודאות משפטית ביחס למעמדם. במובן זה, חוק ההסדרה כשמו כן הוא. מטרתו להסיר את עננת הספק המשפטי מעל מעמדם של מבנים שונים, תוך יצירת אמות מידה המבחינות בין מבנים שיוסדרו לכאלה שחוק ההסדרה לא יחול עליהם.

3. האם תכליות אלה עומדות במבחן התכלית הראויה, לחוד ולמצער כמכלול (ראו והשוו, עניין התנועה לאיכות השלטון, פסקה 57 לחוות דעתו של הנשיא ברק, ובג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 28 לחוות דעתו של השופט סולברג (12.9.2017))? אין קושי להשיב לכך בחיוב ביחס לתכלית ה"אנושית" ולטעמי גם התכלית המדינית-לאומית של חיזוק האחיזה הישראלית באזור צולחת את מבחן התכלית הראויה. יפים לענייננו נימוקיו של בית משפט זה בעניין ההתנתקות, שעסק דווקא בפניו ישראלים מבתיהם במסגרת ההתנתקות מחבל עזה. אכן, גם בענייננו –

"השאלה הינה זו: האם התכליות המונחות ביסוד חוק יישום ההתנתקות הן תכליות ראויות לעניין פיסקת ההגבלה? השאלה היא אפוא אם התכליות של חוק יישום ההתנתקות נועדו להגשים צורך חברתי חיוני מספיק דיו כדי להצדיק פגיעה קשה בזכויות האדם (בעיקר כבוד האדם והקניין) של הישראלים המפונים. [...] תשובתנו על שאלה זו היא בחיוב. התכליות המדיניות, הלאומיות והביטחוניות שעליהן מבוססת תכנית ההתנתקות הן כבדות משקל. הן נועדו להגשים מה שנראה לכנסת ולממשלה כצורך חברתי חיוני ומהותי שיש בו, אם אמנם יתממש, כדי להצדיק פגיעה בזכויות האדם של הישראלים המפונים. אכן, השגת שלום, ביטחון, הכרה בין-לאומית וכיוצא באלה הישגים שמונחים ביסוד תכליתו של חוק יישום ההתנתקות הם ביסוד הקיום הלאומי" (עניין ההתנתקות, עמוד 570).

בדומה לתכליות תכנית ההתנתקות, גם מטרתו הלאומית והמדינית של חוק ההסדרה שנויה במחלוקת ציבורית נוקבת. אין מקום כי בית משפט זה יכריע במחלוקת ציבורית זו, ויקבע כי הפתרון שבו דוגל מחנה פוליטי מסוים – ואשר אומץ בחוק ההסדרה – אינו משרת את האינטרס הישראלי.

ענייננו אינו רק בהכרעת התחרות בין פרטים – המתיישב שבנה את ביתו מול בעל המקרקעין – ואף לא בהפקעה "שגרתית" שנועדה לשרת אינטרס ציבורי נקודתי בפיתוח תשתיות כאלה ואחרות. מדובר בהסדר ייחודי, sui generis של ממש, המבקש לקדם הכרעה באחד מן הנושאים המרכזיים העומדים על סדר יומה של החברה הישראלית מאז כניסת צה"ל לאזור בשנת 1967. להסדרה זו השלכות רבות, החורגות מעניינם הפרטי של בעלי הבתים המועמדים להסדרה או בעלי הזכויות במקרקעין שעליהם הוקמו.

לכך אוסיף כי גם התכלית ה"הסדרתית" ראויה היא. אין ספק כי מצב שבו מתיישבים אינם יודעים האם בתיהם מיועדים להריסה אם להכשרה אינו מצב רצוי.

הנה כי כן, ניתן להבחין בין שלוש תכליות שונות. האחת, הגשמת מדיניות הממשלה ביחס לאיזור ההתיישבות. שנייה, הסדרת המצב המשפטי. שלישית, הגורם האנושי. יושם אל לב כי כל תכלית עומדת בפני עצמה. לאמור, אל לבית משפט זה לשלול את התכלית הראשונה, שהיא פרי מדיניות ציבורית. אשר לתכלית השנייה, טוב כי העניין יוסדר ולא יישאר בו מעין תוהו ובוהו משפטי לגבי הזכויות, ללא קשר לעמדה המדויקת של מדיניות הממשלה. התכלית האנושית, השלישית, זורקת אור על רגישות המצב שבו אדם עלול לאבד בית שבנה "בעמל, ביזע ובממון רב", חברה, קהילה ועבר (ראו עניין ההתנתקות, 755, 800). תכליות אלה, לבטח כאשר מצטרפות הן זו לזו, ראויות הן. עולה כי עיקר כובדה של ההכרעה מצוי במבחן המידתיות. האם הגשמת התכליות, הראויות כשלעצמן, נעשה באופן שאינו פוגע בזכויות היסוד מעבר לנדרש? לכך נפנה כעת.

4. אקדים ואומר כי ישנו קשר רציונלי בין תכליות החוק והאמצעים שנבחרו להוצאתם אל הפועל. גם אם אניח כי ניתן היה לממש תכליות אלה באמצעות הסדר נקודתי ומצומצם יותר, מקומו של הדיון בעניין זה בשלביו הבאים של מבחן המידתיות (ראו והשוו בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 29 לחוות דעת הנשיאה חיות [במיעוט לעניין התוצאה] (18.9.2014)). זאת ועוד, חוק ההסדרה צולח, בעיקרו, גם את מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, ולו משום שלא ניתן להגשים את מכלול תכליותיו – ובייחוד את התכלית הלאומית-פוליטית של חיזוק ההתיישבות באזור – באמצעות חלופות פוגעניות

פחות, "באותה מידה שעושה כן האמצעי שנבחר" (בג"ץ 4427/16 בדראן נ' מתאם הפעולות בשטחים, פסקה 5 לחוות דעתי (21.11.2019)). וכאן מגיעים אנו לעיקר – מהות ההכרעה המצויה, כפי שקורה לא פעם, במבחן המשנה השלישי.

לשיטתי, חוק ההסדרה אינו עומד במבחן המידתיות במובן הצר, אשר –

"בודק את היחס בין הנזק שנגרם לזכות החוקתית שנפגעה לבין התועלת לאינטרס הציבורי המוגן כתוצאה מהפגיעה. לשון אחרת, נזק מול תועלת, יחיד מול הכלל. לשם הדיוק, המיקוד הוא בפער בין הנזק שנגרם על-ידי החלופה שנבחרה לעומת הנזק מהחלופה הפחות פוגענית, ובפער שבין התועלת המופקת מאימוץ החלופה שנבחרה לבין התועלת שתצמח מהחלופה הפחות פוגענית" (בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 1, פסקה 4 לחוות דעתי (2012)).

נטילת זכויות השימוש וההחזקה במקרקעין פוגעת קשות בזכות לקניין ולכבוד. כך גם רישום של מקרקעין כרכוש ממשלתי, מבלי שניתנת לטוענים לזכויות בהם אפשרות אמיתית להציג את טענותיהם. ודוקו, אפשר שיש צדק בדברי חברי, השופט סולברג, כי "במצבים רבים מאד שבהם מדבר החוק" הפגיעה בקניין קלה יותר – אם משום ששיקולי ביטחון ומגבלות מעשיות ימנעו שימוש בחלק מהמקרקעין גם לאחר פינויים, ואם משום שחלק מבעלי הזכויות "היו שמחים ודאי" למכור אותן (פסקה 45 לחוות דעתו). דא עקא, גם אם יש ממש בשיקולים אלה (והשוו, בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 8 לחוות דעתי (31.10.2017)), הרי שניתן להניח באותה מידת ודאות כי חלק אחר של בעלי הזכויות מעוניין לשמור על המקרקעין (אם משיקולים פרטיים, ואם ממניעים "לאומיים"), וכי בחלק לא מבוטל של המקרקעין ניתן יהיה לעשות שימוש במתכונת כזו או אחרת (וראו, לדוגמה, בג"ץ 8815/10 בשאראת נ' ועדת המשנה להתיישבות (5.5.2011)). אף על פי כן, חוק ההסדרה אינו מייחס כל חשיבות לבחינה נקודתית של הנסיבות, ומורה בצורה גורפת על נטילת הזכויות במקרקעין אלה ועל רישומם כרכוש ממשלתי. בבואנו לאזן בין תועלתו של החוק ופגיעתו בזכויות היסוד, לא ניתן "לבחור" את זירת האיוון, ולהתעלם מן המקרים המורכבים יותר.

5. אכן, המחוקק הציע מענה לפגיעה בזכויות, בדמות פיצוי כספי או קרקע חלופית. כשם שהפגיעה גורפת, גם הפיצוי גורף. ברם, גם פתרון זה אינו נותן מענה מידתי לקשיים השונים שמעורר החוק. ככל שעסקינן בתכלית ה"אנושית", דהיינו בפגיעה באדם הפרטי, הרי שההסדר המשפטי נדרש להתמקד בפגיעה הפרטנית. במסגרת זו אין די להתמקד בפרט אחד שנפגע, תוך פגיעה – אולי קשה יותר – בפרט אחר. הסדר מידתי שתכליתו

להגן על זכויות הפרט נדרש לאזן ולמדוד את הפגיעה בפרטים השונים: מתיישב שהשקיע במקרקעין בתום לב, אל מול בעל המקרקעין שמקרקעיו אבדו לו אך משום שאחר התיישב בהם שלא כדין. העדרו של איזון כזה חותר תחת התכלית האנושית עצמה. כפי שהבהירו חבריי, לעיתים העדפת המתיישב תם הלב מוצדקת משיקולים שונים, ופגיעה כזו בזכות הקניין של בעל המקרקעין מידתית היא. ברם, קביעה כזו אינה יכולה להיות מנותקת מבחינה פרטנית של המקרה, לרבות סדי הזמנים הרלוונטיים, מידת תום הלב והאשם שנפל במעשי כל אחד מן הצדדים, שאלות של תמורה (של המתיישב עצמו, ולא של גורמים אחרים כגון הרשות), טיב השימוש במקרקעין ועוד. כיום ישנה העדפה מוחלטת של אדם שהתיישב על מקרקעין לא לו. העדפה כזו פוגעת באופן בלתי מידתי בזכות הקניין של בעל המקרקעין, וזאת אף בראי התכלית ה"אנושית" עצמה, שתכליתה לפתור את מצוקתו של אדם שמקרקעיו ניטלו ממנו.

זאת ועוד, נטילת הזכויות לפי סעיף 3 לחוק מתאפשרת לא רק במקום שבו נבנתה ההתיישבות בתום לב, אלא די בכך שניתנה הסכמת המדינה לבניית ההתיישבות. פירושו של דבר הוא כי נטילת הזכויות מתאפשרת גם אם ההתיישבות נעשתה בחוסר תום לב, לפחות במובן הנזכר בחוק. זוהי תוצאה שאינה מידתית ככל שהמיקוד הוא בפרט. במסגרת התחרות הקניינית, ניתנת עדיפות לפרט חסר תום הלב על פני בעל המקרקעין. ואם תאמר כי חלופת ההסכמה – גם בהיעדר תום לב – נועדה להשיג את התכלית ההתיישבותית הלאומית, ניתן להשיב כי גם הכרה בתכלית זו אינה דוחה באופן מוחלט את זכותו של הפרט להגנה על קניינו במסגרת שלטון החוק. אין די בהזכרת המילים "אינטרס לאומי" כדי להוביל לנסיגתן של זכויות יסוד ואינטרסים לגיטימיים של צדדים שלישיים. בהקשר האחרון, וככל שהתכלית ממוקדת במדינה ולא דווקא בפגיעה בפרט קונקרטי, יש לשקול במסגרת הפגיעה בזכויות גם את העובדה שההתיישבות על המקרקעין שלא כדין נעשתה תוך פגיעה בשלטון החוק: סיוע של הרשות לפרט אחד להתיישב, שלא בתום לב, במקרקעין השייכים לזולתו. נתון זה מעצים את הפגיעה בזכויותיו של בעל המקרקעין. אכן, שאלה של איזון בין תכליות וזכויות לפנינו, ונכון אני להניח שעשויים להיות מקרים שבהם יצדיקו התכלית האנושית והתכלית הלאומית את הפגיעה בזכויות בעל המקרקעין, גם לפי חלופת ההסכמה לבניית ההתיישבות. כך, למשל, כאשר הסכמת הרשות, בהגדרה מצומצמת ולא כפי שהיום, עשויה ללמד על מעין תום לב. אך הסדר הדוחה את זכויות בעל המקרקעין באופן מוחלט, מבלי לבחון כלל את נסיבות המקרה הפרטניות, אינו מידתי: אין דין התיישבות ותיקה כדין התיישבות בת יומה, אין דין בית מגורים כדין שטח לבניית "מתקנים", ואין דין הסכמה בדמות עצימת עיניים כדין מימון מלא ותמיכה רחבה.

6. חברי, השופט סולברג, סבר כי ניתן לפתור את הקשיים שנפלו בחוק באמצעות צמצום ההגדרות המצויות בו, כגון ההגדרה הרחבה של "התיישבות" או הקביעה לפיה די בהסכמת גורם ציבורי זניח להקמת ההתיישבות. ברם, גם ההגדרות המצומצמות שהוצעו על ידו אינן נותנות, לטעמי, משקל לנתונים פרטניים שונים, הרלוונטיים להגשמת התכליות הראויות של החוק עצמו. בנסיבות אלה, מתכונתו הגורפת הנוכחית של חוק ההסדרה אינה יכולה לעמוד. ויוזכר, כי גם אם התכלית ההתיישבותית הלאומית ראויה היא, כוחה דועך אל מול תפיסת רכוש באופן הפוגע בשלטון החוק כלפי הפרט.

שעה שחלקים מהותיים של החוק אינם מידתיים, אין טעם, להשקפתי, לעשות שימוש ב"עיפרון הכחול". נכון יותר לפסול את החוק כמכלול, תוך הותרת שיקול דעת למחוקק באשר לחקיקת גרסה מצומצמת ומידתית שלו. בהקשר זה, אומר רק כי הן התכלית האנושית של ההסדרה, הן תכליתה הלאומית, והן תכלית ההסדרה מבחינה משפטית ועשיית סדר – תכליות ראויות הן. הסדר שימש את ליבתן של תכליות אלה, תוך מזעור הפגיעה בזכויות היסוד, עשוי לעמוד בהצלחה בביקורת שיפוטית עתידית.

7. סוף דבר, חוק ההסדרה – על רכיביו השונים – פוגע בזכות הקניין של בעלי הזכויות במקרקעין. אף שתכליותיו ראויות, תועלתן אינה עולה על הנזק הנובע מאופיו הרחב, הגורף והקולקטיבי, ומשום כך החוק אינו יכול לעמוד במתכונתו הנוכחית. בהקשר זה לא ניתן להתעלם מהרקע, שמוסכם גם על המדינה, של פגיעה בשלטון החוק. ההסדרה היא של מקרקעין שניטלו בעבר שלא כדין, תוך פגיעה בזכויות קניין. נוצר כלל אחיד שאינו מבחין בין מקרה למקרה, כאילו השוויון והפשטות שבדבר מכסים על חוסר המידתיות כלפי הנפגעים השונים. זוהי קבוצה הכוללת יחידים רבים ונסיבות מגוונות. אם כך המצב, גם הפיצוי שנקבע בחוק אינו יכול להוות פתרון הולם בכל המקרים כולם. משכך, אני מצטרף, כאמור, לתוצאה אליה הגיעה חברתי הנשיאה.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. אני מצטרף לחוות הדעת המקיפה של חברתי, הנשיאה א' חיות, ולתוצאה המוצעת על ידה.

יחד עם זאת – אני מרשה לעצמי להציג מספר השגות וכמה תובנות, בין היתר, בעקבות דברים שכתבתי בעבר בנושאים קרובים, ומתוך התחשבות בחוות הדעת של חבריי, השופטים: נ' הנדל ו-נ' סולברג, והערותיה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז.

אפרט איפוא עתה ראשון-ראשון ואחרון-אחרון.

2. בבג"ץ 9949/08 מרים חסן עבד אלקרים חמאד נ' שר הביטחון (25.12.2014), שדן בהוצאתם לפועל של צווי הריסה, שיצאו מטעם משיבי הממשלה שם, כנגד מבנים ביישוב עמונה, התייחסתי להתפתחויות הצפויות ולהשלכות של אותו עניין, והתבטאתי כך:

1. "אני מצטרף בהסכמה לפסק-דינו של חברי, הנשיא א' גרוניס, שבא בעקבות הודעות שמסרו המשיבים 1-4 בתיק זה. במסגרת זו התחייבו המשיבים הנ"ל לבצע את צווי ההריסה שהוצאו לגבי המבנים שנבנו ללא היתר כדין במאחז עמונה – על גבי מקרקעין פרטיים מוסדרים הרשומים על שם תושבי האזור כבעלים, וזאת מחוץ לתחום כל תכנית מאושרת ומעבר לתחום ישוב, או לתחום שיפוטה של רשות מקומית מוכרת כלשהי. התחייבות זו ניתנה בשעתו אף שבסדרת העתירות הקודמת במכלול (בג"ץ 6357/05, בג"ץ 851/06, בג"ץ 1019/06) התבקש פינויים של תשעה מבני קבע ביישוב בלבד (והעותרים לא היו צד להליכים הנ"ל, על אף שיכולים היו לכאורה להצטרף אליהם).

2. אין בהסכמתי הנ"ל כדי לקבוע מסמרות מבחינתי ביחס למצבים שונים וסוגיות אחרות, שיתכן ויעלו בעתיד בהקשרים כאלה ודומים להם (עיינו והשוו: בג"ץ 9732/11 זכריא בכרי נ' ועדת העררים הצבאית באזור יהודה ושומרון (1.1.2012); בג"ץ 9669/10; בג"ץ 6528/13 עבד אל רחמן אחמד, עבד אל רחמן קאסם נ' שר הבטחון (8.9.2014)).

אינני אף מביע דעתי לגבי היקף חובות המשיבים 1-3, 5 ו-6 לסייע בהמצאת חלופות הולמות למגורי התושבים, שיפוננו במסגרת אורכת הזמן שנקצבה בפסק דיננו זה, ולפיצוי שצריך להנתן להם, בשים לב למעורבותם הלכאורית של המשיבים הנ"ל בשיכונם של התושבים במקום." (ההדגשות כאן הן שלי ולא הופיעו במקור – ח"מ).

עיינו גם בהחלטה מתאריך 14.11.2016, שם ציינתי כי אין באמור בהחלטה האמורה כדי לגרוע מהערותיי במסגרת פסק הדין המקורי.

3. כפי שמתואר ע"י חברתי הנשיאה בחוות דעתה, במהלך השנים (וביתר שאת לאחר פסק הדין ב-בג"ץ 9949/08 הנ"ל) הסתבר כי נכון לשנת 2016 היו באזור יהודה ושומרון 3,455 מבני קבע ומבנים יבילים של ההתיישבות היהודית, שהוקמו על מקרקעין בבעלות פלסטינית פרטית (פירוט ראו שם בפסקה 16 לחוות דעתה).

כדי לנסות ולפתור באופן גורף את מעמדם של כלל המבנים הנ"ל, שיש בהם שונות רבה – נחקק החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, תשע"ז – 2017 (לעיל ולהלן: חוק ההסדרה, או החוק), אשר עומד במרכזן של העתירות שבפנינו, ומבקש, כאמור בסעיף המטרה שבו (סעיף 1 לחוק): "להסדיר את ההתיישבות ביהודה ושומרון ולאפשר את המשך ביסוסה ופיתוחה."

מבין שלל השאלות המשפטיות שחוק ההסדרה מעורר – החלטנו להתמקד בסוגיה האם החוק צולח את "פיסקת ההגבלה" הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן כולי עלמא לא פליגי שהחוק פוגע בזכויות קנייניות של הפלסטינים, ובזכותם לשוויון, מה גם שהם "תושבים מוגנים" (Protected Inhabitants) באזור (את שאר הסוגיות אני מעדיף להשאיר בצריך עיון לעתיד לבוא).

לדיון בתחולת "פיסקת ההגבלה" על ענייננו, אעבור איפוא עתה.

4. כידוע כדי שפגיעה בזכות חוקתית תצליח את "פיסקת ההגבלה" ולא תיפסל – עליה לעמוד בארבעה תנאים:

- (א) שהפגיעה תוסדר בחוק, או שתהיה על פי חוק, מכח הסמכה מפורשת בו.
- (ב) שהחוק בו כלולה הפגיעה יהלום את ערכיה של מדינת ישראל.
- (ג) שהחוק האמור יהיה לתכלית ראויה.
- (ד) שהפגיעה בזכות החוקתית תהיה במידה שאינה עולה על הנדרש.

5. במקרה שלפנינו, אין חולק שהפגיעות הנזכרות בפסקה 3 שלעיל מעוגנות בחוק, שכן העתירות כולן מכוונות כנגד חוק ההסדרה, שבו מוסדרות הפגיעות ומכוחו הן אמורות להתבצע.

6. התקיימותו של התנאי השני הנ"ל (אף שלא היה בו דיון מעמיק, כפי שהעירה חברתי הנשיאה בפסקה 58 לחוות דעתה) – מעוררת לכאורה קושי. עיקר הטעם שבדבר

נעוץ בעובדה כי חוק ההסדרה, ככל שיש בו הפקעת זכויות של "תושבים מוגנים" (ולו של זכויות החזקה והשימוש שלהם במקרקעין בלבד) – מתעלם מכללים הסכמיים ומנהגיים של המשפט הבינלאומי, אשר אוסרים על נקיטת פעולות שכאלו עד להכרעה מדינית בדבר מעמדו של האזור וההתיישבות בו (איזכור לעיקרון זה מצוי בסעיף 3(2)(ב) סייפא לחוק). כמו כן, יש בחוק ההסדרה יסודות הנוגדים לכאורה את האמור בהסכמים פרטניים, שישראל חתומה עליהם עם הפלסטינים, ואותם היא מעלה בפורומים בינלאומיים שונים. בכך יש משום אי התאמה לערכים של מדינת ישראל, המשתייכת למשפחת העמים ואמורה לכבד הסכמים בינלאומיים שהיא קשורה בהם, והתחייבויות שקיבלה על עצמה במסגרתם.

עיינו לגבי המשפט הבינלאומי: EYAL BENVENISTI, THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION 69 (2nd ed. OUP 2012); Ronit Levin-Schnur, "Private Property and Public Power in the Occupied West Bank", 6 EPLJ 122-141 (2017).

באשר להסכמי אוסלו (ובמיוחד ביחס לסעיפים 16 ו-22 לפרוטוקול III להסכם ביניים ישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, שנחתם בווינגטון בתאריך 28 בספטמבר 1995, העוסקים בנושאי מקרקעין) – ראו: GEOFFREY R. WATSON, THE OSLO ACCORDS, INTERNATIONAL LAW AND THE ISRAELI-PALESTINIAN PEACE AGREEMENTS 132-142 (Oxford, 2000).

קביעותי הנ"ל באות לידי ביטוי, בין השאר, בנוהג שנוצר בישראל ליתן תוקף על דרך של חקיקה להתחייבויות שנכללו בהסכמים שנחתמו עם הפלסטינים (פה נעשה בפועל ההיפך) – ראו מה שגלום בחוקים הבאים: חוק יישום ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו (הסדרים כלכליים והוראות שונות) (תיקוני חקיקה), תשנ"ה-1994; חוק יישום ההסכם בדבר העברה מכינה של סמכויות לרשות הפלסטינית (תיקוני חקיקה והוראות שונות), תשנ"ה-1995; חוק יישום הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (סמכויות שיפוט והוראות אחרות) (תיקוני חקיקה), תשנ"ו-1996; חוק יישום הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (הגבלת פעילות), תשנ"ה-1994. עיינו לאחרונה גם: בג"ץ 358/18 עיריית חברון נ' מדינת ישראל (30.06.2019).

7. מכאן (ובהנחה שהבדיקה החוקתית לא נעצרת כבר במדרגת ההלימה לערכיה של מדינת ישראל בכלל וכמדינה יהודית ודמוקרטית בפרט, כאמור בפסקה 6 שלעיל) – אנו מגיעים לתנאי הנזכר בפסקה 4 שלעיל, המדבר בתכלית החוק. בהקשר זה, הנני מוכן לקבל את עמדת חברתי, הנשיאה, ואף את התוספת שהציעו חברי: השופט נ' הנדל והשופט נ' סולברג, ביחס למטרות שעמדו ביסוד כוונותיהם של יוזמי החוק.

בירור החוקיות נע איפוא לשאלת המידתיות, שעל פיה יוכרע בסופו של דבר המכלול, ואליה אתיחס מיד בסמוך.

8. חוק ההסדרה איננו צולח, לשיטתי, את דרישת המידתיות (שזהו התנאי הרביעי והאחרון הרלבנטי להכשרת פגיעה חוקתית, כמובהר בפיסקה 4 שלעיל), וזאת מאחר והוא נכשל במבחנים: השני (מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה), ובוודאי בזה השלישי (מבחן "היחסיות"). בהקשר זה, אני מקבל את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, הסבור כי רוב המעוות, שהמתיישבים טוענים לו, יוכל לתקון בדרכים אחרות (ולא על דרך של חקיקה). מרביתן של אלטרנטיבות אלו אף פורטו בחוות דעתה של חברתי הנשיאה. אני סבור כי כל אימת שהמתיישבים פעלו בתום לב, במיוחד לגבי מקרקעין לא מוסדרים (ובכלל זה אני כולל גם מקרים שרשויות המדינה טעו, או הטעו את המתיישבים) – יש בידיהם תרופות חלופיות מספקות. הדוגמה הבולטת ביותר בענין זה הם התיקונים שהוכנסו בעקבות עבודת "צוות קו כחול" (עיינו מנגד גם: בג"ץ 1953/19, מועצת כפר קריות נ' ראש המינהל האזרחי (01.05.2019), התלוי עדיין ועומד).

העולה מן המורם מלמד כי החוק פגום איפוא במידתיות, וזאת אף בשל כך שהוא כללי וגורף מדי, ונותן הכשר לא רק לתמי הלב, שהרי החוק כורך בצוותא חדא את תמי הלב עם אחרים, שאינם כמותם. השוו: בג"ץ 1030/99 חה"כ חיים אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נא(3), 640 (2002). יתר על כן, בנסיבות שכאלו – ניתן לאשר את תוקפו החוקתי של חוק מעין זה רק כאשר בדיקה פרטנית איננה אפשרית (או שעריכתה ממושכת ומסכנת בינתיים את הכלל). עיינו בחוות דעתי, במסגרת דעת הרוב, ב-בג"ץ 466/07 ח"כ זהבה גלאון מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 1 (2012), שם בע"מ 229).

כאן בדיקה ספציפית יש לה היתכנות, והיא אף מתחייבת, שכן נדרש צדק אינדיבידואלי – לכל הנוגעים בדבר.

9. הנה כי כן – הגענו כבר כמעט לסוף הדרך, וכאן מתבקשות עוד שלוש הערות:

(א) תובנותיו של חברי נ' סולברג לגבי העונשים הצפויים לפלסטיני, המוכר קרקע ליהודי, מקובלות עלי, ואף בכשל שוק זה יש להתחשב בעת גיבוש הפתרונות בנתיבים החלופיים הקיימים. לפיכך תיקוני "העיפרון הכחול", אותם מציע חברי – אין בהם די, לשיטתי, כדי לתקף את החוק.

זאת ועוד – אחרת. לגישתי, ככל שיקבע כי ניתן להכשיר את הבנוי באחת מהדרכים החלופיות הקיימות (אף אם החוק יוכרז כבטל) – ראוי יהיה לנסות למצוא גם לפלסטיני הנפגע תחליף קרקעי הולם, או להעביר לו את הפיצויים המתחייבים במישרין (אם יאות לקבלם), או להפקידם בעבורו בקרן נאמנות. בכך ניתן יהיה אולי להתגבר על כשל השוק הנזכר לעיל.

(ב) בדקתי את הדוגמאות שהוצגו ע"י ב"כ הממשלה ונציגי המתיישבים מהמשפט המשווה, וכולם נראים בלתי רלבנטיים, או שאינם דומים למצב שלפנינו. לצורך זה, חלק מהאבחנות המבדילות פורטו כבר ע"י חברתי הנשיאה, ובחלקם האחר – ההסדרים שנזכרו (וכן אחרים שהונהגו בעולם) נעשו רק במסגרת הסכמים מדיניים, או בעקבותיהם.

(ג) במקרים המתאימים (כאשר לא יסתייע פתרון אפשרי למתיישבים שפעלו בתום לב) – יהיה מקום לסייע להם במציאת חלופות-מגורים הולמות, ו/או על דרך של תשלום פיצויים, וכל זאת בשים לב למעורבותם של משיבי הממשלה והגורמים המיישבים, אשר שיכנו את המתיישבים במקומות בהם הינם מתגוררים כעת, הכל כאמור בחוות דעתי ב-בג"ץ 9949/09, הנזכרת בפסקה 2 שלעיל.

10. מעיון במכלול החומר שלפנינו וכן במשפט המשווה – אני מסיק כי תם ולא נשלם, זאת עד שנגיע להכרעה מדינית, כפי שנזכר בסעיף 3(2)(ב)(1) לחוק.

המשנה לנשיאה

הוחלט כאמור בפסק דינה של הנשיאה א' חיות, כנגד דעתו החולקת של השופט
נ' סולברג.

ניתן היום, י"ז בסיוון התש"ף (9.6.2020).

ה נ ש י א ה ה מ ש נ ה ל נ ש י א ה ש ו פ ט

ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט

ש ו פ ט ת ש ו פ ט ש ו פ ט ת