



**הערות בעקבות הדיון בהצעת חוק להסדרת התיישבות ביהודה ושומרון התשע"ז 2016
[להלן: חוק ההסדרה]**

פרופ' עמיחי כהן

ההערות שלהלן מובאות בתגובה לדברים שנאמרו בוועדת החוקה בידי מומחים שונים, במהלך הדיונים. איני מתיימר להגיב על כל טענה וטענה שנאמרה, אלא להתמקד בכמה נקודות עקרוניות ולהבהיר את עמדת המשפט הבינלאומי.

I. התחולה העקרונית של דיני הכיבוש

A. תביעת הריבונות של ישראל

בפני הוועדה נאמרה טענה כי יהודה ושומרון אינם שטח כבוש כי הם חלק משטחי המנדט הבריטי, ולישראל תביעת הריבונות הטובה ביותר עליהם.

עמדה זו שנויה במחלוקת עזה, והעלאתה כיום משמעה "בינאום" הסכסוך, בדיוק הפוך מכוונתה של מדינת ישראל.

ההחלטה של מדינת ישראל להחיל את דיני הכיבוש על שליטתה בשטחים הייתה מבוססת על שורה של טעמים. חלקם של הטעמים פוליטיים, חלקם משפטיים. לפני דיון קצר בטעמים קונקרטיים אלו, אני מבקש להסב את תשומת הלב לנקודה הבאה:

בפני הוועדה נאמר כי המשפט הבינלאומי אינו מתעניין בשאלה באיזה אופן מחוקקת מדינת ישראל.

זוהי עמדה שאינה נכונה:

כפי שעולה משורה של החלטות של מועצת הביטחון¹ ושל העצרת הכללית, אין ויכוח כי שלטון כיבוש משמעו שליטה על ידי המפקד הצבאי. המפקד הצבאי הוא הריבון. חקיקה של המדינה לגבי השטח משמעה בפועל סיפוח של השטח.

משמעות חוק ההסדרה הינה חתירה תחת המוסכמה על פיה ישראל מותירה לעצמה את כל האפשרויות בנוגע למעמדם הסופי של יהודה ושומרון. חוק ההסדרה יתפס,

¹ למשל החלטה 497 של מועצת הביטחון. (1981)



מר אמיר אלשטיין

יו"ר הוועד המנהל

מר יוחנן פלטר

נשיא

מר ברנד מרכוס

יו"ר בינלאומי

פרופ' גרהרד קספר

יו"ר המועצה הבינלאומית

ד"ר ג'ורג' שולץ

יו"ר של כבוד

חברי הוועד המנהל

מר חן ליכטנשטיין

גב' מול מועלם

מר טלי מרידור

מר אבינועם נאור

עו"ד אבי פישר

מר אביעד פרידמן

ד"ר מיכל צור

פרופ' זאב צחור

מר יוסי קוצ'יק

מר עימאד תלחמי

המועצה הבינלאומית

השופט רוזלי טילברמן אבלי, קנדה

ד"ר מרטין אינדיק, ארה"ב

פרופ' ורנון בוגדנוב, בריטניה

השופט דורית בניש, ישראל

השופט סטיבן בריי, ארה"ב

ד"ר איימי גוטמן, ארה"ב

ד"ר ג'וזף ג'ופה, גרמניה

השופט דליה דורנר, ישראל

פרופ' רונלד דניאלס, ארה"ב

השגריר צ'ארלס היל, ארה"ב

פרופ' משה הלברטל, ישראל

פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב

פרופ' רוברט מנוקין, ארה"ב

פרופ' כריסטוף מרקשיס, גרמניה

השופט אברהם סופר, ארה"ב

מר ברט סטפנס, ארה"ב

פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב

פרופ' גבריאלה שלו, ישראל

השופט מאיר שמגר, ישראל

סגני נשיא

ד"ר ישי ג'סי (ג'סי) פרס, אסטרטגיה

פרופ' מרדכי קרמיצר, מחקר

פרופ' יידיה צ' שטרן, מחקר

עמיתים בכירים

אלוף (מיל') עמיחי אילון

פרופ' חנוך דגן

פרופ' תמר הרמן

פרופ' עמיחי כהן

פרופ' שחר ליפשיץ

פרופ' יותם מרגלית

פרופ' יובל פלדמן

פרופ' גדעון רהט

פרופ' יובל שני

מייסד ונשיא לשעבר

ד"ר אריק כרמון



בפועל, בעולם ובישראל כסיפוח של השטחים למדינת ישראל. בעוד שהחלת דיני הכיבוש אינה חייבת להתפרש כויתור על תביעת ריבונות, ההיפך תמיד נכון: **ההחלה של משפט ישראלי על השטח ביהודה ושומרון תיתפס כסיפוח.**

כל המוסדות הבינלאומיים שעסקו בנושא (לרבות בית הדין הבינלאומי,² מועצת הבטחון של האו"ם,³ העצרת הכללית ועוד ועוד), וכמעט כל המשפטנים הבינלאומיים, סבורים כי ישראל היא ביהודה ושומרון במעמד של כובש, וכי בסופו של דבר השטח כולו, או לפחות רובו הגדול מאוד, מיועד למדינה פלסטינית. **העובדה שישראל אינה מיישמת בצורה מפורשת את תביעת ריבונותה, והנכונות לכאורה של הצדדים להמשיך במשא ומתן, מעניקים לישראל הגנה מסוימת מפני פעולות בינלאומיות בשלב זה.**

אולם – אם ישראל תתעקש על תביעת ריבונותה היא תהפוך בפועל את נושא הריבונות לנושא העומד לדיון בינלאומי. במקום שהעניין ידון בצורה דו-צדדית, כעמדה הישראלית המסורתית, הוא ידון במישור הבינלאומי הכללי, כעמדה הפלסטינית.

כנסת ישראל יכולה, כמובן לקבוע כי העמדה המשפטית הבינלאומית, כמעט בקונצנזוס, אינה מעניינת אותה וכי היא מכריעה פשוט להחיל את ריבונותה על השטח. כאמור לעיל, הכלל בישראל הוא כי החוק הישראלי קובע. אך הברירה העומדת בפני הכנסת צריכה להיות ברורה לחבריה: **הצבעה בעד החוק תיתפס בעיני רבים בקהילה הבינלאומית כסיפוח של השטח, וכהפרה של הדין הבינלאומי.**

ב. התחולה דה יורה של האמנות על השטח

מזה כמעט חמישים שנה דן בית המשפט העליון של מדינת ישראל בדיני הכיבוש מן המשפט הבינלאומי כדין החל ביהודה ושומרון. בפני הוועדה צוין, בצדק, כי בשנים הראשונות לאחר מלחמת ששת הימים הקפיד בית המשפט להדגיש כי הוא דן בתקנות האג (וכאשר דן באמנת ג'נבה הרביעית) מכוח הסכמת המדינה, ובלא לקבוע עמדה לגופו של עניין. אך זה אינו המצב כיום.

ראשית, ראוי להדגיש כי המדינה מעולם לא ערערה על סמכותו של בית המשפט העליון לדון בנעשה ביהודה ושומרון, ולו מכח הסכמתה של המדינה, לפי תקנות האג. לפחות בעשרים השנה האחרונות גם לא ערערה על סמכותו לדון "בחלקים ההומניטריים" של אמנת ג'נבה הרביעית.⁴

שנית, קריאה פשוטה של פסקי הדין של בית המשפט העליון, ודעת רוב החוקרים, הינה כי שאלת התחולה העקרונית של דיני הכיבוש על יהודה ושומרון כבר אינה שאלה התלויה בהסכמת המדינה, אלא עמדה משפטית ברורה של בית המשפט עצמו.

² בחוות הדעת בעניין גדר ההפרדה.

³ החלטות מועצת הביטחון 242 (1967); 446 (1979); 1435 (2002). עשרות החלטות העצרת הכללית של האו"ם.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion) [2004] I.C.J. Rep. 136, para 117-121.

⁴ כפי הנראה – כל ההוראות של אמנת ג'נבה הינה הומניטארית, לכן לא היה כאן אלא נסיון למנוע דיון בשאלת ההתנחלויות. Yoram Dinstein, The International Law of Belligerent Occupation (2009) p. 20



המכון הישראלי לדמוקרטיה

תחולת דיני הכיבוש, לכל הפחות תקנות האג, היא בעיני בית המשפט מעשה מוגמר. [קיים דיון משני, והוא השאלה האם לבית המשפט סמכות לדון באמנת ג'נבה הרביעית כיוון שהעמדה המסורתית של בית המשפט היא כי זו היא אמנה שאינה מייצגת משפט מנהגי.⁵ סוגיה זו אינה רלוונטית לדיון הקונקרטי כאן, וגם בה יש כפי הנראה שינוי בעמדת בית המשפט].⁶

לעניין תחולתם העקרונית של דיני הכיבוש קבע בית המשפט העליון בעניין **המועצה האזורית חוף עזה** :

“...לא היתה כל מחלוקת בדבר תחולתן באזור יהודה והשומרון וחבל עזה של התקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907, הנספחות להסכם האג הרביעי מ-1907 (להלן – תקנות האג). נקבע כי “אף שתקנות האג הן הסכמיות, הרי הדעה המקובלת היא – ודעה זו נתקבלה על-ידי בית משפט זה... – כי תקנות האג הן דקלרטיביות באופיין, והן משקפות משפט בינלאומי מנהגי החל בישראל גם בלא מעשה חקיקה ישראלי” (פרשת ג'מעית אסכאן, עמ' 793). לעומת זאת, התעוררה מחלוקת סופרים בשאלה אם אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן – אמנת ג'נבה הרביעית) חלה באזור יהודה והשומרון ובחבל עזה (ראו: רובינשטיין ומדינה, שם, עמ' 1174; מ' דרורי, החקיקה באזור יהודה והשומרון 23 (1975)...”⁷

כלומר: לדעת כמעט כל שופטי בית המשפט העליון, התחולה של תקנות האג, לכל הפחות, אינה מכוח התנדבות אלא היא מכוח הדין.

עמדה זו אינה מקרית, או נובעת מחוסר תשומת לב. היא מייצגת את גישתו ארוכת השנים של בית המשפט העליון על פיה השאלה המרכזית בנושא דיני הכיבוש היא **השליטה בפועל בשטח שאינו שטח המדינה, ללא קשר לשאלת הריבונות או טבע הסכסוך.**

תקנות האג: הטענה נגד התחולה של תקנות האג מבוססת על הטענה על פיה לשם תחולה של התקנות צריך להראות כי קיים מצב מלחמה עם צבא של מדינה אחרת:

Territory is considered occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army. (Hague Regulations article 42)

⁵ העמדה העקרונית שהובעה בפסיקה הינה שמנהג בינלאומי (או אמנה המייצגת משפט מנהגי בינלאומי) הופך אוטומטית לחלק מהמשפט הישראלי, וממילא נדון בבית המשפט. לעומת זאת אמנה בינלאומית שלא נקלטה בחוק הישראלי, אינה חלק אוטומטי מהמשפט הישראלי, וממילא בית המשפט יוכל להתייחס אליה רק ככלי פרשני. תומר ברודי, “מעמדו של המשפט הבינלאומי במשפט המדינתי” **המשפט הבינלאומי** (רובי סיבל ויעל רונן) [מהדורה שלישית 2016] עמ' 65.

⁶ לדיון בעניין זה ומקורות: הילה אדלר, “דיני כיבוש” **המשפט הבינלאומי** (רובי סיבל ויעל רונן) [מהדורה שלישית 2016] עמ' 413.

⁷ בג"צ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל** פסקה 4 לפסק הדין של הרוב.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

אלא שבית המשפט העליון קבע ביחס לשליטה הישראלית בלבנון במהלך מלחמת לבנון הראשונה כי למעשה אין צורך דווקא בשליטה בשטחה של מדינה עמה יש מלחמה, **אלא העיקר הוא השליטה של המדינה מחוץ לשטחה, שארעה במהלך עימות מזויין:**

”החלתן של הוראות דיני המלחמה בדבר סמכויותיו וחובותיו של כוח צבאי, שנטל שליטה יעילה בשטח, שהוא מחוץ לתחום אשר עליו חל המשפט של מדינתו, יכולה גם לנבוע מפעולה לוחמתית, המקנה לכוח הצבאי שליטה בשטחה של מדינה, אשר נגדה אין הוא מנהל את מלחמתו. לפי הפרשנות המשפטית המקובלת, מיושמת מערכת הכוחות וההגבלות האמורה, כביטוייה בדיני המלחמה, גם אחרי ההשתלטות הצבאית על שטחה של מדינת-ברית, עמה טרם היה סיפק לערוך הסדר מוסכם בדבר צורת ניהולו של השטח, ובנסיבות מסוימות חלים כללים אלו גם בסמוך לשחרורו של שטחה של המדינה - אשר מטעמה פועל הכוח הצבאי - מידי האויב, שהחזיק בו עד לאותה עת.”

בעניין אמנת ג'נבה הרביעית מדינת ישראל טענה כי האמנה אינה חלה לגבי מקרים של כיבוש שאינו כיבוש של שטח שהיה בריבונותה של מדינה אחרת.⁸

עמדה זו נדחתה על ידי בית הדין הבינלאומי,⁹ על ידי הצלב האדום הבינלאומי, ועל ידי שורה של כותבים בתחום. למרות שבית המשפט העליון מעולם לא דן במפורש בטענה, הרי שלפחות בחמש עשרה השנים האחרונות הוא מיישם את אמנת ג'נבה הרביעית בפסיקותיו ביחס ליהודה ושומרון. בחלק מהמקרים הוא עושה זאת בהסתמך על ”התנדבות” המדינה להחיל את האמנה, אך בשנים האחרונות גם דיון הסמכות נעלם מפסקי הדין.

בסיכומו של דבר, קבע פרופ' יורם דינשטיין :

At the present juncture, the Convention can be regarded not only as fully binding on Israel on the West Bank, but also (and most significantly) as fully subject to judicial review by the Court.¹⁰

עמדה זו של בית המשפט העליון מבוססת על שתי רגליים :

ראשית, עמדתו של בית המשפט העליון תואמת את הפרשנות המודרנית של המשפט הבינלאומי המנתקת את שאלת הריבונות משאלת תחולת דיני הכיבוש. דיני הכיבוש

⁸ סעיף 2 המשותף לאמנות ג'נבה קובע כי :

נוסף על ההוראות שיבוצעו בימי שלום, תחול האמנה הזאת על כל מקרים של מלחמה מוכרת או של סכסוך מזויין אחר העלול להתגלע בין שנים מבעלי האמנה או בין יותר משנים, ואפילו לא הכיר אחד מהם במצב המלחמה. כן תחול האמנה על כל מקרה של כיבוש חלקי או שלם של ארצו של אחד מבעלי האמנה, ואפילו לא נתקל הכיבוש האמור בשום התנגדות מזוינת. הפרשנות הישראלית היתה כי הסייג שבמשפט השני (”ארצו של אחד מבעלי האמנה”) משמעו למעט את כל דיני הכיבוש (בין אם במלחמה בין אם לאו) אם השטח שנכבש לא היה תחת ריבונותה הלגיטימית של מדינה אחרת.

⁹ Advisory opinion לעיל, פסקה 101 לחוות הדעת של בית הדין.
¹⁰ Dinstein *supra* at p. 30



המודרניים עוסקים בעיקר בהגנה על אזרחים מפני משטר של מדינה שהם אינם אזרחיה. השאלה של ריבונות היא שאלה משנית יחסית. העיקר הוא העובדה שיש להגן על האזרחים מפני שלטון שאין חב להם חובות ממקור אחר.¹¹ הגיון זה מחייב שלכל הפחות תקנות האג (וייתכן שגם אמנת ג'נבה הרביעית)¹² יפורשו כמעניקות הגנה בלי כל קשר לשאלת הריבונות הסופית של השטח.

שנית, בית המשפט העליון דחה במשתמע את העמדה שהוצגה על ידי המדינה במפורש בפסק הדין **צמל** לעיל (בענין השליטה בלבנון) על פיה המשטר המשפטי הרלוונטי לענין שליטה של מדינת ישראל בשטח מחוץ לה יכול להיות Act of State – פעולה של המדינה שאינה נשלטת על ידי אמנות ספציפיות מן המשפט הבינלאומי. בית המשפט העליון קבע כי **בכל מקום בו ישראל מפעילה שליטה אפקטיבית מחוץ לשטח המדינה, על ידי צבאה, שליטה זו כפופה לדיני הכיבוש**. גישה זו תואמת את תפיסתו העקרונית של בית המשפט העליון, המוחלת בעיקר ביחס ליהודה ושומרון, על פיה פעולת המדינה של שליטה אפקטיבית בשטח מחוץ לה, ראוי שתהיה כפופה למערכת משפטית תקפה.

מכל האמור לעיל עולה כי הטענה על פיה תקנות האג ואמנות ג'נבה אינן תקפות דה יורה היא טענה שאינה תואמת עוד את פסיקת בית המשפט העליון. בית המשפט העליון דחה במפורש את הטענה על פיה יש צורך במלחמה בין מדינה לבין מדינה אחרת, או בשליטה על שטח של מדינה "אויבת" על מנת להחיל את דיני הכיבוש. בית המשפט גם החיל בפועל את אמנת ג'נבה.

הנקודה המרכזית העולה מפסקי הדין של בית המשפט העליון היא זו: בכך שישראל מחילה את דיני הכיבוש מן המשפט הבינלאומי היא אינה מודה בשום טענה לגבי מעמדו הסופי של השטח. **על מנת להגן על התושבים מפריד המשפט הבינלאומי המודרני בין שתי הטענות. אין קשר בין טענת הריבונות ובין תחולת דיני הכיבוש**.

למעשה המצב הוא הפוך: **דווקא אלו המתעקשים לחבר בין מעמדו הסופי של השטח לבין דיני הכיבוש מסכנים את מעמדה של ישראל**. ישראל הצליחה "להתחמק" מדיון בינלאומי, שתוצאתו תהיה מנוגדת לאינטרס הישראלי, על ידי ניתוק בין החלת דיני הכיבוש לבין הדיון על מעמד הקבע. הצעת החוק תחבר בין שתי השאלות ובכך היא "תכריח" את מדינות העולם לנקוט עמדה ביחס למעמד הקבע, נושא שישראל ניסתה לאורך חמישים שנה שלא לעורר.

ראוי שחברי הכנסת ידעו מהי ההשלכה של הכרעתם בנושא זה.

ג. הסכם השלום עם ירדן והשפעתו

האם הסכם השלום עם ירדן משפיע על תחולת דיני הכיבוש?

¹¹ ראו למשל Eyal Benvenisti, The International Law of Occupation (3rd edition 2015) p. 207 ; Yoram Dinstein, The International Law of Belligerent Occupation (2009) 20-25; Adam Roberts, "Prolonged Military Occupation: The Israeli Occupied Territories since 1967" 84 AJIL 44(1990) 62-6.

¹² מעבר לשאלה העקרונית של תחולת דיני הכיבוש במקרה שבו לא נכבש שטח המדינה, ישראל טענה כי ביחס לאמנת ג'נבה הרביעית ראוי לפרש את הסעיף



עמדתו של בית המשפט העליון נאמרה במפורש בהקשר למעמדה של ישראל ברצועת עזה לאחר הסכם השלום עם מצרים קבע בית המשפט העליון כך:

”בית-משפט זה כבר עמד על כך, שכל עוד מקיים הכוח הצבאי את השליטה בשטח, יחולו לגבי דיני המלחמה.”¹³

כלומר: אין ספק כי הסכם השלום עם ירדן אינו מפסיק את דיני הכיבוש.

II. תוכן המשפט הבינלאומי: ההפקעה לטובת מתיישבים ישראלים

הטענה שהועלתה בפני הוועדה היא שבית המשפט פסק שסעיף 43 לתקנות האג, המחייב את המדינה הכובשת “להבטיח את הסדר והחיים הציבוריים” ראוי להתפרש בהרחבה בכיבוש ארוך טווח. לאור זאת הכיר בית המשפט בהפקעות קרקע פרטית לטובת תשתיות (כבישים וכו') כמותרות למרות הוראות סעיף 46 ו 52 לתקנות האג, האוסרות על הפקעת קרקע פרטית. עוד צוין שגם המתיישבים הישראלים נחשבים כתושבים מקומיים אשר השלטון מחוייב לפעול לטובתם. הם גם סבורים כי פעולה לטובת התושבים הישראלים המותרת לפי סעיף 43 כוללת הקמת יישוב, והפקעת קרקע לטובתו.

זוהי פרשנות שגויה של עמדתו של בית המשפט העליון בכמה רמות: (א) ערבוב בין תשתיות ציבוריות לפעולה לטובת אינטרסים פרטיים. (ב) פעולה לטובת אוכלוסייה אחת בלבד (ג) העדפה של אינטרסים של אוכלוסייה אחת על פני אוכלוסייה אחרת. להלן נפרט לגבי כל אחת מהרמות.

א. בין תשתיות ציבוריות לאינטרסים פרטיים

עמדת הינה כי הקמת יישוב, והפקעת קרקע לטובתו, הם מטרה ציבורית אשר תקנה 43 לתקנות האג תומכים בה.

עמדה זו אינה נתמכת בשום פסיקה של בית המשפט העליון.

אכן, בית המשפט סבר כי הפקעה של קרקע פרטית לטובת כבישים ומתקנים ציבוריים אחרים הינה מוצדקת לאור תקנה 43, במיוחד לאור משך הזמן הארוך של הכיבוש.¹⁴ אך בשום מקום לא קבע בית המשפט כי לעניין סעיף 43 מותר שימוש בהפקעות קרקע לצורך אינטרס של הקמת יישוב, אשר אינו יכול להקרא כאינטרס ציבורי. אין לעמדה זו כל תמיכה במשפט הבינלאומי

[לפירוט לגבי מעמדה של טענה זו במשפט הישראלי ראו להלן בדיון בחוק היסוד]

¹³ בג"צ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, (1988) סעיף 10 לפסק דינו של הנשיא שמגר.
¹⁴ בג"צ גמעית אסכאן לעיל.



הטענה שעל פיה הפקעת קרקע פרטית לצורך הקמת יישוב היא אכן הפקעה לצורך "ציבורי" היא עמדה שאין לה כל תמיכה במשפט הבינלאומי, וגם התמיכה בה במשפט הישראלי מוגבלת.

ב. פעולה לטובת אוכלוסייה אחת בלבד

בפני הוועדה נטען כי בית המשפט העליון קבע כי אף האוכלוסייה הישראלית בשטחים ("המתנחלים") נחשבים תושבים מקומיים אשר תקנה 43 מחייבת הגנה עליהם.

אכן, בית המשפט קבע בכמה פסקי דין כי אף המתישבים הישראלים ביהודה ושומרון הם תושבים מקומיים. אלא שאין אף פסק דין של בית המשפט העליון אשר מתיר הפקעה לצורך ציבורי בהסתמך על תקנה 43 לתקנות האג כאשר התשתית שירתה **אך ורק** את התושבים הישראלים. כל הדוגמאות שבהן בית המשפט התיר את ההפקעה של קרקע פרטית לצרכי תשתית או צרכים ציבוריים (כבישים וכו') הייתה כאשר השירות ניתן לשתי האוכלוסיות.¹⁵

עניין זה הובהר בפסק הדין בעניין הגבלות הנסיעה בכביש 443 בו נדונה ההגבלה על תנועת כלי הרכב בכביש 443, שנבנה בחלקו על קרקע פרטית שהופקעה מתושבים פלסטיניים. וכך קבע בית המשפט העליון:¹⁶

"סגירת הכביש לכלי רכב פלסטיניים מביאה לכך שכביש 443 משמש בעיקר לתנועת כלי רכב "פנימית" בישראל – בין מרכז הארץ לבין ירושלים...לצד זה, משמש הכביש לתנועתם של תושבי יישובים ישראליים הממוקמים באזור. בהתאם לפסיקת בית משפט זה, לא היה המפקד הצבאי מוסמך להורות על סלילת הכביש מלכתחילה, לו זו היתה המטרה שבבסיס הסלילה..."

מצב הדברים הנובע מאיסור התנועה הגורף על תושבי הכפרים הינו כי אין מדובר עוד בכביש המשרת את טובתה של האוכלוסייה המקומית, כי אם ב"דרך שירות" של המדינה המחזיקה. הסדר שזו תוצאתו חורג ממסכותו של המפקד הצבאי ואינו עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי שעניינם תפיסה לוחמתית. הפועל היוצא של דברינו עד כה הוא כי מגבלות התנועה שאותן הטיל המפקד הצבאי אינן יכולות לעמוד במתכונתן הנוכחית ודינן להתבטל."

ברור היה לבית המשפט, והוא ציין זאת בפירוט, כי כביש 443 שימש גם את התושבים הישראלים הגרים לאורך הכביש (בית חורון, גבעת זאב וכו'). אך בית המשפט קבע כי בכך אין די. **חובת המפקד הצבאי היא לדאוג לשתי האוכלוסיות, ואין די בכך שהוא פועל לטובת אוכלוסייה אחת.**

¹⁵ חשוב להבדיל בין ההפקעה לצרכים ציבוריים לפי תקנה 43, שכאמור נעשתה תמיד לצרכים של שתי האוכלוסיות, לבין הפקעה לצרכים ביטחוניים, לפי תקנה 43 או 52. במקרה אלו הכיר לעיתים בית המשפט בהגנה על האוכלוסייה הישראלית כטעם בלעדי להפקעה, **כפרשנות להיתר ההפקעה לצרכים ביטחוניים**. למשל בג"צ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (2005) פסקאות 20-19 לפסק דינו של הנשיא ברק.

¹⁶ בג"צ 2150/07 אבו צפיה נ' משרד הביטחון (29.12.09).



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

אם לא די בעמדה של בית המשפט העליון בעניין כביש 443, הרי שהדברים נאמרו במפורש בפרשת **בית איכסא** (תוואי הרכבת לירושלים).¹⁷

”הכוח הכובש אינו רשאי, אפוא, להפקיע אדמות שלא לצורך צבאי, אלא אם השימוש שיעשה בהן נועד לשרת את התושבים המוגנים”. (סעיף 26 לפסק הדין)

יש לשים לב: לא תושבים מקומיים, אלא תושבים מוגנים.

תושבים מקומיים נחשבים, אולי, כתושבים מקומיים שהמפקד הצבאי צריך להגן עליהם על פי תקנות האג. **בשום פנים ואופן לא ניתן לדבר עליהם כ”מוגנים” על פי אמנת ג'נבה הרביעית**. עמדה זו עולה מהלשון הפשוטה של אמנת ג'נבה הרביעית, ומפסיקה עקבית מפורשת של בית המשפט העליון.

סעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כי:

מוגנים על ידי האמנה הזאת הם אלה המוצאים את עצמם - באיזה זמן שהוא ובאיזה דרך שהיא - בשעת סכסוך או כיבוש - בידי אחד מבעלי הסכסוך או בידי אחת המעצמות הכובשות, והם אינם אזרחיו של אותו בעל סכסוך או אזרחיה של אותה מעצמה כובשת.

היות והמתיישבים הישראלים הם אזרחי ישראל, הרי שהם אינם מוגנים לפי אמנת ג'נבה.

קביעה זו נתמכת בפסיקות עקביות של בית המשפט העליון. כך למשל קבע בית המשפט העליון בעניין ההתנתקות:

”המתיישבים הם רובם ככולם אזרחים ישראליים. בשל כך אין הם נופלים לגדר “אנשים מוגנים” (protected persons), כמשמעות דיבור זה באמנת ג'נבה הרביעית (ראו סעיף 4 לאמנה)”¹⁸.

המתיישבים הישראלים הנהנים מאזרחות ישראלית אינם מוגנים על פי אמנת ג'נבה הרביעית. עמדה זו תואמת גם את ההיגיון של דיני הכיבוש, המיועד להעניק לתושבים בשטח הכבוש, המוצאים עצמם תחת שלטון של מדינה שהם אינם אזרחיה, מינימום של זכויות.

לא ייתכן כי פעולה לטובת אוכלוסייה מקומית לפי סעיף 43 תהיה רק פעולה לטובת המתיישבים הישראלים.

¹⁷ בג"צ 281/11 מועצת הכפר בית איכסא נ' שר הביטחון (6.9.2011).
¹⁸ בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל (2005) סעיף 12 לדעת הרוב.



ג. הפליה - העדפת אינטרסים של אוכלוסייה אחת על פני אחרת

גם אם נניח (בניגוד לאמור לעיל) כי במשפט הבינלאומי קיימת הסמכות לפעול להפקעת קרקע פרטית לטובת הציבור, ברור כי השימוש בסמכות זו צריך להיעשות בכפוף לעקרונות בסיסיים של זכויות אדם¹⁹ – ובעיקר האיסור על אפליה.

גם אם החוק המוצע פועל לטובת האוכלוסייה המקומית, הוא עושה זאת בצורה מפלה. החוק מעדיף בפירוש את טובתה של אוכלוסיית המתישבים הישראלים על פני הבעלות של הפלסטינים. הצעת החוק מורה להקצות קרקע מדינה לטובת ישובים ישראלים, בלא כל הוראה דומה לגבי תושבים פלסטינים. היא מאפשרת למדינה להפקיע קרקע מתושבים פלסטיניים, אולם אך ורק לטובת תושבים ישראלים. אין בחוק כל הוראה המורה למדינה להקצות קרקע לטובת ישובים פלסטיניים. אין בחוק כל הוראה המאפשרת למדינה להפקיע קרקע של ישראלים לטובת ישובים פלסטיניים. **הצעת החוק אינה מנסה אפילו להסתיר את ההפליה הטמונה בה.**

אשר על כן, אף אם הייתה סמכות במשפט הבינלאומי להפקיע קרקע לטובת הקמת יישוב, הרי השימוש בסמכות בצורה מפלה מפר בוודאות את הדין הבינלאומי.

האם תקנות האג היוו בסיס למשפטים פליליים בינלאומיים בנוגע להפקעת רכוש פרטי

נאמר בפני הוועדה כי נושא ההפקעה של רכוש פרטי אינו נדון בפני בתי דין בינלאומיים, ובוודאי לא בתי דין פליליים בינלאומיים.

סוגית ההפקעות של רכוש פרטי, שלא בהסכמת הבעלים, במשטר כיבוש, היתה אחד הנושאים שעלו רבות במשפטים שלאחר מלחמת העולם השנייה. כמה מהעקרונות הבסיסיים של ההגנות על הרכוש הפרטי נקבעו שם.

בין השאר נקבע בפירוש כי הפקעת רכוש פרטי, בניגוד לרצונו של הבעלים, בין אם שולמה לו תמורה ובין אם לאו, שאינה מותרת בפירוש על פי תקנות האג מהווה הפרה של תקנות אלו.²⁰

הפקעה לצורכי ציבור ביהודה ושומרון

נאמר בפני הוועדה כי ביהודה ושומרון נעשות הפקעות לצרכי ציבור על פי המשפט הירדני.

ראשית, כי על פי פסיקת בית המשפט סמכויותיו של המפקד הצבאי יונקות מהמשפט הבינלאומי. כך קבע השופט (כתוארו דאז) ברק בפסק הדין ג'מעית אסכאן:

”כוחותיו וסמכויותיו של המפקד הצבאי יונקים מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי, שעניינם תפיסה צבאית. על-פי הוראותיהם של כללים אלה, כל סמכויות הממשל והמינהל מוחזקות בידי של המפקד הצבאי... סמכויות אלה יש שהן יונקות מהדין, אשר שרר

¹⁹ בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל פ"ד נח(5) 807 (2004), עמוד 836.
²⁰ I.G. Farben case, (Law Reports of Trials vol X, 1949) p.44.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

באזור בטרם התפיסה הצבאית, ויש שהן יונקות מחקיקה חדשה, שהוחקה על-ידי המפקד הצבאי. במקרה הראשון מפעיל המפקד הצבאי סמכות שלטונית מקומית קיימת. במקרה השני מפעיל המפקד הצבאי סמכות שלטונית חדשה. בשני המקרים גם יחד חייבת הפעלת הסמכות לקיים את כלליו של המשפט הבינלאומי הפומבי, שעניינם תפיסה לוחמתית, ואת עקרונותיו של המשפט המינהלי הישראלי, שעניינם שימוש בסמכות שלטונית של עובד ציבור²¹.

לפיכך ברור כי סמכויות המפקד הצבאי כפופות בכל מקרה למשפט הבינלאומי של דיני התפיסה הלוחמתית (או דיני הכיבוש).

ביחס לסמכויות ההפקעה באופן ספציפי קבע השופט ברק באותו פסק דין כי :

”נמצא, כי קיומה של סמכות שלטונית על-פי הדין המקומי - כגון, הסמכות להפקיע מקרקעין לצורכי ציבור - אינו לא תנאי הכרחי ולא תנאי מספיק לפעולה שלטונית באזור הנתון לתפיסה צבאית. אין זה תנאי הכרחי, שכן בהעדר סממכחינתכות שלטונית מקומית רשאי הממשל הצבאי להעניק לעצמו סמכות שלטונית חדשה, ובלבד שהדבר אפשרי על-פי כללי המשפט הבינלאומי, שעניינם תפיסה לוחמתית. אין זה תנאי מספיק, שכן אפילו קיימת סמכות שלטונית מקומית, הרי הפעלתה של סמכות זו, הלכה למעשה, לא די לה שתיעשה על-פי כללי הדין המקומי, אלא חייבת היא לעלות בקנה אחד עם כללי המשפט המינהלי הישראלי ועם כללי המשפט הבינלאומי, שעניינם תפיסה לוחמתית.”²²

עולה, אם כן, כי שאלת קיומו של החוק הירדני אינה מעלה ואינה מורידה. השאלה הרלוונטית, הן במשפט הישראלי והן במשפט הבינלאומי, היא האם החוק תואם את הסמכויות הניתנות למפקד הצבאי על פי המשפט הבינלאומי, ותואמות את כללי המשפט המנהלי להפעלת שיקול הדעת.

שנית, כפי שנראה להלן, סמכותו של המפקד הצבאי להפקיע קרקע פרטית לצרכים ציבוריים, אף כאשר היא קיימת על פי המשפט הבינלאומי של דיני הכיבוש, מחייבת כי ההפקעה תהיה גם לצרכים של התושבים המקומיים, ובכל מקרה כי לא תגרום להעדפה של קבוצה אחת על פני קבוצה אחרת. בסוגיה זו נדון בהרחבה להלן.

²¹ בג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, (1983) עמוד 792
²² שם, עמוד 793.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

III. סמכות בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC)

הערות אלו אינן המקום לדיון מלא על סמכות בית הדין הפלילי הבינלאומי. להלן אביא רק כמה הערות בקצרה ביחס לדברים שנאמרו בפני הוועדה

א. סמכות בית הדין

נאמר בפני הוועדה כי ישראל מתנגדת לסמכות בית הדין לדון ביהודה ושומרון. זו היא קביעה נכונה, אלא שהיא מעט אנכרוניסטית. התובעת של בית הדין הכריזה כי לאור החלטות העצרת הכללית של האו"ם היא מכירה בפלסטין כמדינה לצורך תחולת אמנת בית הדין. ממילא החליטה להתחיל בהליך של בדיקה מקדמית. התעלמות משאלה זו היא טמינת ראש בחול.

ב. שאלת ההתנחלויות בבית הדין

בית הדין אכן יחקור את סוגיית ההתנחלויות. בפני הוועדה נאמר מצבה של ישראל לא ישתנה בעקבות חוק ההסדרה, שכן לדעת הקהילה הבינלאומית ההתנחלויות אסורות ממילא.

שתי סיבות מרכזיות מבססות את ההנחה כי ייתכן שחוק ההסדרה ירע את מצבה של ישראל:

ראשית, בית הדין חוקר את העבירות החמורות ביותר. כל עוד ישראל נהגה על פי הוראות בג"צ ונמנעה מהקמת התנחלויות על שטח פרטי, ובמיוחד מפעילות מפלה בהקשר זה, יכולה ישראל לטעון כי גם אם יש הפרות, הן אינן חמורות. אולם, ביטול פסקי הדין של בג"צ, הפקעה מסיבית של קרקעות פרטיות, במיוחד כאשר הם נעשים בצורה מפלה וחד צדדית, בהחלט יכולה לתמוך בטענה שההפרה הופכת להפרה חמורה.

שנית, סמכות בית הדין מוגבלת גם מבחינת הזמן. בכל מקרה הוא אינו יכול לבחון הפרות שמלפני 2003, ובהקשר הישראלי פלסטיני ייתכן שסמכות הזמן מוגבלת אף יותר, משורה של טעמים.

השאלה האם ההתנחלויות הן עבירות נמשכות היא שאלה לא לחלוטין ברורה. בכל מקרה, ברור כי קשה מאוד יהיה לבית הדין למצוא את מי להעמיד לדין בקשר לכך שההתנחלויות פשוט עוברות גידול טבעי.

אולם ברור כי הפקעה של קרקעות פרטיות, והכשרה רחבה של התנחלויות חדשות תספק לבית הדין את הנתים דרכו לבחון את שאלת האחריות הפלילית בהקשר זה.

ג. ההגנה של בג"צ

עצם העובדה שבג"צ ידון בנושא חוק ההסדרה לא תספק לישראל כל הגנה מפני סמכות בית הדין. המגבלה על סמכות בית הדין היא אם המדינה חוקרת את המעשה האסור מתוך כוונה לבחון את האחריות הפלילית. הבחינה המנהלית של בג"צ, במיוחד אם בג"צ יקבע שאין לו סמכות לדון בנושא, אינה מהווה כל חסימה מפני התערבות בית הדין.



אין כל ודאות, כמובן, כי ה ICC יפעל נגד ישראל בכלל או בנוגע להתנחלויות. קל וחומר שאין כל ודאות ששאלת חוק ההסדרה היא שתהיה הגורם המכריע בעניין זה. **אולם ברור שחוק ההסדרה מחמיר את מצבה של ישראל.** אף כאן – ראוי שחברי הכנסת יהיו מודעים לתוצאה אפשרית זו, ולאחריות המוטלת על כתפיהם.

IV. זכויות אדם והמודל הקפריסאי

א. דיני זכויות האדם ותחולתם על יהודה ושומרון

נטען בפני הוועדה כי הפרשנות המקובלת של המשפט הבינלאומי מאפשרת פגיעה בזכויות הקניין תוך הפקעה. במיוחד הוזכר בפני הוועדה פסק הדין של בית הדין האירופי לזכויות אדם בענין Domopolous . ("המודל הקפריסאי").

בכל הכבוד, טענות אלו הן טענות שמשמעותן דרמטית. כל הדיון בדיני הקניין בקפריסין נעשה תחת ההנחה של תחולה מלאה של דיני זכויות האדם, ולא של דיני כיבוש. **אם אכן ישראל מכירה בתחולת כל דיני זכויות האדם כלפי יהודה ושומרון המשמעות היא מרחיקת לכת ביותר.** מדינת ישראל מעולם לא הכירה בתחולתם של דיני זכויות האדם על יהודה ושומרון. בכל פורום בינלאומי התנגדה ישראל התנגדות נמרצת לקביעה כי ישראל מחויבת לדיני זכויות האדם. מחויבות ישראלית לדיני זכויות האדם משמעה שישראל נוטלת על עצמה מחויבות מלאה לכל זכויות האדם של הפלסטינים – לרבות זכויות פוליטיות, זכויות כלכליות וחברתיות, זכויות הצבעה, התאגדות, תנועה, חופש הביטוי וכיוצא בזה.

מודל דיני הכיבוש שימש את מדינת ישראל לאורך שנים. זניחתו לטובת מודל של זכויות אדם משמעותו רחבה הרבה יותר מאשר זכות הקניין.

ב. המודל הקפריסאי

המודל הקפריסאי המוצע מבוסס על מודל המתממש בקפריסין לשם פיצוי של בעלי קרקע יוונים על קרקעות שניטלו מהם בעת שנאלצו להגר מצפון קפריסין לדרומה לפני למעלה מ-35 או ארבעים שנים.

במסגרת זו קבע בית הדין האירופי לזכויות אדם כי מאחר שהשבת הקרקע כבר אינה סבירה, וכי מאחר שעברו כל כך הרבה שנים – הרי שבמקרים רבים פיצוי במקום השבה הוא הפתרון האפשרי היחיד בנסיבות העניין.

המודל הקפריסאי אינו אנלוגי לחלוטין למצב ביהודה ושומרון, ובייחוד לא למצב המשפטי בעמונה :

- א. אין המדובר בשנים רבות כל כך.
- ב. התושבים נמצאים בסמוך לקרקע ולא בארץ אחרת.



- ג. מדובר בתושבים המצויים תחת דיני הכיבוש, ולא בתושבים שהם אזרחים מלאים בארץ אחרת.
- ד. בית הדין האירופי לזכויות אדם דן בסוגיה לפי דיני זכויות האדם, ולא לפי דיני הכיבוש.

אשר על כן, טרם להחלת המודל הקפריסאי יהיה צורך לשקול שורה של נושאים, ובוודאי שהוא אינו מהווה פתרון פשוט או קל במקרה זה.

V. ניתוח משפטי על פי חוקי היסוד

א. תחולת חוקי היסוד

עד כה פסקי הדין של בית המשפט העליון השאירו את שאלת התחולה הטריטוריאלית של חוקי היסוד בספק. במקרים בהם אכן הפעילו את חוקי היסוד בהקשרים של השטחים, היה ניתן להתחמק משאלה זו.²³

נראה כי בעתירה נגד הצעת החוק לא יהיה ניתן עוד להתחמק מהשאלה. יתר על כן, נראה שבהקשר זה, יקשה מאוד על בית המשפט לקבוע כי חוקי היסוד אינם חלים. אם כנסת ישראל מחליטה להתערב בנעשה ביהודה ושומרון, ולקבוע כללים לגבי הפעולה של המדינה כלפי הפלסטינים, כיצד ניתן בעמדה על פיה חוקי היסוד הם חסרי תחולה ביהודה ושומרון? במילים אחרות, דוקא חוק ההסדרה, על מכלול האמירות המלוות אותו בדבר זכותה של מדינת ישראל להפעיל את ריבונותה ביהודה ושומרון, **מחייבת את מדינת ישראל להפעיל גם את חוקי היסוד**. כל תוצאה אחרת משמעה כי הכנסת מפעילה את ריבונותה מחוץ לשטחה, בלא המגבלה של חוקי היסוד, נושא שוודאי עומד בניגוד לתכלית חוקי היסוד, ואף לכוונת מחוקקיהם.

התוצאה אם כן היא אם כן כי תמיכה בחוק ההסדרה, על פי ההצדקות המרחיבות שהובאו בפני הוועדה, כמעט תחייב את בית המשפט להחיל את חוק היסוד כלפי יהודה ושומרון. **התוצאות של מהלך זה חורגות בהרבה מהשאלה הקונקרטיית בה עוסק חוק ההסדרה**. המשמעות היא כי למעשה כל מקרה של הפרת זכויות של תושבים פלסטינים יבחן לפי חוקי היסוד. **אם דיני הכיבוש אינם המסגרת המשפטית המתאימה לפעולתה של המדינה, והמדינה מפעילה את ריבונותה, כי אז חוקי היסוד רלוונטיים לכל פעולה של המדינה**. כפי שכבר אמרנו, המשפט הישראלי אינו מכיר בדוקטרינת ה Act of State – שליטה של המדינה ללא תחולה של דינה.²⁴ כל עוד דיני הכיבוש קובעים

²³ כך בעניין תוכנית ההתנתקות, בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל (2005) קבע בית המשפט כי חוקי היסוד רלוונטיים בכל מקרה בגלל האזרחות הישראלית של המפונים. בעתירה שעסקה בעניין תיקון חוק הניזקים האזרחיים באופן שמנע תביעות של תושבי יהודה ושומרון, נקבע כי חוקי היסוד חלים בשל העובדה שהמדובר בזכויות תביעה בבתי המשפט בישראל (בג"צ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון** [2006] סעיף 23 לפסק דינו של הנשיא ברק).

²⁴ האמת היא שגם המשפט האמריקאי אינו מכיר עוד בדוקטרינה זו במובנה הצר. בסדרת פסקי דין שנגעו בשליטת ארצות הברית במחנה המעצר בגוואנטנמו קבע בית המשפט העליון האמריקאי כי החוקה האמריקאית מגבילה את פעולותיה של ארצות הברית במחנה זה, אף כי הוא אינו מצוי בריבונות אמריקאית מלאה. Boumediene v. Bush 553 US 723 (2008).



את הדין החל – הרי שהשלטון הצבאי ודיניו הם הרלוונטיים. אך אם ישראל תפעיל את ריבונותה ותחיל את דיניה, אין עוד מנוס מהחלה מלאה של חוקי היסוד.

אף כאן, דומה שחברי הכנסת צריכים להיות ערים להשלכות הרחבות האפשריות של הפעולות שהם נוקטים בהם.

התכלית הראויה

התכלית של הגנה על אנשים מפני פינוי מביתם יכולה להיות תכלית ראויה בין שאר התכליות של החוק. אלא שלחוק שורה של תכליות אחרות שגם אותן צריך לבחון. כמו כן, פסיקתו של בית המשפט העליון קובעת כי התכליות צריכות לתאם את המבנה המשפטי הכללי של מדינת ישראל, ואת משטר זכויות האדם. בהקשר לחוק ההסדרה במיוחד ראוי לבחון:

(א) האם חוק המפר את התחייבויות ישראל בדין הבינלאומי אכן משרת תכלית ראויה.

(ב) האם חוק הנוקט בהפליה ברורה, על פניו, אכן יכול להחשב כמשרת תכלית ראויה.

לגבי שאלה (א) – בעיני פרשנות התכלית הראויה חייבת להתחשב במחויבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל.

לגבי שאלה (ב) ברור לגמרי כי תכלית מפלה אינה יכולה להחשב כתכלית ראויה. בית המשפט העליון פסק בשורה של פסקי דין כי תכלית ראויה צריכה להיות תואמת לזכויות האדם.

ב. האם הקמת ישוב היא תכלית ראויה?

נאמר בפני הוועדה כי דיני ההפקעה בישראל מאפשרים הפקעה של קרקע פרטית לצורך "הקמה, הרחבה או פיתוח של יישוב".²⁵ אך היא מציינת בפירוש שאכן, למרות שבעבר היו הפקעות רבות לצורכי הקמת יישובים, אין כמעט כיום הפקעות מעין אלו. **אציע בזהירות שאכן, לאור ההגנה על הקנין הפרטי המצויה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, יקשה מאוד על המדינה להפקיע קרקעות פרטיות לשם העברתן לשם מתיישבים פרטיים, וכי הפקעה כזו תהיה כפופה למגבלות ניכרות, וזאת בכל מקום במדינת ישראל.**

בפני הוועדה הובאו דעות המתיימרות לייבא אל המשפט הישראלי תפיסה אמריקאית אשר על פיה זכות הקניין כפופה לזכות ההפקעה אפילו בשל שיקולים כלכליים ובשל שיקולי פיתוח. אין כל ראיה כי תפיסה זו, השנויה במחלוקת אף בארצות הברית,²⁶ נקלטה אל המשפט הישראלי.

²⁵ פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) סעיף 1(2) "צורך ציבורי" – ס"ק (2).
²⁶ הויכוח בארצות הברית התפתח סביב פסק הדין בעניין *Kelo v. City of New London* 545 US 469 (2005). אין הסכמה בין לאומית כללית לזכות ההפקעה לטובת אינטרסים כלכליים פרטיים, ואפילו במדינות שונות בארצות הברית יש התנגדות עזה לתפיסה זו.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

להיפך, החוק והפסיקה הישראלים מעניקים לבעל הקרקע זכויות חוקיות וחוקתיות רחבות היקף המגבילות את זכות ההפקעה. כך למשל על הרשות להוכיח את נחיצות ההפקעה.²⁷ על הרשות להסביר האם אין לה דרך אלטרנטיבית להגיע למטרה הציבורית.

לא למותר לציין כי בשיטה המוצעת על ידי הצעת החוק, כמעט בהגדרה תישלל מבעלי הקרקע לטעון טענות בהקשר לכל אלו. המצב הוא זה: נעשתה פעולה של בנית בתים על קרקעות פרטיות, ללא כל דיון מראש וללא שטענותיהם נשמעו מראש. לאחר מעשה, כשהבתים שנבנו ללא חוק כבר בנויים, מציבים בפני הבעלים עובדות בשטח שלפיהן היישוב כבר בנוי. ממילא כל טענותיהם לעניין מדתיות ההפקעה, נחיצותה וכו' – אינן רלוונטיות. קשה מאוד להתאים את הגישה החוקתית הישראלית, ונראה שאף את הגישה האמריקאית, למצב מעין זה.

ג. המידתיות

ברור לגמרי ששאלת המידתיות צריכה להבחן. ברור גם כי בהמשך לכל האמור לעיל, ראוי לבחון את מדתיות החוק.

הבעיה כאן היא כפולה: ראשית, החוק בעצם בוחן את המידתיות "לאחור". לאחר שהוקם כבר היישוב על קרקע פרטית בלא אישור ובלא חוק – ברור כי המידתיות שהייתה יכולה להבחן מראש כבר אינה קיימת.

שנית, החוק עצמו כלל לא דורש לבחון את כל שאלות המידתיות. הוא פשוט מורה להפקיע כל קרקע פרטית שבית בנוי עליה, ללא כל איזון בין הפגיעה הנגרמת לבעלים של הקרקע, לבין היישוב, ללא כל בחינה של מידת המודעות של המתישבים לבניה על קרקע פרטית וכו'.

בברכה,

פרופ' עמיחי כהן

מנהל המרכז לביטחון לאומי ודמוקרטיה
המכון הישראלי לדמוקרטיה

²⁷ במיוחד לאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו בג"צ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל (2001) וכך אף לאחר התיקון לפקודת הקרקעות (רכישת מקרקעין לצרכי ציבור) (תיקון מס' 3 2010). ראו למשל בג"צ 959/13 דג'אני נ' שר האוצר (2013).