

מדינת ישראל
משרד המשפטים

לשבת היועץ המשפטי לממשלה

ירושלים, י"ט חשוון תשע"ח

08 נובמבר 2017

מס' מסמך: 004-99-2017-023500

אל: רשות תפוצה

הנדון: הסדרת דרך הגישה ליישוב "חרשה".

סמס': סיכום הדיון בנושא שבندון מיום 14 Mai 2017

ביום 2017.5.2 התקיימה ישיבה בנושא שבندון, בראשות היועץ המשפטי לממשלה.

הישיבה נערכה לבחון את המלצות צוות ההסדרה ביחס לדרך הגישה ליישוב "חרשה", אשר חלק קטן ממנה עבר בקריע בבעלויות פרטית. הסדרתה של הדרך מהווה גם תנאי לקידום תכנית המתאר ליישוב עצמו. אחת מהמלצות הוצאות הייתה להפיקע את תוואי דרך הגישה לצורכי ציבור.

בסיכום הדיון שבסיומו קבע היועץ המשפטי לממשלה, בין היתר, כי המלצת צוות ההסדרה להפיקע לצורכי ציבור את דרך הגישה, מעוררת קשיים משפטיים ניכרים במישור העקרוני. זאת, בשים לב לעמודה המשפטית המסורתית, הנוגגת שנים רבות, ולפיה הפיקעת קריע פרטית באיו"ש לצורכי ציבור המשרתים את ההתיישבות הישראלית, תיתכן רק כשהדבר מושתת במקביל גם את האוכלוסייה הפלסטינית. לאור זאת, הוחלט לאמצז דרך פוליה נוספת – הבוחנת כל מקרה לגופו, לפי נסיבותו, ומקשת לאתר פתרונות משפטיים אחרים בגדר הפקעה לצורכי ציבור.

ביום 22.6.2017, הועברה התיאחות יוум"ש איו"ש לדרכי הפעולה הפטנטציאליות שהוצעו בסיכום הדיון ביחס ליישוב חרשה. לשם ליבון הסוגיה, אף נקבעה ישיבה ייעודית בנושא בראשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט אזרחי), שנועדה להתקיים בתקופה הקרובה.

ביני וביני, ביום 31.10.2017, ניתן פסק דיןו של בית המשפט העליון בבג"ץ 794/17 **זיאדה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגaza המערבית ואח'**. בפסק הדין התקבלה, אמן, בדעת רוב של השופטים גיבראן ודנציגר, עתירותם של התושבים הפלסטינים, ובית המשפט הורה על ביטול הצו שהוצא ע"י המפקד הצבאי לצורך הסדרות אثر מגורים זמני למפני עמונה, בסמוך לאתר המרכזי של היישוב שנחרס; ואולם, פסיקת הרוב כללה קביעות משפטיות חשובות, המשפיעות בין היתר גם על הנושא שבנדון. לקביעות משפטיות אלו הctrף שופט המיעוט הנדל (ראו סעיף 3 לפסק דין), כך שהן הוכרעו למעשהפה-אחד.

בחילוקו של פסק הדין העוסק **בשיקולים אחרים מוטר למפקד הצבאי לקחת בחשבון במסגרת הפעלת סמכת שלטונית הכרוכה בפגיעה בגין הפרט נקבע כدلיקמן** (מפתח חשיבותם של הדברים, נביא אותם באריכות; הדgeshot haospo):

"26. תחת המשפט הבינלאומי, מוגדרים האזרחים הננתונים לתפישה לוחמתית – בענייננו תושבי הפליטינים של האזור – כ"תושבים מוגנים" (protected persons) ... הדין הבינלאומי מטיל על הכוח המחזיק בשיטה חבות ייחודיות כלפי אוכלוסייה זו, אשר נחקלות לחבות פוזיטיביות, כדוגמת הספקת מזון וציריך רפואי, ולהבות גנטיביות – קרי הגנות – כדוגמת הימנעות מפגיעה בכבדם ובזכויותיהם המשפחתיות ...

תושבי האזור הישראלים, מנגד, אינם נהנים ממיעמד דומה של אוכלוסייה מוגנת ... למורות זאת, לפי פסיקתו העקבית של בית משפט זה, אף הם נמנים עם האוכלוסייה האזרחית באזור, ומשום כך מתפרשת חובתו של המפקד הצבאי גם כלפים ... על משמעוויותיה הרחבות של חובה זו עמד הנשיא אי ברק בעניין מלראבה, שם ציין כי "ישראלים המצויים באזור הזכות לחיים, לכבוד, لكניון, לפרטיות ולשאר הזכויות מהם נהנה כל מי שמצו בישראל [...] נגends זכותם זו עומדת חובתה של המדינה שלא לפגוע בזכויות אלה ולהגן עליהם" ...

27. ומן הכלל אל הפרט. משהobar כי המפקד הצבאי מחויב לפעול גם לרווחתם של תושבי האזור הישראלים, דומה כי אף לשיטת העותרים אין חולק כי הצו המתוקן אכן מגשים מטרה זו, שכן טענתם העקבית הייתה כי טובתם של תושבי עmonoה הייתה מצויה בשורשו. שיקול זה, שהעתורים הטicho בו ביקורת רבה וייחסו לו מניעים פוליטיים פסולים, אינו ראוי לדידי לגינויים שבוטאו ביחס אליו. על פי הדין הבינלאומי, **כפי שפורסם בפסקותיו של בית משפט זה, זה שיקול שבסמכות המפקד הצבאי לשקל**. אכן, התישבותם של תושבי עmonoה על קרקע פרטיט נעשתה שלא כדין, ואין עורין על חובתה של המדינה לפעול על פי פסק דין שלו בבית משפט זה ולפנותם. ואולם נכון אני לראות במצב שבו היו מצויים תושבי עmonoה ערבי הפינוי, **כשבתייהם עתידים להיהרס, לצורך הומניטاري שהמפקד הצבאי מוסמך להתחשב בו.** כן מתישב עינוי הרצון למצוא עברו תושבי עmonoה הסדר מגוריים ארעי אשר ישמר את קהילתם ואת זיקתם למקום מגורייהם עם הצורך ב'דאגה לאוכלוסייה המקומית והבטחת חייה הציבוריים' ...

לצד זאת, אבקש שלא לקבע מסגרות בשאלת אם די בשיקול הומניטاري מסווג זה – אשר מופנה אך כלפי האוכלוסייה הישראלית באזור, ואני נוגע לצרכיה של האוכלוסייה הפליטנית – כדי להצדיק שינוי בחקיקה הנהנת באזורה ... ההכרעה בשאלת מרכיבת ותקדמית זו אינה נדרשת בענייננו, מאחר שמדובר מצאתי כי במקרה שלפניו היה המפקד הצבאי מוסמך להתקין את הצו המתוקן ולישם את המתווה מכוח צורך צבאי. כמו כן אשוב ואטען כי סמכות זו אינה מקנה אשראי מלא לנקיית כל פעולה אשר היא, וכי מימושה כפוף לכללי המשפט הציבורי הישראלי, ובهم עקרונות המידתיות והסבירות – הסתיגות שאליה אשוב בהמשך חוות דעת...".

פסק הדין מוסיף וקובע כי בהתקיים השיקולים המתוירים, הפקעה של קניין פרטי, שאין בה משום הפקעה מלאה של זכויות הבעלות ואשר בצדיה תשלום פיצויים לבעלי הזכויות הנפגעים, לא **תיחשב להחזרה אסורה של רכוש הפרט**, לעניין סעיף 46 לתקנות האג, משנת 1907. ובleshon פסק הדין:

"...33. בית משפט זה הכיר בפסיקותיו בסמכותו של המפקד הצבאי לפי תקנה 46 לפוגע בזכויות הקניין של תושבי האזור המוגנים על רקע תכליות מגוונות, הן כאלו הנובעות מטעמים צבאיים ... והן כאלו הנובעות מטעמים אזרחיים ..."

הנה כי כן, חובתו של המפקד הצבאי על פי תקנה 46 לכבד את הקניין הפרט依 פורשה בפסיקותיו של בית משפט זה באופן העולה בקנה אחד עם הגישה שהציגה המדינה. פרשנות זו מכירה בסמכותו של המפקד הצבאי לפוגע בזכות הקניין לשם מימוש מגוון מטרות אינטראיסים, ובכך מעבירה היא את כובד משקלה של ההכרעה ממיושר קיומה של סמכות למשורר חוקיות הפעלה ... על יסוד האמור, ולאחר שמיילא מצאתה כי הצוו המתויקן לוקה מבון אחרון זה, כפי שיפורט בהמשך חוות דעת, נכוּ אני לקבל את טענותיה של המדינה ולקבוע כי הפגיעה בזכויות הקניין של בעלי הזכויות בחלוקת נעשתה בסמכות על פי הדין הבינלאומי".

משמעותו המלאות של פסק הדין עתידות להיבחן ע"י היועץ המשפטי לממשלה בתקופה הקרובה, בשילוב עם הגורמים הרלוונטיים.

בתוך כך, ניתן כבר בעת לקבוע כי בשים לב לקבעות המובאות במסגרתו, ואשר צוטטו לעיל, אין עד מקום למצוא מנגעה משפטית עקרונית בקידום המלצת צוות ההסדרה בדבר הסדרת דרך הגישה ליישוב חרש באמצעות הפקעה לצורכי ציבור, וזאת למצער אשר להפקעה של זכות החזקה במרקען, אשר תשא עמה חובה תשלום פיצויים לבעלי הזכויות בהם, והכל בשים לב לנסיבותיו המיעילות של המקרה שבנדון.

יודגש כי האמור לעיל מתיחס אך ורק למשורר הסמכות. אין בו כדי ליתר את הצורך לבחון את סבירות ומידתיות ההחלטה, כאמור בפסק הדין, או ליתר את הצורך בקיומו של הлик תכוני כנדרש, תוך עמידה בהוראות הדין המקומיים וככליל המשפט הציבורי ביחס לפעולה זו.

כן יובהר כי האמור לעיל מתיחס לנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה שבנדון. כל עוד לא התקבלה הכרעה עקרונית אחרת בנושא, ע"י היועץ המשפטי לממשלה, יש להביא לאישרו כל מקרה בו מתבקשת הפקעה לצורכי ציבור המיעדת אך ורק לטובת אוכלוסיית המתישבים בישראל באյו"ש.

ברכת,
ד"ר גillum לימון עו"ד
עו"ז בכיר לועץ המשפטי לממשלה