

הזכות למגורים של דיירים ותיקים והתחרות עם הבעלים במקרה של קהילות מוחלשות

החתומים על חוות הדעת:

- **פרופ' איל בננישתי**, משמש כיום כ- Whewell Professor of International Law באוניברסיטת קיימברידג' ומנהל את מרכז לאוטרכט למשפט בינלאומי. בננישתי מרצה אורח בפקולטה למשפטים של האוני' העברית בירושלים ועורך משותף של The British Yearbook of International Law וחבר Institut de droit International.
- **פרופ' ארנה בן-נפתלי**, היא מופקדת הקתדרה לזכויות אדם על-שם אמיל זולא בפקולטה למשפטים ע"ש חיים שטריקס במסלול האקדמי, המכללה למנהל. פרופ' בן-נפתלי היא מומחית למשפט בינלאומי עם דגש על משפט הומניטארי, דיני כיבוש, משפט זכויות האדם הבינלאומי, משפט פלילי בינלאומי ומשפט ותרבות.
- **ד"ר נטלי דודזון**, היא מרצה בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל אביב, בה היא מלמדת וחוקרת משפט בינלאומי לזכויות אדם. ד"ר דודזון היתה עמיתת מחקר במרכז רפפורט לזכויות אדם באוניברסיטת טקסס ופוסט דוקטורנטית במרכז מינרבה לזכויות אדם באוניברסיטה העברית.
- **פרופ' דוד קרצמר**, פרופסור אמריטוס למשפט בינלאומי באוניברסיטה העברית בירושלים. פרופ' קרצמר כיהן בעבר כחבר וכסגן יו"ר הוועדה לזכויות אדם עפ"י האמנה הבינ"ל בדבר זכויות אזרחיות.

תמצית חוות הדעת

א. מבחני איזון – זכות הדיירים למגורים גוברת על זכות הבעלים המקוריים לקבל את הנכס

משפט זכויות האדם הבינלאומי מכיר בזכות יסוד למגורים שכוללת לא רק את הזכות לקורת גג אלא גם את הזכות שלא להיות מפונה מהבית. זכות זו של זכויות של דיירים ותיקים להמשיך להתגורר בבתיהם מוכרת לא רק מכח הזכות למגורים, אלא גם מכוח הזכות לחיי משפחה, לחיי קהילה ולתרבות, ובמקרים מסויימים גם מכוח זכות קניינית שנוצרת בתנאים מסויימים לדיירים ותיקים. לצד ההכרה בזכות למגורים ולקניין, המשפט הבינלאומי של זכויות אדם אף יוצר **מבחני איזון** במקרים שבהם זכות זו מתחרה בזכויות אחרות, כמו למשל זכות הבעלים המקוריים שתובעים לקבל לידיהם את הנכס.

השיקולים המרכזיים אותם יש לבחון במקרה של תביעת פינוי, לפי המשפט הבינלאומי של זכויות אדם:

- א. הדיירים:** האם נכנסו לנכס בתום לב; האם מדובר בבית בודד או חלק מקהילה; האם מדובר בקהילת מיעוט מוחלשת ומופלית לרעה? כמה זמן וכמה דורות הם מחזיקים בנכס? מהן החלופות שלהם לדיור? האם יש להם ציפייה לגיטימית להחזקה קבועה ובלתי מוגבלת בנכס?
- ב. הבעלים הדורשים את הפינוי:** מידת הזיקה שלהם לנכס, האם מדובר באדם שחי בנכס או בצאצא/יורש שלו? האם מדובר באדם או בתאגיד, ואם מדובר בתאגיד האם העניין שלו בנכס הוא כלכלי או אחר?

בחינת מבחן האיזון במקרה של בטן אלהווא מראה כי הכף נוטה באופן ברור לטובת הדיירים הפלסטינים, ויש לדחות את תביעות הפינוי. **זכות הדיירים למגורים ולקניין גוברת על זכות הגורמים שפועלים בשם הבעלים המקוריים מלפני 1948 לקבל את הנכס לידיהם.**

- **תום הלב של הדיירים** – האם הדיירים נכנסו לנכס כדין והאם ידעו או היה עליהם לדעת שיש בעלים אחרים לנכס. בגרמניה של אחרי מלחמת העולם השנייה, הלאימו השלטונות המזרח גרמניים נכסים של מערב גרמנים ויישבו בהם תושבים ממזרח גרמניה. בזמן איחוד גרמניה נקבע, בין השאר, כי אם הרכוש נרכש ע"י התושבים כחוק, הוא לא יוחזר לבעלים המקוריים.

בבטן אלהווא אין מחלוקת שהדיירים הפלסטינים נכנסו לבתים בתום לב; הם רכשו את הזכויות ממי שהציג עצמו כבעלים והחזיק בנכס, בעוד שהרשויות הירדניות והישראליות לא עשו דבר כדי להזהירם או ליידע אותם כי יש בעלים מלפני 1948 שטוענים לבעלות.

- **זהות הבעלים המקוריים שמבקשים את הפינוי וזיקתם לנכס** – ככל שלבעלים יש יותר קירבה אישית לנכס, כך תגדל זכותם לקבל חזקה בנכס. אם, למשל, מדובר בתאגיד, ולא באדם פרטי, זכותו תקטן. אם לבעלים יש עניין כלכלי בנכס (בניגוד לעניין רגשי), הנטיה תהיה לתת לו סעד כלכלי של פיצוי, ולא סעד של פינוי.

במקרה של מזרח ירושלים בשייח ג'ראח וסילוואן, התובעים הם תאגידיים של גורמי מתנחלים, שהם חליפי הבעלים המקוריים, שמעולם לא התגוררו בנכס, ללא כל זיקה אישית לנכס. לעומתם הדיירים הפלסטינים הם היחידים שמתגוררים בנכסים עשרות שנים ומקיימים בהם חיי קהילה, ולכן זכותם גוברת.

- **מוחלשות ואפליה** - המשפט הבינלאומי לזכויות אדם קובע כי יש לתת משקל מיוחד לזכות למגורים של אוכלוסייה מוחלשת, שסובלת מאי שוויון ואפליה. מכיוון שברוב המקרים, הפינוי בכוח הוא נגד השכבה החלשה ביותר בחברה, ובפרט בני ובנות מיעוטים, קובע המשפט הבינלאומי כי על המדינות לאמץ מדיניות שתעניק הגנה אפקטיבית לאותן קבוצות בפני האיום בפינוי.

כך היה למשל, בפסיקה של בית הדין האירופאי לזכויות אדם במקרה שממשלת צרפת פינתה קבוצת צוענים שהתגוררה עשרות שנים בשטח מסויים באופן לא חוקי בניגוד ליעוד הקרקע. בית הדין קבע כי בשל היותם קבוצה מוחלשת, הפינוי היווה פגיעה בזכותם למגורים ולא עמד במבחן המידתיות.

תושבי מזרח ירושלים, ובכללם תושבי שייח ג'ראח ובטן אלהווא, סובלים מאפליה מובנית: הם אינם אזרחים בישראל (אלא תושבים), סובלים מעוני (75% מהאוכלוסייה מתחת לקו העוני); הזנחה מתמשכת של היעדר תשתיות ושירותים בסיסיים, היעדר תכנון, הריסות בתים וצפיפות דיור כפולה מהממוצע בארץ. הנסיבות המסויימות של תביעות הפינוי, אף הן חלק מהמוחלשות של הקהילה הפלסטינית כפי שנראה להלן.

- **גורם הזמן** - בין הגורמים שמשפיעים על הזיקה לנכס הוא גורם הזמן, כלומר כמה זמן עבר מאז אבד הנכס לבעלים המקוריים, והאם בזמן זה הצליחו הבעלים למצוא אלטרנטיבות ראויות למגורים או למחייה.

במקרה של קפריסין, כשדרשו קפריסאים-יוונים להשיב להם נכסים שנלקחו ע"י השלטון הטורקי בצפון קפריסין, קבע בית הדין האירופי לזכויות אדם כי הנכסים לא יוחזרו להם, וכי התושבים התורכים יוכלו להמשיך להתגורר בהם. אחד השיקולים שהודגשו ע"י בית הדין היה אלמנט הזמן שעבר מאז אבד הנכס. יש לציין שבעוד שבקפריסין מדובר היה על כ-30 או 40 שנה, במזרח ירושלים מדובר על יותר מ-70 שנה.

ב. הכרה בזכות קניינית של הדיירים

מלבד הזכות למגורים, מכיר המשפט הבינלאומי של זכויות אדם בכך שבנסיבות מסויימות הזיקה של הדיירים לנכס יוצרת זכות קניינית. זכות זו לא מאיינת את הקניין של הבעלים המקוריים אך היא מעניקה הגנה נוספת מפני פינוי.

כך למשל, הכיר בית הדין האירופי לזכויות אדם בזכות הקניין של משפחת עקורים מגאורגיה שאיבדו את רכושם במלחמה, וקיבלו רשות מהמדינה להתגורר בבית מסויים (של בעלים אחרים). במקרה אחר הכיר בית הדין האינטר-אמריקאי בזכות קניין של ילידים בשטחים מסויימים בפרגוואי, למרות שלא היה בידיהם שטר קניין רשמי. בית הדין קבע שזכות קניין זו גוברת על זכות קניין פרטית של אנשים או תאגידים שרכשו את האדמה בתום לב, ופסק כי הם זכאים לפיצוי אך לא לפנות את הילידים.

ג. אחריות המדינה בתביעות הפינוי נגד תושבי בטן אלהווא ושייח ג'ראח

מעבר לחובה של כל מדינה כלפי כל אוכלוסייה מוחלשת שזכותה למגורים נמצאת בסכנה, במקרה של שייח ג'ראח ובטן אלהווא למדינה יש חובה מוגברת וייחודית כי היא היתה צד משמעותי ופעיל בכל ההליך שהביא את מאות התושבים לסכנת פינוי, ויצרה למעשה את התשתית לסיכון:

- המדינה יצרה מסגרת נורמטיבית שמאפשרת שחרור נכסים של יהודים מלפני 1948 גם לחילפי הבעלים וגם כשלא מדובר ביורשים ואפילו כשמדובר בתאגידים.
 - המדינה יצרה מסגרת נורמטיבית שלא מאפשרת שחרור סימטרי של נכסים של פלסטינים מלפני 1948.
 - המדינה אישרה מדיניות פסולה של האפוטרופוס הכללי לשחרר נכסים באופן אוטומטי מבלי לקיים הליך של בירור עם כל הנוגעים בדבר ובלי אפילו ליידע את הדיירים.
 - מוסדות המדינה (רשם ההקדשות, האפוטרופוס הכללי ובית המשפט המחוזי) איפשרו מינוי נאמנים להקדש שהוקם לפני קום המדינה בהליך שאינו פומבי, מבלי ליידע את הדיירים ומבלי לאפשר לאחרים להתחרות על המינוי.
 - המדינה אישרה מדיניות של האפוטרופוס הכללי לשחרר נכסים בדרך של השבת זכויות בלי לשקול אפילו לתת פיצוי במקום החזרת זכויות הקניין.
- פערי הכוחות בין המשפחות ובין התובעים הוא מובהק וברור. המשפחות שייכות לקבוצה מוחלשת ומופלת בעלת נחיתות פוליטית ומשפטית, בעוד שהתובעים נהנים מתשתית ותמיכה של מדינת ישראל ורשויותיה. משום כך, אין לראות בהליכי הפינוי סכסוך בין התובעים לדיירים בלבד, אלא כסכסוך הכולל את המדינה ורשויותיה.

מכל הסיבות הללו יש להכיר בזכויותיה של משפחת דוויק בביתה ולקבוע כי זכויות אלה גוברות על הזכות של הבעלים המקוריים מלפני 1948 לקבל חזקה בנכס ולפנותה.