

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

I. החתומים על חוות הדעת

פרופ' איל בנבנישתי, משמש כיום כ-Whewell Professor of International Law באוניברסיטת קיימברידג' ומנהל את מרכז לאוטרפכט למשפט בינלאומי. פרופ' בנבנישתי הוא מרצה אורח בפקולטה למשפטים של אוניברסיטה 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 ומדיניות.

II. תמצית חוות-הדעת

חוות-דעת זו מוגשת במסגרת הליכי פינוי הננקטים נגד תושבים פלסטינים בירושלים המזרחית. התובעים את הפינוי הם נאמני הקדש (במקרה של תיק זה – הקדש בנבנישתי שהמשיבים, הקשורים לעמותת "עטרת כהנים", מונו לשמש כנאמניו) הטוענים שההקדש הוא הבעלים על הקרקע בה מצויים הנכסים. הח"מ יודעים/ות שלתושבים יש טענות כבדות משקל הן בנוגע לשאלה אם ההקדשים הם אכן הבעלים של הקרקע והן לגבי כשרות שיחרור הנכסים להקדשים ומינוי הנאמנים שלהם. **חוות-דעת זו אינה מביעה עמדה בשאלות נכבדות אלה והיא מתייחסת למצב המשפטי במקרה וטענות אלו יידחו ויקבע כי דורשי הפינוי הם אכן הבעלים של הקרקע. אין לראות בדבר הנאמר בחוות-דעת זו כהסכמה**

לכך שדורשי הפינוי הם הבעלים החוקיים של הקרקע או שחרור הנכסים ומינוי הנאמנים נעשה כדין.

בחוות דעת זו נבקש להציג גישה שזכתה להכרה בפסיקת טריבונלים שונים לזכויות אדם, והמתייחסת לתחרות בין בעלי נכסים שקניינם נשלל מהם או חליפיהם (להלן: "הבעלים המקוריים"), לבין דיירים שנכנסו לנכסיהם בהתאם לנורמות שאיפשרו זאת, ועתה הם או יורשיהם כבר דיירים ותיקים בהם (להלן: "הדיירים הוותיקים"). התחרות נוגעת לדרישת השבה של הנכס לחזקת הבעלים המקורי אל מול הציפייה של הדיירים הוותיקים להמשיך ולהתגורר בנכס. על פי גישה זו הנטועה במשפט הבינלאומי של זכויות אדם, **אשר שמה דגש על הקשר של מוחלשות קבוצתית ועל הקשר של אפליה קבוצתית של הדיירים הוותיקים והיותם סובלים מאפליה מערכתית/ממוסדת – זכותם שנובעת מזכות האדם למגורים וספיציפית למגורים בביתו ובבית משפחתו – גוברת בתנאים מסוימים על זכותו של הבעלים המקורי, או חליפו, להשיב לעצמם את החזקה בנכס.**

בהתאם לגישה המשפטית שאותה נבקש להציג, ואשר כאמור זכתה להכרה במשפט הבינלאומי של זכויות האדם, זכות האדם למגורים כוללת בין היתר את הזכות של אדם שלא יפנו אותו מביתו, גם אם הבית אינו בבעלותו; הזכות נובעת ממגוריו לאורך שנים (ולעיתים אף כמה דורות) בנכס שהפך לביתו, דהיינו למרכז חייו וחיי משפחתו, ומהזכויות לחיי משפחה ולחיי קהילה ותרבות. זכות זו של האדם למקום מגורים, **כאשר היא כרוכה במוחלשות קבוצתית ואפליה כאמור**, מוסיפה מימד של משפט פומבי (שמעוגן במשפט החוקתי והבינלאומי) שיכול להגביל את ההגנה החוקתית והבינלאומית שניתנת לזכות הקניין המוכרת במשפט הפרטי, ולהעדיף את הזכות להישאר במקום המגורים של הדיירים הוותיקים.

מסקנות חוות הדעת הן אלה:

1. משפט זכויות האדם הבינלאומי מכיר בזכויות של דיירים ותיקים להמשיך להתגורר בבתיהם מכח הזכות למגורים, לחיי משפחה, לחיי קהילה ולתרבות. במקרים המתאימים, בעיקר כאשר הדיירים משתייכים לקבוצות מוחלשות ומופלות, זכות הדיירים להישאר בביתם גוברת על זכות הבעלים המקורי או חליפו לדרוש השבה (להבדיל מפיצוי).
2. ספציפית, משפט זכויות האדם הבינלאומי מכיר בזכויות הדיירים הוותיקים כאמור, במיוחד בהקשר של שינוי משטרי, להמשיך להתגורר בנכסים שבהם התיישבו בתום לב או יושבו על-ידי הדין הנוהג לפני השינוי המשטרי. במקרים המתאימים, בהינתן תום לב של הדיירים (להלן) זכויות אלה גוברות על זכות בעלי הנכס לדרוש את פינויו.
3. כאשר מועלית דרישת השבה נוצרת תחרות בין זכויות (בין הבעלים המקורי או מי שבא בנעליו והדיירים הוותיקים), ואין כלל הכרעה מוחלטת אלא נדרש איזון בין שיקולים ואינטרסים.
4. בין הפרמטרים שמשפיעים על המשקל שינתן לכל אחד מהצדדים בתחרות זו ניתן למנות את השיקולים הבאים:

א. מה הרקע להתיישבות הדיירים הוותיקים בנכסים? אם כניסת הדיירים הוותיקים לנכס נעשתה תוך הפרת המשפט הבינלאומי - עד כמה חמורה הייתה הפרה זו והאם מדובר בהפרה של נורמה עליונה (כלל בל יעבור – Jus Cogens)? והחשוב ביותר בהקשר זה: **האם ביחס להפרה יש לראות בדיירים הוותיקים תמי-לב או שותפים למעשה הנישול הקניין מהבעלים המקורי**;

ב. האם מדובר בדייר בודד בנכס בודד או שמדובר במי שהוא חלק מקהילה שלמה של דיירים וותיקים שמתגוררת במקום ומקיימת חיי קהילה? אם מדובר בקהילה, האם היא קהילת מיעוט מוחלשת ומופלית או קהילת הרוב החזק?

ג. כמה זמן וכמה דורות מתגוררים הדיירים הוותיקים בנכס?

ד. מה אפשרויות הדיור החלופיות שעומדות לדיירים הוותיקים?

ה. האם הבעלים המקורי הדורש השבה הוא האדם שחי בנכס טרם כניסת הדיירים הוותיקים או שמדובר בצאצא שלו?

ו. האם הבעלים ה"מקורי" הדורש השבה הוא אדם/אנשים או תאגיד, ואם תאגיד האם עניינו בנכס כלכלי או אחר;

ז. האם להשבה או להותרת הקהילה הוותיקה בנכס/ים יש השלכה על תהליכי פיוס מחד גיסא ותסיסה חברתית מאידך גיסא.

5. פרמטרים אלה קובעים את שיקולי האיזון בין האינטרסים והזכויות המתחרים בין הדיירים הוותיקים לבין הבעלים המקורי או מי שנכנסו בנעליו. **עם-זאת, חשוב לציין שמלאכת איזון זו עוסקת בזכויות אינדיבידואליות, והיא עשויה להיות כפופה להסכם מדיני חוקי בין נציגים לגיטימיים של צדדים לסכסוך בין-מדינתי או לאירוע של שינוי משטרי. נציגים כאלה, כמו במקרה שעליו עוד יורחב להלן, של דרום-אפריקה במעבר ממשטר האפרטהייד למשטר דמוקרטי, או בגרמניה עם איחודה ביחס לנכסים שהולאמו על ידי המשטר הקומוניסטי במזרחה, עשויים גם לוותר הדדית על זכויות אינדיבידואליות. עניין זה חורג מחות-הדעת הזו אולם חשוב להזכיר שהאיזון המתואר לעיל ולהלן קובע זכויות בהעדר הסכם מדיני כאמור.**

6. עוד ייטען בחוות-דעת זו להלן שמשב"ל זכויות האדם גם מכיר בכך שהזיקה שנוצרת בין דיירים לנכס המשמש להם כבית, כשמדובר במגורים רבי שנים בנכס עם ציפייה לגיטימית להמשך שימוש בלתי מוגבל בו, ובעיקר בהקשר של מוחלשות קבוצתית של הדיירים ואפליה משפטית שלהם בנוגע להנאה מקניין, **עשויה ליצור להם זכות קניינית בנכס**. זכות זו אמנם איננה בעלות אבל גם היא, כמו הזכות למגורים, מהווה שכבת הגנה משפטית על המשך השימוש של הדייר בנכס שמהווה עבורו בית.

7. את כלל תביעות הפינוי נגד משפחות שכונת בטן אלהווא שבסילוואן, בהן התביעה דן נגד משפחת דוויק, הגישו הנאמנים של "הקדש בנבנישתי", הקדש יהודי היסטורי שפעל בסילוואן לפני מאה שנה.

8. דומה שאין חולק על כך שנאמני ההקדש מונו בשל הקשר שלהם לעמותת "עטרת כהנים" וההקדש פועל, למעשה, כזרוע של העמותה – לעניין זה ראו עדותו של הנאמן (והמשיב בתיק זה) אבי שפרמן בתיק בת"א 60182-10-13 **זרביב ואח' נ' בצבוץ** מיום 27/10/19 מעמ' 131 על כך שהוא עצמו עבד בעמותה ושהעמותה יזמה את איתור הנכסים ולמעשה מימנה ומממנת (או מגייסת כספים) עבור ההקדש. לרקע למינוי הנאמנים ראו דב' כב' השופטת ברק-ארז בבג"צ 7446/17 **מאהר סרחאן ו-103 אח' נ' האפוטרופוס הכללי והכונס הרשמי**, פסקה 9 (פורסם בנבו, 21.11.2018).

9. אולם, המנגנון שאיפשר למשיבים להשתלט על הקדש בנבנישתי, ואופי ההליך שהביא לכך שעטרת כהנים שולטת בנכס של משפחת דוויק, נוצר, תופעל והתאפשר על-ידי ובזכות המדינה ומוסדותיה. העובדה שמינוי הנאמנים נעשה בהליך קצר בפני בית המשפט המחוזי, בלי שהציבור בכלל והדיירים הוותיקים בפרט יוכלו לדעת עליו ולהישמע בטרם ימונו מי שישפיעו באופן כה דרסטי (וטראגי) על בתיהם, נובעת מההסדר החוקי שמדינת ישראל על רשויותיה – המחוקק, הרשות המבצעת ובתי המשפט - יצרו. המדובר בהכרעות נורמאטיביות – פוליטיות ביחס לניהול הנכסים במזרח ירושלים שאותן קיבלה המדינה ולא הקדש בנבנישתי או עטרת כהנים, ומכאן שבפועל המדינה היא צד (גם אם לא פורמאלי) לסכסוך דן.

10. לכן, ככל שמדובר בחובות כלפי מי שזכותם למגורים כמתואר בחוות-דעת זו מצויה בסכנה, הן רובצות לפתחה של המדינה לא רק במובן הרגיל (שהרי המדינה תמיד חייבת להגן על זכויות יסוד של הנתונים לשליטתה) אלא במובן מוגבר וייחודי. זאת משום שהמדינה יצרה את תשתית הסיכון לזכויות המערערים.

11. החותמים והחותמות מטה סבורים שהחלת העקרונות האמורים על דרישות לפינוי משפחות משכונות במזרח ירושלים שבהן המשטר הירדני שיכן פלסטינים בקרקע שהייתה בבעלות יהודית טרם 1948, או שרכשו את הקרקע או את הנכסים בתום לב, והקרקע שוחררה לחליפי הבעלים בעשורים האחרונים (בהליך מאוד בעייתי ושנוי במחלוקת), מחייבת מסקנה שלדיירים הפלסטינים יש ציפייה לגיטימית וזכות להמשיך להתגורר בבתיהם. בהקשר של מערך נורמטיבי מפלה של הפקעת נכסים ושחרורם, ומוחלשות חריפה של הקבוצה אליה משתייכים הדיירים, אנו סבורים כי זכותם גוברת על זכותם של ההקדשים והעמותות שנכנסו בנעלי הבעלים המקוריים לממש את קניינם בנכס בדרך של העברתו לחזקתם.

12. החלת העקרונות הללו על המקרה של משפחת דוויק מחייבת מסקנה שלמשפחה יש ציפייה לגיטימית וזכות להמשיך להתגורר בביתה, ושזכות זו גוברת על זכותו של הקדש בנבנישתי, הנשלט כיום על-ידי עמותת עטרת כהנים, לממש את קניינו בנכס בדרך של השבתו לחזקתו.

13. מסקנה זו מתורגמת משפטית ליצירת חסם מפינוי והשבה כשלעצמה, וכזכות שחודרת למלאכת האיזונים בין אינטרסים נוגדים במסגרת דוקטרינות של המשפט המקומי הרלבנטיות לתיק זה, וכן היא מחזקת את טענות המשפחה בנוגע לזכויות הנובעות מבנייה במקרקעין.

14. טרם סיום הפתיח נזכיר כי העמדה המשפטית הרווחת ב בקהילה הבינלאומית היא שירושלים המזרחית הינה שטח כבוש שחלים עליו דיני התפיסה הלוחמתית. מכיוון שישראל החילה את משפטה על אזור זה ובית המשפט הנכבד כפוף לאקט זה לא נדון במסגרת חוות-דעת זו בהוראות דיני הכיבוש אשר מגבילים עוד יותר את האפשרות לפנות אזרחים מוגנים ממקום מגוריהם.

III. רקע נדרש

א. ההליך דנו

15. ביום 23.11.2020 ניתן על ידי בית המשפט המחוזי בירושלים פסק דין בע"א 43693-03-20 **מאזן דוויק ואח' נ' מרדכי זרביב ואח'** (פורסם בנבו, 23.11.2020, כב' השופטים רפאל יעקובי, משה בר-עם וחנה מרים לומפ) (להלן: "פסק הדין במחוזי"). בפסק הדין במחוזי נדחה ערעורם של המערערים (כאן ושם) שהם המחזיקים בחלקת אדמה המצויה בחלק הצפון-מזרחי של חלקה 96 בגוש שומה 29986, ועליה מבנה בן ארבע וחצי קומות (להלן – 'הנכס'), על פסק-דינו של בית משפט השלום בירושלים בת.א. 3681-10-14 **מרדכי זרביב (נאמן) נ' מאזן דוויק** (פורסם בנבו, 26.01.2020) (להלן: "פסק הדין בשלום") אשר קיבל את תביעתם של המשיבים בהליך דנו לסילוק ידם של המערערים מהנכס.

16. לבית המשפט הנכבד הוגשה בקשת רשות ערעור על פסק הדין במחוזי, הוא ההליך דנו. כבוד השופטת דפנה ברק-ארז, בהחלטתה מיום 6.1.2021, הורתה כי היועץ המשפטי לממשלה ישקול הגשת עמדה מטעמו בהתייחס לשאלות המתעוררות בתיק, ובכלל זה לטענת ההתיישנות על רבדיה השונים, לטענת ההשתק וכן לטענות בנוגע לסיווג המקרקעין מושא ההליך כמקרקעי ציבור והשלכותיו של סיווג זה על המחלוקת.

17. הליך זה הוא הראשון מקבוצה של תביעות פינוי בשכונת בטן אלהווא, שכולן מעלות שאלות משפטיות דומות, אשר מגיע לערכאה השיפוטית העליונה בישראל. לפיכך, למיטב הבנתנו, להליך זה עשויה להיות השפעה עצומה לא רק על המבקשים רשות ערעור כאן אלא על קהילה שלמה החיה בשכונה האמורה ואף בשכונות שכנות. להכרעה כאן תהיה השפעה ישירה על מכלול הפינויים בשכונת בטן אלהווא בה נמצא הנכס, כלומר על סכנת פינויין של 136 נפשות בטווח הקרוב, ושל קהילה בת 700 נפשות בטווח הרחוק יותר.

18. לפי מידע שנמסר לנו מתנועת "שלום עכשיו" בעת הגשת חוות-דעת זו מתנהלות בבתי המשפט בירושלים לפחות 15 תביעות שהוגשו על ידי נציגי הקדש בנבנישתי (שהם כאמור אנשי עמותת עטרת כהנים) בדרישה לפינוי בניינים שלמים, המאוכלסים על פי רוב במשפחות ברוכות ילדים המתגוררות בצפיפות

ובעוני (ראו להלן ה"ש 98). מתחילת שנת 2020 ניתנו בבימ"ש השלום בירושלים פסקי דין לפינוי 19 משפחות, סה"כ 107 נפשות, בשכונת בטן אלהווא.

19. בערכאות הקודמות נקבעו העובדות הבאות לגבי התיק דנן: מורישם של המערערים (להלן: "המוריש") רכש את הנכס בשלבים החל משנת 1964 או 1965. לפי הסכמי רכישה שהוגשו לבית המשפט מ-1965 ומ-1967, המוריש רכש את המגרש ממר קאיד ג'לאג'יל ורעייתו, שהחזיקו בנכס לפחות 25 שנה, בתמורה מלאה. אמינותם של חוזי הרכישה שהוצגו לא נסתרה בכל ההליכים, כמו גם תום לבם של הרוכשים. מאז במשך 56 שנים הם מתגוררים במקום.

20. המשיבים הינם הנאמנים של הקדש בנבנישתי שעל-פי הנמסר לנו הוקם במאה ה-19 ע"י הקהילה היהודית בירושלים כפרוייקט דיור כדי לסייע במצוקתם של יהודים, בעיקר יוצאי תימן. ההקדש הוקם כהקדש ציבורי שנאמניו הם אנשי ציבור, ראשי הקהילה באותם ימים: הרב הראשי הספרדי, הרב הראשי האשכנזי ומנהל בית ספר אליאנס. בשנת 1938 נכסי ההקדש נעזבו בשל הוראה של השלטונות הבריטים באזור. לאחר מכן, ובמשך מספר שנים, נשאר ההקדש עזוב למעט משלחות מטעם הנאמנים שמעת לעת בדקו את מצב הבתים במקום. מצב דברים זה נמשך עד לשנת 1946, אז הושכרו נכסי ההקדש למר ג'לאג'יל על מנת שיטפל בהם, אך זה נהג בהם בפועל מנהג בעלים עד שמכרם שני עשורים לאחר מכן למורישם של המערערים. כלומר, המשיבים כיום הינם חליפיו של בעלים אשר איבד את החזקה בנכס כבר לפני מעל ל-80 שנה.

21. נאמני הקדש בנבנישתי הנוכחיים מונו על-ידי בית המשפט המחוזי בהליך שלמערערים לא הייתה דרך לדעת על קיומו. רשם ההקדשות והאפוטרופוס הכללי הביעו את הסכמתם למינוי הנאמנים בלי להזכיר אפילו את קיומם של הדיירים הוותיקים, וכל שכן מבלי לבקש שישמע קולם.

22. עוד כרקע נזכיר שהנכס נושא תיק זה היה עד לשנת 1967 בניהול האפוטרופוס הירדני לנכסי אויב ובהתאם להוראת חוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], תש"ל-1970, הוקנה לאפוטרופוס הכללי אשר שחרר אותו להקדש. גם הליכי השחרור נעשו ללא מעורבות או ידיעה בזמן אמת של המערערים, וממילא ללא שעמדתם נשמעה. בית המשפט העליון הצביע על הפסול שבדבר במסגרת פסק דינו בבג"ץ 7446/17 מאהר סרחאן ו-103 אח' נ' האפוטרופוס הכללי והכונס הרשמי (21.11.2018, פורסם בנבו) פסקאות 46 – 47.

ב. המסגרת ההיסטורית והנורמטיבית הרלבנטית לירושלים המזרחית

23. כידוע חלוקת ירושלים במהלך המלחמה ב-1948, בין ישראל וירדן, הביאה לעקירתם של תושבים יהודים מביתם שבמזרחה ושל תושבים פלסטינים רבים מביתם שבמערבה.

24. לפי נתונים שנאספו על-ידי ארגוני חברה אזרחית, כ-35,000 פלסטינים מאזור ירושלים איבדו את בתיהם (בשכונות טלביה, קטמון, בקעה, דיר יאסין ועוד) וכ-2,000 יהודים איבדו את בתיהם (בעיקר בעיר העתיקה ובשייח ג'ראח) זאת לפי הערכות לגבי מספר הבתים. לרוב היהודים שהתגוררו ברובע היהודי היו זכויות שכירות מהבעלים המוסלמים של המקרקעין שבמקרים רבים לא עלתה על שנה אחת, אם כי

בפועל היתה "הסכמה" בין היהודים שלא מתחרים ביניהם על השכירות ולכן החזקה הייתה עמידה לאורך שנים (א. זמיר וא. בנבנישתי **אדמות היהודים**, עמ' 97, וראו גם בע"א 219/88 **ויינגרטן ואח' נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו 28.2.1990). הפלסטינים כולם הפכו פליטים, לא קיבלו פיצוי ויושבו במחנות פליטים בשטח תחת שליטת ירדן. לעומתם היהודים, קיבלו ממוסדות המדינה פיצוי באופן מיידי בצורת דיור חלופי, ויושבו בתוך תחומי מדינת ישראל (ראו: ארנון גולן, **שינוי מרחבי – תוצאות מלחמה**, הוצאת אוניברסיטת בן גוריון, 2001).

25. **חוק נכסי נפקדים, תשי"ז - 1950** הקנה את נכסי הפליטים הפלסטינים לאפוטרופוס לנכסי נפקדים אשר העביר את רובן לרשות הפיתוח.

26. ב-1968 חוקקה הכנסת את **חוק הסדרי משפט ומינהל, התשכ"ח-1968** (היום - **חוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], תשל"ז-1970**) שעסק בהסדרת עניינים שונים בשטח במזרח ירושלים שעליו הוחל המשפט הישראלי ב-1967. לגבי נכסי היהודים שנעזבו ב-1948 והיו במעמד של נכסי אויב ובניהול האפוטרופוס הירדני לנכסי אויב, קבע החוק כי האפוטרופוס הכללי ייכנס בנעליו של האפוטרופוס הירדני (סעיף 5(א)) וישחרר את הנכסים למי שהיה בעליהם טרם ההקניה לאפוטרופוס הירדני (סעיף 5(ב)).

27. התוצאה המשפטית היא שבעיר אחת, כתוצאה ממלחמה אחת יש שתי אוכלוסיות שאיבדו רכוש אך רק קבוצה לאומית אחת זכאית להשיב את רכושה, והאוכלוסייה השנייה, המתגוררת לעתים כמה מאות מטרים מנכסיה במערב העיר, לא יכולה להשיבם. **המדובר במצב משפטי מפלה ביוזעין ובכוונת מכוון שבו יהודים שהיו להם זכויות קנייניות בנכסים בעיר זכאים לקבל את הנכסים בחזרה בעוד שפלסטינים שהיו להם זכויות בנכסים בעיר אינם זכאים לקבלם בחזרה**. המצב המשפטי הוא מפלה עד כדי כך, שהבעלים הקודם היהודי זכאי להשבת הנכס שלו, אפילו אם הוא מאוכלס בתושבים פלסטינים שאיבדו את בתיהם במערב העיר ואין הם זכאים לקבלם בחזרה.

28. ב-28 ביוני 1967, כשלושה שבועות אחרי המלחמה, נחתם על ידי הממשלה **צו סדרי השלטון והמשפט מס' 1, תשכ"ז-1967** שהחיל את החוק הישראלי על כ-70,000 דונם ממזרח לירושלים. בשטח שסופח לא התגוררו ישראלים אלא כ-69,000 פלסטינים שקיבלו בישראל מעמד של תושבי קבע, ולא אזרחות. כעבור חמישים וארבע שנים, מתגוררים בשטחים שסופחו לירושלים כ-227,000 ישראלים, רובם המוחלט בשכונות הגדולות שהקימה מדינת ישראל מאז 1967 מעבר לקו הירוק בירושלים (ראו מיכל קורח, מאיה חושן, **על נתוניך ירושלים**, מכון ירושלים למחקרי מדיניות, 2021 עמ' 19-20).

29. כדי לבנות שכונות אלה, נעשה שימוש נרחב בפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943. בדרך זו, הפקיעה ישראל כ-24,000 דונם (כשליש מהשטח שסופח לירושלים, ראו "**אתר המפות הנעלמות**", עמותת במקום), מבעליהם החוקיים, רובם המוחלט פלסטינים. על האדמות הללו הקימה ישראל למעלה מ-57,000 יחידות דיור בשכונות כמו גילה, רמות, פסגת זאב וכו' (הערכת תנועת שלום עכשיו לפי תכניות ואוכלוסייה).¹

¹ עד 2007, פלסטינים במזרח ירושלים לא יכלו לרכוש זכויות בשכונות הישראליות במזרח ירושלים אלא באישור מיוחד. לפי החלטת מועצת מקרקעי ישראל רק אזרחים ישראלים (או אנשים הזכאים לעלות לישראל לפי חוק השבות) היו רשאים לרכוש זכויות באדמות מדינה. תושבים (ואחרים) לא יכלו לרכוש, אלא בהגשת בקשה מיוחדת. ב-21/5/07 קיבלה מועצת

30. בעוד שההפקעות גרמו לפלסטינים אובדן של חלק ניכר מנכסיהם הפרטיים, הקמת השכונות לא הביאה לעקירתם מבתיהם. מאז 1967 לא עסקה ישראל בעקירה של אוכלוסייה פלסטינית גדולה במזרח ירושלים, למעט יוצא מן הכלל אחד ב-10 ביוני 1967 אז הרסו דחפורים 135 בתים בשכונת המוגרבים, על מנת ליצור את רחבת הכותל המערבי, בהוראת שר הביטחון וראש העיר.

31. מאז ועד לסכנת העקירה המרחפת כיום על קהילות בשייח ג'ראח ובסילוואן, לא היו מקרים אחרים של עקירה מאסיבית של פלסטינים במזרח ירושלים. כיום בארבע שכונות בשני אזורים במזרח ירושלים, ישנו איום אמיתי לפינוי מאסיבי. ארגוני מתנחלים שזוכים לשיתוף פעולה נרחב מהרשויות, ובכמה מקרים הרשויות עצמן, הגישו תביעות פינוי נגד כ-160 משפחות פלסטיניות: כ-60 בשייח ג'ראח, וכ-100 בבטן אלהוא בסילוואן. עשרות משפחות נוספות עלולות לקבל תביעות פינוי בעתיד הקרוב. בנוסף, איום בהריסה מרחף על כ-78 מבנים עם כ-130 משפחות באזור הבוסתאן בסילוואן.

ג. המוחלשות הכרונות של הקהילה הפלסטינית של ירושלים

32. בירושלים מתגוררים כיום כ-360,000 תושבים פלסטינים המהווים כ-38% מכלל תושבי ירושלים² והם סובלים מאפליה, הזנחה ומוחלשות כמעט בכל תחומי החיים.

33. **תושבות קבע ולא אזרחות** - מאז 1967 ניתן לתושבי מזרח ירושלים מעמד של תושבי קבע בישראל, שאינם אזרחים. אין להם זכות הצבעה לכנסת (אלא לעירייה בלבד), אין להם דרכון ישראלי (הם תלויים בתעודות מעבר הניתנות לתקופה קצובה) ובנסיבות מסוימות מעמד זה עלול להילקח מהם (בין השאר, אם הם נוסעים לזמן ממושך לחו"ל, או עוברים להתגורר מחוץ לתחום ירושלים, בגדה). הם אינם יכולים לממש באופן מלא את זכותם לחיי משפחה כי מאז שנת 2002 מוקפא כמעט לחלוטין ולמעט חריגים הליך איחוד משפחות. מרבית תושבי מזרח ירושלים אינם אזרחים של אף מדינה, וכידוע האפשרות העומדת להם לזכות באזרחות ישראלית מוגבלת ביותר. כידוע אזרחות היא כלי מרכזי למימוש והגנה על כלל הזכויות והדרת תושבי ירושלים המזרחית ממנגנוני השלטון המרכזי מעצימה את הפגיעה בכל התחומים כפי שיפורט להלן.

34. **הזנחה מתמשכת – היעדר תשתיות ושירותים בסיסיים** - דו"ח מבקר המדינה שעסק בשירותים החברתיים הניתנים לאוכלוסייה הפלסטינית בירושלים המזרחית מצא "פערים ברוב התשתיות

מקרקעי ישראל את החלטה מס' 1111 לפיה גם תושבים רשאים לרכוש אדמות מדינה. אך בשל הפערים הכלכליים ובשל ההבדלים בסגנונות החיים, השכונות נותרו שכונות ישראליות: לפי הערכות, רק כ-1.5% מהאוכלוסייה בשכונות אלה הם פלסטינים, רובם גרים בשכירות.

² נתוני למ"ס, מצוטטים אצל האגודה לזכויות האזרח, **ירושלים המזרחית: עובדות ונתונים 2021**, מאי 2021.

והשירותים במזרח ירושלים לעומת מערבה: בין היתר, פערים בחינוך ובהשכלה גבוהה ואי ידיעת עברית, וכן פערים בתחבורה, בכמות מבני הציבור ושטחי הציבור, בתברואה ובשירותים העירוניים.³

35. **רווחה** – מבקר המדינה מונה שורה ארוכה של ליקויים וחסרים בשירותי הרווחה לתושבי מזרח ירושלים: חוסר טיפול בילדים בסיכון, מחסור במסגרות חוץ ביתיות, מחסור במעני רווחה לנזקקים, מחסור בעובדים סוציאליים, מחסור בלשכות רווחה, תקציבי רווחה נמוכים.⁴

36. **עוני** – ב-2017 חיו כ-75% מהמשפחות במזרח ירושלים מתחת לקו העוני (לעומת 22% מהיהודים בירושלים). 86% מהילדים במזרח ירושלים חיו בעוני לעומת 33% מהילדים היהודים.⁵

37. **חינוך** – במזרח ירושלים חסרות כ-1,670 כיתות לימוד,⁶ מה שלא מאפשר קבלתם של ילדים למוסדות חינוך וגורם לפגיעה בזכותם החוקתית של הילדים במזרח ירושלים לשוויון בחינוך. כ-30% מהילדים הפלסטינים בירושלים המזרחית (43,760) אינם רשומים למסגרת לימודים מוסדרת או שלא ידוע מהי מסגרת הלימודים שאליה הם משתייכים.⁷ אחוז הנשירה של תלמידי מזרח ירושלים הוא 26.5% (לעומת ממוצע כלל ארצי העומד על 5.4%). כמו כן, רבים מההורים נאלצים לשלם אלפי שקלים בשנה למימון הלימודים של ילדיהם במוסדות שאינם רשמיים.⁸

38. **מעצרי ילדים** – 443 קטינים פלסטינים נעצרו בירושלים בשנת 2020 שהם 73% מכלל הקטינים שנעצרו בירושלים, 146 מתוכם מתחת גיל 15.⁹

39. **הפקעה** – כשליש משטחי מזרח ירושלים (כ-23,000 דונם), הופקע מאז 1967 ע"י ממשלת ישראל מבעליהם הפלסטינים (למעט אחוז קטן שהופקע מבעלים יהודים). על השטח שהופקע יזמה הממשלה תכנון ובנייה של כ-57,000 יחידות דיור לשכונות ישראליות.¹⁰ רק כ-600 יחידות דיור ביוזמה ממשלתית נבנו מאז 1967 במזרח ירושלים עבור פלסטינים, רובן בשיכונות נוסייבה בבית חנינא (ראו שלום עכשיו, "היתרי בניה בירושלים", 28/8/19 בקישור <https://peacenow.org.il/jerusalem-construction-permits>).

³ דוח מבקר המדינה, השירותים החברתיים לאוכלוסייה הערבית במזרח ירושלים, יוני 2019: <https://www.mevaker.gov.il/sites/DigitalLibrary/Documents/special/2019-Jerusalem/31-services.pdf?AspxAutoDetectCookieSupport=1>

⁴ דוח מבקר המדינה, שם, עמ' 343 – 345.

⁵ מאיה חושן, מיכל קורח, **על נתוני ירושלים 2019**, מכון ירושלים למחקרי מדיניות, 2019.

⁶ תשובת עיריית ירושלים מיום 19/8/20 לבקשת חופש מידע שהגישה עמותת עיר עמים.

⁷ תשובת עיריית ירושלים, שם.

⁸ דוח מבקר המדינה, שם, עמ' 340 – 341.

⁹ תשובת משטרת ישראל לבקשת חופש מידע של האגודה לזכויות האזרח מיום 8/4/21.

¹⁰ ראו ה"ש 1 לעיל.

40. **היעדר תכנון** - רוב השטחים שלא הופקעו במזרח ירושלים הוגדרו בתכניות המתאר כשטחים פתוחים האסורים בבנייה. כיום רק כ-15% משטחי מזרח ירושלים (ובפועל 8.5% משטח ירושלים כולה), מיועדים למגורים עבור האוכלוסייה הפלסטינית, ואחוזי הבניה המותרים בהם נמוכים מאוד.¹¹
41. **היתרי בניה** - בשנים 2009 - 2017 אושרו תכניות מפורטות (שמכוון ניתן להוציא היתרי בניה) לכ-10,000 יחידות דיור בשכונות הישראליות במזרח ירושלים. לעומת זאת באותן שנים בשכונות הפלסטיניות אושרו תכניות נקודתיות בלבד שמספקות כמה מאות יחידות דיור בלבד.¹² מתוך 57,737 יחידות דיור שאושר להן היתר בניה בירושלים בין השנים 1991 – 2018, רק 9,536 יחיד (16.5%) אושרו לבניה בשכונות פלסטיניות, כל השאר אושר בשכונות היהודיות ממערב וממזרח לקו הירוק.¹³
42. **הריסות בתים שנבנו ללא היתר** – בשנת 2020 נהרסו בירושלים 144 יחידות דיור ועוד 72 מבנים שאינם למגורים. 122 יחידות נוספות נהרסו בהריסה עצמית בעקבות צווי הריסה. מדובר בעליה דרמטית לעומת השנים 2015 – 2018 שבהן נהרסו בממוצע 83 יחיד בשנה.¹⁴
43. **צפיפות דיור** – צפיפות המגורים בשכונות הפלסטיניות במזרח ירושלים עומדת במוצע על 1.8 נפשות לחדר לעומת 0.86 נפשות לחדר במוצע הארצי, ולעומת נפש אחת לחדר בשכונות היהודיות בירושלים.¹⁵ מאז בניית גדר ההפרדה עלו מחירי הדיור בשכונות הפלסטיניות באופן דרמטי, ומשפחות רבות לא מצליחות לעמוד בדמי השכירות הגבוהים ונאלצות לעבור לשכונות העוני הצפופות שמעבר לגדר (במחנה פליטים שועפט ובכפר עקב). מצוקת הדיור במזרח ירושלים מביאה לפגיעה קשה בזכות לקורת גג ולדיור, כשלעיתים נאלצות המשפחות לצאת מהגבול המוניציפאלי של ירושלים ולהסתכן באיבוד מעמד התושבות.
44. קשה שלא לראות את הדברים כהווייתם: התושבים הפלסטינים של ירושלים המזרחית הם אוכלוסייה מוחלשת, מופלית ומנושלת, שמעמדה הנחות מעוגן משפטית במסגרת הנורמטיבית החלה בשטח. הם אינם אזרחים ולכן אין להם זכויות פוליטיות שהן כלי מרכזי ולעיתים הכרחי להגנה על זכויות אחרות, הם אינם זכאים לקבל חזרה נכסיהם שבמערב העיר בעוד שכניהם היהודים זכאים לקבל את רכושם במזרחה, והם סובלים מהזנחה ואפליה כרונית בכל תחומי החיים. כך הקהילה הפלסטינית של ירושלים המזרחית כולה, וכך המערערים באופן ספציפי.

¹¹ עיר עמים ובמקום, הכל מתוכנן – על מדיניות של הכשלת תכנון בשכונות הפלסטיניות בירושלים, 2017.

¹² עיר עמים ובמקום, שם.

¹³ שלום עכשיו, היתרי בניה בירושלים: פלסטינים מופלים לרעה, 28.8.19.

¹⁴ עיר עמים, הריסות במזרח ירושלים, סיכום שנתי 2020, ינואר 2021

¹⁵ מאיה חושן, מיכל קורח, על נתוני ירושלים 2020, מכון ירושלים למחקרי מדיניות, 2020.

IV. זכותם של דיירים ותיקים להמשיך להתגורר בביתם

א. הזכות למגורים במשפט הבינלאומי של זכויות האדם

45. במשפט הבינלאומי לזכויות אדם, הוכרה זכות האדם למגורים כבר ב-1948 בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (סעיף 25(1)).¹⁶ כיום היא מוגנת גם באמנות העיקריות לזכויות אדם שמדינת ישראל אישרה, ביניהן האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות ("ICESCR") והאמנה בדבר ביעור כל צורות ההפליה הגזעית ("CERD").¹⁷ בנוסף, סעיף 17 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות ("ICCPR") וסעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות אדם ("ECHR") (לה מדינת ישראל כמובן אינה צד) מחייבים מדינות לכבד את ביתו של הפרט,¹⁸ כאשר המונח "בית" בשתי אמנות אלו פורש באופן רחב, כך שהזכות של האדם ליציבות ואי-פגיעה במגוריו בביתו חולשת גם על מצבים בהם הוא אינו הבעלים הקנייני של הנכס.¹⁹

46. במשפט הבינלאומי לזכויות אדם, הזכות למגורים מורכבת משבעה יסודות חיוניים.²⁰ ניתן לקבץ יסודות אלו לשלושה מישורי זכות:

א. זכות האדם לבית, כלומר, זכותו של כל אדם כי יהיה לו מקום מגורים;

¹⁶ ישנם מומחים הטוענים כי לכל הזכויות בהכרזה יש מעמד מנהגי. ראו Hurst Hannum, The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law, 25 GA. J. Int'l & Comp. L. 287, 323-325 (1995-1996).

¹⁷ ראו בהתאם International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Art. 11(1), 16 Dec., 1966, 999 U.N.T.S. 171 (entered into force 3 Jan., 1976); International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Art. 5(e)(iii), 21 Dec., 1965, 660 U.N.T.S. 195 (entered into force 4 Jan., 1969).

¹⁸ International Covenant on Civil and Political Rights, Art. 17(1), 16 Dec., 1966, 999 U.N.T.S. 171 (entered into force 3 Jan., 1976); Council of Europe, Recommendation of the Commissioner for Human Rights on the Implementation of the Right to Housing, 5 (30 June, 2009); Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as Amended by Protocols No. 11 & 14, Art. 6, 8, 13-14, 4 Nov. 1950, ETS 5 (entered into force 3 Sep., 1953) ("ECHR" (להלן)).

¹⁹ Yordanova & Others v. Bulgaria, App. No. 25446/06 (April 24, 2012), at para 102-103 (ECHR); Human Rights Committee; CCPR General Comments No. 16: Article 17 (Rights to Privacy), The Right to Respect of Privacy, Family, Home and Correspondence, and Protection of Honour and Reputation, ¶5 8 April 1988, HRI/GEN/1/REV.9 (Vol. I).

²⁰ Jessie Hohmann, The Right to Housing Law, Concepts, Possibilities 21 (2013) ראו גם United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 4: The Right to Adequate Housing (Art. 11(1) of the Covenant), ¶7-8 13 Dec., 1991, E/1992/23 ("GC 4" (להלן)).

ב. זכות האדם למגורים נאותים, כלומר כי ביתו של אדם יהיה ראוי למגורים;

ג. זכות האדם לביטחון בביתו, **כולל שלא להיות מפונה**, כלומר הזכות של אדם להמשיך ולהתגורר בביתו.

47. **עניינה של חוות דעת זו במישור השלישי, כלומר בזכות האדם להמשיך ולהתגורר בביתו.** ה-ICESCR

הוא המסמך המרכזי שמעגן את הזכות למגורים ומגן עליה.²¹ סעיף 11(1) ל-ICESCR מטיל חובה על מדינות להכיר בזכות של כל אדם ומשפחתו לדיוור. לענייננו, כבר בשנת 1991 הבהירה הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, האמונה על פרשנות אמנה זו, כי אין לפרש את הזכות לדיוור באופן צר כקורת גג אלא כזכות לחיות בביטחון (כולל ללא חשש מפינוי), בשלום ובכבוד.²² כלומר, הזכות מביטחה הן שלאדם יהיה בית הן שמגוריו בבית שיש לו **ייהנו מהגנה**. ההגנה המרכזית שמעניקה הזכות למגורים/לבית במובן זה היא מפני פינוי שנתפס כהפרה המרכזית של זכות זו.²³

48. **נדגיש שנית את הדבר החשוב לענייננו: זכות האדם למגורים פורשה כמשתרעת לא רק על הזכות של חסרי דיוור לדיוור, או על הזכות לדיוור בתנאים נאותים, אלא גם על הזכות של מי שיש לו/ה בית להמשיך לגור בביתו/ה. ההגדרה שלהלן אומצה עוד ב-2001 בדו"ח הדווח המיוחד ("Special Rapporteur") של האו"ם לדיוור הולם (ההדגשה שלנו):**

*"The human right to adequate housing is the right of every woman, man, youth and child to gain and sustain a secure home and community in which to live in peace and dignity."*²⁴

49. על פי הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כדי להבטיח לאדם זכות להמשיך לגור בביתו, על המדינות לספק הגנה משפטית על דיוור קבע, שהיא גם הגנה מפני פינוי, וזאת גם כשאינן לדייר זכות משפטית בנכס:

"[A]ll persons should possess a degree of security of tenure which guarantees legal protection against forced eviction, harassment and other housing threats. States parties should consequently take immediate measures aimed at conferring legal security of tenure upon those persons and households"

²¹ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), Fact Sheet No. 21, The Right to Adequate Housing, 11 (Rev.21 Nov., 2009).

²² לעיל הי"ש 20.

²³ United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 7:

The Right to Adequate Housing (Art. 11.1): Forced Evictions 20 May 1997, E/1998/22 ("GC 7").

²⁴ Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, Mr. Miloon Kothari, submitted pursuant to Commission resolution 2000/9 (25 January 2001)

E/CN.4/2001/51, para. 8

*currently lacking such protection, in genuine consultation with affected persons and groups.*²⁵

50. בנוסף, הוועדה קבעה שההגנה שמעניקה המדינה לזכויות קנייניות לא פותרת אותה מחובתה לדאוג לדיור הולם.²⁶ על פי הוועדה, פינוי כפוי מהווה, על-פניו, הפרה של הזכות לדיור.²⁷ פינוי כפוי מוגדר כהוצאה, זמנית או קבועה, של אדם, משפחה או קהילה מבתים או מאדמה בה הם מגוררים, ללא הסכמתם, מבלי לספק להם הגנות משפטיות ראויות או שלא בהתאם להוראות האמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם.²⁸ רק במקרים חריגים, בהם יש צורך חיוני דחוף²⁹ ניתן לבצע פינוי כפוי מבלי לספק אלטרנטיבת מגורים ראויה לקהילה כולה – ובכל מקרה החלטה על פינוי כפוי כפופה לעקרונות המידתיות³⁰. במצבים חריגים אלה יש גם להבטיח לכל אדם הגנות פרוצדורליות ראויות.³¹ במקרה *Georgopoulos*, אשר עסק בהריסת מבנים יבילים של צוענים חסרי-דיור, שלא קיבלו סיוע ראוי מהמדינה כדי שתהיה להם קורת גג, הוועדה לזכויות אדם האמונה על פרשנות ה-ICCPR קבעה שהופרה זכותו למגורים של דייר בשל הריסת מבנה יביל שנבנה על קרקע ציבורית מבלי שניתנה לו זכות להתנגד.³² כמו כן, הדווחת המיוחדת של האו"ם לעניין הקשר בין האיסור על הפליה לבין הזכות לדיור הולם ציינה שפינוי כפוי, במיוחד של פליטים, מהגרים וקהילות מוחלשות אחרות, שלא בהסכמתם ובלי הענקת אלטרנטיבה של מגורי קבע, היא הפרה של משפט זכויות האדם הבינלאומי, וכי החובה של מדינות היא להבטיח שאוכלוסיות מוחלשות לא יופלו בכל המובנים של הזכות לדיור.³³

²⁵ GC 4 ¶8(a).

²⁶ United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *Alban v. Spain*, ¶11.5 (E/C.12/66/D/37/2018).

²⁷ United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *Pardo v. Spain*, ¶9.2 (E/C.12/67/D/52/2018).

²⁸ United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *Ben Djazia & Bellili v. Spain*, ¶13.3-13.4 (E/C.12/61/D/5/2015).

²⁹ GC 7, לעיל הי"ש 23, בפסי' 3, 20.

³⁰ Human Rights Committee, "I Elpida" – The Cultural Association of Greek Gypsies from Halandri and Suburbs, and Stylianos Kalamiotis v. Greece, ¶12.4-12.5 (CCPR/C/118/D/2242/2013).

³¹ *Ben Djazia*, לעיל הי"ש 27, פסי' 13.3-13.4. ראו גם *Pardo*, לעיל הי"ש 26, פסי' 8.2.

³² GC 4 ¶8(a).

³³ Human Rights Committee, *Georgopoulos et al. v. Greece* (CCPR/C/99/D/1799/2008).

³⁴ Human Rights Council, *Visit to France: Report of the Special Rapporteur on Adequate Housing as a Component of the Right to an Adequate Standard of Living, and on the right to Non-Discrimination in this Context*, ¶53, 92(k); A/HRC/43/43/Add.2 (28 Aug., 2020).

51. המשפט הבינלאומי מטיל על מדינות את החובה לעגן עקרונות אלו בחקיקה המקומית (מדינתית) העוסקת בפינויים כפויים. החובה להבטיח הגנות משפטיות חלה הן על פינוי המוני והן על פינוי בודד.³⁴

52. המשמעות של כל האמור היא שהזכות למגורים היא זכות עצמאית, היא ממומשת בנכס שהוא ה"בית" וכרוכה בו, והחשוב לענייננו הוא שהיא אינה תלויה בבעלות קניינית שיש לאדם בנכס המשמש כאמור כביתו. נשאלת לפיכך השאלה מה קורה במקרה של התנגשות בין זכות למגורים של אדם אחד בנכס מסוים, המבוססת גם על זכות החזקה הקניינית שעומדת לו, וזכות הבעלות הקניינית של אחר באותו הנכס.

53. הזכות למגורים, הקובעת כאמור לא רק כי כל אדם זכאי למגורים ראויים אלא כי אדם זכאי להמשיך להתגורר במקום המשמש לו בית, אינה מוחלטת ואינה מונעת בכל מקרה ובכל מצב פינוי של אדם מביתו. עם זאת היא מחייבת שהפינוי יהיה מידתי, קרי כי הצורך לפנות יגבר באיזון בין זכות האדם למגורים, הנשענת בין היתר כאמור על זכות החזקה של הדייר בבית, לבין הזכות לקניין של בעל הנכס, וכפועל יוצא שיעמוד במגבלות מסוימות.

54. דוגמה ליישום דוקטרינה זו ברמה המדינית, ניתן למצוא בדרום אפריקה, שם סעיף 26(3) לחוקה קובע:

"No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions"

55. עקרון זה שאוסר פינוי אלא אם הוא עומד בדרישות המידתיות המורכבת משיקול של שיקולים שונים, יושם על-ידי בית המשפט החוקתי של דרום אפריקה בתיק הנודע והחשוב Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers, Judgement of the Constitutional Court of South Africa, 1 October 2004. בתיק זה המדינה ביקשה צו לפינוי פולשים שהתיישבו באדמה פרטית, ונקבע כי בהתאם להוראת החוקה צו פינוי יינתן רק במקרים בהם צודק לעשות כן, כאשר על בית המשפט לקחת בחשבון מספר גורמים, וביניהם קיומן של אלטרנטיבות דיור למפונים. בית המשפט החוקתי קבע כי סעיף 26(3) לחוקה מתנה בנסיבות מסוימות פינוי במציאת דיור חלופי הולם. בית המשפט הרחיק לכת אף יותר, וקבע כי על אף שלמפונים הוצעו שתי אלטרנטיבות דיור, הן לא היו מתאימות שכן באף אחת מהן המדינה לא הצליחה להבטיח את הישארות הדיירים לטווח ארוך. בסופו של דבר בית המשפט דחה את הבקשה לצו פינוי.

56. על רכיבי מבחן המידתיות האמור, כפי שפותרו במשפט הבינלאומי של זכויות האדם, נעמוד בתת-פרק ג'. לפני כן, חשוב להבין את הקשר בין הזכות לדיור לזכויות נוספות המוכרות גם הן במשפט הבינלאומי של זכויות האדם.

³⁴ GC 7 ¶3. ראו גם Ben Djazia, לעיל ה"ש 27, שם, וכן סעיף 12(1) ל-ESCR.

ב. הזכות לחיי משפחה, לחיי קהילה ולתרבות כמשליכות על הזכות למגורים

57. כחלק מהגישה האינטגרטיבית המקובלת במוסדות המשפטיים הבינלאומיים לזכויות אדם, לפיה זכויות האדם קשורות זו בזו,³⁵ לא ניתן לראות את הזכות לדיוור הולם במנותק מזכויות אחרות,³⁶ כולל הזכות לחיי משפחה והזכות ולחיי קהילה.³⁷ הזכות לחיי משפחה מנויה לצד הזכות לדיוור ובאותו סעיף כמוה באמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות ("ICESCR"); באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות ("ICCPR"); ובאמנה האירופית לזכויות אדם ("ECHR").³⁸ בנוסף, האמנה בדבר ביעור כל צורות ההפליה הגזעית ("CERD") מגנה על שוויון בהקשר של זכויות אזרחיות וחברתיות כולל זכויות הקשורות לחיי משפחה (נישואים, ירושה) לצד הזכות לדיוור.³⁹ משכך, אין זה מפתיע שבשנת 2006 הדווח המיוחד של האו"ם לענייני דיוור הולם הגדיר את הזכות לדיוור הולם כזכותו של כל אדם לחיות עם משפחתו בביתו וכחלק מהקהילה שלו בשלום וכבוד.⁴⁰ הוא ציין שבהקשר של פינוי, על המדינות החובה לדאוג שמשפחות וקהילות לא יופרדו לאחר הפינוי:

"The Government and any other parties responsible for providing just compensation and sufficient alternative accommodation, or restitution when feasible, must do so immediately upon the eviction, except in cases of force majeure. At a minimum, regardless of the circumstances and without discrimination, competent authorities shall ensure that evicted persons or groups, especially those who are unable to provide for themselves, have safe and secure access to: (a) essential food, potable drinking water and sanitation; (b) basic shelter and housing; (c) appropriate clothing; (d) essential medical services; (e) livelihood sources; (f) fodder for livestock and access to common property resources previously depended upon; and (g) education for children and childcare facilities. States should also ensure

Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the Negative Impact of Unilateral Coercive Measures on the Enjoyment of Human Rights on his Mission to the Syrian Arab Republic, ¶73 A/HRC/39/54/Add.2 (11 Sep., 2018).

³⁵ Hohmann, לעיל הי"ש 20, בעמ' 21. ראו גם GC 4, בפס' 8, 13.

³⁶ שם, בפס' 8 (f-g).

³⁷ ראו בהתאם את האמנות, לעיל הי"ש 17 ו-18 שם.

³⁸ CERD ס' 5.

Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on Adequate Housing as a Component of the Right to an Adequate Standard of Living, and to the Right to Non-Discrimination in this Context, Miloon Kothari, ¶10 E/CN.4/2006/41 (21 March, 2006).

*that members of the same extended family or community are not separated as a result of evictions.”*⁴¹

58. בנוסף, ועדת זכויות האדם האמונה על פרשנות ה-ICCPR קבעה באופן מפורש שחיי קהילה של עשרות שנים הוא שיקול שיש לקחת בחשבון בבחינת החוקיות של פינוי. בהחלטה שקבעה כי יוון הפרה את הזכויות לחיי משפחה ולבית המוגנות בסעיף 17 ל-ICCPR כאשר רשויות באתונה פינו בכח קהילת צוענים מנכסים בבעלות פרטית של אחרים, הוועדה לזכויות אדם ציינה כי חובה לשקול "special circumstances such as decades-old community life"⁴².

59. הזכות לתרבות גם היא קשורה באופן ישיר לזכות לדיור הולם, ואף היא מקבלת ביטוי בין היסודות שמרכיבות את הזכות לדיור הולם.⁴³ זכות זו מוגנת בסעיף 15(1)(a) ל-ICESCR. על המדינה החובה לדאוג לכך שלכל פרט יהיו התנאים לחיות את חייו בהתאם לתרבותו ולתרבות קהילתו,⁴⁴ במיוחד כשאותו פרט הוא חלק מקבוצת מיעוט בחברה.⁴⁵ בהקשר של הזכות לדיור הולם, מקום המגורים חייב לאפשר לדייר את האפשרות לבטא את תרבותו במידה מספקת.⁴⁶

60. מכל זאת ניתן להגיע למסקנה כי ההגנה על הזכות לדיור הולם מחייבת את המדינה להגן גם על זכויות אדם אחרות ולקחת בחשבון את הזכות לחיי משפחה, לחיי קהילה ולתרבות בבחינת החוקיות של פינוי.⁴⁷

ג. מבחן המידתיות בהתנגשות בין הזכות למגורים לזכות הקניין או אינטרסים אחרים

61. עקרון המידתיות, בהקשר של הזכויות הנקובות ב-ICESCR כשמימושן מתנגש עם אינטרסים נוגדים, ותנאי יישומו, נגזרים מהוראות סעיפים 1(2) ו-4 לאמנה. בהקשר של הזכות למגורים והאפשרות לפנות אדם מביתו, נקבע שמבחן המידתיות כולל את הפרמטרים הבאים: א. יהיה לפי חוק; ב. יקדם את

⁴¹ שם, בפס' 52 (ההדגשה שלנו).

⁴² "I Elpida", לעיל הי"ש 29, שם.

⁴³ GC 4 ¶8(g), אשר קובע כי אחד היסודות של הזכות לדיור הולם היא הלימה תרבותית.

⁴⁴ United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 21: The Right of Everyone to take part in Cultural Life, ¶3, 6-7 21 Dec. 2009, E/C.12/GC/21 (להלן: "GC 21").

⁴⁵ שם, פס' 7. השוו גם ל-ICCPR, לעיל הי"ש 18, בסעיף 27; Human Rights Committee, General Comments No. 23: Article 27 (Rights of Minorities), 8 April 1994, CCPR/Rev.1/Add.5.

⁴⁶ GC 21 ¶16(e); GC 4 ¶8(g).

⁴⁷ Miloon Kothari et al., The Human Right to Adequate Housing and Land, National Human Rights Commission 15 (2006).

הרווחה הכללית בחברה דמוקרטית; ג. יקדם מטרה לגיטימית; ד. יהיה מתוך צורך (עליו להיות האמצעי שפגיעתו הפחותה ביותר); ה. יביא ליותר תועלת מאשר נזק (מידתיות במובן הצר).⁴⁸

62. נזכיר כי בכל הנוגע לנכסים בירושלים המזרחית, התחרות היא בין בעלי נכסים, או נכון יותר חליפי בעלי נכסים, שקניינם נשלל מהם ("הבעלים המקוריים"), לבין דיירים שנכנסו לנכסיהם בהתאם לנורמות שאיפשרו זאת ובכל מקרה בתום לב, ועתה הם או יורשיהם הם כבר דיירים ותיקים בהם ("הדיירים הוותיקים"). עוד נזכיר, דברים שפורטו בפתח חוות הדעת, שהקהילה הפלסטינית של ירושלים המזרחית היא קהילה מוחלשת, סובלת מאפליה ממוסדת שחלקה מעוגנת בחוק, ושמשפחות רבות השייכות לה נושלו מרכושם ואף היו לפליטים. מעמדם המוחלש של הדיירים וההפרה הנמשכת של זכותם לשוויון עומדת ברקע מלאכת האיזון ועל כך עוד נתעכב בהמשך. בשלב זה רק נציין שפינויים מנכסים המשמשים להם כבית מזה שנות דור, היא פעולה שתחמיר את מוחלשותם ואת הפער בינם לבין האוכלוסייה היהודית הדומיננטית בעיר, במיוחד בשים לב למצוקת הדיור החריפה שהאוכלוסייה הפלסטינית של ירושלים סובלת ממנה ממילא.

63. חומרת ההפרה של זכותו של הבעלים המקורי או חליפיו היא כמובן שיקול חשוב, אך לא מכריע. זאת שכן על אף הפגיעה ביכולתו לממש את בעלותו בדרך של חזקה בנכס, ייתכנו מצבים בהם מימוש פינוי והעברת החזקה יגרמו לפגיעה כה חמורה בזכות למגורים של הדיירים הוותיקים שלעיתים הם או יורשיהם מתגוררים בכנס שנים רבות, ורואים בו את ביתם, שהאיזון יחייב מניעתה. תחושת עקירה ואובדן הבית שעשוי לחוש הבעלים המקורי (אף שאין זה המקרה כאן, כיוון שמדובר בהקדש, ונאמני ההקדש דהיום אינם הנאמנים המקוריים או צאציהם), תהיה כעת מנת חלקם של הדיירים הוותיקים. על כן, עלינו לבחון במבחן המידתיות הצר מספר תנאים נוספים.⁴⁹

64. כדי ליישם את מבחני-העזר של המידתיות שצויינו לעיל, ובמיוחד מבחני עזר ב', ג' ו-ה', המשפט הבינלאומי לזכויות אדם דורש לקחת בחשבון את השיקולים הבאים שהינם רלוונטיים במיוחד לעניינינו: שיקולי תום הלב של הדיירים (נסיבות הכניסה שלהם לנכס ומידת התאמתם לדין שהיה בתוקף בעת הכניסה, האם הכניסה מהווה הפרה של כללי משב"ל יסודיים); שיקולי הקשר קבוצתי (השפעת יחסי מוחלשות ואפליה בין הצדדים); שיקולים הנוגעים לזיקת הבעלים לנכס (קירבה דורית לנכס, האם מדובר באדם או בתאגיד, עניין כלכלי מול עניין אישי); וכך השלכה על תהליכי פיוס/יצירת תסיסה. להלן נפרט את השיקולים הנ"ל.

65. יצויין שוב ששיקולי שוויון הם רכיב מרכזי של מבחני המידתיות ובשל מרכזיותם יוקדש להם פרק נפרד בהמשך חוות-דעת זו.

⁴⁸ Pardo, לעיל ה"ש 26, פס' 9.4.

⁴⁹ Yael Ronen, *The Dispossessed and the Distressed: Conflicts in Land-Related Rights in Transitions from Unlawful Territorial Regimes*, in Eva Brems (Ed.) *Conflicts Between Fundamental Rights* 521, 545 (2008).

1) שיקולי תום הלב:

66. תום הלב של הדייר בנכס ביחס לכניסתו אליו הוא שיקול שנלקח בחשבון במסגרת בדיקת המידתיות במובן הצר של הפינוי. כך למשל נשאלת השאלה האם הכניסה נעשתה בהתאם לדין שהיה קיים במדינה (להבדיל מבמשטר זמני) בעת הכניסה לנכס. המשב"ל מכיר בכך שאין מקום לבוא חשבון עם קבלת חזקה שהחוק במדינה ראה בה כחוקית גם במצבים שבדיעבד המדינה או השלטון נתפס כבלתי חוקי, כל עוד תפיסת החזקה נעשתה בתום לב.

67. קיים הבדל בין גזל מודע של קניין של אחרים לבין כניסה לנכס שהיא תולדה של אמונת הדיירים בתקינות קבלת החזקה עליהם. כלומר, אם הדייר הוותיק ידע שהוא זוכה בנכס בזכות הפרה של החוק הבינלאומי ועל חשבון הבעלים המקורי. סוגייה שנייה היא הציפייה של תופס החזקה - האם הייתה לו ציפייה לגיטימית שזכות החזקה שהוא קיבל בנכס היא בלתי מוגבלת או שידע כי המסגרת החוקית במסגרתה ניתנה לו הזכות היא זמנית. בשני המקרים – כשידע שקבלת החזקה נעשתה תוך הפרת הדין או שידע שהחזקה ניתנת לו במסגרת זמנית, הדבר מפחית במידה ניכרת מזכותו להמשך מגורים בביתו. בבג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח' נט** (2) 481 (2005) אשר עסק בפניוים של מתנחלים ישראלים מרצועת עזה, עמד בית המשפט לכל אורכו ורוחבו של פסק הדין על זמניות זו כבעלת משקל מרכזי בחוקיות הפינוי (ראו למשל פסקאות 115, ו-137).

68. לעומת זאת, שעה שהדייר פעל בתום לב, במסגרת המערכת החוקית של המדינה ששלטה באזור באותו הזמן, ניתן לכבד את ציפיותיו כי העסקאות שעשה יכובדו.

69. ניתן לראות דוגמה לתפיסה זו בזמן האיחוד של גרמניה, בעניין רכוש שנלקח על ידי השלטון המזרח גרמני אחרי 1949. למרות שאמנת האיחוד אישרה כעיקרון החזרת רכוש שהיה שייך לתושבים ממערב גרמניה, היא התנתה זאת בקיומן של ציפיות כבדות ביותר להשבה. זאת על מנת לחזק את האינטרסים של תושבים מזרח גרמנים שכבר בנו ביתם ברכוש שהולאם ע"י השלטונות המזרח גרמניים. בפועל לא בוצעה השבה של רכוש כאשר נקבע שהדבר בלתי אפשרי, לא פרקטי, בלתי צודק או אם הרכוש נרכש ביושר על ידי צד ג'. רכישה נחשבה שלא ביושר אם היא נעשתה בניגוד לחוק או לפרקטיקה של ממשלת מזרח גרמניה, וכאשר הרכוש ידע או צריך היה לדעת על אי החוקיות.⁵⁰

70. דוגמה נוספת לדגש שהושם על תפיסה בתום לב, הינה בקביעה כי יש להפריד בין תפיסת נכס בתום לב לבין תפיסת נכס שלא בתום לב, לעניין קבלת דיור חלופי ושירותים חברתיים אחרים במקרה בו מפונה אדם מביתו.⁵¹

⁵⁰ ראו סעיף 41 לאמנה לאיחוד גרמניה (Treaty between the, Federal Republic of Germany and the German Democratic Republic on the Establishment of German Unity, Aug. 31, 1990, BGBl II 889 (להלן: "האמנה לאיחוד גרמניה")) המאמץ את הוראות ה- Annex The Statute on the Regulation of Open Property Questions, II, ch. III and XIII of the Unification Agreement. Peter E. Quint, The Constitutional Law of German גם II, ch. III and XIII of the Unification Agreement, 50 Md. L. Rev. 475, 550-554 (1991)

⁵¹ Alban, לעיל ה"ש 26, פס' 10.1.

71. יצויין כי גם במקרה של פלישה לא חוקית שלגביה לא ניתן לטעון לתום לב, הדבר אינו מכריע בהכרח את שאלת מידתיות הפינוי. שאר השיקולים צריכים להילקח בחשבון וכפי שיפורט להלן היו מקרים שגם במקרה של פלישה שלא בתום לב נקבע שזכות המגורים גוברת.

(2) אופי זיקת הבעלים המקורי, או חליפו, לנכס:

72. זיקת הבעלים לנכס יכולה להתבטא במספר מאפיינים. אחד החשובים שבהם, הקשור בקשר ישיר להגנה על ציפיות, הוא גורם הזמן. כלומר, כמה זמן עבר מאז נושלה הבעלים המקורי מרכושו, והדייר הוותיק נכנס לנכס. מאפיין זה מקבל אף חשיבות יתר כאשר תוצאותיה של הפרת זכותו של הבעלים נידונות דורות אח"כ.⁵² בית הדין האירופי לזכויות אדם הדגיש עניין זה כשדן בדרישת בעליהם הקפריסאים-יוונים של נכסים בצפון קפריסין לקבלם חזרה מהשלטון הטורקי באזור. שם נקבע כי הזמן הרב שעבר מאז שאדם נושלה מביתו, עשוי להחליש טענה לפגיעה בזכות לבית תחת סעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות אדם.⁵³

73. במצב בו עברו כמה עשורים מאז החליף הרכוש ידיים, הניסיון לאזן בין הזכויות של הבעלים לדייר, מעלה שאלות משמעותיות של צדק בין דורי.⁵⁴ שאלת הצדק משמעותית במיוחד כאשר הבעלים המקוריים (וצאצאיהם) הצליחו בזמן שעבר למצוא אלטרנטיבות ראויות למגורים או למחייה.⁵⁵ השאלה היא עד כמה צודק להטיל את עול הפינוי על הדורות שירשו את החזקה בנכס, ואף רואים בו כביתם מזה דורות. דוגמאות לעניין זה ניתן לראות בחוק ההשבה של זכויות באדמה משנת 1994, שחוקק בדרום אפריקה לאחר סיום משטר האפרטהייד. שם נקבע כי על בית המשפט לתביעות מקרקעין (Land Claims Court) לקחת בחשבון בהחלטותיו בענייני השבה, גם שיקולים שאינם שיקולים קנייניים גלילים. לדוגמה: עד כמה רצוי לתקן בעזרת ההשבה הפרות עבר של זכויות אדם; הדרישה לשוויון

Jeremy Waldron, Settlement, Return, and the Supersession Thesis, 5 Theoretical Inquiries in Law ⁵² (2004); Jeremy Waldron, Historic Injustice: Its Remembrance and Supersession, in Justice, Ethics and New Zealand Society 139 (Graham Oddie & Roy Perrett eds, 1992); Jeremy Waldron, Superseding Historic Injustice, 103 Ethics 4 (1992).

Case of Demopoulos and Others v. Turkey (Application no. 46113/99) (2010) at para 84, 136-137 ⁵³. פסק הדין בעניין דמופולוס עסק במצב של כיבוש שמטבעו אמור להיות זמני שפתרונות לו היו באותה שעה נושא למשא ומתן מדיני בין שתי קהילות יריבות. פסק הדין התעלם מיחסי הכוחות ההפוכים באזור נושא ההחלטה, העובדה כי הדיירים הוותיקים שם היו בנות ובני הקבוצה הכובשת, ואילו בעלי הקניין היו בנות ובני הקבוצה שגורשה מהאזור. בשל התעלמות זו, לחלק מהחותמים על חוות-דעת זו יש ביקורת על הגיונו של פסק-הדין ותוצאתו, אולם, הקביעות שנקבעו שם לעניין חלוף הזמן רלוונטיות לעניינינו.

Ruti G. Teitel, Transitional Justice 119 (2000). ⁵⁴

Yael Ronen, The Dispossessed and the Distressed: Conflicts in Land-Related Rights in Transitions from Unlawful Territorial Regimes, in Conflicts Between Fundamental Rights 521, 545 (Eva Brems ed., 2008). ⁵⁵

ולצדק; והרצון להימנע מלעורר תסיסה חברתית (עוד על כך בהמשך).⁵⁶ דוגמה נוספת לגישה זו ניתן למצוא בהסכם השלום בין הקבוצות השונות ברואנדה, שלא יושם בסופו של דבר, אשר הכיר בזכותם של פליטים לשוב לנכסיהם, אך קבע שמקום בו חלפו עשר שנים ומעלה מאז עזבו אותם, והם בשימוש אחרים, ישקלו מתן פיצויים בקרקע חלופית ובסיוע בהתיישבות בה, תחת השבה.⁵⁷

74. מאפיין חשוב נוסף לעניין אופי הזיקה של הבעלים המקורי או חליפו הוא **מי הגורם שדורש השבה** כבעלים בקניין. מבחן המידתיות במונח הצר מחייב לקחת בחשבון את הנזק שייגרם לדייר מפינוי, אל מול הנזק שייגרם לבעלי הנכס מאי-פינוי הדייר.⁵⁸ בתוך ניתוח זה, יש להבחין בין סוגי בעלי הנכסים השונים, כך שיש להעניק הגנה פחותה לזכות הקניינית של גופים פרטיים גדולים מאשר להגנה שניתנת לבעל נכס שמסתמך על אותו נכס כבית:

*“The Committee is of the view that the State party should develop a normative framework, in the form of legislation that is compatible with the Covenant, to regulate the eviction of persons from their homes. This framework should stipulate that a judicial or other impartial and independent authority with the power to order the cessation of the violation and to provide an effective remedy **must analyze the proportionality of eviction applications in such situations**. Analyzing the proportionality of an eviction entails examining not only the consequences of the measure for the evicted person, **but also, inter alia, the interests at stake for the person or party with the right to seek the eviction**. The availability of suitable alternative housing, **the personal circumstances of the occupants and their dependents** and whether they have cooperated with the authorities in seeking suitable solutions are crucial factors in such an analysis. **This inevitably involves making a distinction***

Restitution of Lands Rights Act 1994 (Act. No. 2011 of 1994), Article 33: “(a) The desirability of⁵⁶ providing for restitution of rights in land or compensation to people who were dispossessed of their rights in land as a result of or in pursuance of racially based discriminatory laws; (b) the desirability of remedying past violations of human rights; (c) the requirements of equity and justice; (d) the desirability of avoiding major social disruption;” See also Hanri Mostert, Land Restitution, Social Justice and Development in South Africa 119 S. African L.J. 400 (2002).

1993 Protocol of Agreement between the Government of the Republic of Rwanda and the Rwandese Patriotic Front on the Repatriation of Rwandese Refugees and the Resettlement of Displaced Persons, Art. 4 (“The two parties recommend, however, that in order to promote social harmony and national reconciliation, refugees who left the country more than 10 years ago should not reclaim their properties, which might have been occupied by other people. The Government shall compensate them by putting land at their disposal and shall help them to resettle.”). Available at <http://www.grandslacs.net/doc/2403.pdf>.

⁵⁸ Alban, לעיל ה"ש 26, פסי' 11.5.

between properties belonging to individuals who need them as a home or to provide vital income and properties belonging to financial institutions or other entities¹² ***The State party will therefore be committing a violation of the right to adequate housing if it stipulates that a person whose rental contract is terminated must be evicted immediately, without regard to the circumstances in which the eviction order would be carried out.***⁵⁹

75. כלומר, קיים הבדל מהותי בין בעלים אשר התגורר בנכס וטיפח אותו, לבין, למשל, חברה אשר עבורה הנכס הוא בעל אינטרס כלכלי גרידא, כאשר השני אינו יכול לטעון להפרה של זכותו למוגרים.

76. כמו כן, יש להעניק הגנה משפטית חזקה יותר לפרט או קהילה שמחזיקה בשטחים דורות רבים:

“Additionally, the eviction decisions were taken and confirmed on the basis of a decision by the urban planning authorities that the Roma housing in that area was illegal and had to be demolished, regardless of any special circumstances such as decades-old community life, or of any possible consequences such as homelessness, and in the absence of any pressing need to change the status quo. In other words, the State party’s authorities did not give sufficient weight to the various interests involved and to protecting the authors from the threat of immediate eviction.”⁶⁰

77. כאמור לעיל, ייתכנו מקרים רבים בהם לדיירים בפועל נוצרו ציפיות לגיטימיות להמשיך להתגורר במבנה. לעניין זה ישנה חשיבות גם לשאלה האם דורש ההשבה הינו בעל נכסים רבים ואינו זקוק לנכס לצורך מגוריו, כאשר למול ניצב דייר שהנכס הוא ביתו. במקרה כזה פיצויים, ולא השבה, נראים כמו הדרך הנכונה לאזן בין התביעות הסותרות. נסיבה נוספת שיש לקחת בחשבון היא האם דורש ההשבה, גם במקרה שהוא אדם פרטי, הוא אכן האדם שהתגורר בבית וקשור אליו רגשית, או יורשיו שמעולם לא דרכו במקום.

3) ההשלכה על תהליכי פיוס/יצירת תסיסה:

78. כפי שהוזכר בהקשר של הדין הדרום אפריקאי המסדיר השבה של קניין לאחר האפרטהייד, וההסכם בין הפלגים ברואנדה, גם ההשלכות שיהיו להשבה/פיצויים על הליכים חברתיים נלקחת בחשבון באיזון בין זכות הקניין של הבעלים המקורי או חליפו עם הזכות למוגרים של הדייר החדש הוותיק. לעניין זה בוחן המשפט הבינלאומי כיצד ניתן להקטין למינימום את הסיכון לתסיסה חברתית, ובתוך כך מקובל, ואף ניתן לומר רצוי, לנקוט במדיניות שמטרתן יצירת אזור מוגן עבור מיעוטים לקיים את אורחות

⁵⁹ שם (ההדגשות שלנו). ראו גם Pardo, לעיל הי"ש 26, פסי' 9.5. ראו גם פסי' 4.4, 7.5, 9.2, 9.8.

⁶⁰ "I Elpida", לעיל הי"ש, **Error! Bookmark not defined.**, שם (ההדגשות שלנו).

חייהם. זאת, תוך הישענות על עקרונות הזכות להגדרה עצמית, כיבוד זכויות מיעוטים ועמידה בעיקרון האוסר על אפליה,⁶¹ עליו נעמוד ביתר פירוט בהמשך.

79. ויודגש: אין הכוונה לשאלה של פרוץ אלימות וכניעה לחשש הזה, אלא לחשש מפני פגיעה בלכידות החברתית, ומהחרפת פערים חברתיים, ולהיפך – התקווה לפיוס ותיקון עוולות עבר.

80. חזרה של פליטים למדינתם מעוררת לעיתים בעיות קשות של תסיסה חברתית, ועל כן יתכנו מקרים בהם גם אלו שהורשו לחזור יאלצו להתגורר באזור אחר של המדינה, ולא בביתם המקורי.⁶² במקרה קפריסין, המהומות הבין גזעיות במהלך תקופת העצמאות הקצרה שם, שיחקו תפקיד בהצעות של שני מזכ"לים של האו"ם ומועצת הבטחון, שזכויות אינדיבידואליות וקבוצתיות יישמרו בצורה טובה יותר תחת מנגנון שנותן עדיפות להשארה בבתיים של דיירים שנושלו מנכסיהם בחלק השני של האי. מערכת זו הבטיחה לכל קהילה את האפשרות להגדרה עצמית, וכן אפשרה הנאה מזכויות אישיות וקבוצתיות.⁶³

ד. הערה לעניין חוקיות תפיסת החזקה

81. המשפט הבינלאומי מכיר בכך שגם אם כניסת הדיירים הוותיקים לנכס והפיכתו לביתם הייתה כרוכה בהפרת הזכות של הבעלים המקורי (שהיא נורמה ראשונית), הדבר לא גורר בהכרח תרופה שתספק ריפוי מלא להפרה (נורמה משנית, ובמקרה שלנו השבת החזקה). שיקולי יעילות הביאו לאימוץ דוקטרינות מהשוק הפרטי, כדוגמת "תקנת השוק" לחוק הבינלאומי. כמו בכל מערכת חוק, גם בחוק הבינלאומי ההבחנה בין הפרת נורמות ראשוניות לבין התוצאה שלהן כנורמה משנית, נובעת מכך שלעיתים הפרת נורמה ראשונית יוצרת מציאות בה יהיה זה בלתי אפשרי, בלתי צודק או בלתי רצוי להשיב את המצב לקדמותו.⁶⁴

See General Recommendation No. 21 of 1996 of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, on the Right to Self-Determination, August 23, 1996, Doc. A/51/18, paras 5, 6.

Adam Roberts, More Refugees, Less Asylum: A Regime in Transformation, J. Refugee Studies 375, 389 (1998); ראו גם סי' 4 לפרוטוקול ההסכם בין ממשלת רואנדה לחזית הפטריוטית הרואנדית, ה"ש 57 לעיל.

Report of the Secretary-General on his mission of good offices in Cyprus 1 April 2003, para 107-111 (S/2003/398); **Report of the Secretary-General on his mission of good offices in Cyprus** 3 April 1992, para 18-23 (S/23780); SC Resolution 774 (1992) of August 25, 1992, para. 2: "Reaffirm[ed] [the SC's] position that a Cyprus settlement must be based on a State of Cyprus with a single sovereignty and international personality and a single citizenship, with its independence and territorial integrity safeguarded, and comprising two politically equal communities as defined in paragraph 11 of the Secretary-General's report of 3 April 1992 (S/23780) in a bi-communal and bi-zonal federation."

James Crawford, The Creation of States in International Law 167, at 168 (2nd ed., 2006).⁶⁴

82. כך למשל נקבע כי על אף היותו של הכיבוש הדרום אפריקאי בנמיביה בלתי חוקי, הפעולות והעסקאות הפרטיות שבוצעו בין תושבי המקום בהתאם למסגרת החוקית ששררה בו, הוכרו כחוקיות.⁶⁵

83. בעניין קפריסין נ' טורקיה טענו העותרים בין היתר כי המוני קפריסאים-יוונים איבדו את בתיהם בשל הכיבוש הבלתי חוקי של האזור על ידי הרפובליקה הטורקית של צפון קפריסין, וכי החלטותיה של מערכת המשפט שהוקמה לבחינת טענותיהם להשבה אינן קבילות שכן הן הוקמו על ידי משטר בלתי חוקי. בית הדין האירופי דחה את הטענה⁶⁶. לענייננו חשובה הקביעה שיש להפריד בין החוקיות של השלטון וחוקיו (ובמשתמע חוקיות תפיסת החזקה ע"י הדיירים) לשאלת התרופה.

84. גישה זו זכתה לתמיכה נרחבת בפועל,⁶⁷ בין היתר בפסיקתו של בית הדין האירופי במספר מקרים, בהם נקבע כי הזכות לקניין כוללת בתוכה גם את זכות ההחזקה, אפילו במקרים בהם הרכוש הושג בדרכים לא חוקיות. הדגש במקרים אלו הושם על הציפיות שנוצרו אצל הדיירים הוותיקים, אשר קבעו חייהם בהתאם לנומרה החוקית באזור. כך במקרה בו אזרח טורקי בנה את ביתו באופן בלתי חוקי והתגורר בו שנים רבות, תוך שהרשויות באזור מודעות למצב ומאשרות אותו באופן בלתי רשמי, נקבע כי חוסר הוודאות החוקי שיצרו הרשויות הטורקיות בנוגע לחוקי הבניה יצר אצל האדם ציפיות העולות לכדי זכות ההחזקה בקניין.⁶⁸ אותה דאגה לציפיות שנוצרו ניתן לראות גם במקרים המערבים מדינות קומוניסטיות לשעבר, אשר פעמים רבות הלאימו בתים והעבירו את זכות המגורים בהם לצד שלישי. המשטרים החדשים שקמו במדינות אלה אמנם ביטלו את ההלאמות, אך נמנעו מלפנות את הדיירים הוותיקים או יורשיהם מביתם ובמקרים רבים העדיפו תשלום פיצויים. בית הדין האירופי קיבל גישה זו, וקבע כי למדינות מנעד בחירה רחב בבואן לקבוע איך לרפא את הפגיעה שנוצרה, וכי תשלום פיצויים הינו תרופה לגיטימית.⁶⁹

85. כך או כך, חל איסור מוחלט שפינוי יביא למצב של חסרות בית אצל המפונה ומשפחתו.⁷⁰ על המדינות החובה לדאוג שלמפונה יהיו אלטרנטיבות הולמות לדיוור,⁷¹ ושמשפחות לא יופרדו כתוצאה מהפינוי.⁷² חובות אלה הן ללא תלות בשאלה יוזם הפינוי, המדינה או גורם פרטי:

“The State party has a duty to take reasonable measures to provide alternative housing to persons who are left homeless as a result of eviction, irrespective

Advisory Opinion on Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia⁶⁵
125 פסקה (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) [1971] ICJ Rep.

Cyprus v Turkey (App. no. 25781/94) (2001), at para 96-98⁶⁶
⁶⁷ ראו לעיל ה"ש 64.

Case of Öneriyildiz v. Turkey (App. no. 48939/99) (2004) paras 128-129.⁶⁸

Case of Brumărescu v. Romania (App. no. 28342/95) (2001), at para. 19-23.⁶⁹

⁷⁰ Ben Djazia, לעיל ה"ש 27, פס' 15.2. ראו גם Alban, לעיל ה"ש 26, פס' 9.1; Hohmann, לעיל ה"ש 20, בעמ' 22; GC ;
7. ¶16

⁷¹ Ben Djazia, לעיל ה"ש 27, פס' 15.2; Alban, לעיל ה"ש 26, פס' 9.1, 9.3.

⁷² Alban, לעיל ה"ש 26, פס' 9.3.

of whether the eviction is initiated by its authorities or by an individual such as the lessor.”⁷³

העולה מהאמור הוא שהמשפט הבינלאומי של זכויות האדם לא רק מכיר בזכות למגורים אלא אף יוצר מבחני איזון כשזכות זו מתחרה בזכויות אחרות. להלן נטען כי מבחני איזון אלה אף מעניקים הגנה מיוחדת לבנות ובני קהילות מוחלשות.

V. ההקשר הקבוצתי: הזכות לשוויון ומציאות של מוחלשות ואפליה כ"מגבר" של הזכויות האחרות

א. הזכות למגורים באספקלריה של הזכות לשוויון במסגרת הבינלאומית

86. פינוי כפוי של אדם מביתו היא, על פניה, הפרה של זכותו למגורים. כך נקבע כפי שהראנו במשפט הבינלאומי של זכויות האדם. אולם ענף משפטי זה מתייחס לפינוי של האדם המשתייך לקבוצת מיעוט מופלית ממילא, כהפרה חמורה במיוחד שכן הוא מערב מצב קודם של מוחלשות ומעמיק אותה.

87. כפי שהוזכר לעיל, המשפט הבינלאומי לזכויות אדם מקדם כיום גישה אינטגרטיבית המכירה בקשר בין זכויות האדם השונות⁷⁴ ובפרט בין הזכות לדיור לבין הזכות לשוויון.⁷⁵ לכן, כחלק מהבחינה של תנאים ב' (קידום הרווחה הכללית בחברה דמוקרטית) ו-ג' (קידום מטרה לגיטימית) למידתיות, הפסיקה הבינלאומית קבעה שיש לקחת בחשבון שיקולים של שוויון, כולל שוויון מהותי.

88. הדווח המיוחד של האו"ם לדיור הולם ציין שפינויים מרחיבים את אי-השוויון בחברה; את ההפרדה בין סוגים שונים של אוכלוסיות ("segregation and ghettoization"); קונפליקטים חבריים; וכן שלרוב הפינוי בכח הוא כנגד השכבה החלשה ביותר בחברה, בפרט בני ובנות מיעוטים.⁷⁶ כפועל יוצא, על המדינות לאמץ אסטרטגיות ולקדם מדיניות שמטרתן להעניק הגנה אפקטיבית לאותם חברים וחברות בקבוצות הסיכון להיות מופלים.⁷⁷

⁷³ Ben Djazia, לעיל הי"ש 27, פס' 15.2.

⁷⁴ Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the Negative Impact of Unilateral Coercive Measures on the Enjoyment of Human Rights on his Mission to the Syrian Arab Republic, ¶73 (A/HRC/39/54/Add.2 (11 Sep., 2018)).

⁷⁵ Miloon Kothari, לעיל הי"ש 40 בפס' 9. ראו גם GC 4 ¶9.

⁷⁶ שם, ב-Appendix פס' 7.

⁷⁷ שם, ב-Appendix פס' 28-30.

89. ברוח זו, הפסיקה הבינלאומית (בה אנו כוללים החלטות של טריבונלים מפקחים בינלאומיים) קבעה שבמסגרת מבחני המידתיות יש לבחון האם הפינוי בכח מופנה כנגד קבוצות הסובלות מהפליה.⁷⁸

90. למשל, במקרה *L.R.*, ועדת ה-CERD קבעה שסלובקיה הפרה את סעיף 5 ל-CERD האוסר על הפליה בנוגע לזכות לדיור כאשר הוועדה המוניציפלית של העיר דובסינה ביטלה תוכנית דיור במטרה למנוע כי קהילת הצוענים באזור תעבור לעיר.⁷⁹ למרות שבמקרה זה נקבע שההפליה הייתה ישירה, ועדת ה-CERD הדגישה שהאיסור על הפליה תקף גם לגבי הפליה עקיפה (פעולות מפלות בפועל ובתוצאה).⁸⁰ דוגמה נוספת אשר מדגימה את המשקל הרב שהפסיקה הבינלאומית נותנת לשיקולי שוויון בהקשר של הזכות למגורים היא מקרה *Voknovic*. שם, קרואטיה ביטלה את סטטוס הדייר מוגן של אדם מכיוון שהוא עזב את הנכס שבו הוא ומשפחתו התגוררו. המשפחה עזבה את הנכס לאחר שקיבלו איומים על חייהם עקב היותם סרבים, קבוצת מיעוט בקרואטיה. על אף שהחוק הקרואטי התיר שלילה של סטטוס דייר מוגן במקרה של עזיבת נכס, ועל אף שפינוי המשפחה מהנכס נעשה לשם קידום מטרה לגיטימית (הגדלת מספר יחידות הדיור הפנויות למשפחות מעוטות אמצעים), הוועדה לזכויות אדם קבעה שהפינוי היווה הפרה של סעיף 17 של ה-ICCPR בשל האלמנטים המפלים שבו.⁸¹ נקבע שבתוך השיקולים של שוויון מהותי, יש לקחת בחשבון את הקושי שיש לקבוצות מיעוט להשיג דיור חליפי:

“In particular, evictions should not render individuals homeless. Where those affected do not have the means to acquire alternative housing, States parties must take all appropriate measures to ensure, where possible, that adequate alternative housing, resettlement or access to productive land, as the case may be, is available. [...] **States parties should pay particular attention to evictions that involve women, children, older persons, persons with disabilities or other vulnerable individuals or groups who are subjected to systemic discrimination.** The State party has a duty to take reasonable measures to provide alternative housing to persons who are left homeless as a result of eviction, irrespective of whether the eviction is initiated by its authorities or by an individual such as the lessor”⁸².

⁷⁸ Ben Djazia, לעיל הי"ש 27, פס' 15.2 ("States parties should pay particular attention to evictions that involve women, children, older persons, persons with disabilities or other vulnerable individuals or groups who are subjected to systemic discrimination").

⁷⁹ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *L.R. et al. v. Slovakia* (CERD/C/66/D/31/2003) שם, בפס' 10.4.

⁸¹ Human Rights Committee, *Voknovic v. Croatia*, ¶2.1-2.2, 8.6-8.7 Comm. No. 1510/2006 (CCPR/C/95/D/1510/2006).

⁸² ראו הי"ש 78 לעיל.

ב. משפט זכויות האדם האירופי: מוחלשות קבוצתיות כקריטריון נגד פינוי ו/או להצבת תנאים לפינוי של דיירים ותיקים

91. האיסור על אפליה מעוגן בסעיף 14 לאמנה האירופית לזכויות אדם (להלן: "האמנה") ובסעיף 1 לפרוטוקול מספר 12 (להלן: "הפרוטוקול") לאמנה.

92. סעיף 14 לאמנה הוא נורמה בסיסית של המערכת האירופית להגנה על זכויות האדם. הוא המחייב את כל חברות מועצת אירופה ואינו ניתן להסתייגות כללית אלא רק להסתייגות צרה של שמירת דינים. הסעיף קובע כך:

"The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status."

93. סעיף 1 לפרוטוקול מספר 12, המחייב את המדינות שחתמו עליו (נכון להיום 20 מדינות), קובע:

"1. The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

2. No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1."

סעיף 14 לאמנה בפסיקת בית הדין

94. בית הדין קבע בשורה ארוכה של פסקי-דין כי השוויון המובטח בסעיף 14, ואיסור האפליה הגלום בו, נעדרים מעמד עצמאי ומהווים אך השלמה לזכויות האחרות. כלומר, סעיף 14 קובע את הזכות ליהנות מכל שאר הזכויות שנקבעו באמנה ללא אפליה.⁸³

95. בהתאם בית הדין קבע כי איסור האפליה הינו חלק אינטגרלי ממימוש הזכויות האחרות הקבועות באמנה, וכי סעיף 14 חל באופן זהה בנוגע לכל הזכויות, גם אם טבען שונה:

"It is as though the latter [Art. 14] formed an integral part of each of the Articles laying down rights and freedoms. No distinctions should be made in this respect according to the nature of these rights and freedoms and of

Case of Molla Sali v. Greece (Application No. 20452/14) (2018), at para 123 ⁸³

*their correlative obligations, and for instance as to whether the respect due to the right concerned implies positive action or mere abstention. This is, moreover, clearly shown by the very general nature of the terms employed in Article 14 (art. 14): "the enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured".*⁸⁴

96. במקרה דנן הזכות הנפגעת היא כאמור זכות האדם למגורים, הקבועה בסעיף 8 לאמנה (המוגדרת כהגנה מפני התערבות ב"בית"). השילוב בין סעיף 14 לסעיף 8 הוכר אף הוא בפסיקת בית הדין, בתיק מאוסטריה בו פונה אדם לאחר שכן זוגו שהיה השוכר של דירה נפטר, ועל אף החוק המקומי הקובע שלבני זוג החיים יחד קמה זכות להמשיך ולהתגורר בדירה ששכר בן/בת הזוג. בית הדין קבע כי הופרו סעיפים 8 ו-14 לנוכח אפליית המפונה על רקע העובדה שהזוגיות הייתה חד מינית.⁸⁵

97. בנוסף, סעיף 14 מאפשר למעשה הרחבה של הזכויות הקבועות בסעיפים האחרים כשאלו נבחנות בעדשה של אפליה ושוויון, ואז יחס מפלה ייחשב כהפרה גם במקרים שלבדם וללא אפליה לא היו נחשבים בהכרח להפרת הזכות. כך למשל נקבע שזכותו של אב גרמני לילד מחוץ לנישואים לחיי משפחה נפגעה בשל סירובם של בתי המשפט בגרמניה לחייב את אשתו לאפשר לו גישה לילדתו, למרות שסעיף 8 לבדו לא הופר. בית הדין פסק שהיות ולאבות לילדים מחוץ לנישואים לא ניתנו אותן זכויות כמו לאבות נשואים מדובר באפליה.⁸⁶ כלומר השילוב של סעיף 14, לתוך יתר סעיפי האמנה, מעניק שכבת הגנה נוספת מעבר לאלו הקבועות כבר בכל סעיף וסעיף.

98. מעמדו של סעיף 14 כה חזק, עד כי נקבע כי הוא חל גם על מקרים של משפט פרטי ולא רק כאשר במשפט ציבורי עסקינן, וכך הוא מונע פרשנות או יישום של מצב משפטי מפלה גם כשהוא בא לידי ביטוי בסכסוך "פרטי":

"Admittedly, the Court is not in theory required to settle disputes of a purely private nature. That being said, in exercising the European supervision incumbent on it, it cannot remain passive where a national court's interpretation of a legal act, be it a testamentary disposition, a private contract, a public document, a statutory provision or an administrative practice appears unreasonable, arbitrary or, as in the present case, blatantly inconsistent with the prohibition of discrimination established

Case of Relating to Certain Aspect of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. ⁸⁴

Belgium (MERITS) (Application No. 1474/62) (1968), at para 9 of "the law" part

Case of Karner v. Austria (Application No. 40016/98) (2003), at para 42-43⁸⁵

Case of Sommerfeld v. Germany (Application No. 31871/96) (2003) ⁸⁶

by Article 14 and more broadly with the principles underlying the Convention (see Larkos v. Cyprus [GC], no. 29515/95, §§ 30-31, ECHR 1999-I).⁸⁷

סעיף 1 לפרוטוקול בפסיקת בית הדין

99. סעיף 1 מרחיב את ההגנה מפני אפליה שמעניק סעיף 14, וקובע איסור אפליה שאינו כרוך בזכויות המנויות באמנה, אלא עוסק בכל זכות הקבועה בחוק. הסעיף מגן מפני אפליה בכל אחת מארבע הקטגוריות הבאות: (1) במימוש זכויות הקבועות בחוק המדינתי; (2) ביישום חובה המוטלת על רשות ציבורית על-פי חוק; (3) באופן יישום של סמכות שלטונית שבשיקול דעת; (4) באופן הוצאה לפועל, במעשה או במחדל, של כל כח שמוענק לרשות ציבורית.⁸⁸

סעיף 14 כמגבר לזכויות של קבוצות מוחלשות

100. בית הדין פסק במספר רב של תיקים כי בנסיבות מסוימות, מחדל של מדינה שלא פועלת לתיקון אי שוויון עובדתי בין קבוצות על ידי כך שתנהג כלפיהן בצורה שונה, עשוי לעלות לכדי הפרה של סעיף 14 (בשילוב עם הסעיף של הזכות הרלבנטית):

“According to the Court’s well-established case-law, in order for an issue to arise under Article 14 there must be a difference in treatment of persons in relevantly similar situations (see Hämäläinen, cited above, § 108), or an issue will arise when States fail to treat differently persons whose situations are significantly different (see Thlimmenos, cited above, § 44 in fine). On the latter point the Court reiterates that Article 14 does not prohibit a member State from treating groups differently in order to correct “factual inequalities” between them; indeed in certain circumstances a failure to attempt to correct inequality through different treatment may in itself give rise to a breach of the Article (see Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” (merits), 23 July 1968, § 10, Series A no. 6; Stec and Others v. the United Kingdom [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 51, ECHR 2006-VI; and Muñoz Diaz v. Spain, no. 49151/07, § 48, ECHR 2009).⁸⁹

Case of Pla and Puncernau v. Andra (Application No. 69498/01) (2004), at para 59⁸⁷

Case of SAVEZ CRKAVA “RIJEČ ŽIVOTA” AND OTHERS v. CROATIA (Application No. 7798/08)⁸⁸
(2010), at para 103-105

Case of Taddeucci and McCall v. Italy (application no. 51362/09) (2016), at para 81⁸⁹

101. מכאן שיחס שווה לשונים עשוי לעלות כדי הפרת הזכות לשוויון וכפועל יוצא הפעלת כללים "רגילים" בסכסוך בין קבוצה מופלית ומוחלשת (או יחידים ממנה) לבין קבוצה חזקה, מוגנת היטב ובעלת סעדים אלטרנטיביים (או יחידים ממנה), עשוי להוות הפרה של הזכות לשוויון.

102. בית הדין קבע שהחובה לבחון הפרת זכויות על רקע מוחלשות קבוצתית של הנפגע, ולהעניק משקל מיוחד לחברות בקהילה מוחלשת, **מחייבת את בתי המשפט**, ולפיכך בחינה משפטית של זכויות מתדיינות/ שחדלה מלקחת בחשבון את המוחלשות עשויה לעלות כדי הפרה של הזכות לשוויון בשילוב עם הזכות הרלבנטית.⁹⁰

103. הצורך להתחשב במעמדה של קבוצת מייעוט מוחלשת כמגבר לזכויות אחרות, הוכר ספציפית גם בהקשר של הזכות למגורים. בפסק דין שעסק בהחלטה של ממשלת צרפת לפנות קהילת צוענים שהתגוררה במשך עשרות שנים בשטח מסוים באופן בלתי חוקי ובניגוד ליעוד הקרקע, הבהיר בית הדין כי מוחלשותם של המיועדים לפינוי היא שיקול חשוב שחייב להילקח בחשבון בכל החלטות, הרגולטוריות, התכנוניות ואף האכיפתיות. בית הדין הדגיש ששיקול זה אמור לשחק תפקיד במלאכת האיזון ובשאלת המידתיות בין האינטרסים המתחרים בשאלה אם יש מקום לפנותם, וכן אם הפינוי הכרחי אז בשאלות התזמון של הפינוי, האופן בו יפוננו וחלופות המגורים שיוצעו למפונים. בסופו של דבר קבע בית הדין כי שאלת המידתיות של הפינוי לא נבחנה בצורה מספקת, ובשל כך הופרה זכותם של העותרים למגורים מכוח סעיף 8:

"In addition, it is necessary, as the government have accepted, to take into account the fact that the applicants belong to a vulnerable minority. The court would refer to its previous finding that the vulnerable position of Gypsies and travelers as a minority means that some special consideration should be given to their needs and their different lifestyle both in the relevant regulatory planning framework and in reaching decisions in particular cases (see Connors, cited above, §84; Chapman, cited above, §96; and Stenegry and Adam, cited above). It has also stated in Yordanova and Others (cited above, §§129 and 133) that, in cases such as the present one, the applicants' specificity as an underprivileged social group and their resulting needs must be taken into account in the proportionality assessment that the national authorities are under a duty to undertake, not only when considering approaches to dealing with their unlawful settlement but also, if their removal is necessary, when deciding on its

⁹⁰ ראו למשל מקרה בו בית הדין קבע, במקרה של עובדת מין ממוצא ניגרי שהתגוררה כחוק בספרד כי העובדה ש**בתי המשפט המקומיים לא התייחסו למעמדה הפגיע כאשר בחנו תלונות שלה על יחס של שוטרם, מהווה הפרה של סעיף 14 - Case of B.S. v. Spain (Application No. 47159/08) (2012), at para 62**

timing and manner and, if possible, arrangements for alternative shelter⁹¹.

104. יצויין שאחד השופטים בתיק זה אף קבע, בדעתו החולקת חלקית, כי לשיטתו היה על בית הדין לבחון בנפרד גם את הפרתו של סעיף 14, בהקשר של סעיף 8, וזאת לנוכח היותם של העותרים מיעוט מוחלש. לטענתו, כאשר למדינה נודע על יחס בלתי מתקבל על הדעת למיעוט פגיע, על אותה המדינה לבדוק האם מתקיימת אפליה, ישירה או עקיפה. לטענתו פתיחות רבה יותר מטעם בית הדין לבחינה שכזאת, תעודד רשויות לאומיות להקדיש תשומת לב יתרה לדרישות הפרוצדורליות של סעיף 14, אשר הינן בעלות חשיבות רבה למאבק למיגור אפליה.⁹²

105. פסיקת בית הדין בנוגע לזכויות של קהילות צועניות כללה גם קביעה בדבר חובתן הפוזיטיבית של המדינות החברות באמנה לייצר את התנאים שיאפשרו לצוענים לחיות בדרך חייהם הייחודית.^{93,94} במקרה מסוים אף נאמר מפורשות כי קבוצות מוחלשות עשויות לעיתים להיזקק לסיוע על מנת ליהנות מאותן הזכויות מהן נהנית קבוצת הרוב, וכי בהינתן סעיף 14, בהקשר לסעיף 8, **נקבע כי סטטוס של מוחלשות חייב להיות מאפיין בעל משקל מהותי בשקילת האפשרויות לטיפול בהתיישבות בלתי חוקית (במקרה זה על אדמות מדינה):**

“In general, the underprivileged status of the applicants’ group must be a weighty factor in considering approaches to dealing with their unlawful settlement and, if their removal is necessary, in deciding on its timing, modalities and, if possible, arrangements for alternative shelter. This has not been done in the present case.”⁹⁵

106. ההכרה בכך שמוחלשות דורשת הגנה מיוחדת וככזו חודרת לתוך שיקלול האיזונים והמידתיות טבועה היטב בפסיקת בית הדין האירופי⁹⁶, והמשמעות של הדבר היא **חיזוק ההגנה מפני פגיעה בזכויות של בנות ובני קהילות הסובלות מאפליה והדרה מערכתית היסטורית.**

107. עקרון דומה עוגן גם במגילה האפריקאית לזכויות האדם והעמים (1986) שבה הזכות לשוויון קבועה בסעיף 2. במסגרת העקרונות המנחים ליישומה שפרסמה הועדה האפריקאית לזכויות האדם והעמים

⁹¹ ראו תיק בו החליטה ממשלת צרפת לפנות קהילת צוענים שישה באופן בלתי חוקי, במשך עשרות שנים, על שטח מסוים

Case of Winterstein and Others v. France (Application No. 27013/07) (2013), at para 160, 167.

⁹² Case of Winterstein and Others v. France (Application No. 27013/07) (2013), Partly Dissenting Opinion of Judge Power-Forde

⁹³ Case of Connors v. The United Kingdom (Application no. 66746/01) (2004), at para 84

⁹⁴ Case of Chapman v. The United Kingdom (Application no. 27238/95) (2001), at para 96

⁹⁵ Case of Yordanova and Others v. Bulgaria (Application no. 25446/06) (2012), at para 129 and 133

⁹⁶ ראו למשל: Case of Orsus and Others v. Croatia (Application No. 15766/03) (2010), at para 147

נקבע כי החובה להעניק הגנה מפני הפרת זכויות אדם מוגברת כשמדובר בחברי/ות קבוצות מוחלשות (ההדגשה שלנו):

"In ensuring effective equality in the enjoyment of economic, social and cultural rights, Member States must pay particular attention to members of vulnerable and disadvantaged groups. Such individuals are often disproportionately affected by a failure of the State to ensure economic, social and cultural rights and/or are direct victims of discriminatory laws, policies and customary practices."

סיכום מבחן המידתיות לעניין תחרות בין הזכות למגורים של דיירים ותיקים לבעלים מקורי או חליפו .VI

108. מכל האמור לעיל עולות המסקנות המשפטיות הבאות לגבי עמדת המשפט הבינלאומי של זכויות האדם לאופן שבו יש להכריע בסכסוך בין בעל זכות הקניין על קרקע שמעוניין לפנות את הדייר שמתגורר בבית שהוקם עליה.

109. ראשית, המשפט הבינלאומי של זכויות האדם מכיר בזכות למגורים כזכות של אדם להמשיך ולהתגורר בביתו. המדובר בזכות יסוד שאינה שונה מהזכויות הלא-מוחלטות האחרות שהוכרו במשפט הבינלאומי, ובכלל זאת הזכות לקניין.

110. בתחרות בין זכותם של דיירים ותיקים להמשיך לגור בביתם לבעלים הקנייני של הקרקע המבקשים פינוי, יש לבצע איזון אשר יביא בחשבון את הפרמטרים הבאים:

א. שיקולי תום הלב של הדיירים הוותיקים (נסיבות הגירתם אל הנכסים שהם ביתם);

ב. שיקולים הנוגעים למיהות הבעלים הקנייני –

i. האם מדובר במי שיש לו קירבה אישית ו/או דורית לנכס? ככל שמדובר במי שקרוב יותר ובאופן אישי יותר לנכס כך זכותו לקבל חזקה בנכס תגדל;

ii. האם מדובר באדם או בתאגיד? זכותו של אדם חזקה מזכותו של תאגיד;

iii. מה סוג העניין של בעל הזכות הקניינית בנכס. עניין כלכלי, למשל, יטה את האיזון אל עבר סעד כלכלי ולא סעד של פינוי;

ג. ההשלכה של הפינוי על תהליכי פיוס או לחלופין על יצירת תסיסה:

i. כשמדובר בפינוי של קהילות שלמות, לדבר יש משמעויות שחורגות מהסכסוך הקנייני הפרטי בין הבעלים של הקרקע והמתגוררים בה. לפינויים נרחבים כאלה יש השלכות על הלכידות החברתית, על השעעים שקיימים ממילא ועל הסיכוי לעודד תהליכי פיוס או חלילה לדרדר את המציאות לקרע ותסיסה;

ii. שאלות אלה רלבנטיות במיוחד לקהילות מוחלשות, וממילא פינויים של קהילות שלמות מתרחשות כמעט אך ורק לקהילות כאלו. כפי שציין הדווח המיוחד של האו"ם לזכות למגורים, פינויים מרחיבים את אי-השוויון בחברה ואת ההפרדה בין סוגים שונים של אוכלוסיות, והם מחריפים קונפליקטים חבריים בפרט בין קהילות הרוב ומיעוטים;

iii. לכן לפינויים נרחבים יש השלכה מיידית וישירה על ששעים בחברה ועל סכנת החמרתן, ולכן שיקול חברתי משמעותי זה צריך להיות שיקול מדיניות לצד השיקולים האחרים בתחרות בין זכות הבעלים וזכות הדיירים.

ד. שיקולי הקשר קבוצתי ויחסי אפליה ומוחלשות בין הצדדים :

i. כשבעלי הזכות למגורים הם חברי קבוצה מוחלשת, מודרת ומופלית, בעיקר כאשר מדובר בקבוצה שלה היסטוריה ארוכה של אפליה וקיפוח בחברה המדוברת, הדבר ישמש כמגבר לזכות למגורים ומשקלה יגבר מאוד;

ii. כשמדובר בקהילה שלמה שמצויה תחת סכנת פינוי וכאשר קהילה זו היא קהילה מוחלשת ומופלית כאמור, הדבר ישמש כמגבר נוסף לזכותם שלא להיות מפונים וזאת לנוכח הפרת הזכות לחיי קהילה ולתרבות הגלומה בפינוי;

111. רלבנטי לסוגייה זו להזכיר שמלאכת האיזון שבה עוסקת חוות-דעת זו ועוסקת בזכויות אינדיבידואליות, עשויה להיות כפופה להסכם מדיני חוקי בין נציגים לגיטימיים של צדדים לסכסוך בין-מדינתי או לאירוע של שינוי משטרי. נציגים כאלה עשויים גם לוותר הדדית על זכויות אינדיבידואליות.⁹⁷ כפי שצינו בפתח דברינו עניין זה חורג מחוות-הדעת הזו אולם חשוב להזכיר שהאיזון המתואר לעיל ולהלן קובע זכויות בהעדר הסכם מדיני כאמור.

⁹⁷ ראו באמנה לאיחוד גרמניה לעיל, הי"ש 50, שם נקבע כי על אף שבעיקרון יש להשיב לאדם נכסים שנלקחו ממנו על ידי השלטון הקודם, תחת תנאים מסוימים יוכל מי שרכש נכס באופן חוקי בהסתמך על החוק ששרר באזור, להמשיך ולהחזיק בנכס, בעוד הבעלים המקורי יזכה אך ורק בפיצויים

VII. זכות המגורים כזכות קניינית במשפט הבינלאומי

א. כללי

112. לצד זכות האדם למגורים, שהיא זכות העומדת בפני עצמה כמוסבר לעיל, המשפט הבינלאומי של זכויות האדם מכיר בכך כי בנסיבות מסוימות הזיקה בין דיירים וותיקים לנכס המשמש ביתם לאורך שנים, **יוצרת זכות קניינית של הדיירים בנכס**. לא מדובר בזכות בעלות והזכות הקניינית הנוצרת לא מאיינת את הקניין של הבעלים, אולם היא מעניקה שכבה נוספת של הגנה על השימוש וההחזקה בנכס על-ידי הדיירים הוותיקים, ויוצרת תחרות שאיננה רק בין בעלות קניינית לזכות למגורים, אלא גם בין שתי זכויות קנייניות: זכות הבעלות של בעלי הנכס והזכות של הדיירים להמשך החזקה ושימוש בנכס.

113. פסיקת בתי הדין האינטר-אמריקאי והאירופי לזכויות אדם מלמדת שהזיקה המשפטית בין דייר ותיק לנכס המשמש ביתו מוכרת כקניינית כאשר לדייר ציפייה לגיטימית שזיקה זו לא תהיה מוגבלת בזמן, וכן ובעיקר כאשר ההקשר הוא של אוכלוסיית דיירים ותיקים מוחלשת ומופלת.

114. אמנם האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות והאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות שמדינת ישראל הצטרפה אליהן אינן מכירות ישירות בזכות הקניין. ואולם, כפי שפרופסור חוסה אלברז, נשיאה לשעבר של האגודה האמריקנית למשפט בינלאומי, מראה במאמרו המכונן בנושא, ההכרה הרחבה בזכות הקניין באמנות האזוריות בדבר זכויות האדם, וההכרה באיסור ההפליה בקניין באמנות בינלאומיות אחרות (אליהן הצטרפה מדינת ישראל), מובילות למסקנה כי המדינות הרבות שהצטרפו לאמנות האחרונות מכירות בכך שהמשפט הבינלאומי מכיר בזכות הקניין.⁹⁸

115. התפיסה בנוגע למעמדה ולתפקידה של זכות האדם לקניין התפתחה רבות בשנים האחרונות בעיקר דרך אמנות נושאות לזכויות אדם. למשל, **האמנה לביעור כל צורות האפליה נגד נשים** עוסקת בהגנה על קניין בהקשר של אפליה נשים **האמנה לביעור כל צורות האפליה הגזעית** בהקשר של אפליה גזעית. זאת על רקע הכשולן של חוקים לאומיים ובינלאומיים בהשגת שוויון לנשים ולקבוצות גזעיות (כהגדרת מונח זה באמנה לביעור אפליה גזעית) בענייני קניין. תפיסה זו השמה דגש על שוויון בקניין, היא מרכזית הן למאבק לשוויון בין המינים ובין קבוצות אחרות אבל גם לתפיסה של המשב"ל של זכויות האדם לגבי אופן ההגנה על הקניין.⁹⁹

116. גישה זו לזכות הקניין, הסוטה במידה מסוימת מהגישה החוקית/שיפוטית האינדיבידואלית של מדינות רבות, דורשת הסתכלות מחודשות על זכות הקניין לצד זכויות אחרות הנוגעות לשוויון ומעוגנות באמנות

⁹⁸ José E. Alvarez, The Human Right of Property, 72 U. Miami L. Rev. 580, 653 (2018)
⁹⁹ Kerry Rittich, *The Properties of Gender Equality*, in HUMAN RIGHTS AND DEVELOPMENT: TOWARDS MUTUAL REINFORCEMENT 87, 89

השונות. בעצם, לפי גישה זו, יש לראות ולהעמיד את הזכות לקניין במעמדן של זכויות אחרות הדואגות לשוויון עבור קבוצות מוחלשות.¹⁰⁰

117. גישה זו גם שופכת אור על הדרך בה חוקים לאומיים שונים (למשל רגולציה על רישום אדמות, חוקי משפחה, חוקי ירושה וכו') משפיעים על אוכלוסיות מוחלשות, וכמה הרסנית היא הפגיעה בקניין עבור אוכלוסיות אלה במיוחד (עוני, חסרות בית וכו').¹⁰¹

ב. זכות האדם לקניין בפסיקות בתי הדין האזוריים לזכויות אדם

118. בית הדין האירופי הכיר בזכות קניינית מכוח החזקה רבת שנים בהקשר של ציפייה לגיטימית לשימוש והחזקה בלתי מוגבלת בזמן.

119. סעיף 1 לפרוטוקול הראשון לאמנה האירופית לזכויות אדם קובע תחת הכותרת "Protection of Property":

“Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”

120. במספר מקרים פירש בית הדין האירופי לזכויות אדם את המונח "Possessions", הנדרש לצורך כניסה לגדרי הסעיף, ככזה הכולל גם החזקה ללא בעלות פורמאלית¹⁰² בהתקיים מספר תנאים: החזקה רבת שנים; בידעת וללא התנגדות המדינה; תוך התנהגות מנהג בעלים (למשל תשלום מיסים); לאחר כניסה שנעשתה בתום לב. בהתקיים כלל התנאים האלה, קבע בית הדין, למחזיק יכולה להיווצר זכות קניינית בנכס המוגנת תחת הסעיף.¹⁰³

121. כך למשל במקרה שעסק במשפחת עקורים מגיאורגיה, שאיבדו את רכושם במלחמה וקיבלו רשות מהמדינה להתגורר בבית מסוים, קבע בית הדין האירופי כי החזקה הממושכת בנכס (יותר מעשר שנים); תום הלב בו נעשתה הכניסה לנכס; ידיעתה של המדינה על החזקה העותר בנכס ומנהגו מנהג בעלים במקום (למאפיין זה ניתנה חשיבות מיוחדת); והמאפיין המוניטרי (אינטרס כלכלי) בהחזקת

¹⁰⁰ ה"ש 98 לעיל, עמ' 662-661

¹⁰¹ Janet Walsh, *Women's Property Rights Violations in Kenya*, in HUMAN RIGHTS AND DEVELOPMENT, *supra* note 43, at 133.

¹⁰² Case of Hamer v. Belgium (App. No. 21861/03) (2007), at para 75

¹⁰³ Case of Saghinadze and Others v. Georgia (App. No. 18768/05) (2010), at para 108

הנכס (רבים מבני משפחתו של העותר התגוררו במקום); עולים כולם יחד לכדי "רכוש" ("Possession") לצורך תחולת סעיף 1 לפרוטוקול והענקת הגנה קניינית ומעמד קנייני לזכות העותר.¹⁰⁴

122. במקרה אחר, בו נהרס בית הקיט של העותרת 37 שנים לאחר שנבנה, ו-10 שנים לאחר שהודיעה המדינה לבעלים על אי החוקיות המבנה, קבע בית הדין כי 27 השנים בהן לא העלתה המדינה כל טענה בעניין, ושמהלכן שילמו הבעלים את המיסים על הנכס כחוק, ו-10 השנים הנוספות שלקח למדינה להרוס את המבנה, ביססו אינטרס קנייני של הבעלים ליהנות מהנכס. אינטרס זה עולה לכדי אינטרס מהותי, הנכנס לגדרי הגדרת "רכוש" הזוכה להגנת סעיף 1 לפרוטוקול. יתרה מכך, הוסיף בית הדין, לעותרת נוצרו ציפיות לגיטימיות להמשיך וליהנות מהנכס.¹⁰⁵

123. במקרה דומה, נקבע באופן דומה כי נכס שנבנה ללא אישור חוקי, הוא "רכוש" וזוכה להגנה קניינית שכן המדינה לא העלתה כל טענת אי חוקיות נגדו במשך זמן רב.¹⁰⁶

124. גם בית המשפט האינטר-אמריקאי לזכויות אדם הכיר בכך שזיקה של מחזיקים ותיקים בנכסים/אדמות עשויה בנסיבות מסויימות לעלות כדי זכות קניינית.

125. סעיף 21 לאמנה האמריקאית לזכויות אדם קובע תחת הכותרת "Right to Property":

"1. Everyone has the right to the use and enjoyment of his property. The law may subordinate such use and enjoyment to the interest of society.

2. No one shall be deprived of his property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law.

3. Usury and any other form of exploitation of man by man shall be prohibited by law"

126. בית הדין האינטר-אמריקאי פירש את הסעיף כרחב מאוד, וככזה שאינו מוגבל למשמעות "הקלאסית" של קניין.¹⁰⁷ ההצדקה לפירוש זה נובעת ממספר סיבות:

א. ראשית, הנוסח שנבחר לסעיף 21 הוא עמום, ומדבר על הנאה מרכושו של אדם, ולא מזכיר **רכוש פרטי**, זאת על אף שגרסאות קודמות של הסעיף כן כללו את המונח **רכוש פרטי**. מכאן מסיק בית הדין שכוונתם של מנסחי הסעיף הייתה כי הוא יחול על כל סוגי הקניין, ולא דווקא על קניין פרטי במשמעותו הקלאסית.¹⁰⁸

¹⁰⁴ שם, פסקאות 104-108

¹⁰⁵ הי"ש 102 לעיל, פסקה 76

¹⁰⁶ Case of Keriman Tekin and Others v. Turkey (App. No. 22035/10) (2016), at paras 40-43

¹⁰⁷ sawhoyamaya Indigenous Cmty. v. Paraguay, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 146, ¶ 120 (Mar. 29, 2006).

¹⁰⁸ Mayagna (Sumo) Awas Tingni Cmty. v. Nicaragua, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 79, ¶ 145 (Aug. 31, 2001).

ב. שנית, קבע בית הדין כי אמנות זכויות אדם הן כלים חיים ומתפתחים, אשר את פירושן יש להתאים לתקופות משתנות, וספציפית ביחס לתנאי המחייה הנוכחיים.¹⁰⁹

ג. שלישית, בית הדין קבע כי בהתאם לסעיף 29(b) לאמנה האינטר-אמריקאית, אין לפרש את סעיפי האמנה כמגבילים זכויות המובטחות באמנות אחרות או לפי החוק המקומי.¹¹⁰

ד. לבסוף, בית המשפט הסתמך על הצורך בפירוש מערכתי של אמנות בהתאם להוראות אמנת וינה בדבר דיני אמנות, ולפיכך פירש את סעיף 21 לאורך של האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות; האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות; אמנת העמים הילידים והשבטיים; ובהתאם לפרשנויות שהעניקו לאמנות הגופים שתפקידם לפרשן.¹¹¹

127. בהינתן פירוש רחב זה, ובהתקיים מאפיינים מתאימים אחרים, הוכרה בבית הדין האינטר-אמריקאי בעלותם של שבטי ילידים על שטחים מסוימים, וזאת על אף שלא היה בידיהם שטר קניין רשמי על האדמה.¹¹²

128. כמו כן נקבע כי זכות קניין זאת של ילידים, יכולה לגבור במקרים מסוימים על זכויות קניין פרטיות של אינדיבידואלים או תאגידיים, אשר יקבלו פיצוי כספי תמורת אדמתם,¹¹³ זאת אף במקרים בהם הבעלים הרשמיים היו צד שלישי שרכש את האדמה בתום לב.¹¹⁴

ג. סיכום ויישום

129. אם כן, כאמור, בשנים האחרונות חלה התפתחות בדרך בה נתפסת זכות הקניין כמכשיר לנישול ואפליה, ובהתאם התפתחה הגנה על זיקות של אוכלוסיות מוחלשות לנכסים כזכות קניינית בתנאים מסויימים, והכל מתוך מגמה לקדם שוויון ולצמצם את מנגנוני הרחבת הפערים בחברה.

130. בית הדין האמריקאי לזכויות האדם ובית הדין האירופי לזכויות האדם הכירו בפסיקותיהם בזכויות קנייניות כאלו שנוצרו בזכות חזקה רבת שנים בתום לב ותוך ציפיה לגיטימית להמשך החזקה לא מוגבלת.

Yakye Axa Indigenous Cmty. v. Paraguay, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. ¹⁰⁹
(ser. C) No. 125, ¶ 125 (June 17, 2005).

¹¹⁰ הי"ש 108 לעיל, פסקה 147

Saramaka People v. Suriname, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 172, ¶¶ 93–95 (Nov. 28, 2007)

¹¹² הי"ש 107 לעיל, פסקה 128

Yakye Axa Indigenous Cmty. v. Paraguay, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. ¹¹³
(ser. C) No. 125, ¶¶ 147–49 (June 31, 2005).

¹¹⁴ הי"ש 107 לעיל, פסקה 138

131. ניתן להקיש מפסיקות אלה כי לדיירי הוותיקים במקרה דנן, אשר סובלים מאפליה בכל תחומי החיים כמעט אבל בדגש על כך שהמסגרת הנורמטיבית הנוגעת להגנה על הקניין היא מפלה כלפיהם בהגדרה, יש זכות קניינית בנכס שהוא ביתם.

VIII. החלת הדוקטרינה על התיק דנן

132. כפי שראינו בחלק הראשון של חוות דעת זו, התושבים הפלסטינים של ירושלים המזרחית סובלים מנחיתות מובהקת במעמד ובזכויות, נחיתות המעוגנת חלקה בדין וחלקה במדיניות אך כולה ממוסדת, ומאפליה היסטורית מושרשת וכרונית.

133. משפחת דוויק שתביעת פינוי זו עוסקת בה, לא לבד. כ-700 תושבים של שכונת בטן אלהווא בסילוואן מצויים בסכנת פינוי מבתיהם בעקבות תביעות פינוי שונות שהוגשו והמצויות בשלבים שונים של התדיינות. בשכונות נוספות של ירושלים המזרחית, כמו שיח ג'ראח, מאות תושבים פלסטינים נוספים מצויים בסכנת פינוי.

134. את כלל תביעות הפינוי נגד משפחות בשכונת בטן אלהווא שבסילוואן הגישו אנשי עמותת "עטרת כהנים" אשר מונו לשמש נאמנים של "הקדש בנבנישתי", הקדש יהודי היסטורי שפעל בסילוואן לפני מאה שנה. המנגנון שאיפשר מינוי נאמנים להקדש בנבנישתי, ואופי ההליך הייחודי לנכסים במזרח ירושלים שהביא לכך שנאמנים עם תפיסה אידיאולוגית התומכת בהוצאת הדיירים והכנסת משפחות יהודיות אליהם טוענת לשליטה בנכס של משפחת דוויק, נוצר, תופעל והתאפשר על-ידי ובזכות המדינה מוסדותיה. העובדה שמינוי הנאמנים נעשה בבית המשפט המחוזי כאשר הדיירים לא יכלו לדעת על קיומו של ההקדש או על הבקשה למנות לו נאמנים, ובוודאי בלי שניתנה להם הזכות להישמע בטרם ימונו מי שישפיעו באופן כה דרסטי (וטראגי) על בתיהם, נובעת מההסדר החוקי שמדינת ישראל על רשויותיה – המחוקק, הרשות המבצעת ובתי המשפט - יצרו. העובדה שהליך שחרור הנכסים מנפקדותם נעשה באופן שנעשה, ללא שמיעת מי שעלול להיות מושפע ובאופן בלתי סימטרי ומפלה, נובעת מההסדר החוקי שמדינת ישראל על רשויותיה – המחוקק, הרשות המבצעת ובתי המשפט יצרו.

135. המדובר בהכרעות נורמטיביות – פוליטיות ביחס לנכסים במזרח ירושלים שאותה קיבלה המדינה ולא הקדש בנבנישתי או עטרת כהנים, ומכאן שהמדינה היא צד משמעותי ופעיל (גם אם לא פורמאלי) לסכסוך דנן.

136. לכן, ככל שמדובר בחובות כלפי מי שזכותם למגורים כמתואר בחוות-דעת זו מצויה בסכנה, הן רובצות לפיתחה של המדינה לא רק במונח הרגיל (שהרי המדינה תמיד חייבת להגן על זכויות יסוד של הנתונים לשליטתה) אלא במונח מוגבר וייחודי. זאת משום שהמדינה יצרה את תשתית הסיכון לזכויות המערערים, בין היתר בכל אלה:

א. באישור מדיניות פסולה של האפוטרופוס לשחרר נכסים באופן אוטומטי מבלי לקיים הליך של בירור עם על הנוגעים בדבר;

ב. ביצירת מסגרת נורמטיבית שמאפשרת שחרור נכסים של יהודים לבעליהם טרם 1948 וגם לחליפיהם אף כשלא מדובר ביורשים ולא מדובר ביחידים;

ג. ביצירת מסגרת נורמטיבית שלא מאפשרת שחרור סימטרי של נכסים של פלסטינים לבעליהם טרם 1948 וחליפיהם;

ד. בכך שבית המשפט המחוזי, רשם ההקדשות והאפוטרופוס הכללי איפשרו מינוי נאמנים להקדש שהוקמו טרם קום המדינה בהליך שאינו פומבי ושאינו מאפשר למי מהציבור המעוניין בכך להשמע ו/או להתחרות על מינוים כנאמנים, ומבלי שמי שעשוי להיות מושפע ממינויים אלה ידעו על ההליך;

ה. בכך שהאפוטרופוס הכללי שחרר נכסים לידי ההקדשים בהליך סודי ומבלי לאפשר למי שעלול להיות מושפע מהליכים אלה להישמע טרם השחרור;

ו. בכך שהאפוטרופוס הכללי נקט במדיניות של שחרור נכסים בדרך של השבת זכויות בנכסים ולא שקל מתן פיצוי תחת החזרת זכויות קניין;

ז. בכך שמערכת המשפט בישראל אשרה את כל ההסדרים הנ"ל.

יודגש, שבחוות-דעת זו איננו מבקשים לערער על תקפות או חוקיות הפרקטיקות שמנינו לעיל, אלא לראות בהן כחלק מהרקע הרלבנטי למלאכת האיזון וכיוצרות חובה מוגברת על המדינה להגן על זכויות המערערים. למעשה, הנ"ל מוכיח שהתייחסות להליכי הפינוי כסכסוך בין הדיירים לחליפי הבעלים איננה מדויקת ויש לראות בסכסוך ככולל את המדינה על רשויותיה.

137. כפי שפורט ברקע העובדתי בימים אלה מתנהלות 15 תביעות לפינוי שהוגשו על-ידי ההקדש ומתחילת 2020 ניתנו פסקי דין לפינוי של 19 משפחות בשכונה.¹¹⁵

138. במצב דברים זה יש כאמור להתייחס למעמדם המוחלש של המערערים כרכיב המשליך על כל מלאכת האיזון בין השיקולים השונים של מידתיות הפינוי, וכן לתפקידה של המדינה ולא רק של הקדש בנבנישתי או עמותת עטרת כהנים בהחלשה ובאפליה של הקהילה עליה נמנים המערערים, ולהעניק למאפיינים אלה משקל מהותי.

139. כעת נעבור לבחינת המאפיינים על המקרה דנן כשאנו מסתמכים אך ורק על עובדות שנקבעו בבתי המשפט בתיק זה בערכאות הקודמות ובתיקים אחרים המתייחסים לסוגיות רלבנטיות.

140. יצויין שהניתוח יעשה בנוגע לזכות למגורים, אולם כפי שהובהר לעיל, להבנתנו לזכות זו מצטרפת שכבת הגנה נוספת בדמות זכות קניינית לחזקה ושימוש בנכס על-ידי הדיירים.

¹¹⁵ בין השאר מדובר בתביעות הפינוי הבאות: ת"א 60182-10-13 זרביב נ' בצבוץ; ת"א 1496-03-15 שפרמן נ' אבו נאב; ת"א 37827-05-15 שפרמן נ' רגיבי; תא"ק 40939-06-15 שפרמן נ' בצבוץ; ת"א 27537-09-15 סרחאן נ' שפרמן; תא"ק 11330-12-15 שפרמן נ' בורקאן; ת"א 55978-12-15 שפרמן נ' רגיבי; תא"ק 67449-12-15 שפרמן נ' רגיבי; ת"א 41560-02-16 שפרמן נ' גית; תא"ק 44060-02-16 רלבייג נ' רגיבי; תא"ק 11184-03-16 רלבייג נ' שחאדה; ת"א 35534-02-16 רלבייג נ' שוויקי; ת"א 19509-11-16 רלבייג נ' עודה; ת"א 34592-02-16 רלבייג נ' אבו רמוז; תא"ק 26172-02-16 רלבייג נ' רגיבי; ת"א 3681-10-14 רלבייג נ' דוויק (התיק דנן)

א. תום לב

141. מורישם של המערערים (להלן: "המוריש") רכש את הנכס בשנת 1964 או 1965. לפי הסכמי רכישה שהוגשו לבית המשפט מ-1965 ומ-1967, המוריש רכש את המגרש ממר קאיד ג'לאגיל ורעייתו, שהחזיקו בנכס לפחות 25 שנה, בתמורה מלאה. אמינותם של חוזה הרכישה שהוצגו לא נסתרה בכל ההליכים, כמו גם תום לבם של הרוכשים. מאז במשך 56 שנים הם מתגוררים במקום. הח"מ מבינים כי סוגיית הבעלות, לאחר עשור וחצי בקירוב, עדיין נמצאת במחלוקת בין הצדדים והם אינם מבקשים להיכנס בנבכיה. אולם, לעניין תום הלב, כבר בגלגולו הקודם של התיק במסגרת ת"א (מחוזי י-ם) 9403-07 **הרב יצחק רלב"ג נ' מאזן דוויק** (פורסם בנבו, 25.05.2012) (להלן: "התיק הקודם במחוזי"), קבע כבוד השופט פרקש כי המוריש רכש את הנכס בתום לב ובתמורה (פסקה 42 לפסק דינו). כבוד המשנה לנשיאה, כתוארה דאז, השופטת מרים נאור חזרה על קביעה זו לעניין תום הלב בפסקה דינה בע"א 5522/12 **מאזן דוויק נ' הרב יצחק רלב"ג**, פסקה 3 לפסק דינה (פורסם בנבו, 27.07.14).

142. מעבר לקביעות המשפטיות, מעשיהם של המערערים מחד ושל הרשויות ששלטו באזור מאידך, מבססים אף יותר את תום לבם של הראשונים. במשך יותר מ-40 שנה, ועד לתביעה הראשונה נגדם בשנת 2007, התגוררו המערערים במקום ללא כל ערעור על זכותם. כפי שנקבע בהליך, המערערים שילמו תשלומים עירוניים הן לשלטונות הירדנים והן לשלטונות הישראלים, והימצאותם במקום הייתה ידועה לרשויות שלא העלו נגדם כל טענה בעניין הבעלות. הטענה היחידה שהועלתה עסקה בתוספות בנייה בלתי מאושרות שבנה אביו של המערער, שבגינן אף ריצה עונש מאסר של שמונה חודשים לאחר שלא עלה בידו לגייס את סכום הקנס שהושת עליו (התיק הקודם במחוזי, פסקה 9(ג)).

143. המערערים לא ידעו כי ישנה טענת בעלות סותרת בנכס עד שנת 2007 כאמור, והם רכשו את המבנה, התגוררו בו, בנו את חייהם בתוכו וסביבו במשך עשורים רבים, והכל בתום לב. לעניין מבחן המידתיות, אין ולא יכול להיות ספק כי המערערים נהגו בתום לב מוחלט ונוצרה אצלם ציפייה לגיטימית להמשיך ולהתגורר בביתם.

144. מנגד עומדות עמותת עטרת כהנים ומדינת ישראל אשר סייעה בידה כפי שהוסבר לעיל להשיג שליטה בהקדש, וכעת העמותה פועלת לפינוי המערערים, בהתנהלות שקשה לומר עליה שהיא נקייה ותמת לב. כל ההליכים שנקטה העמותה למול רשם ההקדשות לשם מינוי נאמנים להקדש, ולמול האפוטרופוס הכללי לשם שחרור הקרקעות לידיו, נעשו **כולם** ללא יידוע המחזיקים בנכסים, ללא בדיקת תקינות ההקדש, ללא בחינת טענות של התיישנות וכן בעידודן ובסיוען של רשויות המדינה. כפי שנטען לעיל, וכפי שעולה מן העובדות, אין מדובר בסכסוך נדל"ן פרטי, אלא במהלך רחב ל"יהוד" השכונה המובל על ידי המשיבים **וזו ככל הנראה גם הסיבה שרשויות המדינה סייעו לה**, ובכל מקרה המהלך לא יכול היה להתקיים ללא שותפותה של המדינה.

145. לסיכום עניין זה, כפי שנקבע לדיירים עומדת הקביעה כי כניסתם לנכס נעשתה בתום לב, וממילא כיום כבר מתגורר בו הדור **הרביעי** למשפחת דוויק. על תום ליבה של המבקשת פינוי רק נאמר שמהלכה נעשו

באופן שנועד להפתיע את הדיירים ולהעמידם בפני עובדה מוגמרת ע"י נקיטה בהליכים שמדירים אותם לחלוטין, ולכך סייעה המדינה, והדבר מטיל צל על תום ליבה.

ב. אופי הזיקות לנכס

146. **מיימד הזמן:** מחד ניצבים המערערים, המתגוררים בכנס כבר קרוב ל-60 שנים, לצד משפחות רבות אחרות שמצויות כולן בסכנת פינוי, המהוות יחדיו קהילה, שבטן אלה הוא מקום משכנה ומרכז חייה. כיום מתגוררים בכנס נושא תיק זה נינו של המוריש אשר רכש את הנכס בשנות ה-60, קרי ארבעה דורות הרואים במקום את ביתם היחידי.

147. מנגד, ניצבים המשיבים אשר הינם נאמני הקדש שהוקם במאה ה-19, אשר כבר בשנת 1938 נכסו נעזבו בשל הוראה של השלטונות הבריטים באזור. מצב דברים זה נמשך עד לשנת 1946, אז הושכרו נכסי ההקדש למר ג'לאג'יל על מנת שיטפל בהם, אך זה נהג בהם בפועל מנהג בעלים עד שמכרם למורישם של המערערים (התיק הקודם במחוזי, פסקה 10(ד)). כלומר, המשיבים כיום הינם חליפיו של בעלים אשר איבד את החזקה בכנס כבר לפני מעל ל-80 שנה.

148. **מיהות הצדדים וזיקתם לנכס:** המערערים כאמור הינם אנשים פרטיים, משפחה, אשר זה דור רביעי הנכס הוא ביתה. מבלי להיכנס לפרטים הנוגעים באופן ספציפי במערערים, נאמר באופן כללי שהם שייכים לקבוצה - הפלסטינים תושבי מזרח ירושלים – אשר לפי כל הנתונים שהוצגו בתחילת חוות-דעת זו אין בידה חלופות דיור אחרות ומצוקת הפיתוח בעניינה חריגה מאוד. פינניים כפויים של משפחות רבות מקבוצה זו משמעו עבור רבים מאוד בהם לא רק איבוד ביתם, אלא בהסתברות גבוהה התדרדרות לחסרות בית וריסוק החיים הקהילתיים (עוד על עניין הקהילה והתרבות בהמשך).

149. מנגד ניצב הקדש בנבנישתי שהינו הקדש ציבורי ולא פרטי או משפחתי, אשר הלכה למעשה חדל מלהתנהל עד שהגיעו אנשי עטרת כהנים ומילאו אותו בנשמתם. נאמני הקדש בנבנישתי מטעם עטרת כהנים מונו על-ידי בית המשפט המחוזי וזה הקשר **היחיד** שקושר אותם להקדש, הם אינם ממשיכי דרכו של ההקדש אשר כידוע מטרתו לסייע למעוטי יכולת, בשום צורה אחרת. כלומר, דורש ההשבה כעת אינו בעלים שגורש מביתו, ושעבורו לנכס עשוי להיות קשר רגשי עמוק, אלא בפועל עמותה בעלת אינטרס פוליטיים גרידא.

150. עוד יצוין כי העמותה היא גוף מבוסס כלכלית, שלפי אתר גאידסטאר הינה בעלת מחזור של מעל לשלושה עשר מיליון שקלים בשנת 2019, אשר רכשה ומנהלת נכסים רבים בשווי של עשרות מיליוני שקלים נוספים. על כן, במאזן הנזק שייגרם למערערים מפינוי, אל מול הנזק שייגרם למשיבים מאי פינוי הנכס, המאזניים נוטים בצורה מובהקת לטובת המערערים.

151. הפער בשיקולים המטים את הכף לטובת הדיירים במקרה דנן, ככל שהדבר נוגע לרכיב מיהות הצדדים וזיקתם לנכס, הינו כה קיצוני, עד שאין מנוס מלהמשיך ולהדגים עד כמה אין, ולא יהיה, צדק בפינוי המערערים מביתם לטובת המשיבים: כאמור, הקדש בנבנישתי הוקם ע"י הקהילה היהודית בירושלים כפרוייקט דיור כדי לסייע במצוקתם של יהודים יוצאי תימן בעיקר. הוא הוקם כהקדש ציבורי שנאמנו הם אנשי ציבור, ראשי הקהילה באותם ימים: הרב הראשי הספרדי, הרב הראשי האשכנזי ומנהל בית

ספר אליאנס. כלומר, גם הבעלים המקורי לא היה אדם פרטי שחי את חייו בנכס וכעת מבקש לשוב אליו. יש להדגיש שגם נאמני ההקדש עצמם, אפילו לפני 100 שנה, לא התגוררו מעולם בנכסים אלא השכירו אותם לעניים.

152. וכאמור לעיל נכסי ההקדש נעזבו כבר ב-1938 – אין מחלוקת על כך שבתי ההקדש נעזבו בהוראת השלטון הבריטי ב-1938, ומאז מצבם של המבנים הלך והידרדר. אין גם מחלוקת על כך שבתי ההקדש נהרסו כבר בשנות ה-40 (מלבד מבנה אחד, שכבר נמצא בידי ההקדש לאחר שפינו ממנו את המשפחות שהתגוררו בו). אפילו אם היה מדובר באדם פרטי שהתגורר בנכס, הרי שבמקרה הזה הנכס עצמו כבר איננו והקשר לבית ולמקום חלש הרבה יותר.

153. ואם כל זאת לא מספיק, העמותה הנלחמת בשם ההקדש על "הצדק" שנשלל מההקדש היהודי, בעצמה אינה פועלת בהתאם למטרותיו. נאמני ההקדש פועלים למעשה בשירות עמותת עטרת כהנים ולמטרותיה ההתנחלותיות, ללא כל קשר למטרות ההקדש האמיתיות, שהן סיוע לעניים. בעדות של נאמן ההקדש אבי שפרמן (בת"א 13-10-60182 זרביב ואח' נ' בצבוץ מיום 27/10/19) הוא העיד כי להקדש אין חשבון בנק משלו, כי אין לו עתודות מזומנים עצמאיות, וכי ההכנסות משכר דירה נגבות ע"י עטרת כהנים שקובעת למי להשכיר ובאילו תנאים.¹¹⁶ כלומר, לנאמנים הנוכחיים אין כל זיקה לתפקידים הציבוריים שנקבעו בשטר ההקדש כנאמני ההקדש, והם פועלים בהתאם להוראות אנשי העמותה.

154. קשה לחשוב על מקרה שבו רכיב מיהות הצדדים וזיקתם לנכס מטה את הכף באופן כה ברור ומובהק לטובת זכותם של הדיירים.

ג. השלכה על תהליכי פיוס/יצירת תסיסה

155. מאפיין נוסף אותו יש לבחון, הוא ההשפעה הרחבה של תוצאת התיק דן בפרט, ושל כלל התיקים בשכונת בטן אלהוא ובמזרח ירושלים בכלל, על תהליכי פיוס, או מנגד תהליכי תסיסה, באזור.

156. בית המשפט הנכבד חי את המציאות הישראלית ויודע כמה רגישים העמים החיים כאן לשינויים בסטטוס קוו בירושלים. אכן אחד הגורמים שתרמו למתיחות הגוברת במזרח ירושלים בתקופה האחרונה, לאירועי האלימות הקשים ברחבי הארץ, וליציאה למבצע "שומר החומות", היה החשש מפני פינוי קרב של מספר משפחות מבתיהן בשכונת שיח ג'ראח.

157. כאמור, השלכות אלו רלבנטיות למלאכת האיזון בין זכותו של הבעלים המקורי או חליפיו לפנות את המתגוררים בנכס ולקבל בו חזקה, לבין הזכות למגורים של הדיירים הוותיקים. מלבד הסכנה להחרפת השסעים החברתיים וליצירת תסיסה, המשב"ל מורה להתחשב בצורך ליצור אזורים שהם מוגנים עבור מיעוטים מופלים, בהם יוכלו לקיים חיי קהילה. על כך להלן.

¹¹⁶ בעקבות גילויים אלה והמרצת פתיחה שהוגשה ע"י תושבים מבטן אלהוא נגד רשם ההקדשות (ה"פ 5792-06-20 עיר עמים ואח' נ' הממונה על ההקדשות), הודיע הרשם ב-23/9/20 כי הוא פתח בחקירה בהליך של ביקורת עומק נגד ההקדש.

ד. הזכות לחיי קהילה, משפחה ותרבות

158. הפגיעה של פינוי כפוי במערערים מתרחשת בכמה מימדים.

159. **במימד התא המשפחתי**, מדובר בפגיעה קשה כמובן ודומה שאין צורך להרחיב. עקירת המשפחה מהמקום שהוא ביתה תקרע אותה ותצריך משאבים כלכליים ונפשיים רבים כדי להתגבר על הטראומה לחיי המשפחה. יודגש כי בשים לב למצב הדיור במגזר הפלסטיני של מזרח ירושלים, יש סכנה שלא תימצא אלטרנטיבה של מגורים נאותים עבור המשפחה, או שהיא תיאלץ להיקרע לפתרונות מגורים נפרדים לחלקיה. קיים גם חשש, כאמור לאור מחירי הדיור בירושלים, שהיא תיאלץ לצאת מגבולות גדר ההפרדה לשכונות העוני במחנה הפליטים שועפט או בכפר עקב ולסבול מתנאי חיים קשים וממגבלות תנועה אל ירושלים וממנה, או שהיא תיאלץ אפילו לצאת מגבולות התחום המוניציפאלי של ירושלים ואז יש חשש ממשי שהיא תאבד גם את מעמדה כתושבת ישראל על כל המשתמע מכך.

160. **במימד הזכויות לקהילה ולתרבות**, הפינוי דנן ופינויים נוספים משכונת בטן אלהווא שמצויים בצנרת המשפטית, עלולים לגרום להתפרקות קהילתית וזאת אם לא תובטח אלטרנטיבת מגורים לקהילה כולה יחדיו. כאמור לעיל, המשב"ל מטיל חובה על מדינות לדאוג שמשפחות וקהילות לא יפוצלו כתוצאה מפינוי. המהלך המתרחש במזרח ירושלים בשני העשורים האחרונים, ואשר כעת מגיע לשיאו (ומכאן הגשתה של חוות דעת זו), מטרתו פגיעה קשה במרקם החיים התרבותי והקהילתי של האוכלוסייה הפלסטינית, שעלול לפורר קהילה המתגוררת במקום מזה עשרות שנים. עקירתם של המערערים ושל המשפחות האחרות הנתונות לתביעות פינוי, תחסל את חיי הקהילה של בטן אלהווא.

ה. מעמדם המוחלש של המערערים, ואחריותה של המדינה

161. פערי הכוחות בין המערערים - משפחת דוויק, והמבקשים לפנותם - המשיבים מטעם עמותת עטרת כהנים, הוא מובהק וברור ולא ניתן להתכחש אליו. משפחת דוויק שייכת לקבוצה מוחלשת ומופלטית בעלת נחיתות פוליטית ומשפטית כפי שהראנו בתחילת חוות הדעת. עמותת עטרת כהנים נהנית מתשתית ותמיכה של מדינת ישראל על כל רשויותיה אשר מסייעים בידה נורמטיבית ובהחלטות שיפוטיות ומנהליות לקדם את האג'נדה הפוליטית שלה.

162. כאמור, לשייכותם של המערערים לקבוצת-מיעוט מוחלשת, ולפערי הכוחות המובנים בינם לבין המבקשים לפנותם, יש משקל בכלל מבחני המידתיות שתוארו. הם משליכים על כלל השיקולים שבבסיסם של מבחני המידתיות שפורטו לעיל. נזכיר ששיקולים אלה כוללים את העקרון שעל הפינוי לקדם את הרווחה הכללית בחברה דמוקרטית; שעליו לקדם מטרה לגיטימית; שהוא יעשה מתוך צורך (ועליו להיות האמצעי שפגיעתו הפחותה ביותר); ושהוא יביא ליותר תועלת מאשר נזק (מידתיות במובן הצר). **השייכות של משפחת דוויק (ומשפחות רבות אחרות במצבה) לקבוצת-מיעוט מוחלשת מחזקת את המסקנה ששיקולים אלה אינם מתקיימים, שפינויים לא יקדם את הרווחה, שהוא אינו האמצעי שפגיעתו פחותה ושהוא יביא ליותר נזק מתועלת.**

163. פינויה של משפחת דוויק לא תביא לרווחה כי הנטייה כשמדובר באוכלוסיות מיעוט מופלות, חסרות כח פוליטי וסובלות מקיפוח היסטורי ממסדי, היא למעט בסיוע להן במצוקתן; פינוי הוא בוודאי אינו האמצעי שפגיעתו פחותה, שכן גם אם יקבע שההקדש הוא הבעלים החוקי של הנכס, ולפיכך המשיבים מטעם העמותה ובשם ההקדש זכאים לנהלו, בשל העובדה שמדובר בתאגיד, פיצוי כספי יהווה תרופה הולמת וימנע פגיעה קשה במשפחת דוויק ומשפחות אחרות באזור; פינוין של משפחות מקהילות מוחלשות כאמור יביא ליותר נזק מתועלת, כי סיכוייהן להשתקם במהירות ובמינימום נזק ארוך טווח נמוך יותר והסכנה להתדרדר לעוני ומצוקה קשה גדול יותר.

164. למדינה יש אחריות כפי שהוזכר בשל מעורבותה הברורה ביצירת התשתית המשפטית והמנהלית שמאפשרת את הפינוי המאסיבי של משפחות במזרח ירושלים, כחלק מהכרעות נורמאטיביות – פוליטיות ביחס לנכסים במזרח ירושלים. לדידנו, מעורבות המדינה כפי שתואר ואחריותה הנגזרת, ומוחלשות הקהילה בה מדובר שהיא גם מוחלשות כלכלית, מחייבת שככל שיקבע כי המשיבים זכאים לפיצוי כספי הרי שהמדינה היא שאמורה לשאת בנטל זה.

סוף דבר .IX

165. הח"מ סבורים כי לאור כל האמור בחוות-דעת זו, זכותם של המערערים למגורים בנכס שהוא ביתם גוברת על זכותו של הקדש בנבנישתי, ככל שזו תוכח, לפנותם וליטול חזקה בו, זאת כשמנתחים את הסוגייה על-פי הנורמות של המשפט הבינלאומי של זכויות האדם.

166. הח"מ אינם נוקטים עמדה בשאלה אם בעלי הכנס יהיו זכאים לפיצוי אם בית המשפט יקבל את עמדתנו ויבטל את הצו לפינוי הנכס. עם זאת, הם סבורים שאם בית המשפט יקבע כי בעלי הנכס זכאים לפיצוי החובה לשלם את הפיצויים מוטלת על ממשלת ישראל, וזאת בשל חלקה ואחריותה למדיניות, לפרקטיקה ולמסגרת המשפטית שהובילו לסכסוך נושא ההליך. כשם שהמדינה דאגה להעניק לדיירים שאיבדו את נכסיהם במזרח העיר את החזקה בנכסים אשר נעזבו על ידי התושבים הפלסטינים בסמוך לקום המדינה, לרבות במערב ירושלים, כך אין להשית על הדיירים הוותיקים במזרח העיר את חובת הפיצוי לבעליהם היהודים של נכסים בעיר המזרחית.

חתימות: