



סופו של נשף המסכות? בעקבות בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

עמיחי כהן*

א. הקדמה. ב. המשפט הבינלאומי; 1. העובדות והטענה העקרונית; 2. השימוש בקרקע פרטית לצרכי התנחלויות ישראליות; 3. קרקעות פרטיות במבחן המעשה – היישום בעניין זיאדה. ג. מדתיות, סבירות וזכויות אדם; 1. הפעלת מבחני המידתיות; 2. מבחן המידתיות הראשון; 3. המידתיות במובן הצר; 4. סבירות החלטת המפקד הצבאי. ד. הסרת המסכות. ה. השלכות עמדתו של השופט ג'ובראן; 1. הסרת חסמי המשפט הבינלאומי; 2. ההגנה מכוח עקרונות זכויות האדם והמידתיות; 3. עניין זיאדה והעתירה בעניין חוק ההסדרה. ו. סיכום.

א. הקדמה

פסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימוס) סלים ג'ובראן (לצורך הקיצור להלן: השופט ג'ובראן) בבג"ץ זיאדה,¹ ניתן לאחר שהמחלוקת המשפטית הקונקרטית העומדת במרכזו כבר הפכה ללא רלוונטית. בפסק דין זה פסל בית המשפט מתווה שהוצע על ידי המדינה להעברת תושבי עמונה לגבעה סמוכה ליישוב. המתווה נפסל בשעתו (ינואר 2017) ללא נימוקים, ונימוקי פסק הדין ניתנו רק באוקטובר 2017. בשעה שניתנו הנימוקים תושבי

* חבר סגל בפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו. עמית בכיר, המכון הישראלי לדמוקרטיה. אני מבקש להודות לתמר הוסטובסקי-ברנדס, אריאל צמח, מרדכי קרמניצר ולי תל אור על הערות לגרסאות קודמות.
1 בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (31.10.2017).



עמונה כבר פונו מבתיים, והתוכניות להקמת יישוב חדש עבורם כבר יצאו לדרך.² אם כן, הדיון הקונקרטי בפסק הדין הוא מעט אנאכרוניסטי.

עם זאת, תחת הכסות האקדמית משהו, עניין זיאדה הוא פסק דין עקרוני ביותר, שבו פורש השופט ג'ובראן את משנתו בנוגע לשליטת ישראל בשטחים. כפי שאנסה להראות ברשימה קצרה זו, משנתו בנושא זה מרתקת. על סוגיות שהטרידו דורות של משפטנים בתחום תחולת המשפט הבינלאומי הוא מדלג בקלילות. לעומת זאת, בסוגית ההגנה על הפלסטינים מכוח דיני זכויות האדם הוא מתעמק, באופן שבו כמעט שום שופט לא התעמק לפניו, ומזווית ראייה מפתיעה.

קריאת החלק הראשון של פסק הדין בעניין זיאדה הפיקה מפיהם של כמה תומכי ימין קריאות עידוד.³ לכאורה, מחסומים משפטיים מבוססי משפט בינלאומי שהועמדו בפני פעולות שלטוניות של ישראל בשטחים, ואשר נבנו בעמל רב על ידי דורות של שופטים, קורסים תחת המקלדת של השופט ג'ובראן כבניין קלפים. למרות זאת, קריאה מעמיקה של החלק השני של פסק הדין, העוסק בהגנות הניתנות על ידי דיני זכויות האדם, מגלה כי השופט ג'ובראן ניסה להניח תשתית אחרת, אלטרנטיבית, להגנה על זכויות הפלסטינים הנמצאים תחת שליטה אפקטיבית של ישראל, והנפגעים ישירות מפעולותיה. כפי שאראה להלן, אל מול הכלים המשפטיים ה"בלתי-קונבנציונליים" שבהם החלה הכנסת להשתמש, נדמה שלגישה זו של השופט ג'ובראן יתרונות בלתי-מבוטלים. השופט ג'ובראן הניח את סימני הדרך, אשר על פיהם יוכלו שופטי בית המשפט העליון, אם ירצו, לסלול את הדרך לפסילת חוק ההסדרה, שעניינו תלוי ועומד בפני בית המשפט העליון.

חלקה הראשון של ההארה, ידון בנושאים המרכזיים שבהם סטה השופט ג'ובראן מהפסיקה המסורתית של בית המשפט העליון בנוגע למשפט הבינלאומי החל בשטחים. חלקה השני של ההארה יראה כיצד מתייחס השופט ג'ובראן למערכת הגנה חלופית על זכויות הפלסטינים, הבנויה על עקרונות זכויות האדם מן המשפט הישראלי. חלקה השלישי של ההארה יבקר את עמדתו של השופט ג'ובראן, ויבהיר את ההשלכות של נקיטת עמדה זו. חלקה הרביעי של ההארה יבחן כיצד ניתן להיעזר בשיטתו של השופט

² חזקי ברוך "הקבינט אישר: יישוב חדש למפוני עמונה" ערוץ 7 30.7.2017 www.inn.co.il/News/News.aspx/343377

³ ראו, למשל: יהודה יפרח "האם הנס של ג'ובראן ישנה את דעתו של מנדלבליט?" nrg www.nrg.co.il/online/1/ART2/901/831.html 10.11.2017



“דיני כיבוש בין פקיעה להפקעה”

גיזבראן בריון בעתירה לגבי החוק ההסדרה, וכיצד יש ליישם אותה בפועל על ידי המפקד הצבאי. החלק החמישי יסכם.

ב. המשפט הבינלאומי

1. העובדות והטענה העקרונית

העתירה בעניין זיאדה הוגשה נגד מימוש ההסכם שהושג בין ממשלת ישראל לבין מתיישבי עמונה לשם פינוי מרצון של היישוב. ההסכם קבע מנגנון כפול, על פיו הממונה על הרכוש הנטוש באיו"ש יטול חזקה בנכסים המוגדרים כ"נטושים"⁴, וצו של המפקד הצבאי באיו"ש יורה על פירוק השיתוף בחלקות שבהן הממונה נטל את החזקה, באופן שהחלוקה מחדש של החלקות תאפשר בניית יישוב. המטרה הייתה להביא לכך שתושבי ההתנחלות עמונה, אשר בית המשפט העליון הורה לפנותה כיוון שהוקמה על קרקע פרטית,⁵ יוכלו להעתיק את היישוב לגבעה סמוכה.⁶

2. השימוש בקרקע פרטית לצרכי ההתנחלויות הישראליות

הטענה המרכזית המבוססת על המשפט הבינלאומי, שהועלתה בעתירה נגד ההסכם והצו שהוצא מכוחו, היא כי הוא עוסק בפועל בהפקעת קרקע בבעלות פרטית לטובת

⁴ צו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (1967). ס' 1 לצו זה קובע, כי נכס נטוש הוא נכס שהבעלים והמחזיק בו גם יחד עזבו את השטחים. חובתו של הממונה על הנכסים הנטושים לפי ס' 8 (א) לאותו צו היא "[ל]שמור על הנכס הנטוש [...] לטובת בעליו או המחזיק בו".

⁵ בג"ץ 9959/08 חמאד נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 25.12.2014).

⁶ להלן נוסח הסעיפים הרלוונטיים בהסכם כפי שהוא מצוטט בפסק הדין בעניין זיאדה לעיל. פס' 6:

"3. במקביל לכך, המדינה תפעל להציב כארבעים מבנים "נוספים בחלקות הסמוכות ליישוב עמונה, לתקופה של שנתיים, זאת, באמצעות תיקון צו 1777, כך שיתאפשר במסגרתו לממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש (להלן: הממונה), ביחס לחלקה אשר מבקשים לתת בה היתר בניה מכוח הצו, ושעיקר הבעלות בה הינו בגדר נכס נטוש, לפי הצו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (יהודה ושומרון) (מס' 58), התשכ"ז-1967, ליטול חזקה בחלק מסוים מהשטח, ששוויו ביחס לכל שטח המקרקעין, הוא כיחס בין הזכות הבלתי מסוימת המהווה נכס נטוש לבין כלל הזכויות הבלתי מסוימות מאותו סוג באותה חלקה. השטח בו הממונה יטול חזקה יוקצה למועצה האזורית מטה בנימין. יישום הסמכות האמורה יקודם לגבי חלקות שונות, לרבות ביחס לחלקות 28 ו-30 ו-54 (ראשית חלקה 30 ומיד לאחריה החלקות הנוספות). לפני תום תקופת 8 החודשים האמורה בס' 2. לעיל, יקודם יישום הסמכות גם ביחס לחלקה 38.



התנחלויות, הפקעה האסורה על פי המשפט הבינלאומי של דיני הכיבוש. היות שדיני הכיבוש הם הדין החל בשטחים, וחולשים על פעולתו של המפקד הצבאי, דין הצו להתבטל. למפקד הצבאי אין כלל את הסמכות לבצע את אשר התיימר לעשות – להורות על כניסה של הממונה בנעלי הבעלים של זכויות בקרקע, להורות על פירוק השיתוף, ולהתיר למתנחלי עמונה להתיישב בקרקעות אלו. השופט ג'ובראן ניתח את הטענה, ודחה את טענות העותרים בהקשר זה. השופט ג'ובראן קבע כי למפקד הצבאי יש את הסמכות העקרונית להוציא את הצו.⁷

לשם הבהרת חשיבות הפסיקה של השופט ג'ובראן בהקשר זה, חשוב להביא כאן סקירה קצרה של פסיקת בית המשפט העליון בנושא הפקעת הקרקעות. על פי פסיקת בית המשפט העליון, נטילת זכויות של פלסטינים בקרקע פרטית אפשרית על פי אחד משני מסלולים. המסלול הראשון הוא "המסלול הביטחוני", בו מותרת נטילה זמנית של זכות השימוש בקרקע ("תפיסה") לצרכים ביטחוניים, וזאת על פי הפרשנות שאימץ בית המשפט העליון לסעיפים 46 ו-52 לתקנות האג.⁸ צווי התפיסה שימשו לתפיסת קרקעות פרטיות לשם בניית כבישים עוקפים לשימוש המתנחלים,⁹ לבניית גדר ההפרדה,¹⁰ לבניית מחנות צבאיים¹¹ ועוד. בעשור הראשון לכיבוש נעשה שימוש בסעיף זה אף לשם תפיסת קרקע להקמת התנחלויות, בטענה שהתנחלויות ממלאות צורך בטחוני.¹² אולם, מאז פסק

4. במהלך תקופת השנתיים האמורה בס' (3), תיבחן האפשרות לאשר התיישבות ארוכת טווח בחלקות הסמוכות לעמונה. לשם כך, יושלם הליך בירור ההשגות שהוגשו. כמו כן, המדינה תפנה לבית משפט השלום בירושלים בבקשה לפירוק שיתוף בחלקות שיימצא כי עיקר הבעלות בהן הינו בגדר נכס נטוש. לאחר שיובהר – בסיומם של תהליכים אלו – היקף השטח הנמצא בחזקת הממונה, יבחנו הגורמים המקצועיים אם ניתן מבחינה תכנונית להקים התיישבות ארוכת טווח במקום, ובהמשך לכך יבחן היועץ המשפטי לממשלה אם ניתן לאשר זאת מבחינה משפטית. ככל שהתהליך המפורט בסעיף זה לא יסתיים, בהכרעה כזו או אחרת, בתום תקופת השנתיים האמורה לעיל, יוארכו היתרי הבניה וההקצאות ביחס לחלקות האמורות בס' (3) לפרק זמן קצר נוסף, כפי שיידרש עד להשלמת התהליך".

7 עניין זיאדה, לעיל ה"ש 1, פס' 34 ו-40 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.
8 ס' 46 לתקנות הנספחות לאמנה בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה לרבות תקנות בקשר לדיני ומנהגי המלחמה ביבשה (האג 1907) (להלן: "תקנות האג") קובע כי:
"יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות-הדת ומנהגי הפולחן. אין להחרים רכוש פרטי" [ההדגשה שלי – ע.כ.].
9 ס' 52 לאותן תקנות קובע כי:

"אין להפקיע דברים שבעין ואין לכפות על הרשויות המקומיות או על התושבים, מתן שירותים, אלא לצרכי צבא הכיבוש".

9 בג"ץ 202/81 טביב נ' שר הבטחון, פ"ד לו(2) 622 (1981).

10 בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004).

11 בג"ץ 290/89 ג'וחא נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פ"ד מג(2) 116 (1989).

12 בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2), 113 (1979).



“דיני כיבוש בין פקיעה להפקעה”

הדין הידוע בעניין דויקאט (אלון מורה),¹³ שקבע שהטעם הדומיננטי בהקמת התנחלויות אינו טעם ביטחוני כי אם אידאולוגי, לא נעשה שימוש במסלול זה לשם הקמת יישוב ישראלי על קרקע פרטית פלסטינית.

המסלול השני להפקעת קרקעות שאישר בית המשפט העליון, היה הפקעות לצרכי ציבור. הבסיס המשפטי למסלול זה נקבע כבר בראשית שנות השמונים, בפסק דינו של נשיא בית המשפט העליון בדימוס, או כתוארו דאז השופט אהרן ברק בפרשת ג'מעית אסכאן.¹⁴ בפסק דין זה, נקבע מסלול הפקעות “אזרחי”, הפועל על פי הדין הירדני המקומי המתיר הפקעות לצרכים ציבוריים מסוימים. לדעתו של השופט ברק אין בגישה זו כל אי-התאמה מול דיני הכיבוש. סעיף 43 לתקנות האג קובע כי על הכובש להשיב על כנם “את הסדר והחיים הציבוריים”.¹⁵ נוכח הכיבוש ארוך הטווח בשטחים, פירש ברק את הסעיף בהרחבה ככזה שמתיר למדינה הכובשת (ישראל) אפשרות לנקוט בפעולות ארוכות טווח, כגון בניית תשתיות וכבישים, והפקעת קרקעות פרטיות לשם כך (“הפקעה אזרחית”).

סמכות זו סויגה בכלל חשוב – היא לא תוכל להיעשות אם מטרתה היא טובתה של מדינת ישראל בלבד, ולא טובת התושבים המקומיים.¹⁶ לכאורה, נקבעה כאן הגבלה חשובה על מידת האפשרות של מדינת ישראל לנצל את השטחים לצרכיה, ואכן, בכמה מקרים בוטלו תוכניות מסוימות להפקעת קרקע לצרכי מדינת ישראל בלבד.¹⁷ עוקצו של כלל זה הוקהה בשל שתי הכרעות שיפוטיות: הראשונה, היא שגם תושבים ישראלים נחשבים לתושבים מקומיים בשטחים, ולפיכך צריכים צריכים גם הם להילקח בחשבון.¹⁸

¹³ בג”ץ 390/79 דויקאט נ’ ממשלת ישראל, פ”ד לד (1) 1 (1979).

¹⁴ בג”ץ 393/82 ג’מעית אסכאן אלמועלמין נ’ מפקד כוחות צה”ל באזור יהודה והשומרון, פ”ד לז (4) 785 (1983). (להלן: עניין ג’מעית אסכאן).

¹⁵ תק’ 43 לתקנות האג קובעת כי:

“בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, ינקוט הלה בכל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים,* עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין”.

¹⁶ עניין ג’מעית אסכאן, לעיל ה”ש 14.

¹⁷ התוכנית לבניית בית הקברות המרכזי של ירושלים בשטחים, התוכנית לבניית מטמנת פסולת עבור ירושלים ועוד.

¹⁸ בג”ץ 10356/02 הס נ’ מפקד כוחות צה”ל בגדה המערבית, פ”ד נח (3) 443 (2004).



השנייה היא שאין צורך **שעיקר התועלת** תהיה עבור התושבים המקומיים הפלסטיניים. די בתועלת כלשהי.¹⁹

על פי עקרונות אלו, קבע השופט ברק כי למפקד הצבאי הסמכות להפקיע את הקרקעות שעליהן נבנה כביש 443 המחבר בין תל-אביב לירושלים, שכן בכביש זה יוכלו להשתמש גם התושבים המקומיים. יש לציין, כי גם בנוגע להפקעות "אזרחיות" על פי סעיף 43 לתקנות האג, קבע בית המשפט במספר מקרים כי טעמי ביטחון כלולים בחובה לשמור על הסדר הציבורי, ולפיכך גם הם יכולים להיות כלולים במסלול סעיף 43, שמאפשר הפקעה קבועה ולא רק תפיסה זמנית.²⁰

אל מול היתרי ההפקעה והתפיסה הזמניים והקבועים לצרכים השונים נותרה עומדת נורמה קשיחה אחת בלבד – קרקע פלסטינית לא תופקע לצרכים המשרתים התנחלות ישראלית, או לשם הכשרת בנייה ישראלית. למעשה, כל מקרי הריסת בתי המתנחלים שעליהם הורו בתי המשפט, יסודם בנורמה זו – איסור הבנייה על קרקע פרטית.²¹ אלא, שמסתבר שמבחינת כללי המשפט הבינלאומי, על פי פרשנותו של בית המשפט העליון, ביסוסה של נורמה זו אינו לחלוטין ברור.

הטעם שעמד בפני בית המשפט בעניין דויקאת היה הטעם הביטחוני על פי מסלול התפיסה (מסלול סעיף 52), ובהחלט ניתן להבין את פסק דינו כפוסל תפיסת קרקע לשם הקמת יישוב על פי מסלול זה, כל עוד אין טעם ביטחוני חד-משמעי לתפיסת הקרקע. אולם, בפני השופט לנדוי לא עמדה כל הפסיקה הנרחבת, המתירה הפקעות לצרכים אזרחיים, הכוללת גם את צרכי האוכלוסייה האזרחית הישראלית כצרכים לגיטימיים, והרואה אפשרות כללית לשינוי התנאים החוקיים בשטחים נוכח הצרכים המתפתחים של

¹⁹ כך, ברור למשל: בעניין **ג'מעית אסכאן**, לעיל ה"ש 14. כך גם ברור מפסק הדין בבג"ץ 2150/07 **אבו צפיה נ' שר הביטחון** (פורסם באר"ש, 29.12.2009). מגמה זו שולטת בבית המשפט גם ביחס לפרשנות סעיפים אחרים בתקנות האג. ראו למשל לעניין תק' 55 לתקנות האג בג"ץ 9717/03 **נעלה נ' מועצת התכנון העליונה**, פ"ד נח(6) 97 (2004).

²⁰ ראו, למשל: עניין **ג'מעית אסכאן**, לעיל ה"ש 14.

²¹ חלק לא קטן מבניית ההתנחלויות ביהודה ושומרון נעשה בצורה שאינה תואמת את הכללים. ראו טליה ששון "חוות דעת (ביניים) בנושא מאחזים בלתי מורשים" (2005)

www.pmo.gov.il/SiteCollectionDocuments/PMO/Communication/Spokesman/sason.2.pdf



“דיני כיבוש בין פקיעה להפקעה”

הכיבוש ארוך הטווח. אם כן, על מה מבוססת הנורמה של אי-הפקעה או תפיסת קרקע לצרכים ה“אזרחיים” של התנחלויות?

הנורמה קובעת במספר פסקי דין מאוחרים של בית המשפט, אשר ראו בה מעין אקסיומה משפטית.²² יש להניח כי אמירות אלו מציבות מעין תקדים משפטי, אך ברור כי ככל שהנימוק לתקדים חלש יותר, קשה יותר להגן עליו. במידה רבה, ההסתמכות על אמירות השופטים בהקשר זה, שבמקרים רבים נאמרו באוביטר הפסיקה, אינן מסבירות היטב את טעמי הפסיקה.

בסיס אחר לנורמה הוא החלטת הממשלה מס' 145 משנת 1979, אשר התקבלה בסמוך לאחר פסק הדין בעניין דויקאת, וקבעה כי בניית התנחלויות תיעשה על קרקע מדינה.²³ בעקבות החלטת ממשלה זו התקבעה נורמה במינהל האזרחי, על פיה אין מאשרים שום התיישבות של ישראלים על קרקע פרטית פלסטינית. אולם, החלטת

²² ראו, למשל: פסק דינה של השופטת בייניש בעניין פינוי היישוב מגרון בבג"ץ 8887/06 אל נאבות נ' שר הביטחון פורסם בנבו, 2.8.2011):

“אין חולק כי על פי דין אין להקים ישוב על קרקע פרטית של תושבים פלסטינים, וגם לשיטת המשיבים יש לראות בחומרה רבה פגיעה בזכות הקניין של תושבים אלה. לפיכך אף הציבה המדינה עקרון זה בראש סדרי העדיפויות לאכיפת החוק באזור. מדיניותה המוצהרת של ממשלת ישראל עולה בקנה אחד עם העקרון הבסיסי המנחה את בית המשפט הזה עוד מראשית דיוניו בסוגיית הקמת היישובים באזור יהודה ושומרון. בפרשת אלון מורה הנ"ל, נאמר עוד מפי הנשיא מ' לנדוי: '...כאשר בזכויות קניין של הפרט המדובר, אין לפטור את העניין בטענה של 'יחסיות' הזכות. לפי שיטת המשפט שלנו זכות הקניין של הפרט היא ערך משפטי חשוב המוגן בדין האזרחי והפלילי כאחד, ואין נפקא מינה, במה שנוגע לזכותו של בעל האדמה להגנה על רכושו על-פי דין, אם האדמה היא אדמה מעובדת או אדמת טרשים' (שם, בעמ' 14-15).”

ראו גם בבג"ץ 5165/15 קאסם נ' הממונה על מתן התרים בשטחים שנתפסו לצרכים צבאיים (פורסם בנבו, 3.1.2017). שני פסקי הדין מצטטים את בג"ץ דויקאת כבסיס להחלטתם, אך כאמור ברור כי בג"ץ דויקאת לא התמודד עם שאלת התחולה של ס' 43 ואפשרויות ההפקעה הנובעות ממנו.

²³ החלטה 145 של הממשלה ה-18 “מדיניות ההתנחלות” (11.11.1979).
“מדיניות ההתנחלות”
מחליטים (פה אחד):

להרחיב את ההתנחלות ביהודה, שומרון, בקעת-הירדן, חבל-עזה ורמת הגולן, על ידי תוספת אוכלוסין ליישובים הקיימים ועל ידי הקמת יישובים נוספים על קרקע שבבעלות המדינה. ועדת שרים תקבל החלטות מפורטות לאחר שתשמע דו"ח מפורט של היועץ המשפטי לממשלה.”



ממשלה היא בסיס משפטי רעוע להסבר פסיקה, שכן החלטות ממשלתיות הן תוצר של גוף פוליטי, המשנה דעתו מדי פעם.

נראה שבענייננו השופט פוגלמן ניסה לקדם הסבר נוסף, הנובע מההבדל בין הגדרת המתישבים הישראלים כתושבים מקומיים על פי תקנות האג (ואשר לכן צריך להתחשב בזכויותיהם), לבין זכויות הפלסטינים הנמצאות במדרג גבוה יותר, כיוון שהם תושבים מוגנים על פי אמנת ג'נבה הרביעית, מעמד אותו אין למתיישבים הישראלים.²⁴ לשיטתו של פוגלמן, גם אם הפקעה של רכוש מבוססת על רכוש פרטי, אין היא יכולה להיות רק לטובתם של תושבים ישראלים על חשבונם של תושבים פלסטינים.²⁵ ההיגיון המשפטי של עמדה זו לא לחלוטין ברור. נושא הפקעת רכוש פרטי נדון בעיקר בתקנות האג, ולא באמנת ג'נבה שממילא מעמדה במשפט הישראלי בעייתי. אך האמת היא, שגם נורמה זו לא הייתה חזקה במיוחד. היא נסוגה, למשל, בפני טענת שיהיו לעניין הפקעת קרקעות

²⁴ אמנת ג'נבה הרביעית מגדירה את התושבים המוגנים כאזרחים שאינם אזרחי המדינה הכובשת. ראו ס' 4 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (1949).

²⁵ עניין זה הובהר בפסק הדין בבג"ץ 2150/07 אבו צפיייה נ' משרד הביטחון (29.12.09) שדן בעניין הגבלות נסיעת כלי רכב בכביש 443, שנבנה בחלקו על קרקע פרטית שהופקעה מתושבים פלסטיניים. שם קבע השופט פוגלמן כך:

"סגירת הכביש לכלי רכב פלסטיניים מביאה לכך שכביש 443 משמש בעיקר לתנועת כלי רכב "פנימית" בישראל – בין מרכז הארץ לבין ירושלים...לצד זה, משמש הכביש לתנועתם של תושבי יישובים ישראליים הממוקמים באזור. בהתאם לפסיקת בית משפט זה, לא היה המפקד הצבאי מוסמך להורות על סלילת הכביש מלכתחילה, לו זו הייתה המטרה שבבסיס הסלילה [...] מצב הדברים הנובע מאיסור התנועה הגורף על תושבי הכפרים הינו כי אין מדובר עוד בכביש המשרת את טובתה של האוכלוסייה המקומית, כי אם ב"דרך שירות" של המדינה המחזיקה. הסדר שזו תוצאתו חורג מסמכותו של המפקד הצבאי ואינו עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי שעניינם תפיסה לוחמתית. הפועל היוצא של דברינו עד כה הוא כי מגבלות התנועה שאותן הטיל המפקד הצבאי אינן יכולות לעמוד במתכונתן הנוכחית ודינן להתבטל".

ברור היה לבית המשפט, והוא ציין זאת בפירושו, כי כביש 443 שימש גם את התושבים הישראלים הגרים לאורך הכביש (בית חורון, גבעת זאב וכו'). אך בית המשפט קבע כי בכך אין די. תובת המפקד הצבאי היא לדאוג לשתי האוכלוסיות, ואין די בכך שהוא פועל לטובת אוכלוסייה אחת. לא ייתכן כי פעולה לטובת אוכלוסייה מקומית לפי ס' 43 תהיה רק פעולה לטובת המתישבים הישראלים.



“דיני כיבוש בין פקיעה להפקעה”

לצורך הקמת רכבת בין תל-אביב לירושלים, שכפי הנראה לא תשרת את תושבי האזור הפלסטיניים.²⁶

הסבר אחר אפשרי להתנגדות להפקעת קרקעות מתושבים פלסטיניים על פי סעיף 43 טמון בתשובה לשאלה אם אכן ההפקעה נעשית על פי הדין הירדני החל. השופט ברק, בפסק דינו בעניין ג'מעית אסכאן, הציב דרישה זו בתור תנאי לאפשרות להשתמש במסלול ההפקעה על פי סעיף 43. החוק הרלוונטי הירדני מותיר שיקול דעת נרחב בידי המפקד הצבאי.

אדגיש כבר בשלב זה: טעם מרכזי אחד לפסילת כל הפקעת קרקע פרטית פלסטינית לטובת התנחלויות לא עלה מעולם בצורה מפורשת בהחלטות בית המשפט העליון. שופטי בית המשפט סירבו לקבוע כי קיימת בעיית אי-חוקיות עם כלל ההתנחלויות.²⁷ משעה שבית המשפט סירב לדון בשאלת חוקיות ההתנחלויות, וקיבל את העמדה שלפיה מתנחלים גם הם תושבים מקומיים וזכויותיהם ראויות להגנה משפטית, לא לחלוטין ברור מה הבסיס לאיסור ההפקעה של קרקע פרטית לצרכיהם האזרחיים של המתנחלים. יתר על כן, וכפי שאסביר בהרחבה להלן, בית המשפט גם התעלם בפסיקותיו מההקשר הרחב של הכיבוש, מאי-השוויון המובנה שלו, ומשאר טיעונים שנראו בעיניו “לא משפטיים” וממילא לא רלוונטיים.

אם כן, עמדתה של הפסיקה בעניין איסור הפקעות פרטיות לצורכי המתנחלים עומדת כבר כעת על כרעי תרנגולת. פסק דינו של השופט ג'ובראן בעניין זיאדה אינו אלא התפתחות “טבעית”, כמעט מתבקשת, של הקווים ששורטטו בפסיקה לפניו.

3. קרקעות פרטיות במבחן המעשה – היישום בעניין זיאדה

בפסק דינו מסיר השופט ג'ובראן מספר מהמחסומים האחרונים שהוצבו בפני סמכויותיו של המפקד הצבאי בשם המשפט הבינלאומי. ג'ובראן קובע במפורש, את אשר נקבע כבר לפניו בפסיקה, כי המתנחלים הישראלים הם תושבים מקומיים, שזכויותיהם, לרבות הזכות החלשה להיות מועתקים לגבעה סמוכה למקום מגוריהם הבלתי-חוקי, זכאיות

²⁶ בג"ץ 281/11 מועצת הכפר בית איכסא נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 6.9.2011). בית המשפט מדבר שם אפשרות עתידית לבניית חיבור של הרכבת לרמאללה, אך נראה ברור שאין אמון בטיעון זה, בלשון המעטה.

²⁷ ראו, למשל: בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4), 210 (1993).



להגנה. הוא קובע כי למפקד הצבאי יש סמכות לתפוס קרקע לתקופת זמן מוגבלת, כאשר הקרקע ניתלת מפלסטינים לטובת ישראלים.

השופט ג'ובראן דילג בקלילות גם מעל המחסום שהציב השופט פוגלמן, כמתואר לעיל, מפני נטילת קרקע מתושבים מוגנים כאשר הפעולה היא רק לטובת המתנחלים, ואפילו הם התושבים המקומיים. הוא כותב כי אין הוא קובע מסמרות לעניין זה, כיוון שהשתכנע שטעמי הביטחון (אשר כפי שאמרתי לעיל הוא עצמו אומר שהם מפקקים) גם הם רלוונטיים, ולפיכך אין מדובר כאן רק בטובתם של המתנחלים.²⁸

עוד במסגרת זו קובע השופט ג'ובראן, כי אין פסול במישור הסמכות להשתמש שימוש זמני בנכסי נפקדים פלסטיניים, ולפעול בשמם לאיחוד וחלוקה של נכסי מקרקעין במסגרת הליך של פירוק שיתוף.²⁹ עמדה זו בעייתית. ראשית, כעובדה היסטורית, מעולם לא נקט המפקד הצבאי בהליך זה לטובת התנחלות. שנית, קשה להתאים בין חובתו של הממונה על נכסי נפקדים לשמור על הנכס לטובת הנפקדים ובין הקצאתו, ולו בצורה זמנית, להתיישבות ישראלית שמטרתה המוצהרת היא התיישבות קבע. השופט ג'ובראן אינו מציב כאן מחסום שבסמכות מפני פעילות המפקד הצבאי.

יש הטוענים כי השופט ג'ובראן אף פוסק, כמעט בדרך אגב, ובמהלך דיון בנושא אחר, קביעה שממנה משתמע באופן פוזיטיבי כי עצם ההפקעה לצורכי מתנחלים איננה אסורה.³⁰ אני סבור כי לאור האמור בפסק הדין, מתן משמעות זו לפסק הדין מופרזת. כך או כך, ברור שלדעת השופט ג'ובראן ההגנות שמעניק המשפט הבינלאומי של דיני הכיבוש לקניינם הפרטי של הפלסטינים חלש יחסית.

אציין, במאמר מוסגר, כי בנושא אחד פסק דינו של השופט ג'ובראן מספק ניתוח חלקי בלבד, ומעט בעייתי. השופט ג'ובראן מנתח את סעיף 46 לתקנות האג האוסר על החרמה של רכוש פרטי, וקובע כי הוא אינו רלוונטי לעניין המתווה של צו אלוף הפיקוד, כיוון שבצו הוצע פיצוי.³¹ אולם, הפסיקה קבעה כי גם במקרה שהוצע פיצוי, ומדובר בתפיסת הקרקע, ולא בהפקעתה, הדיון צריך להתמקד בסעיף 52. על פי סעיף 52 לתקנות

²⁸ עניין זיאדה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 57.

²⁹ שם, בעמ' 65–66.

³⁰ שם, פס' 107, קובע השופט ג'ובראן במסגרת דיון במבחני המידתיות, כך: "בניגוד לעמדת העותרים, אינני סבור כי הפקעה אסורה כשלעצמה על פי מארג הדינים החל באזור (ראו DINSTENIN עמ' 225)".

לא לגמרי ברור למה התכוון כאן השופט ג'ובראן. ברור, כפי שנאמר לעיל, כי הפקעות לצרכים ציבוריים כלליים איננה אסורה, וזה גם מה שקובע Dinstein בפסקה אליה מפנה ג'ובראן. אך ההקשר שבו מובאים הדברים מעיד לכאורה על כך שג'ובראן סבור שגם הפקעה שאיננה אלא לצרכי המתנחלים איננה אסורה במשפט הבינלאומי. קשה להניח שזו באמת הייתה כוונתו, אם כי יתכן שיהיו כאלה שיבחרו לפרש כך את דבריו.

³¹ עניין זיאדה, לעיל ה"ש 1, פס' 33 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

עמ"ח כהן



“דיני כיבוש בין פקיעה להפקעה”

האג תפיסת קרקע, אף בפיצוי, תיעשה רק מטעמי ביטחון. השופט ג'ובראן דילג על הדיון בסעיף 52 לחלוטין. ייתכן שלגופו של עניין לא הייתה עובדה זו משנה כל עיקר. השופט ג'ובראן הניח כי יש למדינה טעמי ביטחון כלשהם לפעולתה. אלא שהניתוח של השופט ג'ובראן בהמשך פסק דינו, דיון שבו הוא מראה שלא היה קשר בין טעמי הביטחון לנטילת זכות השימוש בקרקע, היה צריך לפחות לעורר שאלות לעניין התחולה של סעיף 52 בהקשר זה. ניתוח כזה לא נעשה..

אפשר לדון עוד כהנה וכהנה בפסק דינו של השופט ג'ובראן, אך נראה לי שהמסקנה מפסק הדין כבר ברורה: המחסומים החלשים ממילא שהוצבו על ידי דיני הכיבוש, כפי שפורשו על ידי בית המשפט העליון בישראל לאורך השנים, בפני כוחה של ישראל לפעול לטובת המתנחלים, הולכים ונחלשים. בהקשר למשפט הבינלאומי, פסק דינו של השופט ג'ובראן ממשיך מגמה זו.

ג. מדתיות, סבירות וזכויות אדם

לאחר שקבע כי אין מניעה מבחינת סמכות במשפט הבינלאומי לממש את ההסכם, עובר השופט ג'ובראן לדון בהפעלת שיקול הדעת על ידי המפקד הצבאי. בנושא הפעלת שיקול הדעת דן השופט ג'ובראן בשתי שאלות. המידתיות בהפעלת שיקול הדעת, והסבירות בהחלטות המפקד הצבאי. אדון תחילה בנושא המידתיות, ולאחר מכן, בקצרה, בנושא הסבירות.

1. הפעלת מבחני המידתיות לגבי הפגיעה בזכויות האדם בשטחים

מזה שנים רבות מחיל בית המשפט את מבחני המידתיות על פעולותיו של המפקד הצבאי בשטחים, כאשר פעולות אלו פוגעות בזכויות האדם של התושבים. סוגיית המקור המשפטי להפעלת מבחני המידתיות בהקשר זה איננה ברורה לחלוטין. בפסקי דין מסוימים נטען שמבחני המידתיות מופעלים מכוח היותם חלק מהמשפט הבינלאומי,³² אך כמעט בכל מקום באה עמדה זו במצורף לעמדה על פיה עקרונות המידתיות הם גם חלק מהמשפט הישראלי.³³ השאלה גם קשורה בטבורה לתחולה של זכויות האדם בשטחים באופן כללי. בשאלה זו קיימת מחלוקת ניכרת בכתיבה בישראל, והפסיקה טרם

³² ראו, למשל, את הדיון הנרחב בנושא שערך השופט ברק בעניין בית סוריק, לעיל ה"ש 10, פס' 36–38 לפסק דינו.

³³ ראו, למשל: שם, פס' 39 ואילך.



הכריעה בעניין מפורשות. נראה כי התיאור ההוגן ביותר של המצב המשפטי בעיני רבים משופטי בית המשפט העליון, דומה במידה רבה למצב ששרר בישראל טרם המהפכה החוקתית. עקרונות היסוד של ההגנה על זכויות האדם (דוגמת זכות הקניין וכו') חלים בשטחים מכוח עצמם, ולא מכוח הסמכה מפורשת. כך גם השימוש בעקרונות המידתיות והסבירות בביקורת שיקול הדעת של המפקד הצבאי. מגמה זו הולכת ומתחזקת לאורך השנים בשורה ארוכה של פסיקות של בית המשפט העליון.³⁴ כך התבצעה אינטגרציה של כללי המשפט הישראלי בכללים הנוהגים בשטחים: למעשה, מבחני המידתיות הופעלו בצורה דומה מאוד בשטחים ובישראל. כאמור לעיל, לאורך השנים חלה נגיסה ניכרת במגבלות על סמכות המפקד הצבאי. התוצאה היא ששיקול הדעת של המפקד הצבאי הישראלי נבחן, פורמאלית, בדומה לבחינה של הפעלת הסמכות על ידי רשות מנהלית בישראל גופה.

בדיוק כפי שפסק דינו של השופט ג'ובראן בעניין זיאדה ממשיך את המגמה של החלשת המגבלות של המשפט הבינלאומי, פסק הדין ממשיך גם את המגמה האחרת בפסיקה – זו המחזקת את ההגנות מכוח עקרונות היסוד של המשפט הישראלי. אף פסיקתו של ג'ובראן פוסעת בנתיב זה שסללו לפניו, אלא שג'ובראן מחדש חידושים ניכרים בדרך ניתוח המידתיות. להסבר לגבי שינויים אלו אפנה עתה.³⁵

2. מבחן המידתיות הראשון

בבחינת המידתיות של הצו, קובע השופט ג'ובראן כי הצו נפסל כבר במבחן המידתיות הראשון: היחס בין האמצעי לבין המטרה. שתי תכליות הוצגו לצו. הראשונה, היא שמירה על זכות המתנחלים להיות מפונים למקום קרוב לביתם. בעיקרון, קובע השופט ג'ובראן כי תכלית זו ראויה. אולם, יש לזכור כי הכלי שבו בחר המפקד הצבאי להשתמש,

³⁴ לדיון מקיף בנושא תחולת זכויות האדם בשטחים ראו: יעל רונן "תחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בגדה המערבית" **שערי משפט** ז 149 (2014); Smadar Ben Natan, *Constitutional Mindset: The Interrelations between Constitutional Law and International Law in the Extraterritorial Application of Human Rights* 50(2) *ISR. L. REV.* 139 (2017).

³⁵ פסק הדין של השופט ג'ובראן מקדים את הדיון במבחן הקשר הרציונלי (מבחן המידתיות הראשון), לדיון בעצם הפגיעה בזכויות. מבחינה משפטית טהורה, הסדר צריך היה להיות הפוך, כמובן. ראשית בוחנים את עצם הפגיעה בזכות, ורק אחר את השאלה אם האמצעי הפוגע משיג תכלית ראויה. אלא שמבחינה מתודית, ביקש השופט ג'ובראן לדון בפגיעה בזכות בצמוד לדיון באיזון בין הזכות לבין התכלית (מבחן המידתיות השלישי). אף אני אפסע בשאלה זו בעקבותי, ואדון בעצם הפגיעה בזכות רק במסגרת הדיון במבחן המידתיות "במובן הצר" להלן.



“דיני כיבוש בין פקיעה להפקעה”

באמצעות שימוש מוגבל בזמן בנכסי נפקדים, והחלטה מנהלית על “פירוק שיתוף כפוי” שמהווה החלטה זמנית עד להחלטה שיפוטית על פירוק שיתוף, היא דרך שעל פניה מגבילה מראש את זכות המתנחלים. זכותם היא זמנית, ושהותם במקום תלויה בהתקיימות שורה של תנאים עתידיים, שהשופט ג'ובראן סבור שהם בלתי-סבירים, דוגמת אישור בית המשפט השלום שידון בבקשה הקבועה לפירוק שיתוף, לדרך המדויקת שבה נעשה פירוק השיתוף במקרה זה. ג'ובראן קובע, אם כן, שהסיכוי שהתכלית של שמירה על זכות המתנחלים, זכות חלשה מאוד מלכתחילה, אכן תושג הוא הסתברות נמוכה ביותר.³⁶ השופט ג'ובראן הסיר את המסכה מעל “זמניות” הכיבוש. בלשון יבשה, ובנימוקים כמעט טריוויאליים, הוא מראה כי הטענה שלפיה מדובר בהסדר זמני שיסתיים תוך שנתיים היא מופרכת. אם הוא אכן יסתיים תוך שנתיים, טוען השופט ג'ובראן, כי אז אין בו תועלת, ואם זה ההסדר לטווח ארוך, כי אז לא ניתן להשתמש בהסדר של “נכסים נטושים” על מנת לבסס אותו.³⁷

התכלית השנייה שהוצגה לבית המשפט כטעם למימוש ההסכם והפגיעה בזכויות, היא התכלית הביטחונית. אף כאן בוחן השופט ג'ובראן לעומק את נימוקי המדינה, ומוצא אותם חסרים. מחד גיסא, לא ברור כלל אם אכן יש סכנה ביטחונית כלשהי מצד הפלסטינים, שתושפע מהשאלה להיכן תפונה ההתנחלות עמונה. מאידך גיסא, התכלית הביטחונית של הגנה על פלסטינים או אנשי כוחות הביטחון מפני מעשי אלימות של קיצונים מבין המתנחלים היא תכלית בעייתית ביותר, שכן היא מהווה “פרס” לאלימות, שבית המשפט סולד מלאפשר פגיעה בזכויות בנינה. יתר על כן, השופט ג'ובראן סבור שהסכנה לאלימות מקורה דווקא בקיצונים שאינם נשמעים להנהגת ההתנחלויות, ולא ברור כלל אם לגורמים קיצוניים אלו משנה אם עמונה תפונה לגבעה סמוכה או למקום אחר.³⁸

לכאורה, פסיקתו של השופט ג'ובראן כאן פוסעת בעקבות הפסיקה הקודמת לו. אין הוא הראשון שמשתמש במבחני המידתיות ביחס לזכויות הפלסטינים ביהודה ושומרון, כמפורט לעיל. אך ככל הידוע לי זהו המקרה הראשון שבו קבע בית המשפט העליון בנוגע לפעולות הממשלה בשטחים, שמדיניות הממשלה המבוססת על טעמים ביטחוניים נפסלת כבר במבחן המידתיות הראשון – כלומר, אין כלל תכלית ראויה שתושג. יתר על כן, ככל הידוע לי בית המשפט מעולם לא פסל לחלוטין חוות דעת ביטחונית שהוגשה לו וקבע בצורה חד משמעית כי התכלית הראויה כלל לא תושג, או שאינה ראויה. קרה

³⁶ עניין זיאדה, לעיל ה"ש 1, פס' 77 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

³⁷ שם, בעמ' 66–67.

³⁸ שם, פס' 80–84 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.



שבג"ץ קבע כי התכלית הביטחונית שהוצגה אינה התכלית האמיתית העומדת מאחורי פעולת הרשות.³⁹ קרה שבית המשפט דחה את הטעמים הביטחוניים באיזון מול הפגיעה בזכות (מבחן המידתיות במובן הצר, להלן).⁴⁰ קרה גם, שבית המשפט דחה חלקית מטעמי סבירות החלטה קונקרטיית של המפקד הצבאי למנוע מפלסטינים עיסוק בחקלאות מחשש לאלימות המתנחלים כלפיהם.⁴¹ אולם, דחייה מובהקת, מלאה וברורה כל כך של חוות דעת ביטחונית, אינה מוכרת.⁴²

אף בסוגיה זו הסיר בית המשפט את המסכה מעל טעמי הביטחון. כפי שיראה השופט ג'ובראן בהמשך, לא טעמי ביטחון עמדו ביסוד ההסכמות הנרחבות, כי אם הרצון הקיצוני של הממשלה להגיע לפניו מרצון של היישוב.⁴³ נחזור להסרת מסיכות זו ולטעם האמיתי שעמד מאחורי עמדת המדינה בהמשך הרשימה, אך לפני כן אגש לבירור הניתוח של מבחן המידתיות השלישי – המידתיות במובן הצר.

3. המידתיות במובן הצר

הכלי המרכזי שבו משתמש בית המשפט העליון לפסילה של מדיניות הממשלה באמצעות מבחני המידתיות הוא מבחן המידתיות השלישי: מבחן האיזונים. על פי מבחן זה תיפסל פעולת הרשות אם הפגיעה בזכויות אדם הנובעת מפעולתה עולה על התועלת להשגת התכלית כתוצאה מפעולה זו. בית המשפט עשה שימוש במבחן מידתיות זה לבחינת הפגיעה בזכויות הפלסטינים בשורה ארוכה מאוד של פסקי דין, ואף השופט ג'ובראן עושה שימוש באיזונים אלו.

מצד אחד, מציב השופט ג'ובראן את זכויותיהם של בעלי הקרקע הפלסטינים. הוא קובע כי פירוק השיתוף, ובייחוד פירוק השיתוף באמצעים מינהליים, ולא באמצעות בית המשפט, מהווה פגיעה מהותית בזכויות הקניין של המחזיקים.⁴⁴ את העובדה שחלקם לא מעבדים כלל את האדמה הוא תולה בכך שבסמוך הוקם היישוב עמונה, שקיומו מנע

³⁹ כך קרה בעניין דויקאת, לעיל ה"ש 13, ובבג"ץ 2732/05 ראש מועצת עיריית עזון נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, (פורסם בנבו, 15.6.2006), שם נדון עניין בניית גדר הפרדה ליד הישוב צופין.

⁴⁰ ראו, למשל: עניין בית סוריק, לעיל ה"ש 10.

⁴¹ בג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (פורסם בנבו, 26.6.2006).

⁴² זאת אף בסוגיות שברור לחלוטין שחוות הדעת הביטחונית המוגשת אינה מבוססת על מידע מוצק, אלא על ספקולציות שנויות במחלוקת כמו, למשל, בנושא הריסת הבתים. ראו עמחי כהן וטל מימרן, עלות ללא תועלת במדיניות הריסת בתים: חשיבה מחדש (מחקר מדיניות 112, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015).

⁴³ עניין זיאדה, לעיל ה"ש 1, פס' 122 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

⁴⁴ שם, פס' 99–102 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.



“דיני כיבוש בין פקיעה להפקעה”

מהפלסטינים לעבד את אדמתם.⁴⁵ יתר על כן, השופט ג'ובראן גם קובע כי קיימת פגיעה בזכויותיהם של מחזיקי הזכויות ה“נוטשים”. ראשית, קובע ג'ובראן כי הליך בירור הזכויות היה מהיר ובעייתי, כך שיתכן שחלק מהנכסים הנוטשים אינם נוטשים כלל ועיקר.⁴⁶ נוסף על כך השופט ג'ובראן מעלה חשד, ואולי אף יותר מכך, שהכוונה איננה ליישב את המתנחלים בשטח לשנתיים בלבד, אלא להרבה יותר מכך, ולמעשה להפוך את המקום ליישוב קבע, מקום ממנו לא יפוגו עוד. אם זהו אכן המצב, הרי שיש כאן פגיעה קבועה ומשמעותית בזכויות הקניין של הבעלים.⁴⁷

בפעולת האיזון הנדרשת, העמיד השופט ג'ובראן אל מול הפגיעות הללו בזכויות הקניין, את האינטרס הביטחוני של המדינה ואת זכויותיהם של המתנחלים. כאמור לעיל, ג'ובראן איננו סבור באמת שקיים בסיס לטעם הביטחוני, לפיכך הוא מתקשה לתת לו מעמד משמעותי.⁴⁸ גם את זכויותיהם של המתנחלים, אפילו בהנחה שאכן שאיפתם תתמש והם יוכלו להישאר על ההר, הוא רואה כזכות מוגבלת בלבד. לא מדובר בזכות קניין כלל ועיקר. זו אינה אלא “משאלה של אדם להמשיך להתגורר בסמוך למקום מגוריו”.⁴⁹ בשל העובדה שמראש תושבי עמונה התגוררו בקרקע שלא הייתה שלהם כלל ועיקר, לא רואה השופט ג'ובראן מקום להעדיף זכות זו, ככל שהיא מוכרת, על הפגיעה בזכויות הפלסטינים.⁵⁰ לאור העמדת הדברים, אין להתפלא שהשופט ג'ובראן הגיע למסקנה שהפגיעה בזכויות הפלסטינים אינה מידתית ביחס לתועלות שתושגנה, הן זו הביטחונית, והן זו המעין קניינית.⁵¹

לפני סיום הדיון בחלק זה, פונה השופט ג'ובראן לחלק המפתיע והמחודש ביותר בפסק דינו. בגלל חשיבות הדברים אביא אותם כלשונם:

“טרם חתימת הדיון יש לשוב למושכלות ראשוניים. תושבי האזור הפלסטינים אינם ככל קבוצת פרטים אשר כפופה לפעולותיה של רשות מנהלית זו או אחרת. המדובר באזרחים מוגנים על פי הדין הבינלאומי, אשר זוכים מכוחו להגנות ייחודיות במגוון תחומים רחב, בהם גם מישור הקניין הפרטי [...] חרף הוראות אלו, נתונים התושבים המוגנים בעמדת כוח נחותה באופן אינהרנטי מזו של המתיישבים הישראלים באזור, שהם אזרחים מלאים ושווי זכויות של מדינת ישראל [...] אומנם, מורות פסיקותיו העקביות של בית משפט זה על

45 שם, פס' 103 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

46 שם, פס' 107 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

47 שם.

48 שם, פס' 110 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

49 שם, פס' 113 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

50 שם.

51 שם.



עריכת איזון אופקי מקום שחלה התנגשות בין זכויות התושבים הנמנים עם שתי הקבוצות – איזון שאותו ערכתי לעיל – אך אין בכך כדי לטשטש את המעמד הייחודי השמור לקבוצת התושבים המוגנים, או את הזהירות היתרה שנדרש המפקד הצבאי לנקוט בפועלו תוך פגיעה בזכויותיהם, לבל ישמשו דיני זכויות האדם כסות להחרפת חולשתם ולהעדפת תושביה של המדינה המחזיקה בשטח [...] זהירות זו, למרבה הצער, לא אפיינה במידה מספקת את התקנת הצו המתוקן. אשר על כן, מצאתי כי הוא אינו צולח את מבחן המשנה השלישי של תנאי המידתיות".⁵²

לא ניתן להפריז בחשיבותה של פסקה זו. תוך שהוא מפנה לכתיבתם של החוקרים אייל גרוס, יובל שני וארנה בן-נפתלי,⁵³ מציב השופט ג'ובראן מראה אמיתית מול איזוני הזכויות למיניהם הנעשים על ידי מפקדים צבאיים ושופטים. אין שוויון אמיתי, וממילא איזוני הזכויות למיניהן אינם יכולים להיות מופעלים בצורה הרגילה. בלשון אירונית משהו מכנה השופט ג'ובראן אמירות אלו בשם "מושכלות ראשונים" – אך דומה שאינן מושכלות ראשונים – כי אם מסקנות אחרונות של שופט שבמשך שנים רבות חזה בנגיסה ההדרגתית בזכויותיהם של הפלסטינים בשטחים.

4. סבירות החלטת המפקד הצבאי

לאחר שפסל השופט ג'ובראן את פעולותיו של המפקד הצבאי מהטעם שהן פוגעות באופן בלתי-מידתי בזכויות הפלסטינים, הוא עובר לבחון את סבירות הפעולה. השופט ג'ובראן מציין בצדק כי על המדינה הנטל להראות כי פעולתה סבירה, היות שהפעולות סוטות ממדיניות שהייתה נהוגה בשטחים במשך שנים רבות, בכך ששקלה את השימוש בפירוק שיתוף, ונטילת נכסים נטושים.⁵⁴

השופט ג'ובראן קובע שפעולת המפקד הצבאי הייתה בלתי-סבירה. הנימוק המרכזי לכך הוא שהמפקד הצבאי ייחס משקל יתר לצורך להשיג הסכמה של המתישבים לפינויים.

⁵² שם, פס' 116 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

⁵³ שם, בעמ' 76–77.

⁵⁴ שם, פס' 120 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.



“דיני כיבוש בין פקיעה להפקעה”

השופט ג'ובראן דוחה נימוק זה. לדעתו, ייחוס צורך רב כל כך להגיע להסכמה אינו אלא כניעה לאלימות מוסווית.⁵⁵

ד. הסרת המסכות

פסק הדין בעניין זיאדה קורע את מסכת הנשף, ומגלה לנו, לדעתי במכוון, כי המבנה המשפטי שסביבו סבה ההתייחסות הישראלית לשטחים אינו יכול לעמוד עוד. הפעלת דיני הכיבוש בשטחים מצויה מזה שנים רבות תחת לחצים כבדים. בבסיסו של דבר, ההחלה של דיני הכיבוש בשטחים הייתה יותר הסדר פוליטי ממצייאות משפטית. נוח היה למוסדות השלטון בישראל להחיל את דיני הכיבוש בשטחים, מבלי להתחייב בפועל למעמדו של השטח. נוח היה להם גם להפקיד את בית המשפט העליון על שמירתו של דין זה.⁵⁶

אלא, שבשנים האחרונות ההסדר הפוליטי מצוי תחת לחצים כבדים. כמעט חצי מיליון מתנחלים אזרחי ישראל גרים בשטחים. אזרחים ישראלים אלו מסרבים לקבל את מעמדם כתושבים זמניים בשטח שאינו חלק ממדינת ישראל. חלקים ניכרים מהמערכת הפוליטית בישראל חדלו לראות בהחלה של דיני הכיבוש פעולה המשרתת את מטרותיהם, וחוגים נרחבים במערכת הפוליטית הישראלית, במיוחד בימין, חותרים תחת המבנה הזה.⁵⁷ גם הפלסטינים עושים מאמצים ניכרים לתקוף את המבנה המשפטי של הכיבוש, כאשר הם מבקשים הכרה בינלאומית במעמדם כמדינה. דיני הכיבוש עצמם, ברור מזה זמן רב, אינם מתאימים לאורך התקופה שבה שולטת ישראל בשטחים, עד כדי שחוקרים מסוימים כינו כבר לפני יותר מעשור שנים את המשטר הישראלי בשטחים כ”כיבוש בלתי-חוקי”.⁵⁸

בנסיבות אלו, ההחלה של דיני הכיבוש על ידי בית המשפט העליון הופכת להיות בעייתית ביותר. הניסיון של בית המשפט העליון למצוא איזון בין זכויות הפלסטינים, זכויות המתנחלים וחובתו של המפקד הצבאי לשמור על הסדר והביטחון בשטחים לאור

⁵⁵ שם, פס' 122 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

⁵⁶ עמיחי כהן וסטיוארט כהן **יורים ושופטים – בטחון ומשפט בישראל** 105–118 (2014).
Amichai Cohen, *Guardians and Guards: The Israeli Supreme Court's Political Role in Matters of National Security*, in *CIVIL – MILITARY RELATIONS IN ISRAEL*, 171–193 (E. Rosman-Stollman et. al eds., 2014).

⁵⁷ Amichai Cohen, *Israel's Control of the Territories – An Emerging Legal Paradigm*, 21(3) *PALESTINE ISRAEL JOURNAL* 102 (2016).

⁵⁸ Orna Ben-Naftali, Aeyal Gross & Keren Michaeli, *Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territories*, 23 *BERKELEY J. INT'L L.* 551 (2005).



דיני הכיבוש, נדון למעשה מראש לכישלון. דיני הכיבוש לא נועדו להסדרת משטר דוגמת המשטר אותו הנהיגה ישראל בשטחים, שבו ישראל מנסה ליישב כמה שיותר ישראלים בשטחים, תוך שהיא נמנעת מהצהרה לגבי עתיד השטחים. ממילא, השימוש בדיני הכיבוש יוצר סתירות פנימיות וסיטואציות בלתי-פתירות. כרכי הפד"י, אוסף פסקי הדין של בית המשפט העליון, מלאים בפסקי דין של בית המשפט העליון שהתיימרו להתאים את דיני הכיבוש למציאות הישראלית, ובחלק גדול מהם נכשלו. אחד מגדולי החוקרים של פסקי הדין של בית המשפט העליון בנוגע לשטחים, פרופ' דוד קרצמר, סיכם זאת בבהירות אופיינית כך:

"In its decisions relating to the Occupied Territories, the Court has rationalized virtually all controversial actions of the Israeli authorities, especially those most problematic under principles of international humanitarian law".⁵⁹

כך לפני למעלה מעשור, וקל וחומר שכך גם היום. האילוצים הפוליטיים והדמוגרפיים הביאו את בית המשפט העליון למצב, שבו הכללים שהוא מפעיל ואותם הוא מכנה "דיני כיבוש" כבר רחוקים מהמשמעות המקורית שיוחסה להם. מידת ההגנה על הזכויות של הפלסטינים כבר ננגסה כל כך, עד שאין כמעט פעולה כלשהי של מדינת ישראל שניתן לומר עליה שהיא בוודאות מפרה את דיני הכיבוש. הניתוח של השופט ג'ובראן מראה כי שופט מוכשר וידען יוכל למעשה ליטול את הפרשנות הישראלית לדיני הכיבוש, ולפיה להכשיר במישור המשפט הבינלאומי כמעט כל מעשה של המפקד הצבאי. ההגנות כולן, כדברי חכמינו זכרם לברכה, אינן אלא "כהררים התלויים בשערה".⁶⁰

בנסיבות אלו, אין זה מפתיע ששופטים שוחרי טוב פנו אל דיני זכויות האדם ואל עקרונות היסוד של המשפט הישראלי, על מנת לסייע להם בפיתוח המשפט הנוהג בשטחים. במקרים מסוימים אכן סייעו עקרונות זכויות האדם למתן הגנה מסוימת על זכויות קונקרטיות של הפלסטינים, אך יותר משסייעו זכויות אלו להגנה על התושבים הפלסטיניים, הם תרמו ליצירת מצג שלפיו החיים בשטחים מתנהלים תחת משטר "נורמלי" – משטר שבו למעשה חיות אוכלוסיות שונות, שניתן לאזן בין הזכויות שלהן באופן העולה בקנה אחד עם משטרה של דמוקרטיה ליברלית.

בפועל, כמובן, המצב שונה לחלוטין. בשטחים חיות שתי אוכלוסיות נבדלות מאוד בזכויותיהן ובמעמדם: המתנחלים שהם קבוצה בעלת כוח פוליטי רב, מיוצגת בכנסת, ובכל מוסדות השלטון בישראל.⁶¹ לא זו בלבד, אלא שאופיו של צה"ל כצבא העם,

⁵⁹ DAVID KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE, 187 (2002).

⁶⁰ משנה, מסכת חגיגה פרק א' משנה ח'.

⁶¹ עקיבא אלדר ועדית זרטל אדוני הארץ – המתנחלים ומדינת ישראל 1967–2004 (2004).



“דיני כיבוש בין פקיעה להפקעה”

ובמיוחד ההרכב האנושי שלו, מביאים לכך שהאינטרסים של צה"ל ומפקדיו ושל המתנחלים מחוברים זה לזה בקשר בל ינתק. האוכלוסייה השנייה היא הפלסטינים. אוכלוסייה שאין לה שום ייצוג במוסדות השלטון בישראל, ואין לה גם זכויות חוקתיות מוכרות. יתר על כן, העימות הישראלי פלסטיני ארוך השנים מביא לכך שהפלסטינים נתפסים כאויב של מדינת ישראל. חיילי צה"ל מאומנים להילחם בפלסטינים, הם מבצעים מעצרים בכפרים, ומשרתים מערכת צבאית שחלק ממטרתה היא להגן על אזרחים ישראלים מפני הפלסטינים.

לא בגלל דיני הכיבוש, אם כן, אלא בגלל המצב בפועל הנוהג בשטחים, במקרים רבים צה"ל ושאר רשויות השלטון אינם נוהגים עם הפלסטינים בהוגנות. החלה של זכויות האדם תוך התעלמות מפערי כוחות אלו פשוט אינה רלוונטית. ההחלה של האיזונים הנוהגים בישראל על המצב הנוהג בשטחים, בלא שינוי והתאמה לרקע הקיים, מביאה לתוצאות אבסורדיות דוגמת זו שנחשפת בפסק הדין בעניין זיאדה.

משטר זכויות האדם הופעל על ידי בית המשפט העליון בנוגע לזכויות הפלסטינים בשטחים, אך הוא הופעל בלא תשומת הלב הנדרשת לחוסר השוויון המובנה בין האוכלוסיות. באומץ רב קורע השופט ג'ובראן גם את המסכה הזו מעל פני המשפט הישראלי. אם בית המשפט העליון ימשיך להפעיל את דיני זכויות האדם באופן טכני, בלא ההתייחסות הנדרשת להפליה המובנית בין המתנחלים לבין הפלסטינים בשטחים, כי אז ניתן יהיה, בעזרת איזונים ומידתיות, להכשיר כמעט כל פעולה. הז'רגון המשפטי מספק ליועצים משפטיים מוכשרים שפע של דרכים לעקוף את הצורך להצהיר על פגיעה בזכויות. בלא התחשבות ברקע המפלה, המונחים “פירוק שיתוף”, “נכסים נטושים”, “שהות זמנית” ושאר ירקות משפטיים מהווים כיסוי בפגיעה מהותית בזכויות הפלסטינים.⁶²

השופט ג'ובראן מבין כי מאחורי הניסוחים הטכניים עומדת מציאות אכזרית של שלילת זכויות קבועה ומתמשכת. את המציאות הזו, שנדמה שעד כה בית המשפט היה מעין שותף פאסיבי בהסתרתה, חושף השופט ג'ובראן במלוא מערומיה. מאחורי הצו של המפקד הצבאי לא עמדה שמירה של זכויות בעלי הנכסים הנטושים, כי אם שלילת זכויותיהם; מאחורי צו המפקד הצבאי לא עמדה הזדהות זמנית של יישוב, אלא תפיסה קבועה של שטח לצורך הקמת התנחלות. חשוב מכל, מאחורי צו המפקד הצבאי לא עמד איזון בין זכויות

⁶² לדימוי חד וקולע של משפט דיני הכיבוש כ”סלט”, ראו ארנה בן-נפתלי ורפי רוניק “מטבח אל יהוד” לחם חוק: עיונים במשפט ואוכל 689 (אייל גרוס ויופי תירוש עורכים, 2017).



של אזרחים, אלא העדפה של זכויותיה של קבוצה אחת, המתנחלים, על פני זכויותיה של קבוצה אחרת. פסק דין המתאר באופן אמיתי שכזה את המציאות המשפטית בשטחים, טרם ניתן על ידי בית המשפט העליון. אולי לא מקרה הוא שהוא ניתן על ידי שופט שפרש כבר משיפוט.

ה. השלכות עמדתו של השופט ג'ובראן

1. הסרת חסמי המשפט הבינלאומי

ביקורת אחת אפשרית על פסק הדין, היא כי הוא סותר את "דיני הכיבוש". אכן, וכמפורט לעיל, יש בפסק הדין אמירות שאינן עולות בקנה אחד עם דיני הכיבוש במשפט הבינלאומי. אלא שעמדתי היא, כי הפרשנות הישראלית לדיני הכיבוש ממילא התרחקה מאוד מהפרשנות המקובלת לדינים אלו במשפט הבינלאומי. במקביל, המצב בשטח רחוק מאוד מהמציאות שאליה התייחסו דיני הכיבוש. כמובן, פרשנות שמרחיבה את סמכות המפקד הצבאי להגן על מתנחלים פוגעת בזכויות הפלסטינים. היישום הישראלי של דיני הכיבוש פגע כבר בצורה כל כך עמוקה בזכויות הפלסטינים, עד שקשה לטעון שדווקא הפגיעה הנוספת המבוטאת בפסק הדין היא שצריכה לעורר ביקורת חריפה.

ביקורת אחרת היא הביקורת שניתן לכנותה המוסדית. החלשת ההגנות הניתנות על ידי המשפט הבינלאומי מחלישה את עמדת היועצים המשפטיים של המדינה המנסים לבלום מדיניות הפוגעת בזכויות הפלסטינים. העמדת המשפט הבינלאומי כמחסום סמכות היוותה דרך מועדפת על יועצים משפטיים במשרדי הממשלה, במינהל האזרחי ובצה"ל, כיוון שלא חייבה אותם להתעמת עם הדרג הפוליטי על בסיס עקרונות עמומים של מידתיות וסבירות. היות שדיני הכיבוש נוטים לקבוע כללים של מותר ואסור, ולא להתבסס על עקרונות ואיזונים,⁶³ הם היוו כלי עבודה נוח יותר בידי היועצים המשפטיים לחסום לחצים פוליטיים. אין להתפלא כי התגובה המיידית כמעט, של היועצים המשפטיים של המדינה לפסק הדין בעניין זיאדה הייתה ויתור על עמדות שבהן החזיקו לאורך שנים, מול לחצים פוליטיים כבדים.⁶⁴

האמת היא, שככל שההגנה שמעניק בית המשפט העליון לדיני הכיבוש נחלשת, וכפי שהראינו היא נחלשת, קשה יותר ממילא ליועצים המשפטיים לטעון כי "המשפט

⁶³ Amichai Cohen, *Rules and Standards in the Application of International Humanitarian Law* 41 ISRAEL LAW REVIEW, 41 (2008).

⁶⁴ יותם ברגר "מנדלבלית סולל דרך להכשרת 13 מאחזים בלתי חוקיים בגדה" הארץ 18.11.2017.



“דיני כיבוש בין פקיעה להפקעה”

הבינלאומי אוסר” או “אינו מעניק סמכות” לבצע פעולה מסוימת. מסתבר שבית המשפט מוכן לאשר פעולות רבות מאוד שנראות כמנוגדות לפרשנות סבירה של המשפט הבינלאומי, החל מהפקעת קרקעות פרטיות לצרכי רכבת ישראלית,⁶⁵ דרך מחצבות ישראליות הפועלות בשטחים ומנצלות את משאבי הטבע לטובת מדינת ישראל,⁶⁶ וכלה בענישה קולקטיבית של משפחות מחבלים באמצעות הריסת בתיהם.⁶⁷ ייתכן שבית המשפט לא יאשר הפקעת קרקע פרטית לצורכי הקמת יישוב חדש, בעיקר מטעמים של נאמנות לפסיקה קודמת, אך כמעט כל הפרה אחרת של זכויות הפלסטינים בדיני הכיבוש, תאושר.

יתר על כן, נראה שאין טעם להילחם גם לגבי אותן מגבלות שאותן יבצר בית המשפט, שכן המוסדות הפוליטיים בישראל נכונים לדרוס מגבלות אלו. כפי שראינו רק בתחילת שנת 2017, בפרשת חקיקת חוק ההסדרה, גם במקרה של הפקעת קרקע פרטית לצרכי יישוב ישראלי ממש, מוכנה הקואליציה בכנסת לחוקק חוק שמטרתו לקעקע את עמדות בית המשפט העליון בנושא.⁶⁸ על פי המשפט הנוהג בישראל, חקיקה הסותרת בפירוש משפט בינלאומי גוברת עליו. לפיכך, גם מטעם זה אין הגיון רב כל כך בהצמדות למגבלות המוטלות מכוח המשפט הבינלאומי.

דיני הכיבוש ממקדים את המבט באיזון שבין האינטרסים הביטחוניים של המדינה הכובשת לבין הזכויות ההומניטריות של הנכבשים. אולם, בכיבוש ארוך טווח, ובמיוחד בכיבוש הישראלי הכולל התנחלויות נרחבות, ציר זה כבר איננו הבעיה היחידה, אולי אפילו לא המרכזית. הבעיה בכיבוש ארוך טווח היא אי-השוויון – שבו קבוצה אחת מודרת לחלוטין מהתהליך הפוליטי לאורך תקופה ארוכה, וקבוצה אחרת, המתחרה על אותם משאבים, מהווה חלק ממנו. דיני הכיבוש אינם בנויים לטפל בבעיה זו. גם אם בנקודה מסוימת בעבר הייתה אפשרות לפרשנות יצירתית שתביא את שאלת אי-השוויון בחשבון בפרשנות דיני הכיבוש, הרי שכיוון הפסיקה שבו נקט בית המשפט העליון בנוגע

⁶⁵ עניין בית איכסא, לעיל ה”ש 26.

⁶⁶ עניין נעלה, לעיל ה”ש 19.

⁶⁷ ראו, למשל: בג”ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ’ שר הבטחון, (פורסם בנבו, 31.12.2014). חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע”ז–2017. לניתוח החוק והיחס בינו לבין

⁶⁸ המשפט הבינלאומי ראו עמיחי כהן “דין עמונה כדין תל אביב? התפרקותה של פרדיגמת הכיבוש בשטחים: בעקבות בג”ץ 9949/08 חמאד נ’ שר הביטחון והחוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע”ז–2017 המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 61, 6 (2017).



לשטחים כבר סטה במידה כה ניכרת לכיוון אחר, עד שאין כלל טעם לנסות "לתקן" את הסטייה. יש לנקות את הלוח, ולהתחיל מחדש.

2. ההגנה מכח עקרונות זכויות האדם והמדתיות

לאורך העשור האחרון ויותר מכך, עשו שופטים רבים מאמצים לבסס את ההגנה על זכויות הפלסטיניים על אדנים של עקרונות זכויות האדם, איזונים ומידתיות. במקרים קונקרטיים מסוימים הגנה זו אכן פעלה את פעולתה. אך באופן כללי, קשה לומר שדיני זכויות האדם סיפקו את מטרת ההגנה המצופה על זכויות הפלסטינים. הטעם, כפי שכבר פירטתי לעיל, הוא שדיני זכויות האדם כפי שהופעלו התעלמו מאי-השוויון הבסיסי בין האוכלוסיות השונות.

בפסק הדין בעניין זיאדה מציע השופט ג'ובראן דרך אחרת לשימוש בדיני זכויות האדם. במקום איזונים המושתתים על תסריטים פיקטיביים – יש להשתמש בעקרון אי-השוויון על מנת לחשוף את הכוונה האמיתית של המפקד הצבאי ושל ממשלת ישראל כאשר היא משתמשת במיני מבנים משפטיים שכל תכליתם שלילת זכויות של פלסטינים. יש להציב בראש הפירמידה את עקרון השוויון ואת עקרונות היסוד של זכויות האדם, ומהם לגזור את ההגנות הנדרשות. אם מבקשים היועצים המשפטיים, ובית המשפט, לחשוב על זכויותיהם של הפלסטינים ביהודה ושומרון בצורה כנה, עיקרון השוויון אינו יכול להיות "הפיל שבחדר". הוא חייב לעמוד במרכז הדיון המשפטי.⁶⁹

אם אכן אי-השוויון, או ההפליה המובנית של הפלסטינים, הוא הכלי המרכזי לבחינת מדיניות, כי אז ברור לגמרי מדוע אין להשתמש במשאבי קרקע פלסטיניים לשם חיזוק הצרכים הציבוריים והפרטיים של ההתנחלויות. העברת משאבים זו אינה אלא ביטוי מוחשי להפליה המובנית, ומאליו מובן שהיא אינה יכולה לעבור את מבחני המידתיות לפגיעה בזכות הקניין של הפלסטינים.

אך השופט ג'ובראן מציע הרבה יותר מכך: הוא מציע ליועצים המשפטיים, לבית המשפט ולארגוני זכויות האדם דרך חדשה ומהפכנית להתבונן על המצב בשטחים. הבעיה איננה הפרה נקודתית של כלל מסוים מדיני הכיבוש. הבעיה היא החלה בלתי-שוויונית לרוחב כל החזית של זכויות האדם: חינוך, רווחה, תרבות, זכויות פוליטיות ואזרחיות, מימון תשתית אנרגיה ועוד. כל אלו מוקצים לפלסטינים בישראל באופן לא שוויוני, ובכל העניינים הללו מציע השופט ג'ובראן להתבונן מחדש: לא עוד הגנה מינימלית על זכויות

⁶⁹ אין זו הפעם הראשונה שהשופט ג'ובראן מבקש ליישם את עקרון השוויון ביחס לזכויות הפלסטינים בשטחים. ניסיון קודם בכיוון זה, שלא זכה לתמיכה רחבה, עשה השופט ג'ובראן בפרשת "קו לעובד". ראו את פסק דינו של השופט ג'ובראן (דעת מיעוט לעניין זה) בבג"ץ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 10.10.2007).



“דיני כיבוש בין פקיעה להפקעה”

מכוח אמנות הניתנות לפירוש כזה או אחר, אלא יישום מלא של מגוון הזכויות האזרחיות, הכלכליות והתרבותיות בשוויוניות.

3. עניין זיאדה והעתירה בעניין חוק ההסדרה

כידוע, כיום מצויות בפני בית המשפט העליון מספר עתירות הנוגעות לחוקיותו של חוק ההסדרה, הקובע מנגנון להכשרת בנייה של התנחלויות על קרקע לא מוסדרת, ואף על קרקע פלסטינית פרטית. נראה כי ניתן לראות בפסק דינו של השופט ג'ובראן, מעין הצעת מתווה להכרעה לשופטים שידונו בעתירות בעניין חוק ההסדרה. אם יעקבו השופטים לאחר סימני הדרך שהותיר אחריו השופט ג'ובראן, הם יגלו כי אין טעם לבחון את עמידתו בדיני הכיבוש מן המשפט הבינלאומי. בשיטת המשפט הישראלית החוק הישראלי גובר על המשפט הבינלאומי, וממילא, כפי שתיארתי לעיל, הפרשנות שאומצה בישראל למשפט הבינלאומי של דיני הכיבוש בעייתית.

במקום זאת, המתווה מציע לבית המשפט לתפוס את השור בקרניו, ולבחון את החוק נוכח אי-השוויון העומד בבסיסו. על מנת להכשיר בנייה בלתי-חוקית על אדמות של פלסטינים, חוקקה כנסת ישראל חוק שמטרתו להכשיר תפיסת אדמות זו, בניגוד לעמדת הבעלים, ובמצב שבו הפלסטינים חסרי כל כוח פוליטי להתנגד לתפיסת קרקעות זו.

ראשית, לפי מתווה זה על בית המשפט להתעלם לחלוטין ממיני מונחים משפטיים בסעיפים בחוק היוצרים מצג כאילו הפקעת הקרקע אינה מוחלטת, והיא זמנית בלבד.⁷⁰ באותה מידה, על בית המשפט להבין שלמרות שלשון החוק לכאורה ניטרלית, הרי שהפגיעה המהותית בזכויות תהיה בבעלי קרקע פלסטינים, והנהנים מהחוק יהיו המתיישבים הישראלים.⁷¹ סעיפים אלו אינם אלא כיסוי למנגנון של הפקעת הזכויות מהפלסטינים בניגוד לרצונם.

שנית, לפי המתווה המוצע, על בית המשפט להעריך את הפגיעה בזכויות הפלסטינים לא רק לפי המצב הקיים, שבו נשללת מהם הזכות להשתמש בקרקע, אלא לפי

⁷⁰ ראו, למשל: ס' 3 לחוק ההסדרה קובע, כי הזכויות בקרקע לא יופקעו אלא רק “ינטלו” וכי: “נטילת זכויות השימוש וההחזקה כאמור בפסקה זו, תיעשה, ככל האפשר, בהתאם להוראות חוק הקרקעות הירדני, ככל שהן אינן סותרות את הוראות חוק זה, והיא תעמוד בתוקפה עד להכרעה מדינית בדבר מעמדו של האזור וההתיישבות בו.”

⁷¹ נוסח הצעת החוק בקריאה ראשונה קבע במפורש, כי מטרת החוק היא להגן על ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון. הנוסח שונה לקראת הקריאות השנייה והשלישית, כך שההתיישבות להתיישבות הישראלית דווקא הוסרה. נראה לי שצריך לנקוט בעמדה מיתממת במיוחד על מנת שלא להבין שהחוק נועד לפתור בעיה של ההתיישבות הישראלית בשטחים, ולא שום בעיה אחרת.



הזכות הקניינית הפוטנציאלית שלהם, אילו לא היו נבנים מבנים רבים כל כך על אדמה פרטית. יתר על כן – מעמד של המתנחלים בבית שנבנה בניגוד לחוק לא יכול להיות דומה לזה של הפלסטינים. למתנחלים אין, ולא יכולה להיות, זכות קניין במבנה שנבנה על אדמה פרטית שלא כדין. אם יפעלו השופטים על פי המתווה המוצע – לא יתנו השופטים מעמד משמעותי לניסיונות פוליטיים של המדינה לרצות את המתנחלים, או לאמירות פסבדו-ביטחוניות לגבי הקשיים הביטחוניים בפניו המתנחלים.

ולבסוף, המתווה המוצע יכוון את בית המשפט לערוך את מבחני האיזון והמידתיות תוך התחשבות בעובדה שהפלסטינים אינם בעלי זכויות שווים במדינת ישראל. אין הם משפיעים כלל על התכליות הראויות של המוסדות הנבחרים, ואין הם שותפים בהליך הדמוקרטי. ממילא, מנגנון הגנה חשוב מפני הפקעות שרירותיות – הזכות להחליף את השלטון הנוהג בשרירותיות, כללה אינו עומד לצידם. שימוש במנגנון הפקעה המקובל בישראל בהקשר זה אינו אלא לעג לרש.

אם יצא בית המשפט העליון למסע לבחינת חוקיות חוק ההסדרה מנקודת מוצא זו, כך מציע השופט ג'ובראן, ייתכן שימצא כי החוק פוגע בזכויות האדם באופן שאינו יכול להיחשב כחוקי במדינת ישראל.

1. סיכום

בשורת החלטות, ועדות, חוקים, ואף בפסקי הדין, נתחים הולכים וגדלים מהשטחים הופכים להיות חלק ממדינת ישראל. התהליך זוהה כבר לפני יותר משלושים שנה על ידי פרופ' אמנון רובינשטיין, שכינה את השטחים "יצור כלאיים משפטי"⁷². הוא הולך ומתגבר היום עד אשר בחלקים מסוימים של השטחים – בעיקר בהתנחלויות הישראליות, בהן ובסביבתן – אין כמעט שום הבדל בין ישראל גופא לבין השטחים. רבים סוברים שתהליך זה הוא בלתי-חוקי על פי המשפט הבינלאומי, ומהווה למעשה סיפוח של השטחים. השאלה שעמדה בענייננו בפני השופט ג'ובראן איננה שאלת חוקיות המדיניות הישראלית בכללה, אלא כיצד יכול בית המשפט להגן על זכויות אדם במצב פוליטי ועובדתי נתון זה.

ברשימה זו הצעתי, כי לשיטתו של השופט ג'ובראן, מול מצב פוליטי ועובדתי זה, אין די במבנה משפטי של "דיני הכיבוש". סביר להניח, שאפילו לפי גישה זו, טרם הגיעה העת למתן גט פיטורין לדיני הכיבוש כאמצעי להגבלת שליטת ישראל בשטחים. על אף

⁷² אמנון רובינשטיין "מעמד המשנה של 'השטחים': מפקודן מוחזק ליצור כלאיים משפטי" **עיוני משפט** יא 439 (1986).



“דיני כיבוש בין פקיעה להפקעה”

שהגנות הולכות ונחלשות, השימוש בדיני הכיבוש עדיין מעניק הגנות מסוימות לתושבים הפלסטינים מפני שרירות לב של השלטון. גם הקהילה הבינלאומית עדיין תומכת בהחלתם של דיני הכיבוש. עם זאת, אין להתעלם עוד מחולשתן של הגנות שאותן מעניקים דיני הכיבוש במצב הנוכחי. ההחלה של דינים אלו מתנפצת פעם אחר פעם אל מול מציאות שאינה מתיישבת עם ההנחות הבסיסיות של דיני הכיבוש. במקום זאת, על בית המשפט להכיר בכך שבשטחים קיים משטר בלתי-שוויוני כלפי האוכלוסייה הפלסטינית. בהתאם, על בית המשפט להשתמש בכל כלי זכויות האדם העומדים לרשותו על מנת להתמודד עם מצב זה, תוך הכרה בלתי-מתפשרת במציאות הבלתי-שוויונית. פרטיהן של הגנות אלו, והמנגנונים המתאימים ליישומן, טרם התבררו. עבודה רבה נדרשת כאן. אך פסק דינו של השופט ג'ובראן הוא צעד חשוב בדרך ארוכה זו. הוא מכריח אותנו להישיר מבט אל המציאות ולהבין, כי המבנה המשפטי שעליו התבססה ישראל בחמישים השנים האחרונות אינו מתאים עוד.