



## “דיני כיבוש בין פקיעה להפקעה” בעקבות בג”ץ 794/17 זיאדה נ’ מפקד כוחות צה”ל בגדה המערבית

מבזק הארות פסיקה זה עוסק בעתירה נגד החלטת הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש ביהודה ושומרון, מכוח צווים שהוצאו לפירוק שיתוף בחלקות באדמות הכפר סילוואד, ולנטילת חזקה בחלקי החלקות שמעמדם כשל נכסים נטושים והקצאתן לתושבי עמונה. בג”ץ קיבל בדעת רוב את העתירה, ולנוכח חומרת הפגמים שנפלו בהחלטת הממונה, הורה על ביטול הצווים והחלטת הממונה.

בבג”ץ 9959/08 חמאד נ’ שר הביטחון, התקבלה עתירה לפינוי היישוב עמונה כיוון שנבנה על אדמות פרטיות של פלסטינים, ונקבע כי על המדינה לפעול למימוש צווי ההריסה לכל המבנים בתחום היישוב עמונה תוך שנתיים מיום מתן פסק הדין. נוכח תוצאת פסק הדין, הגיעה המדינה למתווה הבנות עם תושבי עמונה (להלן: “המתווה”), כי אלו יתפנו בהסכמה מהיישוב וללא התנגדות, ובתמורה ייטלו המפקד הצבאי והממונה, בצו מתוקן, זכויות מסוימות בשלוש חלקות מקרקעין המצויות בבעלות משותפת של פלסטינים מצויים באזור או של נעדרים שאינם מצויים בו, כך שהמדינה תעשה בהן שימוש לטובת הקמת יישוב זמני לתושבים המפונים עד להסדרת התיישבות קבע.

בג”ץ הסכים כי פעולות המפקד הצבאי והממונה, שעניינן חקיקת צו מתוקן, נטילת החזקה בחלקים מהחלקות האמורות, ומתן פטור להקמת מבנים ארעיים בעמונה, לא חרגו מגדרי סמכותם במישור הדין הבינלאומי ובמישור הדין הפנימי. עם זאת נקבע, כי החלטת הממונה ליטול חזקה בחלקות פגומה, מאחר שזו נעשתה תוך הפרת זכות הטיעון השמורה לבעלי הזכויות בחלקות. שופטי ההרכב הסכימו כי נוכח הסמכויות המוקנות לממונה מכוח הצו המתוקן, קמה לו חובת אמון כלפי בעלי הנכסים הנטושים, אך דחו את טענת העותרים כי פירוק השיתוף בחלקות יהווה הפרה של חובה זו, מהטעם שפירוק השיתוף בחלקות תורם לבעלי הנכסים הנטושים, למצער במונחי תועלת כלכלית. סגן הנשיאה, השופט ג’ובראן ציין, כהערת אגב, כי ניתן לראות בשיקולי אוכלוסיית המתיישבים הישראליים, לבדם, כמצדיקים הפקעה זמנית, וכי אין פסול במישור הסמכות להשתמש שימוש זמני בנכסי נפקדים פלסטיניים, ולפעול בשמם לאיחוד וחלוקה של נכסי מקרקעין במסגרת הליך של פירוק שיתוף.

שופטי ההרכב נחלקו בדעותיהם בכל הנוגע להפעלת שיקול דעתו של המפקד הצבאי. סגן הנשיאה השופט ג’ובראן והשופט יורם דנציגר קבעו, כי בהוצאת הצו המתוקן נפלו פגמים מהסיבה שהוא אינו מקיים את מבחן המשנה הראשון של תנאי המידתיות, נוכח זיקה בלתי-הוגנת ובלתי-מספקת בין האמצעי שנקט לבין המטרה המבוקשת. בנוסף, הצו המתוקן אינו מקיים את מבחן המידתיות במובנו הצר, בשל פגיעתו בזכויות בעלי החלקות באופן שלא ניתן להצדיק במונחי תועלת, הן בראי שיקולי



הביטחון והן בראי טובתם של התושבים המפונים. לדידם, הצו המתוקן סוטה ממדיניותו הנוהגת של הממשל הצבאי באופן שחורג ממתחם הסבירות השמור למפקד הצבאי כגוף מינהלי. שופטי הרוב סברו כי חומרת הפגמים שנפלו בהחלטת הממונה ליטול חזקה בחלקות יורדים לשורשו של המתווה, והורו על ביטול הצו המתוקן והחלטת הממונה ליטול חזקה בחלקות, לבצע בהן פירוק שיתוף כפוי ולהקצותן לתושבים המפונים.

השופט ניל הנדל סבר אף הוא כי התנהלות המדינה נגועה בפגמים, וקבע כי גרירת הרגליים הממושכת של הצדדים למתווה הביאה ליצירת הליך פירוק כפוי ומאולתר, שלא העניק הגנה הולמת לבעלי הזכויות הנמנים על האוכלוסייה המוגנת. עם זאת, לדידו של השופט הנדל הפגיעה בזכויות בעלי החלקות מצומצמת יחסית, הם נהנו מזכות טיעון בהיקף מסוים ואף עשויים לצאת נשכרים מפירוק השיתוף. כמו כן, לשיטתו יש לתת משקל לפינוי המאחז בהסכמה לאור נסיבותיו הייחודיות, ולעובדה שהמתווה מבוסס על עמדת היועץ המשפטי לממשלה.

נוכח כל אלה, קבע השופט הנדל כי אין מקום להתערבות בג"ץ בשיקול דעתם של המפקד הצבאי והממונה, ולפיכך אין לפסול את המתווה. בג"ץ (מפי המשנה לנשיאה ג'ובראן, בהסכמת השופט דנציגר ובניגוד לדעתו החולקת של השופט הנדל) קיבל את העתירה והורה על ביטול הצווים והחלטת הממונה.

פרופ' עמיחי כהן וד"ר רונית לוין-שנור מאירים את פסק הדין.

מעבר לפסק הדין בלחיצה עליו:

פסק הדין: [בג"ץ 794/17 זיארה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית \(פורסם באר"ש, 31.10.2017\)](#).