



משפט הפרדוקסים: בעקבות דנג"ץ 9367/17 זיאדה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

רוני פלי*

1. מבוא. 2. ההחלטה. 3. פיל מספר 49 שבאולם ג'. 4. אין צורך להכריע. א. פתחת רפיח. ב. בית אל. ג. פרשת אלון מורה. 5. החידוש.
6. הקושי. 7. סיכום: פיל בפלפולי משפט.

1. מבוא

בהארה זו אבקש להראות, שההימנעות מקיום דיון נוסף בשאלת מעמדם של המתנחלים לפי הדין הבינלאומי בדנג"ץ זיאדה,¹ והגדרתה כאמירת אגב, הן המשך ישיר להימנעותו של בג"ץ מקיום דיוק עמוק על חוקיותו של "מפעל ההתנחלויות". העמימות בדבר מעמדם של המתגוררים בשטחי הגדה המערבית, המתנחלים והפלסטינים, הביאה למצב שבו מתקיים משטר המתבסס על הפרדה ואפליה אסורה בשטחים אלה, ולכרסום מתמשך בהגנות הניתנות לתושבים הפלסטינים, תוך ריקון מתמשך מתוכן של ההגנה שאמורה להינתן לתושבים המוגנים. ריקון זה לא היה מתאפשר לו היה מתקיים דיון ממשי במעמדם של כלל המתגוררים בשטחי הגדה המערבית, כחלק מדיון בחוקיות ההתנחלויות.

* רוני פלי היא עורכת דין במחלקת שטחים כבושים באגודה לזכויות האזרח בישראל, עמיתת הקתדרה לזכויות אדם על שם אמיל זולא במסגרת תוכנית "תקנה" לתואר שני במשפטים, בית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל. תודה רבה לעו"ד שלומי זכריה על הערותיו המועילות.

¹ דנג"ץ 9367/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם באר"ש, 30.5.2018) (להלן: דנג"ץ זיאדה).



2. ההחלטה

ביום 30.10.2017, כתשעה חודשים לאחר שניתנה הכרעת פסק הדין בעתירה בבג"ץ זיאדה,² פורסמו נימוקי פסק הדין. העתירה אומנם התקבלה, אך נימוקי פסק הדין קבעו מספר קביעות משפטיות שמהוות שינוי מהותי ומשמעותי מהלכות קודמות ובכלל. עיקרו של השינוי היא בהיקף ההגנה לה זוכות הזכויות הקנייניות של התושבים המוגנים.³ הבקשה לדיון נוסף הוגשה בשל שתי קביעות שיפוטיות שנפרסו בהרחבה בפסק דינו של המשנה לנשיאה (דאז) סלים ג'ובראן. הראשונה היא ההרשאה ליטול חזקה באדמות פרטיות של תושבים מוגנים לצרכיה הבלעדיים של ההתנחלות הישראלית. אומנם הרשאה זו מוגבלת לצורך הומניטרי שנוצר ובתנאי שההפקעה תהא זמנית, אך יש בה שינוי של ממש מן ההלכה הנוהגת.⁴ הקביעה השנייה שבה ביקשו העותרים לדון שוב, היא סמכותו של הממונה על הרכוש הנטוש במינהל האזרחי, אשר מחזיק בנאמנות נכסים של תושבים מוגנים שעזבו עד לשובם, ליזום פירוק שיתוף קבוע בנכסים דלא-ניידי על פי חלקו היחסי של הרכוש הנטוש בשטח.⁵

במאי 2018 קבעה נשיאת בית המשפט העליון אסתר חיות, כי פסק הדין בבג"ץ זיאדה אכן "סותר [...] הלכות קודמות ויש בו גם חידוש וגם קושי", אך כיוון שמדובר ב"אמרת אגב" שלא נדרשה לשם הכרעה בעתירה, אין לומר שנפסקה הלכה חדשה ואין לפסיקה כוח של תקדים לעתיד לבוא. הנשיאה הוסיפה כי "ככל שבעתיד יתעוררו מקרים המעוררים את השאלות שאליהן מתייחסים העותרים, יוכל העניין לעמוד לביקורת שיפוטית".⁶

בהארת פסיקה זו אבקש להתייחס למסורת סירובם של שופטי בג"ץ לדון במעמדם של תושבי הגדה המערבית, ולהשלכות של הסירוב זה. אבקש להראות כי בית המשפט, לעיתים במעשה ולעיתים במחדל, סירב להישיר מבט אל המציאות הנרקמת בגדה המערבית כתוצאה ישירה מהימצאותן של שתי אוכלוסיות בעלות מעמד שונה, שחיות תחת מערכת חוקים שונה לגמרי, בהפרדה מוחלטת.

בבג"ץ זיאדה יש חידוש, ויש גם קושי, שעיקרם באפשרות לתפוס קרקע פרטית של תושבים מוגנים לטובת שימוש בלעדי של אזרחי המעצמה הכובשת. זאת, בניגוד להלכה

² 794/17 זיאדה ואח' נגד מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם באר"ש, 31.10.2017) (להלן: בג"ץ זיאדה).

³ דנג"ץ זיאדה, פס' 5.

⁴ שם, פס' 4.

⁵ שם.

⁶ שם, פס' 7.



העקבית הקובעת איסור מפורש להפקיע קרקעות פרטיות של פלסטינים, אם ההפקעה אינה משרתת את טובת התושבים המוגנים.⁷ אולם, מה שניתן ללמוד ממנו יותר מכל הוא שהפרת חוק גוררת הפרת חוק, ומאז שנמנע בג"ץ מראשית ימי ההתנחלות לפסוק על פי הוראות הדין הבינלאומי, הוא ממשיך ומכשיר הפרות חמורות יותר ויותר של הדין. בהימנעותה של הנשיאה מלדון בחידוש ובקושי, לעומת זאת, אין כל חידוש. פעם אחר פעם בית המשפט העליון אינו פוסח על הזדמנות לפסוח על ההזדמנות לדין עומק בסוגיית ההתנחלויות ובמעמדן של הפלסטינים ושל המתנחלים בגדה. הימנעות זו מדיון מעוגנת לרוב בנימוקים טכניים, דוגמת הטעם להימנעות מדיון בדנג"ץ זיאדה, ולפעמים אין היא מעוגנת בטעם כלל. הימנעות עקבית זו יוצרת מראית עין של ביקורת שיפוטית על מדיניות המפקד הצבאי והממשלה. מראית העין הזו נותנת לגיטימציה של ממש להיווצרותו של משטר המבוסס על אפליה והפרדה על בסיס אתני-לאומי בגדה המערבית.

3. פיל מספר 49 שבאולם ג'⁸

המאחז הבלתי-מורשה עמונה היה קצהו של הזנב, שבו מכשכש הפיל העצום שניצב כל העת במרכזו של שולחן ההתדיינות באולם ג' של בית המשפט העליון. הפיל, כפי שיפורט להלן, אינו שפיט. לכן, חוזרים העותרים פעם אחר פעם לבית המשפט ומבקשים שיקל, ולו במעט, על הסבל, הגזל והפרות זכויות האדם הנובעות ישירות מעצם קיומן של ההתנחלויות.

הפיל ניצב שם כל כך הרבה שנים, הוא כבר לא מפריע. כל יושבי האולם התרגלו לנוכחות המזרה. מי שמתבונן בו טוב מדי-פעם יכול להבחין שחדקו מתארך, אוזניו מתרחבות והוא משמין. אבל הפיל נשאר פיל, ואולם ג' נשאר אולם ג'. הפיל הזה, שכל יושבי האולם – מי בהנחיה מלמעלה ומי בשל פסיקות קודמות – לא מדברים עליו באולם, הוא עצם אי-חוקיותן של ההתנחלויות כולן. בדיונים הללו מתבקש בית המשפט פעם אחר פעם להכשיר את מה שאינו כשר, שלא לומר ערל, במהותו.

⁷ לעניין זה ראו, למשל: בג"ץ 1960/16 המועצה המקומית נבי אליאס נ' מפקד כוחות צה"ל באי"ש (פורסם בנבו, 16.11.2016), פס' 20 לפסק דינו של השופט סולברג; בג"ץ 281/11 ראש מועצת בית איכטא נ' שר הביטחון, פס' 26 (פורסם בנבו, 6.9.2011).

⁸ הפיל המדובר הוא קרוב משפחתו של הפיל הנזכר במאמרם של ארנה בן-נפתלי, אייל גרוס וקרן מיכאלי "כיפוח": כיבוש, סיפוח, קיפוח – על המבנה המשפטי של משטר הכיבוש "תאוריה וביקורת" 31 (2007), שם הפיל הוא אי-חוקיותו של משטר הכיבוש הישראלי כולו בשל הפרת העקרונות בסיסיים של משטר הכיבוש.



משפט הפרדוקסים

קריאת בג"ץ זיאדה המקורי, יוצרת צורך של ממש לשוב ולקרוא את הוראות הדין החל באזור ללא ההתאמות, השינויים והפרשנויות שנערמו עליו עם השנים, כדי של לדבר על הפיל הלא שפיט. נפנה אפוא למושכלות יסוד.

מראשית ימי כיבוש הגדה המערבית בשנת 1967, נותר המצב המשפטי הרשמי בגדה המערבית ללא שינוי. אז, הוקם בשטחים הכבושים ממשל צבאי,⁹ אשר בראשו עומד המפקד הצבאי.¹⁰ המקור לסמכותו ולכוחו של המפקד הצבאי הוא בכללי המשפט הבינלאומי העוסקים בדיני הכיבוש. בראשם תקנות אמנת האג בדבר דיני המלחמה משנת 1907,¹¹ ואמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה משנת 1949 והפרוטוקולים הנלווים לה.¹² לימים נוספו להוראות אלה חוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי משנת 1998.¹³

ישראל חתמה על אמנת רומא, אך לא אשררה אותה ואינה מכירה בתחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית על הגדה המערבית.¹⁴ אולם, כדי להימנע מדיון בשאלה אם הכללים המפורטים בהן, אותן הפרה ישראל ביודעין, הם כללים מנהגיים – היא הצהירה בשנה הראשונה לכיבוש כי תקבל על עצמה וולונטרית את ההוראות ההומניטריות של אמנת

⁹ זאת, למעט שטחי ירושלים המזרחית, שעליהם החילה ישראל את הדין הישראלי.

¹⁰ מנשר בדבר נטילת השלטון ע"י צה"ל (מנשר מס' 1), 7 ביוני 1967.

¹¹ **אמנת האג ותקנות האג** בדבר דינייה ומנהגיה של המלחמה ביבשה (1907) (להלן: "תקנות האג").

¹² **אמנת ג'נבה (הרביעית)** בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (1949) (להלן: "אמנת ג'נבה הרביעית").

¹³ Rome Statute of the International Criminal Court, 1998 (להלן: "אמנת רומא").

¹⁴ ישראל טענה במשך כל השנים כי אמנת ג'נבה הרביעית אינה חלה על הגדה המערבית, כיוון שריבונותן של ירדן ומצרים על השטחים שאותם כבשה בשנת 1967 מעולם לא הוכרה, ולכן לא עומדת בתנאי התחולה המפורטים בסעיף 2 לאמנת ג'נבה הרביעית.



ג'נבה הרביעית.¹⁵ זו, הייתה ונותרה עמדה כללית ועמומה.¹⁶ ישראל מעולם לא פירטה מהם הכללים ההומניטריים שהיא רואה עצמה מחויבת להם וממה היא מתנערת, ובית המשפט מעולם לא דרש זאת ממנה. עמדות זו כלפי תחולתה של אמנת ג'נבה היא אחד השורשים העמוקים והבעייתיים שהצמיחו את הפרשנויות בפסק הדין בעניין זיאדה, שהנשיאה בהחלטתה בדנ"ץ ראתה בהן חידוש וקושי.

סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית עוסק באיסור על המעצמה הכובשת לערוך שינויים דמוגרפים משמעותיים בשטח הכבוש. הרציונל שבבסיס האיסור הוא האיסור לספח שטח כבוש. סעיף 49(6) לאמנת ג'נבה הרביעית, אוסר להעביר אוכלוסייה של המעצמה הכובשת לשטח הכבוש.¹⁷ תכליתו של האיסור הזה היא שמירה על הסטטוס קוו הדמוגרפי בשטח הכבוש, על מנת לשמר את עקרון זמניותו של הכיבוש ולהימנע מסיפוח.¹⁸ מהתכלית נובע כי האיסור בסעיף מתייחס הן להעברה כפויה של אוכלוסייה, והן לנקיטת אמצעים כדי לארגן או לעודד העברת אוכלוסייה לשטח הכבוש.¹⁹ הוראה זו עמדה כבר בבסיס מכתבו של היועץ המשפטי של משרד החוץ מחודש ספטמבר 1967, שקבע כי "האיסור הוא איפוא קטגורי ואיננו מותנה במניעי ההעברה או מטרותיה והוא נועד למנוע התיישבות בשטח כבוש של בני המדינה הכובשת".²⁰ מכתב אזהרה זה הותיר

¹⁵ על כך ניתן ללמוד ממברק שנשלח לשגריר ישראל בארצות-הברית במרץ 1968, שבו נכתב בין השאר: "הקו העקבי שלנו היה ועודנו להתחמק מדין עם גורמים זרים על המצב בשטחים המוחזקים על בסיס אמנת ג'נבה. על כן העדפנו לפתור בעיות על בסיס פרגמטי וברוח חיובית. כך למשל בעניין פגישות הצלב האדום עם אנשי אל-פתח העצורים, הורשו להם הביקורים מבלי להכיר בחובתנו בנדון על פי אמת ג'נבה. ברור לך מה האינטרסים המדיניים והביטחוניים שקבעו הקו. הכרה מפורשת מצדנו בתחולת האמנה תבליט בעיות קשות מבחינת האמנה לגבי פיצוץ בתים, גירושים, התיישבות ועוד. יתרה מזאת, כאשר אנחנו חייבים להשאיר כל האופציות פתוחות לגבי עניין הגבולות, אסור שנכיר שמעמדנו בשטחים המוחזקים הוא אך ורק של שלטון כיבוש". את המסמך במלואו ניתן למצוא באתר האינטרנט של מכון עקבות בכתובת: <https://goo.gl/KNUoG7>.

¹⁶ ההבחנה בין כללים הומניטריים ללא הומניטריים מורכבת, נוכח העובדה שכלל ההוראות באמנה שייכות לקטגוריית המשפט ההומניטרי.

¹⁷ "המעצמה הכובשת לא תגרש ולא תעביר חלקים מאוכלוסייתה האזרחית שלה לשטח שכבוש על ידה". ס' 49(6) לאמנת ג'נבה הרביעית, 1949.

¹⁸ ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 175–182 (2006).

¹⁹ שם.

²⁰ חוות דעתו של היועץ המשפטי של משרד החוץ, תיאודור מירון, לימים נשיא בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה לשעבר, מיום 14 בספטמבר 1967.

<https://www.thelawfilm.com/inside/wp-content/uploads/2013/02/meron-memo.pdf>



משפט הפרדוקסים

פתח אחד להתיישבות חוקית של ישראלים בתחומי הגדה, פתח שוודאי נראה אז למחברו צר מאוד, והוא התיישבות של גופים צבאיים שתישא אופי זמני בלבד.²¹ לסעיף 49(6) לאמנת ג'נבה אין חריגים. על כן, במצב של כיבוש, או "תפיסה לוחמתית", אין נסיבות שבהן הקמת התנחלויות עבור אזרחי המעצמה הכובשת בשטח הכבוש יכולה להיחשב כפעולה חוקית. יתרה מזאת, סעיף 8(2)(ב)(8) לאמנת רומא קובע כי העברה, אם ישירה ואם בלתי-ישירה, של אוכלוסיית המעצמה הכובשת לשטח הכבוש, מהווה פשע מלחמה.

מלבד האיסור המפורש הקבוע בסעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית, הקמת ההתנחלויות בשטחים סותרת הוראות הנוגעות לשימוש במשאבי הקרקע בשטח הכבוש וברכושם של התושבים המוגנים. בין שהתנחלות מוקמת על קרקע פרטית ובין שהיא מוקמת על קרקע ציבורית. התנחלות על קרקע ציבורית היא הפרה של האיסור לנצל את משאבי השטח הכבוש לקידום האינטרסים של המדינה הכובשת ולצרכיה.²² בניית התנחלויות על קרקע פרטית מפרה את האיסור להפקיע רכוש פרטי המפורט בתקנה 46 לתקנות האג.²³

המפקד הצבאי מחזיק בשלטון כנאמן, ולכן אינו רשאי להשתמש בשטח כבשלו.²⁴ הדין הבינלאומי מגביל את סמכויותיו, לא רק במעשים, אלא גם במטרות שלשמן מותר לו לפעול בשטח. האינטרסים המגדירים את סמכויותיו של המפקד הצבאי הם עניינים של ביטחון כוחות הכיבוש, ו"public order and civil life" של האוכלוסייה המוגנת.²⁵ אינטרסים מדיניים של המעצמה הכובשת אינם בגדר אינטרסים אותם רשאי המפקד הצבאי לשקול בהפעלת סמכויותיו. זו אינה הסיבה היחידה שהקמת ההתנחלויות והבטחת קיומן מתבצעת תוך חריגה מסמכות. הכיבוש הוא מצב זמני במהותו, עיקרון זה אוסר על המפקד הצבאי ליצור עובדות קבועות בשטח, הסותרות את מהותו של המשטר הצבאי כמשטר זמני המחזיק בשטח כפיקדון.

באמנות שנחתמו ביניהן, בחרו המדינות לאסור על מעצמות כובשות להשתמש בשטח הכבוש כבשלהן וליצור בו שלטון קולוניאליסטי המנצל את משאביו, ובכלל זה את הקרקעות, לטובת האינטרסים של המעצמה הכובשת ואזרחיה.²⁶

²¹ ש.ס.

²² ראו לעיל ה"ש 8.

²³ תק' 46 לתקנות האג, 1907: "יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות-הדת ומנהגי הפולחן. אין להחרים רכוש פרטי".

²⁴ ראו לעיל ה"ש 8.

²⁵ DAVID KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE – THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES, 187 (2002).

²⁶ Jean Pictet, *Commentary: The Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, in GENEVA: INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 283 (1958).



4. אין צורך להכריע

ככל החלטה שלטונית פוגענית, שנראית על פניה לא חוקית, התגלגלה סוגיית ההתנחלויות פעם אחר פעם לפתחו של בג"ץ. כך קרה, שכמו בהחלטה מושא הארה זו ובפסק הדין המקורי בבג"ץ זיאדה, מלווה בית המשפט את המדינה והצבא, צעד אחר צעד, במהלכי ההתיישבות בגדה המערבית. כל השליטה של ישראל בשטחים הכבושים רצופה פרשנויות, החלטות ופסקי דין של בג"ץ. בפרק זה אתמקד בחלק קטן מתיקי המפתח בפסיקת ההתנחלויות. אבקש להראות כי בכל פעם בחרו השופטים בעקביות שלא לדון בשאלה המהותית בדבר אי-חוקיותן של ההתנחלויות, ואף הרשו לנציגי המדינה לשקר להם כדי לעשות זאת. כל התחמקות מהשאלה העמיקה את האחיזה האזרחית הישראלית בגדה, בדיוק כמו סירובה של הנשיאה לקיים דיון נוסף בבג"ץ זיאדה. קביעתה כי לא מדובר בהלכה מהווה, לפיכך, המשך ישיר ועקבי לפסיקותיו העקרוניות של בית המשפט בעניין ההתנחלויות עד היום.

א. פתחת רפיח

בשנת 1972, חמש שנים לאחר כיבוש השטחים, הוגשה לבג"ץ עתירה נגד גירושם של שבטים בדואים מאזור פתחת רפיח.²⁷ ראוי להתעכב על מקרה פתחת רפיח, קרי, סיפור הקמתה של התנחלות חבל ימית בסיני תוך גירוש אלפי האנשים שגרו באזור. התשתית של אמרת האגב של המשנה לנשיאה ג'ובראן, וההיתר להפקיע קרקעות פרטיות ולהשתמש בהן לצורכיהם של אזרחיה של המעצמה הכובשת, הונחה בפסק הדין הזה. כאן גם הונחה התשתית להימנעותה של הנשיאה מלדון בה בהחלטתה בדנג"ץ. פתחת רפיח לא הייתה ההתנחלות הראשונה שהקימה ישראל בשטחים שכבשה בשנת 1967. קדמו לה קיבוץ מרום גולן שהוקם ברמת הגולן ביולי 1967, וההתנחלות כפר עציון שהוקמה בספטמבר 1967. כפר עציון היה לאבן הפינה להקמת מפעל ההתנחלויות, המורשות ושאינן מורשות. כפר עציון הוקם במסווה של היאחזות נח"ל, והיה למקרה הראשון שבו שימש הצבא והצורך הצבאי מסך עשן שמאחוריו התנהלה פעולה מדינית של התיישבות אזרחית ישראלית בשטחים. מעשה הרמייה הזה תועד בפקודה מיום 27 בספטמבר 1967, שבה נכתב שהקשר בין כפר עציון לנח"ל הוא "כיסוי לצורכי המערכה המדינית", אך "אין כוונה לנקוט בצעדים מעשיים, על ידי צה"ל, למימוש 'כיסוי' זה".²⁸ לא רק הקמת כפר עציון, גם ההתנחלויות שקמו אחריו הוקמו בתרמית. בשנת 1970

²⁷ בג"ץ 302/72 אבו חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169 (1973).

²⁸ גרשום גורנברג "רבותי, ההסטוריה כוזבת" **הארץ** 29.9.2008
www.haaretz.co.il/opinions/1.1352019



משפט הפרדוקסים

הוקמו בקרית ארבע 250 יחידות דיור למתנחלים, ובמסמך שנקרא "שיטת הקמת קריית ארבע" נקבע, כי היא "תוצג כחלק מן הבנייה לצרכי צה"ל".²⁹ מסמכים נוספים מגלים שזו הייתה שיטה, שנועדה להסתיר מעיני הקהילה הבינלאומית את כוונותיה האמיתיות של ישראל בשטחים הכבושים, בשל סתירתן את הדין הבינלאומי.³⁰ השקר כמדיניות דיפלומטית היא עניין מדיני. הדברים מסתבכים יותר כאשר נדרשת המדינה להשיב לעתירות לבג"ץ.

הסיפור של הקמת ההתנחלויות באזור רפיח דומה לסיפור הקמת ההתנחלויות עד אותה עת. ביוני 1969 הוקמה היאחזות הנח"ל דקלה במסווה של היאחזות צבאית; בשנת 1971 היאחזות אוזרחה בחשאי. מיד לאחר מכן הציגה הממשלה תכנית להקמת התנחלויות נוספות, שבהן ימית.³¹

במהלך הקמת ההתנחלויות גירש הצבא אלפי בדואים שחיו באזור. תשעה שבטים הצטוו לעזוב תוך ימים ספורים את השטח, וכל אזור ממנו גורשו תושבים גודר כדי למנוע את חזרתם. גם מבצע הגירוש היה סודי, אך תושבי קיבוצי האזור שראוהו כמו עיניהם הקימו קול זעקה. עם המחאה הזו התמודדו על ידי הקמת ועדת חקירה בראשות אהרון יריב, שתפקידה היה לחקור את הטענות על הגירוש. הוועדה קבעה כי "היתה חריגה מסמכות מצד מספר מפקדים ומצד עובד ממשלה". צרכים צבאיים לגירוש לא עלו כלל בדוח. היוזמה, כך נכתב שם, הייתה של הסוכנות היהודית ולצורך התיישבות אזרחית בלבד, זאת למרות שבעת הגירוש הסיבה הרשמית לו הייתה השתתפותם של הבדואים בפעולות טרור.³² מסקנותיה והמלצותיה של הוועדה הוגשו במרץ 1972 ונותרו חסויות.³³ חמישה חודשים לאחר מכן הגישו ראשי תשעת הכפרים שגורשו עתירה לבג"ץ. בעתירה טענו העותרים, שהגירוש נעשה ללא סמכות, וכי ביסוד הגירוש לא עמדו שיקולי ביטחון אלא רצון להקים במקום התיישבות יהודית. המדינה, על אף ממצאי ועדת החקירה, השיבה כי הגירוש נעשה מסיבות ביטחוניות. ההצדקה שניתנה לבית המשפט היא כי הבדואים גורשו בשל פעילות חבלנית ענפה שהתרחשה באזור, פעילות שבני השבטים

²⁹ יותם ברגר "מסמך מ-1970 מגלה איך נולדה השיטה להקמת התנחלויות בגדה" הארץ www.haaretz.co.il/news/politics/.premium-1.3020979 28.7.2016

³⁰ עידן לנדו "הגירוש מפתחת רפיח ותורת האי-ידיעה הציונית" לא למות טיפש 26.1.2017 idanlandau.com/2017/01/26/rafah-expulsion-and-zionist-doctrine-of-unknowing/

³¹ שם.

³² דוד קרצמר וגרשום גורנברג "פוליטיקה, משפט וההליך השיפוטי: המקרה של בג"ץ והשטחים" משפט וממשל י"ז 249–343 (2016).

³³ דוח ועדת החקירה נחשף כתוצאה מהליך בג"ץ 2467/05 גורנברג נ' הממונה על ארכיון צה"ל ומערכת הביטחון (פורסם בנבו, 29.3.2007).



שגורשו סייעו לה. המדינה הגדירה את האזור כ"חממה של טרור". המדינה טענה שיצירתו של אזור חיץ מגודר מהווה דרך מקובלת להתמודדות עם סכנות ביטחוניות מעין אלה. בתצהירים שהוגשו לבג"ץ לא נמסר דוח ועדת החקירה, ובג"ץ לא דרש לראותו. נעדרה מן התשובה התוכנית הסדורה להקמת התנחלויות ש.ם. הכול, כך נכתב, לצורכי ביטחון.³⁴ בפסק הדין שדחה את העתירה, עומדת הקביעה כי הפינוי נעשה בשל צורכי ביטחון. השופט לנדוי נמנע מלדון כלל בהקמת ההתנחלויות בשטחים שפנו, השופט ויתרון לעומתו קבע כי התיישבות יהודית יכולה להיות חלק מהאמצעים הביטחוניים הלגיטימיים שהמפקד הצבאי יכול להשתמש בהם. כאשר ההתיישבות הופכת לשאלה ביטחונית, יכול בית המשפט שלא לדון בעצם חוקיותו של יישוב אזרחי לפי הדין הבינלאומי.

ב. בית אל³⁵

בשנת 1978 הגיעו לפתחו של בית המשפט שתי עתירות, הנוגעות לתפיסה צבאית של אדמות פרטיות של פלסטינים לצורך הקמת התנחלויות, בבית-אל ובבקעות. פסק הדין, שנערך בו דיון מאוחד בשני המקרים, עוסק בחוקיות הקמתה של התנחלות יהודית על אדמות פרטיות של פלסטינים. בצווי תפיסת הקרקעות ששימשו לנישול האדמה נכתב, כי תפיסת הקרקעות נעשת לצרכים ביטחוניים.

בעלי האדמות שנתפסו עתרו לבג"ץ, שם טענו שתפיסת הקרקעות לא משמשת לצרכים צבאיים אמיתיים. הם טענו כי הקמת יישובים אזרחיים יהודיים היא מטרה מדינית מובהקת. העותרים ניסו להביא את שאלת חוקיות ההתנחלויות לבית המשפט במלואה, כאשר טענו שהתפיסה אינה חוקית על פי המשפט הבינלאומי, הן בשל ההפרה של הוראת סעיף 49(6) לאמנת ג'נבה הרביעית והן בשל הפרה של החובה לכבד את הקניין הפרטי של התושבים המוגנים. העותרים טענו בנוסף, כי מאחר שמדובר בהקמת יישובי קבע, לא מדובר בתפיסה זמנית של הקרקע, וזאת בניגוד להצגת הדברים בצוים שהוצאו.³⁶ כך, נפלה בפני בית המשפט הזדמנות נוספת לדון דיון מעמיק בשאלת החוקיות של מדיניות ההתנחלויות.

בתשובתה לבג"ץ טענה המדינה כי סוגיית ההתנחלויות אינה שפיטה. לשיטת המדינה מדובר בסוגיה פוליטית גרידא, שתידון במו"מ מדיני עתידי. בנוגע לצווי התפיסה הספציפיים שנתקפו טענה המדינה, שתפיסת הקרקעות והקמת ההתנחלויות נעשות עצמן לצורכי ביטחון. בעניין איסור העברת אזרחיה לשטח הכבוש, הציגה המדינה פרשנות לפיה סעיף 49(6) לאמנת ג'נבה מתייחס רק להעברה כפויה של אזרחים לשטח הכבוש. המדינה גם טענה שצו התפיסה הוא לחכירה והבעלות לא נשללה מבעלי הקרקע, ולכן

³⁴ ראו לעיל ה"ש 32.

³⁵ בג"ץ 606/78 איוב נ' שר הבטחון, פ"ד לג(2), 113 (1979).

³⁶ ש.ם.



משפט הפרדוקסים

התפיסה היא זמנית. בית המשפט לא קיבל את הטענה שנושא ההתנחלויות אינו שפיט. בפסק הדין שדחה את העתירה קיבל את עמדת המדינה שתפיסת הקרקע והקמת ההתנחלות נעשית משיקולי ביטחון, ולא משיקולים פוליטיים כפי שטענו העותרים. השופטים קיבלו את התפיסה הביטחונית לפיה ההתנחלויות עצמן הן חלק ממערכת ההגנה הישראלית.

באשר לאיסור המפורש להעביר אוכלוסייה של המעצמה הכובשת לשטח הכבוש נכתב בפסק הדין:

“העולה מן המקובץ עד כה הוא שעלינו לדון בטענות העותרים, במידה שהן מסתמכות על הוראות אמנת האג הנחשבת למשפט בינלאומי מנהגי, ושאינן מקום לדיון בבית משפט זה בטענות, שיסודן בתקנה 49 לאמנת ג'נבה. בכך מצטמצם הדיון לשאלה, אם הפרו המשיבים את המשפט הבינלאומי, שעה שתפסו את מקרקעי העותרים ומנעו מהם את שימושם. תלונתם בדבר הקמת יישובים יהודיים על מקרקעיהם אינה מבוססת, מבחינת המשפט הבינלאומי, על אמנת האג, אלא על אמנת ג'נבה, תקנה 49 סיפא, שזו לשונה: 'The Occupying Power shall not deport or transfer parts of its own civilian population into the territory it occupies'. מן הדין לציין כאן שהמשיבים כופרים בכל תוקף בטענת העותרים, שהוראה זו חלה על המקרה שלפנינו. אך כפי שאמרת לעיל, לא בידנו הוא להכריע בשאלה זו, ולכן נמנע אני מכל הבעת דעה.”³⁷

מפסק הדין עולה, שבמקרה זה קיבל בית המשפט את טענת המדינה שהוראות אמנת ג'נבה אינן מנהגיות ולכן אינן חלות על הכיבוש בשטחים. לכן, נמנע בית המשפט מלדון בשאלה אם ההתנחלויות מהוות הפרה של סעיף 49. זאת, בניגוד לפרשנות המשפטית הרשמית של ארגון הצלב האדום.³⁸

בפרשת בית אל נדרש בין המשפט להתמודד עם חוסר הייתכנות המובנית שבהקמת יישובי קבע בשטח שהשליטה בו זמנית מטבעה. את הסתירה פתרו באמירה שדין יישובי הקבע כדין הכיבוש כולו. כך, צווי התפיסה תקפים כל עוד לא נמצא פתרון כולל, ואם יום אחד הכיבוש ייגמר, גם תוקפם של צווי התפיסה יפקע אתו. ההסבר של השופטת בן פורת מייחס להגדרה “קבוע” טבע יחסי, ול“זמניות” משך בלתי-מוגבל. כך, יכולים הזמני והקבוע לציין את אותו פרק זמן בדיוק:

“הטרדה אותי השאלה שמא מלמד הכנוי ‘ישוב קבע’ על כוונה לשלול את המקרקעין עולמית אך הגעתי למסקנה שיש להתייחס אל התואר ‘קבע’

³⁷ שם, פסק דינו של השופט ויתקון.
³⁸ ראו לעיל ה”ש 23, בעמ’ 243.



כאל מושג יחסי גרידא. אין מדובר בעוברי-אורח הנוטים ללון, או באורחים הבאים לבקור ארעי למספר שבועות או חדשים, כי אם באנשים שיראו במקום זה את ביתם. אולם יש לזכור שמצב החרום שהמדינה נתונה בו נמשך מאז הקמתה, זה 30 שנה ומעלה. הסכוי לשלום כולל עם כל שכנותיה עודנו נחזה גם היום כשאיפה הטמונה בחיק העתיד הבלתי נודע. הסכם שלום עם שכנינו יחייב ממילא, בבוא היום, קביעת סדורים בטחונים נאותים. השקולים במסגרת של כריתת שלום עשויים להיות שונים מאלה המתחייבים מן המציאות הקיימת. ברור איפוא כי תנאי ההסכם הם שיחצו בסופו של דבר את גורלו של ישוב זה או אחר".³⁹

זהו פרדוקס הזמניות: הזמני הוא קבוע והקבוע הוא זמני, זוהי ראייה פילוסופית עמוקה של מימד הזמן. בעולם המעשי, שמחוץ לפילוסופיה, זוהי תפיסה המרוקנת מתוכן את עקרון זמניות הכיבוש.⁴⁰

ג. פרשת אלון מורה⁴¹

פרשת אלון מורה היא פרשה שונה. ייחודה הגדול הוא בהצטרפותם של שניים ממי שאמורים היו להתגורר באלון מורה כמשיבים בעתירה. הצטרפותם לא אפשרה למדינה להסתיר מבית המשפט את ההבטחות עליהם הסתמכו המתנחלים ואת ההתנהלות הפוליטית.

העתירה בפרשת אלון מורה הוגשה לבג"ץ ביוני 1979 על ידי מספר תושבי הכפר רוג'יב, מדרום-מזרח לשכם, שדרשו כי בית המשפט יבטל את צו התפיסה של אדמותיהם. האדמות שנתפסו נועדו להקמת ההתנחלות אלון מורה. המדינה הציגה בבית המשפט את אותה טענה כמו במקרים קודמים, שהקמת ההתנחלות נדרשת בשל קיומם של צרכים צבאיים, ולכן צווי התפיסה הם חוקיים.

אולם, כאמור, המדינה לא הייתה המשיבה היחידה בעתירה זו, ובית המשפט שמע גם שניים מהמתנחלים שהיו אמורים לעבור לגור באלון מורה. תצהיריהם של אנשי גוש אמונים חשפו את שהמדינה הצליחה עד כה להסתיר, ושבית המשפט לא ביקש לשמוע: "העמדת צו התפיסה על נימוקי הביטחון במשמעותם הטכנית הצרה ולא במשמעותם הבסיסית והמקיפה כמוסבר לעיל – פירושה אחד: ארעיות

³⁹ ראו לעיל ה"ש 32, פס' ד לפסק דינה של השופטת בן-פורת.

⁴⁰ ORNA BEN-NAFTALI, MICHAEL SFARD & HEDI VITERBO, THE ABC OF THE OPT: A LEGAL LEXICON OF THE ISRAELI CONTROL OF THE PALESTINIAN TERRITORY (Cambridge University Press, 2017).

⁴¹ בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל (1979).



משפט הפרדוקסים

ההתנחלות והיותה בת חלוף. מסקנה מחרידה זו נדחית על ידנו מכל וכל. היא גם אינה עולה בקנה אחד עם החלטת הממשלה בדבר יישובנו במקום הזה. בכל המגעים וההבטחות הרבות שקבלנו משרי הממשלה ומעל לכל מראש הממשלה עצמו – וצו התפיסה הנדון הוצא על פי התערבותו האישית של רה"מ – רואים כולם בישוב אלון-מורה ישוב קבע של התנחלות יהודית לא פחות מדגניה או מנתניה⁴².

את התירוץ של המדינה על זמניות היישוב כזמניות הכיבוש, כותב השופט לנדוי בהתייחסו לפרשת בית אל, כבר לא נוכל לקבל.

בשל המעורבות העמוקה של אנשי גוש אמונים בהקמת אלון מורה, פסק בית המשפט כי על צה"ל לפנות את ההתנחלות ולהשיב את הקרקעות לבעליהן. כמו במקרה עמונה⁴³ ובבג"ץ זיאדה, מיד עסקה הממשלה במציאת אתר חלופי להקמת ההתנחלות. אולם, חשיפת האמת בפני בית המשפט הביאה לשינוי מהותי בכלים המשפטיים שבה משתמשת ישראל להשתלטות על אדמות בשטחים הכבושים לצורך העמקת ההתנחלויות.

כך מוסגר הדיון בעתירות הקשורות בהתנחלויות על סטטוס האדמות. הבעיה המרכזית במסגור הזה, היא שהרושם שמתקבל ממנו הוא שהפגיעה של הקמת ההתנחלויות בגדה המערבית מסתכמת בפגיעה בבעלי האדמות עליהן הוקמו ההתנחלויות, ולא כך היא. הימצאותן של ההתנחלויות משפיעה על חייהם של הפלסטינים בגדה כמעט בכל תחום חיים.

על האפשרות לקיים דיון עקרוני על חוקיותן של ההתנחלויות, טרק בית המשפט את הדלת בעוצמה בשנת 1991. אז, הגישה תנועת שלום עכשיו עתירה עקרונית נגד מפעל ההתנחלויות.⁴⁴ עתירה זו הסתמכה על האיסור הקבוע בסעיף 49(6) להעביר אוכלוסייה, ועל ההשפעות הקשות שיש לקיומן של ההתנחלויות על מצב זכויות האדם של הפלסטינים. העתירה נדחתה. בתי המשפט, כך קבעו השופטים, דנים בסכסוכים ובמחלוקות ענייניים מוגדרים וספציפיים. הם אינם שופטים בוויכוחים מדיניים מופשטים. בית המשפט לא ידון במדיניות חוץ, ביטחון או חברה, כאשר אין לעתירה אחיזה בסכסוך מוגדר, כדי להימנע מכניסה לתחומן המגודר של הרשויות האחרות. כך, קיומן של ההתנחלויות הפך לנושא שלא ניתן לפקפק בו, ועצם שאלת חוקיותו לא יכול לעלות יותר. הנושא אינו שפיט.

⁴² ראו לעיל ה"ש 32, בעמ' 21–22.

⁴³ בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 25.12.2014).

⁴⁴ בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210 (1993).



גבול ההתערבות ששרטט בית המשפט בפסיקותיו, הוא גבול הקניין הפרטי. כך נולדה ההלכה המושרשת שנסתרה בבג"ץ זיאדה, כי אדמות פלסטיניות פרטיות אינן יכולות לשמש לצורכיהן של ההתנחלויות ללא צורך ביטחוני הכרחי ודחוף. זהו גם העיקרון שהגביל את ההפקעות.⁴⁵ מותר להפקיע אדמות רק לצורך שישרת את האוכלוסייה המוגנת.

5. החידוש

שתי הבטחות נתנו ממשלות ישראל לדורותיהן למתנחלים. הראשונה היא גאולת הארץ והתיישבות בכל חלקיה; והשנייה היא שיישאו אזורי ישראל ולא יאבדו דבר. שתי ההבטחות הללו יצרו מציאות לפיה בתוככי השטח הכבוש, שבו תושביו הפלסטינים חיים תחת משטר צבאי, חיים אזרחים ישראלים במדינתם הדמוקרטית. בוחרים ונבחרים, משפיעים ומתווים את חייהם דרך מערכות חוקיות ודמוקרטיות לעילא. השלטון הצבאי בשטחים הכבושים נע מאז 1967 בין כיבוש לסיפוח.⁴⁶ בבית המשפט וכמדיניות חוץ מוצגת השמירה על עקרונות התפיסה הלוחמתית, ובינתיים הופכת הגדה המערבית לעוד מחוזי ישראלי, תהליך שהתעצם מאוד בשנים האחרונות עם חקיקת חוק ההסדרה והעברת הדיונים בענייני שטחים לבית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים.⁴⁷ למדיניות של שמירה על עמימות הדין שחל בגדה המערבית יש השפעה עמוקה על מעמדם של הפלסטינים תושבי השטחים הכבושים, ועל מעמד המתנחלים שחיים שם. למעשה, הקפיצות הללו בין הדין הישראלי לדין הבינלאומי מפשיטות את הפלסטינים מזכויותיהם, הן לפי מערכת הדינים הישראלית והן לפי זו הבינלאומית. מעמדם של המתגוררים בגדה המערבית, הן של הפלסטינים והן של המתנחלים אינו ברור דיו. למתנחלים יש מעמד של אזרחי המעצמה הכובשת. זו, כאמור, ההבטחה שנתנו

⁴⁵ בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (פורסם 28.12.1983).

⁴⁶ ראו לעיל ה"ש 8.

⁴⁷ בכנסת ה-20 פרסמו שרת המשפטים ושר התיירות הנחיה לחברי ועדת השרים לחקיקה, לפיה על הוועדה לדון לגבי כל הצעת חוק ממשלתית שתובא בפניה באפשרות להחיל את אותו החוק בגדה המערבית. בנוסף, הוקם אשכול ייעודי במשרד המשפטים לסוגיות השוואת חקיקה ואכיפת חוק בשטחים לחוק בישראל. במהלך כהונתה של הכנסת ה-20 נחקקו שמונה חוקים ותיקוני חקיקה החלים ישירות על הגדה המערבית, שבהם החוק להסדרת התיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2017 (להלן: "חוק ההסדרה"); חוק בתי משפט לעניינים מינהליים (תיקון – החלטה של רשות מרשויות האזור), התשע"ח-2018; חוק המועצה להשכלה גבוהה (תיקון מס' 20), התשע"ח-2018, ועוד.



משפט הפרדוקסים

ממשלות ישראל לדורותיהן למי שעבר להתגורר מעבר לקו הירוק. היטב להסביר זאת השופט גולדברג:

“המציאות שנוצרה בחלוף הזמן, שלפיה קיימת התיישבות ישראלית בשטחים, מצאה את ביטויה בחקיקה חוץ-טריטוריאלית של הכנסת, שתחולתה פרסונאלית על אזרחי ישראל המצויים באזורים המוחזקים. הותקנו תקנות שעת חירום [...] המוארכות מעת לעת בחקיקת הכנסת; במשך השנים הורחבה רשימת החוקים הישראליים החלים על האזרחים הישראליים תושבי האזורים באורח פרסונאלי חוץ-טריטוריאלית, וזאת במסגרת התוספת לחוק להארכת תוקף תקנות שעת חירום האמורות [...] הנה כי כן, חייבה המציאות בשטח חקיקת כנסת המביאה להבחנה בין הדין הפרסונאלי החל על מתיישבים ישראלים באזור [...] לבין הדין החל על התושבים המקומיים. ומציאות זו היא שחייבה [...] להתאים לה את תחיקת הבטחון לגבי ההתיישבות הישראלית על כל תחומי חייה [...] אפשרות אחרת לא עמדה בפנינו [...] כשלא היה בידו להשאר 'ריק תחיקתי' בנושא ההתיישבות הישראלית באזור.”⁴⁸

בתי המשפט מתייחסים לתושבי ההתנחלויות בשטחים כישראלים המתגוררים באיים ישראליים, ולכן ברור מאליו שהדין שחל עליהם הוא הדין הישראלי.⁴⁹ כך נוצר מצב שבאותו השטח, היקף ההגנה על זכויות האדם של המתגוררים בשטח הכבוש הוא תלוי לאום. בפסק הדין שניתן בעתירה נגד ההתנתקות, קבע בג”ץ כי חוקי היסוד חלים באופן אקסטריטוריאל-פרסונאלי על ישראלים שגרים בשטחים הכבושים. את שאלת תחולת חוקי היסוד על הפלסטינים שמתגוררים באותו השטח השאיר בית המשפט “בצריך עיון”.⁵⁰ קביעה זו ביססה את המענה לשאלה מהיכן מקבלים המתנחלים את ההגנה על זכויותיהם. התשובה היא – מן הדין הישראלי שחל עליהם, ובכך גם מחוקי היסוד.

ומה לגבי הפלסטינים? לאורך השנים נמנע בג”ץ מלדון בתחולתה של אמנת ג'נבה על שטחי הגדה המערבית. עם זאת, קיבל בג”ץ את ההגדרה שהפלסטינים הם תושבים מוגנים על פי האמנה. כך נוצר הפרדוקס של אמנת ג'נבה הרביעית: בית המשפט מקבל את ההגדרה של תושבים מוגנים – כפי שמוגדרת באמנת ג'נבה הרביעית, אך נמנע

⁴⁸ בג”ץ 5808/93 חברה כלכלית לירושלים בע”מ נ’ מפקד כוחות צה”ל ביהודה ושומרון, פ”ד מט(1) 97, 89 (1995).

⁴⁹ להרחבה ראו דוח האגודה לזכויות האזרח “שלטון אחד - שתי מערכות חוק” (2015).

⁵⁰ בג”ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ’ כנסת ישראל, פ”ד נט(2) 481 (2005).



מלהתחייב על היקף ההגנות שמעניק להם הדין הבינלאומי כפי שקובעת האמנה. בחסות עמימות זו יכולה המדינה לרוקן מתוכן את ההגנות בלי לקיים ביקורת שיפוטית מהותית על כך.

הדין הישראלי אינו חל בגדה המערבית, ומשכך אינו מגן על התושבים פלסטינים ישירות. תחולתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הושארה אחר כבוד בצריך עיון, ולא זכתה עד היום לעיון מחדש.⁵¹ כמוהו גם ההגנות שמקנים חוקים ישראליים אחרים ושיטת המשפט הדמוקרטית. המגן המרכזי של הפלסטינים הוא ההגנות המנויות בתקנות האג משנת 1907 וחלק מהוראות אמנת ג'נבה הרביעית שהוכחו כמשפט מנהגי, וכן ההגבלות של הדין המינהלי הישראלי שכל חייל נושא בצקלוננו. עוד מגנות על התושבים הפלסטינים אותן "הוראות הומניטריות" באמנת ג'נבה הרביעית, שישראל התנדבה להחיל אך איש אינו יודע מהן. אולי יכולת הכוח הכובש לתחם מקום מגורים או לבצע מעצר מינהלי, יכולות המבוססת על הוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה, הוראה שבית המשפט הכיר בה, היא מן זן מיוחד של "הוראה הומניטרית".

כך מתנהלים הפלסטינים והמתנחלים בשני יקומים משפטיים מקבילים תחת אותו השלטון ובאותו שטח ממש.

כאשר מנסה המשנה לנשיאה ג'ובראן להסביר מדוע יכול להיות מצב, שבו ניתן יהיה להפקיע אדמה פרטית של תושבים מוגנים לשימוש הבלעדי של אזרחי המעצמה הכובשת, נשען הוא על שורה ארוכה של פסקי דין שבהם הכיר בית המשפט בחובתו של המפקד הצבאי לדאוג גם לצורכיהם ההומניטריים.⁵² המשנה לנשיאה ג'ובראן פסע צעד נוסף מפסיקות אלה, וקבע שכדי להתמודד עם "צורך הומניטרי" שנוצר לאוכלוסייה שמתגוררת במקום, ניתן בעיקרון, לפרק זמן מוגבל, לפגוע בזכויות קניין של תושבים מוגנים. המהלך הזה לא יכול להיכנס לתבנית חוקית מוכרת. כאשר מנסה ג'ובראן להבין מי הם על פי דין המתנחלים לטובתם מתבקשת ההפקעה, הוא מגיע למסקנה שהם פשוט שם. הם שם כי בעבר קבע בית המשפט שהם שם, והימצאותם היא שמולידה את מחויבותו של המפקד הצבאי.

6. הקושי

את פסק הדין המקורי בבג"ץ זיאדה, סיכם המשנה לנשיאה ג'ובראן בהערה על אודות הנחיתות האינהרנטית שבה מצויים תושביה הפלסטינים של הגדה המערבית ביחס

⁵¹ בג"ץ זיאדה, לעיל ה"ש 2, פס' 95.

⁵² שם, פס' 26–27.



משפט הפרדוקסים

לשכניהם המתנחלים.⁵³ ההכרה בנחיתות של האוכלוסייה הפלסטינית חשובה והכרחית בדיון על הפקעת אדמה פלסטינית לטובת תושבי ההתנחלויות. המערכת המשפטית תתקשה מאוד להתמודד עם עומק האפליה הקיימת ועם המחיר הכבד שמשלמים התושבים המוגנים, על השאיפות הטריטוריאליות של ישראל שבהשלכותיהן סירב בית המשפט לדון.

עומק האפליה מתבטא בשטחי הקרקע הנרחבים ברחבי הגדה המערבית משמשים לצורך בלעדי של ההתנחלויות. הן אדמות פרטיות שהופקעו מבעליהן והן אדמות המוגדרות כציבוריות (או אדמות מדינה), שאמורות היו לשמש כעתודות קרקע לצורך הפיתוח של האוכלוסייה המוגנת. כל ההתנחלויות מוגדרות כשטח צבאי סגור וכניסת פלסטינים אליהם כרוכה בהיתר.

בהתנחלויות מתגוררים כ-400 אלף אזרחים ישראלים ויהודים.⁵⁴ שטחי ההתנחלויות בגדה עומדים על 538,127 דונם, כמעט 10% משטח הגדה המערבית כולה. בשטחי השיפוט של המועצות האזוריות בגדה המערבית נכללים גם 1,650,376 דונמים נוספים של אזורי תעשייה ושטחים פתוחים שלא צורפו לתחום היישוב של התנחלות כלשהי. גודלם של שטחי השיפוט שבשליטה ישירה של ההתנחלויות מהווים כ-40% משטח הגדה המערבית, וכ-63% משטחי C.⁵⁵

אחרי החלטת בג"ץ בפרשת אלון מורה וצמצום השימוש בצוים צבאיים לצורך תפיסת קרקעות עבור ההתנחלויות, הפך מנגנון ההכרזה על "אדמות מדינה"⁵⁶ לאמצעי

⁵³ שם, פס' 116.

⁵⁴ הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל 2017, לוח מס' 2.15 – "אוכלוסייה לפי מחוז, נפה ודת" www.cbs.gov.il/shnaton69/st02_15x.pdf.

⁵⁵ "התנחלויות – רקע" בצלם www.btselem.org/hebrew/settlements 21.6.2018.

⁵⁶ הליך ההכרזה על אדמות מדינה מבוסס על פרשנות של ישראל לחוק הקרקעות העותומני משנת 1858, המבחין בין חמישה סוגי קרקעות: מולכ (קרקע בבעלות פרטית מלאה), מירי (קרקע בבעלות המדינה שזכות השימוש והעיבוד בה נתונה לאדם פרטי, ולפי הפרשנות הישראלית לס' 68 לחוק, בהעדר שימוש משך 10 שנים בקרקע מירי מופקעת זכות השימוש בה והקרקע חוזרת למדינה [קרקע מחלול, קרי: קרקע נטושה], לפי ס' 78 לחוק, עיבוד של 10 שנים מקנה למעבד בעלות על הקרקע), מוואת' (אדמה שאינה מעובדת, המרוחקת ממקום יישוב "במידה כזו, שהקול הרם ביותר שמשמיע אדם מן המקום המיושב הקרוב ביותר לא ישמע שם" [ס' 6 ו-103 לחוק] בבעלות המדינה), מתרוכה (אדמה בבעלות המדינה המשמשת לצרכי הציבור או קבוצה מסוימת) ווקף (אדמות הקדש, בעיקר למטרות דת). ישראל ניכסה לעצמה את הבעלות באדמות המוכרזות כאדמות מדינה באמצעות "הצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס 59), התשכ"ז-1967, שקבע שכל רכוש שביום הקובע היה רשום על שם מדינת אויב הוא רכוש ממשלתי. הליך ההכרזה על קרקע כאדמת ציבור מפורט בס' 12 לצו בדבר רכוש ממשלתי, רוב האדמות שהוכרזו הן קרקעות מסוג מירי, בהן הייתה זכות



המרכזי ששימש את מדינת ישראל על מנת להבטיח עתודות קרקע עצומות להמשך פיתוחן של ההתנחלויות. כ-600,000 דונם הוכרזו כאדמות ציבור כבר בתקופת המנדט הבריטי והשלטון הירדני, וישראל הכריזה על 755,000 דונם נוספים מאז שהחלה למפות את סטטוס האדמות בגדה.⁵⁷ 99.76% מההקצאות של אדמות המדינה בשטחים, הוקצו לצרכי התנחלות ישראלית. לפלסטינים הוקצו 0.24% בלבד. מרבית הקרקעות שהוקצו לפלסטינים הוקצו כפיצוי על קרקעות שנתפסו על ידי ישראל לצורך הקמת התנחלויות או להעברה בכפייה של בדואים. יותר ממחצית מההקצאות לפלסטינים נעשו לפני הסכם הביניים משנת 1995.⁵⁸ בנוסף לאדמות המוכרזות, תופסת ישראל קרוב למיליון דונם בשטח C כשטחי אימונים ובסיסים צבאיים, אשר גם אליהם אסורה כניסת פלסטינים.⁵⁹ התפיסה הפיזית של השטח מלווה במדיניות תכנון ופיתוח מפלה כלפי היישובים הפלסטינים. ראשיתה של האפליה בתכנון היא בביטול ועדות התכנון המחוזיות והמקומיות שבהן היה ייצוג לאוכלוסייה הפלסטינית, והעברת סמכויותיהן למועצת התכנון העליונה⁶⁰ ולועדות המשנה שלה, שהוקמו על ידי המפקד הצבאי.⁶¹ האפליה החמירה עם הקמתן של "ועדות תכנון מיוחדות" לגבי אזור מוגדר, שבידיהן הופקדו סמכויות תכנון.⁶² ועדות תכנון מיוחדות אלו החריגו מועצות כפרים וערים, שבהם גרים פלסטינים, והסמיכו את המפקד הצבאי להקים ועדות מיוחדות רק במועצות מקומיות ובמועצות אזוריות, קרי: בהתנחלויות. כך, הרשויות המקומיות הישראליות הן היחידות בשטח C של הגדה המערבית המוסמכות כוועדות תכנון מיוחדות, ויכולות להגיש למועצת התכנון העליונה תכניות מתאר מפורטות ולהנפיק לתושבים היתרי בנייה.

לשימוש לאדם פרטי. במסגרת מדיניות ההכרזות אימצה ישראל פרשנות לפיה קרקע מירי, גם אם עובדה בעבר במשך עשר שנים ויותר, אך עיבודה הופסק בשלב כלשהו בלא שנרשמה בטאבו, היא רכוש ממשלתי וניתן להכריז עליה כעל אדמות מדינה.
57 דרור אטקס "כחול לבן שחור" **כרם נבות** (2016).
58 מענה של המנהל האזרחי מיום 13.6.2018 לבקשה לפי חוק חופש המידע שהגישו תנועת "שלום עכשיו" והתנועה לחופש המידע. peacenow.org.il/wp-content/uploads/2018/07/Allocations_to_Palestinians_130618.pdf.
59 דרור אטקס "גן נעול" **כרם נבות** (2015).
60 הצו בדבר חוק תכנון ערים, כפרים ובנינים (מספר 418) 1971.
61 הצו בדבר חוק תכנון ערים (שם), שינה את הרכבה של מועצת התכנון העליונה, ותחת נציגים ששיקפו מגוון רחב של אינטרסים של האוכלוסייה המקומית, נקבע כי הוועדה תמונה על ידי מפקד האזור, ותכלול נציגים של השלטון המרכזי הישראלי בלבד, לאחר הקמת המינהל האזרחי בשנת 1981 עברה הסמכות הזו אליו.
62 סעיף 2א לצו בדבר תכנון ערים, כפרים ובנינים (יהודה והשומרון) (מס' 418), התשל"א-1971.



משפט הפרדוקסים

ההימנעות מדיון על ההתנחלויות ועל תחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית בגדה המערבית, פתחה גם פתח להימנעות מדיון בנושאים הקשורים בהן, הגם שהן מהוות החלטות מינהליות לכל דבר ועניין. כך, נמנע למעשה בג"ץ מלדון במדיניות התכנון המפלה בין הפלסטינים למתנחלים בגדה המערבית. גם נושא זה הגיע לפתחם של השופטים בירושלים. בפרשת **דיראת רפעיה**.⁶³ מעשה שהיה כך היה:

בשנת 2011 הגישו מועצת הכפר דיראת רפעיה שבדרום הר חברון וארגוני זכויות אדם עתירה, בדרישה לבטל את הצו בדבר חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים (מספר 418) משנת 1971. בעתירה נטען כי הפקדת סמכויות התכנון בידי מועצת התכנון העליונה יצרה אפליה נגד התושבים הפלסטינים, שנובעת מהיעדר ייצוג לאוכלוסייה הפלסטינית ולאינטרסים שלה. מערך התכנון שהקים, לימים, המינהל האזרחי, יוצר מחדל מתמשך ומהווה הפרה של חובת המפקד הצבאי לדאוג לרווחת הציבור. עוד טענו, כי השינוי מנוגד לתקנה 43 לאמנת האג משנת 1907, המתיר לשנות חוקים מקומיים רק בהתקיים החרג של צורך הכרחי לשנותם. חריג זה אינו יכול להתקיים לצורך בניית התנחלויות ולנישול פלסטינים ממוסדות תכנון.

המדינה ביקשה מבית המשפט להכיר גם בסוגיית התכנון כחלק מן התמונה המדינית-ביטחונית הכללית באזור, ומהסטטוס קוו שקיים בין ישראל לבין הרשות הפלסטינית מאז כינונם של הסכמי הביניים, ולא להתערב בה עד להסדר מדיני כולל. כשלוש שנים לאחר הגשת העתירה הורה בית המשפט למדינה להציע דרכים לשיתוף האוכלוסייה הפלסטינית בהליכי התכנון. החלטה זו הולידה גיבושו של נוהל שקובע שבתוכניות בעלות השפעה על האוכלוסייה הפלסטינית בכללה, תינתן לפלסטינים האפשרות להציג הערות והסתייגויות. זאת, כאשר בתכניות נקודתיות לא תעמוד לתושבים הפלסטינים זכות לנגישות לתכניות. בפסק הדין שדחה את העתירה עמד בית המשפט על הקושי לדון במצב התכנון והבנייה בשטחים, בשל ההשלכות המדיניות של הנושא.⁶⁴ מצב זה נובע ישירות מעצם קיומן של ההתנחלויות, ובג"צ מכיר בכך במפורש:

"נזכור כי אזורי A ו-B מצויים בשליטת הרשות הפלסטינית, ואילו אזור C, בשל מגוון אינטרסים בו, לרבות הביטחון וההתיישבות הישראלית, נתון על פי ההסכמים במצב שונה. אילו זכינו למצב נורמלי יותר, היו נציגי האוכלוסייה הפלסטינית ממלאים תפקיד סטטוטורי מלא במוסדות התכנון [...] ואולם במצב הנוכחי, ברי – כפי שגם טענו המשיבים – כי שאלות רוחב בתחום המדיניות, גבולות המקרקעין ועוד, שברגיל הן נחלתה של הועדה המחוזית, ראוי שתהיינה מרוכזות בידי גורמי המנהל האזרחי והמפקד

⁶³ בג"ץ 5667/11 **דיראת רפעיה נ' שר הבטחון** (פורסם באר"ש, 2015).

⁶⁴ שם, פס' כ"א לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.



הצבאי, לנוכח חשיבות התכניות החלות על מקרקעין בשטח התפוס בתפיסה לוחמתית".⁶⁵
השופט נעם סולברג הדגיש את קושי של בית המשפט להתערב בסוגיית התכנון והבנייה בשטחים הכבושים:

"העתירה מבקשת לשנות מן הסטטוס-קוו שנוצר עם הסכם הביניים מיום 28.9.1995 בין מדינת ישראל לבין הרשות הפלסטינאית בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה. במובן זה חורגת העתירה משטח הפעולה המסור לנו כבית משפט. עניין הוא לדרג המדיני לענות בו, למגעים שבין מדינת ישראל לבין הרשות הפלסטינאית".⁶⁶

פסק הדין גם דחה במפורש את טענת האפליה מול המתנחלים:

"קשה להלום טענה זו באשר לועדות המחוזיות, משקידום תכניות ואישורן נעשה על ידי מועצת התכנון העליונה וועדות המשנה שלה הן בעבור האוכלוסיה הפלסטינית והן בעבור האוכלוסיה הישראלית. אשר לועדות המקומיות, כמוסבר, בפועל מוגשות בקשות מועטות להיתרי בניה מראש במנותק מהליכי אכיפה המתנהלים בגין בניה בלתי חוקית. אף לשאלת הזיקה הקניינית, שעליה הצביעו המשיבים, יש ליתן משקל".⁶⁷

כך נוצר פרדוקס השוויון: לו היה מצב נורמלי, ניתן היה לבקש שוויון, ובהיעדרו לא ניתן להלום את טענת האפליה. בפועל, כפי שסיפר מתאם פעולות הממשלה בשטחים בוועדת המשנה לאיו"ש של ועדת חוץ ובטחון, "במהלך השנתיים האחרונות הוקפאו תוכניות מתאר פלסטיניות וכרגע אין בנייה מאושרת".⁶⁸ ואכן, הרי כמעט שלא מונפקים היתרי בנייה לפלסטינים המבקשים היתר.⁶⁹ תוצאתה הישירה של מדיניות התכנון המתוארת לעיל היא ריבוי בנייה פלסטינית ללא היתרי בנייה.

על ההימנעות מאכיפת דיני התכנון והבנייה על האוכלוסייה היהודית בגדה המערבית עמדה בהרחבה המשנה ליועמ"ש דאז, עו"ד תליה ששון, ברוח על המאחזים הבלתי-מורשים:

"בשנת 1998 החליט מפקד האזור להגביל את תחום הפיקוח של ועדת המשנה לפיקוח. הותר לה שלא לפקח ביישובים בתחום בו חלה תוכנית

⁶⁵ שם, פס' כ"ג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

⁶⁶ שם, פסק דינו של השופט סולברג.

⁶⁷ שם, פס' כ"ד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

⁶⁸ "עיר פלסטינית נבנית בשטח אש" Ynet " 6.4.2018 L-6,7340,articles/0 www.ynet.co.il .4788035,00.html

⁶⁹ שם.



מפורטת בת תוקף. אך בניגוד להנחיה, 'מתחה' יחידת הפיקוח את הגבלת הפיקוח שקיבלה הרבה מעבר לתחום שהותר לה, והפסיקה לפקח בתחום יישובים ישראלים באיו"ש בכלל".⁷⁰

מדיניות זו של אי-אכיפה, הפכה לימים למדיניות של הכשרה בכל מחיר של בנייה בלתי-מורשית בהתנחלויות ובמאחזים בלתי-מורשים, והגברת האכיפה על בנייה בלתי-מורשית של פלסטינים. שיאה הנוכחי של המדיניות הזו היא בחקיקת חוק ההסדרה.

6. סיכום: פיל בפלפולי משפט

הפער בין המתנחלים החיים תחת מערכת דינים מודרנית, עם הגנות על זכויות אדם של אזרחים במדינתם הדמוקרטית, לבין שכניהם הפלסטינים שחיים תחת משטר צבאי, שגם מעט ההגנות שדיני הכיבוש מעניקים בו אינם מקובלים על המעצמה הכובשת, יוצר אפליה שיטתית לרעת התושבים הפלסטינים. מתנחלים זוכים לזכויות אזרחיות וחברתיות מלאות ולהגנה על זכויותיהם בהליכים משפטיים. לעומתם, כפופים הפלסטינים למערכת משפט שאינה שוקלת את האינטרסים שלהם. המעמד השונה והמעומעם יוצר אפליה בהגנה על מנעד שלם של זכויות, ובכללן הזכות לחירות, להליך הוגן, לחופש תנועה, לכבוד, לפרנסה ולקניין. המתנחלים, היושבים בשטח הכבוש בניגוד להוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי, זכו בבג"ץ זיאדה לתוספת על זכויות היתר שלהם על חשבון זכויותיהם הדלות של התושבים המוגנים, למרות האמור בסופו של פסק הדין.

אם בוחר בית המשפט להתיר הפקעת אדמות פרטיות (ולו באופן זמני) לטובת המתנחלים הישראלים בגדה המערבית לפי כללי המשפט הבינלאומי, אין הוא יכול להתעלם מההוראה המפורשת באמנת ג'נבה הרביעית, הקובעת את חובתו של המפקד הצבאי לנהוג באוכלוסייה האזרחית ללא כל אפליה.⁷¹ זאת ועוד, לא ניתן להעלים עין מכך שהמחויבות של ישראל לאמנות בינלאומיות אינה מסתכמת באמנת ג'נבה הרביעית או בדיני הכיבוש. מעל כל אלה מרחפות כל העת הנורמות שבדיני זכויות האדם.⁷² לכן,

⁷⁰ טליה שרון חוות דעת (ביניים) בנושא מאחזים בלתי מורשים 37–38 (2005) www.pmo.gov.il/SiteCollectionDocuments/PMO/Communication/Spokesman/sason2.pdf.

⁷¹ ס' 3 לאמנת ג'נבה הרביעית.

⁷² לעניין התחולה המקבילה של דיני זכויות האדם והדין ההומניטרי הבינלאומי ראו: AI- Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights – Israel (2011) 589 Eur. H.R. Rep. No. 55721/07, *Skeini v. United Kingdom*, App. No. 55721/07, 53 Eur. H.R. Rep. 589 (2011). ראו גם



ההפרה היסודית ביותר שיצרה אותה עמימות משפטית, היא הפגיעה העמוקה בעקרון השוויון. זהו אותו ערך נעלה הפותח את ההכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם, הערך הפותח את האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות, והמפורט בהרחבה באמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית.

הסעיף הראשון לאמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית, מגדיר מהי אפליה גזעית. סעיף 3 לאמנה מדגיש את הבעיה שבהפרדה מפלה:

"In this Convention, the term 'racial discrimination' shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life".

סעיף קטן 2 לאמנה, מחריג הבחנות הנעשות בידי מדינה בין אזרחים ובין שאינם אזרחים, לכן טוענת ישראל שההפרדה בשטחים אינה בגדר אפליה גזעית אסורה. לטיעון הישראלי יש שתי בעיות מרכזיות. הראשון הוא שאין מדובר בשטח של המדינה. האזרחות מקנה לאזרח זכויות יתר על פני מי שאינו אזרח בתוך המדינה. הבעיה השנייה היא שחלק מזכויות היתר חלים גם על מי שאינם אזרחים, כל עוד הם יהודים.⁷³

"States Parties particularly condemn racial segregation and apartheid and undertake to prevent, prohibit and eradicate all practices of this nature in territories under their jurisdiction".

בסירוב העיקש של בית המשפט העליון לדון בחוקיותו של מפעל ההתנחלויות כולו, התפרק השיח המשפטי בעניין לחלקים. כך הפכה שאלת עצם החוקיות של ההתנחלות לשאלה – אם חוקי ההתנחלות מסוימת תקום במקום אחד או במקום אחר. ריבוי המקרים, כאשר כל מקרה נבחן לגופו, אפשר לבית המשפט להתעלם מהתמונה הכוללת. אולם, ריבוי המקרים גם מעיד כריבוא עדים שמדובר בתופעה של אפליה ודיכוי שיטתי. לו בית המשפט היה עומד על האמת בעניין הכוונות האמיתיות של הקמת ההתנחלויות, היה ודאי

23/05/2003, Economic and Social Council, E/C.12/1/Add.90, 23.5.03., paragraph 15; Noam Lubell, *Human Rights Obligations in Military Occupation*, 94 INT. R. OF THE RED CROSS, 317, 337 (2012) http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_860_lubell.pdf
⁷³ תושב ישראלי מוגדר "גם אדם שמקום מגוריו הוא באזור והוא אזרח ישראלי או שהוא זכאי לעלות לישראל לפי חוק השבות, התש"ו-1950, ואשר אילו מקום מגוריו היה בישראל היה נכנס בגדר הביטוי כאמור".



משפט הפרדוקסים

מגלה שמטרתו ותכליתו הראשונה של מפעל ההתנחלויות הוא שימור השליטה של קבוצה אחת על קבוצה אחרת. כבואו להפעיל את מבחני המידתיות, יכול היה בית המשפט לכוון את האצבע על התכלית האמיתית של מפעל ההתנחלויות – סיפוח השטח, ללא האוכלוסייה האזרחית שבו. חברי כנסת מהקואליציה ושרים בממשלה אומרים זאת בפה מלא,⁷⁴ הצעות חקיקה לסיפוח עולות בכנסת חדשות לבקרים.⁷⁵ אפילו היו שיקולי הביטחון עומדים לבדם לנגד עיניהם של מקבלי ההחלטות בישראל, גם אז אין לגיטימציה למערכת משפטית כוללת המבוססת על אפליה והפרדה על בסיס אתני ולאומי, ועל הסירוב האינהרנטי של בג"ץ לדון בפגיעה החמורה הזו בזכויותיהם של המוחלשים ביותר תחת שלטון ישראלי. דנג"ץ זיאדה הוא החלטה נוספת בשורת החלטות המהוות מראית עין של ביקורת שיפוטית על פעולתו של המפקד הצבאי. בהימנעותו מדיון עומק בפערים הקיימים בין שתי האוכלוסיות המתגוררות בשטחים הכבושים מאפשר בית המשפט את העמקתו של משטר האפליה וההפרדה הפסול הנוהג בשטחים.

⁷⁴ מורן אזולאי "יוזמת בנט: סיפוח 60% מהשטח, 2% מהפלסטינים" Ynet 23.2.2012 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4193652,00.html

⁷⁵ ראו, למשל: הצעת חוק יישובי ישראל (סיפוח אריאל, מעלה אדומים, גבעת זאב, גוש עציון, אלפי מנשה וקרית ספר), התשס"ו-2006.