

מכיבוש לסיפוח

ההטמעה השקטה של דו"ח לוי להסדרת
הבנייה הבלתי חוקית בגדה המערבית



נייר עמדה, פברואר 2016

מחקר וכתבייה: זיו שטהל
ייעוץ ועריכה משפטית: עו"ד שלומי זכריה ועו"ד מיכאל ספרד
עריכה נוספת: עו"ד נטע פטריק, אייל הראובני, נועה כהן
עיצוב מפות: Map 42
עריכת לשון: יסמין הלוי
עיצוב גרפי: סטודיו יהודה דרי
תרגום לערבית: שמעון בן נעים

המועצה הציבורית: עקיבא אלדר, דן בבלי, עו"ד מיכאל בן יאיר, פרופ' ארנה בן נפתלי, פרופ' נעמי חזן, רות חשין, יהושע סובול, פרופ' עוזי סמילנסקי, עו"ד יהודית קרפ, פול קדר, דני קרוון, יאיר רוטלוי, פרופ' זאב שטרנהל

מתנדבי יש דין: ד"ר חנה אבירם, ד"ר יהודית אלקנה, רחל אפק, מיה ביילי, אסנת בן שחר, חנה בר"ג, מיכל ברק, עו"ד ד"ר אסנת ברתור, רוני גלבע, תמי גרוס, דינה הכט, אבנר הררי, רות וייס צוקר, איילה זוסמן, רחלה חיות, חן חקלאי, שרה טולידאנו, פרופ' חוה יבלונקה, ליאור יבנה, דניאל כהן, יורם להמן, ג'ודי לוי, אריה מגל, שרה מארליס, שמואל נחמולי, אדי סער, דליה עמית, ניבה ענבר, נאוה פולק, אמיר פיינסקי, רנה פלסר, רותי קדר, עדנה קלדור, ד"ר יואל קלמס, נורית קרלין, מאיה רוטשילד, יעל רוקני, ד"ר נורה רש, ד"ר הדס שינטל, עידית שלזינגר, מקי שפירא, ד"ר צביה שפירא

צוות יש דין: יודית אבידור, מייסון בדוי, סופיה ברודצקי, בירטה ברודקורב, ליאורה גל, יוסי גורביץ, גלעד גרוסמן, אייל הראובני, עו"ד שלומי זכריה, נועה כהן, סילאן דלאל, אלכסנדרה ליפורט, עו"ד מיכאל ספרד, פיראס עלמי, מוהנד ענתי, עו"ד נטע פטריק, עו"ד מיכל פסובסקי, מוניר קאדוס, זיו שטהל, עו"ד מוריה שלומות, עו"ד אמילי שפר, עו"ד מוחמד שקיר

פעילות יש דין נתמכת על ידי: קרן מוריה | האיחוד האירופי | שגרירות בריטניה בישראל | משרד החוץ הגרמני | הקרן החדשה לישראל | שגרירות נורבגיה בישראל | UNDP | Human Rights & International Humanitarian Law Secretariat | OSF - Open Society Foundation | Norwegian Refugee Council | NOVACT - International Institute for Nonviolent Action | CAFOD - Catholic Aid Agency for England and Wales | DGD - Belgian Director-General for Development Cooperation | HEKS - Hilfswerk der Evangelischen Kirche Schweiz | Irish Aid

האחריות הבלעדית לתכניו של פרסום זה נתונה ליש דין.

יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם
טל/פקס 03-5168563
info@yesh-din.org
www.yesh-din.org

כל הזכויות שמורות ליש דין - ארגון מתנדבים לזכויות אדם, תל אביב, 2016

מילון מונחים

אדמות מדינה (אדמות ציבוריות) - אדמות שנרשמו במרשם המקרקעין כרכוש ממשלתי (על שמה של הממלכה הירדנית) ואדמות שהוכרו על ידי הממשל הצבאי כאדמות מדינה, כלומר שאינן בבעלות פרטית. אדמות אלו מנוהלות על ידי הממשל הצבאי ואמורות לשמש לצורכי ציבור. רוב כמעט מוחלט של אדמות המדינה הוקצו על ידי המינהל האזרחי וכוחות צה"ל בגדה המערבית לשירות מפעל ההתנחלויות.¹

אדמות פלסטיניות פרטיות - אדמות בבעלות פרטית של פלסטינים. היות שישראל הפסיקה ב-1967 את הליכי רישום המקרקעין בלשכת רישום המקרקעין בשטחים (הטאבו), רק מעמדן של חלק קטן מקרקעות אלו הוסדר באמצעות רישומן על שם הבעלים הפלסטינים.

אדמות סקר - קרקעות שיש ספק בדבר הזכויות בהן ומעמדן הקנייני טרם נקבע. באדמות אלה המדינה מקדמת "הליכי סקר", שנועדו להכריע את מעמדן ולבחון אפשרות להכריז עליהן כאדמות מדינה. על פי עמדת המינהל האזרחי, אדמות סקר הן אדמות אשר הממונה על הרכוש הממשלתי תובע עליהן בעלות, אולם טרם הושלם הליך קביעת מעמדן הסופי באמצעות הכרזה עליהן כאדמות מדינה.

אדמות שנתפסו לצורך צבאי - אדמות פרטיות של פלסטינים שנתפסו בצו צבאי לצרכים צבאיים הכרחיים ודחופים בידי המפקד הצבאי באזור (אלוף פיקוד המרכז). התפיסה אינה משנה את הבעלות בקרקע אלא מפקיעה באופן זמני את זכות השימוש בה ומעבירה אותה לחזקת הצבא, עד שיעבור הצורך הביטחוני ההכרחי והדחוף.

תוכנית מתאר (תב"ע - תוכנית בניין עיר) - מסמך בעל תוקף חוקי המסדיר את השימושים המותרים בשטח. תוכנית מתאר כוללת פירוט של ייעודי הקרקע (בנייה למגורים, מבני ציבור, מסחר, וכו') ומכוחה מוצאים היתרי בנייה. תוכנית המתאר מאושרת על ידי מועצת התכנון העליונה - גוף השייך למינהל האזרחי וחברים בו אנשי מקצוע רלבנטיים מהמינהל האזרחי ומשפטנים צבאיים. בוועדה אין ייצוג לפלסטינים. בנייה ללא תוכנית מתאר או בניגוד להוראות התוכנית, וכן שימוש בקרקע בניגוד לייעודים הקבועים לה בתוכנית המתאר שבתוקף, היא בלתי חוקית. היתרי בנייה מוצאים מכוחה של תוכנית המתאר והם תנאי להתחלת בנייה כדין. בקרקע שנתפסה בצו תפיסה צבאי מכונה תוכנית המתאר "מערכת הנחיות".

תחום שיפוט - גבולות התחום המוניציפלי של רשות מקומית כפי שנקבעו בצו המפקד הצבאי באזור (אלוף פיקוד מרכז). שטח השיפוט הרשמי של ההתנחלויות (כולל שטחי המועצות האזוריות) עמד בשנת 2013 על כ-2.1 מיליון דונם, כ-63% משטחי C. שטחי השיפוט של ההתנחלויות כוללים את רוב הקרקעות שישראל מגדירה "אדמות מדינה". להתנחלויות רבות נקבעו שטחי שיפוט גדולים בהרבה מהשטח שהן מנצלות בפועל.²

צוות קו כחול - ב-1999 הוקם במינהל האזרחי צוות "קו כחול" ששימתו היא לבדוק הכרזות על אדמות מדינה שבוצעו בשנות השבעים והשמונים, ובמהלכן הוכרזו מאות אלפי דונמים כאדמות מדינה. מטרת הבדיקה היא לוודא שהליכי הקצאה ותכנון יקודמו רק על אדמות מדינה שבהן, לפי עמדתה של ישראל, מותר להקים התנחלויות.

התנחלויות - בגדה המערבית הוקמו עד היום 125 התנחלויות שבהן מתגוררים כ-370 אלף אזרחים ישראלים.³ אף שהמשפט הבינלאומי אוסר על הקמת יישובים ישראלים בשטח הכבוש, בית המשפט העליון נמנע מדיון בסוגיה בטענה שהיא פוליטית במהותה ועל כן הנושא "אינו שפיט".⁴ לאור זאת, ממשלת ישראל מתייחסת להקמת התנחלויות על אדמות מדינה ובאישור הדרג המדיני כדבר חוקי.

מאחזים בלתי מורשים - יישובים שהוקמו ללא אישור הדרג המדיני, בעיקר מאמצע שנות התשעים ועד ראשית שנות האלפיים. דו"ח ששון הגדיר מאחז כיישוב שאחד או יותר מהתנאים הבאים אינו מתקיים לגביו: (1) הממשלה החליטה באופן רשמי על הקמתו של היישוב; (2) הקרקע שעליה הוקם היא אדמת מדינה או בבעלות יהודים; (3) היישוב הוקם לפי תוכנית בנייה מפורטת (תב"ע) שניתן לקבל מכוחה היתר בנייה; (4) תחום השיפוט של היישוב נקבע בצו על ידי מפקד האזור.⁵ בגדה המערבית הוקמו עד היום כ-100 מאחזים שבהם מתגוררים כ-10,000 אזרחים ישראלים.⁶

הכשרה - הלבנה, הענקת מעמד חוקי בדיעבד למבנים ויישובים שהוקמו ללא הרשאה ובניגוד לחוק.

1 במסגרת עתירת חופש מידע שניהלה האגודה לזכויות האזרח וארגון במקום - מתכננים למען זכויות תכנון נגד המינהל האזרחי, מסרה המדינה [נתונים לגבי היקף ההקצאות של אדמות מדינה לפלסטינים](#). מהנתונים עולה כי מאז 1967 הקצה המינהל האזרחי רק 8,600 דונם (כ-7%) לגורמים פלסטיניים. (עת"מ 40223-03-10 במקום - מתכננים למען זכויות תכנון (ע"ר) נ' המינהל האזרחי).

2 [אתר ארגון בצלם](#). ראו גם: **ופרצת - בנייה ופיתוח של התנחלויות מעבר לתחומי השיפוט הרשמיים** (שלום עכשיו, יולי 2007).

3 הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, "יישובים ואוכלוסייה לפי מחוז, נפה וצורת יישוב" (1), **שנתון סטטיסטי לישראל 2014**. (נתון זה לא כולל 12 שכונות במזרח ירושלים הנחשבות גם הן להתנחלויות).

4 בג"ץ 4481/91 **גבריאל ברגיל ואח' נ' ממשלת ישראל**, פסק דין מיום 25.8.1993.

5 עו"ד טליה ששון, **חוות הדעת בנושא מאחזים בלתי מורשים** (ירושלים, פברואר 2005), עמ' 20-21 (להלן **דו"ח ששון**). הדו"ח הוגש לראש הממשלה אריאל שרון ז"ל בפברואר 2005. ממשלת ישראל אימצה את ממצאי הדו"ח והמלצותיו בהחלטת ממשלה מס' 3376 מיום 13.03.2005. היועץ המשפטי לממשלה אז, מני מזוז, הכיר בארבעת התנאים שקבעה ששון להגדרת מאחז בלתי מורשה.

6 אתר האינטרנט של שלום עכשיו, <http://peacenow.org.il/settlements>

הקדמה

דו"ח ועדת לוי שפורסם בקיץ 2012 מציג דוקטרינה משפטית הקובעת כי דיני הכיבוש אינם חלים בגדה המערבית וכי מבחינת המשפט הבינלאומי או החוק הישראלי אין כל מניעה או איסור על הקמת התנחלויות ישראליות בשטחה. על בסיס קביעה זו המליצה הוועדה על צעדים קונקרטיים להכשרתה של כלל הבנייה שעד כה נתפסה כבלתי חוקית על פי הדין הישראלי, ולביסוס והרחבה של מפעל ההתנחלויות הישראלי בגדה המערבית.

בנייר עמדה זה נבקש להראות כי על אף שלא התקבלה כל החלטה רשמית של הממשלה לאמץ את דו"ח ועדת לוי, בשלוש וחצי השנים שחלפו מאז הגשתו לראש הממשלה ניתן להבחין בתהליך ברור של אימוץ הדוקטרינה המשפטית שהציע הדו"ח וביישום של חלק מהמלצותיו על ידי הממשלה והרשויות הפועלות תחתיה.

הביטוי המשמעותי ביותר ליישום של הדו"ח בשטח הוא תנופה של הכשרת מאחזים שמאפיינת את השנים האחרונות, שבמסגרתה יותר מרבע מהמאחזים הבלתי מורשים הוכשרו או מצויים בהליכי הכשרה.⁷ בעקבות המלצות דו"ח לוי שוקדת הממשלה על הסרת חסמים משפטיים ואחרים שעצרו בעבר את שאיפות ההכשרה של המאחזים והיישובים שהוקמו על קרקעות פרטיות ועל אדמות מדינה. בד בבד עם תנופת ההכשרה, ישראל מקדמת שינויים משפטיים, תחיקתיים ומוסדיים שתכליתם להכשיר ולהרחיב את מפעל ההתנחלויות.

רבים מהמאחזים שמדינת ישראל מבקשת להכשיר כעת הוקמו באופן מלא או חלקי על קרקעות בבעלות פלסטינית פרטית. בחלק מהמקרים הכשרתם כרוכה בגזל רכוש פרטי פלסטיני, והעברתו לידיהם של מי שפלטו לאדמותיהם תוך הפרת חוק, פעמים רבות בכוח הזרוע. מדיניות ההכשרה היא אפוא מדיניות של נישול וגזל בסיוע החוק. ככלל, ניתן להניח כי בכוננת ממשלת ישראל להכשיר את כלל הבנייה שהוקמה בקרקעות בבעלות פלסטינית פרטית ולהותירה על כנה. לצורך כך פועלת הממשלה בכמה ערוצים: היא הקימה את ועדת ההסדרה, מקדמת את חוק ההסדרה, ופועלת להקמתו של בית דין למקרקעין שאמור לפעול בשטח הכבוש ולהכריע בסוגיות של בעלות או חזקה על קרקע. כל אלה מבטאים גלישה של מדינת ישראל לעמדה חדשה, שלפיה היא פטורה מהחובה להגן על קניינם של פלסטינים ומהאיסור על הפקעתו או פגיעה בו. בנוסף אימצה ישראל המלצות קונקרטיים של ועדת לוי בדבר דרכים להסרת חסמים שמנעו בעבר קידום של הליכי תכנון והכשרה של מאחזים שהוקמו על אדמות מדינה.

החשיבות של אימוץ קביעתו של לוי כי דיני הכיבוש אינם חלים בגדה המערבית היא מרחיקת לכת, ואם הממשלה תאמץ אותה במלואה, המשמעות תהיה כי מדינת ישראל מתפרקת בהדרגה מחובותיה תחת המסגרת המשפטית והנורמטיבית שלאורה פעלה מאז 1967. עם זאת, בשלב זה ממשלת ישראל נמנעת מסיפוח רשמי של שטחי הגדה המערבית ומהענקת זכויות אזרחיות מלאות לפלסטינים. מצב זה יוצר עמימות משפטית, שכן לא ברור מהי המסגרת המשפטית שבתוכה פועלת ישראל בגדה ומהם החובות והמגבלות שהיא משיתה על עצמה בכל הנוגע להגנה על התושבים הפלסטינים ועל זכויותיהם. עמימות זו מאפשרת לממשלת ישראל לבצע פעולות שאינן עולות בקנה אחד עם דיני הכיבוש.

הפרק הראשון בנייר עמדה זה מראה כיצד ממשלת ישראל מאמצת בהדרגה את הדוקטרינה המשפטית המרכזית בדו"ח לוי, הקובעת כי דיני הכיבוש אינם חלים בגדה המערבית, וכי אין כל איסור על הקמת התנחלויות ישראליות בשטחה. תהליך זה מוביל ליישום חלק מהמלצות הדו"ח, שמטרתן להביא להכשרת כלל הבנייה הבלתי חוקית בגדה המערבית. כדי לאפשר זאת פועלת המדינה לשינוי דרמטי של המציאות המשפטית בגדה המערבית.

הפרק השני עוסק ביישום המלצות הנוגעות למעמד הקנייני של קרקעות ולבעלות עליהן. ממשלת ישראל שוקדת על שינויים קונקרטיים שנועדו לאפשר את הסדרת מעמדן הקנייני של אדמות פלסטיניות פרטיות או אדמות סקר בדרך להלבנת בנייה בלתי חוקית שהוקמה בהן.

הפרק השלישי עוסק ביישום המלצות הנוגעות להסדרת המעמד התכנוני של יישובים ישראליים שהוקמו באדמות מדינה ומעמדם לא הוסדר, ושל הבנייה בהם. הצורך להסדיר את מעמדם התכנוני נובע מהעובדה שיישובים אלה הוקמו ללא החלטת ממשלה על הקמת יישוב חדש, ולכן לא נקבעו להם תחומי שיפוט ולא אושרו לגביהם תוכניות מתאר שמכוחן ניתן להוציא היתרי בנייה. דו"ח לוי המליץ להשלים את הסדרתם של יישובים אלה באמצעות קידום הליכי התכנון. יישום המלצות בנוגע ליישובים אלה מתבטא בתנופה של הכשרת מאחזים. כאמור, יותר מרבע מהמאחזים כבר הוכשרו או מצויים בתהליכי הכשרה. השיטה שבה ישראל מכשירה את המאחזים הללו מבוססת בין היתר על עמדתה של ועדת לוי המאפשרת להכשיר מאחזים המהווים יישובים עצמאיים לכל דבר ועניין במסווה של שכונות בהתנחלויות ותיקות. תוצאת המדיניות הזאת היא הקמתן של התנחלויות חדשות ללא החלטת ממשלה בעניין. שיטה זו מאפשרת לממשלת ישראל לעקוף את מנגוני

7 ראו רשימת המאחזים: מתחת לרדאר – המדיניות השקטה של הכשרת מאחזים בלתי מורשים והפיכתם להתנחלויות רשמיות (יש דיין, מרס 2015, להלן) מתחת לרדאר). הדו"ח מנתח את המפנה שחל במדיניותה של ישראל ביחס לעתיד המאחזים ולמעמדם. מאז פרסום הדו"ח נוספו לרשימת המאחזים שהמדינה מתכוונת להכשיר גם המאחזים: תפוח מערב, מצפה דני, אחיה, קידה, אש קודש ועדי עד.

הבקרה המינהלית שקיימים בדין הישראלי, הרואים בהקמת יישוב החלטה המחייבת מעורבות של הממשלה על כל המשתמע מכך, וכן לחמוק מביקורת מבית ומחוץ על הרחבת מפעל ההתנחלויות.

מדיניות זו של מיסוד הגזל והנישול מחזקת את הרושם כי מדינת ישראל מבקשת לדחוק את הפלסטינים משטחי C, שבהם מצויים ההתנחלויות והמאחזים, ולצמצם את נוכחותם של פלסטינים בשטחים אלה. בשל כך מתגבר החשש כי מטרתה של דחיקה זו היא להקל, בסופו של תהליך, על סיפוח רשמי של שטחי C למדינת ישראל.

דו"ח ועדת לוי

בפברואר 2012 מינה ראש הממשלה בנימין נתניהו ועדה לבדיקת מעמד הבנייה באזור יהודה ושומרון. כתב המינוי הטיל על חברי הוועדה להמליץ לממשלה בנושא "מעמדה של ההתיישבות היהודית ביהודה ושומרון בכלל, והרחבתה, בפרט".⁸ לראשות הוועדה מונה שופט בית המשפט העליון בדימוס אדמונד לוי ז"ל, ולצדו שופטת בית המשפט המחוזי בדימוס תחיה שפירא והיועץ המשפטי לשעבר של משרד החוץ ושגריר ישראל בקנדה לשעבר, ד"ר אלן בייקר. לפי פרסומים בתקשורת, הוועדה הוקמה במתכונת של דרג מיעוט ונקבע שהמלצותיה יהיו כפופות לאישור היועץ המשפטי לממשלה.⁹

הרקע להקמת ועדת לוי היה שורה של הליכים משפטיים שהתנהלו בבית המשפט הגבוה לצדק, שבהם התבקשה המדינה להרוס בנייה בלתי חוקית שבוצעה על ידי אזרחים ישראלים ולפנות מאחזים שממשלת ישראל לא אישרה את הקמתם.¹⁰ בעקבות אלה הפעילו גורמים ישראלים לחץ פוליטי כדי למצוא דרכים להתמודד עם הטענות המשפטיות שעלו בעתירות, ולבטל את השפעתו של דו"ח המאחזים שחיברה עו"ד טליה ששון ב-2005 לבקשת ראש הממשלה אז, אריאל שרון.

במינוי הוועדה ביקשה ממשלתו של בנימין נתניהו למצוא דרך משפטית שתצדיק את אי-ביצועם של צווי ההריסה וצווי התייחוס שהמדינה עצמה הוציאה לבנייה ולמאחזים הבלתי מורשים, ואף תכשיר את הבנייה בדיעבד.¹¹ כחצי שנה לאחר פרסום הדו"ח נחשפה הקלטה של השר סילבן שלום, אז המשנה לראש הממשלה, שבה הסביר לקהל בכנס שנערך בהתנחלות נווה צוף כי שלושת חברי הוועדה נבחרו כדי להגיע למסקנות הרצויות לממשלה.¹²

ב-21 ביוני 2012 פרסם הדו"ח שחיברה ועדת לוי.¹³ חלקו הראשון של הדו"ח חרג מן המנדט שניתן לה ועסק ב"מעמד שטחי יהודה ושומרון מנקודת ההשקפה של המשפט הבינלאומי". לוי ועמיתיו לוועדה קבעו כי דיני הכיבוש, כפי שהם באים לידי ביטוי באמנות הבינלאומיות הרלבנטיות, אינם חלים בגדה המערבית. קביעה זו נשענת על עמדתם לפיה לישראלים עומדת "זכות שבדין להתיישב ביהודה ושומרון, ועל כן ההקמה של היישובים בפני עצמה אינה לוקה באי-חוקיות", וכי יש דרכים משפטיות לגיטימיות להכשיר מאחזים שנבנו ללא היתרים, גם אם נבנו על קרקעות פרטיות של פלסטינים.¹⁴

חלקו השני של הדו"ח עסק בסוגיית חוקיותם של המאחזים הבלתי מורשים, ובאפשרות להכשירם ולהופכם ליישובים-התנחלויות מורשים - כלומר חוקיים על פי הדין הישראלי. בחלק זה פיתחה ועדת לוי טענה משפטית שלפיה גם אם המאחזים הוקמו ללא אישור רשמי של הממשלה, התנהלותם של משרדי הממשלה ורשויות אחרות לאורך השנים אשר עודדו את המאחזים, תמכו בהם וסייעו להם יצרה "הבטחה מינהלית" כלפי המתנחלים. בעקבות קביעה זו קרא הדו"ח להסדיר את מדיניותה של ישראל בכל הנוגע למאחזים ולהתנחלויות שמעמדם טרם הוסדר, באופן שיאפשר להם לקבל מעמד חוקי מלא על פי הדין הישראלי ויסיר את עננת העמימות בנוגע למעמדם המשפטי ולעתידם. בהמשך הדו"ח ניסחה הוועדה שורה של המלצות שמטרתן ליצור מנגנונים לקביעת היבטים חוקיים, תכנוניים וקנייניים שבתורם יאפשרו את הסדרת מעמדם החוקי של המאחזים והמבנים שהוקמו בהם תוך הפרת החוק, וכן את מעמדה של הקרקע שעליהם הוקמו. ההמלצות נועדו לאפשר את המשך קיומם וביסוסם של המאחזים כיישובים מן המניין.

הדו"ח נחתם בקריאה של הוועדה כי לאחר יישום המלצותיה תהיה המדינה, וכמוה גם אזרחי ישראל התומכים בהתנחלות בשטחים, מצוה לפעול אך ורק במסגרת החוק.¹⁵

8 דו"ח על מעמד הבנייה באזור יהודה ושומרון (להלן "דו"ח לוי"), ירושלים, א' בתמוז התשע"ב - 21.6.2012. עמ' 1.
9 תומר זרחין, "הערכות: יונשטיין לא ייתן הכשר משפטי לדו"ח המאחזים של אדמונד לוי", **הארץ**, 9.7.2012.
10 חלק ניכר מההליכים המשפטיים הללו הוגש בסיוע יש דין.
11 יש דין הזמן להציג את עמדתו בפני ועדת לוי אך סרב לעשות זאת באמצעות **מכתב מנומק שנשלח לוועדה באפריל 2012**.
12 יהושע בריינר, "השר שלום מודה: השופט מונה כי הוא איש ליכוד", **וואלה**, 10.12.2012.
13 לפני פרסומו הרשמי של הדו"ח הוא הועבר על ידי הוועדה לראש הממשלה ולשר המשפטים. ביולי 2013 נמסר הדו"ח ליועץ המשפטי לממשלה, אך הלה הודיע כי אינו מחויב למסקנותיו.
14 **דו"ח לוי**, עמ' 83.
15 **שם**, עמ' 88.

בקביעותיה התעלמה הוועדה מקונצנזוס רחב בקהילה המשפטית, המשתקף באינספור פסיקות של בית המשפט העליון בישראל, בהחלטות של גופים בינלאומיים ובכתביהם של משפטנים בכירים בדבר מעמדם של השטחים שמדינת ישראל כבשה ב-1967 ובדבר אי-חוקיות ההתנחלויות והמאחזים. בינואר 2014 פרסמו יש דין והקתדרה לזכויות אדם על שם אמיל זולא את הדו"ח "חסר תקדים", שהציע ניתוח משפטי מקיף וביקורתי של הטענות המרכזיות בדו"ח לוי.¹⁶

הקביעות המרחיקות-לכת מנעו ממשלת ישראל לאמץ באופן רשמי את הדו"ח.¹⁷ אימוץ מדיניות הקובעת כי דיני הכיבוש אינם חלים בגדה המערבית ומתן הכשר חוקי גורף לכל המאחזים היו גובים מישראל מחיר פוליטי כבד ביחסיה עם הקהילה הבינלאומית. לכן, למרות לחצים פוליטיים בתוך ישראל, ההחלטה שלא לאמץ את דו"ח לוי נותרה בעינה.

בנייר עמדה זה נבקש להראות כי אף שהממשלה לא אימצה הדו"ח באופן רשמי, בשלוש וחצי השנים שחלפו מאז הגשתו לראש הממשלה נקטו הממשלה והרשויות הפועלות תחתיה פעולות שונות שמטרתן לשנות את הבסיס הנורמטיבי שלפיו פועלת הרשות המבצעת ומעבר הדרגתי לאימוץ הדוקטרינה המשפטית שמציע דו"ח לוי ויישום חלק מהמלצותיו.

אימוץ ויישום של המלצות דו"ח ועדת לוי

א. המגמה: אימוץ הדוקטרינה המשפטית שביסוד דו"ח לוי

בשנת 2011 חל מפנה משמעותי בעמדתה של ישראל ביחס לעתיד המאחזים ולמעמדם המשפטי, והמדינה ביקשה למצוא דרכים משפטיות להכשירם.¹⁸ ועדת לוי הוקמה על רקע שאיפה זו, והדו"ח שחיברה סיפק מסגרת משפטית והצדקות ליישום המדיניות החדשה.

דו"ח לוי ניסח דוקטרינה משפטית הקובעת כי דיני הכיבוש אינם חלים בגדה המערבית, וכפועל יוצא התיישבות ישראלית בגדה המערבית מותרת על פי הדין הבינלאומי. עמדה שנויה במחלוקת זו היא אולי הסיבה העיקרית לכך שממשלת ישראל נמנעה מאימוצו הרשמי של הדו"ח. ואולם אף שהדו"ח לא אומץ, בפועל מתרחש תהליך הדרגתי של אימוץ הדוקטרינה המשפטית המוצגת בו.

ביטוי מובהק לשינוי בעמדתה הרשמית של ישראל ניתן למצוא במסמך חדש שפרסם משרד החוץ הישראלי (שבראשו עומד ראש הממשלה בנימין נתניהו) בסוף נובמבר 2015, תחת הכותרת "התנחלויות ישראליות והמשפט הבינלאומי". המסמך מציג את עמדתה המשפטית של ישראל ביחס לגדה המערבית, ומתבסס באופן נרחב על טיעונים המוצגים בדו"ח ועדת לוי. מפרסומו ניתן ללמוד כי ישראל אימצה את עמדת הוועדה בנוגע למצב המשפטי החל בגדה המערבית ולמעמדם של ההתנחלויות. לפי פרסומים בתקשורת, נציגויות ישראל בעולם יחויבו להציג את המסמך באתר האינטרנט הרשמי שלהן.¹⁹

מן המסמך עולה כי עמדתה הרשמית של מדינת ישראל, כפי שאמורים נציגיה בעולם להציגה, היא כי מבחינה משפטית הגדה המערבית איננה שטח כבוש, וכי לישראל יש תביעות קנייניות לגיטימיות בשטח:

מבחינה משפטית יש לראות ביהודה ושומרון ("הגדה המערבית") שטח שקיימות לגביו תביעות מתחרות שאותן יש ליישב במשא ומתן לשלום [...] לישראל תביעות קניין תקפות ביחס לשטח האמור לא רק נוכח הזיקה ההיסטורית היהודית והנוכחות ארוכת השנים בארץ, ייעוד הארץ כחלק מהבית הלאומי היהודי תחת מגדל חבר הלאומים, וזכותה המוכרת של ישראל לגבולות בני הגנה, אלא גם תודות לעובדה שהשטח לא היה תחת ריבונות לגיטימית של מדינה כלשהי ונפל תחת שליטה ישראלית כתוצאה ממלחמת מגן.²⁰

המסמך מציג גם את עמדתה של ישראל כי היישובים הישראליים מעבר לקו הירוק הם חוקיים ואינם סותרים את המשפט הבינלאומי. היות שישראל אינה רואה בגדה המערבית שטח כבוש, היא סבורה כי סעיף 49(6) לאמנת ז'נבה הרביעית - האוסר על העברת אוכלוסיית המדינה הכובשת לשטח הכבוש - אינו חל בשטחי הגדה.

16 **חסר תקדים: ניתוח משפטי של דו"ח הוועדה לבחינת מצב הבנייה ביהודה ושומרון ("ועדת לוי")** (יש דין והקתדרה לזכויות אדם ע"ש אמיל זולא, ינואר 2014, להלן **חסר תקדים**).

17 לאחר פרסום הדו"ח הכין משרד ראש הממשלה טיוטת הצעת החלטה לאימוץ חלק מעקרונותיו. ההצעה, שיועדה לדיון במליאת הכנסת, נגנזה לבסוף. "נתיניהו מתכוון לאמץ את עקרונות דו"ח המאחזים", **רשת ב'**, 17.10.2012.

18 עמדת המדינה הוצגה לראשונה במסגרת עתירת שלום עכשיו לפינוי שישה מאחזים שהוצא להם צו תיחום, וגובשה ימים ספורים לפני הדיון בעתירה, לאחר התייעצות שקיים ראש הממשלה בהשתתפות שרים, משפטנים ונציגי צבא. תצהיר תשובה משלים מטעם המדינה בבג"ץ 7891/07 **תנועת שלום עכשיו – ש.ג.ל מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון ואח'**, 3.7.2011.

19 אודי סגל, "הסערה המדינית הבאה: ההתנחלויות חוקיות", **חדשות ערוץ 2**, 3.12.2015; אריאל כהנא, "ישראל תציג מסמך הקובע שההתנחלויות חוקיות", **nrg**, 3.12.2015. [Israeli Settlement and International Law](http://www.israeli-settlement.com), אתר משרד החוץ הישראלי. פורסם ב-30.11.2015 (ההדגשות שלנו).

במסמך נכתב עוד כי "היישובים היהודיים ביהודה ושומרון הוקמו רק לאחר תהליך בחינה מקיף, תחת פיקוחו של בית המשפט העליון הישראלי, וכפוף לזכות הערעור, הליך שנועד למנוע הקמה בלתי חוקית של יישובים על קרקע פרטית". בסעיף זה מתעלם משרד החוץ במפגיע מ-100 המאחזים הבלתי מורשים (ושכונות נוספות) שהוקמו בשטחי הגדה המערבית שלא כחוק. מעמדם כיישובים בלתי מורשים, וככאלה בלתי חוקיים לפי הדין הישראלי, הוכר בפסיקות בג"ץ אשר מתחו ביקורת על בנייה בלתי חוקית ובכמה מקרים אף הורו למדינה לאכוף צווי הריסה (שהיא עצמה הוציאה אך לא מימשה) ולפנות יישובים ומבנים שהוקמו ללא הרשאה ותוך הפרת החוק. בנוסף למאחזים, חלק מההתנחלויות הוקמו על קרקעות פלסטיניות פרטיות בסיוע ישיר או עקיף של המדינה (למשל עפרה, שהוקמה על קרקע פרטית בהרשאת הדרג המדיני), ולעתים באצטלה של צורך ביטחוני, ששימש תירוץ לתפיסת הקרקע מבעליה החוקיים (כמו למשל במקרה של בית אל ואלעזר, שהוקמו על קרקע פרטית שנתפסה בצו צבאי).

פרק המסקנות וההמלצות בדו"ח לוי נפתח בהמלצה גורפת לממשלת ישראל לפעול לאור קביעת הוועדה כי הקמת יישובים בגדה המערבית אינה לוקה באי-חוקיות, ולקדם את הסדרת מעמדם של המאחזים. הביטוי המרכזי לאימוץ הדוקטרינה של ועדת לוי בשטח הוא בשינוי הדרמטי שחל במדיניותה של ממשלת ישראל ביחס למאחזים הבלתי מורשים. במשך שנים רבות מעמדם נותר עמום - מחד גיסא הם זכו לתמיכה נרחבת מממשלות ישראל, ואלו לא הורו על פינוים, ומאידך גיסא לא נעשו כמעט פעולות להסדרת מעמדם החוקי. במקרים רבים הודיעה המדינה בבית המשפט כי בכוננתה לפנותם, ואף התחייבה לעשות זאת בכמה הסכמים רב-צדדיים²¹ והתחייבויות חד-צדדיות במסגרת היחסים הבינלאומיים. לעומת זאת, בשנים האחרונות התחלפה מדיניות זו בתנופה של הכשרת מאחזים המבטאת מהפך של ממש ביחסה של הממשלה למעמדם המשפטי.

מאז כניסתה של השרה איילת שקד למשרד המשפטים ניכרת מעורבות מוגברת של משרדה בנושא מעמדם המשפטי של המאחזים ושל הקרקעות בגדה המערבית. שקד מעורבת באופן ישיר בגיבוש ובניסוח עמדותיה של המדינה בעתירות שהוגשו לבג"ץ בנוגע לבנייה בלתי חוקית ופינוי מאחזים, ואף ציינה כי בעקבות עבודה משותפת שלה ושל שר הביטחון משה יעלון חל שינוי בתשובות המדינה לעתירות מאז כניסתה לתפקיד.²² בנוסף פועלת שקד ליצור היתכנות משפטית להסדרת מאחזים באמצעות ועדת ההסדרה וקידום אישור של תוכניות מתאר. לצד אלה, בדצמבר 2015 ערכה שקד ביקור במינהל האזרחי, שבמסגרתו ביקשה לערוך "היכרות מעמיקה" עם היחידות ועם קציני המטה המטפלים בנושאים הקשורים לבנייה ולהתנחלות הישראלית בשטחים. שרי משפטים ישראלים אינם נוהגים להתערב בעבודת המינהל האזרחי, הכפוף למשרד הביטחון, והפעם האחרונה שבה ביקר שר משפטים במינהל האזרחי היתה בשנות התשעים.²³

המהפך בעמדת הממשלה ביחס למאחזים בא לידי ביטוי גם בתכנים חדשים שנוספו לתוכנית הלימודים של קורס הצוערים של משרד החוץ שנפתח בנובמבר 2015 (קורס רשמי להכשרת דיפלומטים ישראלים). לקורס נוספו הכשרות בנושא חוקיות ההתיישבות ביהודה ושומרון על בסיס הטענה שהגדה איננה שטח כבוש. סגנית שר החוץ, ח"כ ציפי חוטובלי, אמרה בנוגע לתכנים החדשים כי "ההתיישבות היהודית ביהודה ושומרון היא חוקית כדת וכדין, וכשאני אומרת כדין, אני מתכוונת גם הדין הבינלאומי".²⁴

אימוץ הדוקטרינה המשפטית שלפיה המצב המשפטי בגדה המערבית איננו כיבוש כהגדרתו במשפט הבינלאומי, ומשום כך דיני הכיבוש אינם חלים בשטחה ואין כל מניעה חוקית להקים בהם יישובים ישראלים, הוא שמאפשר את יישום ההמלצות מחלקו השני של דו"ח לוי, העוסק בהכשרת הבנייה הקיימת ובהרחבת מפעל ההתנחלויות.

ב. יישום המלצות הנוגעות לסוגיות של מעמד ובעלות באדמות פרטיות וסקר

הניתוח של דו"ח לוי מבוסס על ההנחה שאין מדובר בשטח כבוש, שהרי המשפט הבינלאומי אוסר התיישבות של אזרחי המדינה הכובשת בשטח הכבוש ואף אוסר על המדינה הכובשת לבצע בו שינויים ארוכי טווח.²⁵

הסדרת המעמד הקנייני נדרשת לפי דו"ח לוי באדמות בבעלות פרטית פלסטינית ובאדמות סקר.²⁶ סוגיות אלה נוגעות ליישובים ולמבנים רבים בשטחי הגדה המערבית: נתונים שקיבל שלום עכשיו מהמינהל האזרחי מלמדים ש-80 מאחזים הוקמו באופן חלקי או מלא על אדמות פלסטיניות פרטיות.²⁷ טענות אלה אף אוששו על ידי גורמי ימין אשר לדבריהם כ-2,000 מבנים בהתנחלויות ובמאחזים בנויים על קרקע פלסטינית פרטית.²⁸

כמה המלצות בדו"ח לוי נשענו על קביעת הוועדה כי בדרכי ההכרעה בסכסוכים ובמחלוקות שעניינם בעלות על קרקעות ישנה הטיה שיוצרת העדפה לטענות פלסטיניות בדבר בעלות על קרקעות, וכי העדפה זו יוצרת אפליה נגד ישראלים המתגוררים בגדה המערבית. לפיכך המליץ

21 בעיקר בעקבות "מפת הדרכים" לסיום הסכסוך הישראלי-פלסטיני שהציג הקוורטט באפריל 2003, שאחד מעיקריה היה הקפאת כל הבנייה בהתנחלויות (כולל גידול טבעי) ופירוק מאחזים שהוקמו אחרי מרס 2001. ראש הממשלה אריאל שרון תמך בתוכנית, אך ההתחייבות לפירוק המאחזים לא יושמה. תרגום לא רשמי של מפת הדרכים נמצא באתר הכנסת www.knesset.gov.il/process/docs/roadmap.htm.
 22 חזקי עזרא, "השב"כ נוקט באמצעים שלא היו עד היום", **ערוץ 7**, 21.12.15.
 23 חזקי עזרא, "העצור לא ניסה להתאבד", **ערוץ 7**, 22.12.15.
 24 אילאיל שחר, "קורס הצוערים של משרד החוץ - גרסת ציפי חוטובלי", **גל"צ**, 1.11.2015.
 25 ישראל נהגה לטעון שלמרות הכיבוש, האיסור על הקמת התנחלויות אינו חל. טענה זו התבססה על הבחנה בין אמנת האג, שישראל קיבלה את תחולתה, לבין אמנת ז'נבה, שישראל טענה כי אינה חלה בגדה המערבית משום שלא נכבשה "מידי מעצמה חברה" כלשון האמנה וכי ירדן לא היתה הריבון החוקי בגדה.
 26 לביאור המונחים הנוגעים למעמד הקנייני של קרקעות בגדה המערבית (אדמות בבעלות פלסטינית פרטית, אדמות סקר ואדמות מדינה) ראו מילון מונחים בעמ' 2.
 27 אתר האינטרנט של **שלום עכשיו**.
 28 חיים לוינסקי, "מחקר שהוצג לפוליטיקאים מהימין: 2,026 בתים בהתנחלויות בנויים על קרקע פלסטינית פרטית", **הארץ**, 3.5.2015.

הדו"ח לבטל הסדרים ונהלים קיימים ולהקים מוסדות ומנגנונים חלופיים שיכריעו בסוגיות הנוגעות לזהות הבעלים על קרקע באופן שונה מההכרעות הנהוגות היום, המתמקדות בהבחנה בנוגע למעמד הקרקע (אם היא פרטית או מסווגת כאדמות מדינה). הכרעה כי אין בעלות פרטית על קרקע מובילה לסיווגה כאדמת מדינה.

בנוסף למנגנונים שיכריעו בדבר הבעלות על קרקעות, קבע דו"ח לוי כי גם בעלות פלסטינית מוכחת בקרקע שהוקמו עליה מאחז או שכונה איננה מחייבת להשיב אותה לבעליה, וכי יש להעדיף פתרונות נוספים כדוגמת תשלום פיצוי לבעלים על פני פינוי והריסה.

ממשלת ישראל מבצעת במקביל כמה צעדים שנועדו להבטיח - באמצעות הסדרים בירוקרטיים ותחיקתיים - את מיסודו והרחבתו של מפעל ההתנחלויות, תוך דחיקה של הפלסטינים ונישולם מקניינם. נפרט להלן את יישום המלצות דו"ח לוי הנוגעות להסדרת מעמד הקנייני של אדמות בבעלות פלסטינית פרטית שהוקמו בהן יישובים ישראליים, ובהסדרים שדו"ח לוי הציע כדי להותירם על כנם ולהלינים מנקודת מבטו של הדין הישראלי; וכן ביישום המלצותיו של דו"ח לוי בדבר דרכי ההכרעה במחלוקות בדבר בעלות על קרקעות.

הקמת בית דין לענייני מקרקעין

מוצע לשקול הקמתם ביהודה ושומרון של בתי משפט לדיון בסכסוכי קרקעות, ולחילופין להרחיב את סמכותם של שופטים של בית המשפט המחוזי לקיים דיונים שבתחום סמכותם והנוגעים לסכסוכי קרקעות ביהודה ושומרון, גם בתחומי האזור. (המלצה ז', דו"ח לוי, עמ' 86)

דו"ח לוי קבע כי אמת המידה הנהוגת כיום בנוגע לטיב הראיה שהמחזיק בקרקע צריך להציג כדי להוכיח את זכותו בה איננה זהה לפלסטינים ולאזרחים ישראלים: פלסטיני הטוען לבעלות על קרקע נדרש להציג רף נמוך יותר של ראיות, דוגמת קבלה או מסמך המעיד כי שילם מס על הקרקע, ואילו ישראלי הטוען לבעלות על קרקע נדרש להציג חוזה רכישה שלה.²⁹

למעשה, כדי להוכיח בעלות בקרקע (ואף לצורך רישום בעלות במקרקעין), המבקש נדרש להציג מקור חוקי לבעלותו בקרקע, וכן להוכיח כי הוא מעבד את הקרקע עשר שנים רצופות. לאור העובדה שמדובר בעסקאות מקרקעין שבוצעו בתקופות היסטוריות שונות, השאיפה להשוות את רף הראיות בנוגע למקור החוקי לבעלות בקרקע היא חסרת שחר. המסמך העיקרי שבאמצעותו ניתן להוכיח בעלות היסטורית על קרקע הוא "מאליה" - תעודה המוכיחה תשלום מס רכוש לשלטונות העותמאניים (ומאוחר יותר הבריטיים, הירדניים והישראליים). לעומת זאת, רכישה חדשה של קרקע ניתן להוכיח באמצעות חוזה בהתאם ובכפוף להוראות הדין בדבר היתר עסקה,³⁰ ומכאן הפערים בראיות הנדרשות להוכחת בעלות בין מחזיק ותיק למחזיק חדש (ולא בין אזרח ישראלי לפלסטיני).

דו"ח לוי קבע עוד כי בג"ץ אינו הערכאה המתאימה לבירור סכסוכי קרקעות, שכן מדובר בסוגיה מתחום המשפט הפרטי, המצריכה ערכאה דיונית מקצועית שבה מתאפשרת בחינת ראיות ועובדות.³¹ כדי לתקן מצב זה המליצה ועדת לוי להקים בית משפט לדיון בסכסוכי קרקעות בגדה המערבית, אשר ידון ויכריע במחלוקות הנוגעות לזכויות בקרקע.³²

בהוראת שר הביטחון, לצורך יישום המלצה זו החלו גופים שונים בצה"ל ובמשרד הביטחון להיערך להקמתו של בית משפט לסכסוכי קרקעות בגדה המערבית. בדו"ח הפעילות השנתי של מתאם פעולות הממשלה בשטחים לשנת 2013 נכתב כי החלו עבודות מטה "להקמת בית דין למקרקעין ופונקציית מפקח על מקרקעין".³³ במסגרת עבודות אלו בוחנים במתפ"ש (מתאם פעולות הממשלה בשטחים) אילו סוגיות יובאו לפתחו של בית הדין.³⁴ גם הפרקליטות הצבאית עוסקת בהקמת בית הדין. בדו"ח הפעילות השנתי שלה לשנת 2013, בחלק העוסק בפעילות מחלקת היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון, נכתב: "יזומה חשובה נוספת נוגעת להקמת מוסד מעין שיפוטי ("המפקח על המקרקעין") להתמודדות עם סכסוכי הקרקעות באזור". בהמשך נכתב כי נושאים אלה יעסיקו את המחלקה גם בשנת 2014.³⁵

בתי המשפט לקרקעות בגדה המערבית עתידים להצטרף למערכת המשפט הצבאית, וכמו בכל בתי המשפט הצבאיים, יכהנו בהם שופטים ישראלים בלבד.³⁶ בתי משפט אלה יוסמכו להכריע בדבר מחלוקות הנוגעות לבעלות על קרקעות. העובדה שבבתי המשפט הללו לא יכהנו שופטים פלסטינים עשויה להשפיע הן על הכרעותיו של בית המשפט והן על מידת האמון שפלסטינים ירחשו לו, והדבר יהווה חסם משמעותי

29 **דו"ח לוי**, עמ' 70-71.
 30 צו דבר עסקאות במקרקעין (יהודה ושומרון) (מס' 25) תשכ"ז-1967 קובע כי כל עסקת מקרקעין בשטחי הגדה המערבית טעונה אישור (רישיון ולפעמים היתר) של המפקד הצבאי (או ממונה מטעמו). הצו קובע כי עסקה שנעשתה ללא קבלת רישיון נעדרת תוקף משפטי, וכי עבירה על הצו היא עבירה פלילית שעונשה מאסר. אחת ממטרות האישור היא לוודא כי העסקה נעשתה כחוק ולמנוע מקרי הונאה וזיוף.
 31 **דו"ח לוי**, עמ' 74.
 32 **שם**, עמ' 77.
 33 **דו"ח תיאום פעולות הממשלה בשטחים לשנת 2013**, תיאום פעולות הממשלה בשטחים, אפריל 2013.
 34 חיים לוינסון, "המדינה תקשה על פלסטינים לסלק מאדמתם", **הארץ**, 27.5.2014.
 35 **דו"ח פעילות של הפרקליטות הצבאית לשנת העבודה 2013**, הפרקליטות הצבאית (פורסם ללא תאריך).
 36 חיים לוינסון, "המדינה תקשה על פלסטינים לסלק מאדמתם", **הארץ**, 27.5.2014. השופטים בבתי המשפט הצבאיים הם חיילים בשירות סדיר או במילואים, משפטנים שהוכשרו בפקולטות למשפטים בישראל ובבית הספר למשפט צבאי של צה"ל. אנשי הקבע והמילואים שבהם עשויים להיות עורכי דין בעבר או בהווה, מרצים למשפטים או בעלי תפקידים משפטיים בשירות המדינה. ראו: סמדר בן נתן, "יושבים בתוך עמם - החלת המשפט הישראלי בבתי המשפט הצבאיים בשטחים", **תיאוריה וביקורת**, 43, סתיו 2014.

מפני פנייה לבית הדין. למעשה ניתן להניח כבר כעת כי בעלי זכות פלסטינים יירתעו מפנייה לערכאה כזו, כפי שהם נרתעים כבר היום ממערכת המשפט הצבאית שנתפסת כמפלה, מוטה ודכאנית.³⁷

הקמת בית דין להכרעה בסכסוכי מקרקעין נועדה ליצור "מסלול עוקף בג"ץ", אשר יבטל הכרעות ספציפיות שניתנו בבג"ץ ויביא לביטול המודל שהתהווה לאורך השנים בעשרות עתירות שעסקו בבנייה על אדמות בבעלות פרטית פלסטינית או בפלישה חקלאית לאדמות.

כערכאה מינהלית, בג"ץ אינו מכריע בסוגיות של בעלות בקרקע, אלא בוחן אם רשויות המדינה פעלו בסמכות ובסבירות. בכל המקרים שבהם בג"ץ הכריע בסוגיות הקשורות למאחזים הבלתי מורשים ולבנייה בלתי חוקית, הוא לא נדרש כלל לסוגיית זהותם הקונקרטי של הטוענים לבעלות בקרקע, אלא נדרש להכריע אם הרשויות הישראליות פעלו באופן סביר כאשר לא מימשו את צווי ההריסה שהוציא המינהל האזרחי ובכך לא אכפו את החוק. לצורך כך, בניגוד לביקורת שמתחה ועדת לוי, בג"ץ לא נדרש כלל לבחינת "ראיות ועובדות", אלא הסתמך למעשה על עמדת המדינה עצמה בשאלה הנוגעת למעמד הקרקע (האם מדובר באדמות בבעלות פרטית, אדמות מדינה או אדמות סקר) ולסבירות פעולתן של הרשויות.

המודל שהתווה בג"ץ בפסיקותיו מושתת על זכות הקניין כזכות יסוד בשיטת המשפט הישראלית, המעוגנת במשפט הבינלאומי החל על היחסים בין הפלסטינים לגורמי הממשל בגדה המערבית. משום כך נקבע שוב ושוב שאין לפגוע בזכות הקניין של פלסטינים, כתושבים מוגנים בשטח כבוש, וכי בנייה על קרקע פרטית אינה חוקית ולכן יש לממש צווי הריסה שהוציא המינהל האזרחי למבנים שהוקמו בקרקעות פרטיות. להערכת יש דיין, הקמת בית הדין נועדה למנוע מבג"ץ לדון בעתירות שעניינן פינוי של בנייה לא חוקית ישראלית על ידי יצירת מצב שבו כל אימת שתועלה טענה קניינית - מופרכת ככל שתהא - הסוגיה תועבר לבית המשפט לענייני מקרקעין, אף כי לטענות קנייניות אין השלכה ישירה על סוגיית חוקיות הבנייה.

בניגוד לבג"ץ כערכאה מינהלית, בית הדין לענייני מקרקעין מוקם על מנת להכריע בסוגיות של בעלות על קרקעות, אך ברור שהכוונה היא שכל אימת שיש הליך לפינוי בנייה לא חוקית, ניתן יהיה לעכבו משמעותית על-ידי העלאת טענה של גורם פרטי לזכויות בו, דבר שיביא להעברת המינימום אל ההליך הקנייני. למעשה הקמת בית הדין מפקיעה מידי המינהל האזרחי את המונופול על קביעת המעמד של הקרקע (האם מדובר באדמות מדינה או באדמות בבעלות פרטית) ומעבירה את הסוגיה להליך שמן הסתם יהיה ארוך ויקר בבית המשפט שיוקם, שממילא לא יוכל להכריע בשאלה המינהלית של היעדר אכיפה.

חשש נוסף שמעלה הקמת בית דין למקרקעין שיפעל בגדה המערבית הוא כי מדובר בצעד בדרך למימוש המלצה נוספת של ועדת לוי - קידום הליך הסדר מקרקעין:

מתוך מגמה לקדם את היציבות ולמנוע אי-ודאות בתחום הזכויות במקרקעין, אנו סבורים כי נכון לדרבן את התושבים ביהודה ושומרון, פלסטינים וישראלים כאחד, לרשום את זכויותיהם בקרקע בתוך תקופת זמן מוגדרת (נראה כי 4 עד 5 שנים היא תקופה סבירה), שבסופה מי שלא יבצע את הרישום יאבד את זכויותיו ככל שהיו לו. (המלצה ט', עמ' 87, דו"ח לוי)

הליך הסדר הקרקעות הוקפא על ידי הממשל הצבאי ב-1967, עם כיבוש הגדה המערבית בידי ישראל. הרישום המתבצע כיום הוא ספורדי, בדרך כלל ביוזמת גורמים פרטיים (ולא הרשויות).³⁸ ומתבצע מינהלית על ידי הוועדה לרישום ראשון. בניגוד להליך הסדר שמנוהל באופן מרכזי על ידי השלטון ושבמסגרתו מחלוקות מוכרעות בערכאה שיפוטית, יוזמת הליך הרישום הראשון באה על פי רוב מגורמים פרטיים, ומחלוקות מוכרעות על ידי הוועדה לרישום ראשון שהיא טריבוטל מינהלי ולא שיפוטית. הסמכות להכריע בסכסוכי מקרקעין נתונה כיום בידי בתי המשפט האזרחיים. ייזום הליך הסדר מקרקעין יהיה לפיכך משום חריגה דרמטית מהעיקרון שהנחה עד היום את המינהל האזרחי בשטחים, ולפיו אין מבצעים שינויים מרחיקי לכת וארוכי טווח במעמד הקרקעות ובזכויות בהן.

מנקודת מבט של המשפט הבינלאומי, הסדר מקרקעין כולל בגדה המערבית יהיה שינוי ארוך טווח המהווה הפרה של ההוראות הקובעות כי על הכוח הכובש לתפקד כנאמן של השטח הכבוש, אשר מצוי בידי כפיקדון ובאופן זמני בלבד, ואוסרות על עריכת שינויים ארוכי טווח.³⁹ הסדר מקרקעין כולל הוא שינוי מרחיק לכת של המצב המשפטי בגדה, וישפיע גם על המצב בשטח.

כאמור, העבודה על הקמת בית הדין למקרקעין מצויה בשלבים ראשוניים, וטרם פורסם אילו סמכויות יוקנו לו, אולם אם לבית משפט זה תהיינה סמכויות להורות על שינוי במרשם, אזי יתאפשר ליזום הסדר מקרקעין בגדה.⁴⁰ במצב זה, ייתכן שמדינת ישראל תבקש לרשום על שמה מקרקעין שלא ייתבעו וירשמו בידי גורמים אחרים. פלסטינים שאדמתם לא תירשם על שמם יאבדו את הזכויות בה, והיא תירשם כאדמת מדינה.

37 ראו למשל: **משפטים בחצר האחורית - מימוש זכויות ההליך ההוגן בבתי המשפט הצבאיים בשטחים**, (יש דיין, דצמבר 2007); **עצור עד שלא הוכחה חפותו - מעצר עד תום ההליכים בבתי המשפט הצבאיים בגדה** (בצלם, יוני 2015).
 38 באזור צפון ים המלח (בעקבות נסיגת הים החושפת קרקעות באזור) יזמה המדינה הליך רישום ראשון של מקרקעין על שמה, אך מדובר ביוצא מן הכלל המעיד על הכלל.
 39 סעיפים 43 ו-55 לתקנות הנלוות לאמנת האג בדבר דיני המלחמה ביבשה (1907).
 40 כיום יש ללשכת רשם המקרקעין ולבית המשפט המחוזי סמכות להורות על שינוי במרשם ביחס לקרקע מוסדרת.

ועדת ההסדרה: בחינת הליך ההוכחות הנדרש להוכחת בעלות בקרקע

במקביל לעבודות ההקמה של בית דין למקרקעין, ביולי 2015 הורה ראש הממשלה על הקמת צוות ממשלתי המכונה "ועדת ההסדרה", לצורך גיבוש מתווה להסדרת מבנים ושכונות ביישובים יהודיים ביהודה ושומרון שהוקמו תוך מעורבות הרשויות.⁴¹ ועדת ההסדרה הוקמה ביוזמתה של שרת המשפטים איילת שקד,⁴² וחברים בה מזכיר הממשלה אביחי מנדלבליט⁴³ (יו"ר הוועדה), מנכ"ל משרד החקלאות שלמה בן אליהו (נציג שר החקלאות), היועץ המשפטי של מערכת הביטחון אחז בן ארי (נציג שר הביטחון), ד"ר חגי ויניצקי (נציג שרת המשפטים), והיועץ המשפטי של משרד ראש הממשלה. כתב המנדט שעליו חתום ראש הממשלה קובע כי הצוות יגיש את המלצותיו בתוך 60 יום.⁴⁴ באוקטובר 2015, במסגרת תגובת המדינה בבג"ץ 7986/14 ("קו כחול"), נכתב כי עד לראשית 2016 צפויה עבודת הוועדה להסתיים ו"תתברר תמונת המצב" בכל הנוגע לתוצרי עבודתה.⁴⁵

אחת ממטרותיה של הוועדה היא להסדיר את סיווגי הקרקעות הנחשבות פרטיות באמצעות בחינה של תהליך ההוכחות הנדרש על מנת להוכיח בעלות פרטית בקרקע. שרת המשפטים איילת שקד אמרה בנוגע להקמת הוועדה כי היא תביא להסדרה כוללת של תחום המקרקעין בגדה המערבית, וכי "הגיע הזמן להסיר את הערפל המשפטי ולאפשר לתושבים החיים באזור, מרביתם ביישובים שהוקמו על ידי ממשלות ישראל לדורותיהן, להפסיק לחשוש מהאיום המתמיד על עצם בעלותם על בתיהם."⁴⁶ כאמור, הסדרה כוללת של תחום המקרקעין בגדה המערבית במטרה לבסס את מעמדן של ההתנחלויות כיישובי קבע בתחומה עומדת בסתירה לדין הבינלאומי האוסר על הכוח הכובש לערוך שינויים ארוכי טווח בשטח הכבוש, וקובע כי עליו לנהל את השטח בנאמנות ובאופן זמני בלבד.⁴⁷

רמז לתוצרי עבודת הוועדה ניתן למצוא בתשובת המדינה בבג"ץ העוסק בבנייה בלתי חוקית על אדמות פרטיות במאחז דרך האבות. המדינה ביקשה מבית המשפט לדחות את מתן תשובתה לצו על תנאי שניתן בעתירה עד לסיום עבודת ועדת ההסדרה. בבקשת הדחייה נכתב כי בין משימותיה של הוועדה, היא צפויה להידרש גם "לאפשרות לעשות שימוש בכלי של 'איחוד וחלוקה' בהקשר של הסדרת הבנייה באיו"ש."⁴⁸ למוסדות התכנון בתוך ישראל נתונה הסמכות לאשר ולכפות על בעלי זכויות בקרקע לאחד מגרשים סמוכים ולחלקם מחדש כדי לאפשר פיתוח וניצול מקסימלי של השטח לטובת הציבור. מהדברים ניתן להבין כי הוועדה מבקשת "לייבא"⁴⁹ כלי דומה לתחיקת הביטחון החלה בגדה, ולבסס סמכות לכפות על בעלי קרקעות פלסטינים הסדרים שעיקרם קבלת קרקע חלופית לאדמתם, שעליה הוקמו מבנים באופן בלתי חוקי. השימוש בכלי זה יאפשר למדינה להותיר על כנם את המבנים במאחזים, תוך עיוות תכליתו המקורית של החוק הישראלי שנועד להגשים צרכים תכנוניים וציבוריים. במסגרת תצהיר תשובה שהגישה המדינה לבית המשפט בדצמבר 2015 נמסר כי קיימת מניעה משפטית לקדם את ההסדרה במקרה זה באמצעות שימוש בכלי המשפטי של "איחוד וחלוקה".⁵⁰

חוק ההסדרה: גם זיקה מוכחת לאדמות איננה מחייבת את השבתן לבעליהם

גם אם מוכחת בעלות פרטית בקרקע עליה הוקם יישוב יהודי, יש לתת את הדעת לטענות הגנה אפשריות של המחזיק ולפתרונות נוספים העדיפים על פינוי והריסה, לדוגמה: תשלום פיצוי לבעלים...
 (דו"ח לוי, עמ' 74-75)

ניסיונותיה הקודמתים של הממשלה הנוכחית בראשות נתניהו למצוא דרכים להסדרה חוקית של מאחזים בלי להידרש להסיר בנייה שבוצעה על קרקע פלסטינית פרטית באים לידי ביטוי גם בהצעות חקיקה שזכו לכינוי "חוק ההסדרה". מאז קיץ 2012⁵¹ נעשים ניסיונות לקדם בכנסת חקיקה שתעגן את סמכותה של המדינה לכפות על בעלי קרקעות פלסטינים הסדר פיצוי, באופן שייחייב אותם לוותר על זכויותיהם בקרקע.

מאמצים אלה של חברי כנסת מתוך הקואליציה מבקשים לעגן בחקיקה ראשית את העמדה שהוצגה בדו"ח לוי, כי בעלות פלסטינית מוכחת בקרקע אינה מחייבת לפנות ממנה את האזרחים הישראלים ולהשיב אותה לבעליה הפלסטינים, וכי תשלום פיצוי לבעלים הוא פתרון עדיף על פני פינוי והריסה.⁵²

41 כתב המינוי להקמת צוות מקצועי לגיבוש מתווה להסדרת בנייה באיו"ש, משרד ראש הממשלה, 19.7.2015.
 42 לפי פרסומים בתקשורת, הקמת ועדת ההסדרה היא חלק מההסכם הקואליציוני בין הליכוד לבית היהודי.
 43 בדצמבר 2015 נבחר מנדלבליט על ידי הוועדה לאיתור מועמדים לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, כמועמד יחיד לתפקיד.
 44 כתב המינוי להקמת צוות מקצועי לגיבוש מתווה להסדרת בנייה באיו"ש, משרד ראש הממשלה, 19.7.2015.
 45 בג"ץ 7986/14, במקום – מתכננים למען זכויות תכנון ואח' נ' ראש המינהל האזרחי ואח', תגובה לתגובת העותרים להודעה מעדכנת מטעם המשיבים, 21.10.2015.
 46 חיים לוין ורויטל חובל, "שרת המשפטים מקימה ועדה להסדרת המאחזים", הארץ, 21.7.2015; עקיבא נוביק, "ועדה חדשה תבחן את הסדרת הבנייה ביהודה ושומרון, נענע 10, 21.7.2015.
 47 סעיפים 43 ו-55 לתקנות הנלוות לאמנת האג בדבר דיני המלחמה ביבשה (1907).
 48 בג"ץ 7291/14 עלי מוחמד עיסא מוסא ואח' נ' שר הביטחון ואח', בקשה להארכת מועד מטעם המשיבים 1-4, 12.11.2015.
 49 כלי דומה מצוי בחוק הירדני ובחוק העותמאני, אך אינו זהה לזה המצוי בחוק הישראלי.
 50 בג"ץ 7291/14 עלי מוחמד עיסא מוסא ואח' נ' שר הביטחון ואח', תצהיר תשובה מטעם המדינה, 31.12.2015. עמדת המדינה גובשה על ידי היועץ המשפטי לממשלה יהודה ויינשטיין, ומשמעותה היא פסילה של המלצת ועדת ההסדרה שבראשה עומד אביחי מנדלבליט, אשר יחליף בסוף ינואר 2016 את ויינשטיין בתפקידו.
 51 ביוני 2012 עלתה הצעת חוק ההסדרה לראשונה, על רקע התחייבות המדינה בבג"ץ לפינוי שכונת האולפנה בבית אל שהגיש יש דיין יחד עם בעל הקרקע, תושב דורא אלקרע. ההצעה, שזים ח"כ זבולון אולב, נדחתה בהצבעה במליאת הכנסת לאחר שראש הממשלה הודיע כי בעקבות חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, זו לא תתמוך בהצעת החוק. הצעות חוק דומות הוגשו בידי ח"כ יעקב כץ, ח"כ מירי רגב וח"כ יריב לוין.
 52 דו"ח לוי, עמ' 74-75.

הניסיון האחרון לעשות זאת התרחש באוקטובר 2015. ח"כ יואב קיש (ליכוד) יזם הצעת חוק שביקשה לעגן בחקיקה את סמכותה של ישראל להלבין בנייה בלתי חוקית על קרקע פלסטינית פרטית באמצעות הפקעת האדמות מבעליהן, תמורת פיצוי (קרקע חלופית ופיצוי כספי) וללא מתן זכות ערעור.⁵³ ההצעה קבעה במפורש כי תחילה יש להסדיר את מעמדם של בית אל, עמונה, עפרה ומצפה כרמים - מקומות יישוב בלתי מוסדרים שיש בהם מבנים העומדים על קרקע פרטית וצו של בג"ץ קובע שיש לפנותם.⁵⁴ הצעת החוק היתה אמורה לעלות להצבעה בוועדת השרים לענייני חקיקה ב-11 באוקטובר 2015, וצפויה היתה לעבור ברוב מכריע, אך יום לפני הדיון הוחלט להסירה מסדר היום בשל המצב הביטחוני הרגיש. ככל הנראה הושפעה ההחלטה גם מלחצים דיפלומטיים שהופעלו על הממשלה שלא לקדם את הצעת החוק.

לחוק ההסדרה יש כמה השלכות מרחיקות לכת: לפי המשפט ההומניטרי הבינלאומי, משטר הכיבוש הוא בעל אופי זמני, והכוח הכובש אינו הריבון כי אם בעל סמכות ניהולית זמנית בלבד.⁵⁵ לפי עיקרון זה, החוק בשטח הכבוש צריך להישאר בתוקפו, בסיס החקיקה בשטח הכבוש הוא החוק המקומי, והכובש מצווה לשמור עליו ככל הניתן. הכובש רשאי לחוקק אך ורק הוראות הכרחיות למילוי חובותיו על פי הדין הבינלאומי, שהן שמירה על הסדר הציבורי וצרכי הביטחון של כוחותיו ושל המדינה הכובשת. לפי עיקרון זה, הפרלמנט של המדינה הכובשת אינו רשאי לחוקק ולהחיל את חוקיו בשטח הכבוש.⁵⁶

כנסת ישראל איננה המחוקק בשטחי הגדה המערבית הנתונה תחת משטר כיבוש ישראלי. הגורם המתפקד כריבון בשטח הכבוש הוא המפקד הצבאי, והוא בעל סמכויות החקיקה באזור. משמעותה של החלת חוקים שנחקקו על ידי הכנסת בשטחי הגדה המערבית ושמשמעותם היא שינויים מרחיקי לכת, עלולה להיות סממן של סיפוח דה פקטו לישראל.⁵⁷ בנטילת סמכויות חקיקה בנוגע לגדה המערבית, ובייחוד כאלו הנוגעות ישירות לתושבים הפלסטינים, יש משום אימוץ עמדתה של ועדת לוי כי דיני הכיבוש אינם חלים בגדה המערבית, ולכן אין מניעה לכנסת ישראל לחוקק חקיקה הנוגעת לשטח הכבוש.

מנקודת ראותו של הדין הבינלאומי, חוק ההסדרה על גלגוליו השונים מהווה ביסוס והרחבה של ההפרה המתמשכת של האיסור להעביר חלקים מאוכלוסיית האזרחית של המעצמה הכובשת לשטח הכבוש (הקבוע בסעיף 49(6) לאמנת ז'נבה הרביעית), ושל האיסור לפגוע ברכושה של האוכלוסייה המוגנת בשטח הכבוש (סעיף 46 לתקנות הנלוות לאמנת האג), הכולל איסור חד משמעי ונעדר חריגים על הפקעה של אדמות פרטיות. בנוסף, הכוח הכובש מחויב לנהל את השטח בנאמנות, וחל איסור על ניצול השטחים הנתונים לשליטתו לצורכי המעצמה הכובשת, למעט צרכים ביטחוניים (סעיף 43 לתקנות הנלוות לאמנת האג). בכל הנוגע לשימוש בקרקע מושבות על הכוח הכובש מגבלות שנועדו לקיים את עקרון ארעיות הכיבוש. תכליתה של הצעת החוק היא נישול של פלסטינים מרכושם על מנת לסייע בביסוסו והתרחבותו של מפעל ההתנחלות, ולשרת את האינטרסים ההתנחולתיים של מדינת ישראל באופן המפר את ההוראות האמורות בדין הבינלאומי.

מנקודת ראותו של הדין הישראלי, משמעותה של הצעת החוק היא אינן זכותם של פלסטינים לקניין והפיכתה למשנית לאינטרס האידיאולוגי של ישראלים בגדה המערבית. היא מעניקה פרס למי שהשתלטו על אדמות שלא כדין ומאלצת את בעלי הזכויות בקרקע לוותר עליהן. ההצעה אף מסכנת במידה רבה את מעמדה של זכות הקניין כזכות יסוד בשיטת המשפט הישראלית. אף שחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו אינו חלק מדיני הגדה המערבית החלים על פלסטינים,⁵⁸ העקרונות החוקתיים והמינהליים של מדינת ישראל מחייבים את רשויותיה השלטוניות גם כשהן פועלות מחוץ לגבולותיה.⁵⁹

בנוסף, הצעת חוק ההסדרה סותרת החלטות של בג"ץ שביקשו להבטיח את זכות הקניין של האוכלוסייה הפלסטינית בגדה המערבית,⁶⁰ ומבקשת לאיין עשרות פסקי דין שניתנו לאורך שנים על ידי שופטים שונים וקבעו נחרצות כי אין להסכין עם בניית יישובים יהודיים על קרקעות בבעלות פרטית של פלסטינים.⁶¹

במישור המדיני והבינלאומי, משמעותו של חוק ההסדרה היא סלילת הדרך להכשרת מאחזים בלתי מורשים ויצירת התנחלויות חדשות, בניגוד להתחייבותיה של ישראל בפני הקהילה הבינלאומית שלא להקים התנחלויות חדשות בשטחים.⁶² התכלית שהחוק מבקש להגשים עומדת בניגוד מובהק לעמדת הקהילה הבינלאומית - המשפטית והמדינית - הרואה בכל ההתנחלויות הישראליות הפרה של החוק הבינלאומי.

53 הצעת חוק ההסדרה (התשע"ה-2015), פ/1973/20.

54 זאת בעקבות הוראת בג"ץ לפנות את עמונה עד דצמבר 2016, ותשעה בתים בעפרה עד פברואר 2017. נגד בנייה במאחז מצפה כרמים ישנה עתירה תלויה ועומדת בבג"ץ.

55 סעיפים 43 ו-55 לתקנות הנלוות לאמנת האג בדבר דיני המלחמה ביבשה (1907); סעיף 49(6) לאמנת ז'נבה הרביעית (1949).

56 סמדר בן נתן, "יושבים בתוך עמם: החלת המשפט הישראלי בברי המשפט הצבאיים בשטחים", **תיאוריה וביקורת**, 43, סתיו 2014; Orna Ben-Naftali, Aeyal M. Gross; 2014 and Keren Michaeli, "Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory", **Berkeley Journal of International Law**, 23 (3) (2005): 581-582.

57 החלה של משפט המדינה בשטח הכבוש עשויה להיות ניסיון סיפוח חד-צדדי, האסור על פי המשפט הבינלאומי. ראו: יעל רונן, "תחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בגדה המערבית", **שערי משפט**, ז', תשע"ד, עמ' 162.

58 בית המשפט השאיר שאלה זו ללא הכרעה, אך קבע שחוק היסוד כן חל על ישראלים. ראו: בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) פס' 80 לדעת הרוב; יעל רונן, "תחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בגדה המערבית", **שערי משפט**, ז', תשע"ד, עמ' 162.

59 בג"ץ 69/81 **באסל אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון** פ"ד לו(2) 197, עמ' 226-227 (1983); בג"ץ 7015/02 **כיפאח מחמד אחמד עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח'** תק-על(3)2002, 1021, 1025 (2002).

60 למשל: בג"ץ 7862/04 **אבו דארה נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**. פד"י נט(5) 2005, 368, עמ' 376-377.

61 למשל: בג"ץ 8887/06 **יוסף מוסא עבד א-ראזק אל-נאבות ואח' נ' שר הביטחון ואח'**, פסק דין מיום 8.2.2015 (תשעה בתים בעפרה). בג"ץ 9949/08 **מרים חסן עבד אלקרים חמאד נ' שר הביטחון**, פסק דין מיום 25.12.2014 (המאחז עמונה); בג"ץ 9669/10 **עבד אל רחמן קאסם עבד אל רחמן נ' שר הביטחון**, פסק דין מיום 8.9.2014 (בתי דריינוף בבית אל).

62 ראו הערה 21 לעיל.

אין מניעה לבנות ביישוב שנתפס לצורך צבאי

אנו ממליצים להנחות את המינהל האזרחי כי לא חל איסור ואין מניעה כלשהי לאשר בנייה נוספת בתחומו של יישוב שהוקם על קרקע בתפיסה צבאית, ויש איפוא לבחון בקשות מסוג זה במישור התכנוני בלבד. (המלצה י"ד, דו"ח לוי, עמ' 88)

דו"ח ועדת לוי ביקר מדיניות שהיתה נהוגה במינהל האזרחי, שלא לאשר תוכניות להרחבה של יישובים שהוקמו על קרקעות שנתפסו לצורך צבאי.⁶³ מדובר בקרקעות בבעלות פרטית פלסטינית שנתפסו בשנות השבעים בצווי תפיסה צבאיים, אשר נועד לצרכים צבאיים ודחופים, אך הצבא לא עשה בהן שימוש. בעבר הוקמו יישובים רבים על קרקעות כאלה, וכיום הם מעוניינים להתרחב לשטחים סמוכים נוספים שזה מעמדם, או לשטח תפוס שלא נוצל במלואו מבחינה תכנונית. הקמת יישובים על קרקע שנתפסה מכוח צו זה התרחשה בשנים הראשונות של מפעל ההתנחלויות, אך פרקטיקה זו הוכרזה כבלתי חוקית בבג"ץ אלון מורה (דויקאט)⁶⁴ בשנת 1979, שבו נקבע כי בהיעדר צורך צבאי אמיתי אין להשתמש בקרקע פרטית שנתפסה לצורך צבאי לצרכים אזרחיים. משמעות הפסיקה היא כי ישראל אינה רשאית להקים שכונות ויישובים ישראלים על קרקעות שאינן אדמות מדינה, ככל שאין טענה רצינית שיישובים אלה משרתים צורך ביטחוני. המדיניות שהשתרשה בעקבות הפסיקה היתה שלא להקים יישובים חדשים על אדמות תפוסות.

לגישה של ועדת לוי, הקמת היישובים על קרקעות שנתפסו בתפיסה צבאית התבססה על העמדה שיישובים אלה מסייעים להגנה המרחבית של האזור, והעובדה שקרקעות שלא נעשה בהן שימוש לא הושבו לבעליהן מעידה כי הצורך הביטחוני עודו בתוקף.⁶⁵ עוד נטען בדו"ח לוי כי יש לתת מענה לצרכי היישובים האלה לגדול ולהתפתח, וכי הרחבת יישובים והגדלת אוכלוסייתם היא יעד שהוגדר בהחלטת ממשלה מס' 145.⁶⁶ משום כך קבעה ועדת לוי כי אין עילה לאסור בנייה בקרקע שנתפסה בתפיסה צבאית בתחומו של יישוב או בתחום שטח השיפוט שנקבע לו.⁶⁷ אשר לבנייה מחוץ לתחום השיפוט בקרקע שנתפסה, ועדת לוי סברה כי על גורמי הביטחון להביע את עמדתם בעניין חיוניות הבנייה לצורכי ביטחון לפני בחינת הבקשה במישור התכנוני. לפיכך המליצה הוועדה להנחות את המינהל האזרחי כי מן ההיבט הקנייני לא חלים איסור או מניעה לאשר בנייה נוספת בתחומם של יישובים שהוקמו על קרקע בתפיסה צבאית.

בנייה אזרחית בקרקע תפוסה מפירה גם את הוראות המשפט ההומניטרי הבינלאומי, הקובעות כי אסור לפגוע בקניין של האזרחים המוגנים, למעט לצרכים צבאיים ולמשך הזמן שבו מתקיימים הצרכים הצבאיים.⁶⁸ העובדה שהצבא אינו משתמש בקרקע לצרכיו מעידה שאין צורך צבאי דחוף. אי-השבת הקרקע לבעליה איננה הוכחה לכך שהצורך הביטחוני עודו שריר וקיים, כפי שדו"ח לוי ביקש לטעון, אלא עולה שיש לתקנה. השאיפה להכשיר יישובים ומבני קבע אזרחיים מלמדת גם שהתפיסה איננה זמנית אלא קבועה. בנייה אזרחית על קרקע שנתפסה לצורך צבאי מפירה גם את עקרון האבחנה בין לוחמים לאזרחים ואת החובה להרחיק אזרחים ממטרות צבאיות.⁶⁹

שינוי גישה של ממשלת ישראל, המצביע על רצון ליישם את המלצה י"ד האמורה של דו"ח לוי, בא לידי ביטוי בפרשת בתי דריינוף בבית אל. ב-16 ביולי 2015 אישרה ועדת המשנה להתנגדויות במועצת התכנון העליונה של המינהל האזרחי את מערכת ההנחיות (מונח מקביל לתוכנית מתאר) בנוגע לשני בנייני מגורים שהוקמו על קרקע פרטית של תושב הכפר דורא אלקרע, שנתפסה בשנת 1979 בצו תפיסה צבאי. מערכת ההנחיות נועדה להסדיר בדיעבד את מעמדה של הבנייה במתחם המכונה "בתי דריינוף" בבית אל, למרות פסיקה קודמת של בג"ץ, שקבעה שהבתים הוקמו שלא כחוק ויש לפנותם.⁷⁰ משמעות הדברים היא כי המינהל האזרחי אימץ בהוראת הדרג המדיני את המלצתה של ועדת לוי כי מן ההיבט הקנייני אין מניעה לאשר בנייה לצרכים אזרחיים-התנחלותיים בקרקע שנתפסה לצורך צבאי.⁷¹

63 ככלל לא נעשה שימוש נרחב במערכות הנחיות המתייחסות להתנחלויות שנבנו על קרקע פרטית תפוסה, אולם עוד לפני פרסום דו"ח לוי היו מקרים שבהם קודמו מערכות הנחיות, למשל ב-2009 במבוא חורון (אזור תעשייה) ובאלער.

64 בג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פסק דין מיום 22.10.1979.

65 דו"ח לוי, עמ' 81.

66 החלטת ממשלה מס' 145 מיום 11.11.1979 בנוגע ל"מדיניות ההתנחלות", שבה הוחלט להרחיב את ההתנחלויות, אך להגביל הקמת יישובים חדשים לאדמות שבבעלות המדינה.

67 במאמר מוסגר נציין כי יש סתירה מובנית בין המלצה זו לבין חלקים אחרים בדו"ח לוי: תפיסת קרקע נעשית בהתאם לסמכויות הכוח הכובש על פי דיני הכיבוש. תפיסה איננה הפקעה, והדינים החלים על תפיסה ועל השימוש בנכס התפוס שונים בתכלית מאלה החלים ביחס להפקעה. הישענותה של ועדת לוי על פרקטיקה של תפיסת מקרקעין פרטיים לצורך צבאי, בד בבד עם הטענה כי המצב בשטח אינו יכול להכיל את המסגרת הנורמטיבית של דיני הכיבוש, מהווה סתירה פנימית בין חלקיו השונים של הדו"ח.

68 סעיף 53 לאמנת ז'נבה הרביעית (1949).

69 יובל שני וארנה בן נפתלי, המשפט הבינלאומי בין מלחמה ושלום (תל אביב: הוצאת רמות - אוניברסיטת תל אביב, 2006), עמ' 151.

70 ראו: בג"ץ 5165/15, עבד אל-רחמן אחמד עבד אל-רחמן קאסם ואח' נ' הממונה על מתן היתרים בשטחים שנתפסו לצרכים צבאיים ואח', 26.7.2015.

71 המשנה לנשיא בית המשפט העליון אז, השופטת מרים נאור, קיבלה בפסק הדין בדעת יחיד את פרשנות המדינה כי הצורך הצבאי "קפא בזמן". בג"ץ 9669/10 עבד אל רחמן קאסם עבד אל רחמן נ' שר הביטחון, פסק דין מיום 8.9.2014 (בתי דריינוף בבית אל).

ביטול הצו לשימוש מפריע במקרקעין

באשר לצו בדבר שימוש מפריע במקרקעין - אנו סבורים כי יש לבטלו...
 (המלצה י', דו"ח לוי, עמ' 87)

בשנת 2007 הוצא "צו בדבר שימוש מפריע במקרקעין (שימוש מפריע במקרקעין פרטיים)"⁷² שנועד לספק לרשויות כלים סטטוטוריים להתמודדות עם שמירה על קניינם של פלסטינים ועם סוגיית הפלישות החקלאיות וקובע את מסגרת הטיפול בהן. הצו מסמיך את ראש המינהל האזרחי להוציא צווי פינוי מינהליים המאפשרים טיפול מהיר ומיידי בפלישות חקלאיות, כתחליף להליכים משפטיים ממושכים.

הרקע לצו היה היעדרו של כלי משפטי מתאים לטיפול אפקטיבי בפלישה בעלת אופי חקלאי של אזרחים ישראלים לאדמות בבעלות פלסטינית.⁷³ הכלי העיקרי ששימש עד אז להתמודדות עם סוגיית הפלישות החקלאיות היה הצו לסילוק פולשים, הקובע מנגנון של עשיית דין עצמית לתקופה של כ-30 ימים, ומאפשר לבעל המקרקעין לסלק פולשים מאדמתו, בכפוף לאישור מפקד משטרה ותוך מתן אפשרות לעשות שימוש בכוח סביר.⁷⁴ אולם מנגנון זה לא הצליח לספק לבעלי אדמות פלסטינים הגנה ממשית מפני פולשים.

דו"ח לוי ביקר את הצו בחריפות רבה וקבע כי הוא "דרקוני" וכי "שיטת משפט מתוקנת אסור לה שתשלים עם קיומו". בין היתר נכתב בדו"ח כי ההגדרה "שימוש מפריע" היא בעייתית וכך גם ההנחה שפלישה לאדמות מפירה את הסדר הציבורי. בנוסף קבע הדו"ח כי סכסוכי קרקעות שייכים לתחום המשפט הפרטי, ומשום כך ראוי שיוכרעו על ידי רשות שיפוטית ולא על ידי רשות מינהלית, "בוודאי כזו שנחזית כמחזיקה בדעה מוטה לחובת המתיישב הישראלי", לשון הדו"ח. להשקפתו, הכרעה בסכסוכי קרקעות מחייבת שמיעת ראיות ועובדות על ידי שופטים מקצועיים.⁷⁵ לאור זאת המליץ דו"ח לוי לבטל את הצו כליל, או לכל הפחות לתקנו באופן שהחלטת ועדת הערר תחייב את ראש המינהל האזרחי לפעול על פיה.⁷⁶

אף על פי שלא התקבלה החלטה רשמית על ביטול הצו ועל הוצאתו מספר החוקים בגדה (קובץ מנשרים צוים ומינויים), השימוש בו צומצם כמעט לחלוטין ושר הביטחון משה (בוגי) יעלון נטל לידי את הסמכות להפעילו (סמכות שהיתה נתונה עד אז בידי ראש המינהל האזרחי).⁷⁷

המשמעות היא יישום בפועל של המלצתו של דו"ח לוי, וזאת עוד לפני שקמה חלופה לשימוש בצו. ההמלצה לבטלו נשענת על הנחה מובלעת כי בית המשפט לענייני קרקעות יכריע בסכסוכי בעלות על קרקעות, אך בית דין כזה טרם הוקם. הפסקת השימוש בצו יצרה מצב שבו פלסטינים שאזרחים ישראלים פלשו לאדמותיהם נותרו ללא סעד מספק המאפשר להם להגן על זכותם באדמותיהם באופן יעיל ומהיר. הברירה היחידה העומדת בפניהם כעת היא לפנות לבית משפט או לבקש את הוצאתו של צו בדבר סילוק פולשים - כלים שדו"ח ששון כבר קבע כי הם אינם יעילים בהגנה על זכויות הקניין של פלסטינים.⁷⁸

ההמלצה ויישומה אף עומדות בסתירה מוחלטת לפסיקת בג"ץ כי הוראות הצו מגשימות את חובת המפקד הצבאי לשמור על הסדר הציבורי ועל קניינם של התושבים המוגנים, שהיא "אחת מחובותיו הבסיסיות ביותר של המפקד הצבאי".⁷⁹

גם לפני דו"ח לוי מיעט ראש המינהל האזרחי לממש את סמכותו ולהוציא צווי שימש מפריע (וגם כאשר אלה הוצאו לרשויות מיעטו לפעול למימושם).⁸⁰ ב-2015 עתר ארגון שומרי משפט (רבנים לזכויות אדם) לבית המשפט העליון, בדרישה שזה יורה על מימושם של שני צוים שהוצאו בעקבות פלישה לאדמות פלסטינים באזור עמק שילה. הצוים הוצאו עוד בשנת 2007, אך אף על פי שעררים שהוגשו בעניינם נדחו, ראש המינהל האזרחי לא פעל למימושם ולא פינה את הפולשים.⁸¹ בדצמבר 2015 ניתן פסק דין בעתירה שבו התקבלה עמדתם של המדינה ושל הפולשים לאדמות כי יפנו את החלקה האמורה בעצמם בתוך שנה.⁸² בהחלטה יש כדי להחליש עוד יותר את מעמדו של הצו.

72 צו בדבר מקרקעין (שימוש מפריע במקרקעין פרטיים) (יהודה ושומרון) (מס' 1586), התשס"ז-2007.
 73 הצו הוצא בעקבות המלצות דו"ח ששון שקבע כי בעת חיבורו לא היה בנמצא כלי משפטי מתאים לטיפול בפלישה בעלת אופי חקלאי של אזרחים ישראלים לאדמות פלסטיניות. ששון ציינה שהקושי נובע מהעובדה שבעוד מרבית האדמות בשטח ישראל מוסדרות ורשומות במרשם המקרקעין, כ-70% מהאדמות בשטחי הגדה אינן מוסדרות (דו"ח ששון, עמ' 314-317).
 74 בהתאם לצו בדבר מקרקעין (סילוק פולשים), צו צבאי מס' 1472, יהודה ושומרון.
 75 דו"ח לוי, עמ' 71-73.
 76 דו"ח לוי, עמ' 78 (המלצה י').
 77 חיים לוינסון, "המדינה תקשה על פלסטינים לסלק מתנחלים מאדמתם", **הארץ**, 27.5.2014. יש דיין וארגון שומרי משפט - רבנים למען זכויות אדם מדווחים על ירידה משמעותית עד כדי עצירה מוחלטת של השימוש בצו.
 78 עו"ד טליה ששון, **חוות דעת בנושא מאחזים בלתי מורשים**, ירושלים, פברואר 2005, עמ' 312-320.
 79 בג"ץ 5439/09, **אחמד עבר אלקאדר ואח' נ' ועדת העררים הצבאית שלפי צו ועדות עררים**, פסק דין מיום 20.3.2012.
 80 ראו: **מסלול הנישול - המקרה של המאחז עדי-עד** (יש דיין, פברואר 2013), עמ' 66-71.
 81 בג"ץ 6174/15, **פאוזי אבראהים עבד חג' מחמד נ' ראש המינהל האזרחי בגדה המערבית, בית אל**, עתירה למתן צו על תנאי, 10.9.2015.
 82 בג"ץ 6174/15, **פאוזי אבראהים עבד חג' מחמד נ' ראש המינהל האזרחי בגדה המערבית, בית אל**, פסק דין מיום 22.12.2015. פסק הדין ניתן בדעת רוב של השופטים הנדל וסולברג, אל מול דעתו של השופט פוגלמן.

ביטול נוהל סכסוכי קרקעות

לבטל את נוהל הטיפול בסכסוכים במקרקעין פרטיים. סכסוכים שיתגלעו בתחום זה יישמעו ויוכרעו על ידי ערכאה שיפוטית בלבד.
 (המלצה י"ב, דו"ח לוי, עמ' 88)

הנוהל "טיפול בסכסוכי קרקעות במקרקעין פרטיים" נכנס לשימוש לפני שנים אחדות והוא מסמיך את היועץ המשפטי באזור יהודה ושומרון (יועמ"ש איו"ש), או את נציגו לקבל "הכרעה מינהלית מהירה בסכסוכי קרקעות במקרקעין פרטיים, על מנת למנוע את הסלמת הסכסוך עד כדי אלימות, או שפיכות דמים, חלילה".⁸³

הנוהל נועד למצבים שבהם שני צדדים טוענים לזכות חזקה במקרקעין ועיקרו הסמכה של יועמ"ש איו"ש (או נציג מטעמו) להכין חוות דעת ראשונית וזמנית בנוגע לזהות המחזיק בפועל והסבירות שהחזקה היא כדיון. כמו כן מסמיך הנוהל את יועמ"ש איו"ש לדון ולקבל החלטה בדבר זכות החזקה במקרקעין בתוך פרק זמן קצר. החלטתו של יועמ"ש איו"ש מחייבת את גורמי הצבא והמשטרה לפעול על פיה, כל עוד לא נהפכה על ידי בית המשפט או ועדת העררים הצבאית.⁸⁴

מאז הפעלת הנוהל הוא זוכה לביקורת חריפה מצד גורמים בימין הישראלי, אשר רואים בו נטילת סמכויות מופרזת מצדו של יועמ"ש איו"ש, וטוענים כי הוא מפלה אותם לרעה.⁸⁵ ביקורת זו הושמעה גם לפני ועדת לוי, וזו אכן המליצה לבטל את הנוהל וקבעה כי מדובר בדוגמה נוספת להכרעות בסכסוכי קרקעות שלא על ידי רשות שיפוטית.⁸⁶

גם המלצה זו לא אומצה באופן מלא והנוהל לא בוטל באופן רשמי, אך נדמה שהפרקליטות הצבאית, ובפרט יועמ"ש איו"ש, עסוקים במציאת הסדרים חלופיים לפתרון סכסוכי מקרקעין. בדו"חות הפרקליטות הצבאית מהשנים שחלפו מאז פורסם דו"ח לוי ניכר עיסוק גובר והולך בטיפול בנושא. כך לדוגמה, בדו"ח המסכם את שנת העבודה 2012 נכתב כי החלה "עבודת מטה לבחינת סדרי הדין הנהוגים כיום ביחס לטיפול המשפטי בסכסוכי קרקעות".⁸⁷ בדו"ח המסכם את שנת העבודה 2013 נכתב כי נראה שמגמת ההתערבות של הרשויות בסכסוכי קרקעות תימשך ואף תתעצם, וכי הצפי הוא שבמסגרת זו תשוב ותעלה הדרישה "לשנות את ההסדרים הקיימים כיום לקביעת זכויות החזקה במקרקעין".⁸⁸ גם על פי פרסומים בתקשורת נראה כי נבחנת האפשרות לבטל את הנוהל ובתוך כך את סמכותה של הפרקליטות הצבאית באמצעות היועץ המשפטי, ולהנחות את כוחות הביטחון בשטח כיצד לנהוג במקרים של מחלוקת הנוגעת לבעלות בקרקע.⁸⁹

גם אם יוקם בית דין לענייני קרקעות, הפסקת השימוש בנוהל תיצור מצב של היעדר מנגנון בשטח הפועל להכרעה במחלוקות בנוגע לזכויות במקרקעין בזמן אמת, ומשום כך להכרעה באמצעות כוח הזרוע. מצב זה מייצר עדיפות ברורה לטובת אזרחים ישראלים, שלהם נתונה הרשות להחזיק בנשק, והם אף נהנים ממדיניות שמקנה להם בפועל חסינות (impunity) כמעט מוחלטת מפני העמדה לדין עקב מעשי אלימות ופגיעה בפלסטינים.⁹⁰ עוד עומדת להם ההגנה שמספקים להם חיילי צה"ל, הממעטים להגן על פלסטינים בסכסוכים אלימים בשטח.⁹¹

הרקע להיווצרותם של המנגנונים הקיימים כיום להכרעה במחלוקות הנוגעות לבעלות על קרקעות היה הצורך בהכרעה מהירה שתפתור סכסוכים (לעתים אלימים) המתגלעים בשטח, ותמנע מצבים של יצירת עובדות בשטח והשגת חזקה באדמות בכוח הזרוע. ביטול השימוש בצו לשימוש מפריע ובנוהל סכסוכי קרקעות פוגע ביכולתם של פלסטינים להתגונן מפני פלישה לאדמותיהם והשתלטות אזרחים ישראלים עליהן. כאמור, שתי הפרקטיקות האמורות ביקשו לתת מענה לעובדה שלא היו בנמצא כלים משפטיים מתאימים לטיפול יעיל ומהיר בפלישות בעלות אופי חקלאי של אזרחים ישראלים לאדמות פלסטיניות. ביטול מותיר בידי הפלסטינים רק את האפשרות לפנייה לצו בדבר סילוק פולשים, אך נוכח המציאות הביטחונית של הגדה המערבית, צו זה אינו מסוגל לספק לפלסטינים הגנה מפני פלישות כאלו: תפקודה הלקוי של משטרת מחוז ש"י (הוצאת הצו כפופה לאישור מפקד משטרה) ומגבלות התנועה המוטלות על פלסטינים אינן מאפשרות גילוי מהיר של פלישות (פלסטינים רבים מנועים או מתקשים מאוד להגיע לאדמותיהם בשל צווי סגירת שטחים, מגבלות תנועה, איסור כניסה לשטחי התנחלויות ושטחים הסמוכים להן ועוד, ולכן אינם יכולים לעקוב אחר המתרחש בהן).

הענקת הסמכות הבלעדית להכרעה במחלוקות כאלו לבית המשפט לענייני קרקעות משמעה כי לא ניתן יהיה לקבל הכרעה מהירה. מטבע הדברים, הליכים משפטיים הדורשים בחינת ראיות ועובדות עשויים להימשך זמן רב. בכל הקשור להגנה על זכויות מקרקעין הזמן הוא גורם מכריע, והימשכות ההליכים תפעל לטובת הפולשים הישראלים ולרעת הפלסטינים הטוענים לזכויות באדמות. בכך מועלת ישראל בחובה

83 נוהל לטיפול בסכסוכי קרקעות במקרקעין פרטיים, אתר הפרקליטות הצבאית.

84 שם.

85 ראו למשל: יהודה יפרח, "כך היועמ"ש של יהודה ושומרון נלחם בהתיישבות", nrg, 14.10.2013.

86 דו"ח לוי, עמ' 73-78.

87 דו"ח פעילות של הפרקליטות הצבאית לשנת העבודה 2012 (פורסם ללא תאריך), עמ' 5.

88 דו"ח פעילות של הפרקליטות הצבאית לשנת העבודה 2013 (פורסם ללא תאריך), עמ' 42.

89 חיים לוינסון, "המדינה תקשה על פלסטינים לסלק מתנחלים מאדמתם", הארץ, 27.5.2014.

90 ראו: העמדה לדין של אזרחים ישראלים החשודים בפגיעה בפלסטינים בגדה המערבית (יש דיין, דף נתונים, מאי 2015); אכיפת החוק על אזרחים ישראלים הפוגעים בפלסטינים וברכושם (יש דיין, דף נתונים, אוקטובר 2015).

91 ראו: עומדים מנגד – תפקודם של חיילים בעת עבירות של אזרחים ישראלים הפוגעים בפלסטינים בשטחי הגדה המערבית (יש דיין, מאי 2015).

שהמשפט הבינלאומי מטיל על הגורם הצבאי בשטח להגן על רכושם של פלסטינים - גם מפני פגיעתם של אחרים - ולנקוט פעולות אקטיביות שיבטיחו את יכולתם ליהנות מקניינם ולממש את זכויותיהם בו.⁹²

השלמת הליכי סקר בגדה המערבית

*...יש להאיץ ולהשלים את תהליך הסקר בכל אזור יהודה ושומרון, המתנהל היום בעצתיים, תוך זמן קצוב, ואף לשקול להסתייע לצורך זה בגורמים חיצוניים. משיושלם תהליך זה, יימשך הטיפול בכל יישוב על פי תוצאות הסקר וקביעת סוג הקרקע, וברוח המתווים המומלצים על ידינו.
(המלצה ה', דו"ח לוי, עמ' 86)*

במסגרת תנופת ההכשרה נעשים מאמצים להסדיר את מעמדן הקנייני של הקרקעות בתחומי המאחזים באמצעות הליכי סקר והכרזה על אדמות מדינה, ולהסדיר את מעמדם התכנוני של המאחזים עצמם ושל המבנים שבתחומם באמצעות ייזום וקידום של תוכניות מתאר במוסדות התכנון של המינהל האזרחי. רשימת המאחזים שבהם המדינה מקדמת הליכי הכשרה או סקר קרקעות איננה מפורסמת, וקורה שבעלי הקרקע הפלסטינים, כמו גם הציבור, לומדים על כוונתיה של המדינה רק במסגרת הליכים משפטיים. כך קרה לאחרונה במקרה של המאחז מצפה דני ובמקרה של ארבעה מאחזים באזור עמק שילה.⁹³

הליכי סקר מבוצעים על ידי צוות ייעודי במינהל האזרחי ונועדו לקבוע אם ניתן להכריז על קרקע מסוימת כאדמת מדינה. הליך הסקר מתבצע בקרקעות שטיב הזכויות בהן אינו ידוע, והוא כולל בחינה של צילומי אוויר משנים קודמות, סיוורים בשטח, ופרסום הכוונה להכריז על השטח כעל אדמות מדינה. המינהל האזרחי אינו מפרסם מידע מקיף על הליכי הסקר המבוצעים ברחבי הגדה המערבית במטרה לקבוע את מעמד הקרקעות.

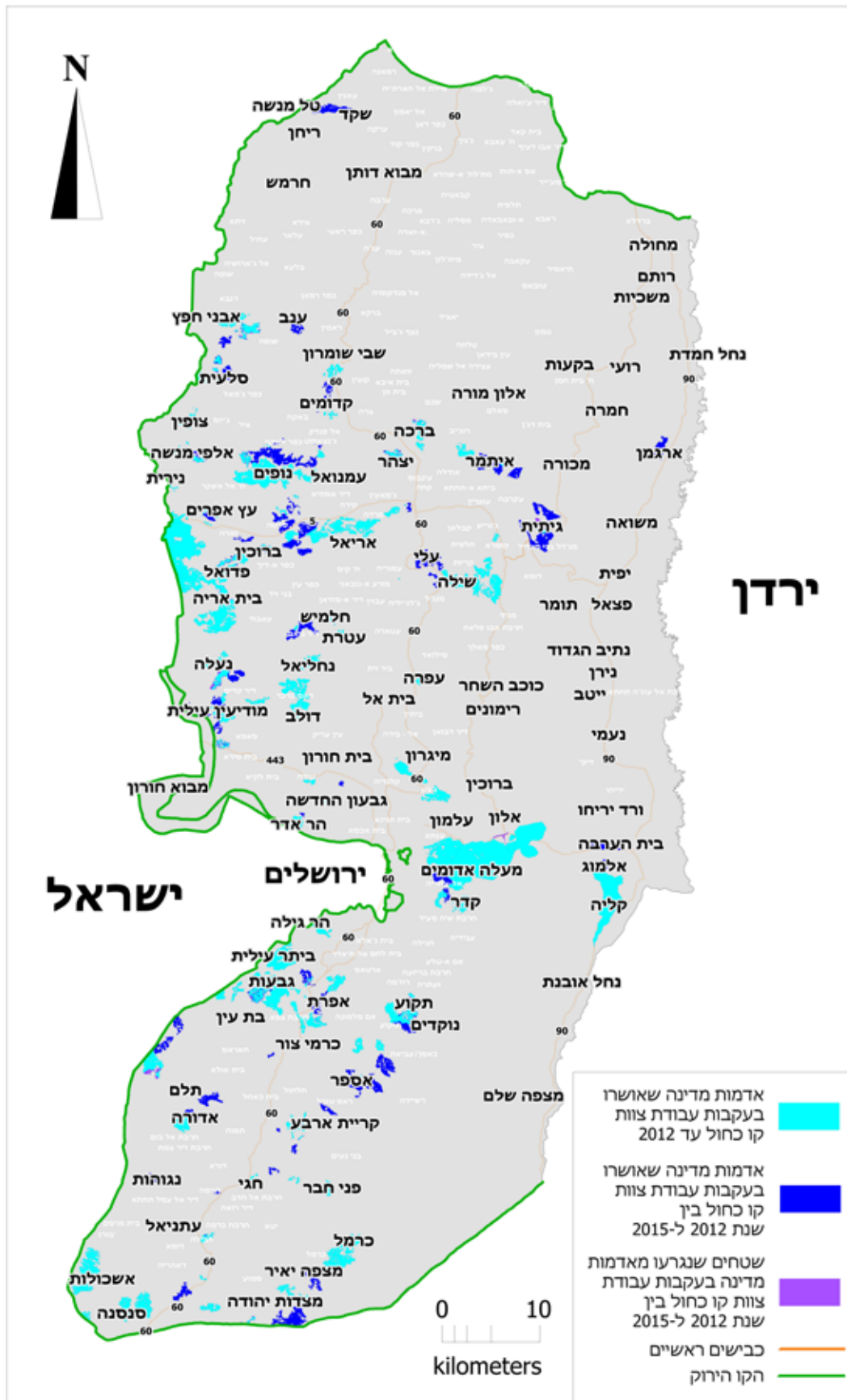
הליכי סקר רבים מתבצעים כיום באזורים שלגביהם הוגשו עתירות לבג"ץ בעקבות בנייה בלתי חוקית של שכונות ומאחזים. מטרת הסקר במקרים אלה היא לברר את "מעמד המקרקעין" כשלב מקדים לבחינת היתכנות תכנונית להסדרה בדיעבד של בנייה בלתי חוקית. לדברי גלעד פלמון, הממונה על הצוות המטפל ברוב סוגיות המקרקעין בגדה המערבית (ובהן גם צוותי "סקר" ו"קו כחול"), בעדותו במסגרת ערר על הכרזה על אדמות מדינה באזור כפר עקב, ההוראה לפתוח בהליך הסקר באזור זה ניתנה על ידי משרד הביטחון, אשר ביקש למצוא דרך להימנע מפינוי בנייה בלתי חוקית בכוכב יעקב, בעקבות עתירה שהוגשה על ידי ראש מועצת הכפר ובעלי האדמות.⁹⁴

במקביל לצוות המבצע את הליכי הסקר, בשנת 1999 החל לפעול במינהל האזרחי גם צוות "קו כחול", שמשימתו לבדוק הכרזות על אדמות מדינה שבוצעו בשנות השבעים והשמונים. תכלית הבדיקה היא לוודא שהליכי הקצאה ותכנון יקודמו רק על אדמות מדינה.⁹⁵

בעקבות הבדיקות שביצע צוות קו כחול בין השנים 2012 ל-2015 אושרו כאדמות מדינה 63,777.61 דונמים.⁹⁶ מדובר בהיקף רחב ביותר של קרקעות שהמדינה אישרה או הוסיפה למאגר קרקעות המדינה, שאותן היא מקצה כמעט אך ורק לטובת מפעל ההתנחלויות.⁹⁷ לפי גלעד פלמון, ליבת הפעילות של צוותו היא עבודת "קו כחול".⁹⁸

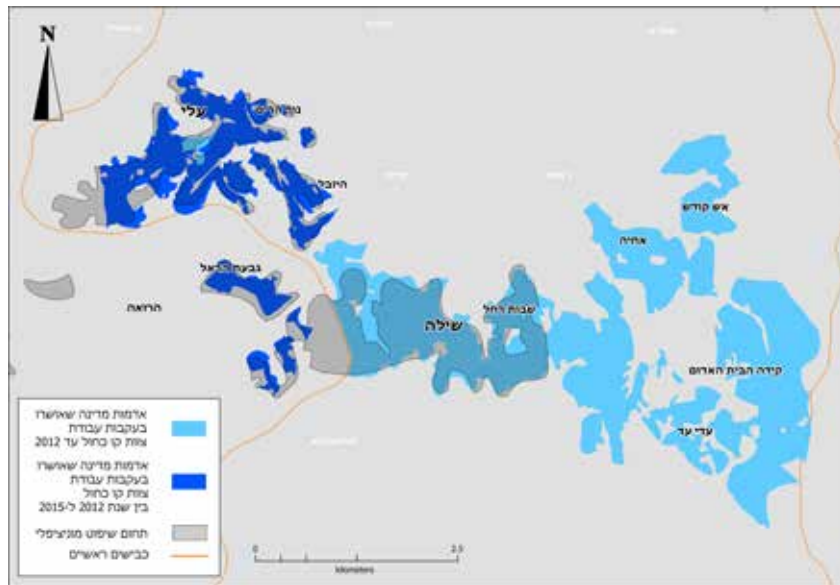
92 סעיף 46 לתקנות הנלוות לאמנת האג בדבר דיני המלחמה ביבשה (1907); סעיף 53 לאמנת ז'נבה הרביעית (1949).
 93 בשני המקרים למדו העותרים - בעלי הקרקע הפלסטינים וארגון יש דיין - כי המדינה מתכוונת לקדם הכשרה של המאחזים. במקרה של עמק שילה בתשובת המדינה בנוגע לעתירה הדורשת את פינוי המאחז עדי-עד התברר גם כי המדינה מבצעת בדיקה של צוות "קו כחול" כדי לקבוע את מעמדן של קרקעות בתוך המאחז עדי עד (בג"ץ 4621/13, 5383/09, **עבד אלה מחמד מנאצרה נ' שר הביטחון**, הודעה בדבר עיקרי טיעון מטעם המדינה, 8.11.2015 (מצפה דני); בג"ץ 8395/14 **ראש מועצת הכפר תורמוסעיא מר רבחי עבד אלרחמן מוחמד אבו עווד ואח' נ' שר הביטחון ואח'**, תגובה מטעם המשיבים 1-4, 27.9.2015).
 94 עדותו של גלעד פלמון במסגרת ערר 68/13 **ראש מועצת כפר עקב ואח' נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש ואח'**, מיום 18.2.2014.
 95 ראו באתר הפרקליטות הצבאית: **עבודת הצוות לתיחום אדמות המדינה** ("צוות קו כחול").
 96 הנתון מבוסס על השוואת שכבות מידע גיאוגרפי (GIS) שהתקבלו מהמינהל האזרחי. שכבת "קו כחול" בשנים 2012 ו-2015.
 97 ראו הערה 1 לעיל.
 98 עדותו של גלעד פלמון במסגרת ערר 68/13 **ראש מועצת כפר עקב ואח' נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש ואח'**, מיום 18.2.2014.

עבודת צוות קו כחול בגדה המערבית

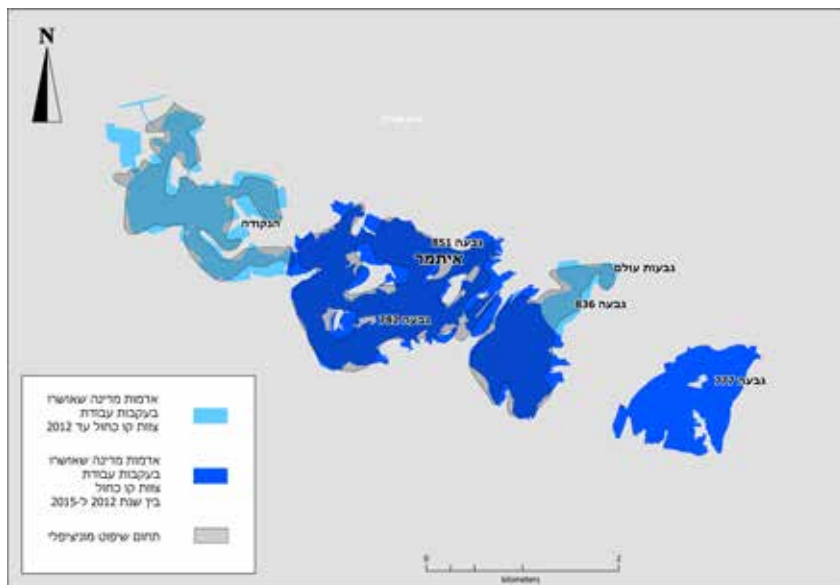


*המפה אינה כוללת מאחזים

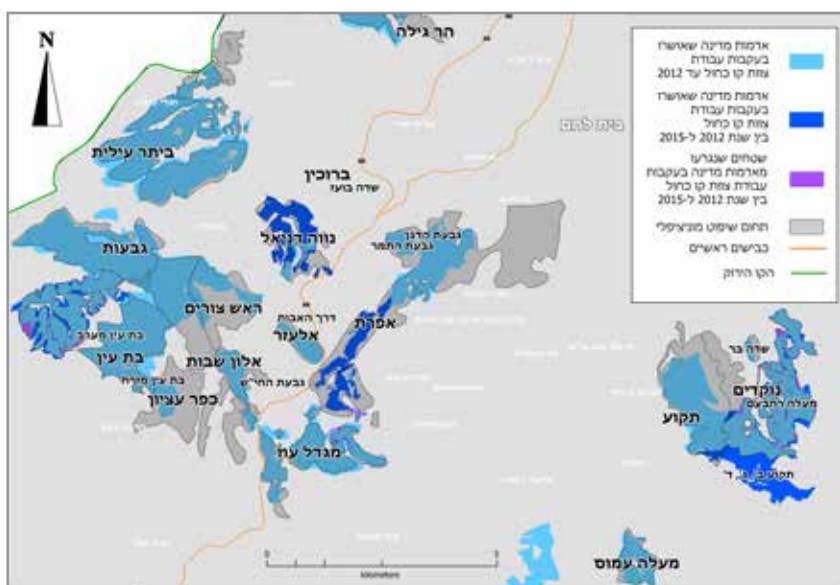
עבודת צוות קו כחול
 באזור עלי ועמק שילה



עבודת צוות קו כחול
 באזור איתמר



עבודת צוות קו כחול
 באזור גוש עציון



בדיקות צוות קו כחול מתבצעות גם בתוך תחומי שכונות ומאחזים לא מורשים שהמדינה מבקשת להכשיר, במטרה לבחון אפשרות לצמצם את האדמות הפרטיות בתחומם כך שיתאפשר להותיר את המבנים שהוקמו באדמות פרטיות על כנם. כך קורה למשל במאחז עדי-עד, שהמדינה הודיעה לאחרונה על כוונתה להכשירו. במסגרת דיון בעתירה הדורשת לפנות את המאחז הודיעה המדינה כי החלה בבדיקת קו כחול בתחומו.⁹⁹

למעשה, אחת הסיבות שהמדינה מקדמת בשנים האחרונות הליכי קו כחול וסקר, אף שלכאורה אין מחסור באדמות מדינה, ואף ששטחים נרחבים מאדמות המדינה המוכרזות אינם מנוצלים, היא שהמדינה מבקשת להכשיר בדיעבד בנייה בלתי חוקית בקרקעות בלתי מוסדרות שנתפסו על ידי מתנחלים.

בעתירה שהגישו ראשי מועצות הכפרים א-סאווייה, לובן א-שרקיייה וקריות יחד עם הארגונים בִּמְקוֹם ויש דין, נטען כי סיווג אדמות כאדמות מדינה בעקבות עבודתו של צוות קו כחול מהווה בפועל הליך הכרזה שאינו מאפשר לבעלי עניין להתנגד להליך. במסגרת הדיונים בעתירה הודיעה המדינה כי תשנה את עבודתו של צוות קו כחול וכי גיבשה נוהל חדש, שלפיו תוצרי עבודת הצוות יפורסמו בפומבי, ומי שטוען שנפגע מעבודת הצוות יוכל לפנות לראש המינהל האזרחי. עוד הודיעה המדינה כי ועדת ההסדרה צפויה להידרש גם לתחומי ולדרכי עבודתו של צוות קו כחול.¹⁰⁰

ג. יישום המלצות הנוגעות למעמד התכנוני של בנייה באדמות מדינה

באשר ליישובים שהוקמו ביהודה ושומרון על אדמות מדינה או אדמות שנרכשו על ידי ישראלים, בסיועם של גורמים ממלכתיים דוגמת החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית העולמית ומשרד השיכון, והוגדרו כ"לא מורשים" או "בלתי חוקיים" מחמת כך שלא קדמה להקמתם החלטת ממשלה רשמית - מסקנתנו היא כי **הקמת יישובים אלה נעשתה בידיעתו, ובעידודו של הדרג המדיני הבכיר ביותר** - שרי הממשלה והעומדים בראשה, ועל כן יש לראות בהתנהלות זו הסכמה מכללא. לפיכך, לדעתנו, **ניתן לגשת להסדרת מעמדם של יישובים אלה מבלי שתידרש החלטה נוספת של הממשלה או אחד משריה**.
(דו"ח לוי, עמ' 60-61. ההדגשות שלנו)

כאמור, ועדת לוי קבעה כי על פי המשפט הבינלאומי הקמת התנחלויות היא חוקית.¹⁰¹ עוד היא קבעה כי יישובים שהוקמו על אדמות מדינה אינם לוקים בהיעדר הרשאה או באי-חוקיות, ושהקמתם אינה מהווה הפרת חוק כשלעצמה. לפיכך, לשיטת הוועדה, הקושי המשפטי היחיד שממנו סובלים המאחזים היא שלא נקבע להם תחום שיפוט ולכן גם לא אושרו להם תוכניות מתאר שמכוחן ניתן להוציא היתרי בנייה. ועדת לוי המליצה לתקן תקלות אלו בדיעבד, על ידי הסדרת ההיבטים התכנוניים החסרים.

את הקביעה כי הקמת המאחזים אינה מהווה הפרת חוק כשלעצמה על פי הדין הישראלי מבסס לוי על **דוקטרינת ההבטחה המינהלית**, הקובעת שבתנאים מסוימים הבטחה של גורם שלטוני לאזרח תהיה מחייבת, והרשות תחויב לעמוד בהבטחתה גם אם אינה מעוניינת בכך. על מנת שהבטחה שניתנה על ידי רשות מינהלית תחייב אותה כלפי הפרט, עליה לעמוד בשלושה תנאים מצטברים: נותן ההבטחה היה בעל הסמכות להעניקה, ההבטחה ניתנה מתוך כוונה שיהיה לה תוקף משפטי מחייב, ונותן ההבטחה מסוגל לקיימה.¹⁰²

בהתבסס על דוקטרינה זו קבעה ועדת לוי כי אף על פי שלהקמת המאחזים לא קדמה החלטה רשמית של הממשלה, זו העניקה למתנחלים באמצעות שלוחיה הבטחה מינהלית בכך שסייעה להקמתם בעבר, והיא מוסיפה לעודדם ולתמוך בקיומם גם היום. "גם אם לא קדמו החלטות ממשלה רשמיות להקמתם של 'השכונות' או 'היישובים' החדשים, שוב אין ספק כי הם הוקמו בידיעת הממשלה ובהסכמתה שבשתיקה, שלוותה בהשקעה כספית ניכרת מקופת אוצר המדינה."¹⁰³ בשל כך, לפי ועדת לוי, המתנחלים רשאים להניח כי הרחבת ההתנחלויות היא עניין שהממשלה חפצה בו ומעודדת אותו.

ועדת לוי הוסיפה וקבעה כי אין בנמצא צידוק חוקי להשתחרר מן ההבטחה המינהלית שיצרה מדיניות הממשלה בנוגע למאחזים. קביעה זו מבוססת, בין היתר, על כתב המינוי של ועדת לוי, שחבריה מסיקים ממנו כי "לא זו בלבד שהממשלה המכהנת אינה מבקשת לחזור בה מהבטחות שנתנו קודמותיה למתיישבים, אלא שהיא תרה אחר דרך שתסייע בידה ליתן לכך צביון חוקי."¹⁰⁴

קביעתה של הוועדה כי מדיניות הממשלה בנוגע למאחזים מהווה תחליף להחלטת ממשלה הובילה את חבריה לקבוע כי בנוגע ליישובים המצויים באדמות מדינה לא נדרשת החלטה "נוספת" של הדרג המדיני שתורה על הסדרת מעמדם, וכן להמליץ להסדיר את מעמדם ללא דיחוי ומבלי שתידרש החלטה של הממשלה או אחד משריה.¹⁰⁵

99 בג"ץ 8395/14 ראש מועצת הכפר תורמוסעיא, מר רבחי עבד אלרחמן מוחמד אבו עווד ואח' נ' שר הביטחון ואח', תגובה מטעם המשיבים 1-4, 27.9.2015.
 100 בג"ץ 7986/14 במקום - מתכננים למען זכויות תכנון ואח' נ' ראש המינהל האזרחי ואח', תגובה לתגובת העותרים להודעה מעדכנת מטעם המשיבים, 21.10.2015.
 101 דו"ח לוי, עמ' 13, 83.
 102 שם, עמ' 24-49, 83-85. להרחבה בנושא דוקטרינת ההבטחה המינהלית וביקורת על עמדתה של ועדת לוי ראו: חסר תקדים, עמ' 25-27, 35-47.
 103 דו"ח לוי, עמ' 59.
 104 שם, עמ' 59.
 105 שם, עמ' 60-61.

הכשרת מאחזים כוללת שלושה מרכיבים עיקריים המהווים שלבים בדרך להכשרה:

- **מרכיב מדיני** - נדרשת החלטה והוראה של הדרג המדיני על הקמת יישוב חדש ועל בחינה וקידום של הליכי הכשרה למאחז.
- **מרכיב קנייני** - נדרשת משבצת קרקע שאיננה בבעלות פרטית פלסטינית, כלומר אדמות הרשומות כאדמות מדינה או כאלה שהוכרזו בהליך מינהלי כאדמות מדינה.
- **מרכיב תכנוני** - קידום הליכי תכנון עד לשלב הסופי של מתן תוקף לתוכנית מתאר (המכונה גם תב"ע) והוצאת היתרי בנייה מכוחה. הדיונים ואישור התוכניות מתנהלים כיום במועצת התכנון העליונה במינהל האזרחי, ובכל אחד משלבי התכנון נדרש אישור של שר הביטחון.

אם כך, בנוגע למרכיב המדיני, לוי קובע באמצעות דוקטרינת ההבטחה המינהלית כי החלטת הדרג המדיני על הקמת היישובים כבר ניתנה וכי לא נדרשת החלטה נוספת כדי להכשירם; בנוגע למרכיב הקנייני הוא קובע כי אין כל מניעה חוקית להקים יישובים ישראליים באדמות שמעמדן אדמות מדינה; בנוגע למרכיב התכנוני, לוי ממליץ להסיר את החסמים המינהליים ולקדם את הכשרתם באמצעות מוסדות התכנון.

הסדרת מאחזים בלתי מורשים נעשית באחת משתי דרכים: הראשונה - הכשרה כיישוב עצמאי באמצעות קביעת תחום שיפוט מוניציפלי ליישוב והסדרת תוכנית מתאר, והשנייה - הכשרה כשכונה או כהרחבה של יישוב קיים. הכשרה כזו יכולה להתבצע כאשר המאחז הבלתי מורשה הוקם מלכתחילה בתוך תחום השיפוט של יישוב מורשה (התנחלות). במקרים מסוימים יורחב תחום השיפוט כך שיכלול בתוכו גם את המאחז.

מבחינה ציבורית ופוליטית - ישראלית ובינלאומית - ממשלת ישראל מעדיפה את האפשרות השנייה, המאפשרת לה להתחמק מהכרזה על הקמת התנחלות שמשמעותה הפרת התחייבותה שלא להקים התנחלויות חדשות. הגם שבפועל שתי הדרכים יוצרות בסופו של דבר התנחלויות חדשות, הכשרה של מאחז כשכונה או הרחבה של התנחלות ותיקה נעלמת ברוב המקרים מעיני הציבור הישראלי והקהילה הבינלאומית, ומחירה הפוליטי נמוך בהרבה.

ממשלת ישראל מצויה בשנים האחרונות בתנופת הכשרה של מאחזים בלתי מורשים. יותר מרבע מהמאחזים כבר הוכשרו או מצויים בשלבים שונים של הליכי הכשרה,¹⁰⁶ אך רק ארבעה מאחזים הוכשרו כהתנחלויות עצמאיות.¹⁰⁷ יתר המאחזים הוכשרו או מצויים בשלבים שונים של הכשרה כשכונות או הרחבות של התנחלויות קיימות. הכשרתם של חלק מהמאחזים האלה כשכונות ולא כהתנחלות עצמאית מתאפשרת בעקבות פרשנותו של דו"ח לוי בנוגע לעיקרון צמידות הדופן.

עיקרו של המונח **"צמוד דופן"** הוא הדרישה שהרחבתה של התנחלות קיימת תהיה צמודה או סמוכה לבנייה קיימת בתחומה של ההתנחלות.¹⁰⁸ העיקרון התכנוני העומד מאחורי דרישה זו הוא שבנייה במרחק ניכר מהיישוב הוותיק מהווה הקמה של יישוב נפרד. בשל ההשלכות הרחבות של הקמת יישוב חדש ביקשה דרישת עקרון צמידות הדופן למנוע הקמת יישובים חדשים ללא החלטה של הממשלה.

גם ועדת לוי הכירה בכך שדרישת צמידות הדופן נועדה למנוע הקמת יישובים חדשים במסווה של שכונות ולעקוף את הצורך בהחלטת ממשלה על הקמת יישוב חדש: "אין ספק כי הכוונה היתה למנוע את הקמתם של יישובים חדשים במסווה של 'שכונות' ללא החלטת ממשלה."¹⁰⁹ עם זאת, הדו"ח הרחיב מאוד את ההגדרה לצמידות דופן, ובכך רוקן אותה מתוכנה והלכה למעשה המלצותיו מאפשרות הכרה גם ביישובים שהוקמו במרחק ניכר מהתנחלות-האם, כשכונות או כהרחבות שלה ללא צורך בהחלטה על הקמת יישוב חדש.

דו"ח לוי הכיר באי-חוקיותה של הבנייה במאחזים, אך קבע כי כל עוד היא מצויה בתחום הקרקע ("המשבצת") שהוקצתה לחטיבה להתיישבות על ידי המינהל האזרחי ובתוך תחום השיפוט ותוכנית המתאר של התנחלות-האם, ניתן לראות בה שכונה או הרחבה שלה. זאת גם במקרים שבהם הבנייה מרוחקת באופן ניכר מהיישוב המורשה, ואף כאשר תנאי השטח יוצרים מכשול משמעותי המפריד בין היישובים: "כך לדוגמה," נכתב בדו"ח, "מקום שאת היישוב חוצה ואדי עמוק, ויהיה רוחבו אשר יהיה, בנייה בצדו האחר של הוואדי עשויה לענות על הדרישה ל'שטח רצוף'. דוגמה למקרה כזה ראינו במהלך סיור שערכנו בסמוך לכפר אלדד, הנמצא בתוך תחום השיפוט של היישוב נוקדים אך במרחק ניכר ביותר מיישוב-האם."¹¹⁰ קביעתה זו של ועדת לוי עומדת בסתירה להיגיון התכנוני ולאיינטרס הציבורי. בסופו של יום, הכשרת מאחזים כשכונות או הרחבות אינה יוצרת יישוב אחד אלא שני יישובים עצמאיים בתחום שיפוט אחד.¹¹¹ היא אף מנוגדת לצווים הצבאיים המגדירים את תחום

106 ראו: **מתחת לרדאר**. מאז פרסום הדו"ח נוספו לרשימת המאחזים שהמדינה מתכוונת להכשיר גם המאחזים: תפוח מערב, מצפה דני, אחיה, קידה, אש קודש ועדי עד.

107 המאחזים רחלים ונופי נחמיה אוחדו להתנחלות רשמית בשנת 2013; המאחז ברוכין הוכשר בשנת 2014; המאחז סנסנה הוכשר בשנת 2013.

108 החלטת ממשלה מס' 640 משנת 1984 קבעה כי בנייה במרחק ניכר מיישוב ותיק מחייבת החלטת ממשלה; החלטת ממשלה מס' 175 משנת 1999 החליפה את ההחלטה מ-1984 וקבעה כי הן בנייה צמודת דופן והן בנייה שאינה צמודת דופן מחייבות אישור של שר הביטחון על דעת ראש הממשלה.

109 דו"ח לוי, עמ' 46.

110 שם, עמ' 47.

111 המאחזים שהוכשרו כשכונות של התנחלויות קיימות המשיכו להתנהל כיישובים עצמאיים לכל דבר ועניין ומוסדותיהם לא התאחדו עם התנחלות האם שבשטחה הם מצויים. כך למשל במאחז טל מנשה, שהוכשר כשכונה של ההתנחלות חנינית, ובמאחז כפר אלדד שהוכשר כשכונה של נוקדים.

השיפוט המוניציפלי של ההתנחלויות, הקובעים כי ניתן להקים יישוב אחד בלבד בתוך תחום שיפוט שעליו חתם המפקד הצבאי.¹¹² כך יוצרות הרשויות מראית עין של התנחלות אחת כאשר בשטח ישנם שני יישובים נפרדים.

החשיבות של עקרון צמידות הדופן, ושל ההכרעה אם מאחז מהווה יישוב עצמאי או הרחבה של התנחלות קיימת, טמונה בחשיבות הנודעת להקמתו של יישוב חדש. החלטה על הקמת יישוב חדש בשטחים (כמו גם בתוך תחומי ישראל) היא החלטה כבדת משקל והשלכותיה מרחיקות לכת. בשל כך נשמרה סמכות ההחלטה בעניין מאז ומעולם בידי ממשלת ישראל. לעומת זאת, הסמכות להחליט על הרחבתו של יישוב קיים דורשת החל משנת 1999 אישור של שר הביטחון בלבד, על דעת ראש הממשלה.¹¹³

אימוץ עמדתו של דו"ח לוי בנוגע לדרישת צמידות הדופן ניכר בשינוי שחל בעמדתן של הרשויות בנוגע להכשרתם של מאחזים שהוכשרו בתקופות שונות:

בשנת 2009 ביקשה הממשלה לקדם את הכשרתו של המאחז סנסנה כשכונה של ההתנחלות אשכולות. בין שני היישובים משתרעים 3 ק"מ בקו אווירי והם מהווים שתי ישויות עצמאיות ונפרדות. בינואר 2012 קיבלה ועדת המשנה להתנגדויות במועצת התכנון העליונה שבמינהל האזרחי את ההתנגדויות לתוכנית ודחתה אותה באופן חסר תקדים ויוצא דופן.¹¹⁴ ועדת המשנה קבעה כי אין הצדקה תכנונית לצירופה של סנסנה כשכונה של ההתנחלות אשכולות, וכי המרחק הניכר בין אשכולות לסנסנה סותר את העיקרון התכנוני המחייב שהרחבה של יישוב קיים תהיה צמודת דופן, עיקרון שניתן לסטות ממנו רק בנסיבות מיוחדות.¹¹⁵

הכשרת שורה של מאחזים בהנמקה שמדובר בשכונות של התנחלויות, למרות המרחק בין היישובים והתנהלותם בנפרד, מבטאת את השינוי שחל בשנים האחרונות בפרשנות של עקרון צמידות הדופן. אמנם גם בשנים קודמות הוכשרו כמה מאחזים באופן דומה, אולם בשנים שמאז דו"ח לוי תפחה רשימת המאחזים שהוכשרו או מצויים בהליכי הכשרה באופן שמרמז על אימוץ גישה מקילה ביחס לדרישה זו. הכשרה כזו מתעלמת משיקולים תכנוניים כגון תשתיות, מוסדות ציבור, פיזור אוכלוסין, דרכי גישה והשפעה על הסביבה, ומתמקדת בהיבט אחד בלבד - הרחבת השליטה הישראלית וביסוס ההתנחלויות בגדה.

עמדת המדינה בתיקים שנדונו בבג"ץ במהלך שנת 2015 בנוגע למעמדם של מאחזים בלתי מורשים מלמדת כי פניה של המדינה להכשרת כל המאחזים, ולכל הפחות - בשלב זה - אלה מביניהם שהוקמו באופן מלא או חלקי על אדמות מדינה. הוצאת מדיניות זו לפועל מתאפשרת באמצעות אימוץ של דוקטרינת ההבטחה המינהלית בשילוב עם הפרשנות החדשה שנתן דו"ח לוי לעקרון צמידות הדופן. **המדינה אימצה באופן מלא מדיניות של הכשרת מאחזים המתפקדים כיישובים עצמאיים לכל דבר ועניין במסווה של שכונות להתנחלויות ותיקות וללא צורך באישור הדרג המדיני.**

כך, בתחילת נובמבר 2015 הודיעה המדינה על כוונתה להכשיר את המאחז מצפה דני כשכונה של היישוב מעלה מכמש,¹¹⁶ כחלק מתוכנית מתאר גדולה יותר באזור, שאחד ממשתתפי הדיון במועצת התכנון העליונה הגדיר אותה כתוכנית שהיקפה "חריג ממש".¹¹⁷ מצפה דני שוכן במרחק של כחצי ק"מ בקו אווירי מההתנחלות מעלה מכמש. שני היישובים מתנהלים כיישובים עצמאיים ונפרדים זה מזה ומתגוררות בהם קהילות בעלות אופי שונה - האחת חרדית לאומית והשנייה דתית לאומית. מהדיון במועצת התכנון עולה כי במעלה מכמש קיימים מגרשים שלא התבקשו עבורם היתרי בנייה, ולמרות זאת מוסדות התכנון מבקשים להכשיר את מצפה דני כשכונה או כהרחבה של מעלה מכמש באצטלה התכנונית של מחסור כביכול בעתודות בנייה ביישוב.¹¹⁸

גם המאחז תפוח מערב, שהמדינה מבקשת כעת לקדם הליך סקר במטרה להכשירו כשכונה של ההתנחלות כפר תפוח, אינו צמוד דופן לבנייה בהתנחלות.¹¹⁹ בנוסף, המאחז בנוי ברובו על אדמות פלסטיניות פרטיות ולא ניתן להסדיר כחוק דרכים שיחברו בינו לבין ההתנחלות כפר תפוח. הליך הסקר החדש שהמדינה הצהירה עליו מעורר תמיהה לאור העובדה שבדיקות צוות קו כחול משנת 2011 דווקא גרעו שטחים מההכרזה על אדמות מדינה אשר בוצעה באמצע שנות השמונים.

112 דיני המועצות האזוריות והמקומיות בגדה המערבית מוסדרים באמצעות הצו בדבר ניהול מועצות אזוריות (יהודה והשומרון) (מס' 783) תשל"ט, והצו בדבר ניהול מועצות מקומיות (יהודה והשומרון) (מס' 892), תשל"ט - בהתאמה. בצוים אלה נקבעה סמכותו של אלוף פיקוד המרכז לקבוע את תחומי היישובים בצו ועל גבי מפה.

113 **חסר תקדים**, עמ' 29-35.

114 את ההתנגדויות לתוכנית הגישו במרס 2009 ובפברואר 2013 עמותת במקום - מתכננים למען זכויות תכנון יחד עם מועצת הכפר רמאדין, השוכן על יד סנסנה.

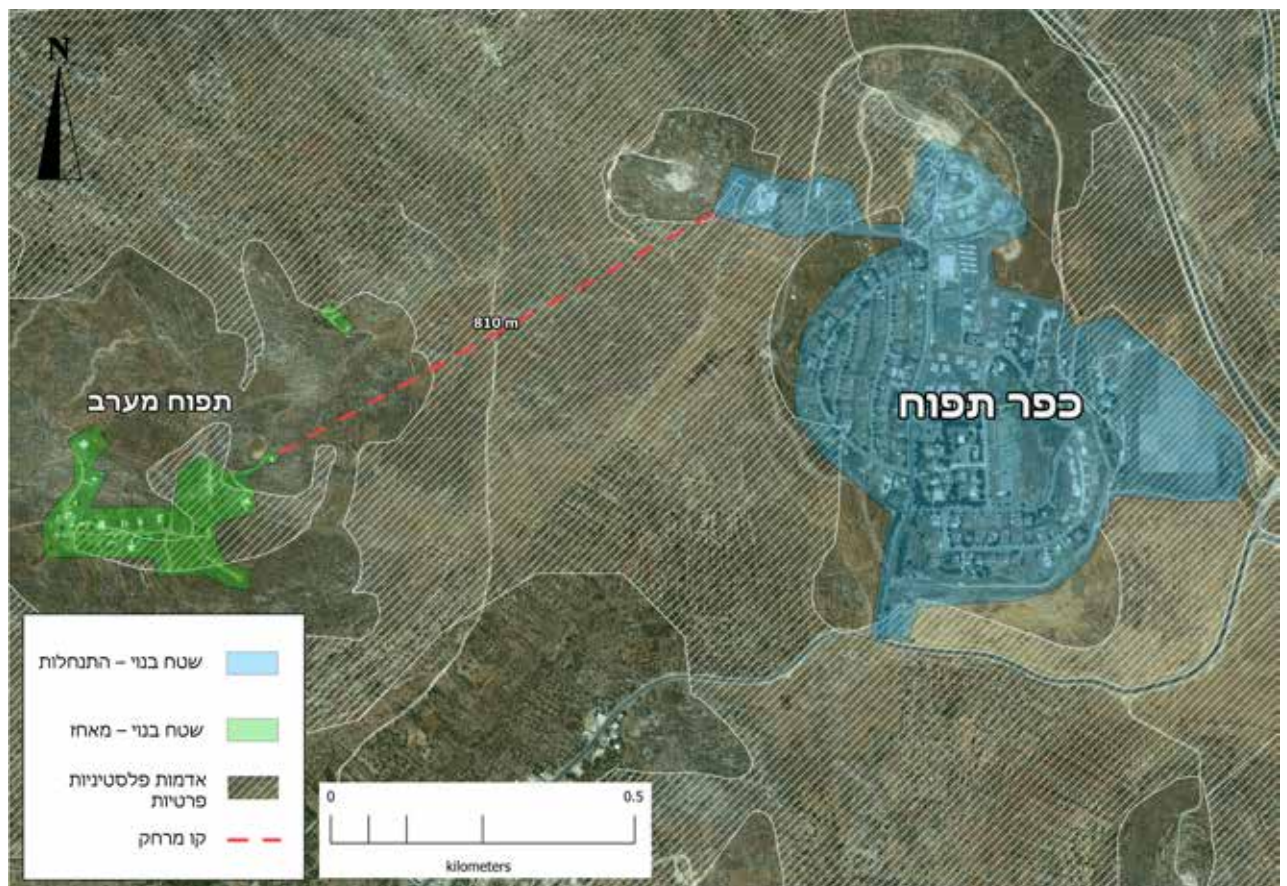
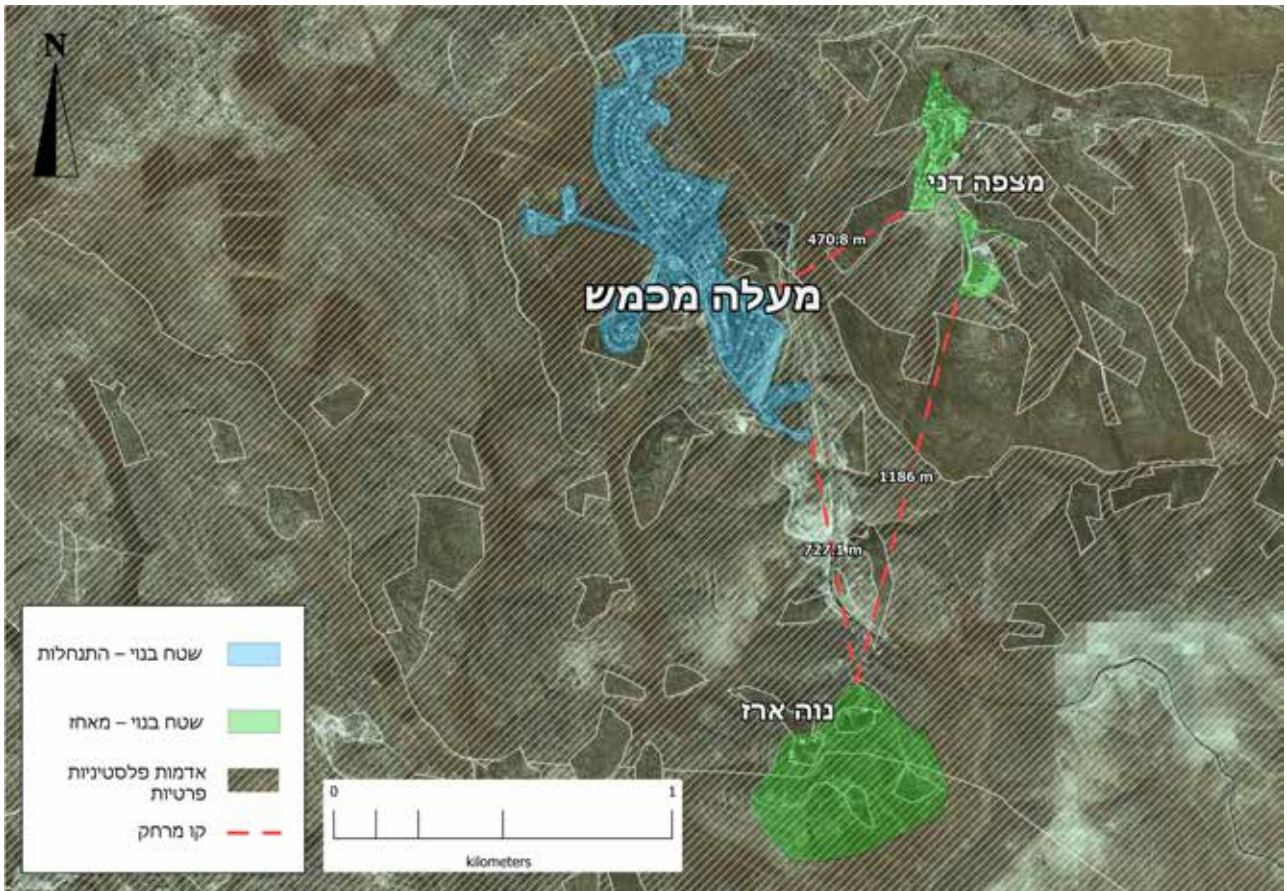
115 מועצת התכנון העליונה, ועדת משנה להתנגדויות, פרוטוקול מס' 3/12 מיום 30.1.2012, בנושא התנגדות לתוכנית מפורטת מס' 505/1 - שכונת סנסנה ביישוב אשכולות. 116 בג"ץ 4621/13, 5383/09, **עבד אללה מחמוד מנאצרה נ' שר הביטחון**, הודעה בדבר עיקרי טיעון מטעם המדינה, 8.11.2015. להודעה זו צורף פרוטוקול דיון של מועצת התכנון העליונה שדנה בתוכנית מתאר רחבת היקף באופן יוצא דופן.

117 פרוטוקול מס' 2015013, מועצת התכנון העליונה, ועדת המשנה להתיישבות, 21.10.2015, עמ' 9.

118 **שם**, עמ' 13.

119 בג"ץ 2297/15, **חאפז מחמוד עבד אלחלים אחמד, ראש מועצת הכפר יאסוף נ' שר הביטחון**, תגובה מטעם המשיבים 4-1, 19.11.2015.

מאחזים שהמדינה הודיעה על כוונה להכשירם כשכונה של התנחלות, והמרחק שלהם מהתנחלות-האם



המלצה א' בדו"ח לוי קוראת להסדרה של תחומי השיפוט וקובעת כי יש "לקבוע בצו את שטח שיפוטו המוניציפלי של יישוב, אם טרם נקבע, תוך מתן מענה הולם לריבוי הטבעי העתידי.¹²⁰ חלק מהמאחזים הבלתי מורשים שהמדינה מבקשת כרגע לקדם את הסדרתם הוקמו מחוץ לתחומי השיפוט של ההתנחלויות. לצורך הכשרתם כשכונות או הרחבות תיאלץ המדינה להורות לאלוף פיקוד המרכז להוציא תחת ידיו צווים צבאיים המרחיבים את תחומי השיפוט של ההתנחלויות כך שישללו בתחומן גם את אותם מאחזים (יצוין כי להתנחלויות רבות תחום שיפוט גדול בהרבה מהשטח שבו עושה ההתנחלות שימוש בפועל. ב-2007 פרסם ארגון שלום עכשיו כי רק 9% מכלל תחומי השיפוט של ההתנחלויות הם שטחים בנויים, וכי בפועל 79% מתחומי השיפוט שלהן אינם מנוצלים).¹²¹ כך תיאלץ המדינה לעשות למשל במקרה של תכניתה להכשיר ארבעה מאחזים בעמק שילה כשכונות של ההתנחלות שילה. ארבעת המאחזים - עדי-עד, קידה, אחיה ואש קודש - נמצאים מחוץ לתחום השיפוט של התנחלות-האם שילה ובמרחק ניכר ממנה.¹²² כדי להכשירם כשכונות שלה יורחב אפוא תחום השיפוט של ההתנחלות בצורה ניכרת. במידה שהרחבתו לא תהיה אפשרית, תיאלץ המדינה לקבוע למאחזים אלה תחום שיפוט נפרד כיישובים עצמאיים, ולשם כך תידרש החלטה של הדרג המדיני על הקמת יישובים חדשים - דבר שהמדינה מנסה להתחמק ממנו, כאמור.

ארבעה מאחזים בעמק שילה המצויים מחוץ לתחום השיפוט של ההתנחלות שילה ושהמדינה הודיעה על כוונתה להכשירם



120 דו"ח לוי, המלצה א', עמ' 85.

121 ופרצת - בנייה ופיתוח של התנחלויות מעבר לתחומי השיפוט הרשמיים (שלום עכשיו, יולי 2007).

122 ההתנחלות שילה נמצאת במרחק אווירי של כמה קילומטרים מכל אחד מהמאחזים: כ-2,433 מ' מעדי-עד; כ-2,965 מ' מקידה; כ-2,993.61 מ' מאש קודש וכ-1,902 מ' מאחיה. המדידה נעשתה על באמצעות חישוב המרחק בין שתי הנקודות הסמוכות ביותר בשטח הבנוי של כל אחד מהמאחזים לשילה.

סיכום

מטרתו המוצהרת של הדו"ח שחיברה ועדת לוי היתה לתור אחר דרכים שיסייעו בידי ממשלת ישראל להעניק צביון חוקי להתרחבות מפעל ההתנחלות של ישראל בגדה המערבית, ולשאיפתה להכשיר בדיעבד מבנים ויישובים שהוקמו ללא הרשאה ובניגוד לחוק.

בחנית מדיניותה של ישראל מאז פרסום הדו"ח ב-2012 חושפת כי אנו מצויים בעיצומו של תהליך של אימוץ הניתוח המשפטי השנוי במחלוקת, שלפיו לא רק הגדה המערבית איננה שטח כבוש אלא שטח שהמשפט הבינלאומי ייעד למדינה היהודית. בהתאם, **ישראל מסירה מעצמה בהדרגה את מחויבותה לפעול במסגרת דיני הכיבוש, שנועדו להגביל את חירותה לנהוג בשטחי הגדה המערבית כריבון מלא ולבצע בהם שינויים ארוכי טווח בהתאם לאינטרסים שלה.**

בתוך כך, ישראל מצויה בעיצומו של תהליך התפרקות מחובתה להגן על הקניין של האוכלוסייה המוגנת, אך נמנעת מסיפוח רשמי של שטחי הגדה לישראל, אשר יחייב אותה להעניק לאוכלוסייה הפלסטינית המתגוררת בה מעמד של אזרחים שווים זכויות. מצב זה מעמעם את המסגרת המשפטית שבתוכה ישראל מתנהלת כיום בגדה המערבית.

הצעדים שנוקטת ישראל לקראת הסדרה כוללת של תחום המקרקעין בגדה המערבית וביסוס מעמדם של ההתנחלויות והמאחזים כיישובי קבע עומדים בסתירה להוראות ספציפיות של הדין הבינלאומי, ובראשן ההוראות המחייבות את הכוח הכובש לנהל את השטח הכבוש בנאמנות ולטובת האוכלוסייה המקומית, ועקרון זמניות הכיבוש.¹²³ הוראות אלו קובעות כי המדינה הכובשת אינה הריבון בשטח הכבוש אלא מנהלת אותו באופן זמני בלבד ולטובת האוכלוסייה הנכבשת. הן אוסרות עליה לערוך שינויים ארוכי טווח שנועדו לשרת את האינטרסים שלה עצמה (מלבד שינויים שנועדו לצורכי ביטחון), ובכלל זאת ניצול של קרקע לצרכים שאינם צרכי ביטחון ושינוי המצב החוקי.

דיני הכיבוש ושיקולים פוליטיים ובינלאומיים שישאל פעלה לאורם עד לאחרונה הגבילו את יכולתה להכשיר את כלל היישובים הישראליים שהוקמו בגדה המערבית. אך בהתאם להמלצותיה של ועדת לוי, ממשלת ישראל עמלה בשנים האחרונות על קידום של שינויים חקיקתיים ומוסדיים כגון חוק ההסדרה, ועדת ההסדרה ובתי הדין לענייני מקרקעין, שנועדו להבטיח את הסרת המגבלות והחסמים בדרך להכשרת כלל המאחזים וההתנחלויות שמעמדם טרם הוסדר, והקלה משמעותית בהקמת יישובים חדשים בעתיד והשתלטות על אדמות נוספות. בשנים אלו מתרחשת בהוראת הדרג המדיני תנופת הכשרה של מאחזים ומבנים שהוקמו ללא הרשאה ובניגוד לחוק. יותר מרבע מהמאחזים כבר הוכשרו או מצויים בהליכי הכשרה, והרשימה הולכת ומתרחבת. בהכשרת המאחזים מבקשת ממשלת ישראל להסיר את עננת האי-חוקיות האופפת את מעמדם המשפטי ולהבטיח את עתידם כיישובים קבועים בשטחי הגדה המערבית.

ההסדרים שמציע דו"ח לוי כדי לאפשר את הכשרת המאחזים והשכונות ולהסדיר סוגיות הנוגעות לבעלות על קרקעות - הסדרים שממשלת ישראל פועלת להטמעתם - מסמנים נסיגה גם ממחויבותה של ישראל על פי הדין הבינלאומי להגן על רכושה של האוכלוסייה המוגנת ולהימנע מפגיעה בו אלא במקרים של צורך צבאי הכרחי, או מהפקעתו.¹²⁴ ההסדרים החדשים שהממשלה פועלת להחלתם בשטח מאפשרים המשך ואף התגברות של מדיניות הנישול והגזל של פלסטינים, באצטלה של מעשים חוקיים. כך למשל, הסדרים הכופים על פלסטינים לוותר על זכותם בקרקעות שבבעלותם בתמורה לפיצוי - כלומר הפקעה של הקרקע שלהם - מעניקים פרס לעבריינים אשר פלשו לקרקע מלכתחילה ומעניקים למעשה הגזל מעמד חוקי.

מדיניות זו של מיסוד הגזל והנישול מחזקת את הרושם כי מדינת ישראל מבקשת לדחוק את הפלסטינים משטחי C, שבהם מצויים ההתנחלויות והמאחזים, ולצמצם את נוכחותם של פלסטינים בשטחים אלה. בשל כך מתגבר החשש כי מטרתה של דחיקה זו היא להקל, בסופו של תהליך, על סיפוח רשמי של שטחי C למדינת ישראל.

123 סעיפים 43 ו-55 לתקנות הנלוות לאמנת האג בדבר דיני המלחמה ביבשה (1907); סעיף 49 (6) לאמנת ז'נבה הרביעית (1949).
124 החובה להגן על רכושה של האוכלוסייה המוגנת קבועה בסעיפי אמנת האג שנזכרו לעיל (בהערה 123) וכן בסעיף 46 לתקנות הנלוות לאמנת האג ובסעיף 43 באמנת ז'נבה הרביעית. הפקעה של קרקע פרטית אסורה בדין הבינלאומי ללא חריגים.

המלצות

- על ממשלת ישראל לפעול בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי הקובעות כי יש לשמור על עיקרון זמניות הכיבוש ולהימנע מביצוע שינויים ארוכי טווח ובלתי הפיכים בשטח הכבוש.
- על ממשלת ישראל להימנע מלתמוך או לקדם חקיקה ראשית שתחול על השטח הכבוש.
 - על היועץ המשפטי לממשלה לפעול למניעת הקמה של ערכאה שיפוטית ישראלית בעלת סמכויות לקבל הכרעות שיפוטיות הנוגעות לענייני מקרקעין בגדה.
 - על היועץ המשפטי לממשלה לפעול למניעת קידום של חקיקה או הסדרים אחרים שנועדו להפקיע קרקע מפלסטינים ולכפות עליהם לווטר על זכותם בקרקע שבבעלותם במטרה להכשיר בנייה בלתי חוקית.
 - על משרד המשפטים ומשרד הביטחון למנוע הקמה של התנחלויות חדשות והכשרה בדיעבד של מאחזים בלתי מורשים הפוגעות בזכות הקניין של פלסטינים ומהוות הפרה של המשפט הבינלאומי.
 - על שר הביטחון להנחות את הגופים הפועלים בשטחי הגדה המערבית למלא אחר הוראות המשפט הבינלאומי, האוסרות שימוש בשטחים שנתפסו לצרכים צבאיים הכרחיים ודחופים למטרות שאינן כאלו.
 - על משרד החוץ לכלול בתכנית ההכשרה לדיפלומטים את הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי (דיני הכיבוש) ותחולתן בשטח הכבוש, בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי ולפסיקת בית המשפט העליון.
 - על המפקד הצבאי בשטחי הגדה המערבית וראש המינהל האזרחי להגן על קניינם של התושבים המוגנים, לרבות באמצעות הכלי המינהלי של "צו שימוש מפריע" שחשיבותו הוכרה על ידי בית המשפט העליון.

המשפט ההומניטרי הבינלאומי - דיני הכיבוש

(סעיפים רלבנטיים)

סעיף 43 לתקנות הנלוות לאמנת האג (1907), הנחשב לכלל היסודי המנחה את פעילות הכוח הכובש ואת היחסים בין האזרח לשלטון בשטח הכבוש, קובע כי השיקול המרכזי, מלבד ביטחון, שלאורו מותר לצבא הכובש להפעיל את סמכויותיו וכוחו השלטוני הוא טובתה של האוכלוסייה המקומית ועיקרון שימור הקיים.¹²⁵ לפי הפרשנות המקובלת לסעיף זה, הכוח השולט מחויב לנהל את השטח בנאמנות תוך איזון בין שמירה על הביטחון לבין קיום החיים האזרחיים של האוכלוסייה המקומית, שהיא המוטב של משטר הכיבוש. חובת הנאמנות אוסרת על המעצמה הכובשת לנצל את השטחים הנתונים לשליטתה לצרכיה שלה, מלבד לצרכיה הביטחוניים (תחת מגבלות מסוימות). לפיכך, בכל הנוגע לשימוש בקרקע מושטות על הכוח הכובש מגבלות שנועדו לקיים את עקרון ארעיות הכיבוש: אסורה הפקעת קרקע פרטית שנועדה לשרת את צרכי המדינה הכובשת, מלבד תפיסה זמנית לצרכים צבאיים.

גם בקרקע שבבעלות ציבורית (אדמות מדינה) מחזיקה המדינה כנאמן בלבד והיא איננה רשאית לשנות את אופייה. השאלה האם בכיבוש ארוך טווח מותרים שינויים ארוכי טווח מצויה במחלוקת, אולם גם המתירים מגבילים שינויים כאלה למקרים שבהם הם נועדו לשרת את טובת האוכלוסייה המקומית או שהם משרתים צורך ביטחוני מובהק.¹²⁶

סעיף 55 לתקנות הנלוות לאמנת האג (1907) קובע כי המדינה הכובשת מחויבת לשמור על הרכוש הציבורי (ממשלתי) המצוי בשטח הכבוש ומוחזק ומנוהל בידיה בנאמנות ובאופן זמני בלבד. הסעיף אוסר על הכובש לבצע שינויים ארוכי טווח בנכסים ציבוריים המוחזקים על ידיו בנאמנות, ומתיר אך ורק לנהלם ולעשות שימוש בפירותיהם ללא פגיעה בקרן. במילים אחרות: הכובש אינו רשאי לשנות את הבעלות למשל על רכוש ציבורי, אך רשאי להשכיר אותו ובתנאי שההכנסה תושקע במוטבים - האוכלוסייה הכבושה. מכוחו של סעיף זה מוטלת על הכובש חובה לשמור ולקיים את הרכוש הציבורי ומוטלות עליו מגבלות האוסרות עליו לבצע ברכוש ובנכסי הציבור פעולות המשנות את

125 ראו ארנה בן נפתלי, אייל גרוס וקרן מיכאלי, "כיפוח": כיבוש, סיפוח, קיפוח - על המבנה המשפטי של משטר הכיבוש", **תיאוריה וביקורת** 31 (חורף 2007).
126 ראו בג"ץ 393/82 **גמעיית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון**, פסק דין משנת 1983, פסקה 13.

הסטטוס קוו באופן קבוע. גם פסיקת בית המשפט העליון מכירה בפרשנות המקובלת לסעיף, וקובעת שעל הכובש לנהל את נכסי הציבור בשטח הכבוש על פי כללי הנאמנות וכי נאסר עליו לנצלם באופן שאינו שומר עליהם או המשנה אותם לתמיד.¹²⁷

סעיף 49(6) לאמנת ז'נבה הרביעית (1949) אוסר על המעצמה הכובשת לגרש או להעביר חלקים מאוכלוסייתה האזרחית לשטח הכבוש. הפרשנות המקובלת היא שהעברה אסורה של אוכלוסייה מתרחשת גם אם ההגירה נעשית שלא בדרך של כפיית על המהגרים, ובוודאי אם היא נעשית בתמיכת המדינה או בעידודה. הגם שדיני הכיבוש מכירים בצורכי הביטחון הלגיטימיים של המדינה הכובשת, הכרה זו אינה חלה על ההתנחלויות. האיסור על העברת אוכלוסייה אזרחית לשטח הכבוש אינו כולל כל חריג המתיר העברה כזו מטעמי ביטחון. לפיכך, ההתנחלויות אינן אמצעי ביטחון תקף.¹²⁸ פרשנות הצלב האדום קובעת כי מטרת מנסחי האמנה היתה לשמר סטטוס קוו דמוגרפי בשטחים כבושים.¹²⁹

ממשלות ישראל לדורותיהן פירשו את האיסור להעביר אוכלוסייה לשטח הכבוש כאיסור להעברת אוכלוסייה בכפייה בלבד, וטענו כי אזרחים ישראלים עוברים להתנחלויות מרצונם החופשי, ולכן אין מדובר בהפרה של החוק הבינלאומי.¹³⁰ לעומת זאת, חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק בעניין גדר ההפרדה¹³¹ קבעה כי ההתנחלויות הוקמו בניגוד לסעיף 49(6), וכך גם החלטה 446 של מועצת הביטחון של האו"ם מ-22 במרץ 1979.¹³² בחוקת רומא של בית הדין הבינלאומי הפלילי, האיסור מנוסח באופן המפליל העברה ישירה או עקיפה של אוכלוסייה לשטח הכבוש.¹³³ לאור ההתפתחויות הפרשניות הללו, יש קונצנזוס משפטי רחב שהמדיניות הישראלית המאפשרת, יוזמת, מעודדת ומממנת את הפעילות ההתנחלותית, מהווה הפרה של האיסור על העברת אוכלוסייה לשטח כבוש, הן בעקיפין והן במישרין.¹³⁴

סעיף 46 לתקנות הנלוות לאמנת האג (1907) קובע כי על הכוח הכובש מוטלת החובה לשמור על רכושה הפרטי של האוכלוסייה המוגנת וקובע איסור נעדר חריגים על הפקעת אדמות.

סעיף 53 לאמנת ז'נבה הרביעית (1949) מחייב את הכוח הכובש לשמור על רכושה של האוכלוסייה המוגנת ואוסר על הרס של רכוש פרטי וציבורי, פרט למקרים שבהם קיים צורך צבאי הכרחי.

127 בג"ץ 285/81, אל נאזר נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לו (1) 701, עמ' 704; בג"ץ 2164/09, יש דיין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', עתירה, עמ' 26–29 ("בג"ץ המחצבות").

128 בן-נפתלי, גרוס ומיכאלי, "כיפוח" (ראו הערה 125 לעיל), עמ' 32.

129 Commentary on Geneva Convention IV of 1949 Relative to the Protection of Civilian Persons in Times of War 283 (ed. Jean Pictet, 1958).

130 לפי פרשנות זו, סעיף 49 לאמנת ז'נבה הרביעית, שנוסח לאחר מלחמת העולם השנייה, נועד להגן על האוכלוסייה המקומית מפני גירוש ולכן אינו אוסר על מעבר מרצון. לעמדת ישראל ראו באתר משרד החוץ הישראלי: "[Israeli Settlements and International Law](#)".

131 Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories, Advisory Opinion, I.C.J. (July 9, 2004) 131.

132 S/Res/446, U.N. SCOR (March 22, 1979).

133 סעיף 8(ב)(viii) לחוקת רומא של בית הדין הבינלאומי הפלילי.

134 Orna Ben-Naftali, Aeyal M. Gross and Keren Michaeli, "Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory", *Berkeley Journal of International Law*, 23(3) 134 (2005): 581–582.