

*אימון השחמט

10 במאי 2018
כ"ה אייר התשע"ח

לכבוד
עוזר שר הביטחון להתיישבות
משרד הביטחון

הנדון: הסדרת היישוב עפרה

א. מבוא

1. היישוב עפרה שבאזור יהודה ושומרון הוקם עוד בשנת 1975, והיה בין היישובים היהודיים הראשונים באזור.
2. אף על פי כן, חלק ניכר משטחו המבונה של היישוב ט"ס זכה להסדרה התכנונית הכוללת. הסיבה לכך היא שחלק מבתי היישוב בנוי במקרקעין מוסדרים הרשומים על שם פלסטינים, בין נפקדים ובין נוכחים. מצב זה גורם למצוקה חריפה לרבים מיושבי הוותיקים של היישוב, שלא זו בלבד שמנועים לעתים קרובות מלהקים תשתיות חיוניות שישרתו את הצרכים הבסיסיים של יישובם, אלא אף נאלצים לחיות במצב שבו קהילתם עלולה להיקרע לגזרים עקב אי-הסדרת המצב התכנוני של היישוב.
3. לצד הפתרונות הנקודתיים שהיו עשויים לספק מענה ממני לאי-אילו חלקות בתוככי היישוב, נהיר לכל העוסקים במלאכה שההסדרה התכנונית המקיפה של היישוב הוותיק תתאפשר רק באמצעות הנטילה השלטונית של המקרקעין שעליהם הוקמו בתי היישוב ותשתיותיו.

4. ואולם, הרשויות הישראליות באזור נמנעו עד כה מהנעלת הפרקטיקה של הפקעת קרקעות בבעלות פלסטינית פרטית (בין של נפקדים ובין של נוכחים) לשם הסדרת המעמד של שכונות יהודיות שהוקמו באזור. במקביל, ננקטה על ידי רשויות אלה המדיניות שלא לאפשר את קידום הליכי התכנון באדמות בבעלות פרטית שלא נרכשו כדן בידי ישראלים. כתוצאה מכך, נגזר לשבט גורלן של שכונות שלמות של יישובים ישראלים באזור שהוקמו עם חריגות בנייה לתחום הקרקעות הפרטיות.
5. בבסיס המדיניות שננקטה בידי הרשויות, שנסבה סביב חובתו של הממשל הישראלי באזור על פי הוראות המשפט הבין-לאומי להגן על קניין הפרט של האוכלוסייה הפלסטינית המוגנת, עמדה התפיסה הרואה באוכלוסייה היהודית-ישראלית של האזור אוכלוסייה שלא ניתן להתייחס אליה כאל "אוכלוסייה המקומית", ומכאן נבע אף הקושי לראות בצרכיה של אוכלוסייה זו "צורך ציבורי" שעשוי להצדיק את הפגיעה בקניין הפרט על פי דיני רכישת מקרקעין לצרכי ציבור, כפי שאלה חלים באזור.
6. ואולם, עם התמשכותה של השליטה הישראלית באזור על פני למעלה מ-50 שנים ועם התבססותה של ההתיישבות הישראלית באזור על פני מספר זורות, הלכה והתגבשה ההבנה שהבסיס של המדיניות שנסמכת על תפיסת ההתיישבות הישראלית כ"אוכלוסייה זרה" התערער במידה רבה, דבר שמצדיק את בחינת המדיניות מחדש.
7. אף שהזרעים לבחינה המחודשת של מדיניות זו נזרעו בשורה ארוכה של פסקי דין של בית המשפט העליון, פסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (דימי) ס' גובראן בעניין בג"ץ 794/17 **זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (פרשת עמונה) ("בג"ץ זיאדה")¹ הוא שמניח תשתית סדורה לגיבוש המדיניות העדכנית ביחס לשימוש בכלי של הפקעת מקרקעין לצרכי ציבור לשם הסדרת המעמד של השכונות היהודיות באזור יהודה ושומרון.
8. בחוות דעת זו אבקש לבחון את האפשרות של יישום העקרונות של הפסיקה בג"ץ **זיאדה** ביחס לשימוש בסמכות הנטילה השלטונית של מקרקעין לצרכי ציבור לשם ההסדרה הסטטוטורית של השטח המבונה של היישוב עפרה.

ב. המסגרת הכללית של המשפט הבין-לאומי

9. התפיסה המשפטית שמצאה ביטוי בפסיקתו של בית המשפט העליון היא שבאזור יהודה ושומרון ("האזור") מתקיים משטר התפיסה הלוחמתית (*belligerent occupation*), שתחילתו בכניסת כוחות צה"ל לאזור במהלך מלחמת ששת הימים ונטילת סמכויות השלטון באזור על ידי כוחות אלה.²
10. מבלי להתעכב יתר על המידה על מושכלות היסוד, ניתן לציין בהקשר זה כי הנורמה הבסיסית שעליה הוקם מבנה השלטון הישראלי באזור בהתחשב במבנה זה של המשטר, היא נורמה של הממשל הצבאי, המעניקה למפקד כוחות צה"ל באזור (אלוף פיקוד מרכז), העומד בראש הפירמידה

¹ בג"ץ 794/17 **זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (פורסם בנבו, מיום 31.10.2017); יצוין כי לעת עתה תלויה ועומדת בקשה לקיום דיון נוסף בפסק דין זה – דנג"ץ 9367/17 **זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, ואולם, עשה שעיקרי ההכרעות של פסק הדין מוגלים נסמכות על עקרונות הפסיקה הקיימת, ניתן להניח שההכרעה בבקשה זו לא ישנה באופן מהותי את הניתוח המובא בחוות דעת זו.

² בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, נ"ד נח(5) 807, 827 (2004); בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד ס(2) 477, 492 (2005).

ההיררכית של רשויות האזור, הן את סמכויות החקיקה והן את סמכויות המנהל ביחס לאזור.³

11. בבחינת המסגרת העקרונית של הפעלת הסמכויות השונות על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור ורשויות הממשל הצבאי הסרות למרותו, עלינו להפנות את מבטנו לעבר הוראות המשפט הבין-לאומי הפומבי, בדגש על תקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, הנספחות לאמנת האג הרביעית משנת 1907 ("תקנות האג"), הנתפסות כמשקפות את הוראות המשפט הבין-לאומי המנהגי, וההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, שאותן ממשלת ישראל התחייבה לכבד על אף הספקות בדבר תחולתה של אמנה זו באזור.⁴

12. בין יתר ההגנות החשובות שמעניק המשפט הבי-לאומי לאוכלוסייה המוגנת של השטח המוחזק (היא האוכלוסייה הפלסטינית המקומית באזור)⁵ עומדת ההגנה על קניין הפרט.⁶

13. בהפעילו את סמכויותיו באזור, כפוף הממשל הצבאי ל"הוראת העל" המעוגנת בתקנה 43 לתקנות האג, ולפיה "בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט את כל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים, תוך כיבוד החוקים שבתוקף בארץ אלא אם כן קיימת מניעה מורלטת לכך".

הוראה זו מורכבת משתי אבני יסוד: א) הטלת החובה האקטיבית על מפקד האזור להחזיר ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים (*l'ordre et la vie publique*) באזור, ו-ב) הטלת החובה להיצמד, עד כמה שניתן הדבר, לחקיקה הקיימת בעת נקיטת הפעולות הנדרשות למימוש החובה הראשונה.⁷

מהעקרונות המפורטים בתקנה 43 לתקנות האג נגזרת גם ההבנה מה לא כלול בסמכויות הממשל הצבאי: כלל משלים הוא, כי אין רשויות האזור רשאיות לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינת ישראל, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני של האזור או על האינטרס של האוכלוסייה המקומית.⁸

14. שעה שהתבקש לצקת תוכן בחובת "החזרת הסדר והחיים הציבוריים והבטחתם", קבע בית המשפט העליון, כי חובה זו כוללת הפעלת ממשל תקין על כל שלוחותיו, הנהוגות בימינו בארץ מתוקנת, כולל ביטחון, בריאות, חינוך, סעד, תעבורה, אך, בין היתר, גם איכות החיים.⁹

15. לאור התפיסה בדבר זמניותו של משטר התפיסה הלוחמתית, נהוג להבחין לעניין זה בין תפיסה לוחמתית קצרת-מועד לבין תפיסה לוחמתית ארוכת-מועד. נקבע לא פעם כי התוכן הקונקרטי

³ בג"ץ 606/78 איוב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113 (1979).

⁴ בג"ץ 698/80 קואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(1) 617, 638 (1980); בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 364 (2002); בג"ץ 7957/04 מואעבה, הערת שוליים 2 לעיל, 492.

⁵ בג"ץ 2942/05 מנצור נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (פורסם בנבו, מיום 26.10.2006).

⁶ תקנה 46 לתקנות האג האוסרת על "החרמת רכוש הפרט"; יצויף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית האוסרת על החרבת נכסי מקרקעין והשמדת נכסי מיטלטלין של האוכלוסייה המוגנת ועוד. ור' בג"ץ 8222/08 חברת "דוקא" בע"מ נ' מפקד כוחות צה"ל, פסקה 20 לפסק דינה של כבי הנשיא ד' ביניש (פורסם בנבו, מיום 21.12.2009); בג"ץ 281/11 ראש מועצת בית איכסא נ' שר הביטחון, פסקה 26 לפסק דינו של כבי השופט ע' פוגלמן (פורסם בנבו, מיום 6.9.2011).

⁷ בג"ץ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נ' שר הביטחון, פ"ד כז(1) 124, 138 (1972).

⁸ בג"ץ 393/82 ג'מיעת אסכאן אלמעלמון אלעתאווניה אלמחדה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 794-795 (1983).

⁹ בג"ץ 202/81 טביב נ' שר הביטחון, פ"ד לו(2) 622, 629 (1982); ור' גם בג"ץ 337/71 אלג'מיעה אלמסיחיה ללאראצי אלמקדסה נ' שר הביטחון, פ"ד כז(1) 574, 587 (1972).

שניתן להוראות תקנה 43 לתקנות האג בדבר הבטחת הסדר והחיים הציבוריים, ובהתאם היקף סמכותו של הממשל הצבאי, לא יהיה על פי הסדר והחיים הציבוריים של סוף המאה התשע-עשרה, אלא על פי הסדר והחיים הציבוריים של מדינה מודרנית ותרבותית, כאשר הצורך לדאוג להיבטי החיים האזרחיים הולך ומתעצם ככל שמתארכת תקנות התפיסה הלוחמתית.¹⁰

ג. סמכות ההפקעה במשפט הבין-לאומי ובדין האזור

16. בהעדר תחולה ישירה לחקיקה הישראלית באזור,¹¹ הנורמות המשפטיות באזור מורכבות משני רבדים מרכזיים:

(א) "הדין" – דברי החקיקה שעמדו בתוקף באזור ערב מלחמת ששת הימים (בדגש על חוקי הממלכה הירדנית ההאשמית שהפעילה שליטה על האזור בשנים שקדמו למלחמה, לצד דברי החקיקה העת'מאניים והבריטיים-המנדטוריים, כפי שתקפם השתרר בחקיקה הירדנית);¹²

(ב) "תחיקת הביטחון" – הוראות תחיקתיות שניתנו על ידי הגורמים המוסמכים מטעם הממשל הצבאי הישראלי, שבמרכזם "צווי אלוף" – דברי חקיקה של מפקד כוחות צה"ל באזור, הנתפסים כנושאים מעמד של חקיקה ראשית (לפחות, כלפי האזור פנימה).

בנוסף לרבדים אלה, קיים מספר מקורות משלימים של הנורמות באזור, ובכלל זה ההוראות המנהגיות של המשפט הבין-לאומי הפומבי, רכיבים ספציפיים של הדין הישראלי שהוחלו במפורש או במשתמע באזור¹³ והנורמות הכלליות של דיני המנהל הציבורי הישראלי (כגון הנורמות בעניין הסמכות המנהלית והפעלת שיקול הדעת המנהלי, כגון חובת הסבירות והמידתיות, איסור על התנהלות שרירותית וחסרת תוס לב, איסור על משוא פנים, אפליה פסולה ושיקולים זרים וכיו"ב).¹⁴

17. הדין באזור מסדיר את סמכות הפקעת המקרקעין באסגרת חוק הקרקעות – רכישה לצרכי ציבור, מס' 2 לשנת 1953, כפי שתוקן בצו בדבר חוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (יהודה והשומרון) (מס' 321), התשכ"ט-1969.

חקיקה זו היא חלק אינטגרלי ממערך החקיקה המקומית של האזור, בשינויים מחויבי-חילופי

¹⁰ בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון, הערת שוליים 8 לעיל, בעמ' 800-802; בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לו(2) 197, 313-315 (1983).

¹¹ בג"ץ 4697/91 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מו(5) 467, 471 (1992); בג"ץ 2612/94 שעאר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד מח(3) 675 (1994).

¹² כך, החקיקה של המנדט הבריטי (שבתורה הותירה בתוקף את הדין העת'מאני שעמד בתוקף ביום 1.11.1914, על פי סעיף 46 לדבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י), 19:2) הותירה בתוקף באזור במסגרת סעיף 2 לחוק בעניין החוקים והתקנות שהם בתוקף בשתי גדותיה של הממלכה הירדנית ההאשמית, מס' 28 לשנת 1950, ובהמשך – בסעיף 128 לחוקת הממלכה הירדנית ההאשמית מיום 1.1.1952. כחלק מרובדי הדין שעמדו בתוקף בשנת 1967, חקיקה זו נותרה חלק מדיני האזור בהתאם לסעיף 2 למנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (יהודה והשומרון) (מס' 2), התשכ"ז-1967.

¹³ אמנון רובינשטיין "מעמדם המשתנה של הישטחים" – מפקדון מוחזק לייצור כלאיים משפטי, עיוני משפט יא 439, 447-450 (התשמ"ז); ע"פ 123/83 חברת ק.פ.א. פלדור: קריית ארבע בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 813, 821 (1984).

¹⁴ בג"ץ 302/72 אבו חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169, 176-177 (1973); בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון, לעיל הערת שוליים 8, 809-810; בג"ץ 5667/11 מועצת הכפר דיראת רפעה נ' שר הביטחון, פסקה ט"ז (פורסם בנבו, מיום 9.6.2015).

השלטון שנדרשו במציאות של השליטה הישראלית באזור.¹⁵

יצוין כי דיני ההפקעה הירדניים אינם מחייבים שהנטילה השלטונית במסגרת הליך הרכישה לצרכי ציבור יתבצע על דרך שלילת קניינו של בעל הזכויות: במקרקעין. כך, למשל לצד סמכות "ההפקעה" ממש, מעגן חוק הקרקעות – רכישה לצרכי ציבור, גזט סמכות נטילה שלטונית בעלת אפקט מוגבל, עשיית שימוש במקרקעין לתקופות מוגבלות או אף "הטלת זכות שימוש", שבכוחה לאפשר שימוש במקרקעין מבלי לפגוע בזכות הבעלות המקורית (סעיף 14(ד) לחוק).

18. שעה שהמקור הנורמטיבי של סמכות ההפקעה בדין והאזור ברור, חל לעתים בלבול מושגים בזיהוי המסגרת הנורמטיבית שמתייחסת לסמכות ההפקעה: משפט הבין-לאומי.

כך, קיימת לעתים נטייה לזהות את תקנה 52 לתקנות האג – העוסקת בסמכות התפיסה של מקרקעין לצרכים צבאים – כמקור הסמכות או כמסגרת הפעלת הסמכות של הפקעת המקרקעין.¹⁶

19. בלבול מושגים זה בין תפיסת מקרקעין (*requisition*) לבין הפקעה (*expropriation*) אינו חדש עמנו. עוד בשנת 1942 הלין עליו המלומד פלשנפלד (*Feilchenfeld*), שעה שציין שהכתיבה על שני נושאים נפרדים אלה נכשלת בסימון קו הבחנה בהיר בין השניים.¹⁷

ואולם, היסודות של שני ההליכים נבדלים זה מזה בצורה כה עמוקה, עד שבהסתכלות עניינית על השניים קשה להתבלבל ביניהם.

20. כך, סמכות התפיסה הצבאית אינה אלא, פירושה כשמה, תפיסה זמנית המיועדת להבטחת צורך צבאי. פשיטא שמטעם זה הפעלת סמכות זו מוגבלת לנסיבות קיומו של הצורך הצבאי המצדיק את נטילת המקרקעין. עוד, סמכות זו יונקת את מקורה מהוראות המשפט הבין-לאומי עצמן באופן ישיר, ולא מהוראות הדין המקומי של השטח המוחזק: עצם מעמדו של המפקד הצבאי כלפי השטח המוחזק הוא שמעניק לו את הכוח לתפוס מקרקעין לצרכים צבאיים, מבלי להיזקק לביסוס סמכותו זו בדבר חקיקה מקומי קודם מפורש.

21. לעומת התפיסה הצבאית, סמכות ההפקעה אינה נרי יצירתו של המשפט הבין-לאומי. מקורה בהוראות הדין המקומי, אותו דין מקומי שבגדרו פועל הממשל הצבאי בעת מימוש סמכותו להחזרת הסדר והחיים הציבוריים ולהבטחתם.¹⁸ בהתאם, רעילות לשימוש בסמכות ההפקעה הן העילות שמעוגנות בדין המקומי (כמובן, ב"מגבלות הכוח" המותוות עבור הממשל הצבאי לפי הוראות המשפט הבין-לאומי, כפי שתואר לעיל בקשר למסגרת הנורמטיבית הכללית של המשפט הבין-לאומי).

כפי שנכתב בעניין זה:

"The laws of the occupied state will usually provide for the power to

¹⁵ בג"ץ 202/81 טביב, הערת שוליים 9 לעיל, בעמ' 632.

¹⁶ נראה כי לכלל שגיאה זו נקלע גם כבי השופט שילה בפסק דינו ב-בג"ץ 202/81 טביב, הערת שוליים 9 לעיל, שעה שהתייחס בפסק דינו לפרשת התפיסה הצבאית של קרקעות בבית אל ובאלון מורה כאילו נסמכו על סמכות ההפקעה (ולא על סמכות התפיסה הצבאית) (שם, עמ' 634), ושעה שהמשיך מכאן את ניתוח של הצורך הביטחוני העומד ביסוד הסמכות להפקעת קרקע לשם כביש ואזרחי.

¹⁷ Ernst H. Feilchenfeld *The International Economic Law of Belligerent Occupation* Washington (1942), 50 (note 4).

¹⁸ בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון, הערת שוליים 8 לעיל, בעמ' 797.

*expropriate private property provided it is needed and compensation is paid. During an occupation the occupant's right and duty to maintain public order and safety may involve expropriation. As measures for the benefit of the occupied country they differ, of course, from requisitions".*¹⁹

22. הנה כי כן, שעה שהדין המקומי מעניק לממשל הצבאי סמכות להפקיע מקרקעין, אין מניעה כי הממשל הצבאי יפעיל סמכות זו בגדרי החקיקה המקומית. יתר על כן, חובתו העקרונית לשמור על הסדר והחיים הציבוריים עשויה אף לחייב את הממשל הצבאי לנהוג כך.

כמובן, בהתאם ל"מגבלות הכוח" שתוארו לעיל, בהפעילו את הסמכות יהיה הממשל הצבאי מוגבל להגשמת האינטרס הלגיטימי שמותר לו לשוות לוגד עיניו לפי המשפט הבין-לאומי: הבטחת האינטרסים הביטחוניים של כוחות צה"ל או הבטחת צרכיה של האוכלוסייה האזרחית המקומית בשטח, תוך איסור להפעיל את הסמכות שעה שהאינטרס הדומיננטי הוא זה של מדינת ישראל.

23. האיסור על הפקעת רכוש שלא למטרות האוכלוסייה המקומית אף צוין במפורש במספר מקורות שפירטו את הוראות המשפט הבין-לאומי הנוגעות בדבר. כך, סעיף 431 למדריך צבא ארה"ב בנושא לוחמה יבשתית משנת 1957 קבע:

*"In order to ensure public order and safety, as required by Article 43, ...an occupant is authorized to expropriate either public or private property solely for the benefit of the local population. The occupant is obliged, unless absolutely prevented, to respect the laws in force in the occupied area in so doing".*²⁰

גם המלומד פון גלאן (Von Glahn) עמד על אותו עקרין:

*"It should be mentioned, however, that an occupant appears to have the right to expropriate either public or private property solely for the benefit of the native population. According to paragraph 431 of the current American manual on the Law of Land Warfare, the occupant would be obliged, unless absolutely prevented, to respect the laws in force in the occupied area in so doing".*²¹

ד. הפקעת מקרקעין לטובת ההתיישבות היהודית באזור

24. ביסוד הגישה המבקשת לפסול את השימוש בכלי הפקעה שבדין המקומי באזור לטובת הצרכים של היישובים הישראליים באזור עמדה הטענה כי אוכלוסיית המתיישבים היהודים באזור לא זו בלבד שאינה "האוכלוסייה המוגנת" של האזור לעניין הוראות המשפט הבין-לאומי,²² אלא היא אף אינה בגדר "האוכלוסייה המקומית".

¹⁹ Feilchenfeld, *supra* note 10, 50.

²⁰ Department of the Army Field Manual *The Law of Land Warfare* FM 27-10 (July 1956), 158 (para. 431).

²¹ Gerhard Von Glahn *The Occupation of Enemy Territory* University of Minnesota Press (1957), 186.

²² בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 517 (2005); בג"ץ 2150/07 אבו צמיה נ' שר הבטחון, פסקה 14 (פורסם בנבו, מיום 25.12.2009).

על כן – כך על פי הטיעון – שעה שנטילת החזקה במקרקעין לטובת ההתיישבות אינה משרתת צורך ביטחוני (או, למצער, צורך מהותי "משולב" של האוכלוסייה המקומית הפלסטינית), אף לא ניתן לראות בנטילה זו כמיועדת לקדם אינטרס לגיטימי של האוכלוסייה המקומית.

25. הרשויות הישראליות באזור אכן נמנעו לאורך השנים מהפעלת סמכות ההפקעה לשם הקמתם או הסדרתם של יישובים יהודיים באזור.²³

26. כך, בעוד שבעשור הראשון לתקופת הממשל הצבאי הישראלי באזור, ההתיישבות הישראלית נתפסה כמקדמת בראש ובראשונה ערך ביטחוני (ומכאן שמרבית היישובים שהוקמו באותן שנים התבססו על מקרקעין שנתפסו לצרכים צבאיים על פי צווי מפקד צבאי),²⁴ מאז שנת 1979 חלה תפנית בגישת הרשויות הישראליות לסוגיה זו, עת התקבלה החלטת הממשלה מס' 145 מיום 11.11.1979, לפיה ההתיישבות תורחב על גבי "אדמות מדינה".²⁵

על אף ניסוחה המעורפל, בשים לב לתכליתה של החלטה מס' 145, ההחלטה יושמה על ידי רשויות האזור על דרך אימוץ מדיניות עקבית, לפיה ההתיישבות הישראלית באזור תקום ותתבסס רק על גבי קרקעות שאינן קרקעות בבעלות פרטית של פלסטינים, דהיינו, באדמות במעמד של "רכוש ממשלתי" (המכונות "אדמות מדינה") על פי הצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967, או אדמות שנרכשו כדין בידי ישראל.²⁶

27. הבסיס ההיסטורי לחזרה הכמעט-אוטומטית על הטיעון שפוסל את סמכות ההפקעה לאור היותה של האוכלוסייה הישראלית של האזור אוכלוסייה שאינה "מקומית", מצוי בחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, מר יצחק זמיר, מיום 12.5.1980,²⁷ או, ליתר דיוק, בפרשנות המחמירה שניתנה לחוות דעת זו לאורך השנים מאז כתיבתה.

28. נראה שראוי לחזור לחוות הדעת של היועץ משנת 1980, ולהציג בצורה מדויקת את המסקנות המפורטות בה. אם כן, המסקנות שאליהן הגיע היועץ בחוות הדעת היו כדלקמן:

א. הפקעת המקרקעין לצרכים אזרחיים מתאפשר: לפי הוראות המשפט הבין-לאומי רק לצרכי האוכלוסייה המקומית.

ב. האוכלוסייה הישראלית נחלקת לשניים:

(1) האוכלוסייה המתגוררת בתחום מדינת ישראל – אוכלוסייה זו אינה "האוכלוסייה המקומית" באזור, ועל כן הפקעת מקרקעין לצורך הקמת יישוב חדש (המיועדת לשרת את

²³ כאחד החריגים הבולטים לכך ניתן לציין את הפקעת חטיב 2 הקרקע רחבת הידיים ששימשה להקמת היישוב מעלה אדומים, בעקבות מסקנותיו של צוות בין-משרדי בראשות היועץ המשפטי לממשלה דאז, מאיר שמגר, שהוקם בשנת 1974; ר' החלטת ממשלה מס' 159 "פיתוח ירושלים" מיום 23.11.1974.

²⁴ בג"ץ 302/72 אבו חילו, הערת שוליים 14 לעיל, 181; בג"ץ 606/78 איוב, הערת שוליים 3 לעיל, 130; בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד (1) 90, 93 (1979).

²⁵ ברקע להחלטה זו עמדה הביקורת שאותה השמיע בית המשפט הגבוה לצדק על שיטת תפיסת המקרקעין הפרטיים לצרכי התיישבות במסגרת "פרשת אלון מורה": בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד (1) 1 (1979).

²⁶ ור' לעניין זה גם בג"ץ 5161/15 קאסם נ' הממונה על מתן הוראים בשטחים שנתפסו לצרכים צבאיים, פסקה א' (פורסם בבנו, מיום 3.1.2017).

²⁷ חוות הדעת "החוק הירדני בדבר רכישת קרקעות לצורכי ציבור", סימוכין: 157-4 מיום 12.5.1980.

תושבי ישראל המעתיקים את מקום מגוריהם (אזור) איננה אפשרית.

(2) האוכלוסייה המתגוררת ביישובי האזור שהוקמו מאז שנת 1967 – כלשון חוות הדעת, "מבחינות מסוימות הרי היא, ללא ספק, אוכלוסייה מקומית, אולם השאלה הקובעת היא אם לצורך הכלל של המשפט הבינלאומי הוגן על הרכוש הפרטי דינה כדין אוכלוסייה מקומית".

ג. היועץ מציין כי ניתן למצוא תימוכין לסיווג האוכלוסייה הישראלית של האזור כ"אוכלוסייה המקומית" – ובפרט עצם המצב העובדתי כי הנדובר באוכלוסייה המתגוררת באזור "במשך שנים לא מעטות", ואולם מנגד עומדים מספר נימוקים, שאף שאין בהם כדי להכריע את הכף לכיוון מסוים, מצביעים על בעייתיות של הטיעון רואה בהתיישבות כ"אוכלוסייה מקומית":

(1) ההבחנה המשתמעת בין "האוכלוסייה המקומית" לבין "אוכלוסייה הבאה מחוץ לאזור" (שהרי בהעדר הבחנה כאמור ניתן היה לדבר על "אוכלוסייה" סתם);

(2) האזכור הייחודי של אוכלוסיית המעצמו המקיימת משטר של תפיסה לוחמתית כאוכלוסייה שהעברתה לשטח מוחזק אסור לפי סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית (אף שהיועץ מדגיש שמדינת ישראל כופרת בסיווג ההתיישבות הישראלית כאוכלוסייה שעליה חל סעיף זה, נראה כי הטיעון מוצג כטיעון שעלול להיטן על ידי הסבורים אחרת ממדינת ישראל);

(3) הזיקה החזקה בין ההתיישבות לבין מדינת ישראל עלולה אף היא לשמש טיעון לטוענים נגד סיווג ההתיישבות כ"אוכלוסייה המקומית";

(4) החשש שמא הפקעת קרקע לצרכי האוכלוסייה הישראלית בערוץ הדין המקומי עלולה להיחשב ככלי לעקיפת האיסור לבסס התיישבות באזור בכלים של תפיסה לצרכים צבאיים;

(5) הכרה בכך שעוד בשנת 1972, בפרשת **חברת החשמל למזרח ירושלים**, בית המשפט העליון ראה בתושבי קריית ארבע כתושבים ש"נוספו" על האוכלוסייה המקומית,²⁸ אך תוך הצגת קביעה זו כאמרת-אגב בלתי-מחייבת היפה לזקשרה הספציפי (דיני אספקת חשמל) או, לכל הפחות, תוך צמצום השלכתה של קביעה זו לנייני תשתיות (כך שאף אם מעמד ההתיישבות כאוכלוסייה המקומית יוכר לצורך הפקעת מקרקעין לטובת התשתיות, אין ללמוד מכך היתר להפקעה לטובת הרחבת יישוב ישראל – לעניין זה מחדד היועץ כי "יש להבחין בין הפקעה של קרקע פרטית לצרכי קו חשמל, אספקת מים, דרך ציבורית וכיוצא בזה, במיוחד כשהם עשויים לשמש את כלל האוכלוסייה באזור, לבין הפקעה של קרקע פרטית לצרכים של הרחבת יישוב ישראלי");

(6) העלאת תהייה באשר ליכולתו של הביטוי "צורך ציבורי" שבדין הירדני, מבחינת כוונת המחוקק, להכיל בתוכו את הצורך של ההתיישבות הישראלית.

ד. כאן עובר היועץ לבחינת האפשרות המעשית לזפק מקרקעין. מסקנתו הראשונה לעניין זה היא שבאזור קיים מלאי משמעותי של אדמות מדינה, ועל כן המבקשים להקים יישוב חדש לא חייבים לחפש את האתר להקמת היישוב באדמות הפרטיות דווקא. כמו כן, מציין היועץ כי אף אם האתר ליישוב החדש נמצא בקרקע פרטית, אך קיים צורך ביטחוני בהקמת היישוב, עדיין יוכל המפקד הצבאי לבסס את הקמת היישוב באמצעות תפיסה לצרכים צבאיים, חלף הפקעה במסלול "האזרחי".

²⁸ בג"ץ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ, הערת ש"ליים 7 לעיל, בעמ' 138.

ה. משכך הם פני הדברים, לכל היותר ניתן לדבר על גלי ההפקעה ככלי להרחבת יישובים קיימים. ואולם, במרבית היישובים קיים מלאי זמין של אדמות מדינה המאפשרות הרחבה כזו. הצורך עולה, אם כן, אך ביחס ליישובים בודדים, כגון עפרה וקריית ארבע.

ו. מכאן עובר היועץ להזהיר את נמען חוות הדעת ראש הממשלה, על אודות השלכות הרוחב השליליות של השימוש האפשרי בכלי ההפקעה:

(1) המעבר לשימוש בכלי ההפקעה יחייב שינוי המדיניות הממשלתית הקיימת.

(2) שינוי זה יגרור התדיינויות משפטיות. התדיינויות אלה, כך על פי היועץ, עלולות לפתוח דיון בשאלות רוחב שנוגעות לסוגיה, כגון עצם מעמד ההתיישבות באזור, ולהביא לקיפאון ממושך בשל צווי ביניים שקרוב לוודאי יוצאו בהן עד להכרעה השיפוטית, ואין לשלול שבת המשפט הגבוה לצדק אף ייטה לפסול את עצם השימוש בחקיקה המקומית, דוגמת חוק הרכישה לצרכי ציבור, למטרות ההתיישבות.

(3) יתר על כן, הבאת הסוגיה לפתחו של בית המשפט הגבוה לצדק עלולה להוביל לדיון משפטי מורכב, לאחר שאך לאחרונה (במועד כתיבת הדברים) הביע בית המשפט תהיות לגבי האפשרות להפקיע מקרקעין למטרות התיישבות בתחומי מדינת ישראל. הכרעה שלילית של בית המשפט תסתום את הגולל אף על האפשרות להפקיע מקרקעין במקומות המצומצמים בהם הדבר נחשב כאפשרי.

(4) להחלטה להשתמש בכלי ההפקעה לצורך הרחבת ההתיישבות עלולה להיות השפעה שלילית גם במישור המדיני, כגון השפעה במישור הבין-לאומי והשפעה על שיחות האוטונומיה באותה תקופה.

ז. היועץ מסכם את חוות דעתו כדלקמן:

(1) נראה כי לא ניתן לעשות שימוש בדיני ההפקעה המקומיים באזור לצורך הפקעת מקרקעין לצורך הקמת יישובים חדשים;

(2) במקרה של בקשה להפקעת מקרקעין לצורך הרחבת יישוב קיים, יש קודם לבדוק זמינות של אפשרות ההרחבה במקרקעין שאינם פרטיים;

(3) גם במקרים שבהם ההפקעה עשויה להידרש בהעדר חלופות זמינות אחרות, קיים ספק משפטי ניכר באשר לחוקיות השימוש בדיני ההפקעה של האזור לטובת ההתיישבות הישראלית;

(4) יש סיכון שבית המשפט הגבוה לצדק יפסוק כי הדבר אינו חוקי, אגב הידרשות מסוכנת לסוגיות מורכבות אחרות, כגון מעמד ההתיישבות באזור לפי המשפט הבין-לאומי; כמו כן, קיימת אפשרות שעד להכרעה הסופית ישרור קיפאון בעצם השימוש בדיני ההפקעה באזור;

(5) גם אם בג"ץ יאשר באופן עקרוני את השימוש בסמכות ההפקעה, יש לצפות לקשיים בהוכחת ההצדקה להפקעה במקומות הפרטניים שייבזו בעתירות קונקרטיות;

(6) יש לקחת בחשבון שעצם השימוש בסמכות ההפקעה עלול לשאת השלכות שליליות במישור הבין-לאומי ובקשר לשיחות האוטונומיה;

(7) בשל מגוון המורכבויות, מצד אחד, וההיקף המשמעותי של אדמות המדינה הזמינות להרחבת ההתיישבות, מן הצד השני, ראוי קודם לפנות לאיתור החלופות לצרכי ההתיישבות שלא במסלול ההפקעה; אם מאמצי איתור כאלה לא יישא פרי, ניתן יהיה לשוב ולבחון את הדברים בשנית באופן פרטני.

29. עניינו הרואות כי הפער בין תוכן חוות הדעת לבין "התורה שבעל פה" שהתפתחה בעקבות חוות הדעת ברשויות הממשל הישראלי באזור – ושהציגה את אפשרות הפקעת המקרקעין לטובת ההתיישבות היהודית באזור כחסומה כמעט לחלוטין -- הוא פער ניכר, בלשון המעטה.

ניכר כי שעה שפסל באופן עקרוני את האפשרות של הפקעת מקרקעין לצורך הקמת יישוב חדש, השאיר היועץ פתח לאפשרות הפקעת מקרקעין שמטרתה הרחבת יישוב קיים, ומכל מקום ראה צורך להבחין לקולא בין הפקעת מקרקעין לצורך הרחבת יישוב לבין הפקעת מקרקעין לצרכי תשתיות ציבוריות.

ניכר גם, כי היועץ לא הציב את הצורך ב"שימוש והמשותף" של אוכלוסיות האזור, הישראלית והפלסטינית גם יחד, בתשתיות הציבוריות כתנאי להפקעה, וניתן להבין את דבריו כך ששימוש משותף כזה ודאי יסייע בהגנה על ההפקעה, אך מבלי לפסול את ההפקעה לשימוש של אוכלוסייה זו או אחרת בנפרד.

30. לא זו אף זו, בעת קריאת חוות הדעת לא ניתן להתגלם מכך שרבים מהטיעונים שמוצגים בחוות הדעת אינם נושאים את אותו כוח השכנוע שנלווה להם, ככל הנראה, בעת כתיבת הדברים, ובכלל זה:

א. כפי שארchiב בהמשך, המציאות באזור, זו העובדתית וזו המשפטית, שאפשרה בשנת 1980 להביע תהיות באשר למעמד ההתיישבות היהודית כ"אוכלוסייה המקומית" של האזור, השתנתה מקצה לקצה;

ב. אף שבתחומי מדינת ישראל לא הרבו הרשויות לגשות שימוש בסמכות ההפקעה לצורך הקמת יישובים חדשים או הרחבתם המשמעותית, ודאי שלא ניתן לומר (ונראה שלא ניתן היה לומר במלוא התוקף גם בעת כתיבת חוות הדעת) שקיים ספק באשר לאפשרות השימוש בסמכות ההפקעה למטרות התיישבותיות בתחומי ישראל, אף שעה שלא מדובר בהפקעה לצורך תשתיות גרידא;²⁹

ג. החשש שמא כוונת המחוקק הירדני עלולה לזותפרש כאילו חוקיו לא מיועדים לחול על ההתיישבות היהודית נראה כחשש רחוק מן המציאות, ודאי בהתחשב בפרקטיקה ארוכת השנים לעשות שימוש בדין המקומי, לרבות בדין התכנון 'הבנייה', דיני המים ועוד, לצרכי כל אוכלוסיות האזור, לרבות זו הישראלית;

ד. בשנים הארוכות שחלפו מאז כתיבת חוות הדעת ריתבדה החשש שבית המשפט העליון אך ממתין להזדמנות לגזור מסקנות נחרצות לגבי מעמד ההתיישבות הישראלית באזור, וגם כמה מהשלכות הרחוב האחרות שבהן עוסק היועץ, כגון הסכנה של הקפאת ההתיישבות בשל אי-אילו עתירות

²⁹ די לציין בהקשר זה את היקפי ההפקעות לצורך ביסוס רשכונות היהודיות במזרח ירושלים, שכבר במועד כתיבת חוות הדעת עמדו על 21,528 דונם, עוד קודם להפקעת קרקעות בהיקף של 1,850 דונם נוספים לצורך הקמת השכונה הר חומה בשנת 1991: נתוני הארגון "בצלם": http://www.btselem.org/hebrew/jerusalem/land_expropriation_statistics

שיוגשו או "השפעה על שיחות האוטונומיה", נו"אות כיום כרחוקות מן המציאות וחסרות-רלוונטיות;

ה. אכן, האפשרות שלשימוש בכלי ההפקעה תהיה השלכה במישור יחסי החוץ של מדינת ישראל לא התאינה לחלוטין גם בימינו, ואולם נראה שעצמתו של חשש זה קהתה במידה רבה, כאשר לאורך שנים ארוכות מאז חוות דעתו של היועץ, וגם בימינו אנו, עושות הרשויות הישראליות באזור שימוש נרחב בסמכות נטילת החזקה במקרקעי האזור בכלים חלופיים, כגון סמכות "ההכרזה על אדמות מדינה" – כלי שחרף ניסיונות השכנוע וחרף המאמצים להציגם ככלים שאינם פוגעים בקניין הפרט, ממילא נתפסים על ידי רבים בקהילה הבין-לאומית כהפקעה לכל דבר ועניין, מבלי שיש בכך כדי להרתיע את הרשויות הישראליות מהמשך השימוש המושכל בפרקטיקה זו.³⁰

ה. האוכלוסייה הישראלית כ"אוכלוסייה המקומית"

31. ובכל זאת, אחרי סינון טיעוני הנגד שאיבדו במידה רבה מתקפם ואחרי הסרת החששות שריחפו באוויר בעת כתיבת חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בשנת 1980, אבן הנגף המרכזית בהכרה באפשרות השימוש בסמכות ההפקעה למטרות ההתיישבות הייתה בשאלת סיווגה של אוכלוסיית המתישבים הישראלים באזור כ"אוכלוסייה המקומית".

32. כמעט שלושים ושמונה שנים חלפו מאז יצאה חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה. נזכור כי בעת כתיבת חוות הדעת בשנת 1980, מלבד "התושבים החוזרים" ששבו לבתיהם שנחרבו בידי הלגיון הירדני במלחמת העצמאות, יליד האזור היהודי "הוותיק" ביותר היה, כפי הנראה, ילד בן 12, וגם זאת אם התמזל מזלו להיוולד במועד הקמתו מחדש של היישוב היהודי הראשון באזור – כפר עציון.

השנה חוגג "הילד" את יום הולדתו ה-50, בחוג ילדיו וכנראה גם נכדיו – הדור השלישי להתיישבות הישראלית באזור.

33. הצגת ההתיישבות כאוכלוסייה שמגיעה מחוץ לאזור, כגרעין התיישבות זר שמגיע לאזור לצורך הקמת יישובים חדשים, אף היא פסה מן העולם, וכיום עומדת אוכלוסיית המתישבים על למעלה מ-420,000 תושבים,³¹ כאשר ניתן להניח שמרבית צרכיה הם צרכי האוכלוסייה היהודית של האזור עצמה, לרבות צרכי הגידול הפנימי שלה בתוך האזור, ומימוש צרכים אלה אינו "חשוד" בהכרח כמועד לקליטת "האוכלוסייה החיצונית" העוברת מישראל לאזור.

34. אמנם, ברי כי השאלה של סיווג האוכלוסייה היהודית של האזור במישור המשפט הבין-לאומי כ"אוכלוסייה מקומית" היא שאלה פרשנית קיימת מטבע הדברים, בשל אופי העיצוב של כללי המשפט הבין-לאומי, לא ניתן לצפות ש"ערכאה מוסמכת" תכריע בשאלה זו באופן אובייקטיבי וסופי בתקופה הנראית לעין.

פשר הביטוי "האוכלוסייה המקומית" לא מתבהר די הצורך בספרות המשפט הבין-לאומי. כפי שראינו בניתוח הוראות המשפט הבין-לאומי בסוגיה, התנאי עצמו של ייעוד ההפקעה לצרכי

³⁰ Eyal Benvenisti *The International Law of Occupation* Oxford University Press, 2nd edition (2012), 233-234 and note 186, *ibid*.

³¹ בהתאם לנתונים שפורסמו, האוכלוסייה היהודית של האזור עמדה בסוף שנת 2016 על 421,400 תושבים: יוני גרין, "ביו"ש 421,400 יהודים – הגידול הגבוה ב-2016: ביתר ומודיעין עלית" **חדשים** 10 (9.2.2017): <http://www.ch10.co.il/news/345342/#.WuVzjLeWbIV>. הנתון אינו מביא בחשבון אוכלוסייה בהיקף דומה המתגוררת בירושלים המזרחית.

"האוכלוסייה המקומית" בלבד אינו פרי אמנה בין-לאומית כתובה אלא פרי של אותה ספרות עצמה. באופן ספציפי, דרישה זו מופיעה במדריך צבא ארה"ב ובמשפט לקוני שמובא על ידי המלומד פון גלאן בספרו (כאשר הרושם הוא שפון גלאן, שנמנע מלציין אסמכתה אחרת לדבריו, מתבסס בסופו של דבר על דברי מדריך צבא ארה"ב).

אין לדעת האם המחברים ראו בדרישה זו שיקוף של דרישה שרירה וקיימת במשפט הבין-לאומי המנהגי או שמא הוסיפו אותו כפרשנות משל עצמם, והאם השימוש שלהם במינוח "local population" או "native population" הוא מקרי או נעשה בכוונה תוך הימנעות מודעת מהשימוש בביטויים דוגמת "protected persons" ("תושבינו מוגנים") או "indigenous population" ("אוכלוסיית הילידים"), שהם ביטויים נפוצים יותר לתיאור אוכלוסיית האזור המוחזק המובחנת מאוכלוסייה שמקורה במעצמה "הזרה".

כך או אחרת, ברור שמלומדי המשפט הבין-לאומי, ששאבו את השראתם מהמלחמות של המחצית הראשונה של המאה העשרים ומהמלחמות שקדמו להן, לא ראו לנגד עיניהם תופעה ייחודית דוגמת ההתיישבות הישראלית באזור בהיקף המוכר לנו כיום, ועל כן נהיר שלא נקרתה בידיהם ההזדמנות להביע את דעתם האם אוכלוסייה מסוג זה ניתנת לסיווג כ"אוכלוסייה המקומית".

35. ואולם, בכל הנוגע להתייחסות הערכאות הישראליות להתיישבות הישראלית באזור, נראה שבעשורים שחלפו מאז חוות דעת היועץ, ההכרה ומעמד ההתיישבות כ"אוכלוסייה המקומית" התחדדה בצורה ברורה.

בשונה מהאמור בחוות דעת היועץ, ודאי שלא ניתן לדבר יותר על כך שזיהוי ההתיישבות הישראלית כ"אוכלוסייה המקומית" הוא בגדר אמרת-אגב בהקשר ייחודי בפסק דין בודד, כפי שהיה עת כתב היועץ את חוות דעתו בשנת 1980 והתייחס לפסק דין: **פרשת חברת החשמל למזרח ירושלים**.

36. בשורה ארוכה של פסקי דין נדרש בית המשפט העליון לשאלת מעמד אוכלוסיית המתישבים. כך, בפרשת **נעלה** קבע כב' השופט (כתארו אז) גרוניס:

"אף אם הדבר כך, אין האיסור [על פעולות הכר'יה הגורעות ממשאבי האזור – ו"ב] חל מקום שמדובר בפעולה הנעשית לתועלתה של האוכלוסייה המקומית או לצרכים מקומיים. כך למשל סלילה של כבישים בתחומי של השטח הנתון לתפיסה לוחמתית מותרת היא כאשר המשתמשים בהם הינם גם תושבים מקומיים (בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן, בעמ' 795, 811). יצוין כי כבר נפסק ש:**הגדר אוכלוסייה מקומית יכול שיבואו אף המתיישבים** (במקרה אחד נזכרו תושבי קריית ארבע כאשר התעוררה שאלה בדבר אספקת חשמל לאוכלוסייה המקומית: בג"ץ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ, בעמ' 138) " [ההדגשה חוספה – ו"ב].³²

חזרה על עקרון זה פסיקת בית המשפט העליון גם במקרים אחרים ובהקשרים אחרים, ולא רק בהיבט הביטחוני,³³ אלא גם במגוון הקשרים אחרים, לרבות במקרים של בחינת מדיניות התכנון והבנייה בהתיישבות הישראלית באזור,³⁴ במקרים של בחינת האפשרות להפעלת סמכויות בתחום

³² בג"ץ 9717/03 נעלה – עמותה להתיישבות בשומרון של עובדי התעשייה האווירית בישראל נ' מועצת התכנון העליונה באזור יהודה ושומרון – ועדת המשנה לכרייה ולוציבה, פ"ד נח(6) 97, 104 (2004); ור' גם התחשבות בייעוד תוצרי החציבה למטרות ההתיישבות הישראלית באזור בעניין בג"ץ 2164/09 יש דין – ארגון מתגדבים למען זכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 13 (לא פורסם, מיום 26.12.2011).

³³ בג"ץ 7957/04 מראעבה, לעיל הערת שוליים 2, 497-500.

³⁴ בג"ץ 5035/92 הקרן לגאולת קרקע ליד מדרשת ארץ ישראל קדומים נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (לא פורסם,

דיני המקרקעין (כגון הקצאה) לטובת ההתיישבות הישראלית,³⁵ ועוד.

37. החובה להגן על זכויותיה של ההתיישבות ואף לדאוג לרווחתה – ולא רק לספק לה הגנה במישור הביטחוני הצר – כחלק מהאוכלוסייה המקומית של האזור, הוצגה היטב גם על ידי כב' השופטת פרוקציה בפרשת ציר המתפללים:

"בצד אחריותו של מפקד האזור להבטיח את ביטחון הכוח הצבאי שהוא מופקד עליו, עליו לדאוג לשלומם, לביטחונם ולרווחתם של תושבי האזור. חובה זו חלה עליו ביחס לכל התושבים בלא הבחנה בדבר זהותם – יהודים, ערבים או זרים. שאלת חוקיות ישיבתם באזור של גורמי אוכלוסייה שונים אינה עומדת כיום להכרעה בפנינו. מעצם ישיבתם במקום נגזרת חובת מפקד האזור לשמור על ביטחון חייהם ועל זכויות אדם שלהם. הדבר משתלב בפן ההומניטרי שבאחריות הכוח הצבאי בתפיסה הלוחמתית (בג"ץ 72/86 זלום נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון; בג"ץ 469/83 חברת האוטובוסים המאוחדת הלאומית חברון בע"מ נ' שר הביטחון; בג"ץ 4363/02 זינדאח נ' מפקד כוחות צה"ל ברצות עזה; פרשת גוסין, בינע' 611).

חובת המפקד לדאוג לתקינות סדרי החיים באזור מתפרסת על כל מישורי החיים וחורגת מעבר לענייני ביטחון וצרכים קיומיים מיידיים. היא חלה על צורכי החיים המגוונים של התושבים, ובהם צורכי סעד, תברואה, כלכלה, חינוך, חברה וכיוצא באלה צרכים שאדם בחברה מודרנית נזקק להם. היא משתרעת גם על אמצעים הנדרשים להבטיח "צמיחה, שינוי והתפתחות" (פרשת אסכאן, בעמ' 804). במסגרת אחריותו לרווחת תושבי האזור על המפקד לשקוד גם על מתן הגנה ראויה לזכויות אדם חוקתיות של תושבי המקום במגבלות שהתנאים והנסיבות העובדתיות בשטח מקימים. הגנה כזו חלה על כל סוגי האוכלוסייה המתגוררת במקום – יהודים וערבים כאחד. בכלל הזכויות החוקתיות המוגנות מצויות הזכויות לחופש תנועה, חופש דת ופולחן וזכות הקניין.

על מפקד האזור לעשות שימוש בסמכויותיו לשניירת הביטחון והסדר הציבורי באזור תוך הגנה על זכויות אדם. לעיתים הגנה זו מחייבת הכרעה בין זכויות אדם נוגדות. הכרעה כזו מחייבת איזון העומד במבחן החוקוני, קרי קיומן של תכלית ראויה ושל מידתיות בפגיעה בזכות האחת כדי לאפשר נגימושה היחסי של הזכות האחרת. בהוציאו את צו התפיסה ביקש מפקד האזור לזגביר את אמצעי הביטחון של הולכי הרגל בציר המתפללים בדרכם למערת המכפלה. בכך ביקש לאפשר את מימוש זכותם החוקתית לחופש דת ופולחן בתנאים של ביטחון חיים, ולו יחסי. בעשותו כן נתחייבה פגיעה יחסית בזכויות קניין פרטי של העותרים.³⁶

38. עולה כי בית המשפט העליון צעד כברת דרך מאז רוות דעת היועץ בשנת 1980. אף שאין טוענים כיום כי ההתיישבות הישראלית הפכה ל"אוכלוסייה המוגנת" של האזור, ואף ללא צורך לקבוע מסמרות בשאלה העקרונית של מעמד ההתיישבות באזור, ברור לעוסקים במלאכה כי בידי הממשל הצבאי הסמכות – ואף מוטלת עליו החובה – לעשות שימוש בכוחו כדי להבטיח את האינטרסים הלגיטימיים של אוכלוסיית המתושבים, משהפכה ל"אוכלוסייה המקומית" של האזור.

כפי שקבע בעניין זה כב' המשנה לנשיאה (דימ') ס' ג'וֹרְאן בבג"ץ זיאדה:

"משהובהר כי המפקד הצבאי מחויב לפעול גם לרווחתם של תושבי האזור הישראליים, דומה כי אף לשיטת העותרים אין חולק כי הצו המתוקן [שמאפשר נטילה שלטונית של

מיום 31.10.1993).

³⁵ בג"ץ 6022/93 אע"רייב נ' הממונה על הרכוש הנוטש והממנולתי, פסקה 5 (לא פורסם, מיום 2.11.1994).

³⁶ בג"ץ 10356/02 הס' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, כ"ד נח(3) 443, 461-460 (2004).

קרקע פרטית – ו"ב) אכן מגשים מטרה זו, שכן טענתם העקבית הייתה כי טובתם של תושבי עמונה הייתה מצויה בשורשו. שיקול זה שהעותרים הטיחו בו ביקורת רבה וייחסו לו מניעים פוליטיים פסולים, אינו ראוי לזידי לגינויים שבוטאו ביחס אליו. על פי הדין הבינלאומי, כפי שפורש בפסיקותיו של בית משפט זה, זהו שיקול שבסמכות המפקד הצבאי לשקול".³⁷

ו. "הצורך הציבורי" בבסיס ההפקעה האפשרית

39. משראינו כי ההתיישבות היהודית באזור באה, ככלל, במניין "האוכלוסייה המקומית" של האזור, שלמען הבטחת האינטרסים שלה רשויות הממשל הוצבאי באזור רשאיות, ולעתים אף מחויבות, להפעיל את סמכויותיהן, ובכלל זה את סמכות הנטילה השלטונית שבדין האזור, מתחדדת השאלה: מה ייחשב ל"צורך הציבורי" של ההתיישבות היהודית שיצדיק את השימוש בכלי ההפקעה?

40. באופן כללי, מרכז הכובד של דיני ההפקעה המודרניים מצוי בדרישות של "צורך ציבורי", "הלך נאות" ופיוצי הולם, שפותחו כמענה לחשש מפני ניזול לרעה של סמכות ההפקעה. דרישות אלה הוגדרו כ"חסמים הדוקטרינריים בפני חוקיות הפעולה השלטונית, ועצמת תחולתן משתנה על פי תפיסות נורמטיביות באשר לתכליות מוסד הקניין הפרטי ופעלו כמגן מפני כוח השלטון".³⁸

אין ספק כי תפיסת המחויבות להוראות המשפט הבין-לאומי המטילות על הממשל הצבאי באזור להבטיח את ההגנה על קניין הפרט של האוכלוסייה המוגנת מחייבת אף להתייחס בכובד ראש לשאלת הסיווג של הצרכים הציבוריים שעשויים להצדיק פגיעה בקניין זה.

41. החוק הירדני בדבר רכישה לצרכי ציבור אינו מספק נוענה ברור לשאלת הגדרתו של הצורך הציבורי. על פי סעיף 2 לחוק, "צורך ציבורי" הוא "כל צורך שהחליטה לגבי הממשלה בהסכמתו של המלך כצורך ציבורי". הגדרה טאוטולוגית זו דומה במידה רבה גם למצב ששרר במדינת ישראל (וגם באזור טרם החלפת הפקודה המנדטורית על ידי החוק הירדני) על פי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), מס' 24 לשנת 1943.

בתיקון מס' 3 משנת 2010 תיקן המחוקק בישראל את הגדרת "הצורך הציבורי", ועתה כוללת הגדרה זו מגוון צרכים פרטניים, אך – חשוב לציין – לא רק כאלה שמוגבלים לצרכי הקמת התשתיות הציבוריות, דוגמת כבישים, מעגנים ומתקני תשתית אחרים, אלא גם צורך כמו "הקמה, הרחבה או פיתוח של יישוב".

42. ניתן להניח כי במנעד הצרכים הציבוריים של ההתיישבות יימצאו צרכים ציבוריים "קלאסיים" שלא יעלה קושי לסווגם כצורך ציבורי לעניין דיני ההפקעה. כאלה ודאי יהיו הצרכים הביטחוניים המיועדים להגנה על חייהם ועל שלומם של המתיישבים,³⁹ אך גם הצרכים "התשתיתיים" הרגילים, דוגמת סלילת דרכים והנחת תשתיות ביוב, מים, חשמל וכיו"ב.

43. האם הסדרת שכונה תיחשב כצורך ציבורי כזה?

כאשר אנו מחפשים אחר המענה לשאלה זו, חשוב לזכור את ההבחנה הבסיסית בין הצורך הפרטי לבין הצורך הציבורי. ראינו כי הדין הישראלי מונה בין "הצרכים הציבוריים" שעשויים להצדיק את

³⁷ בג"ץ 794/17 זיאדה, לעיל הערת שוליים 1, פסקה 27 לפסק זינו של כב' המשנה לנשיאה (דימ') ס' גיבראן.

³⁸ יפעת הולצמן-גזית "הגבלות על הפקעת קרקעות: מלכתחילה ובדיעבד" (בעקבות חוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) (מס' 3), התש"ע-2010 "חוקים" ד' 2012, 1, 7.

³⁹ מבחינה מעשית, צרכים כאלה יזכו לרוב להגנה על פי דיני תפיסת מקרקעין לצרכים צבאיים, אם כי אין מניעה עקרונית גם להפעיל את סמכויות ההפקעה להגשתם.

השימוש בסמכות ההפקעה אף הקמה של יישוב או הרחבתו של יישוב קיים, וגם לעניין זה קיים פוטנציאל לעירוב מסוים בין הצורך הציבורי של הקמת היישוב לבין הצורך הפרטי של היזמים הפועלים להקמתו של יישוב, לרבות היעודים הנלווים של המסחר והתעשייה.⁴⁰

44. עוד קודם להכנסת המטרה של "הקמת שכונה" כצורך ציבורי בדיני ההפקעה, הפסיקה בישראל התחבטה בשאלה זו. למעשה, הפסיקה השאירה את ההכרעה בסוגיה זו להכרעה בכל מקרה ומקרה, וכלשונו של השופט (כתארו אז) מ' חשין:

"השאלה הנשאלת היא אפוא לאיזה מן הקטביוֹ נמשכת מטרת הקמתה של שכונת מגורים. דומני כי הניתוח הנורמטיבי לא ייתן ונשובה בידנו, שכן יכולים שיהיו בה במטרה זו גם עיקרים ציבוריים גם עיקרים פרטיים, והשאלה תהא בכל מקרה ומקרה אילו עיקרים ידם תהא על העליונה".⁴¹

45. נראה שהמבחן המרכזי שהנחה את בתי המשפט בהכרעה בסוגיה זו היה מבחן ההבחנה בין "העיקר והטפל". כפי שנפסק:

"העובדה, שתוך כדי ביצוע מטרת ההפקעה מושג פה ושם רווח, אם על-ידי הממשלה ואם על-ידי חברת בניה פרטית הפועלת מטעמה אינה גורעת ממהותה האמיתית של ההפקעה ואינה יכולה לפגום במטרתה, אם רק מלכתחילה היא לא נעשתה לשם השגת רווחים בלבד. כשמטרת ההפקעה איננה עשיית רווחים וזו רק תוצאה עקיפה של ההפקעה, אין בכך כלום. זה אינו משפיע על חוקיות ההפקעה".⁴²

החשיבות ניתנה בסופו של דבר לכך שהרכיב הציבורי-הכללי של הפרויקט שלמענו בוצעה ההפקעה גבר על הרכיב הפרטי-הפרטיקולרי שנלווה אליו.⁴³

46. נראה אפוא כי יש מקום לנתח את שאלת "הצורך הציבורי" בהתייחסות אל ההתיישבות הישראלית באזור על פי מבחנים דומים. שעה שעמוד בפנינו פרויקט קונקרטי שעניינו צורך לבצע בינוי מסוים או להניח תשתיות מסוימות, יהיה מקום לבחון את ההצדקה הציבורית הכללית של הפרויקט ואת הצרכים שמבססים את הקמתו, יחד עם השאלה האם צורך ציבורי זה משמש כרכיב הדומיננטי אל מול הצורך הפרטי שעשוי להתלוות אליו, הכל מתוך הבנה שעצם קיום של צורך פרטי נלווה כזה אינו פוסל כשלעצמו את השימוש בסמכות ההפקעה.

47. לצד האמור, עלינו לזכור אף את מגבלת הכוח הייחודית המתקיימת באזור לנוכח הוראות המשפט הבין-לאומי, כפי שפורט לעיל, שכוללת איסור לשקול את האינטרסים הלאומיים של מדינת ישראל בעת הפעלת הסמכויות של הממשל הצבאי באזור. האוכלוסייה שהיא "יעד" ההתחשבות של הממשל הצבאי היא עדיין האוכלוסייה המקומית של המתיישבים באזור.

מכאן נגזרת לכאורה אף ההבחנה המתחייבת: **נראה שהפקעת קרקע לטובת הקמה של שכונה**

⁴⁰ יפעת הולצמן-גזית, לעיל הערת שוליים 38, 35-36; אירית וזביב-סגל "בעיות תיאום ושאלת המטרה הציבורית בהפקת מקרקעין" עיוני משפט כא(3) 449 (1998); ור' גם בג"ץ 3198/05 למלה נ' עיריית תל אביב, פסקה 33 (פורסם בנבו, מיום 13.6.2011).

⁴¹ בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נח(2) 625, 680 (2001).

⁴² בג"ץ 147/74 ספולינסקי נ' שר האוצר, פ"ד כט(1) 421, 424 (1974).

⁴³ בג"ץ 3028/94 מהדרין בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נא(3) 85, 102, 107-108 (1995); בג"ץ 3956/92 מקור הנפקות חכויות בע"מ נ' ראש הממשלה, פסקה 5 (פורסם בנבו, ניום 22.12.1994); לגישה שאומצה במשפט הפדרלי בארצות הברית, שעל פיה עשויה להתאפשר הפקעה לצרכי ציבור גם שעה שתכלית הפרויקט המוקם היא מסחרית ר' *Keio v. City of New London*, 545 US 469 (2005).

חדשה שתשמש בעיקרה לקליטת האוכלוסייה החדשה שמקורה מחוץ לתחומי האזור או הפקעה של קרקע למטרת חיבור התשתיות של שכונה המתאכלסת באוכלוסייה כזו (כגון סלילת דרך הגישה שמטרתה לאפשר גזילת היישוב על ידי קליטת האוכלוסייה "החיצונית") – לא תיחשב כצורך ציבורי שהרשויות באזור יהיו רשאיות לשקול.

ז. הסדרת יישוב כצורך ציבורי

48. שאלה מורכבת לא פחות עולה שעה שעסקינן ביישוב או בשכונה שכבר הוקמו בעבר, אך מסתבר עם הזמן שהתפרסותו של הבינוי ביישוב חרגה מחוץ לתחום האדמות שבהן ניתן, על פי המדיניות הנוהגת, לבסס יישוב יהודי, קרי, מחוץ לאדמות במינום של "רכוש ממשלתי" או אדמות שנרכשו כדין בידי ישראלים.

ודוק: חוות דעת זו אינה עוסקת בשאלה מתי הסדרה כזו עשויה להיות מוצדקת במישור המדיני. בהתחשב בכך שהמדיניות של רשויות האזור מותווית בסופו של דבר על פי הדירקטיבה המדינית של ממשלת ישראל,⁴⁴ ואף השאלה הפרטנית של הקמת ישוב זה או אחר או הכרה בו היא עניין שאמור להיגזר מעמדתה של ממשלת ישראל,⁴⁵ אין ספק כי **גחירת הדרך להסדרת הבנייה תבוא רק אחרי שהדרג המדיני יחליט שיש לפעול בדרך זו.**

49. ההסתכלות המחמירה (והפשטנית במידה רבה) אל זופעת היישובים והשכונות באזור שטרם זכו להסדרה הקרקעית והתכנונית הייתה מבקשת לנתון את הצורך בהכשרה כזו במבחנים הנוהגים ביחס להכשרה של בנייה בדיעבד.

על פי הפסיקה בעניין זה, על הרשויות ששוקלות את שאלת ההכשרה של הבנייה לבחון את ההצדקה להכשרת הבינוי בהנחה כאילו שאלה זו הייתה נשאלת שעה שלא קיים בינוי בשטח, ואולם בכל מקרה ומקרה על בחינה זו להיות מלווה בהצגת שאלות משלימות, ובהן חומרת הפגיעה בשלטון החוק עקב הקמת הבינוי בהעדר הסדרה חוקית מלכתחילה, האינטרסים העומדים ביסוד התוכנית – ציבוריים או כלכליים צרים, כמה זמן קיים הבינוי, האם הרשויות נקטו פעולה כלשהי לאכיפה נגדו ומה הייתה תוצאתה, וכן שאלת קיומה של הסתמכות.⁴⁶

50. ואולם, כאמור, ההסתכלות על היישובים והשכונות חסרי ההסדרה הקרקעית באזור רק בפריזמה של ההתייחסות אליהם כבינוי בלתי-חוקי תהיה הסתכלות צרה ופשטנית.

קיתונות דיו נשפכו בכל הקשור לסיבות ההיסטוריות שהובילו לתופעה של הקמת בינוי של יישובים ישראלים באזור, לעתים בהיקף של שכונות שלמות בקרקעות פרטיות. אין בדעתי לחזור על מלוא

⁴⁴ בג"ץ 548/04 אמנה-תנועת ההתיישבות של גוש אמונים נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פסקה 5 לפסק דינה של כב' השופטת ד' דורנר (פורסם בבנו, מיום 26.2.2004).

⁴⁵ בג"ץ 9195/03 וינשטוק נ' הממונה על הרכוש הממשלתי בובל עזה, פסקה 8 לפסק דינו של כב' השופט (כתארו אז) מ' חשין (פורסם בבנו, מיום 31.12.2003); בג"ץ 5852/04 "אמנה" תנועת ההתיישבות של גוש אמונים אגודה שיתופית נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נט(2), 289, 294 (2004). היסוד ההיסטורי של מעורבות ממשלת ישראל (או ועדה מטעמה, כפי שהיה במקרה של ועדת רושנים להתיישבות או הוועדה לענייני ההתיישבות שהייתה משותפת לממשלת ישראל ולהסתדרות הציונית והעולמית) בהחלטות הממשלה מס' 559 (הת/8) מיום 16.3.1975 ומס' 801 (הת/18) מיום 20.7.1977. כיום הבניוס לצורך בקבלת אישור הממשלה להקמת יישוב מצוי בעיקרו בהחלטת הממשלה מס' 150 מיום 2.8.1996.

⁴⁶ ע"מ 9057/09 איגור נ' השמורה, פסקה 30 לפסק דינה של כב' השופטת (כתארה אז) מ' נאור (פורסם בבנו, מיום 20.10.2010); בג"ץ 1027/04 פורים הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל, פסקאות 111-112 לפסק דינה של כב' השופטת ע' ארבל (פורסם בבנו, מיום 9.6.2011).

הנתונים והמסקנות שפורטו בעניין, התופסים נתח נכבד מהדוחות השונים, ובהם חוות דעת (ביניים) בנושא מאחזים בלתי-מורשים של עו"ד טליה ששון (דו"ח ששון), דו"ח הוועדה לבחינת מצב הבנייה ביהודה ושומרון (דו"ח לוי), דוחות מבקר המדינה ועוד. בתמצית, ניתן להצביע על שלוש תופעות מרכזיות שעומדות בבסיס התופעה האמורה:

א. **העדר תיאום נאות בטיפול בתופעת ההתיישבות הישראלית** בין הזרועות השונות של הממשל הצבאי והדרג המדיני לאורך שנות קיום השליטה הישראלית באזור.

כתיאורה של עו"ד טליה ששון:

"אחד הקשיים הצפים ועולים מדו"ח זה, בכל הניגע למאחזים הבלתי מורשים בשטחי איו"ש הוא העדר יד אחת מנחה ומתאמת בין הגורמים השונים להם מסורות הסמכויות בכל הנוגע למאחזים הבלתי מורשים. הכשל המערכתי בנושא המאחזים הבלתי מורשים, נעוץ בחלקו, בעובדה שלגורמים רבים הוענקו סמכויות. הגדרת הסמכויות וגבולות הסמכות אינם ברורים; גופים שונים מטפלים באותו עניין ללא תיאום הולם; נתונים עובדתיים רלוונטיים אינם נגישים באשר הם מצויים בידי המינהל האזרחי בלבד, באופן שאינו מאורגן ושיטתי. למעשה נתונים אלה אינם מצויים בידם של הגופים המוסמכים שאמורים לבחון את הנתונים ולהחליט בנוגע אליהם; אין קשר ראוי בין הזרוע המבצעת לזרוע המדינית, ואין הנחיה ברורה של גוף אחד בעל סמכות".⁴⁷

ב. **מסרים סותרים, עד כדי עידוד במעשה או בקריצה**, מצד הרשויות השונות כלפי המתיישבים, בין כתוצאה מאותו העדר תיאום ובין כתוצאה מיד מכוונת של פקידים בדרגים השונים:

כדברי דו"ח ששון:

"לא כך הוא המצב לגבי רשויות ציבוריות וגופים מטעם המדינה, שנטלו חלק מרכזי בהקמתם יחד עם אחרים, בחלקן בהשראת הדרג המדיני, מי בעצימת עין, ומי בעידוד ותמיכה, אך ללא החלטה של הדרג המדיני המוסמך מטעם המדינה".⁴⁸

ועדת לוי אף הרחיקה לכת וסברה שמכלול הדברים מעיד לא רק על מסרים סותרים אלא על התנהלות שיטתית שעשויה להקים הבטחה מנהלית או השתק ממש כנגד רשויות המדינה המבקשות להתנער ממסרי העידוד שהועברו לאורך השנים להתיישבות:

"אותה התנהלות של הממשלה באמצעות שלוחיה, היא גם בגדר הפרת "הבטחה מנהלית" שניתנה למתיישבים. כאמור, אלה היו רשאים להניח כי הממשלה פועלת כמתחייב מהדין, ואינה סותרת את החלטותיה-שלה בנושא ההתיישבות ביהודה ושומרון. הם היו רשאים להוסיף ולהבין כי הממשלה מיישבת אותם על קרקע שבבעלותה, ושבהמשך היא תסדיר גם מעמד היישוב במישור התכנוני".⁴⁹

ג. **ליקויים חמורים בעזרי המיפוי** שעל בסיסם הוקמו היישובים באזור.

למעשה, עד מחצית העשור הראשון של המאה ה-21 התנהלו הרשויות באזור על בסיס עזרי

⁴⁷ חוות דעת (ביניים) בנושא מאחזים בלתי-מורשים של עו"ד טליה ששון ("דו"ח ששון"), עמ' 321 <http://www.pmo.gov.il/SiteCollectionDocuments/PMO/Communication/Spokesman/sason2.pdf>

⁴⁸ שם, עמ' 19, 53.

⁴⁹ דו"ח הוועדה לבחינת מצב הבנייה ביהודה ושומרון ("דו"ח לוי"), עמ' 58-59 – <http://www.pmo.gov.il/Documents/doch090712.pdf>

המיפוי ההיסטוריים בעלי איכות ירודה. כך, חלק ניכר מהמפות ששורטטו במטרה להבהיר את גבול התפרסותה המותרת של ההתיישבות – ובהן גבול "אדמות המדינה" המוכרזות, גבול צווי תפיסת מקרקעין לצרכים צבאיים, גבול תחום "רמשבצות" בהסכמי ההקצאה של הממונה על הרכוש הממשלתי, גבול תחומי השיפוט של הרשויות המקומיות הישראליות וכיו"ב – שורטטו על גבי "מפה דנה", לרוב בקנה מידה 1:20,000 שאינו מאפשר לעתים לזהות את המיקום המדויק של השרטוט, ועוד בעפרון או טוש עבה ישמשאיר לפרשנויות את מיקומו הנכון של קו הגבול.

גם שעה שהרשויות באזור החלו להצטייד במערכות מידע ממוחשבות למטרות המיפוי (דוגמת מערכת ה-GIS), אותם עזרים מיושנים פשוט הועתקו לרוב, כפי שהם, למערכות המידע, תוך יצירת אשליה של דיוק, אך תוך שימור כל הפגמים של "עובי הקו" והפגמים האחרים של עזרי המיפוי הקיימים (ולעתים תוך עיוות משלים שוב "תרגום" העזר תוך כדי קליטתו למערכת הממוחשבת).

הצוות לתיחום אדמות מדינה (המכונה "צוות קו כחול") שהוקם במנהל האזרחי בסוף שנות ה-90 על רקע הבנה של חוסר דיוק המפות והעזרים הגרפיים העומדים לרשות גורמי המנהל האזרחי לצורך הגדרת הגבול המדויק של "אדמות מדינה" מוכרזות, הופעל במתכונת מלאה (דהיינו, תוך הפיכת בדיקתו של הצוות לתנאי מכדמי בקידום הליכי התכנון והקצאת מקרקעין באזור) רק זמן קצר לפני פרסומו של דו"ח ששון.

51. על רקע השילוב של התופעות המתוארות לעיל, נהיר כי, גם לדעת הסבורים שמכלול הדברים אינו מגיע לכדי הבטחה שלטונית המקימה חובה להסדיר את מלוא הבינוי הקיים, ודאי אין גם מקום לצבוע את כל הבינוי ההתיישבותי שהוקם בקרקע פרטית בצבעים של חוסר-חוקיות בוטה.

52. בסופו של דבר, נראה כי במידה רבה ניתן להיעזר בהקשר בחינת הצורך הציבורי שבהסדרה התכנונית של שכונה או יישוב קיימים בבחינת הנתונים הפרטניים המתייחסים לנקודת ההתיישבות הקונקרטית, ובכלל זה משך קיומו של הבינוי, הנסיבות של הקמתו והסיבות לחריגת רכיביו לקרקע פרטית, מידת ההסתמכות תמת-הלב של הפרט על כך שהבינוי ימשיך להתקיים ויוסדר ועוד. כל מקרה יישקל בסופו של דבר לגופו של עניין.

53. בית המשפט העליון הכיר בכך שפינוי של יישוב שעלול לנתק את המתיישב מביתו, מסביבתו, מבית הכנסת שלו ומבית הקברות שבו קבורים מתיו הוא פגיעה באישיותו של המתיישב.⁵⁰ יש בהסרת הסכנה המרחפת מעל המשך חייו הקהילתיים משום הגשמה של זכותו של המתיישב לעצב את חייו ואת גורלו ואת חי קהילתו. כפי שציין לעניין זה כב' השופט אור:

"זכותו זו של אדם לעצב את חייו ואת גורלו ח'בקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו – היכן יחיה; במה יעסוק; עם מי יחיה; במה יאמין. היא מרכזית להווייתו של כל פרט ופרט בחברה. יש בה ביטוי להכרה בערכו של כל פרט ופרט כעולם בפני עצמו. היא חיונית להגדרתו העצמית של כל פרט, במובן זה שמכלול בחירותיו של כל פרט מגדיר את אישיותו ואת חייו של הפרט... הזכות לאוטונומיה של הפרט אינה מתמצה במובן צר זה, של אפשרות בחירה. היא כוללת גם רובד נוסף – פיזי – של הזכות לאוטונומיה, הנוגע לזכותו של אדם כי יעזבוהו לנפשו..."⁵¹

⁵⁰ בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה, הערת שוליים 22 לעיל, 561-562; ור' גם רע"א 5817/95 רחנברג נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד (נ) 221, 227 (1995); בג"ץ 794/17 זיאדה, לעיל הערת שוליים 1, פסקה 88 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (דימ') ס' גיבוראן.

⁵¹ הציטוט מתוך ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל". חיפה, פ"ד נג(4) 526, 570 (1999).

54. נראה כי האינטרס הכרוך בהסדרה התכנונית של יישוב עשוי להתקיים במלוא עצמתו אף בהעדר סכנה מידית להריסת בתי היישוב. שעה שבחינת נזיבות העניין תוביל למסקנה של הסתמכות המתדיישים בתום לב על מכלול המצגים בדבר הכוונה השלטונית לבסס ולהסדיר את הבינוי, כך גם עשויה לגבור הנטייה להשתמש בכלי הנטילה השלטונית של מקרקעין כדי לאפשר את ביסוס הבינוי.

בהקשר זה יש לזכור כי המשך התקיימותו של יישוב בהעדר הסדרה קרקעית ותכנונית מלווה במצוקה מתמשכת של תושביו. חיי התושבים האלו מלווים בחשש מתמיד מפני צעדי האכיפה שיינקטו נגד בתיהם.⁵² יכולתם להבטיח חיבור תשתיות בסיסיות לביתם או מימוש הצרכים הציבוריים בדמות הקמת מוסדות ציבור מוגבלת עד נאוד או נשללת לחלוטין.⁵³ מטבע הדברים, אף נגזר על אותם תושבים להתגורר לאורך זמן ביישוב מוננון ומתבלה, שעה שכל תוספת בנייה, פרטית או ציבורית, הופכת אותם באופן אוטומטי לעברייני בויה.

כפי שעוד יפורט בהמשך, אינטרסים אלה של המתדיישים ודאי עשויים לקבל משקל נכבד שעה שהאיזון הכולל בין אינטרסים אלה לבין זכות הקניין ממילא מוביל למסקנה של חוסר הצדק שבהענקת סעד הפינוי לבעלי הקרקעות.

55. מטבע הדברים, האיזון בין כבוד האדם של המתדיישים לבין קניינו של בעל הקרקע הפלסטיני הוא כשלעצמו מלאכה מורכבת, שיהיה מקום להתייחס אליה (כפי שיעשה בהמשך) על פי מבחני המידתיות המקובלים. לצד האמור, עוד בטרם נגיע לביצוע האיזון האמור, ניתן לומר ששעה שעל הכף מונחת הברירה, כמוצא אחרון, בין שימור הקהילה המגובשת של מתדיישים תוך הסדרת שהייתם במקום שבו קשרו את חייהם ושב הקימו את משפחתם לבין שימורו של הסיכון המתמיד של הריסת היישוב תוך כי המטת חורבן על קהילוננו, נראה שבהחלט ניתן לראות את היעד של הסדרת השכונה כתכלית ראויה שעשויה לבסס את הצלת הסמכויות השלטוניות למען השגתה.⁵⁴

מכאן גם משתמעת המסקנה ההפוכה: נהיר כי לא כל קרוואן שהונח על ראש גבעה, ולא כל בית שנבנה בחריגה מהתכנית של יישוב יצדיקו את השימוש בסמכות ההפקעה. **הסדרת הבנייה שהוקמה ללא ביסוס תכנוני וקרקעי סדור אינה תכלית בפני עצמה, יש לה תקומה רק שעה שהיא משרתת צרכים רחבים יותר של ההגנה על האינטרסים החוקתיים של המתדיישים: ולענייננו, של**

⁵² יובהר כי המקימים והמשתמשים במבנים שהוקמו ושהשימוש בהם החל לפני ו' בשבט התשס"ז (25.1.2007), שלא נפתחו בעניינם הליכי אכיפה תכנוניים (כגון מסירת צו הפסקת עבודה או צו הריסה) עד אותו מועד ושלא נוספה להם תוספת בנייה מאז אותו מועד, לא אמורים לעמוד לדין פלילי בגין מעשה הבנייה או השימוש במבנה, וזאת עקב הוראות המעבר שנקבעה בגדרי צו בדבר תכנון ערים, כפרים ובנינים (תיקון מס' 19) (תיקון) (יהודה והשומרון) (מס' 1598), התשס"ז-2007.

ואולם, בשים לב לכך שהליך האכיפה המנהלי נגד בינוי בלתי-חוקי באזור אינו נחסם בשל חלוף של זמן מאז הקמת הבינוי, עדיין רשאויות רשויות האזור לנקוט הליכי אכיפה כאלה, לרבות הוצאת צווי הריסה סופיים ומימושים, גם אם הבינוי הוקם לפני שנים רבות.

⁵³ ר' כדוגמה פרשת ההקמה של מתקן טיהור השפכים ביישוב: עפרה שחייבה מעבר של "דרך ייסורים" ארוכה עד להשלמתה: בג"ץ 4457/09 מנאע נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, מיום 27.7.2011); בג"ץ 8088/14 פרחאט נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, מיום 27.9.2017).

⁵⁴ והשוו לדבריו של כב' המשנה לנשיאה (דימי) ס' גובראן ב-בג"ץ 794/17 זיאדה, לעיל הערת שוליים 1, פסקאות 75 ו-77, שבה הביע את דעתו שדווקא הכישלון של הפתרון שהוצע לתושבי עמונה באותו מקרה להשיג את היעד האמור הוא שעומד בעורכיו של הפתרון. ור' דברי היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד איל ינון, פרוטוקול מס' 1 משיבת הוועדה המשותפת לוועדת החוקה, חוק ומשפט ולוועדת החוץ והביטחון לדיון בהצעות חוק ההסדרה, עמ' 6 (22.11.2016), וכן את הסקירה המקיפה בתגובר מקדמית מטעם ממשלת ישראל ב-בג"ץ 1308/17 עיריית סילואד נ' הכנסת, של ד"ר הראל ארנון, עו"ד, ונפרט את מקרי הבוחן הממחיש את המצוקות של התושבים באתרים ספציפיים, פרק א' 5 לתגובה (מיום 21.8.2017).

שימור הקהילה המגובשת של מתיישבים במקום שבו קשרו את חייהם.

56. יפים לעניין זה דבריו של כב' המשנה לנשיאה (דימ') ס' גיוראן בעניין בג"ץ זיאדה:

"בעוד המדינה הדגישה בטיעוניה את התועלת והצבאית-ביטחונית הטמונה במתווה, המתיישבים השליכו יהבם על חיוניותו להגשמת צורכיה ההומניטאריים של אוכלוסיית האזור, ובפרט לרווחתם של תושבי עכו. לעמדתם, תורם ההסדר שמכונן הצו המתקן לצמצום הפגיעה הצפויה בתושבים עקב פינוי היישוב שבו התגוררו משך כשני עשורים, ולשמירה על הקהילה שבר חיו. אף בהיבט זה מוצא אני כי יש ממש בטענות המשיבים, וכי ההתחשבות ברצונם של תושבי עכו אכן מהווה שיקול שבסמכותו של המפקד הצבאי ליטול בחשבון, ובנסיבות מסוימות אף להשתית על בסיסו שינוי של הדין החל באזור" [ההדגשה נוספה – ו"ב].⁵⁵

ובהמשך:

"אכן, התיישבותם של תושבי עכו על קרקע פרטית נעשתה שלא כדין, ואין עוררין על חובתה של המדינה לפעול על פי פסק דינו של בית משפט זה ולפנותם. ואולם נכון אני לראות במצב שבו היו מצויים תושבי עכו ערוב הפינוי, כשבתיהם עתידים להיהרס, כצורך הומניטארי שהמפקד הצבאי מוטמך להתחשב בו".⁵⁶

57. אמנם, גם כב' המשנה לנשיאה (דימ') ס' גיוראן ביקש שלא לקבוע מסמרות בשאלה האם די יהיה בשיקול "ההומניטרי" לבדו כדי להצדיק את קידומו של התחיקה החדשה שפגעה בזכויות הקניין של האוכלוסייה המוגנת (שכן הכרעתו בוססה, בנוסף, על הצורך הביטחוני שהתקיים באותו מקרה שעניינו השאיפה לצמצם את ההתנגדות לפינוי המארז עמונה).⁵⁷ כמו כן, כב' המשנה לנשיאה (דימ') נטה אף לייחס משקל פחות לשאיפה לשימור חיי הקהילה, שעה שזו מבקשת להיאחז דווקא בשימור הקהילה באתר ספציפי.⁵⁸

ואולם, באיזון הכולל בין הדברים ברור ששני שאינטרס ההסתמכות של ההתיישבות, כאוכלוסייה המקומית, הוא בעל עצמה גבוהה יותר, ככל שהסדרתו של יישוב נחוצה יותר להשגת האינטרסים העיוניים של אותה אוכלוסייה מקומית, כך תגבר הנטייה למצוא בשיקול "ההומניטרי", יחד עם הצרכים הציבוריים שאותם משרתת הסדרת היישוב, בסיס נאות להפעלת סמכות הנטילה השלטונית למען ההגשמה של אינטרסים אלה. ואכן, שעה שההתיישבות היהודית הוכרה כאוכלוסייה המקומית של האזור, ושעה שנקבע כי האינטרסים שלה עשויים להצדיק את הפעלת סמכות ההפקעה, יהיה זה תמוה אם סמכות זו תופעל רק בהתקיים הצורך הביטחוני הנלווה (קרי, שעה שאי-ההסדרה עלולה לגרור הפרות סדר), בעוד ההתיישבות הנורמטיבית, הרחוקה מרחק שנות אור מהשימוש בלשון האיומים, תופלה לרעה דווקא ולא תזכה להסדרת בתיה.

מטבע דברים, עדיין יהיו הדברים כפופים לבחינה רפרטנית של שיקול הדעת המופעל אגב מימוש הסמכות, לרבות במישור המידתי, כפי שיתואר בהמשך.

ח. שיקול הדעת השלטוני בהפעלת סמכות ההפקעה

58. הדיון עד כה הוקדש לאדנים העיוניים של הפעלת סמכות הנטילה השלטונית לצורך הסדרתו של

⁵⁵ בג"ץ 794/17 זיאדה, לעיל הערת שוליים 1, פסקה 25 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (דימ') ס' גיוראן.

⁵⁶ שם, פסקה 27 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (דימ') ס' גיוראן.

⁵⁷ שם, שם.

⁵⁸ שם, פסקה 92 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (דימ') ס' גיוראן.

ישוב או שכונה ישראליים באזור. מסקנת הביניים העולה מדיון זה היא שבאופן עקרוני נתונה לרשויות השלטון הישראליות באזור הסמכות להשתמש בכלי הנטילה השלטונית למטרה זו, במספר סייגים.

59. נהיר, עם זאת, כי הדיון במישור עצם קיום הסמכות הוא רק נדבך ראשון בהליך גיבוש המסקנה בדבר ההצדקה להפעלת סמכות ההפקעה במקרה הקונקרטי. על רשויות השלטון באזור להפעיל שיקול דעת קפדני וזהיר ביותר בטרם תצא מלפניהם הוראה לפגוע בזכות הקניין של האוכלוסייה המוגנת. הן רשאיות להפעיל את סמכותן מקום שהזרכים החיוניים מחייבים את הפעלת הסמכות גוברים במשקלם על זכות הקניין, וכאשר האמצעי הנקט כלפי קניינו של הפרט מאזן באורח מידתי בין חשיבות התכלית שמבקשים להשיג לבין עצמת הנזק הצפוי מהפגיעה.⁵⁹

60. זכות הקניין היא זכות יחסית החשופה לפגיעה מקום שהכרחי לקדם תכליות חשובות אחרות.⁶⁰ תהיה זו שגיאה להניח שעצמתה של זכות הקניין בהכרח תאפשר, בהתקיים האיזון הנאות, להתגבר על האינטרסים הניצבים מנגד: לא זו בלבד שהמדובר בזכות יחסית שעשויה לסגת, כאמור לעיל, לנוכח הזכויות והאינטרסים המתחרים, אלא יש להניא בחשבון גם את העובדה כי בעלים של נכס, ובכלל זה נכס מקרקעין, אינו נהנה מאוטונומיה מוחלטת בבואו להגן על החזקתו בנכס, ואין לו זכות בלתי-מסויגת ל"שרירות בעלים".⁶¹

כך, בהחלט עשויים להיות מקרים שבהם יוגבלו הסעיפים שלהם זכאי בעל זכות הקניין הנפגעת, כגון על בסיס עקרון תום הלב⁶² לצד עקרונות הצדק וההגיונות.⁶³

61. אמות המידה לעריכת האיזון הראוי בין הערכים הנוגדים מונחות על פי העקרונות הקבועים בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו המקשרים כיום בין חוק היסוד לבין מכלול הדינים של המשפט הציבורי.⁶⁴ מבלי להכריע בשאלה האם זכות הקניין של האוכלוסייה הפלסטינית באזור זוכה להגנה החוקתית מכוח חוקי היסוד לצד ההגנה לה היא זוכה מכוח הוראות המשפט הבין-לאומי,⁶⁵ נהוג לבחון את הפעלת סמכותן של הרשויות באזור על פי אמות מידה זהות במהותן.⁶⁶

62. לצד הצורך שהחלטה מנהלית תשרת תכלית ראויה (נזוגיה שנדונה לעיל בהקשר של המטרה שלשמה

⁵⁹ בג"ץ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נט(5) 368, 378 (2005).

⁶⁰ בג"ץ 7015/02 עגורי, הערת שוליים 4 לעיל, 365; ור' על האופי היחסי של הזכויות בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 36-41 (1997).

⁶¹ יהושע ויסמן דיני קניין – בעלות ושיתוף 42-45 (התשנ"ז); חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 27-37 (2005); ע"א 8661/10 נעמה נ' טורקיה, פסקה 11 לפסק דינה של כב' השופטת (כתארה אז) א' חיות (פורסם בנבו, מיום 19.2.2012).

⁶² ע"א 782/70 רדומילסקי נ' פרידמן, פ"ד כה(2) 523, 530 (1971); ור' גישותיהם של שופטי ההרכב בעניין ע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999).

⁶³ ע"א 8661/10 נעמה, הערת שוליים 61 לעיל, פסקה 13 לפסק דינה של כב' השופטת (כתארה אז) א' חיות; רע"א 8186/07 כרמל נ' ינקוביצקי, פסקה 6 (פורסם בנבו, מיום 1.1.2008); ע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385, 401-402 (2003).

⁶⁴ בג"ץ 5016/96 חורב, הערת שוליים 60 לעיל, 43-41.

⁶⁵ ר' למשל דיון בסוגיה בבג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1, 19-20 (2006); בג"ץ 794/17 זיאדה, לעיל הערת שוליים 1, פסקה 95 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (דימי) סי גיוראן.

⁶⁶ בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פסקה כ"ד לפסק דינו של כב' השופט (כתארו אז) א' רובינשטיין (פורסם בנבו, מיום 31.12.2014).

מוצדק להפעיל את סמכות ההפקעה, על הפעלת סמכות זו להיות פרי שיקול דעת סביר ומידתי, המאזן איזון ראוי בין חשיבותה וחיוניותה של המטרה שיש להשיגה לבין היקף הפגיעה בפרט הכרוכה בכך.⁶⁷ בסופו של דבר, כדי לעמוד בתנאי המידתיות, על הרשויות הנטל להראות כי:

- א. קיימת התאמה בין האמצעי הננקט על ידיהן לבין זמטרה (מבחן המשנה הראשון);
- ב. האמצעי הננקט הוא זה שפגיעתו בפרט היא הפחותה מבין החלופות האפשריות אשר מקיימות מטרה זו (מבחן המשנה השני);
- ג. קיים יחס ראוי בין הפגיעה בזכויות הנובעת מהשימוש באמצעי לבין התועלת שתצמח מהפעלתו (מבחן המשנה השלישי, המוכר גם כ"מבחן המידתיות במובן הצר").⁶⁸

63. יובהר, כי מבחן המידתיות הוא מבחן נדרש גם בדיני ההפקעה הישראלים כפי שהתפתחו עקב התפתחות השיח הקנייני-חוקתי עם חקיקת חוקי היסוד,⁶⁹ וגם בהקשר הזה הוא כולל שלושה רכיבים: ראשית, הקרקע צריכה להתאים להגשמת הצורך הציבורי המוגדר שלשמו הופקעה; שנית, אין לפגוע בזכות קניין אלא במידה המזערית הנדרשת להשגת הצורך הציבורי; שלישית, נדרש קיומו של יחס נאות בין התועלת שתצמח לציבור מן הקרקע לבין הנזק שייגרם לאזרח עקב ההפקעה.⁷⁰

1. מבחן המשנה הראשון – קשר רציונלי בין האמצעי למטרה

64. שעה שאנו מכירים בתכלית של הסדרת השכונה באזור תוך השגת היעד של פתרון המצוקות ההומניטריות והגשמת האינטרסים הלגיטימיים של תושבי השכונה כתכלית ראויה כשלעצמה, עלינו לבחון האם השימוש בכלי הנטילה השלטונית של המקרקעין שעליהם הוקמה השכונה עומד בקשר רציונלי עם המטרה האמורה. השאלה בהקשר זה אינה אם האמצעי שנבחר הוא המתאים ביותר, אלא האם מדובר באמצעי שמקדם את המטרה שאותה ראתה הרשות לנגד עיניה⁷¹ ושמוכיל להגשמת התכלית בהסתברות שאינה קלושה או תיאורטית בלבד.⁷²

65. בענייננו, השאלה הצריכה הכרעה היא אם הפקעת מקרקעין לטובת הכשרה של שכונה אכן מגשימה את התכלית המבוקשת של הסדרת הבנייה למען שימור הקהילה המגובשת של מתיישבים במקום שבו קשרו את חייהם.

66. נראה שהכישלון של המדינה בפרשת זיאדה להוכיח את התקיימות תנאי מבחן המידתיות הראשון ניתן לתלות, בעיקרו של דבר, בכך שהאמצעי שהוצע באותו מקרה (פירוק השיתוף בחלקות הנפקדים על הגבעה שבה הוקמה עמונה) לא הצליח בפועל להשיג את המטרה של שימור הקהילה. כדבריו של כב' המשנה לנשיאה (דימ') ס' גיבראן:

⁶⁷ בג"ץ 7862/04 אבו דאהר, הערת שוליים 59 לעיל, 378; בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 736, 757-756 (2005).

⁶⁸ בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק, הערת שוליים 2 לעיל, 840; בג"ץ 794/17 זיאדה, לעיל הערת שוליים 1, פסקה 73 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (דימ') ס' גיבראן.

⁶⁹ דפנה לוינסון-זמיר "ההגנה החוקתית על הקניין ודיני הפקעת מקרקעין" ספר ויסמן 73 (2002); בג"ץ 3956/92 מקור הנפקות זכויות בע"מ, הערת שוליים 43 לעיל, פסקה 6 לפסק דינו של כב' השופט ת' אור; ע"א 119/01 אקונס נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 817, 843-844 (2001).

⁷⁰ דנג"ץ 4466/94 נוסיבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68, 88 (1995).

⁷¹ אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 377, 382 (2010).

⁷² בג"ץ 5304/15 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' הכנסת, פסקה ע"ט לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה אי רובינשטיי (פורסם בבנו, מיום 11.9.2016); דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ב 778 (2010); דליה דורנר "מידתיות" ספר ברנזון כרך שני 281, 289 (2000).

"יבשל הצורך בהתקיימותם במקביל של ארבעת התנאים האמורים, סבורני כי מידת הוודאות לכך שהצו המתוקן יפתור את מצוקתם של תושבי עמונה ואפשר להם להמשיך להתגורר בקרבת היישוב המפונה אינה זולחת את הרף הנדרש, וכי התרחיש שבו יחויבו הם להתפנות שוב ממשי מכדי לקיים את דרישת הקשר הרציונלי".⁷³

67. לעומת זאת, נראה שדווקא פתרון קרקעי שעשוי לזותיר את המתיישבים כקהילה במקום שבו קשרו את חייהם – וכזה הוא ללא ספק פתרון הנטיחה השלטונית – משיג ברמת הוודאות הגבוהה את התכלית המדוברת. יש לעבור אפוא לבחינת התקיימותם של יתר מבחני המשנה של המידתיות.

ח.2. מבחן המשנה השני – אמצעי שפגיעתו פחותה

68. מבחן המשנה השני של המידתיות דורש כי האמצעי והנקט יהיה בעל הפגיעה הפחותה בפרט מתוך מקשתת (ספקטרום) האמצעים המתאימים להגשמת מטרתה של הרשות.⁷⁴ הדרישה איננה שהבחירה תהיה באמצעי שבאופן מוחלט הוא הפחות פוגעני, אלא די בכך שהאמצעי יהיה בגדרו של "מתחם המידתיות",⁷⁵ ושפגיעתו תהיה מתונה יחסית, גם אם היא איננה בגדר הפגיעה הפחותה ביותר האפשרית.⁷⁶

69. האם ניתן להשיג את התכלית של הסדרת הבנייה לוגען שימור הקהילה המגובשת של מתיישבים במקום שבו קשרו את חייהם בכלים חלופיים הומקיימים קשר רציונלי עם תכלית זו? נראה שהתשובה לכך תהיה תלויה בנסיבותיו של כל מקרה.

70. הדין ותחיקת הביטחון באזור מספקים מגוון כלים שעשויים לאפשר התמודדות עם המצבים שבהם בנייה בהתיישבות חרגה לקרקע פרטית, וזאת גם מוגלי להיזקק לכלי של ההפקעה. הדברים פורטו בהרחבה בתגובת היועץ המשפטי לממשלה בעתירות בעניין "חוק ההסדרה",⁷⁷ ולא אחזור כאן על הדברים, אך אציין את המגבלות של הכלים החלופיים האמורים שבגללן כלים אלה אינם בעלי יכולת לפתור את הקשיים הקרקעיים במקרים מסוימים:

א. הסדר "כשירות העסקאות" – על פי סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, עסקה שנעשתה בתום לב בין הממונה על הרכוש הממשלתי לבין אחר בנכס שהממונה חשבו לרכוש ממשלתי, לא תיפסל ותעמוד בתקפה גם אם יוכח שהנכס לא היה אותה שעה רכוש ממשלתי.

סעיף זה, שאפשרות השימוש בו והעקרונות המנחים את הפעלתו סוכמו על ידי היועץ המשפטי לממשלה,⁷⁸ אכן עשוי לספק פתרונות במצבים שבהם בנייה ביישוב מסוים חרגה מגבולות הסכס הקצאת המקרקעין ביחס אדמות היישוב לתחום של קרקע פרטית.

⁷³ בג"ץ 794/17 זיאדה, לעיל הערת שוליים 1, פסקה 77 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (דימ') ס' גיוראן.
⁷⁴ אהרן ברוך, הערת שוליים 71 לעיל, 391 ואילך; בג"ץ 94/17 זיאדה, לעיל הערת שוליים 1, פסקה 85 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (דימ') ס' גיוראן.

⁷⁵ בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, פסקה 51 לפסקה דינה של כב' השופטת (כתארה אז) נאור (2008); בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פסקה 38 לפסק דינו של כב' השופט ח' מלצר (פורסם בנבו, מיום 15.4.2015).

⁷⁶ בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגון העצמאים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 115 לפסקה דינה של כב' השופטת א' פרוקציה (פורסם בנבו, מיום 2.9.2010).

⁷⁷ תגובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה ב-בג"ץ 1308/17 עיזיית סילואד נ' הכנסת (מיום 22.11.2017).
⁷⁸ "סיכום דיון – סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה וזשומרון) של ד"ר גיל לימון, עו"ד, סימוכין 99-004-2016-020272 מיום 7.12.2016 (הסיכום צורף כנספח לתגובת היועץ לעתירות "חוק ההסדרה").

לצד האמור, לסעיף זה, ככלל, אין שימוש שעה שאין בנמצא הסכם הקצאת מקרקעין של הממונה על הרכוש הממשלתי.

ב. נטילת חזקה בנכסים נטושים – מדובר בכלי שנעשה ניסיון להשתמש בו בפרשת זיאדה. מסיבות שונות, שאינן בהכרח נובעות מהפגם בעצם השימוש בכלי זה, ניסיון זה נחל כישלון. חלק מאותו כישלון מוסבר בכך שנטילת החזקה בנכסים נטושים אפשרית רק לתקופות קצרות, ויש בה יותר דחיית הקץ מאשר מתן פתרון מערכתי לשכונה שדוקמה בקרקע פרטית.

יתר על כן, הקשיים הראייתיים עלולים למנוע לרוב את השימוש בכלי, שכן כ-70% מהמקרקעין באזור כלל לא עברו הסדר, ואין בנמצא כל מרשם מקרקעין סדור שמכוחו ניתן לשאוף מידע על מערך הבעלויות בקרקע לשם זיהוי החלקות שהן בגדר "אדמות הנפקדים" דווקא, בעוד שהרישומים בספרי המס הירדניים ("המאליות") לא זו בלבד שאינם מספקים הוכחת בעלות של ממש,⁷⁹ אלא אף לעתים קרובות אינם כוללים מידע מספיק המאפשר לקשור את הרישום לחלקה ספציפית בשטח.

ג. בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת – באשר לשימוש בכלי זה, שמקורו בחוק החזקה (תצרוף) בנכסי דלא ניידים, מס' 49 לשנת 1953, רב הנסתר על הגלוי, שכן רשויות האזור נמנעו עד כה מלהשתמש בכלי זה. יחד עם זאת, נראה שמבחינה מעשית ואמילא מדובר בכלי מוגבל ביותר, שכן המקיס בנייה במקרקעין של זולתו עשוי לקבל זכות להישאר במקרקעין בעיקר אם הוא מחזיק שטר בעלות על הקרקע (סעיף 10 לאותו חוק), ואילו בהעדר שטר כאמור מקיס הבנייה נתון לחלוטין לחסדיו של בעל הקרקע (סעיף 12 לאותו חוק).

71. הנה כי כן, ניתן לראות כי הכלים החלופיים להפקעה מקרקעין הם כלים בעלי כוח מוגבל, שעשויים להתאים למקרים מסוימים, אך ודאי אין בהם כדי לספק פתרון בכל מקרה. ניתן להניח כי במקרה שבו ניתן לפתור בעיה נקודתית באמצעות איזה מחללים החלופיים האלה, כגון על ידי הפנייה לסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי, הדבר עשוי להיות עדיף על פני השימוש בכלי ההפקעה, בהיותו של הכלי על פי סעיף 5 אמצעי נקודתי יותר וככזה פוגעני פחות.

לעומת זאת, שעה שאין בכוחם של הכלים האלה או כלים אפשריים אחרים לספק פתרון להשגת המטרה העומדת על הפרק, יש מקום לבחון את וזשימוש בכלי ההפקעה, שכן ייתכן שמבין כל האמצעים הקיימים זה עשוי להיות הכלי היחיד שמיוגל לספק פתרון למצב.

72. ניתן היה להעלות על הדעת, בחיפוש אחר אמצעי חלופי להשגת המטרה שעל הפרק, שהימנעות מאכיפה תכנונית נגד שכונה מסוימת (במידה רבז בדומה למצב המתקיים כיום ביחס לבנייה הוותיקה בהתיישבות) הייתה משיגה מטרה דומה של שימור קהילת המתיישבים בשטח שבו קשרו את חייהם. ואולם, אמצעי זה אינו יותר ממקסם שווא.

ראשית, יש קושי לומר שפגיעתו של אמצעי זה פחותה בהשוואה להותרת הבינוי בקרקע בעקבות ההפקעה. במסלול של ההפקעה מתקיים הליך נאות שבגדרו ניתנת לבעל הזכויות במקרקעין הזכות להביע את דעתו, ושבסופו – אם בכל זאת מתקבלת ההחלטה להפקיע את המקרקעין – מתגבשת זכותו של בעל המקרקעין לקבל פיצוי מהרשויות.

שנית, קשה להעלות על הדעת שהצהרת המדינה בדבר הכוונה להימנע מאכיפת הדין ביחס לבינוי בלתי-מוסדר מסוים תעלה בקנה אחד עם חובות הושויות הציבוריות באכיפת דיני התכנון והבנייה. גם אם בתי המשפט ייטו לעתים קרובות אוזן קשבת לעמדת המדינה הנאלצת לקבוע לעצמה סדרי

⁷⁹ סעיף 20(2) לחוק מס קרקעות, מס' 30 לשנת 1955.

עדיפויות באכיפה התכנונית, הובהר לא פעם שסדר עדיפויות זה אינו יכול להגיע לכדי התנערות מוחלטת מחובת אכיפת הדין, בכלל או במקום מסוים.⁸⁰

שלישית, ההכרה בזכות לשימור חיי הקהילה ביישוב עלולה להתרוקן מתוכן בהעדר הכרה בזכות נלווית של המתיישבים לעשות זאת באורח נורמטיבי ובתנאים שיאפשרו את מימוש הזכות באופן סביר, לרבות האפשרות לפתח תשתיות חיוניות ולקיים מרקם חיים סביר, דבר שיכול להתאפשר רק בבינוי בעל מעמד תכנוני כדן. שעה שהנטילה השלטונית של המקרקעין אינה מובילה להסדרה התכנונית של הבנייה, עלול הדבר לפגוע אף בהתקיינותו של מבחן המשנה הראשון של המידתיות, הן בשל החטאת התכלית המבוקשת באופן כללי והן בשל פגיעה ביסוד הערכי-נורמטיבי שאמור לאפיין את הקשר הרציונלי בין האמצעי לבין התכלית המושגת,⁸¹ יסוד שעלול להישמט שעה שהתכלית מוגשמת באמצעי שמוותר על כנו את חומר החוקיות התכנונית של הבינוי תוך הנצחת הפגיעה בשלטון החוק.

73. עוד, כפי שהוזכר לעיל, לצד סמכות "ההפקעה" ממש, מעגן חוק הקרקעות – רכישה לצרכי ציבור, מס' 2 לשנת 1953, גם סמכויות נטילה שלטונית בעל ז' אפקט מוגבל, כגון עשיית שימוש במקרקעין לתקופה מוגבלת או אף "הטלת זכות שימוש", שנוכחה לאפשר שימוש במקרקעין מבלי לפגוע בזכות הבעלות המקורית (סעיף 4(ד) לחוק). **נראה שלצורך צמצום הפגיעה בזכות הקניין יש מקום להשתמש במקרים המתאימים דווקא בסמכויות ייחודיות אלה חלף הפעלת הסמכות של הפקעה ממש.**

74. מטבע הדברים, בחינת קיומו של אמצעי שפגיעתו פחותה אינה מתמצה בבחירה בין הכלים החקיקתיים שעשויים להשיג את התכלית המבוקשת. כך, למשל, עשויים להיות מקרים בהם ימצא פתרון מעשי להזזה של אי-אילו רכיבים של בינוי הוויכוחי מהקרקע הפרטית ל"אדמות מדינה" באופן המייתר את הצורך להיזקק לנטילת הקרקע הפרטית. אך גם שעה שהמסקנה היא שהאמצעי של הנטילה השלטונית הוא האמצעי הנדרש, יש להזשיך ולעמוד על כך שגם היישום של השימוש באמצעי זה תפגע במידה הפחותה הניתנת בזכויות המוגנות,⁸² בכלל זה על ידי בחירת התואי המידתי של תיחום השטח שהחזקה בו ניטלת.

ח. מבחן המשנה השלישי – יחס ראוי בין הפגיעה לתועלת שתצמח ממנה

75. מבחן המשנה השלישי של המידתיות מחייב להראות: שנקיטת האמצעי הספציפי עומדת ביחס ראוי לתועלת שתצמח מהפעלתו. על פי מהותו, זהו מבחן ירכי שבוחן האם מתקיים יחס ראוי בין תוספת התועלת החברתית הצומחת מפעולת הרשות לבין תוספת הנזק לזכויות המוגנות הנגרם בעקבות פעולה זו.⁸³ מבחן זה מבטא את הרעיון כי קיים מחסום ערכי שהמשטר הדמוקרטי אינו יכול לעבור, גם אם התכלית של הפעולה היא ראויה.⁸⁴

⁸⁰ בג"ץ 11113/08 התנועה לשמירת אדמות הלאום נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, מיום 5.3.2009); בג"ץ 1161/06 תנועת "אנחנו על המפה" נ' שר הביטחון, פסקה 10 (פורסם בנבו, מיום 14.10.2007).

⁸¹ דפנה ברק-ארז משפט מנהלי כרך ב' 778-779 (2010); בג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד סא(1) 844, 865-864 (2006); בג"ץ 794/17 זיאדה, לעיל הערת שוליים 1, פסקה 81 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (דימ') ס' גיבראן.

⁸² בג"ץ 2887/04 אבו מדיגס נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד סב(2) 57, 111 (2007).

⁸³ בג"ץ 794/17 זיאדה, לעיל הערת שוליים 1, פסקה 86 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (דימ') ס' גיבראן; בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פסקאות 91-92 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (פורסם בנבו, מיום 14.5.2006); בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסק 21 לפסק דינו של כב' השופט (כתארו אז) ס' גיבראן (פורסם בנבו, מיום 12.3.2015).

⁸⁴ בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פסקה 30 לפסק

76. בפסק דינו בפרשת זיאדה כב' המשנה לנשיאה (דימ') ס' גיבוראן, אשר היה, כאמור לעיל, מוכן להניח כי שימור הקהילה של תושבי עמונה במקומה הוא כשלעצמו בגדר תכלית ראויה, התקשה לקבוע כי השימוש באמצעי שכרוכה בו פגיעה בקניין הפלסטינים צולח את מבחן המשנה השלישי, וזאת, בין היתר, ממספר טעמים:

א. חולשת הזיקה לסביבת מגורים מצדו של המונגורר במגורים שאינם חוקיים, שעליה מעיב בנוסף אופיו של המשטר באזור שאינו בהכרח מבכר את זכויות הישראלים על פני זכויותיה של אוכלוסייה המוגנת;⁸⁵

ב. בדומה למה שנאמר בשלב הבחינה לצורך מבחן המידתיות הראשון, האמצעי שהוצע באותו מקרה ממילא נכשל בהשגת התכלית של שימור קהילת עמונה מאחר שסיפק אך פתרון זמני ומוגבל למצוקותיה;⁸⁶

ג. בדומה למה שהיה צריך להיאמר בשלב הבחינה לצורך מבחן המידתיות השני (שעליו דילג כב' המשנה לנשיאה (דימ') משסבר כי מבחן המידתיות הראשון ממילא לא מתקיים), קיימים פתרונות חלופיים למצוקת תושבי עמונה על דרך העתקת מגוריהם לאתר חלופי, לרבות בסביבה הקרובה (גם אם לא המיידית), בעוד עזרישת מתיישבי עמונה להיאחז דווקא בגבעה הספציפית היא דרישה דווקנית שראוי להעניק לה התחשבות פחותה;⁸⁷

ד. האמצעי שנבחר לפגיעה בזכות הקניין של בעלי החלקות הפלסטינים (פירוק כפוי של שיתוף במקרקעין באמצעות כלי מנהלי) סותר את מנגנוני האיזון הגלומים בדיני פירוק שיתוף במקרקעין,⁸⁸ ואף גורר מגבלות יותר חמורות על יכולת בעלי החלקות ליהנות מהשימוש באדמותיהם.⁸⁹

77. דבריו הברורים של כב' המשנה לנשיאה (דימ') ס' גיבוראן בפרש זיאדה אכן מובילים למסקנה כי המחסום שאותו מציב מבחן המידתיות השלישי הוא מחסום שלא קל לצלוח אותו שעה שמדובר בהסדרת בנייה שהוקמה במקור ללא בסיס קרקע וזנכנוני נאות ובצורך לאזן את התכלית העומדת מאחורי הסדרה זו אל מול זכות הקניין של בעלי החלקות הפלסטינים שעל אדמתם בוצעה הבנייה.

78. לצד האמור, נהיר כי ההסתייגויות שהושמעו בפרשת זיאדה היו יפות למקרה הקונקרטי שנגע להתיישבות על גבעת עמונה, שללא ספק נושאת מספר מאפיינים מיוחדים. המדובר באתר (שהוגדר על ידי המדינה כ"מאחז בלתי-מורשה") שכבר בשלבים המוקדמים של הקמתו ננקטו נגד הבינוי בו צעדי אכיפה תכנוניים, ובהמשך אף בוצעו פעולות והריסה. יסוד אי-החוקיות הגלום בהקמתו היה אפוא בעל עצמה ניכרת, וברור שהבנה זו ליוותה את בחינת בקשתם של תושבי עמונה להמשיך באחיזתם בגבעה חרף התנגדותם של בעלי החלקות שעליהן הוקם הבינוי באתר.

עוד, האמצעי התחיקתי שנבחר על ידי הרשויות לשם הגשמת התכלית שעמדה בפניהן לקה במספר פגמים, ובעיקרו של דבר מידת התועלת הזניחה שלויתה להפעלתו של אותו אמצעי (שבעיקרו "דחה

דינו של כב' הנשיא א' ברק (פורסם בנבו, מיום 12.12.2006).

⁸⁵ בג"ץ 794/17 זיאדה, לעיל הערת שוליים 1, פסקה 90 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (דימ') ס' גיבוראן.

⁸⁶ שם, פסקה 91 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (דימ') ס' גיבוראן.

⁸⁷ שם, פסקה 92 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (דימ') ס' גיבוראן.

⁸⁸ שם, פסקאות 94-105 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (דימ') ס' גיבוראן.

⁸⁹ שם, פסקאות 104-105 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (דימ') ס' גיבוראן.

את הקצ" מבחינת מתיישי עמונה חלף הסדרת הבעיה) לא הצדיקה את הפגיעה בזכות הקניין של בעלי החלקות, שעה שהאמצעי הזה עצמו שלל מהם את ההגנות הדיוניות והזכויות שמקובל להעניק במקרים של נטילה שלטונית.

79. מפסק הדין בפרשת זיאדה עולה אפוא כי בהחלט ייתכנו מקרים – והדבר מחייב בחינה פרטנית בכל מקרה ומקרה – שבו האיזון עשוי להשתנות, והבורירה באמצעי של הנטילה השלטונית עשויה להימצא מוצדקת, למשל, כתוצאה מההכרה בעצמת האינטרס ההתיישבותי הראוי להגנה אל מול זכות הקניין הנפגעת.

80. עשויים להתקיים אף פרמטרים עובדתיים נוספים שיש בהם כדי להשליך על האיזון הנדרש במישור מבחן המידתיות השלישי. כך, למשל, לגודל השטח הנופקע, לזמניות הפקעתו ולשאלת מידת הצורך בו לשם הגשמת המטרה הציבורית שביסוד ההפקעה קיימת חשיבות לעניין סבירות ההפקעה.⁹⁰ הפחתת הפגיעה יכולה להיות מושגת גם על ידי בחינה תמידית של מידת הנחיצות של השטח המופקע ושל היקפו.⁹¹

81. ככלי נוסף שעשוי להיות רלוונטי לאיזון זה, מאחר שבכוחו לרכז את הפגיעה בזכות הקניין, ובנסיבות מסוימות להטות את הכף לטובת ההעדפה של אינטרס המתיישבים, הוא פיצוי כספי נאות לבעלי הזכות במקרקעין.⁹²

במקרים מסוימים, שעה שטובת האיזון הנאות מחייבת זאת, ניתן בהחלט לשקול גם מתן "פיצוי יתר" העולה על שווי המקרקעין שניטלו מבעל הזכויות.⁹³ כלי זה שמור גם על פי הפרקטיקה בדיני ההפקעה הישראליים לאותם מצבים שבהם המטרה הציבורית שמצדיקה את הפקעת המקרקעין אינה בעלת עצמה גבוהה (כגון במקרה שבו מטרה זו מציגה את עצמה לנוכח התמשכות הזמן מאז מועד ההפקעה המקורי), אך השבת הקרקע לבעליה עלולה בכל זאת להוביל לתוצאות בלתי-סבירות.⁹⁴

82. בסופו של דבר, האיזון המתחייב בין זכות הקניין הנפגעת לבין האינטרס ההתיישבותי צריך להיות תולדה של שיקולים נורמטיביים ומעשיים גם יחד. גם שעה שאנו מייחסים משקל נכבד לזכות הקניין של בעלי החלקות הפלסטינים ושואפים לספק הגנה מרבית לזכות זו, כעניין של עמדה נורמטיבית וערכית, עלינו להסתכל גם על השלכות המצב המעשי שבו, מתוך אותה הכרה נורמטיבית, נעניק לזכות קניין זו משקל בכורה בכל מקרה ומקרה.

המצב הנוכחי שבו בעלי הזכויות במקרקעין שעליהם הוקם בינוי התיישבותי ותיק אינם זוכים כלל לפיצוי כלשהו, ואף הסיכוי המעשי שישובו להשתמש בקרקע שעליה הוקם הבינוי בעתיד הנראה

⁹⁰ אריה קמר דיני הפקעת מקרקעין 316-320 (מהדורה שביעית, 2008); בג"ץ 281/11 ראש מועצת בית איכסא, הערת שוליים 6 לעיל, פסקה 29 לפסק דינו של כב' השופט ע' פוגלמן.

⁹¹ בג"ץ 281/11 ראש מועצת בית איכסא, שם.

⁹² חנוך דגן "שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה שלטונית של מן מקרקעין" עיוני משפט כא(3) 491, 495 (1998); בג"ץ 3421/05 מח'ל נ' שר האוצר, פסקה 34 לפסק דינה של כב' השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, מיום 18.6.2009); ע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה כפר סבא, פ"ד מו(4) 627, 639-640 (1992); בג"ץ 281/11 ראש מועצת בית איכסא, הערת שוליים 6 לעיל, פסקה 31 לפסק דינו של כב' השופט ע' פוגלמן.

⁹³ ע"מ 10398/02 וייס נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה ראשון לציון, פסקה 3 לפסק דינה של כב' השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, מיום 25.5.2005); בג"ץ 3421/05 מח'ל נ' שר האוצר, הערת שוליים 92 לעיל, פסקה 35 לפסק דינה של כב' השופטת ע' ארבל.

⁹⁴ שם, שם; בג"ץ 2390/96 קרסיק, הערת שוליים 41 לעיל, 668, 706, 720.

לעין הוא קלוש,⁹⁵ הוא תולדה ישירה של השארת המצב הנוכחי על כנו בלא ניסיון לפנות לכלים המקובלים שמסוגלים להניח בסיס סדור לנטילה העלטונית, תוך קיום הליך נאות לשמיעת בעלי הזכויות הנפגעים ותוך תשלום פיצוי מתאים בגין הנטילה. שעה שפינוי של בינוי ותיק (ודאי כזה שתושביו מסוגלים להצביע על אינטרס הסתמכות בעל עצמה למניעת פינוי) נמצא כיום במקום נמוך בסדר העדיפויות של רשויות האכיפה התכנונית באזור, דווקא מציאת פתרון שירפא את הפגיעה הקניינית בבעל הזכויות בקרקע עשויה לשרת את זכות הקניין של אותו בעל הקרקע בצורה יותר טובה מהשארת המצב כמות שהוא, תוך השגת היעד המקביל של הגשמת זכויות המתיישבים.

83. במתח התמידי שבין זמניו של משטר התפיסה הלוחמתית המתקיים באזור, מצד אחד, לבין התקיימותו של משטר זה באזור זה 50 שנים שלאורכּו צמחה באזור ההתיישבות המונה מאות אלפי תושבים, אין מנוס מההנחה שסבך הקשיים שמתח זה ייצר ייפתר ביום מן הימים רק בשעת ההכרעה הסופית בדבר גורלו של האזור. עמד על מתח זה עוד בראשית ימי ההתיישבות, בפרשת ההקמה של היישוב בית אל, כב' הנשיא לנדוי:

"כיצד ניתן להקים ישוב של קבע על אדמה אשר נתפסה רק לשם שימוש זמני? זו שאלה נכבדה. אבל נראית לי תשובתו של מר זך שהיישוב האזרחי יוכל להתקיים באותו מקום רק כל עוד מחזיק צה"ל בשטח בתוקף צו התפיסה. החזקה זו עצמה יכולה לבוא לידי גמר באחד הימים, כתוצאה מנושא ומתן בינלאומי העשוי להסתיים בהסדר חדש שיקבל תוקף לפי המשפט הבינלאומי והוא אשר יקבע את גורל היישוב הזה, כמו של ישובים אחרים הקיימים בשטחים וזמוחזקים".⁹⁶

נראה אפוא ששעה שהגורל של היישובים באזור יוכרע רק באותה מסגרת עתידית של משא ומתן בין-לאומי, כאשר פינוי מסיבי של היישובים הוותיקים או שכונותיהם עד לאותה הכרעה אינו נתפס כתרחיש סביר ובעל היתכנות מעשית, בבחירה בין האמצעים המיועדים להגן על זכות הקניין של האוכלוסייה המוגנת השימוש בכלי הנטילה השלטונית במקרים המתאימים – שמביא עמו הכרה שלטונית רשמית בפגיעה בקניין ותשלום פיצוי לנפגע. אך במקביל יוצר מרקם חיים סביר אף עבור המתיישבים תמי הלב – עשוי להיות עדיף על פני השארת המצב הנוכחי על כנו. במונחים של מבחן המידתיות השלישי, התועלת שתצמח במצב כזה מהסדרת הבנייה ההתיישבותית עשויה לעלות על "הערך המוסף" הזניח שבפגיעה, המתקיימת ממילא, בזכות הקניין של בעלי הקרקע.

ט. סיכום ביניים

84. ניתן לסכם את הממצאים הכלליים שעלו עד כה בצורה תמציתית כדלקמן:

א. השימוש בסמכות ההפקעה על פי הדין באזור לטובת הגשמת הצרכים הציבוריים של ההתיישבות הישראלית באזור אינו פסול כשלעצמו, בשים לב לאפשרות להתייחס לאוכלוסייה זו כאל "אוכלוסייה מקומית" באזור.

ב. בבחינת השאלה האם האינטרס של הסדרת הבנייה ההתיישבותית שהוקם בחריגה לקרקע פרטית עשוי לשמש כצורך הציבורי שעשוי להצדיק את השימוש בכלי ההפקעה לטובת האוכלוסייה הישראלית באזור יש להביא בחשבון מספר הנחור: יסוד:

1. המהלך אמור לשמש את האוכלוסייה המכומית של המתיישבים, ולא את האוכלוסייה הישראלית שמבקשת לעבור לתחום האזור;

⁹⁵ בג"ץ 5023/08 שתאדה נ' שר הביטחון, פסקה ז' להחלטתו של כב' המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (פורסם בבנו, מיום 5.2.2017).

⁹⁶ בג"ץ 606/78 איוב, הערת שוליים 3 לעיל, 130.

2. הצורך אמור להיות בעיקרו צורך ציבורי, ולא צורך יזמי-פרטי, אם כי קיומו של רכיב פרטי הנלווה לרכיב הציבורי המכריע אין כשלעצמו ויסול;
3. הסדרת הבנייה שהוקמו ללא ביסוס תכנוני וקרקעי סדור אינה תכלית בפני עצמה, יש לה תקומה רק שעה שהיא משרתת צרכים רחבי יסוד של ההגנה על האינטרסים החוקתיים של המתיישבים: ולענייננו, של שימור הקהילה המגובשת של מתיישבים במקום שבו קשרו את חייהם, לצד מימוש ההגנה על הצרכים הציבוריים של חברי הקהילה;
4. עצמתו של צורך ציבורי זה מושפעת ממספר פרמטרים שראויים להיבחן בכל מקרה לגופו, ובכלל זה משך קיומו של הבינוי, הנסיבות של הקמתו והסיבות לחריגת רכיביו לקרקע פרטית, מידת ההסתמכות תמת-הלב של הוטרט על כך שהבינוי ימשיך להתקיים ויוסדר ועוד;
5. התחרות בין הצורך הציבורי "ההתיישבותי" האמור לבין זכות הקניין של בעלי הקרקע הפלסטיניים אינה תחרות קלה, ונקודת האיזון בין השניים תלויה בנסיבותיו של כל מקרה;
6. גם שעה שהצורך הציבורי מתקיים, על הרשות המפעילה את שיקול דעתה במסגרת קבלת ההחלטה על השימוש בסמכות ההפקעה להיות כפופה למבחן המידתיות;
7. בכלל זה, יש לבחון האם קיימים אמצעים חלופיים להשגת התכלית של שימור קהילת המתיישבים, כגון היזקקות לכלים של הנטילה השלטונית שפגיעתם מוגבלת מפגיעתה של ההפקעה או למתווה מעשי של פתרון שעשוי ליתר את השימוש בנטילה השלטונית כלל, ככל שפתרונות אלה אפשריים ומעשיים בנסיבות העניין; מטבע הדברים, בבחירת החלופות השונות לנטילה השלטונית יש לבחון גם את גודל השטח שבו ניטלת החזקה ואת יתר השפעותיה של הנטילה השלטונית תוך שאיפה לצמצם את הפגיעה ככל הניתן;
8. דרך נוספת לצמצום הפגיעה בבעל זכות הקניין היא עשיית שימוש, במקרים המתאימים, בסמכות ההפקעה לתקופה מוגבלת או בסמכות "הטלת זכות השימוש" שלא תשלול את הבעלות המקורית במקרקעין;
9. באותה מסגרת יש לבחון בכל מקרה לגופו ראם מתקיים יחס ראוי בין הפגיעה עקב הפעלת סמכות ההפקעה לבין התועלת שתצמח וממנה – בחינה זו תהיה תלויה במידה רבה בנסיבותיו של כל מקרה, כאשר מצד אחד נבחנת התועלת שבהגשמת האינטרס "ההתיישבותי" של שימור הקהילה, ומצד שני נבחנת עצמת הפגיעה בבעלי הקרקע הפלסטינים (פגיעה שניתן לרכז במידה מסוימת על ידי מתן פיצוי נאות, שבמקרים המסוימים אף עשוי לעלות על שווי הזכות הפגעת).

י. היישוב עפרה – קווים לדמותו

85. משהונחו היסודות העיוניים לבחינת האפשרות להפקיע קרקע באזור למטרה התיישבותית, יש מקום לעבור לבחינת נסיבותיו הקונקרטיות של היישוב עפרה.
86. היישוב עפרה הוא יישוב קהילתי במועצה האזורית מטה בנימין, המצוי במרחק של כ-25 ק"מ מירושלים על כביש 60 (עוקף רמאללה). על פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, אוכלוסייתו מנתה בסוף שנת 2016 3,605 תושבים (מעל 600 משפחות), עם שיעור גידול שנתי באוכלוסייה העומד על 13%. ביישוב מצויות כ-591 יחידות דיור, מתוכן כ-150 במבנים יבילים.

87. כתוצאה מהמצב הקרקעי של שטח היישוב, הבנייה בו מעולם לא הוסדרה בתכנית מתאר כוללת. יצוין כי מלבד שטח המחנה הירדני ההיסטורי, מתפוס שטח היישוב עפרה על מקרקעים שכוללים בתוכם גם מספר חלקות שנרכשו על ידי ישראלים וחלקות 84, 40, 42, 132 בגוש 6 באדמות עין יברוד).

88. יחד עם זאת, היישוב עצמו ממוקם במרחב שעבר הליך של הסדר בתקופה הירדנית, והרוב המכריע של המקרקעין במרחב הסמוך ליישוב הוא שטח מוסדר הרשום על שם בעלי חלקות פלסטינים. אין בסמיכות ליישוב חטיבת מקרקעין משמעותית של "אזמות מדינה".

בשטח שמחוץ לתחום ההפקעה הירדני והחלקות שנרכשו כאמור מצויים כ-440 מבנים (מתוכם כ-80 מבנים יבילים).

89. היישוב הוקם בשנת 1975 על בסיס מחנה ירדני נטוש, שהיה ממוקם במקרקעין שהופקעו לצרכי ציבור בתקופה הירדנית. הוא היה בין היישובים היהודיים הראשונים שהוקמו באזור.

90. אכלוסו של היישוב בוצע על דעת לשכת שר הביטחון, שאפשרה לאנשי "גרעין שילה" של תנועת גוש אמונים לאכלס את המחנה הירדני לצורך ביצוע עבודות במחנה הצבאי הסמוך בבעל חצור, כאשר תוך זמן קצר לאחר כניסת אנשי הגרעין למחנה ניהלה על ידי משרד הביטחון גם הרשות לאנשי הגרעין ללון במחנה.

91. אף שנראה שבהתאם לפרקטיקה המקובלת באותו שנים, לא היה קושי להוציא צו לתפיסת מקרקעין לצרכים צבאיים לצורך ביסוס החזקה בשטחי היישוב, כפי שהדבר נעשה ברוב היישובים האחרים שהוקמו באותה עת, נראה שהעובדה שהיישוב זוהה בראשית דרכו עם המחנה הירדני הנטוש, ששטחו לא חייב תפיסה בהיותו ממילא מופקע לצרכי ציבור עוד בתקופה הירדנית, מנעה את הוצאת צו התפיסה ליישוב. לפיכך, על אף שהיישוב המשיך להתרחב מעבר לשטח ההפקעה הירדני, וחרג למעשה לעבר קרקעות פרטיות מוסדרות בבעלות פלסטינים שנמצאים סביב המחנה, מעמדו הקרקעי של היישוב לא הוסדר עד עצם היום הזה.

92. ביום 26.7.1977 התקבלה החלטת ועדת ההתיישבות המשותפת לממשלה ולהסתדרות הציונית העולמית מס' 835 (הת/20), כדלקמן:

"מחליטים: הוועדה להתיישבות המשותפת לממשלה ולהסתדרות הציונית העולמית מכירה ביישובים אלון מורה, עפרה ומעלה אדומים כיישובים לכל דבר; ומטילה על המוסדות המיישבים לטפל בהם כמקובל."

בהחלטה המשלימה מיום 2.8.1977 (הת/3) הוטל הטיפול ביישוב עפרה על המחלקה להתיישבות של ההסתדרות הציונית העולמית.

בהמשך, כפי שעולה ממכתבו של שר החקלאות דאז, מר אריאל שרון ז"ל, מיום 21.12.1977, אל מנכ"ל משרד השיכון, הוחלט להעביר למשרד השיכון והבינוי את מלוא האחריות לתכנון ולבנייה ביישוב עפרה.

93. ביוני 1978 הוכנה תכנית מתאר בקנה מידה של 1:1,000 ל"יישוב קהילתי עפרה, מחוז ירושלים". יוזמת התכנית הייתה ההסתדרות הציונית העולמית. כבעל הקרקע נרשם מנהל מקרקעי ישראל. המבצע של התכנית היה "משרד הבינוי והשיכון, מנהל לבניה כפרית ויישובים חדשים". תכנית זו ייעדה את שטח היישוב להקמת מספר שכונות מגורים. תשריט התכנית כלל גם שטחים מחוץ

לתחום ההפקעה הירדנית: על פיו היו אמורות לקום שכונות מגורים ממזרח לשטח ההפקעה ומספר שכונות מגורים מדרום לשטח ההפקעה. יצוין כי לבניוף השכונה המזרחית מעולם לא הוקמה, אך השכונות הדרומיות בפועל הוקמו בשטח, על אף אי-השלמת התכנון הסטטוטורי.

94. ביום 19.6.1979 הוקמה האגודה השיתופית עפרה: "ענרה כפר שיתופי להתיישבות בע"מ".

95. ביום 20.3.1979 פורסם צו בדבר מועצות אזוריות (יהודה והשומרון) (מס' 783), תשל"ט-1979, שבתוספת לו נכלל היישוב עפרה כאחד מיישובי המועצה האזורית בית אל (בהמשך שונה שם המועצה למועצה האזורית מטה בנימין). ביום 21.2.1979 חתם מפקד כוחות צה"ל באזור על מפת תחום היישוב עפרה. השטח, שסומן במפה כאמור, חרף באופן משמעותי משטח ההפקעה הירדנית.

96. בשנת 1980 לערך המליצה מועצת התכנון העליונה (מז"ע) לקצין מטה לענייני פנים במפקדת האזור להכריז על אזור עפרה כאזור תכנון, תוך נטילת סמכות הוועדה המקומית לתכנון באזור תכנון זה בידי מת"ע. צו ההכרזה על אזור התכנון נחתם ביום 21.9.1980, והמפה הנלווית לצו הקיפה שטח המשתרע הרחק מעבר לשטח ההפקעה הירדנית וכלל גם את שטח השכונות הדרומיות של היישוב עפרה.

97. בניגוד לרושם שעלול להיווצר, המצוקה הקרקעית של היישוב עפרה והעדר עתודות של קרקעות להתרחבותו מעבר לתחום ההפקעה הירדנית הייתה נוכרת עוד באותן שנים. בחוות דעתו המוזכרת לעיל מיום 12.5.1980, התייחס אף היועץ המשפטי לממשלה דאז, מר יצחק זמיר, במפורש ליישוב עפרה כדוגמה בולטת ליישוב שמוקף בקרקעות פרטיות, ואף לא פסל את השימוש בהפקעה לטובת היישוב, באלה המילים:

"דוגמאות בולטות הן עפרה וקרית ארבע. הקרקע הסמוכה ליישובים אלה היא בעיקרה קרקע פרטית מעובדת. אם יוחלט על הפקעה מכוח החוק הירדני, יהיה זה, בראש ובראשונה, כדי לענות על הצרכים של יישובים אלה ואחרים במצבם".⁹⁷

98. ביום 23.2.1981 נחתם הסכם בין הממונה על הרכוש הממשלתי לבין ההסתדרות הציונית העולמית ביחס ליישוב עפרה. תקפו של ההסכם היה ל-49 שנים, שתחילתן ביום 1.10.1978. השטח שהוקצה על פי ההסכם על 370 דונם. השטח שסומן במפה הנלווית להסכם ההקצאה חורג מתחום ההפקעה הירדנית. בכתב יד על גבי המפה נרש, כי מדובר ב"נוימוש צו הפקעה ירדני שטח כ-350 דונם" וכי השטח כולל גם שתי חלקות שנרכשו בגוש 20 של הכפר סילואד (על גבי המפה נרשם כי מדובר בחלקה 40, ששטחה כ-22 דונם, ובחלקה 42, ששטחה כ-6 דונם).

99. ביום 21.8.1981 חתם מפקד כוחות צה"ל באזור, ברתאם לסמכותו לפי הצו בדבר ניהול המועצות האזוריות, על "מפת מועצה אזורית מטה בנימין". לפי המפה, תחום השיפוט של המועצה בשטח היישוב עפרה משתרע מעבר לגבולות ההפקעה הירדנית.

100. אף שתכנית המתאר משנת 1978 לא קיבלה תוקף סטטוטורי, זמן קצר לאחר הכנתה החלו הליכים להקמת שכונותיו של היישוב. תחילה נבנו השכונה א' והשכונה ב' בתחום ההפקעה הירדנית (הראשונה אוכלסה בראשית שנות ה-80, והשנייה בנחיצת שנות ה-80). ההליכים להקמת השכונות ולאכלוסן לוו באופן צמוד על ידי משרד הבינוי והשיכון שתכנן את השכונות והקים את התשתיות עבור השכונות ועל ידי ההסתדרות הציונית העולמית שניהלה את תהליך ההתקשרות החוזית אל מול אגודת עפרה והמתישבים.

⁹⁷ חוות הדעת "החוק הירדני בדבר רכישת קרקעות לצורכי ציבור", הערת שוליים 27 לעיל, פסקה 20.

101. היישוב המשיך להתפתח דרומה אל מחוץ לשטח ההפקעה. כך, מאמצע שנות ה-80 ועד ראשית שנות ה-90, נבנו שכונה ג', שכונה ד' ושכונה ה' של עפרה, והכל בהתאם לתכנית משנת 1978, כפי שהותאמה ב"תכנית מתאר מקומית עפרה מס' 221" מדצמבר 1985, גם היא חסרת מעמד סטטוטורי מאושר. אלא שאף הבנייה שבוצעה מרוץ לתחום ההפקעה הירדנית בוצעה על פי פרוצדורה דומה במהותה, והמתישבים שהקימו את בתיהם שם הופנו אף הם לחתום על חוזה בר-רשות אל מול ההסתדרות הציונית העולמית, בדיוק כמו המתישבים שהקימו את בתיהם בתחום ההפקעה.

102. משרד הבינוי והשיכון המשיך בתכנון ביחס לשטח היישוב, ובשנת 1991 הוכנה תכנית מתאר חדשה לעפרה. שטח התכנית היה כ-1,040 דונם. מגיש התכנית היה משרד הבינוי והשיכון. בעל הקרקע הוגדר כ"הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש ואחרים". יוזם התכנית הוגדר "הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה מטה בנימין". מטבע הדברים, אף תכנית זו מעולם לא קיבלה אישור סטטוטורי.

103. התכנית משנת 1991 כללה, בנוסף לשכונות א' עד ה' הקיימות, שתי שכונות חדשות שהיו מיועדות לקום מחוץ לתחום ההפקעה דרומית לשכונות הקיימות: גבעת צבי ונווה דוד. שכונת גבעת צבי נבנתה החל ממחצית שנות ה-90 עד שנת 1999 לערך. שכונת נווה דוד – הדרומית יותר – נבנתה החל מסוף שנות ה-90 ועד שנת 2007.

104. בשנת 1994 הוכנה על ידי משרד הבינוי והשיכון אף תכנית מתאר רחבה יותר עבור עפרה, שהשתרעה על שטח של 4,492 דונם.

105. הליכי האכיפה התכנוניים הראשונים מצד המנהל האזרחי נגד מבני היישוב עפרה החלו בעיקרם רק בשנת 1998, אז לראשונה הוצאו צווי הפסקת עבודה לבתים בחלקה המערבי של שכונת נווה דוד. בניית בתים אלה הושלמה בשנת 2000 לערך. אכיפה זו לא הייתה שיטתית: כך, בין השנים 1998 עד 2005 הוקמו בתים נוספים בשכונת נווה דוד מבלי שהוצאו ביחס אליהם צווי הפסקת עבודה.

בשנים 2005-2006 הוצאו על ידי המנהל האזרחי צווי הפסקת עבודה ביחס לכ-25 בתים נוספים בשכונת נווה דוד, שהחלו להיבנות בתקופה זו. מדובר בבתים הדרומיים ביותר של השכונה, בחלקה המזרחי. בנייתם של בתים אלו הושלמה בשנת 2007 או בסמוך לכך.

106. ביום 4.6.2008 הוגשה עתירה לבג"ץ שעסקה בתשעה בתים בשכונת נווה דוד. בפסק דינו מיום 8.2.2015 הורה בית המשפט הגבוה לצדק על קבלת רעתירה ועל הריסת המבנים מושא העתירה תוך שנתיים.⁹⁸ בקשת הארכה למימוש ההריסה שהוגשה על ידי המדינה נדחתה בעיקרה (תוך מתן ארכה בת חודש בלבד למימוש ההריסה) ביום 5.2.2017, ונקשת הארכה הנוספת שהוגשה על ידי המדינה נדחתה סופית ביום 27.2.2017. הבתים נהרסו ביום 5.3.2017.

107. ביום 15.8.2012 חתם מפקד כוחות צה"ל באזור על תקנות בדבר ניהול מועצות אזוריות (תחום היישוב עפרה) (מטה בנימין) (יהודה והשומרון), התשע"ב-2012. לתקנות צורפה מפה, שתחמה את תחום היישוב המעודכן, באופן התואם את תחום ההפקעה הירדנית. בעקבות עדכון תחום השיפוט, קודמו תכניות מתאר 221/6 ו-221/6/1 ליישוב עפרה, שתיהן בתחום ההפקעה הירדנית ובתחום השיפוט המעודכן. ביחס לתכניות אלה תלויה ועומת עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק.⁹⁹ הליכי הבנייה מחוץ לשטח ההפקעה נפסקו.

⁹⁸ בג"ץ 5023/08 שחאדה נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, מיום 8.2.2015).

⁹⁹ בג"ץ 419/04 עיריית סילואד נ' שר הביטחון.

יא. מן הכלל אל הפרט

108. העובדות שנפרסות מהתיאור הכרונולוגי של התפתחות עפרה מציגות תמונה ברורה של מעורבות ממשלתית עקבית בהקמתו של היישוב עפרה ובביסוסו. התפתחותו של היישוב נמשכה מבלי שננקטים הצעדים המנהליים שבכוחם היה להבהיר לתושבי היישוב את הפגם בביסוס יישובם בקרקעות שמחוץ לשטח ההיסטורי של המחנה הירדני (למעשה, עד לנקיטת צעדים נקודתיים בסוף שנות ה-90), ואף מבלי שננקטו בעניין הליכים משפטיים מהותיים מצד הפלסטינים הטוענים לזכות בקרקעות שעליהם הוקם היישוב (עד לעתירה הנקודתית שהוגשה בשנת 2008).
109. ברבות השנים, היישוב הפך ליישוב פורח בעל קהילה מגובשת. תושבי עפרה הקימו את בתיהם במקום בתום לב בהסתמך על המצגים השלטוניים הברורים, והיישוב הוא סמל להתיישבות נורמטיבית שעם תושביו נמנים אנשי ציבור, אנשי כוחות הביטחון ואנשי רוח. אוכלוסייה זו הכתה שורשים עמוקים באזור, ואין עוד חולק בדבר היותה "האוכלוסייה המקומית" של האזור.
110. כפי שניתן ללמוד, הבשורה על כך שחלק ניכר מבתי ריישוב הוקמו בהעדר בסיס קרקעי סדור הכתה את מרבית תושבי היישוב בתדהמה והציבה רבים מהם בפני הסכנה של קריסת קהילתם. ואכן, העתירה שהוגשה בשנת 2008 אמנם סימנה בתים מסוימים בתחום היישוב, אך היוותה דוגמה לטקטיקה שיכולה להינקט נגד בתים נוספים ביישוב במצב שנוצר מעל כ-440 בתים המצויים מחוץ לתחום ההפקעה הירדנית והחלקות הבודדות שנרכשו על ידי ישראלים חולקים גורל דומה של העדר הסדרה תכנונית עקב המצב הקרקעי שנוצר.
111. בנסיבות אלה, קיים בסיס לקביעה כי שימורה של קהילת עפרה במקום שבו קשרה את חייה, לצד מימוש ההגנה על הצרכים הציבוריים של תושבי היישוב, הם בגדר תכלית ראויה שהרשויות באזור רשאיות, ואף חייבות, לשקול את הן נגישות לבחינת נזעמדות ועתידו של היישוב עפרה, וזו אף המטרה שעשויה להצדיק את הנטילה השלטונית של המקרקעין שעליהם הוקם הבינוי שבמחוץ לתחום ההפקעה הירדנית בעפרה.
112. בנסיבותיו המיוחדות של היישוב עפרה, ובכלל זה בהתחשב בתום לבם של תושבי עפרה, באופיו הוותיק של היישוב והבינוי בו, בעצמת המצגים השלטוניים ביחס להתבססותו של היישוב בקרקעות החורגות מתחום ההפקעה הירדנית, צורך ציבורי זה הוא בעל עצמה ייחודית. עוד, נראה על פני הדברים שמתקיים קשר רציונלי הדוק בין האמצעי של הנטילה השלטונית של קרקעות שעליהן הוקמו בתי עפרה לבין השגת התכלית האמורה.
113. האפשרות להיזקק לכלים החלופיים להסדרת בתי עפרה אינה עומדת על הפרק. מדובר במקרקעין שלא הוקצו על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי (ולפיכך, לא ניתן להחיל עליהם את מנגנון "כשירות העסקאות" שבסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי). היכולת לאתר במרחב אדמות נפקדים ולתלות עליהן את הפתרון דמוי הפתרון שהוצע בפרוט זיאדה מוטלת בספק.
114. בנסיבות העניין, נראה אפוא כי לא ניתן להצביע על אמצעי להשגת התכלית האמורה לעיל שפגיעתו פחותה בהשוואה לכלי של הנטילה השלטונית. לצד האמור, מתוך הכלים של הנטילה השלטונית הכלולים בדיני ההפקעה הירדניים, נראה שבהחלט ניתן למתן את הפגיעה על ידי הימנעות מהפקעה ממש של הקרקעות שעליהן הוקמו בתי היישוב תוך בחירה בכלי מתון יותר של "הטלת זכות השימוש" לפי סעיף 14(ד) לחוק הקרקעות – רכישה לצרכי ציבור, מס' 2 לשנת 1953, ללא שלילת הבעלות במקרקעין.
- מטבע הדברים, הגדרת הגבול המדויק של תחום הנטילה השלטונית, תוך בחירת התוואי המידתי והסביר ככל הניתן, תחייב עבודת שטח של רשויות האזור.

115. ממצאים אלה ממקדים את הדיון בשאלת האפשרות לעשות שימוש בסמכות הנטילה השלטונית לצורך הסדרת הבינוי ביישוב עפרה במבחן המידתיות: השלישי, של בחינת היחס הראוי בין הפגיעה בזכות הקניין של בעלי החלקות הפלסטינים עקב השימוש בסמכות הנטילה השלטונית לבין התועלת שתצמח מפגיעה זו.

בנסיבותיו של היישוב עפרה, לא ניתן להתעלם מכך שההתחשבות בתום לבם המובהק של תושבי היישוב בהחלט עשויה להקים בסיס למסקנה כי בעלי הקרקעות ממילא היו מתקשים לזכות בסעד הפינני של הבינוי הוותיק בעפרה, ועל כן יכולתם ליהנות מקניינם הייתה מוגבלת גם בהעדר החלטה שלטונית פורמלית על נטילת זכות השימוש בחלקות. בנסיבות אלה, אל מול התועלת הכרוכה בהסדרת היישוב עפרה ניצבת לכאורה מידה זניחה למדי של "תוספת הפגיעה" בקניין, דבר שלא יכול שלא להקרין על בחינת התקיימותו של מבחן המידתיות בשלישי.

לצד האמור, המדובר בבחינה מורכבת שתחייב את זרשויות באזור לבחון באופן בלתי-אמצעי את היקף הפגיעה בקניין של בעלי הקרקעות הפלסטינים על סמך הנתונים על מעמד החלקות השונות ולאזן בין היקף פגיעה זו לבין התועלת שתצמח עקב הפעלת סמכות הנטילה השלטונית, תוך הגדרה, אגב הליך זה, של שיעור הפיצויים שישתלמו לבעלי הקרקעות בגין נטילת זכות השימוש בקרקעותיהם, ככל שיוחלט על כך.

יב. סיכום

116. כפי שעלה מהניתוח המובא בחוות דעת זו, השימוש בסמכות ההפקעה על פי הדין באזור לטובת הגשמת הצרכים הציבוריים של ההתיישבות הישראלית באזור אינו פסול כשלעצמו, בשים לב לאפשרות להתייחס לאוכלוסייה זו כאל "אוכלוסייה מקומית" באזור.

117. בבחינת השאלה האם האינטרס של הסדרת הבינוי ההתיישבותי שהוקם בחריגה לקרקע פרטית עשוי לשמש כצורך הציבורי שעשוי להצדיק את השימוש בכלי ההפקעה לטובת האוכלוסייה הישראלית באזור יש להביא בחשבון מספר הנחות יסוד:

א. המהלך אמור לשמש את האוכלוסייה המקומית של המתיישבים, ולא את האוכלוסייה הישראלית שמבקשת לעבור לתחום האזור;

ב. הצורך אמור להיות בעיקרו צורך ציבורי, ולא צורך יזמי-פרטי, אם כי קיומו של רכיב פרטי הנלווה לרכיב הציבורי המכריע אין כשלעצמו פסיל;

ג. הסדרת הבנייה שהוקמו ללא ביסוס תכנוני וקרקעי סדור אינה תכלית בפני עצמה, יש לה תקומה רק שעה שהיא משרתת צרכים רחבים יותר של ההגנה על האינטרסים החוקתיים של המתיישבים: ולענייננו, של שימור הקהילה הנוגבשת של מתיישבים במקום שבו קשרו את חייהם, לצד מימוש ההגנה על הצרכים הציבוריים של חברי הקהילה;

ד. עצמתו של צורך ציבורי זה מושפעת ממספר פרמטרים שראויים להיבחן בכל מקרה לגופו, ובכלל זה משך קיומו של הבינוי, הנסיבות של הקמתו והסיבות לחריגת רכיביו לקרקע פרטית, מידת ההסתמכות תמת-הלב של הפרט על כך שהבינוי ימשיך להתקיים ויוסדר ועוד;

ה. התחרות בין הצורך הציבורי "ההתיישבותי" האמור לבין זכות הקניין של בעלי הקרקע הפלסטיניים אינה תחרות קלה, ונקודת האיזון בין השניים תלויה בנסיבותיו של כל מקרה;

ו. גם שעה שהצורך הציבורי מתקיים, על הרשות המפעילה את שיקול דעתה במסגרת קבלת ההחלטה על השימוש בסמכות ההפקעה להיות כפופה למבחן המידתיות;

ז. בכלל זה, יש לבחון האם קיימים אמצעים רלווינטיים להשגת התכלית של שימור קהילת המתיישבים, כגון היזקקות לכלים של הנטילה השלטונית שפגיעתם מוגבלת מפגיעתה של ההפקעה או למתווה מעשי של פתרון שעשוי לייצר את השימוש בנטילה השלטונית כלל, ככל שפתרונות אלה אפשריים ומעשיים בנסיבות העניין; מטבע הדברים, בבחירת החלופות השונות לנטילה השלטונית יש לבחון גם את גודל השטח שבו ניטלת החזקה ואת יתר השפעותיה של הנטילה השלטונית תוך שאיפה לצמצם את הפגיעה ככל הניתן;

ח. דרך נוספת לצמצום הפגיעה בבעל זכות הקניין היא עשיית שימוש, במקרים המתאימים, בסמכות ההפקעה לתקופה מוגבלת או בסמכות "הטלת זכות השימוש" (לפי סעיף 14(ד) לחוק הקרקעות – רכישה לצרכי ציבור, מס' 2 לשנת 1953) שלא תשלול את הבעלות המקורית במקרקעין;

ט. באותה מסגרת יש לבחון בכל מקרה לגופו האם מתקיים יחס ראוי בין הפגיעה עקב הפעלת סמכות ההפקעה לבין התועלת שתצמח ממנה – וזוהינה זו תהיה תלויה במידה רבה בנסיבותיו של כל מקרה, כאשר מצד אחד נבחנת התועלת שבהגשמת האינטרס "ההתיישבותי" של שימור הקהילה, ומצד שני נבחנת עצמת הפגיעה בבעלי הקרקע הפלסטינים (פגיעה שניתן לרכז במידה מסוימת על ידי מתן פיצוי נאות, שבמקרים המסוימים אף עשוי לעלות על שווי הזכות הנפגעת).

118. בהתייחס באופן ספציפי ליישוב עפרה ובהתחשב בנסיבותיו של יישוב זה, קיים בסיס לקביעה כי שימורה של קהילת עפרה במקום שבו קשרה את וזייה, לצד מימוש ההגנה על הצרכים הציבוריים של תושבי היישוב, הם בגדר תכלית ראויה שהרשויות באזור רשאיות, ואף חייבות, לשקול את הן נגישות לבחינת מעמדו ועתידו של היישוב עפרה, וזו אף המטרה שעשויה להצדיק את הנטילה השלטונית של המקרקעין שעליהם הוקמו השכונות שמחוץ לתחום ההפקעה הירדנית בעפרה.

119. בנסיבותיו המיוחדות של היישוב עפרה, ובכלל זה בהתחשב בתום לבם של תושבי עפרה, באופיו הוותיק של היישוב והבינוי בו, בעצמת המצגים השלטוניים ביחס להתבססותו של היישוב בקרקעות החורגות לקרקע פרטית, צורך ציבורי זה הוא בעל עצמה רבה. עוד, נראה על פני הדברים שמתקיים קשר רציונלי הדוק בין האמצעי של הנטילה השלטונית של קרקעות שעליהן הוקמו בתי עפרה לבין השגת התכלית האמורה.

120. לאור היקף הבינוי הטעון הסדרה ולאור העדר חלופות סבירות לפתרון המצוקה הקרקעית של היישוב, הנטילה השלטונית של הקרקעות שעליהן הוקמו בתי עפרה בהחלט נראית כאמצעי המצוי במתחם המידתיות.

121. שעה שקיים בסיס נאות לקביעה העקרונית כי הנטילה השלטונית של אדמות היישוב עפרה היא בעלת היתכנות, על הרשויות באזור לבחון את מימוש סמכותן בצורה מעמיקה, תוך הגדרת התוואי התחום את גבול השטח הדרוש להגשמת הצורך הציבורי, תוך קיום הליך נאות שבמסגרתו יתבצע איזון פרטני של מידת הפגיעה בבעלי הקרקעות, ותוך הגדרת שיעור הפיצוי שיינתן לבעלי הקרקעות בגין מימוש סמכות הנטילה השלטונית.

דפוד רב,
ולדי בורודובסקי
עורך-דין