



“סותר הלכות קודמות, ויש בו חידוש וגם קושי”: על הגנת הקניין של “אנשים מוגנים” בעקבות ההחלטה בדנג”ץ 9367/17 זיאדה נ’ מפקד כוחות הצבא

אריאל ארליך*

1. מבוא. 2. המסגרת המשפטית להגנה על הקניין בשטח תפוס – מושגית ונורמטיבית. א. תקנות האג 1907: קבוצת הזכאים וההגנה על הקניין. ב. אמנת ג'נבה הרביעית: קבוצת הזכאים וההגנה על הקניין. 3. “הלכות קודמות” של בית המשפט העליון. א. “אוכלוסייה מקומית”. ב. הפקעת מקרקעין לצרכי ציבור באזור. ג. “הלכות קודמות” – סיכום. 4. הרטוריקה החדשה – משנת 2011 ואילך. א. רקע: “אנשים מוגנים” והבחנה בין אוכלוסיות באזור לצורך עניינים שונים. ב. “אוכלוסייה מוגנת” וזכויות קניין – רטוריקה חדשה. 5. מידות שונות של הגנה על הקניין? א. מקורות אפשריים להגנות נוספות על זכות הקניין והשוואה ביניהם. ב. חובה לפעול אקטיבית למניעת פגיעה בזכויות בשטח תפוס. ג. דין “ראוי” ודין נהג. 6. סיכום.

הקדמה

פסק הדין בעניין מתווה עמונה כלל ניתוח ומסקנות עקרוניים על אודות האפשרות ליטול חזקה במקרקעין פרטיים לטובת צרכי האזור. בהחלטה לדחות בקשה לדין נוסף העירה הנשיאה אסתר חיות כי פסק הדין האמור “סותר הלכות קודמות, ויש בו חידוש וגם קושי”. מאמר זה מבקש לבחון אם אומנם כן. הבחינה תהיה הן לאור הדין הבינלאומי המנהגי וההסכמי הרלוונטי והן בהתייחס לפסיקת בית המשפט העליון בעשורים שמאז מלחמת

* עורך דין, מוסמך האוניברסיטה העברית במשפטים, ראש מחלקת ליטיגציה בפורום קהלת למדיניות. המחבר מבקש להודות בחום לנעמי קלוו-לקס ולעידן בוק על העזרה הטובה במחקר, לעו”ד שי ניצן כהן, עו”ד מאיר בוחניק, שלומית קפלן, פרופ’ יוגין קונטורוביץ, ד”ר אביעד בקשי וקוראים נוספים על ההערות המועילות, וכן למערכת כתב העת; האחריות עליי בלבד.



“סותר הלכות קודמות, יש בו חידוש וגם קושי”

ששת הימים. ממצאי הבחינה הם כי קשה להצביע על סתירה להלכות קודמות, קשה לא פחות להצביע על קושי מבחינת הדין הבינלאומי המחייב, וחידוש מסוים ניתן למצוק בהיבט הפרקטי בלבד. בד בבד, תוצג רטוריקה חדשה ששולבה בפסיקת בית המשפט העליון בשנים האחרונות, העוסקת ב"הגנה על זכויות הקניין של האוכלוסייה המוגנת". נתחקה אחר יסודותיה של רטוריקה זו – מבחינת הופעותיה בפסיקה ומבחינת שורשיה הנורמטיביים. אטען כי מבחינה מושגית ונורמטיבית היא איננה משקפת משפט בינלאומי מנהגי או הסכמי.

דיון יסודי על אודות גבולות הסמכות של המפקד הצבאי לפגוע בקניין פרטי של האוכלוסייה הפלסטינית באזור לא נעשה בבית המשפט כבר שנים אחדות. מאמר זה, המתייחס לשני הקולות שנשמעו בבית המשפט העליון סביב אירועי עמונה, בוחן את היסודות המשפטיים של ההגנה הנתונה לקניינה של האוכלוסייה האזרחית בשטח תפוס בתפיסה לוחמתית לפי המשפט הבינלאומי, על רקע פסיקת בית המשפט העליון.

1. מבוא

ביום 1.2.2017 קיבל הרכב של בית המשפט העליון את העתירה בבג"ץ זיאדה.¹ פסק הדין ביטל את הצו וההחלטה של המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון, שנועדו לקיים את מה שנודע כ"מתווה עמונה". עיקרו של מתווה זה היה הקמת מגורים זמניים על גבעה סמוכה לטובת מפוני היישוב עמונה, שעתיד היה להיהרס בתוך ימים בהתאם לפסיקת בג"ץ שנתיים קודם לכן.² המתווה כלל פירוק שיתוף כפוי בחלקות הרשומות על שם פלסטינים תושבי האזור, ושימוש בחלקים מן החלקות הרשומים על שם פלסטינים שאינם מצויים באזור. מחמת הדחיפות ניתן פסק הדין ללא הנמקותיו, והללו פורסמו רק ביום 31.10.2017. מההנמקות עולה כי העתירה התקבלה מטעמים של תקינות ההליך ומידתיות: לא ניתנה לנפגעים זכות שימוע מספיקה, והפגיעה בזכויותיהם איננה מידתית ביחס לתכליותיו של המהלך.

בד בבד, ואגב דיון מפורט, דחה בית המשפט את טענות העותרים במישור הסמכות. על דעת כל שופטי ההרכב נקבע כי חובתו של המפקד הצבאי לפעול לטובת תושבי האזור בהתאם לתקנה 43 לתקנות האג חלה גם ביחס לתושבים הישראלים, אף שאין הם באים בגדר "תושבים מוגנים".³ עוד נקבע כי ביצוע הליך פירוק השיתוף במקרקעין ותפיסת

1 בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל, (פורסם באר"ש, 31.10.2017).
2 בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 25.12.2014).
3 עניין זיאדה, לעיל ה"ש 1, פס' 26–27 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ג'ובראן.



החלקות אינו סותר את תקנה 46 לתקנות האג האוסרת על החרמה, שכן פגיעה בקניין מותרת לצורך מגוון מטרות ואינטרסים של האזור, אם היא נעשית אגב פיצוי ובהתאם לדין המקומי.⁴

נגד הקביעות המשפטיות הללו הגישו העותרים בקשה לדיון נוסף, וביום 30.5.2018 דחתה נשיאת בית המשפט העליון אסתר חיות את הבקשה.⁵ עילת הדחייה הייתה בעיקרה דיונית, משום שהקביעות המשפטיות בפסק הדין לא נדרשו לצורך ההכרעה עצמה, ומשום שגם אילו הייתה מתקבלת הבקשה לדיון נוסף באופן שישונו הקביעות הללו, לא תהיה לכך כל השפעה על המבקשים. מכאן, קבעה הנשיאה, שמדובר בעניין תיאורטי. ברם, הנשיאה חיות הוסיפה מעבר לצורך והעירה גם לגופו של עניין. הערתה התייחסה לדברי ההרכב בפסק הדין בעניין **זיאדה**, כי "ניתן ליטול חזקה באדמות פרטיות של תושבים פלסטינים המהווים תושבים מוגנים לצורך התיישבות ישראלית בלבד, אפילו לא נועדה הקרקע המופקעת לשרת גם את האוכלוסייה המוגנת הנפקעת",⁶ כפי שניסחה אותם הנשיאה בהחלטתה. הנשיאה חיות דעתה כי "אכן, כפי שצינו המבקשים נראה כי פסק הדין סותר בהקשר זה הלכות קודמות ויש בו גם חידוש וגם קושי", ולפיכך ציינה כי "אילו ההכרעה בעתירה שהגישו המבקשים הייתה תלויה בשאלה זו בלבד די היה בכך על מנת להיעתר לבקשה ולהורות על דיון נוסף".⁷

האם אומנם פסק הדין בעניין **זיאדה** "סותר הלכות קודמות" בהקשר זה?⁸ האומנם יש בו משום "חידוש"? ומהו אותו "קושי"?

החלטתה של הנשיאה חיות בדג"ץ **זיאדה** מספקת הזמנה לבחון את ההלכות הקודמות של בית המשפט העליון בסוגיות הנדונות: החובה לפעול לטובת האזור, אנשים מוגנים, ומעמדן של זכויות הקניין. כפי שאראה בהמשך ניתן להצביע על חידוש, קושי, וסתירת הלכות קודמות – אולם, לאו דווקא בגדרו של פסק הדין בעניין **זיאדה**. אבקש להראות כי פסק הדין בעניין **זיאדה** הוא המשך ויישום של מסורת פסיקת בית המשפט העליון בפרשנות החובות והמגבלות הנובעות מהמשפט הבינלאומי, המנהגי וההסכמי, בנוגע לתפיסה צבאית. בשנת 2011 החלו שופטים אחדים לאמץ רטוריקה ומינוחים

4 שם, פס' 30–34.

5 דג"ץ 9367/17 **זיאדה נ' מפקד כוחות הצבא** (פורסם באר"ש, 30.5.2018) (להלן: "דג"ץ **זיאדה**").

6 כך ניסחה הנשיאה חיות בהחלטה את מסקנת פסק הדין בעניין **זיאדה**. שם, פס' 7.

7 שם.

8 כאמור, בדבריה הנ"ל בדג"ץ **זיאדה** מיקדה הנשיאה חיות את העניין המעורר לדעתה סתירה, חידוש וקושי. היבטים משפטיים אחרים העולים מפסק הדין בעניין **זיאדה** לא יידונו במסגרת זו. להרחבה ראו רונית לויין-שנור "עמונה, ממונא ואיסורא: בג"ץ 974/17 **זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל** בגדה המערבית" **המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה** 73, 30 (2018).



“סותר הלכות קודמות, יש בו חידוש וגם קושי”

חדשים הקושרים בין “האוכלוסייה המוגנת” לבין זכויות קניין, ובינן לבין הטלת מגבלות או חובה אקטיבית על שלטון להגן עליהן. הכיוון הזה, כפי שאבקש להראות, אינו משקף משפט בינלאומי מנהגי או הסכמי. בעיקרו של דבר, פסק הדין בעניין זיאדה דווקא פוסע בתלם המשפטי שבו פסעה הפסיקה עשרות בשנים.

בהארה זו אבקש אפוא לסקור את ה“הלכות קודמות” הנוגעות לשאלות הללו, לתור אחר ה“סתירה”, לבחון היכן קיים “חידוש” ומה מעורר “קושי”. בפרק השני אסקור בקצרה את הוראות המשפט הבינלאומי, המנהגי וההסכמי, הנוגעות לסוגיות הנדונות. אציג בתמצית את המקורות הראשוניים שבמשפט הבין-לאומי העוסקים בדיני התפיסה הלוחמתית (belligerent occupation)⁹ – הוראות אמנת האג ותקנותיה משנת 1907, והוראות אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 – תוך שאתמקד בהבדלי המינוח והתחולה של שני המקורות, בהיבטי המסגרת והגדרת הקבוצה הזכאית להגנה על קניין. בפרק השלישי אבחן כיצד יישם בית המשפט העליון בפסיקתו בענייני האזור את המשפט הבינלאומי בשאלות הנדונות. לאור ממצאי הבחינה אבקש להעריך את קיומם של “סתירה”, “חידוש” או “קושי” בפסק הדין בעניין זיאדה. בפרק הרביעי יוצג המינוח החדש שהחל להופיע בפסיקת בית המשפט העליון מאז שנת 2011 – השימוש במונח “אוכלוסייה מוגנת” לעניין הגנה על קניין. אבקש לבחון את המקור המשפטי של השימוש במינוח בהקשר זה, ואת משמעויותיו. אצביע על כך שמדובר במינוח שאינו משקף את המשפט הבינלאומי המנהגי או ההסכמי, ואדון בשאלה אם מדובר בהלכה. הפרק החמישי יוקדש לניתוח טיבה של ההגנה המשפטית המוענקת לזכות הקניין בשטח שבתפיסה לוחמתית. אנתח את המקורות השונים להגנה הזו ואת היחס ביניהם. אבחן את המגמה ליצור הגנה ייחודית לאנשים מוגנים, ואם יש לה השלכה על שאלת הסמכות לנטילת חזקה במקרקעין פרטיים. לבסוף אסכם את ממצאי הרשימה ומסקנותיה.

⁹ לצורך הדיון אניח כי דיני התפיסה הלוחמתית חלים על הסיטואציה הנוכחית של שליטת ישראל ביו”ש ומחייבים אותה, הנחה שמקובלת היום בבית המשפט העליון. ראו, למשל: בג”ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ’ כנסת ישראל, פ”ד נט(2) 481 (2005). אין ספק כי ישראל מחילה על עצמה את הדינים הללו. השאלה איזו תחולה יש להם מבחינה משפטית, de jure, מעוררת דיון בפני עצמה, ולא אעסוק בה כאן. ראו, בין השאר, דוח על מעמד הבניה באזור יהודה ושומרון (2012) (להלן: “דוח השופט לוי”); טליה איינהורן “מעמדם של שטחי יהודה ושומרון וההתיישבות בהם במשפט הבינלאומי” דיני מקרקעין והמשפט הבינלאומי ביהודה ושומרון 75–9 (הראל ארנון וחגי ויניצקי עורכים, 2013); הראל ארנון “ישראל ביהודה ושומרון: היבטים מן המשפט הבינלאומי”, שם, 96–77; Orna Ben Naftali & Rafi Reznik, *The Astro-Nomos: On International Legal Paradigms and the Legal Status of West Bank*, 14 WASH U. GLOBAL STUD. L. REV. 399 (2015).



2. המסגרת המשפטית להגנה על הקניין בשטח תפוס – מושגית ונורמטיבית

א. תקנות האג 1907: קבוצת הזכאים וההגנה על הקניין

כדי שהרקע של אותן "הלכות קודמות" של בית המשפט העליון יובן היטב, וכדי שניתן יהיה להעריך היכן ישנו "קושי", אציג להלן בתמצית את המסגרת המושגית והנורמטיבית הרלוונטית. תקנות האג 1907,¹⁰ המקובלות על הכול כמשקפות משפט בינלאומי מנהגי, מייחדות את החלק השלישי ל"שלטון צבאי על טריטוריית מדינת אויב". החובות והאיסורים הקבועים בתקנות האג מתייחסים ל"טריטוריה" ול"אוכלוסייה",¹¹ ואינם מציעים אבחנה בין סוגי אוכלוסייה שונים בשטח לעניין תחלתם. בהתאם לכך, העמדה המסורתית היא כי אומנם אין כל הבחנה כזו. התקנות אינן מקנות זכויות ייחודיות או יחס מיוחד לקבוצה מסוימת של אנשים, והחובות והאיסורים חלים על הכוח המחזיק בהיותו כוח מחזיק, כלפי כל מי שנתון להחזקתו, מעצם העובדה שהשלטון בידו.¹²

תקנות האג משקפות שורה של חובות בנוגע לקניינם של תושבי הטריטוריה ומגבלות על פגיעה בו. מלבד איסור הביזה,¹³ תקנה 46 לתקנות האג עוסקת בחובה כללית לכבד את הרכוש הפרטי – לצד כבוד המשפחה, החיים, ואמונות דתיות – ומוסיפה ומדגישה כי "אין להחרים רכוש פרטי".¹⁴ בכך מבטאות תקנות האג איסור מנהגי, אשר בא לידי ביטוי כתוב כבר במסמכים קדומים יותר כמו קוד ליבר¹⁵ והצהרת בריסל.¹⁶ התקנות מתייחסות

¹⁰ התקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית בדבר דיני ומנהגי המלחמה ביבשה (1907). Convention respecting the Laws and Customs of War on Land; Regulations Respecting the Laws and Customs of War On Land, Hague, October 18, 1907 (להלן: "תקנות האג").

¹¹ ראו לדוגמה תקנות 44, 50, 52 לתקנות האג, הנוקטות במונחים "population" ו"inhabitants".
¹² Colby Elbridge, *Occupation Under the Laws of War*, 26 COLUM. L. REV., 146 (1926); "We have next to consider the actual legal status of the inhabitant of the occupied territory, in his relation to the occupying belligerent [...] Everyone in the territory is subject to his rules, natives, his own nationals, and neutrals [...] Whatever the theoretical legal status of the inhabitants may be, the fact is that they are controlled by the occupant". Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, 60 (2011). הילה אדלר "דיני כיבוש" משפט בינלאומי, 388 (רובי סיבל ויעל רונן עורכים, 2016).

¹³ תקנה 47 לתקנות האג.

¹⁴ "Private property cannot be confiscated".

¹⁵ Lieber Code of April 24, 1863 (Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, General Order No. 100), ס' 37–38.

¹⁶ Brussels Declaration, 1874, Art. 38. ראו גם מחקר הצלב האדום על הכללים המנהגיים של המשפט ההומניטרי הבינלאומי: JEAN-MARIE HENCKAERTS & LOUISE DOSWALD-BECK, *CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW* (2005), כרך I כללים 50–51.



“סותר הלכות קודמות, יש בו חידוש וגם קושי”

בפירוט גם לסמכות לגביית מיסים והיטלים בשטח המוחזק,¹⁷ לתפיסת רכוש ודרך התשלום עבורו,¹⁸ ולתפיסת רכוש צבאי ורכוש השייך למדינה המובסת או לרשויות מקומיות.¹⁹ סוגיית ההגנה על הקניין מעוגנת אפוא לפרטיה בתקנות האג. כפי שנראה להלן, בית המשפט העליון בישראל השתית באופן מסורתי את כל קביעותיו הנוגעות להגנה על הקניין באזור על תקנות האג.

ב. אמנת ג'נבה הרביעית: קבוצת הזכאים וההגנה על הקניין

את ארבע אמנות ג'נבה משנת 1949,²⁰ שגובשו בעקבות זוועות מלחמת העולם השנייה, מקובל לראות כמשלימות את אמנת האג ותקנותיה הנספחות ומוסיפות עליהן. אמנת ג'נבה הרביעית עוסקת בהגנה על אזרחים בעימות מזויין. היא נוסחה כהשלמה לפרק השלישי לתקנות האג, לשם הבהרה והרחבה שלו. אולם, בניגוד לשלוש הראשונות אשר התבססו על טקסטים של אמנות ומסמכים קודמים, האמנה הרביעית נכתבה מן היסוד, והיא כוללת הרחבה ניכרת של הדין המנהגי שישקפו תקנות האג.²¹ מבחינת תוכנה ואופייה, אמנת ג'נבה הרביעית עוסקת גם בזכויות והגנות שנושאייהן הם פרטים, ולא רק בחובות ומגבלות החלות ביחסים בין מדינות.²² בכך היא משקפת תחילת מעבר ממשפט בינלאומי שהשחקנים בו הם מדינות בלבד, למשפט בינלאומי המתיחס גם לפרטים כשחקנים עצמאיים – גישה שתלך ותתפתח במהלך המאה העשרים במסגרת דיני זכויות האדם.²³

אחד החידושים הבולטים באמנת ג'נבה הרביעית הוא קביעתו של המונח “אנשים מוגנים”. אנשים מוגנים הם נושאי כלל ההגנות שהאמנה מעניקה, למעט החלק השני החל על כלל האוכלוסייה ללא כל הבחנה.²⁴ סעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית מגדיר את קבוצת האנשים המוגנים, ומוציא מכללם את אזרחיה של המדינה המחזיקה.

¹⁷ תקנות 48, 49, 51 לתקנות האג.

¹⁸ תקנה 52 לתקנות האג.

¹⁹ תקנות 53–56 לתקנות האג.

²⁰ Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949.

²¹ בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה ושלו, 130 (2006); Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, 6 (2011); ארנה

²² Michael Siegrist, *The Functional Beginning of Belligerent Occupation*, part A.3.

²³ (2012) 2–11, 69–70 (2012); Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*, 74–72.

²⁴ ס' 13 לאמנת ג'נבה הרביעית; ראו שם J. S. Pictet, *Commentary* 10, Title of the Convention.



אמנת ג'נבה הרביעית מעניקה שלל הגנות וזכויות לאנשים המוגנים בכלל ולאילו הנתונים תחת תפיסה צבאית בפרט, אגב הטלת חובות על הכוח התופס: הגנה מפני כפייה ועינויים, מפני ענישה קיבוצית ומפני פעולות תגמול, חובה לדאוג לזכויות ילדים כגון חינוך, שמירה על מוסדות רפואיים ונגישות אליהם, מתן אפשרות לתמיכה דתית, חובה לקיים הליך משפטי הוגן, תנאי מעצר נאותים, מגבלות על עונש מוות ועוד כהנה וכהנה. מגוון התחומים שבהם עוסקת אמנת ג'נבה הרביעית ועומק הפירוט לגביהם מעוררים את הציפייה כי גם בתחום ההגנה על רכושם של האנשים המוגנים תקבע האמנה הגנות מיוחדות. אולם, דווקא בתחום זה האמנה כמעט שותקת. מבין 32 הסעיפים שבתת-הפרק המוקדש ל"שטחים מוחזקים", סעיף 53 לאמנה הוא היחיד אשר מתייחס לרכוש, והוא אוסר רק הריסה של רכוש בהיעדר נחיצות מבצעית מוחלטת.²⁵ סעיף 33 לאמנה, החל על כלל הטריטוריות הקשורות בעימות ואוסר פעולות תגמול נגד אנשים מוגנים, אוסר גם פעולות תגמול נגד רכושם. סעיף 147 לאמנה העוסק בהפרות החמורות ("grave breaches") מונה שורה של פשעים העולים כדי הפרה חמורה, וחותם בעניין אחד הנוגע לרכוש: הריסה או נטילה נרחבים של רכוש, ללא הצדקה של צורך צבאי, ובאופן בלתי-חוקי ושרירותי.²⁶ ההגנה המוענקת ל"אנשים מוגנים" מפני פגיעה ברכוש באמנת ג'נבה הרביעית היא אפוא מינימלית בעליל.

בייחוד ראוי לעיין בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית. זהו סעיף כללי, מקביל במידת מה לתקנה 46 לתקנות האג, סעיף 27 קובע כי אנשים מוגנים זכאים לכך שבכל מצב יכובדו כבודם, זכויות המשפחה שלהם, חובותיהם הדתיות, מנהגיהם ואורח חייהם. הסעיף מציין במיוחד את החובה להגן על כבודן של נשים ואת איסור האפליה מחמת גזע, דת ודעות פוליטיות. חסרונה של התייחסות לזכויות קניין ולהגנה על רכוש בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית בולט, בייחוד על רקע מרכזיותה של ההגנה על הרכוש בתקנה 46 המקבילה. היעדר זה, כפי שיובהר להלן, ודאי איננו תוצאה של שגגה ולא נעשה כלאחר יד.

²⁵ "except where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations"
²⁶ ס' 147 לאמנת ג'נבה הרביעית: "extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly" Rome Statute of the International Criminal Court מיום 17.7.1998, (IV)(a)(2)8, וכן מוסיפה "Destroying or seizing the enemy's property unless such destruction or seizure be imperatively demanded by the necessities of war", לאור האיסור הקבוע בתק' 23(g) לתקנות האג. המונח "extensive" יפורש בהתאם לנסיבות, וגם הריסת מבנה בודד תוכל להיחשב כזו, למשל כשמדובר בהריסת בית חולים. ראו ICTY Blaskic case, 53 (3.3.2000).



“סותר הלכות קודמות, יש בו חידוש וגם קושי”

מהו היחס בין אמנת ג'נבה הרביעית, המאוחרת והמעודכנת, לבין תקנות האג? אף שהרקע לגיבושה של אמנת ג'נבה הרביעית היה הצורך הדחוף לפרט ולשכלל את ההגנות שדיני המלחמה מעניקים לאוכלוסייה, מנסחי האמנה החליטו כי מעמדה יהיה משלים בלבד לתקנות האג.²⁷ הללו, כזכור, נתפסו עוד קודם לכן כמבטאות משפט מנהגי. ואכן, הגישה המקובלת היא כי תקנות האג שלא תוקנו או שוכללו באמנת ג'נבה הרביעית נשארו בתוקפן כפי שהן.²⁸ בקומנטר לאמנת ג'נבה הרביעית, שפורסם מטעם הצלב האדום, בחן המלומד פיקטה בקפדנות את תקנות האג שנותרו בתוקפן גם אחרי אמנת ג'נבה. בנוגע לתקנה 43 לתקנות האג מציין פיקטה כי החובה הכללית לשמור על הסדר והביטחון הציבורי נותרה כפי שהיא בתקנה זו.²⁹ כך גם לגבי הסדרי ההגנה על הקניין. בנוגע לתקנה 46 לתקנות האג הוא מציין במפורש כי אמנת ג'נבה לא משפיעה עליו, שכן “Respect for private property is not covered by the Geneva convention.”³⁰ זו מסקנתו גם לגבי יתר תקנות האג העוסקות בכיבוד הקניין והגנה על הרכוש: הן נותרו בתוקפן, ואמנת ג'נבה – השותקת כמעט – אינה משפיעה עליהן.

כותבים אחדים עמדו על כך שאמנת ג'נבה אינה עוסקת בהגנה על הקניין, משום שמטרתה הייתה להוסיף הגנות על האזרחים המוגנים עצמם, ולא על רכושם.³¹ גם בית המשפט העליון ציין זאת באחת הפרשיות.³² כותבים אחרים הוסיפו כי ההגנה המוענקת לזכויות קניין בדין המנהגי המשתקף בתקנות האג חזקה ומקיפה דיה, ולפיכך לא היה צורך להעניק באמנת ג'נבה הגנה מיוחדת דווקא לקניינם של 'אנשים מוגנים'.³³ ניתן לשער כי לצד טעמים אלו עמד גם טעם פרקטי מובהק: בשנת 1947, בניגוד לשנת 1907, מדינות מרכזיות בקהילה הבינלאומית שללו כליל הכרה בקיומו של קניין פרטי,

27 ראו ס' 154 לאמנת ג'נבה הרביעית.

28 ראו לעיל ה"ש 22.

29 למעט התחומים הספציפיים שזכו להסדרה מיוחדת באמנת ג'נבה הרביעית, כגון: הבטחת אספקה של מזון ותרופות.

30 Pictet, לעיל ה"ש 24, בעמ' 618.

31 שם, בעמ' 271 : “The diplomatic conference emphasized on various occasions that its object was to protect people and not property. Consequently the question of the treatment of enemy private property in the territory of a belligerent is still, in general, governed by usage and custom; see Benvenisti; by the Hague Regulations of 1907, especially Article 23 (g) and (h)”
22, בעמ' 74.

32 בג"ץ 3103/06 ולירו נ' מדינת ישראל, פס' 42 (פורסם בנוב, 6.2.2011).

33 DIETER FLECK, THE HANDBOOK OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, li (2013)

Dinstein, לעיל ה"ש 22, בעמ' 6.



אידיאולוגית ופרקטית, ולפיכך לא ניתן היה להגיע להסכמה על מתן הגנה כלשהי לקניין זה.³⁴

יהא הטעם לכך אשר יהא, תקנות האג מעניקות הגנה רחבה לקניין כפי שהן מעניקות; אמנת ג'נבה הרביעית מוסיפה הגנה על אנשים מוגנים, אך לא בתחום הקניין; וגם לא מוכרת התגבשות של מנהג היוצר הגנה חדשה על הקניין או נוספת לאלו המקוריות.³⁵

3. "הלכות קודמות" של בית המשפט העליון

חוקרים אחדים הציעו סקירות והערכות שונות על אודות הדרך שבה מיישם בית המשפט העליון את דיני התפיסה הלוחמתית באזור, איש-איש מזווית ראייתו.³⁶ במסגרת הדיון כאן אתמקד בסוגיה של כיבוד הקניין וההבחנה בין האוכלוסיות לעניין זה, ובשלב הזה אתמקד בסקירה תיאורית.

לטובת הערכת הקביעה בפסק הדין בעניין זיאדה, לעניין נטילת חזקה שלא לטובת "האוכלוסייה הנפקעת", אבחן מי לדעת בית המשפט הייתה האוכלוסייה שלטובתה מחויב המפקד הצבאי לפעול בשטח התפוס, ואם נקבעה הבחנה בין האוכלוסיות לעניין זה. כמו כן, אבקש לברר מכוח אילו נורמות על המפקד הצבאי לפעול לפי פסיקת בית המשפט, ומהו להשקפת הפסיקה תוכן ההגנה שמעניק המשפט הבינלאומי על זכויות הקניין. סקירה זו תסייע לעמוד על המינוח המשפטי החדש שחדר לפסקי הדין בשנים האחרונות, ובהמשך להעריך את הדברים שנאמרו בדנג"ז זיאדה.

א. "אוכלוסייה מקומית"

המונח "אוכלוסייה מקומית" ("local population"), שאיננו מופיע באמנות או במסמכים מכווננים אחרים, נולד עם הצורך בניסוח פרשנות יישומית של תקנות האג.³⁷

³⁴ ברית המועצות, למשל, תיחזקה בעת ההיא תפיסה צבאית של שטחי מדינות רבות.

³⁵ ראו HENCKAERTS & DOSWALD-BECK, לעיל ה"ש 16.

³⁶ ראו, למשל: DAVID KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES (2002); Guy Harpaz & Yuval Shani, *The Israeli Supreme Court and the Incremental Expansion of the Scope of Discretion Under Belligerent Occupation Law*, 43 ISRAEL LAW REVIEW, 514 (2010); Smadar Ben-Natan, *Constitutional Mindset: The Interrelations between Constitutional Law and International Law in the Extraterritorial Application of Human Rights*, 50 ISRAEL LAW REVIEW, 139–176 (2017).

³⁷ ראו, למשל: ס' 419 ו-431 למדריך הצבאי האמריקאי ללוחמה ביבשה משנת 1956. (THE LAW OF LAND WARFARE, Department Of The Army, FM 27–10).



“סותר הלכות קודמות, יש בו חידוש וגם קושי”

תקנה 43 לתקנות האג משקפת את החובה על הצבא המחזיק לדאוג ל"סדר ציבורי וביטחון" ("public order and safety") בשטח התפוס. בהקשר זה נקבעה החובה לפעול לטובת האוכלוסייה המקומית. בית המשפט העליון אימץ אף הוא את המונח "אוכלוסייה מקומית" בהקשר זה, ופירש את החובה לדאוג לסדר הציבורי ולביטחון כחובה כפולה, הן לגבי הכוח הצבאי והן לגבי האוכלוסייה האזרחית: דאגה לביטחון כוחותיו של הכוח הצבאי, ודאגה לסדר הציבורי והביטחון של האוכלוסייה המקומית שבשטח התפוס.³⁸

באשר למשמעותו של "הסדר הציבורי", כבר בראשית שנות השבעים של המאה העשרים אימץ בית המשפט העליון את העמדה המרחיבה, ולפיה חובה זו כוללת דאגה כללית לצרכיה המשתנים של האוכלוסייה האזרחית שבשטח.³⁹ בהמשך נוסחה חובה זו כחובה "לקיים משטר, השומר על זכויות האזרח ודואג לרווחתה המרבית של האוכלוסייה".⁴⁰

מי היא ה"אוכלוסייה" שלחיי ולרווחתה יש לדאוג? זו התפרשה, בהתאם לתחולתו הבלתי-מבחינה של הדין המנהגי המשתקף בתקנות האג, ככלל האוכלוסייה המתגוררת בשטח המוחזק. כבר בראשית שנות השבעים קבע בית המשפט לגבי החובה לדאוג לאספקת חשמל סדירה לאזרחים הישראלים, כי "לעניין זה יש לראות את תושבי קרית-ארבע כמי שנוספו על האוכלוסייה המקומית".⁴¹ בעניין זה לא ניתנה כל משמעות לעובדה כי האוכלוסייה הישראלית בקרית ארבע מנתה אז עשרות בודדות של תושבים שהתגוררו במקום תקופה לא ארוכה.

בשנת 1980 הסתמך היועץ המשפטי לממשלה דאז, יצחק זמיר, על פסיקה זו בחוות דעת ששלח לראש הממשלה מנחם בגין, אשר עסקה בשאלת הקמה או הרחבה של יישובים ישראלים ביהודה ושומרון תוך שימוש בהפקעות מקרקעין פרטיים לפי חוק ההפקעה הירדני.⁴² זמיר ציין כי בית המשפט העליון כבר קבע כי האוכלוסייה בהתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון היא אוכלוסייה מקומית, ובהתאם דן באפשרות להסתמך על קביעה זו. זמיר הציג בחוות דעתו טענות אפשריות לכאן ולכאן, אך בסופו של דבר לא הכריע בשאלת ההסתמכות על קביעה זו של בית המשפט לצורך הפקעת מקרקעין לטובת

³⁸ בג"ץ 393/82 אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד ל"ז(4) 785 (1983).
³⁹ בג"ץ 337/71 אלג'מעיה אלמסיחיה ללארצ' אלמקדסה נ' שר הבטחון, פ"ד כו(1) 574 (1972).
⁴⁰ בג"ץ 202/81 טביב נ' שר הבטחון, פ"ד לו(2) 631, 622 (1981).
⁴¹ בג"ץ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים נ' שר הביטחון, פ"ד כז(1) 138, 124 (1972).
⁴² "החוק הירדני בדבר רכישת קרקעות לצרכי ציבור", מכתב מיצחק זמיר, היועץ המשפטי לממשלה, לראש הממשלה מנחם בגין (12.5.1980). סוגיית ההפקעה לפי החוק הירדני תידון בפירוט בתת-הפרק הבא.



התיישבות ישראלית. בהתחשב בחששות משפטיים⁴³ ובשיקולים מדיניים,⁴⁴ המליץ זמיר שלא לאמץ מדיניות כזו. עם זאת, לגבי יישובים ספציפיים שכבר בעת ההיא ידוע היה שביסוסם יחייב הפקעת מקרקעין פרטיים, הציע זמיר לשוב ולבחון את העניין כשעלה הצורך.

מאז חוות דעתו של זמיר חזר בית המשפט העליון על העמדה הרואה בהתיישבות הישראלית "אוכלוסייה מקומית" בכמה הזדמנויות, ובהקשרים שונים. כך, למשל, בשנות התשעים של המאה הקודמת בחן בית המשפט את חוקיות הטלת ארנונה על ההתיישבות הישראלית, וקבע, לאור תקנה 43, כי חובתו של המפקד הצבאי "לפעול כשלטון מתוקן לטובת כלל האוכלוסייה האזרחית" ולאפשר לרשויות להטיל מסים "כדי שיהא בידן לדאוג לצרכי היישובים ולרווחת תושביהם".⁴⁵ בנוגע להפעלת שיקול הדעת בהשכרת אדמות מדינה קבע בית המשפט כי בסמכותו של המפקד להשכיר להסתדרות הציונית, משום ש"עליו להתחשב בצורכי הביטחון ובצורכי האוכלוסייה האזרחית (הערבית או היהודית)".⁴⁶

באופן דומה, בשנת 2004 קבע בית המשפט העליון כי חובתו של המפקד הצבאי להגן על אינטרסים של האוכלוסייה האזרחית באזור מכוח תקנות האג, לרבות קיום רווחתה של האוכלוסייה, עשויה להצדיק אף תפיסה צבאית של מקרקעין פרטיים לצרכי אבטחה. קביעה זו ניתנה בנוגע להחלטת המפקד לתפוס ולהרוס מבנים פרטיים כדי ליצור ציר תנועה בטוח למתפללים בדרכם אל מערת המכפלה: "אמנת האג מסמיכה את מפקד האזור לפעול בשני תחומים מרכזיים: האחד – הבטחת האינטרס הביטחוני הלגיטימי של המחזיק בשטח, והשני – הבטחת צרכיה של האוכלוסייה המקומית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית [...] באחריות לקיום רווחתם של התושבים. בתחום האחרון מופקד מפקד האזור לא רק על שמירת הסדר והביטחון של התושבים אלא גם על הגנת זכויותיהם, ובייחוד על זכויות האדם החוקתיות הנתונות להם. הדאגה לזכויות אדם עומדת במרכז

⁴³ זמיר העלה את החשש שבית המשפט העליון יעכב את המהלך ואף יפסול אותו. בין היתר חשש כי ההכרה בהתיישבות הישראלית כ"אוכלוסייה מקומית" תצמצם על ידי בית המשפט לעניינים ספציפיים, ולא לכל עניין שלגביו מתעורר "צורך ציבורי". זמיר גם העלה את החשש מטענה הנסמכת על ס' 49(6) לאמנת ג'נבה, האוסרת העברת אוכלוסייה של המדינה המחזיקה לשטח המוחזק. בנוסף, הבחין זמיר בין הרחבת התיישבות ישראלית קיימת, שאותה ראה כפעולה לטובת אוכלוסייה מקומית, לבין הקמת התיישבות חדשה למתיישבים שבאים מחוץ לאזור, שאותה לא ניתן לראות כפעולה לטובת 'אוכלוסייה מקומית'. המלצתו הייתה להוסיף ולהשתמש בכלים המשפטיים הקיימים – בנייה על אדמות ממשלתיות או על אדמות שנתפסו לצרכי ביטחון.

⁴⁴ בעיקר המו"מ לשלום מול מצרים, שהתנהל באותה העת ועסק גם בסוגיית עתיד יהודה ושומרון.
⁴⁵ בג"ץ 5808/93 חברה כלכלית לירושלים בע"מ נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד מט(1) 89 (1995).

⁴⁶ בג"ץ 6022/93 אע"רייב נ' הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי (פורסם בנבו, 2.11.1994).



“סותר הלכות קודמות, יש בו חידוש וגם קושי”

השיקולים ההומניטריים שחובה על המפקד לשקול.⁴⁷ בית המשפט הדגיש כי “האוכלוסייה המקומית לעניין זה כוללת את התושבים הערבים והישראלים כאחד.” באותה שנה פסק בית המשפט העליון כי הפעלת מחצבה שתוצריה יסופקו לאוכלוסייה המקומית אינה מפרה את תקנה 55 לתקנות האג, המשקפת את האיסור כילוי משאבי השטח התפוס. אגב דחיית העתירה נגד אותה מחצבה הוסיף בית המשפט והזכיר כי “כבר נקבע שבגדר אוכלוסייה מקומית יכול שיבואו אף המתיישבים [הישראלים – א.א.]”⁴⁸.

בכל הנוגע לסיווג האוכלוסייה הישראלית ביהודה ושומרון והחובה לפעול לרווחתה, פסק הדין בעניין זיאדה הוא אפוא המשך של קו פסיקה זה. סגן הנשיאה סלים ג'ובראן, בהסכמת כל חברי ההרכב, עמד על ההבחנה בין האנשים המוגנים, הזכאים להגנות המיוחדות שמעניקה אמנת ג'נבה הרביעית, לבין כלל האוכלוסייה האזרחית. “תושבי האזור הישראליים”, הטעים ג'ובראן, “אף הם נמנים עם האוכלוסייה האזרחית באזור, ומשום כך מתפרשת חובתו של המפקד הצבאי גם כלפיהם”⁴⁹. ניכר אפוא כי פסק הדין בעניין זיאדה אינו מהווה חידוש או קושי בהיבט זה, וודאי שאיננו סותר הלכות קודמות. גישה זו הולמת את הפרקטיקה העדכנית גם בזירות אחרות, כפי שניתן לראות בהחלטה שאימצה לאחרונה הנציבות האירופית בנוגע לאוכלוסיית סהרה המערבית. הנציבות האירופית נדרשה לתקן את הסכמי הסחר בין האיחוד האירופי ובין מרוקו, בעקבות החלטת בית הדין לצדק של האיחוד האירופי כי ההסכמים אינם חלים על מוצרים שיוצרו בטריטוריית סהרה המערבית.⁵⁰ המועצה האירופית ביקשה מהנציבות לבחון את ההשפעה הצפויה מהתיקונים על האוכלוסייה הרלוונטית (“the people concerned”) בסהרה המערבית, שלטובתה עליה לפעול בהתאם לסעיף 73(a) למגילת האומות המאוחדות. בדברי ההסבר להחלטה הבהירה המועצה האירופית כי הוחלט להתייחס לכלל האוכלוסייה שבסהרה המערבית, לרבות זו של האזרחים המרוקאים שיושבו שם לאחר תפיסת השטח על ידי מרוקו, ללא הבחנה בין קבוצות אוכלוסייה שונות, שכן

⁴⁷ בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443, 454–455 (2004). תפיסת המקרקעין לא נעשתה שם בדרך של הפקעה אזרחית לפי החוק הירדני, אלא בדרך של תפיסה לצרכים צבאיים (שגם תמורתה ניתן פיצוי), לצורך מתן מענה, ציר תנועה בר אבטחה, לצרכים אזרחיים של האוכלוסייה הישראלית.

⁴⁸ בג"ץ 9717/03 נעלה נ' מועצת התכנון העליונה באזור יהודה ושומרון, פ"ד נח(6) 97, 104 (2004); בג"ץ 2164/09 יש דיין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 13 (פורסם בנבו, 26.12.2011).

⁴⁹ עניין זיאדה, לעיל ה"ש 1, פס' 27 לפס' דינו של המשנה לנשיאה ג'ובראן.

⁵⁰ ECJ, Council of the European Union v Polisario Front, Case C-104/16 P (21.12.2016).



האוכלוסייה הרלוונטית היא זו שבשטח.⁵¹ מוסדות האיחוד האירופי, בהתאם לעמדת העצרת הכללית של האו"ם, רואים בסהרה המערבית שטח בתפיסה לוחמתית.⁵² הואיל ומדובר היה בהגנה שלא מכוח אמנת ג'נבה, היא הוחלה על האוכלוסייה המקומית כפי שהיא, בלא הבחנה בין התושבים. ואכן, על סמך בדיקת ההשפעה על כלל האוכלוסייה, ועל סמך התייעצות עם מי שהנציבות ראתה כגורמי האוכלוסייה – מייצגי הסהרונים, נציגי האוכלוסייה המרוקאית שבשטח וממשלת מרוקו עצמה – מצאה נציבות האיחוד האירופי כי תיקון ההסכמים בין מרוקו ובין האיחוד כך שיחולו גם על טריטוריית סהרה המערבית יהיה לתועלת האוכלוסייה.⁵³

ב. הפקעת מקרקעין לצרכי ציבור באזור

עד סוף שנות השבעים של המאה הקודמת הוקמו רוב היישובים ישראלים ביהודה ושומרון בהסתמך על העמדה כי הקמתם ממלאת תפקיד ביטחוני חיוני. מכוחה של עמדה זו הוציא המפקד הצבאי צווי תפיסה למקרקעין שבחלקם היו פרטיים, בהתאם לתקנה 52 לתקנות האג.⁵⁴ יודגש כי לא היה מדובר בהפקעת מקרקעין לצרכי ציבור בהתאם לחוק המקומי,⁵⁵ כי אם בהליך של תפיסה לצרכי ביטחון כנגד תשלום לבעלים. המדיניות השתנתה לאחר שבמקרה של הקמת היישוב אלון מורה השתכנע בית המשפט העליון כי הקמת היישוב נועדה בעיקר למטרה אזרחית-התיישבותית, ולא לשם הצורך הביטחוני שעליו הצביעו גורמי הצבא, וביטל את תפיסת אותם המקרקעין.⁵⁶ ממשלת ישראל

⁵¹ COM(2018) 479 European Commission, Brussels (11.6.2018).
⁵² ראו, למשל, החלטת העצרת הכללית 34/37 מיום 21.11.1979; פסק הדין של ה-ECJ לעיל ה"ש Eugene Kontorovich, *Unsettled: A Global Study Of Settlements In Occupied Territories*, 9 JOURNAL OF LEGAL ANALYSIS, 285–350 (2017) <https://doi.org/10.1093/jla/lax004>.
⁵³ ראו לעיל ה"ש 51. ברומה לכך, גם בית הדין האירופי לזכויות אדם התייחס לכלל האוכלוסייה שבצפון קפריסין כ"אוכלוסייה מקומית", כשאישר את הסדר ההפקעה הנרחב שעשתה ממשלת טורקיה בצפון קפריסין. בית הדין ציין, כי "Generations have passed. The local population has not remained static. Turkish Cypriots who inhabited the north have migrated elsewhere; Turkish Cypriot refugees from the south have settled in the north; Turkish settlers from Demopoulos v. Turkey have arrived in large numbers and established their homes".
⁵⁴ ראו בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113 (1979). תק' 52 לתקנות האג מתירה לתפוס רכוש פרטי לצרכי הצבא התופס.
⁵⁵ חוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) מס' 2 לשנת 1953 (להלן: "חוק הקרקעות"). בשנת 1969 תוקן החוק על ידי המפקד הצבאי (צו מס' 321 בדבר חוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור)), והסמכויות הועברו לרשויות השלטון הצבאי הישראלי.
⁵⁶ בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979).



“סותר הלכות קודמות, יש בו חידוש וגם קושי”

החליטה כי מכאן ואילך תוקם התיישבות חדשה על אדמות מדינה בלבד, לצד הוספת תושבים להתיישבות הקיימת.⁵⁷

כך באשר להקמת התיישבות חדשה. אולם עצם האפשרות להפקיע מקרקעין פרטיים לצרכי ציבור באזור, בהליך אזרחי של הפקעה תמורת תשלום בהתאם לחוק המקומי, נותרה בעינה. החוק המקומי, כלומר החוק הירדני משנת 1953, מעניק סמכות וקובע את הפרוצדורה להפקעת מקרקעין לצרכי ציבור.⁵⁸ צו של המפקד הצבאי משנת 1969 העביר את הסמכויות מהממשלה הירדנית לרשויות השלטון הצבאי הישראלי. הסמכויות והמנגנון דומים בעיקרם למקובל בכל משטר משפטי מודרני.⁵⁹

סוגיית השימוש בחוק הירדני נדונה והוכרעה בבית המשפט העליון לגבי תוכנית הפקעה של מקרקעין פרטיים לצורך הקמת נתיבי תחבורה מודרניים (כביש 443 בין ירושלים לעמק איילון). בית המשפט הבהיר כי אין מניעה לקיים הליך הפקעה בהתאם לחוק המקומי, בכפוף לשלושה תנאים: שהדבר ייעשה לטובת האזור עצמו ולא לטובת הכלכלה הישראלית; שההליך ייעשה בהתאם לחוק המקומי; ויעמוד בדרישות המשפט המנהלי הישראלי המחייבות כל פעולה של רשות ישראלית.⁶⁰ בית המשפט אימץ בפסיקה זו את עמדותיהם של מלומדים אחדים אשר פירשו כך את הוראות תקנות האג, בהבחינם בין חרמה ללא תשלום – האסורה, לבין הפקעה תמורת תשלום, המותרת בתנאים האמורים.⁶¹ פסק הדין העקרוני, אשר שימש בסיס לפעילות הרשויות בעשורים הבאים, לא הבחין לעניין זה בין סוגים שונים של אוכלוסיית הנהנות מן ההפקעה.

ואכן, מראשית שנות השבעים של המאה הקודמת ועד לתחילת שנות האלפיים נעשו מאות פעולות של הפקעת מקרקעין לפי החוק המקומי לטובת תשתיות ביהודה ושומרון.⁶² מרבית ההפקעות נעשו לטובת כבישים, חלקם כבישים אזוריים המשמשים

⁵⁷ החלטה 145 של הממשלה ה-18 (11.11.1979).

⁵⁸ חוק הקרקעות מתבסס על פקודת המקרקעין (רכישה לצרכי ציבור) המנדטורית, בדומה למקבילו הישראלי. ס' 2 לחוק הקרקעות קובע את הפרוצדורה להפקעת מקרקעין לצרכי ציבור שונים: “כל צורך שהחליטה לגביו הממשלה בהסכמתו של המלך כצורך ציבורי”.

⁵⁹ לניתוח משפטי, כלכלי, תיאורטי והיסטורי מקיף של סמכות ההפקעה לצרכי ציבור, ראו Abraham Bell, *Private Takings*, 76 CHI. L. REV. 517 (2009).

⁶⁰ בג”ץ אסכאן, לעיל ה”ש 38.

⁶¹ ראו, למשל: ERNST HERMANN FEILCHENFELD, THE INTERNATIONAL ECONOMIC LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION, 50 (1942); GEORG SCHWARZENBERGER, INTERNATIONAL LAW II (THE LAW OF ARMED CONFLICT), 245 (1968). עמדה זו מקובלת בכתיבה גם לאחרונה. ראו YUTAKA ARAI-TAKAHASHI, THE LAW OF OCCUPATION, 236–238 (2009).

⁶² המידע שלהלן מסתמך על נתונים מקיפים לגבי כלל ההפקעות שנעשו באזור יהודה ושומרון מאז מלחמת ששת הימים. הנתונים התקבלו לידי הכותב בשנת 2014 מאת המינהל האזרחי ביהודה ושומרון לפי חוק חופש המידע.



את כלל האוכלוסייה, חלקם כבישי גישה ליישובים ישראלים, ומיעוטם כבישי גישה ליישובים פלסטיניים. הפקעות נוספות נעשו לטובת תשתיות ביוב, מים וחשמל להתיישבות הישראלית לבדה או לטובת האוכלוסייה הערבית לבדה. מאז אמצע שנות השמונים של המאה הקודמת מספרן של ההפקעות פחת (אם כי מאז הסכמי אוסלו נעשו הפקעות בהיקפים נרחבים ביותר לטובת סלילת כבישים עוקפים, כדי לאפשר תנועה, לכלל האוכלוסייה, מחוץ לאזורים שנמסרו לשליטת הרשות הפלסטינית). מאז ראשית שנות האלפיים פחת מספר ההפקעות להפקעות בודדות בשנה, והן נעשו לטובת תשתיות אזוריות בלבד כמעט ללא יוצא מהכלל.

כך נהגו הרשויות למעשה, אולם בזירה המשפטית לא נמצא שינוי. סוגיית כביש 443 שבה ונדונה בפני בית המשפט העליון בשנת 2007, לאחר שבתקופת האינתיפאדה השנייה נאסרה התנועה בו על פלסטינים תושבי כפרי האזור מטעמי ביטחון. בית המשפט העליון קיבל את העתירה, וקבע שלמפקד הצבאי לא הייתה סמכות לקבוע איסור תנועה גורף בכביש, וכי האיסור שהוטל איננו מידתי. אף שפסק דין זה מתייחס להבחנה בין האוכלוסיות באזור, ומתייחס לפגיעה ב"תושבים מוגנים", התייחסות זו נוגעת בעיקר לפגיעה בחופש התנועה מעבר למידה הנדרשת. באשר לפגיעה בקניין, ההכרעה בדבר חוסר סמכות נעוצה בהבחנה בין צרכי האזור ובין צרכי המדינה המחזיקה. האיסור, לפי פסק הדין, הפך את הכביש לכביש המשרת את האוכלוסייה שמחוץ לאזור כמעט בלעדית: תנועה בין גוש דן לירושלים, של תושבי ישראל שוודאי אינם "אוכלוסייה מקומית" באזור. הכביש נעשה "לכביש המיועד לתנועת כלי רכב ישראליים בלבד, אשר חלק הארי שלהם עושה את דרכו מן השפלה לירושלים ובחזרה, קרי – לצורך תנועה 'פנימית' ישראלית",⁶³ כלומר "דרך שירות"⁶⁴ המשרתת את המדינה המחזיקה בלבד.⁶⁵ כך, למפרע, ההפקעה הופכת כביכול להפקעה שלא לטובת האזור, ומכאן חוסר הסמכות. לענייננו, פסק הדין אינו מושגת אפוא על הבחנה בין האוכלוסיות שבשטח התפוס לעניין זכות הקניין ומידת ההגנה עליה. גם בו אין כל אמירה שניתן ללמוד ממנה כי הפקעת מקרקעין לצרכי ציבור כפופה להבחנה בין האוכלוסיות שבאזור.

המסקנה היא כי פסק הדין בעניין זיאדה, המכיר בסמכותו של המפקד הצבאי ליטול חזקה במקרקעין פרטיים של אוכלוסייה פלסטינית לצורך ציבורי שאיננו משרת דווקא את

⁶³ בג"ץ 2150/07 אבו צפיה נ' שר הביטחון, פ"ד סג(3) 331, פס' 26 (2009).

⁶⁴ שם, פס' 35.

⁶⁵ עם זאת, בפסק הדין ישנו חוסר בהירות מסוים לגבי היחס בין "אוכלוסייה מקומית" ובין "אוכלוסייה מוגנת". מצד אחד חזר השופט פוגלמן על ההלכות הוותיקות, לפיהן החובה מכוח תק' 43 לתקנות האג חלה על כלל אוכלוסיית האזור (שם, פס' 20), ומנגד ציין כי מתחילה נעשתה ההפקעה "לטובת האוכלוסייה המקומית, היינו התושבים המוגנים" (שם, פס' 26). ספק אם השופט פוגלמן עצמו סבר שדברים אלו הולמים את האמור בפסק הדין בעניין אסכאן, לעיל ה"ש 38, שעסק כזכור בהפקעה האמורה, ודרש שהיא תהיה "לטובת האזור".



“סותר הלכות קודמות, יש בו חידוש וגם קושי”

האוכלוסייה הפלסטינית, איננו סותר הלכות קודמות. בית המשפט העליון פסק כי נטילת חזקה במקרקעין פרטיים לצרכים ציבוריים אפשרית מבחינת המשפט הבינלאומי, אם היא נעשית לטובת האזור ובהתאם לחוק המקומי והמשפט המנהלי. הבחנה בין סוגים שונים של צורך לפי סוג האוכלוסייה הנהנית לא נקבעה להלכה בפסיקה.

לעניין ה'חידוש', ייתכן כי ניתן להצביע על חידוש בפסק הדין זיאדה, שכן במשך שנים רבות לא הופקעו מקרקעין פרטיים לצרכי בניית התיישבות ישראלית גופה. ככל שנעשו הפקעות לצורך התיישבות ישראלית, הן נעשו לצרכי תשתית בלבד. אולם, מבחינה משפטית אין בסיס להבחנה בין הפקעה לצרכי תשתית שמשרתת התיישבות לבין הפקעה לצרכי התיישבות עצמה, ככל ששתיהן משרתות צורך ציבורי. ה"צורך ציבורי", כפי שהגדירו בית המשפט בעניין זיאדה,⁶⁶ לא היה עצם בנייתו של יישוב חדש אלא מציאת פתרון לצורך שהתעורר מהריסת היישוב עמונה (אף כי לפי החוק הישראלי המקביל גם "הקמה, הרחבה או פיתוח של יישוב" יכולים להיחשב צורך ציבורי⁶⁷). בית המשפט העליון בארצות-הברית שנדרש לסוגיה קבע כי בהינתן מטרה ציבורית, אפילו הפקעה שנועדה ליטול קרקע מפלוגי ולהעבירה לבעלותו של אלמוני, עשויה להיחשב צורך ציבורי ולעמוד במבחן החוקתית.⁶⁸

⁶⁶ עניין זיאדה, לעיל ה"ש 1, פס' 27 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ג'ובראן, אשר מצא כי מדובר ב"צורך הומניטארי". בפסק הדין בעניין זיאדה כזכור לא היה מדובר בהפקעה לפי החוק המקומי כי אם בפירוק שיתוף כפוי, אך בית המשפט בדנג"ץ זיאדה, לעיל ה"ש 5, הגדיר את השאלה באופן כולל (שם, פס' 7), כך שהדיון נוגע הן להפקעה לפי החוק והן לכל פעולה שלטונית אחרת של נטילת חזקה במקרקעין פרטיים.

⁶⁷ ס' 2 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943. הגדרת "צורך ציבורי" כפי שתוקנה בתיקון מס' 2 משנת 2010 (ס"ח התש"ע מס' 2228 מיום 15.2.2010, 346).

⁶⁸ Hawaii Housing Authority v. Midkiff, 467 U.S. 229, 5–244 (1984): "The mere fact that property taken outright by eminent domain is transferred in the first instance to private beneficiaries does not condemn that taking as having only a private purpose. The Court long ago rejected any literal requirement that condemned property be put into use for the general public. It is not essential that the entire community, nor even any considerable portion [...] directly enjoy or participate in any improvement in order [for it] to constitute a public use' [...] The Act advances its purposes without the State's taking actual possession of the land. In such cases, government does not itself have to use property to legitimate the taking; it is only the taking's purpose, and not its mechanics, that must pass scrutiny under the Public Use Clause". ראו גם Bell ; Kelo v. City of New London, 545 U.S. 469, 478 (2005), לעיל ה"ש 59, בעמ' 517.



ג. "הלכות קודמות" – סיכום

במהלך עשרות שנים של שלטון ישראלי ביהודה ושומרון גילה בית המשפט העליון לא מעט יצירתיות בפסיקתו ליישום המשפט הבינלאומי על רשויות האזור. בית המשפט גם זכה לביקורת: מצד אחד על גמישות יתירה ביישומו של הדין, ומהצד האחר על דווקנות ומידת מעורבות מוגזמת.⁶⁹ עם זאת, מבחינת המסגרת המושגית, השתדל בית המשפט להיצמד למסגרות המשפטיות התואמות את המקורות המשפטיים שעליהם הסתמך. דרך משפטית זו גררה לא פעם טרוניה בקרב מלומדים ביקורתיים, שסברו כי היא מביאה לתוצאה בלתי-ראויה.⁷⁰ כך בייחוד לגבי התובנה כי החובות והמגבלות שלפי תקנות האג תקפות כלפי כלל האוכלוסייה שבשטח המוחזק. אדון בכך בהמשך ההארה, בפרק החמישי. אולם, בית המשפט ראה את עצמו מחויב למסגרת המשפט הבינלאומי ולמקורותיו, ולעיתים אף הזכיר כי בתחום המשפט הבינלאומי אין לאמץ נורמות מגבילות ללא שהוברר כדבעי כי הן משקפות משפט נוהג.⁷¹ הטלת איסור או מגבלה מכוח המשפט הבינלאומי על פעילותה של מדינה חייבת להיתמך בקיומו של מנהג מחייב או הסכם ברור, ולא בעמדה לגבי דין רצוי. לאור זאת, לעניין הגדרת האוכלוסייה המקומית שטובתה היא טובת האזור, כלל בית המשפט את כלל התושבים באזור, בלי קשר לשאלת אזרחותם. הפקעת מקרקעין שבבעלות פרטית לפי החוק המקומי הוכרה כמותרת לפי המשפט הבינלאומי, בהתאם לתנאי החוק המקומי ותוך הכפפת ההליך לכללי המשפט המנהלי הישראלי. כך גם נהגו הרשויות באזור למעשה.

סקירת הפסיקה בנוגע להגנה על קניין בשטח תפוס בתפיסה לוחמתית, מעלה ספק לגבי האמור בהחלטה בדנג"ץ זיאדה כי פסק הדין בעניין זיאדה סותר הלכות קודמות. ייתכן כי כוונת הדברים הייתה לרטוריקה החדשה שהופיעה בבית המשפט מאז שנת 2011, שלסקירתה נעבור כעת.

⁶⁹ ראו, למשל: אהרן ברק "המשפט ההומניטרי הבינלאומי ובית המשפט העליון בישראל" מבחר כתבים ג – עיונים חוקתיים 349 (2017), Kretzmer, לעיל ה"ש 36; Harpaz & Shani, לעיל ה"ש 36; Aeyal Gross, *Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation?*, 18 EUR. J. INT'L L. 1, 5, 16, 18, 25 (2007).

⁷⁰ Kretzmer, לעיל ה"ש 36, בעמ' 64–72, Gross, שם; עמיחי כהן "דין עמונה כדין תל-אביב? התפרקות פרדיגמת הכיבוש בשטחים" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 61 (2017).

⁷¹ ראו, למשל: דברי הנשיא שמגר בכג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, 239 (1983). את הנטל להוכיח כי מדובר במשפט מנהגי מחייב הטיל בית המשפט על העותרים.



4. הרטוריקה החדשה – משנת 2011 ואילך

א. רקע: “אנשים מוגנים” והבחנה בין אוכלוסיות באזור לצורך עניינים שונים

שאלת יישומה של אמנת ג'נבה הרביעית ותחולתה המשפטית על השלטון הצבאי הישראלי באזור יהודה ושומרון נדונה רבות בספרות ובפסיקה, והיא חורגת מגדרי מטרותיה של רשימה זו.⁷² בית המשפט העליון נמנע מלהכריע בה מפורשות, ולמעשה נוהג לפסוק בהתאם להוראותיה, בייחוד בכל הנוגע לפעולות לחימה, שכן הממשלה הצהירה לא אחת כי היא מכבדת את הוראותיה ההומניטריות.⁷³ במסגרת זו התייחס בית המשפט לא אחת גם להגדרת “אנשים מוגנים”, בעיקר בהקשרים של פעולות לחימה.⁷⁴ גם בהקשרים אחרים, כמו פרשיות גדר הביטחון, עמד בית המשפט העליון לא אחת על ההבחנה בין “האנשים המוגנים” הזכאים להגנות אמנת ג'נבה הרביעית, ובין כלל האוכלוסייה באזור, שכלפיה מחויב הכוח המחזיק בהתאם לתקנות האג בכלל ותקנה 43 בפרט.⁷⁵ בית המשפט הקפיד בדרך כלל לשייך את המונח “אנשים מוגנים” להקשרו הנורמטיבי הנכון, כלומר להגנות ולזכויות שמעניקה אמנת ג'נבה הרביעית.⁷⁶ מעת לעת נעשה גם שימוש במונח כבדרך אגב, כתחליף למונח ‘תושבים פלסטינים’ או ‘תושבים ערבים’, לשם הבחנה עניינית מהתושבים הישראלים, וככל הנראה בלי להתכוון למשמעויותיו המשפטיות. בית המשפט נמנע מלהשתמש במונח בהקשר של הגנה על קניין, וודאי שלא לצורך גזירת זכות קניין בעלת אופי ייחודי או עוצמה יתרה.

72 ראו, למשל: Meir Shamgar, *The Observance of International Law in the Administered Territories*, 1 ISRAEL YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS 262–277 (1971); Meir Shamgar, *The Law in the Areas Held by The Israel Defence Forces*, 8 PUBLIC ADMINISTRATION IN ISRAEL International Court of Justice, Legal Consequences AND ABROAD 42–47 (1968). ומנגד ראו *of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (9.7.2004).

73 ראו, למשל: בג”ץ 769/02 הועד הציבורי נגד העיניים בישראל נ’ ממשלת ישראל, פ”ד סב(1) 507, פס’ 20 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006).

74 ראו, למשל: בג”ץ 7015/02 עגורני נ’ מפקד כוחות צה”ל, פ”ד נו(6) 352 (2002).

75 ראו, למשל, בג”ץ 7957/04 מראעבה נ’ ראש ממשלת ישראל, פ”ד ס(2) 477, 496–497 (2005), שם נדון עניין גדר ההפרדה; בג”ץ 5488/04 מועצה מקומית אלראם נ’ ממשלת ישראל (ביום פורסם בנבו, 13.12.2006); בג”ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ’ ממשלת ישראל, פ”ד נח(5) 807 (2004).

76 ראו, למשל: בג”ץ 3969/06 אלחארוב נ’ מפקד כוחות צה”ל (פורסם בנבו, 22.10.2009); עניין ולירן, לעיל ה”ש 32; עניין אבו צפיה, לעיל ה”ש 63; ועוד אחרים. במקרים אלו אין יומרה להעניק נפקות משפטית לכינוי זה.



ב. "אוכלוסייה מוגנת" וזכויות קניין – רטוריקה חדשה

ב.1. פרשת מגרון

החידוש ברטוריקה שבה נקטו שופטים החל בשנת 2011, בשני פסקי דין שניתנו בסמיכות זמנים. הראשון עסק בפינוי היישוב הבלתי-מוסדר מגרון.⁷⁷ זו הייתה הפעם הראשונה שבה נדרש בית המשפט להורות על פינוי של יישוב בלתי-מוסדר שלם. חודשים אחדים קודם לכן הודיעה פרקליטות המדינה לבית המשפט על הנחיית מדיניות חדשה מטעם הממשלה, ולפיה התיישבות ישראלית בלתי-מוסדרת הבנויה על אדמות מדינה תוסדר מבחינה תכנונית, בכפוף לשיקולים שונים, ואילו כזו הבנויה על קרקע פרטית – תוסדר.⁷⁸ עילת קבלת העתירה בעניין **מגרון** הייתה אי-חוקיות היישוב מחמת היעדר תוכנית והיתרי בנייה, והפגיעה בזכויות קניין פרטיות שימשה הצדקה להורות למדינה לאכוף את הדין ולא לדחות זאת עוד.

הואיל ותוצאתו של פסק הדין הייתה חסרת תקדים, ייחד בית המשפט פסקאות אחדות להצדקת המהלך. בין היתר כתבה שם הנשיאה דורית בייניש, באמרת אגב, כך: "הקו המנחה ובעל המשקל המכריע בהכרעותינו השיפוטיות הוא כי על רשויות המדינה לפעול לקיום החוק ולאכיפתו באזור, במיוחד כך כאשר הפרת החוק פוגעת בזכויות הקניין של התושבים המוגנים".⁷⁹ זו למיטב ידיעתי הפעם הראשונה שבה הסתמך בית המשפט בבירור על המונח 'תושבים מוגנים' בהקשר של הגנה על זכויות קניין. בית המשפט נזקק לכך כדי לחזק את הלגיטימציה למתן צו עשה לנקיטת פעולה אקטיבית רבת משמעות. המשפטן הרגיש תוהה ודאי על הקישור שנולד כאן בין "תושבים מוגנים" והגנה על זכויות קניין, קישור שגוי כפי שראינו לעיל. אולם דומה כי בשלב הזה השימוש במונח "תושבים מוגנים" לא בא אלא כדי להבהיר שמדובר בתושבים פלסטינים, ולא משום שהנשיאה בייניש ביקשה לייחס מאפיינים ייחודיים מבחינה משפטית לזכות הקניין של "התושבים המוגנים" דווקא.⁸⁰ המדינה הרי ממילא סברה כי עליה לפעול נגד בנייה לא חוקית על קרקע פרטית.

⁷⁷ בג"ץ 8887/06 אל-נאבות נ' שר הביטחון, (פורסם בנבו, 2.8.2011).
⁷⁸ תצהיר תשובה משלים מטעם המשיבים מיום 7.3.2011 בבג"ץ 7891/07 **תנועת שלום עכשיו נ' שר הביטחון** וכן פסק הדין שם (פורסם בנבו, 18.11.2013). ראו גם בג"ץ 7292/14 **מוסא נ' שר הביטחון**, פס' 24 (פורסם בנבו, 1.9.2016).
⁷⁹ עניין **אל-נאבות**, לעיל ה"ש 77, פס' 16 לפסק דיונה של הנשיאה בייניש.
⁸⁰ השוו דבריה מייד בסמוך: "על פי דין אין להקים ישוב על קרקע פרטית של תושבים פלסטינים, וגם לשיטת המשיבים יש לראות בחומרה רבה פגיעה בזכויות הקניין של תושבים אלה".



“סותר הלכות קודמות, יש בו חידוש וגם קושי”

ב.2. פרשת בית אכסא

בסמוך לכך ניתן פסק דין בעניין בית אכסא, שבו נדונה בניית מסילת הרכבת החדשה בקו תל-אביב ירושלים.⁸¹ לצורך הקמת התשתיות למסילה הפקיעו הרשויות שטח השייך לתושבים מן הכפר בית אכסא. בית המשפט דחה את העתירה מחמת השיהוי בהגשתה, ובהתחשב בכך שהנזק שנגרם לעותרים מן ההפקעה היה מועט יחסית.⁸² כהנחת מוצא קיבל השופט עוזי פוגלמן את עמדת המדינה כי מסילת הרכבת היא חלק ממערכת מסילות מתוכננת, שתשרת בעתיד גם את תושבי האזור. את השאלה אם מותרת הפקעה שנועדה לשרת גם את תושבי האזור וגם את תושבי המדינה שאינם תושבי האזור, החליט השופט פוגלמן להשאיר ללא הכרעה, משום שמצא כי אפילו היה הדבר אסור לפי המשפט הבינלאומי, “הרי שבנסיבות העניין, הפגיעה בשלטון החוק אינה בעוצמה העולה על הנזק שייגרם לאינטרסים של הרכבת, של צדדים שלישיים וכן לאינטרס הציבורי אם תקבל העתירה חרף הגשתה בשיהוי.”⁸³

עם זאת, בסקירת התשתית המשפטית כתב השופט פוגלמן באמרת אגב כך: “במסגרת חובתו של המפקד הצבאי להבטיח את זכויותיה של האוכלוסייה האזרחית המתגוררת בשטח ובראשה האנשים ‘המוגנים’ (להגדרת המונח, ראו סעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית [...]), קובעת תקנה 46 לתקנות האג כי ‘יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות הדת ומנהגי הפולחן. אין להחרים רכוש פרטי’. תקנה 23(7) לאותן תקנות מוסיפה כי ‘אסור בעיקר (...) להשמיד או להחרים את רכוש האויב, חוץ אם השמדה או החרמה כזו נדרשת במפגיע על-ידי צרכי המלחמה’. בצד הוראות אלו, קובעת תקנה 52 לתקנות האג כי ‘אין להפקיע דברים שבעין (...) אלא לצרכי צבא הכיבוש’ [...]. הכוח הכובש אינו רשאי, אפוא, להפקיע אדמות שלא לצורך צבאי, אלא אם השימוש שיעשה בהן נועד לשרת את התושבים המוגנים”⁸⁴.

לא ברור אם השופט פוגלמן התכוון להבחין בין האוכלוסיות ולטעון כי הפקעה אזרחית מותרת רק אם היא משרתת את האוכלוסייה הפלסטינית, שכן בהמשך הדברים חזר לדבר

⁸¹ בג"ץ 281/11 ראש מועצת בית איכסא נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 6.9.2011).
⁸² כ-4.5 דונם לכל היותר הופקעו באופן קבוע, וכ-7 דונם הופקעו זמנית לצורך העבודות. ראו שם, פס' 4.
⁸³ שם, פס' 28 לפסק דינו של השופט פוגלמן.
⁸⁴ שם, פס' 26 לפסק דינו של השופט פוגלמן (ההדגשה במקור).



בכלליות על "צרכי האוכלוסייה בשטח המצוי בתפיסה לוחמתית".⁸⁵ יתרה מכך, הפרשנות שנתן בפסקה זו לתקנה 52 לתקנות האג סותרת את הפרשנות שניתנה לה בפסיקה העקבית של בית המשפט עד אז, ולפיה נטילת הרכוש שבה עוסקת תקנה 52 היא מסוג של תפיסה צבאית לצרכי ביטחון.⁸⁶ גם ההיסק לפיו ה"הפקעה" מותרת רק לצורך "התושבים המוגנים" סותר את פרשנותו לטקסט, כביכול "הפקעה" מותרת רק לצרכים צבאיים; לפי דבריו לא ברור מניין ההיתר להפקיע אפילו לטובת התושבים המוגנים.

אולם אם אומנם לכך התכוון, הרי שאמרת אגב זו היא כנראה החדה ביותר שניתנה בהקשר זה, והיא מעוררת שורה של קשיים נכבדים. דבריה של הנשיאה חיות בדנג"ץ זיאדה לעניין נטילה שלטונית, המעוררת כביכול קושי כאשר "לא נועדה הקרקע המופקעת לשרת גם את האוכלוסייה המוגנת הנפקעת",⁸⁷ מהדהדים אמירה זו, ולפיכך ראוי לעמוד על הקשיים האלו בפירוט:

א. תקנה 46 כמו יתר תקנות האג משנת 1907 מתייחסת לכלל האוכלוסייה שבשטח. ייחוס החובות והמגבלות של תקנות האג לאוכלוסיית "האנשים המוגנים", מונח שנולד רק ב-1949 עם אמנת ג'נבה, לוקה באנכרוניזם.

ב. לגופו של עניין, הרעיון כי נטילה שלטונית של קרקע פרטית לצורך ציבורי תהיה מותרת רק אם תיטיב עם בני הקבוצה שעמה נמנה הבעלים, הוא רעיון מוזר למדי. השאלה שיש לבחון היא אם המטרה שלשמה נעשית ההפקעה עומדת ברף של צורך ציבורי, לפי שיקול דעת הרשויות הכפוף למבחנים שקובע החוק.

ג. גם בפריזמה של זכויות האדם, לגיטימיות הפגיעה בזכות לטובת אינטרס ציבורי אמורה להיבחן לפי עוצמת וטיב האינטרס, חוקיות ההליך ובחינת החלופות, ולא לפי סיווגם של הנהנים מהגשמת האינטרס. דומני שעמדה אחרת, ובייחוד עמדה המתייחסת לאוכלוסייה הפלסטינית כקולקטיב אחד ה"נפקע" ו"נהנה" או "לא נהנה" מהפקעה, אינה הולמת את רעיון זכויות האדם. יתירה מכך, אם במקרה ספציפי הוכרע כי פגיעה בזכות הקניין של בעל קרקע לגיטימית לטובת אינטרס ציבורי מסוים, בחינת זהותם של בני הקבוצה שעתידיים ליהנות ממימוש האינטרס כמוה כייחוס משקל שונה לזכויותיהם של בני האדם.

⁸⁵ מצד אחד, ניכרת מדבריו כוונה להבחין בין האוכלוסיות, כיוון שהמפקד הצבאי חייב "להבטיח את זכויותיה של כלל האוכלוסייה האזרחית המתגוררת בשטח ובראשה האנשים 'המוגנים'", אגב הפניה להגדרת המונח בס' 4 לאמנת ג'נבה הרביעית (שם, פס' 26). מנגד, בהמשך חוזר השופט פוגלמן להבחנה בין "צרכי האוכלוסייה בשטח המצוי בתפיסה לוחמתית והתושבים החיים בשטח" לבין "תושבי המדינה שאינם חיים באזור" (שם, פס' 27). כלומר, ההבחנה הרלוונטית לענייני זכויות קניין בהתאם לאמנת האג.

⁸⁶ עניין אויב, לעיל ה"ש 54, בעמ' 120–121; עניין דויקאט, לעיל ה"ש 56, בעמ' 13.

⁸⁷ ראו לעיל ה"ש 6.



“סותר הלכות קודמות, יש בו חידוש וגם קושי”

ניטול לדוגמה את נדיה, אישה פלסטינית, בעלים ומחזיקה של שטח קרקע בכפר א'. נניח כי רשויות האזור החליטו לפתוח בהליך הפקעה של חלקה מן המקרקעין לצורך ציבורי – סלילת כביש גישה חדש או מרכז קהילתי לכפר ב' השכן. נדיה עצמה עומדת על זכות הקניין שלה ומביעה התנגדות לנטילה. הקונפליקט בין הזכות הנפגעת לאינטרס הציבורי הוא אפוא בין נדיה לתושבי הכפר ב'. האם יש הצדקה להתחשב בזהותם האתנית או מעמד הפוליטי של בני הכפר ב'? האם הם יהיו ראויים יותר לקידום האינטרסים שלהם או הגנת זכויותיהם מחמת העובדה שגם הם פלסטינים, בני הקבוצה של נדיה? ובהנחה שהאינטרס מוצדק דיו לטובת הפקעה, האם העובדה שהם אינם פלסטינים תחליש אותו?⁸⁸

ד. ההתייחסות הקולקטיבית אל ה"תושבים המוגנים", שלטובתם בלבד ניתן להפקיע, אינה תואמת גם את תכלית המונח שמגדירה אמנת ג'נבה. הקושי מתעצם בלשון שנקטה הנשיאה חיות בהחלטתה בדנג"ץ זיאדה, המתארת את הנטילה כהפקעה מ"אוכלוסייה מוגנת", ביטוי שאין לו כל מקור. ההבחנה שקבעה האמנה בין "אנשים מוגנים" (protected persons) ליתר האוכלוסייה נועדה להגן על פרטים, אנשים שנקלעו לאזור מלחמה וראויים להגנות וזכויות שונות, ולא לאמוד את משקלם של אינטרסים ציבוריים. שקילת התועלת שמפיקה "קהילת" האנשים המוגנים כדי להתיר או לא להתיר פגיעה בזכויותיו של "איש מוגן" ספציפי חורגת אפוא מהמסגרת המשפטית שיצרה האמנה. ה. מבחינה משפטית פורמלית, משמעות דבריו של השופט פוגלמן היא צמצום האפשרויות להכרה ב'צרכי ציבור' לצורך הפקעה לפי החוק הירדני. דרישה כזו לא נמצאת בחוק הירדני עצמו,⁸⁹ וכאמור גם לא במשפט הבינלאומי. היא ודאי סותרת פסיקה קודמת של בית המשפט העליון, כמפורט לעיל, וגם את הפרקטיקה שנהגה עד אז. המסקנה ברורה: קביעה כי נטילה שלטונית של מקרקעין פרטיים של פלסטינים מותרת רק אם נועדה לתועלת האוכלוסייה הפלסטינית, נעדרת כל בסיס משפטי. לא במקרה אין לה כל יסוד גם בפסקי הדין של בית המשפט העליון, למעט (אולי) אמרת האגב של השופט פוגלמן בעניין בית אכסא. מלומדים שניסו להתחקות אחר מקור הדברים

⁸⁸ הטיעון כמובן מתייחס רק למצב שבו שתי הקבוצות הן אוכלוסייה מקומית. הוא אינו מתייחס למצב שבו הפגיעה היא לטובת המדינה המחזיקה, כלומר אינטרסים שמחוץ לשטח המוחזק, שכן במקרה כזה עומד האיסור שבמשפט הבין-לאומי על ניצול השטח לטובת כלכלת המדינה המחזיקה, שלא לטובת האזור או האוכלוסייה המקומית, כמפורט לעיל.

⁸⁹ בתקופת הירדנים נעשו הפקעות באזור גם לצרכי ממלכת ירדן עצמה.



נאלצו להודות כי "ביסוסה של נורמה זו אינו לחלוטין ברור",⁹⁰ וכי היא "עומדת על כרעי תרנגולת".⁹¹

ב.3. "צו שימוש מפריע" והנמקתו

זו דרכן של אמרות אגב: גם כשבסוסן המשפטי עמום, הן נוטות להשתכפל. לא יצאו אלא חודשים אחדים ובית המשפט העליון שב ואימץ את הרטוריקה החדשה בעניין **עבדאלקאדר**,⁹² כשנדרש לפסוק בדבר חוקיותו של צו חדש שהוציא המפקד הצבאי, צו שימוש מפריע.⁹³ צו זה עניינו בהענקת סמכות לרשות המנהלית לפעול לסילוק פולש למקרקעין, אם לא הצליח להוכיח את זכויותיו בהם באופן שמניח את דעתה. בניגוד לדין שחל באזור קודם לצו, אשר אפשר סילוק של "פלישה טרייה" למקרקעין בתוך שלושים יום (ברומה לדין הישראלי), הצו החדש העניק סמכות מנהלית לעשות כן במשך חמש שנים.⁹⁴ הצו פורש את כנפי תחולתו על כל מקרקעין שלא הוכרוזו רכוש ממשלתי.⁹⁵ המדינה טענה כי צעד רדיקלי זה – הענקת סמכות להכרעה מנהלית בסכסוכי קרקעות בין פרטים על סמך שיקול דעתו של פקיד הרשות – נחוץ כדי למנוע פלישות לא חוקיות של מתיישבים ישראלים למקרקעין פרטיים של פלסטינים.⁹⁶ כדי להצדיקו נעזרה הנשיאה בייניש ברטוריקה החדשה של "חובת שמירת הקניין של התושבים המוגנים":

"הוראותיו של צו שימוש מפריע מגשימות את חובתו של המפקד הצבאי לשמור על הסדר הציבורי באזור ואת חובתו לשמור ולהגן על קניינם של

⁹⁰ עמיחי כהן "סופו של נשף המסכות? בעקבות בג"ץ 794/17", **המשפט ברשת: זכויות אדם – מבוקי הארות פסיקה** 73, 5, 10 (2018) (להלן: כהן "נשף המסכות"). כהן ציין כי בית המשפט רואה בנורמה הזו "מעין אקסיומה משפטית", בכלל הנוגע להפקעה "לצרכים המשרתים התנחלות ישראלית, או לשם הכשרת בנייה ישראלית". "אקסיומה" זו נולדה, כעולה מדברינו, אחרי תקופה ארוכה שבה בפועל הופקעו במקרים רבים מקרקעין לצרכים המשרתים התיישבות ישראלית, בהסתמך על פרשנות בית המשפט המתירה זאת כדלעיל.

⁹¹ ראו כהן, שם, בעמ' 13.

⁹² בג"ץ 5439/09 **עבדאלקאדר נ' ועדת העררים הצבאית** (פורסם באר"ש, 20.3.2012).

⁹³ צו בדבר מקרקעין (שימוש מפריע במקרקעין פרטיים) (יהודה ושומרון) (מס' 1586) (התשס"ז–2007) (להלן: "הצו").

⁹⁴ השוו ס' 18 לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969. ראו דברי השופטת נאור בבג"ץ 1315/12 **חושיה נ' שר הבטחון**, 6–7 (פורסם באר"ש, 16.2.2014). בנוסף, שינוי בשימוש במקרקעין יאפשר את תחילת מרוץ הזמן מחדש.

⁹⁵ ס' 1 לצו. לפי הגדרת הצו, גם מקרקעין שכלל לא הוכח כי הם מקרקעין פרטיים ייחשבו ככאלה, באופן ההופך על פיה את החזקה שברדיני המקרקעין העותומאניים לפיה כל קרקע נתונה לבעלות הריבון, אלא אם הוא העניקה לפרט.

⁹⁶ לביקורת על הצו ראו דוח השופט לוי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 72: "על פי השקפתנו, צו זה הנו דרקוני ושיטת משפט מתוקנת אסור לה שתשלים עם קיומו, גם אם הוא מנומק בצורך לשמור על הסדר הציבורי".



“סותר הלכות קודמות, יש בו חידוש וגם קושי”

התושבים המוגנים. מקורן של חובות אלה בהוראות המשפט הביין-לאומי המחייבות את המפקד הצבאי, ובפרט בתקנות 43 ו-46 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית משנת 1907, המהוות חלק מהמשפט הביין-לאומי המנהגי המחייב את ישראל [...] המפקד הצבאי מחוייב מכוח תפקידו להגן על ביטחונם ועל קניינם של התושבים המוגנים באזור, ומתוקף כך למנוע פלישות ושימוש מפריע במקרקעיהם הפרטיים. כפי שכבר נפסק, הגנה זו היא אחת מחובותיו הבסיסיות ביותר של המפקד הצבאי [...] צו שימוש מפריע מאפשר לו [...] לעמוד בחובות אלה ונותן בידיו כלים ממשיים לביצוען”⁹⁷.

המינוח השגוי שוב דוקר את העין. לצד הפניה נכונה לתקנות האג, המשקפות את החובה לכבד את הקניין של כלל האוכלוסייה שבשטח, ננקט המונח “תושבים מוגנים”, מונח זר לתקנות האג. דומה שגם לא היה צורך בכך. די בעצם החובה מכוח תקנות האג כדי להגן על הקניין, ולטעון (בהדגשה) כי זו “אחת מחובותיו הבסיסיות ביותר של המפקד הצבאי”. הצו עצמו הרי מנוסח באופן כללי, והוא עשוי לחול על ישראלים ופולסטינים כאחד. יש לשער כי בית המשפט לא התכוון לצמצם את תחולתו לגבי קבוצה אחת בלבד. ספק אפוא עד כמה הנקיטה השגויה במונח “תושבים מוגנים” בהקשר זה נעשתה מתוך כוונה. אולם בחלוף שנתיים שב בית המשפט העליון ונדרש לשאלת “צו שימוש מפריע” בעניין חושיה,⁹⁸ והפעם דומה שהשגגה המושגית הפכה לכוונה גמורה. באותו עניין דחה בית המשפט עתירה להורות למפקד הצבאי לעשות שימוש בצו. עם זאת, בית המשפט הסביר באמרות אגב מפורטות את הגיונו של הצו יוצא הדופן, תוך הבהרה מפורשת: “נקודת האיזון” לעניין הסתייעות בגורם מנהלי לסילוק פלישה טרייה באזור יהודה ושומרון “שונה אפוא מנקודת האיזון בישראל, והיא מקנה הגנה רבה יותר למחזיק מפני פלישה לאדמותיו”. זאת, בין היתר משום שהיא “מבטאת את הצורך בהגנה על זכויות התושבים המוגנים”⁹⁹. דומה כי בפעם הזו סבר בית המשפט, ואף כי הדברים נאמרו שלא לצורך קביעת הלכה, כי סיווג ההגנה הקניינית כהגנה על קניינים של תושבים מוגנים מקנה לה משנה תוקף. היא מצדיקה כביכול את שינוי “נקודת האיזון” לטובת הטוען לבעלות לעומת הטוען לחזקה, שינוי שמכוחו העניק לעצמו המפקד הצבאי סמכויות יוצאות דופן של התערבות והכרעה בסכסוכי מקרקעין.

⁹⁷ עניין עבדאלקאדר, לעיל ה”ש 92, פס’ 11 לפסק דינה של הנשיאה בייניש (ההדגשה במקור).

⁹⁸ עניין חושיה, לעיל ה”ש 94.

⁹⁹ שם, פס’ 4 לפסק דינה השופטת נאור; וראו גם חוות דעתו של השופט פוגלמן שם.



האם אומנם "כבר נפסק" כך, כפי שכתבה הנשיאה בייניש בעניין **עבדאלקאדר**? האם פסיקה קודמת כבר קבעה אי פעם כי "ההגנה על קניינם של תושבים מוגנים היא אחת מחובותיו הבסיסיות ביותר של המפקד הצבאי"? פסק הדין בפרשת **יאנון**,¹⁰⁰ שהנשיאה בייניש הביאה כאסמכתה, עסק בעניין שונה. באותו עניין נדונה חובתו של המפקד הצבאי למנוע מעשי אלימות שננקטו נגד חקלאים פלסטינים בידי ישראלים. על פי המתואר בפסק הדין, גם אז מפי השופטת בייניש, מחמת החשש שבריונים ישראלים יפגעו בחקלאים פלסטינים מנעו רשויות האזור דווקא מהאחרונים גישה אל שדותיהם. על אודות כך קבע בית המשפט, כמתבקש, כזאת:

"אין חולק, כי בשל הפרות חוק אלה נשללות מן העותרים זכויותיהם היסודיות לביטחון ולקניין. כן אין חולק, כי חובתם של המשיבים היא למנוע פגיעה זו בביטחון ובסדר הציבורי. חובה זו מעוגנת בכללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי וראו למשל את סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית הקובעת ביחס ל'אנשים מוגנים' כי: 'מוגנים זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך-ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותיהם המשפחתיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמנהגיהם. היחס אליהם יהא תמיד אנושי, והם יוגנו במיוחד מפני כל מעשי אלימות, או איומי אלימות, ומפני עלבונות וסקרנות הרבים'".¹⁰¹

ההגנה שהמפקד הצבאי מחויב להעניק מכוח אמנת ג'נבה הרביעית אכן מאופיינת כהגנה על "אנשים מוגנים", אלא שהחובות כלפיהם מכוח אמנה זו נוגעת להגנה מפני מעשי אלימות, ולא להגנה על קניין. חובת ההגנה מפני אלימות היא אשר מקימה את החובה האקטיבית לשמור על הסדר הציבורי. היא איננה נוגעת כלל ל"הגנה על קניין של תושבים מוגנים". אדרבה, ההגנה על הקניין מוצדקת בפסק הדין "נוכח החשיבות המוקנית לשמירה על זכות הקניין בשיטת משפטנו",¹⁰² קרי חובה כללית מכוח המשפט הישראלי, החלה כמובן על כל אדם.

ההכרה בחשיבותה של ההגנה על הקניין אינה נתונה בספק. גם קודם לחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ראה בה המשפט הישראלי ערך חשוב דיו המצדיק הגנה משפטית, וודאי שאין צורך להיזקק לשם כך להגדרה של "תושבים מוגנים". דבריו של בית המשפט בפרשת **יאנון** מהדהדים דברים נחרצים שאמר נשיא בית המשפט העליון משה לנדוי למעלה מחצי יובל שנים קודם לכן, בעניין **דויקאט**: "כאשר בזכויות קניין של

¹⁰⁰ בג"ץ 9593/04 **ראשד מוראר**, ראש מועצת הכפר יאנון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד סא(1) 844 (2006) (להלן: עניין יאנון).

¹⁰¹ שם, פס' 30 לפסק דינה של השופטת בייניש (ההדגשה במקור).

¹⁰² עניין **ראשד מוראר** הנ"ל, פסקה 4 לחוות דעתו של השופט ג'ובראן.



“סותר הלכות קודמות, יש בו חידוש וגם קושי”

הפרט המדובר, אין לפטור את העניין בטענה של ‘יחסיות’ הזכות. לפי שיטת המשפט שלנו זכות הקניין של הפרט היא ערך משפטי חשוב המוגן בדין האזרחי והפלילי כאחד.¹⁰³ הדברים ברורים: הן הנשיא לנדוי בעניין **דויקאט** בשנת 1979, והן הנשיאה בייניש בעניין **יאנון** בשנת 2006, לא סברו כי יש צורך לעגן את החובה להגן על הקניין בהיותו קניינם של “תושבים מוגנים”. בעידן ההוא טרם עלה הרעיון על לב, שהרי המשפט הבינלאומי איננו מכירו; ועם זאת, ניתנה גם ניתנה הגנה משפטית איתנה לזכויות הקניין, כפי שעוד יידון בהמשך.

ב.4. גלגולה של הרטוריקה החדשה בפסיקה בענייני בנייה בלתי-חוקית

מאז פסק הדין בעניין **מגרון** החל בית המשפט להשתמש במטבע הלשון החדשה – ‘חובת הגנה על זכויות קניין של תושבים מוגנים’ – כמעט דרך שגרה, בייחוד אגב פסקי דין שעסקו בהריסת בנייה בלתי-חוקית ישראלית באזור. במקרים אחדים נקט מטבע לשון זה ללא שתהיינה לו נפקויות של ממש. כך, למשל, כאשר הסביר בית המשפט את סדרי העדיפויות שקבעה הממשלה לגבי אכיפת דיני התכנון והבנייה באזור, ואת הצבת הריסת בנייה לא-חוקית שנעשתה על קרקע פרטית בראשם. אף שדירוג זה של סדר עדיפויות מובן מעצם העובדה שנפגע קניין פרטי, הדגיש בית המשפט כי מדובר בקניין פרטי “של תושבים מוגנים”.¹⁰⁴

אולם במקרים אחרים נוצקה לכאורה נפקות לתוך ייצור הכלאיים המשפטי, כשבית המשפט הדגיש את קיומה לכאורה של חובה פוזיטיבית לנקוט אמצעים לשם הגנה על זכויות הקניין של אנשים מוגנים. כך בפסק הדין שהורה בשלהי 2014 על פינוי היישוב עמונה, קבע בית המשפט כי על הרשויות לאכוף את צווי ההריסה גם בהיעדר עותר ספציפי הטוען לפגיעה בקניינו “נוכח הפגיעה המשמעותית בזכויות הקניין של התושבים המוגנים ביהודה ושומרון, שעל אדמתם בוצעה הבנייה. על המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון מוטלת החובה לפעול באופן אקטיבי על מנת להגן על זכויות הקניין הפרטי של התושבים המוגנים, ובכלל זאת להגן עליהם מפני בנייה שלא כדין על אדמתם והשתלטות עליה”.¹⁰⁵ גם בחלוף שנתיים, כשדחה בית המשפט את בקשת המדינה לארכת המועד

¹⁰³ עניין **דויקאט הנ”ל**, עמודים 13-14.

¹⁰⁴ ראו, למשל, בג”ץ 7891/07 **תנועת “שלום עכשיו” - ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ’ שר הביטחון** (18.11.2013); בג”ץ 9051/05 **תנועת “שלום עכשיו” - ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ’ שר הביטחון** (20.8.2014) פסקה 10. וראו גם בג”ץ 5665/11 **כפר אדומים כפר שיתופי להתיישבות קהילתית בע”מ נ’ שר הביטחון** (פורסם ביום 10.10.2012 פסקה 14).

¹⁰⁵ בג”ץ 9949/08 **מרים חסן עבד אלקרים חמאד נ’ שר הביטחון** (ניתן ביום 25.12.14), פסקה 15. באותו עניין, לאחר הגשת העתירה, פונו המתישבים הישראלים מכל החלקות שהיו רשומות בבעלות העותרים. בהחלטה מיום 21.8.2013 הבהיר בית המשפט (הנשיא א’ גרוניס) כי בכך אין



לביצוע ההריסה, שב בית המשפט והזכיר באותה הלשון בדיוק את ה"חובה לפעול באופן אקטיבי" להגנת זכויות הקניין של התושבים המוגנים.¹⁰⁶

בפסק הדין משנת 2015, שהורה על ביצוע צווי הריסה שהוצאו לתשעה בתים ביישוב עפרה, קבע בית המשפט כי יש לממש את הצווים גם בהיעדר עותר קונקרטי שהוכיח את זכויותיו במקרקעין הנדונים. גם כאן הטעים בית המשפט כי "מדיניות זו משקפת הכרה בחובה הקיימת במשפט הבינלאומי להגן על זכויות הקניין הפרטי של התושבים המוגנים באזור".¹⁰⁷ רטוריקה דומה ננקטה גם בפסיקתו של בית המשפט על הריסת בתים בשכונת נתיב האבות, בשנת 2016. בית המשפט הורה על הריסתם על אף הספקות בדבר הבעלות במקרקעין והצהרתו של היועץ המשפטי לממשלה על כוונתו להסדיר את המבנים מבחינה חוקית. ההוראה הוצדקה בין היתר בכך ש"כאשר דובר במקרים שעסקו בבניה בלתי חוקית על קרקע פרטית פלסטינית, ניתן משקל רב לחובתו של המפקד הצבאי להגן על קניינם של תושבים מוגנים באזור".¹⁰⁸

ניכר אפוא כי בית המשפט שב ונדרש לרטוריקה על אודות קיומה של "חובה להגן על קניינם של תושבים מוגנים" בדונו בהתיישובות בלתי-חוקית, חרף היעדר מקור או בסיס במשפט הבינלאומי לחובה כזו. ספק עד כמה אמרות אלו קובעות איזושהי הלכה במסגרת הדין הפנימי, שכן לא נבעה מהן הלכה חדשה ולא נסמך עליהן טעם הדין.¹⁰⁹ טעם הדין של פסקי הדין הללו הוא אכיפת דיני תכנון ובנייה. ההידרשות לסיווגה של קרקע כפרטית נוגע רק לסדרי העדיפויות והקדימויות באכיפה, בהתאם להצהרת המדינה כי בנייה על קרקע בבעלות פרטית תעמוד בראש סדר העדיפויות לאכיפה. קרוב לוודאי כי אל אותן תוצאות יכול היה בית המשפט להגיע מעצם העובדה שמדובר במקרקעין פרטיים, גם בלי להידרש לרטוריקה הנסמכת על סיווג האוכלוסייה כ"תושבים מוגנים".

די, וכי מצדו הדיון בעתירה יעסוק ביישוב כולו, גם בחלקים שאינם בבעלות העותרים, משום שלא היתה מחלוקת שהם רשומים בבעלות פרטית של פלסטינים אחרים. ראו גם בפסקה 6 לפסק הדין.

¹⁰⁶ בג"ץ 9949/08 מרים חסן עבד אלקרים חמאר נ' שר הביטחון (החלטה מיום 14.11.16) פסקה 5.

¹⁰⁷ בג"ץ 5023/08 סעיד זהדי מוחמד שחאדה נ' שר הביטחון (ניתן ביום 8.2.2015), פסקה 12. אחד מן העותרים נסוג מן העתירה לאחר הגשתה (ראו פסקה 6 בפסק הדין), וגם היתר לא הוכיחו את זיקתם הקניינית. הנשיא גרוניס הבהיר כי "מקום שמדובר בבנייה בלתי חוקית שנעשתה על מקרקעין פרטיים, אין להתנות את האכיפה בקיומו של עותר קונקרטי בעל זכויות במקרקעין הנדונים" (פסקה 12 לחוות דעתו).

¹⁰⁸ בג"ץ 7292/14 עלי מוחמד עיסא מוסא נ' שר הביטחון (ניתן ביום 1.9.16) פסקה 24.

¹⁰⁹ השאלה האם וכיצד ניתן לחלץ כלל מתוך פסיקה, ומהי ההבחנה בין "רציו" של פסק דין לבין "אמרת אגב", חורגת מגדרו של מאמר זה. להרחבה ראו חיים כהן "אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט", משפטים לא 415 (2011).



“סותר הלכות קודמות, יש בו חידוש וגם קושי”

ג. השימוש ברטוריקת ההגנה על קניינם של התושבים המוגנים – סיכום

עוד קודם לתקופה המדוברת נקט בית המשפט לעיתים במונח “תושבים מוגנים” כשרצה למקד את התייחסותו לאוכלוסייה הפלסטינית באזור, בדרך של לשון דיבור בלבד. אולם מאז שנת 2011 החל בית המשפט העליון להשתמש במטבע הלשון “הגנה על זכויות הקניין של התושבים המוגנים”, ואף להניח כי קיימת חובה עצמאית על המפקד הצבאי לפעול לשם כך. מבחינה המשפט הבינלאומי מדובר בטעות משפטית, שכן החובה לכבד את הקניין כמו גם המגבלות על פגיעה בו מקורן במשפט המנהגי המנוסח בתקנות האג, ולכן הן רלוונטיות כלפי כלל האוכלוסייה שבשטח התפוס. התייחסות ייחודית לתושבים המוגנים היא נחלתן של הוראות אמנת ג'נבה הרביעית, שאיננה מרחיבה את ההגנה על הקניין ואינה מוסיפה על ההגנות שישנן בתקנות האג. גם לא ידוע על התפתחות של מנהג חדש שיצר מגבלות נוספות בתחום ההגנה על הקניין דווקא ל“תושבים מוגנים”. מאז 2011 הופיעה הרטוריקה הזו אצל מספר שופטים, באמרות אגב אחדות החוזרות ומאמצות אחת את קודמתה. במקרים מסוימים נראה כי נקיטת המונח נעשתה מחוסר תשומת לב, ואף בשגגה. במקרים אחדים ייתכן כי היא נעשתה בכוונה, מתוך רצון לייחס חובה מוגברת לפעולה להגנה על האוכלוסייה הפלסטינית דווקא. אחר שחזר ונשנה המונח כמה פעמים – נעשה כהרגל, ובית המשפט נוקט בו גם ללא בחינת תקפותו המשפטית או השלכותיו. ייתכן כי מבחינה סנטימנטלית, ייחוס התואר “מוגנים” לקבוצת אנשים מעורר תחושה של מחויבות רבה כלפי זכויותיהם, ולפיכך נוקט בו בית המשפט כרטוריקה חינוכית כלפי הרשויות גם בלי להתכוון למשמעויות משפטיות ברורות.

באמרת אגב בעניין בית אכסא נאמר, לכאורה, כי ישנה מגבלה על נטילה שלטונית של מקרקעין אם אינה לטובת “התושבים המוגנים”. אם אכן לכך הייתה הכוונה, הדבר מעורר שורה של קשיים שעמדתי עליהם בפירוט. הבולטים הם הקישור השגוי שבין נורמה מנהגית הקבועה בתקנות האג (הגנה על קניין פרטי) להבחנה שמקורה באמנת ג'נבה הרביעית (אנשים מוגנים וכלל האוכלוסייה), והכשל שבהתייחסות לאוכלוסייה הפלסטינית כאל קבוצה אחת אשר “נהנית” או “לא נהנית” מהפקעה, תוך התעלמות מכך שהנפקע עצמו בוודאי מתנגד לה. כשל זה נוגד את רעיון זכויות האדם, וסותר את ההיגיון שבבסיס יצירת קטגוריית “אנשים מוגנים” באמנת ג'נבה הרביעית. הביטוי שנקטה הנשיאה חיות בדנג”ץ זיאדה – “אוכלוסייה מוגנת נפקעת” – כביכול הפקעת קרקע מפלסטיני פלוני צריכה להיבחן כהפקעה מהקולקטיב הפלסטיני – מחדדת ומעצימה את הקושי הזה.

כך או כך, באשר לקיומה של מגבלה על נטילת חזקה במקרקעין, ההבחנה בין הפקעה לטובת “התושבים המוגנים” לבין הפקעה לטובת כלל האוכלוסייה היא אמרת אגב מובהקת. לא ניתן לראות בה “הלכה קודמת”. באשר להטלת חובה אקטיבית לפעולה על המדינה להגנת זכויות, מעמדן של אמרות אלו ברור פחות.



האם ההערה בדנג"ץ זיאדה בדבר "סתירת הלכות קודמות" מתכוונת לרטוריקה החדשה בדבר "חובת ההגנה על הקניין של התושבים המוגנים"? האם מכאן מתעורר ה"קושי"? נפנה אפוא לניתוח המשמעות האפשרית של הרטוריקה החדשה.

5. מידות שונות של הגנה על הקניין?

האמרות האלו יעמדו בסתירה לאמור בפסק הדין בעניין זיאדה רק אם הן מבטאות מגבלה נוספת על הסמכות הנתונה ליטול חזקה במקרקעין פרטיים באזור, מעבר למגבלות שאליהן התייחס פסק הדין.¹¹⁰ עמדה כזו יכולה לנבוע מאחת משתי אפשרויות: אפשרות ראשונה היא כי ישנה מגבלה מוחלטת על הפקעה אזרחית (לפי החוק המקומי) של מקרקעין, אם המקרקעין שייכים לאנשים מוגנים; אפשרות שנייה היא כי ישנה היררכיה בין עוצמת ההגנה על זכויות הקניין של האוכלוסייה באזור שאינה אנשים מוגנים (הגנת פחותה), לבין עוצמת ההגנה על זכויות הקניין של האנשים המוגנים (הגנה מוגברת). עוד דורשת אפשרות זו כי מההיררכיה האמורה תנבע שלילת סמכות ההפקעה אם תכליתה איננה טובת האנשים המוגנים עצמם.

שתי האפשרויות מסתמכות כאמור על המשגה שגויה מבחינת המשפט הבינלאומי, שכן ההגנות הנוספות שהעניקה אמנת ג'נבה הרביעית לאנשים מוגנים אינן נוגעות להגנה על קניין, כפי שהראיתי לעיל, ובכל זאת איננו פטורים מלבחון אותן מהיבטים נוספים. באשר לאפשרות הראשונה, אכן ישנם איסורים מוחלטים שונים בדיני המלחמה שבמשפט הבינלאומי, וגם בדיני התפיסה הלוחמתית.¹¹¹ בהקשר של הגנה על הקניין, תקנה 47 לתקנות האג משקפת איסור על ביזה ללא סייג, ותקנה 46 משקפת כזכור איסור מוחלט על החרמה (confiscation) של רכוש פרטי. החרמה בהקשר זה התפרשה על ידי רוב מוחלט של הפרשנים, לרבות ספרי הדרכה של צבאות, כנטילה ללא תשלום וללא הליך חוקי,¹¹² וגם בית המשפט העליון פירש כך¹¹³ והבחין בינה ובין נטילה שלטונית לצרכים אזרחיים לפי חוק. אמנת ג'נבה הרביעית מטילה איסור מוחלט בהקשר של רכוש

¹¹⁰ ראו כהן "נשף המסכות", לעיל ה"ש 90. כהן הצביע על כך שבפסק הדין בעניין זיאדה, המשנה לנשיאה ג'ובראן מצא שאין מניעה בנטילת החזקה מצד הסמכות הנתונה למפקד הצבאי, ומיקד את הדיון במגבלות של סבירות ומידתיות.

¹¹¹ לניתוח רחב יותר של ההשוואה בין ההגנות המוענקות מכוח דיני זכויות האדם, המשפט החוקתי ודיני המלחמה, ראו יעל רונן "תחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בגדה המערבית" **שערי משפט** ז 149 (2014). הדיון כאן מתמקד בהגנה על זכויות קניין.

¹¹² ראו לעיל ה"ש 61.

¹¹³ בג"ץ 606/78 איוב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113, 121 (1979).



“סותר הלכות קודמות, ויש בו חידוש וגם קושי”

רק על הריסה של רכוש פרטי של אנשים מוגנים שלא לצורך צבאי, או על פעולות תגמול נגד רכוש אזרחי של אנשים מוגנים.¹¹⁴ מגבלה חוקית מוחלטת על הפקעה אזרחית של מקרקעי אנשים מוגנים איננה משקפת אפוא משפט בינלאומי מנהגי, איננה נובעת כמובן מהחוק האזרחי המקומי, והיא סותרת גם את פסיקת בית המשפט העליון,¹¹⁵ ויש להניח כי לא לכך הייתה הכוונה בדנג”ץ זיאדה.

האפשרות השנייה, כי ישנה היררכיה בעוצמת ההגנה על זכויות הקניין בשטח תפוס בין אוכלוסיות שונות, מצריכה ניתוח מעט רחב יותר.

א. מקורות אפשריים להגנות נוספות על זכות הקניין והשוואה ביניהם

זכויות הקניין וההגנות עליהן מוסדרות בחקיקה האזרחית והפלילית החלה באזור יהודה ושומרון, על שכבותיה ההיסטוריות השונות.¹¹⁶ כבכל שיטת משפט, דינים אלו כוללים גם הסדרים לגבי נטילה שלטונית ולגבי תחרות זכויות, בין טוענים שונים לבעלות ובין טוען לבעלות ומחזיק.

לצד הדין המהותי ובנוסף לו, שלושה מקורות להגנה על זכות הקניין עומדים על הפרק: הגנה כללית לאוכלוסיית האזור מכוח המשפט המנהגי כפי שנוסח בתקנות האג 1907; הגנה מכוח כללי המשפט הישראלי המעניק מעמד חוקתי לקניין בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; והגנה מיוחדת על “אנשים מוגנים” מכוח אמנת ג’נבה הרביעית.

ההגנה על הקניין הפרטי לפי תקנות האג נסקרה בפרק ב’ לעיל. מבחינת אופייה, ברוב המקרים הרלוונטיים לדיון שלנו היא איננה מעניקה הגנות מוחלטות. לצורך פעולות מסוימות (תפיסה, הריסה) היא תיסוג מפני צרכי הצבא¹¹⁷ או צרכי מלחמה הכרחיים¹¹⁸; לצורך מימוש צרכי הציבור באזור התפוס היא תיסוג בהתאם לחוק הנוהג בשטח.¹¹⁹ בית המשפט העליון הכפיף את הפעלת החוק גם למשפט המנהלי הישראלי.¹²⁰ כפי שהראיתי לעיל באריכות, הגנה זו חלה על כלל התושבים שבשטח התפוס.

מקור שני אפשרי להגנה על הקניין של האוכלוסייה שבשטח התפוס הוא המשפט הציבורי הישראלי – החוקתי והמנהלי, ובפרט חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שאלת

¹¹⁴ ס’ 53 ו-33 לאמנת ג’נבה הרביעית.

¹¹⁵ למעט, אולי, אמרת האגב בעניין בית אכסל, לעיל ה”ש 81.

¹¹⁶ להרחבה על דיני המקרקעין החלים באזור יהודה ושומרון ועל מקורותיהם ההיסטוריים ראו, בין היתר, ארנון וויניצקי, לעיל ה”ש 9.

¹¹⁷ תק’ 52 לתקנות האג.

¹¹⁸ תק’ 23 (g) לתקנות האג.

¹¹⁹ בהתאם לתק’ 43 לתקנות האג.

¹²⁰ ראו פרק ב’ לעיל; עניין אסכאן, לעיל ה”ש 38.



תחולתן של הזכויות החוקתיות על האוכלוסייה הלא ישראלית באזור מכוח חוקי היסוד טרם הוכרעה באופן מובהק מבחינה משפטית. בפרשת **חוף עזה**¹²¹ הכריע בית המשפט העליון כי אזרחים ישראלים נהנים מתחולה פרסונלית של חוקי היסוד, ואילו לגבי הפלסטינים, שאינם אזרחים ישראלים, נותרה השאלה בלא הכרעה. אולם, בפסקי דין אחרים הניחו השופטים כי הפלסטינים באזור נהנים מהגנה חוקתית על זכויותיהם בכלל,¹²² ועל זכות הקניין בפרט.¹²³ במקרים אחרים מצאו שופטי בית המשפט העליון דרך עקיפה להחלת הזכויות החוקתיות גם בלי להכריע עקרונית בדבר תחולתן.¹²⁴ שאלת תחולת חוקי היסוד תלויה ועומדת גם כעת בבית המשפט העליון במסגרת העתירות שהוגשו נגד חוק ההסדרה,¹²⁵ אשר מסתמכות על תחולתם.

גם ללא הכרעה ברורה בדבר תחולתם של חוקי היסוד, מעניק המשפט הישראלי הגנה על זכויות קניין של מי שמצוי בשטח שבשליטת ישראל מכוח כללי המשפט המנהלי. הללו מחילים חובה לפעול במידתיות ובסבירות כל אימת שישנה פגיעה בזכויות, בנוסף על המגבלה המתירה לפעול בגדרי הסמכות בלבד. פקידים ישראלים המנהלים את השליטה הצבאית ביהודה ושומרון נושאים עקרונות אלו, כלשון המטאפורה, בצקלונם; וכל עוד אין חקיקה נוגדת, הרי הם כפופים להם גם ללא תחולה משפטית של חוקי היסוד.¹²⁶ זכויות הקניין של תושבי יהודה ושומרון שאינם אזרחים ישראלים הוכרוזו בבית המשפט העליון כמוגנות בשל היותן "ערך משפטי חשוב" ב"שיטת המשפט שלנו" עוד קודם חוקי היסוד.¹²⁷ על רקע זה, במצב המשפטי הנוהג האוכלוסייה הפלסטינית ביהודה

¹²¹ בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 560 (2005).

¹²² ראו, למשל: בג"ץ 1890/03 **עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל** פ"ד נט(4) 736 (2005); בג"ץ 10356/02 **הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נח(3) 443, 454–455 (2004).

¹²³ בג"ץ 7862/04 **אבו ראהר נ' מפקד כוחות צה"ל**, פ"ד נט(5) 368 (2005); עניין **יאנון**, לעיל ה"ש 100, בעמ' 844. לדיון נרחב בשאלת תחולת המשפט החוקתי הישראלי על האזור ועל תושביו ראו **ליאב אורגד "חוקה של מי ובעבור מי? על היקף תחולתם של חוקי-היסוד"**, **משפט וממשל** יב 145–190 (2010); רונן, לעיל ה"ש 111, בעמ' 149; Ben-Natan, לעיל ה"ש 37, בעמ' 139–176.

¹²⁴ בג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון**, פ"ד סב(1) 1, 19, פס' 22 ואילך לפסק דינו של הנשיא ברק (2006). השוו דעתו החולקת של השופט גרוניס שם, בעמ' 39 ואילך.

¹²⁵ חוק ההסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז–2017, ס"ח תשע"ז מס' 2604, עמ' 410 (להלן: "חוק ההסדרה"); העתירות התלויות ועומדות הן בג"ץ 1308/17 ובג"ץ 2055/17.

¹²⁶ ראו, למשל, להלן: עניין **חוף עזה**, לעיל ה"ש 121. ראו רונן, לעיל ה"ש 111.

¹²⁷ עניין **דויקאט**, לעיל ה"ש 56.



“סותר הלכות קודמות, יש בו חידוש וגם קושי”

ושומרון זוכה להגנה משפטית גבוהה על זכויות הקניין שלה, אולי אף להגנה הגבוהה ביותר, באמצעות המשפט הציבורי הישראלי – החוקתי והמנהלי.¹²⁸ ההגנה החוקתית שמעניק המשפט הישראלי לזכויות איננה הגנה מוחלטת, והיא לעולם נתונה לאיזון אל מול זכויות נוגדות או אינטרסים. גם ההגנה החוקתית או המעין חוקתית על הקניין של האוכלוסייה הפלסטינית ביהודה ושומרון היא יחסית. היא כפופה לאיזונים ויכולה לסגת אל מול זכויות או אינטרסים אחרים. אולם רמת החסינות של ההגנה החוקתית גבוהה מזו של השין המנהגי המשתקף תקנות האג. בהתאם לפסקת ההגבלה ולמבחני המידתיות הנגזרים ממנה והנוהגים במשפט הציבורי בישראל, פגיעה בזכויות תהיה רק לפי חוק, רק לתכלית ראויה ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל, ורק במידה הדרושה, על שלושת מבחני המשנה של המידתיות. תקנות האג כשלעצמן אינן מעידות על הכרה ברף כזה, אלא ברף של החוק המקומי בלבד. גם יישומה של דרישת המידתיות בדיני המלחמה מקלה יותר מזו שבמשפט הציבורי בישראל.¹²⁹ המסקנה היא כי רמת ההגנה שמעניק המשפט הציבורי הישראלי לזכויות הקניין של האוכלוסייה הפלסטינית ביהודה ושומרון גבוהה יותר מזו שמעניק המשפט הבינלאומי. למעשה, ביישום המשפט הבינלאומי בהקשר זה הוסיף לו בית המשפט העליון מדרגה נוספת, זו של המשפט הציבורי הישראלי. כך נעשה מפורשות בשאלת ההפקעות לצרכי ציבור, כשבית המשפט קבע כי לצד הכפיפות לחוק המקומי (חוק ההפקעות הירדני החל באזור) ולמשפט הבינלאומי (המחייב הפקעה לטובת האזור בלבד), הפקעה אזרחית תיעשה רק לפי כללי המשפט המנהלי הישראלי.¹³⁰ כך גם באופן כללי בהחלת נורמות חוקתיות ומנהליות לצד הנורמות של המשפט הבינלאומי, כמפורט לעיל. יתרה מכך, הנורמה החוקתית היא ממילא הנורמה הגבוהה ביותר במערכת המשפט. מעת שהמשפט החוקתי הישראלי מכיר בזכות ומעניק לה את הגנתו, הישענותה על מקור אחר או מציאת מקור נוסף להחלטה, לא יוסיפו לה תוקף, עוצמה או חסינות. כך כשמדובר בזכות שמעניק חוק, וכך לגבי זכות שמעניק המשפט הבינלאומי המנהגי. האחרון הופך לחלק מן המשפט הישראלי בכפוף לחזקת ההתאמה הפרשנית ובהיעדר חקיקה פנימית סותרת.¹³¹ זכות שמעניק המשפט הבינלאומי המנהגי חלשה אפוא מזכות שמעניק

¹²⁸ ככל הנראה, הנפקות בין ההגנה החוקתית וההגנה המנהלית תתעורר רק במקום שבו יידרש בית המשפט לביקורת חוקתית על חוק של הכנסת, כפי שקורה בעניינו של חוק ההסדרה והעיתרות בגינו שטרם הוכרעו.

¹²⁹ ראו יובל שני **השימוש בעקרונות המידתיות במשפט הבין-לאומי** (2009); Gross, לעיל ה"ש 69.

¹³⁰ עניין **אסכאן**, לעיל ה"ש 38.

¹³¹ ראו עניין **חוף עזה**, לעיל ה"ש 126, פס' 55 לדעת הרוב; בג"ץ 7052/03 **עדאללה נ' שר הפנים**, פס' 17 (פורסם בנבו, 14.5.2006).



המחוקק, וודאי שחלשה מזכות שמעניקה החוקה. ממילא גם ההגנה שמעניקה החוקה תהא לעולם במדרגה הגבוהה ביותר.

המקור השלישי שיש לבחון הוא זה שהוצע לכאורה באמרתיו של בית המשפט העליון שנסקרו בפרק ד' לעיל, קרי הגנה מיוחדת ומוגברת על קניינם של "אנשים מוגנים" לפי אמנת ג'נבה הרביעית. כפי שהוצג לעיל, הכללים ההסכמיים והמנהגיים של המשפט הבינלאומי אינם כוללים הגנה מיוחדת כזו. אולם, גם אילו כללו, לא ברור כלל מהו טיבה הייחודי של ההגנה, אילו מגבלות היא מטילה ואילו חובת פעולה יש בכוחה ליצור. בייחוד לא ברור מהי התוספת שיש בה על פני המשפט החוקתי והמנהלי הישראלי. אדרבה, אם זכויות מוגנות במשפט החוקתי נסוגות לעיתים לפי תנאי פסקת ההגבלה שבחוק היסוד, זכות שנובעת ממקור נמוך יותר תיסוג בתנאים דומים מקל וחומר. אם המשפט החוקתי הישראלי קובע כי זכויות אלו תיסוגנה במידה הנדרשת אל מול תכליות ראויות, הרי שאם מקור נמוך יותר יקבע אחרת הוא ימצא נוגד את המשפט החוקתי הישראלי הגובר עליו לפי חזקת ההתאמה.

לאור כל זאת, לא ניתן לראות ברטוריקה החדשה של בית המשפט בדבר קיומה של "חובת ההגנה על הקניין של האזרחים המוגנים" משום מקור השולל את הסמכות השלטונית להפקעת מקרקעין במקרה שבו תכליתה איננה "לשרת גם את האוכלוסייה המוגנת הנפקעת", כדברי ההחלטה בדנג"ץ זיאדה.

ב. חובה לפעול אקטיבית למניעת פגיעה בזכויות בשטח תפוס

חוקרים אחדים דנו באפשרות כי דיני התפיסה הלוחמתית מטילים חובה מיוחדת על המדינה המחזיקה למנוע הפרת זכויות על ידי גורמים פרטיים בשטח התפוס. ספק אם אכן חובה כזו מוכרת כמשפט מנהגי. היו שביקשו להסיק אותה מסעיף 1 המשותף לאמנות ג'נבה, המטיל על המדינות החברות "להבטיח כיבוד"¹³² של סעיפי האמנה. אם זהו המקור, הרי שהוא מחייב לגבי המגבלות והחובות שקובעת אמנת ג'נבה בלבד, ולא על עניינים שאינם כלולים בה כמו הגנה על קניין; מה גם שלא ניתן להצביע על התגבשותו של מנהג כזה.¹³³ הצעה אחרת היא ללמוד על חובה כזו מכוח תקנה 43 לתקנות האג והחובה לקיימה בתום לב.¹³⁴ הטענה כי מן החובה לשמור על הסדר הציבורי וזכויות הפרט נגזרת חובת אכיפת חוק החורגת מזו שמעניק המשפט – זה של המדינה המחזיקה

¹³² "To ensure respect"

¹³³ Marco Longobardo, *State Responsibility for International Humanitarian Law Violations by Private Actors in Occupied Territories and the Exploitation of Natural Resources*, 63 NETHERLANDS INT'L L., 251, 261 (2016).

¹³⁴ שם, בעמ' 263.



“סותר הלכות קודמות, יש בו חידוש וגם קושי”

או זה המקומי – מרחיקת לכת. בין חובת שמירה על סדר ציבורי ומניעת אלימות וביזה מצד פרטים – חובות שניתן לקשרן ישירות לתקנה 13543 – ובין יצירת מנגנוני הכרעה א-סימטריים וחלופיים לדין המקומי המהותי בסכסוכי קרקעות בין פרטים, המרחק רב. לבסוף, גם אם ישנה חובה מסוג כזה, עדיין אין משמעותה כי זכויותיהם המוגנות של בני האוכלוסייה המקומית הן מוחלטות. הן ייסוגו אל מול זכויות, צרכים ואינטרסים אחרים בהתאם לחוק, ולא ישללו את עצם הסמכות לנטילת חזקה שלטונית על מקרקעין פרטיים בשטח התפוס בנסיבות שהחוק מאפשר.

ג. דין “ראוי” ודין נוהג

מספר חוקרים טענו כי יש צורך להעניק הגנה משפטית מוגברת לאוכלוסיית האנשים המוגנים בשל מצבה הנחות לכאורה אל מול אוכלוסייתה של המדינה המחזיקה. כך, נטען כי עדיפה ההסתמכות על דיני המלחמה מאשר על דיני זכויות האדם, המקומיים או הבינלאומיים, משום שהאחרונים חלים על כל האוכלוסיות באופן שווה.¹³⁶ הטענה המרכזית היא כי יש ליצור מגבלות חריפות יותר על האפשרות לפגוע בזכויות האנשים המוגנים, בשל ההבדל במעמד הפוליטי, והעובדה כי אינם בעלי זכות בחירה במדינה המחזיקה ואינם שותפים לעיצוב חוקיה. כן נטען כי העוינות המובנית בין האנשים המוגנים ובין רשויות המדינה המחזיקה מחייבת להעניק לזכויותיהם מעמד מחוזק; וכן כי המשפט הבינלאומי לא צפה מצב שבו אוכלוסיית המדינה המחזיקה תתגורר בשטח התפוס, ולפיכך לא דאג להעניק מעמד מועדף לזו המוגנת בתחום הקניין.

הטענות הללו ראויות אולי להישקל בדיון על עיצוב הדין הרצוי, אך קשה מאוד לראות בהן שיקוף של משפט בינלאומי מצוי. יש לזכור כי נורמות מחייבות במשפט הבינלאומי נוצרות בהסכמים בין מדינות, או בהתגבשותו של מנהג על סמך פעולה עקבית של מדינות מתוך הכרה של מחויבות משפטית. הנורמות המנהגיות של דיני המלחמה, והנורמות ההסכמיות הרלוונטיות של דיני התפיסה הלוחמתית, התגבשו בעולם שבחלקן הגדול היה עדיין קולוניאלי, וודאי שלא דווקא כלפי מדינות דמוקרטיות. סביר גם להניח כי הן צפו מצבים שבהם בשטח תפוס תהיה אוכלוסייה מעורבת, זו של המדינה המחזיקה וזו של המדינה המובסת, שאלמלא כן לא היה מקום להבחין ביניהן כפי שנעשה באמנת

¹³⁵ ניתן להצביע גם על עדויות לחובה מנהגית לאכיפתן ראו שם, בעמ' 265–267; עניין יאנון, לעיל ה"ש 100.

¹³⁶ Kretzmer, לעיל ה"ש 22, בעמ' 64–72, Gross; לעיל הערה 69, Harpaz & Shani, לעיל ה"ש Ronit Levine-Schnur, *Private Property and Public Power in the Occupied West Bank*, 22 EUROPEAN PROPERTY LAW JOURNAL, 122–141 (2017); כהן “נשף המסכות”, לעיל ה"ש, 90, בעמ' 25; רונן, לעיל ה"ש 111.



גינבה הרביעית. הנטל להראות כי התגבש מנהג מחייב חדש אינו קל. הדוגמאות המוכרות מלמדות דווקא כי לא התגבש מנהג כזה. דוגמה בולטת היא הסדר ההפקעה הנרחב שעשתה ממשלת תורכיה בצפון קפריסין, לפיצוי אלפי קפריסאים יוונים שבתיהם ונכסיהם נתפסו על ידי תורכים מאז שכבשה תורכיה את צפון קפריסין בשנת 1974. בית הדין האירופי לזכויות אדם אישר את חוקיותו של ההסדר, שהוחל בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית וכלל כאמור פגיעה קשה בזכויות קניין של אלפי בעלי בתים ונכסים של המיעוט היווני-קפריסאי.¹³⁷

ניתן לבסס טיעונים שונים מתחום המטה-משפט או תורת המדינה שיצדיקו עיצוב מערכת זכויות ייחודית למצב של שליטת מדינה על אוכלוסייה שאיננה אזרחיה. אולם יש להפריד בין השקפות שונות לגבי דין ראוי לבין דין מצוי ומחייב, בייחוד כשמדובר בהטלת מגבלות על המדינה מכוח המשפט הבינלאומי. עוד יש לזכור כי הדיון על הדין הראוי יצריך לצרף אל המשוואה פרמטרים נוספים. כך יהיה נכון לשקול אילו הגנות נוספות ישנן לאוכלוסיית האנשים המוגנים מכיוונים אחרים, כמו תמיכה פוליטית או כספית של מדינות אחרות או גופים בינלאומיים; מה טיב היחסים הכלכליים בין אוכלוסייה זו למדינה המחזיקה (מבחינת מיסוי, יחסי עבודה ומסחר וכדומה); מהן הנגזרות מכפיפותה של אוכלוסיית האנשים המוגנים למשפט של ישויות מדיניות אחרות (כמו הרשות הפלסטינית, שחוקקה על אזרחיה איסור מכירת קרקעות ליהודים שעונש מוות בצדו) ועוד נסיבות ושיקולים שונים. בסופו של דבר, בסוגיות אלו ניתן להגיע לתוצאות מגוונות, עם מאפיינים ספציפיים לכל מקרה. לפיכך רצוי כי לצד שיח משפטי-אקדמי חופשי ומאתגר, פסיקת הערכאות השיפוטיות תשמור על מסגרת ד' אמותיו של המשפט החל – הבינלאומי, הישראלי והמקומי, וההכרעות תתקבלנה על סמך המטריה המשפטית הרלוונטית, כמובן לצד פרשנות המתיישבת עם הנסיבות וההיגיון. הקפדה על פסיקה במסגרת הדין החל והמחייב, להבדיל מהשקפות על דין ראוי, עשויה לתרום להנחלת תפיסה של שלטון חוק וחובת ציות לו. כך ביתר שאת כשמדובר במשפט הבינלאומי, שמקור סמכותו המחייב חיצוני למערכת הריבונית-דמוקרטית של המדינה. על המערכת השיפוטית לנהוג בזהירות בזהירות הנורמות בנות התוקף. עוד יש לזכור את ההשלכות שיש להצהרתן של מדינות לגבי מהו בעיניהן משפט בינלאומי מחייב. לפרקטיקה מדינתית עשויות להיות השלכות מגבילות, אם המדינה תצהיר כי היא רואה בה משום חובה משפטית, וגם לפסיקות שיפוטיות עשויות להיות

¹³⁷ ראו החלטת בית המשפט האירופי לזכויות אדם משנת 2010 לעניין צפון קפריסין בעניין Demopoulos v. Turkey, לעיל ה"ש 53; וראו גם החלטת נציבות האיחוד האירופי בעניין סהרה המערבית, לעיל ה"ש 51.



“סותר הלכות קודמות, ויש בו חידוש וגם קושי”

השלכות במישור זה. המגבלות יכולות להיות במישור המשפטי או הדיפלומטי, בנוגע למרחב התמרון של המדינה ביחסיה עם המערכת הבינלאומית, עניין בעל השלכות אסטרטגיות. גם משום כך נהג בית המשפט העליון לפסוע בזהירות – בעיקר בפסיקת הדין, אך לא פחות מכך ברטוריקה. יפה העיר בשעתו הנשיא מאיר שמגר בעניין **אבו עיטה**, כי:¹³⁸

“דעותיהם של צדדים או של מגזרים של מדינות, שהם צד מעוניין בקיומו של כלל פלוני, אינם בגדר השתקפות של המשפט המצוי, כאשר לא מדובר, למעשה, אלא על תיאורו של המצב המשפטי הרצוי לצד המעוניין. המסקנה המעשית המתבקשת במישור זה היא על-כך, כי מתחייבת בדיקה זהירה, קפדנית ומקיפה ובעיקר מתן משקל נאות למיגוון הדעות, הקיימות בנושא פלוני, כדי להסיק, אם מדובר על השקפה המקובלת על הרוב המכריע, או רק על דעה אחת מתוך השקפות חלופיות אפשריות.”
ועוד הזכיר באותו הקשר כי:¹³⁹

“בהעדרו של הסדר הסכמי או מנהגי חופשית המדינה לנהוג לפי מיטב הבנתה ועקרונותיה, ובעשותה כן היא מיישמת את המשפט הבינלאומי הקיים, כי גם המסקנה בדבר העדרו של מנהג מחייב, כאמור, היא חלק מן המשפט הבינלאומי.”

5. סיכום

מטרתה של הארת פסיקה זו צנועה: לבחון את הערתו של בית המשפט בדנג”ן **זיאדה**, לפיה נטילה שלטונית של חזקה במקרקעין פרטיים של פלסטינים ביהודה ושומרון, שלא לשימוש האוכלוסייה הפלסטינית עצמה, אסורה לפי “הלכות קודמות” של בית המשפט. מטרה צנועה זו חייבה בדיקה של הדין הבינלאומי המחייב, וניתוח של פסיקותיו הקודמות של בית המשפט העליון עצמו. הבדיקה והניתוח העלו ממצאים ותובנות הן בתחום הדין הנוהג, הישראלי והבינלאומי, והן בתחום הביקורת וההערכה של מגמות בפסיקת בית המשפט.

כבסיס לדיון הוצגה סקירה של מקורות המשפט הבינלאומי, ההסכמי והמנהגי, הנוגעים להגנה על קניינה של אוכלוסייה בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית. הסקירה לימדה כי מקורותיה של ההגנה על הקניין נטועים בדיני המלחמה המנהגיים אשר נוסחו באמנת

¹³⁸ עניין **אבו עיטה**, לעיל ה”ש 71, בעמ’ 241.
¹³⁹ שם.



האג ובתקנות הנספחות לה משנת 1907. הללו מעניקים הגנה לזכויות הקניין, מטילים חובה לכבדו וקובעים מגבלות על הפגיעה בו, והם חלים על כלל האוכלוסייה הנתונה בשטח התפוס.

ההבחנה בין אוכלוסיות שונות בשטח התפוס, ובפרט ההגנות הייחודיות שנקבעו ל"אנשים מוגנים", שלפי הגדרה אינם אזרחי המדינה התופסת, נולדה באמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949. אמנה זו מעניקה זכויות והגנות נוספות לאנשים מוגנים, אך נמנעת כמעט לחלוטין מלהעניק הגנה על קניין. מכך, ומן העובדה שלא נמצא מקור מנהגי שהוסיף הגנה מיוחדת כלשהי לקניין של האנשים המוגנים, מתבקשת המסקנה כי דיני המלחמה שבמשפט הבינלאומי מעניקים הגנה שווה לזכויות הקניין של כלל האנשים המצויים בשטח התפוס.

סקירת הפסיקה של בית המשפט העליון בנוגע להגנה על הקניין ולאפשרות לפגוע בו בשטח תפוס, העלתה כי זו אכן מושתתת בבסיסה על תקנות האג. בנוסף לכך, את החובה לפעול לטובת הסדר הציבורי באזור פירש בית המשפט כחובה לפעול לטובת האוכלוסייה המקומית ולרווחתה בתחומים שונים. יישומה של חובה זו נעשה לגבי כלל האוכלוסיות שבשטח התפוס. לאור זאת ראה בית המשפט העליון את ההפקעה לצרכי ציבור כאפשרית אם היא נעשית לפי החוק המקומי, לטובת האזור והאוכלוסייה שבו, ובהתאם לכללי המשפט המנהלי הישראלי. הסקירה והניתוח לימדו כי לא נמצא שינוי בפסיקת בית המשפט העליון במהלך השנים, ולפיכך לא נמצא ביסוס להערה האמורה בדנג"ץ זיאדה. מאז שנת 2011 החלה להופיע בפסיקת בית המשפט העליון רטוריקה חדשה, המסתמכת על קיומה לכאורה של "הגנה מיוחדת לקניינם של התושבים המוגנים". זהו מטבע לשון שאין לו בסיס במשפט הבינלאומי, כפי שעולה מכל האמור לעיל. סקירת פסקי הדין שבהם נעשה שימוש במינוח זה העלתה כי ניתן לחלק את השימוש בו לשלוש קבוצות: הראשונה – מקרים שבהם ההתייחסות ל"אוכלוסייה מוגנת" בהקשר של זכות הקניין נעשתה כנראה בשגרת ביטוי, ללא כוונה למשמעות המשפטית של המונח. השנייה – מקרים שבהם השימוש נעשה אגב כוונה למשמעות המשפטית, אך כאמרת אגב. כך, מסתבר, יש לראות את האמירה בפרשת בית אכסא על דבר קיומו לכאורה של איסור משפטי להפקיע אדמות שלא לצורך "התושבים המוגנים". על אמירה זו יכולה לכאורה ההערה בדנג"ץ זיאדה להסתמך, שכן היא עוסקת בנטילת חזקה במקרקעין. ברם, מלבד היותה אמרת אגב מובהקת (העתירה שם נדחתה בשל שיהוי), קשה להעלות ממנה מסקנה משפטית מחמת היעדר קו הנמקה אחיד וברור וסתירה לכאורה להתבטאויות אחרות בפסק הדין. יתירה מכך, עמדתי בפירוט על הקשיים המשפטיים והקונספטואליים שבקבלתה.

הקבוצה השלישית היא גלגולו של המונח בפסיקה הנוגעת לפינוי מאחזים ושכונות ישראלים לא מוסדרים, שבהם דובר לעיתים על חובה לפעול אקטיבית להגנה על זכויות הקניין של ה"תושבים המוגנים". גם בהתבטאויות אלו ספק אם ניתן לראות יותר מאשר



“סותר הלכות קודמות, ויש בו חידוש וגם קושי”

אמרות אגב. כך או כך, תשתיתן המשפטית איננה ברורה – הן מבחינת ייחוד ההגנה על הקניין לתושבים מוגנים דווקא, והן מבחינת קיומה של חובת הגנה מוגברת. “הלכות סותרות” לא נמצאו אפוא, ובפרק האחרון הוצג ניתוח נורמטיבי של מקורות אפשריים להגנה על זכויות הקניין בשטח התפוס, מעבר להסדרים שבדין המקומי האזרחי והפלילי. טענתי היא כי קיומה של הגנה משפטית על הקניין מכוח המשפט הציבורי הישראלי, המנהלי והחוקתי, קיימת ממילא ומחייבת גם לגבי זכויות הקניין של הפלסטינים ביהודה ושומרון. הגנה זו הוענקה גם קודם לעידן החוקתי. מבחינת היקפה ועוצמתה, היא רחבה וחזקה מזו שיכולים להעניק דיני המלחמה שבמשפט הבינלאומי. מטבעה היא איננה מוחלטת, וניתנת לאיזון מול זכויות או אינטרסים אחרים. איתור מקורות משפטיים אחרים להגנה על זכויות קניין לא ישפיע על טבע זה. לצד דיון אקדמי מפרה וחשוב על מקורות שונים ואופנים שונים להגנה על זכויות אוכלוסייה בשטח תפוס ו”אנשים מוגנים”, על ערכאות שיפוטיות להמשיך ולהקפיד על זיהוי זהיר של נורמות מחייבות במשפט הבינלאומי.