



המשפט המבוים

01.06.2021

17:30

אודיטוריום הכט, אוניברסיטת חיפה



משפטים חיפה.

מילוט ביזאק וילינג

בבית המשפט העליון למשפטים מבוימים
הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה

משטר המקרקעין בשטחים:

על קו התפר בין משפט בינלאומי,
ציבורי ודיני קניין.

יושבים בדין

יו"ר ההרכב:

נשיאת בית המשפט העליון בדימוס, השופטת דורית ביניש

חברי ההרכב:

פרופסור חיים זנדברג, פרופסור דוד קרצמר

בשם המערערים

דרור לביא וג'אן עבד אלמלכ

בשם המשיבים

טל רטנר ועמית שפילברג

מנחה אקדמי: פרופ' אלכסנדר (סנדי) קדר

משפט מבויס

בבית המשפט העליון למשפטים מבוימים (אולם הכט)

הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

17:30, 1.6.2021

יושבים בדין

יו"ר ההרכב:

נשיאת בית המשפט העליון בדימוס, השופטת דורית ביניש

חברי ההרכב:

פרופסור חיים זנדברג

פרופסור דוד קרצמר

המערערים

5-1 מוסא אבו חמיד ואחרים (בעלי הקרקעות בחלקה 1)

10-6 מוחמד אבו ג'אבר ואחרים (מחזיקים בחלקה 3)

11. עמותת מרחבים.

המשיבים

5-1 יוסף כהן ואחי' (תושבי מאחז מבוא אבות)

6. מועצה אזורית אלידע

7. עמותת אדמות הלאום

8. שר הביטחון, מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, וראש המנהל האזרחי בגדה המערבית,

באמצעות פרקליטות המדינה (משיבים פורמליים)

הסטודנטיות הטוענות לדין:

בשם המערערים 11-1: דרור לביא וגיאן עבד אלמלכ

בשם המשיבים שכנגד 7-1 טל רטנר ועמית שפילברג

ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים*

ההליכים נוגעים לבניה שימוש והחזקה במקרקעין במאחז "מבוא אבות" הסמוך להתנחלות

"אבות האומה", המצוי בשטח C בשטחים המוחזקים על ידי ישראל בתפיסה לוחמתית באזור

"הגדה המערבית/יהודה ושומרון" (להלן – "האזור" או "השטחים").

* יש להתעלם משאלת סמכות בית המשפט המחוזי.

המאחז, שהוקם בשנת 2001 ממוקם בחלקות 1 ו-2 בגוש 20. כביש הגישה למאחז נסלל בחלקו על חלקה 1. גם קו החשמל וצינור המים ליישוב עובר בחלקו על חלקה 1. בחלקה 3 מתגוררת משפחת אבו ג'אבר.

חלקה 1 היא מקרקעין מוסדרים הרשומים על שם המערערים 1-5 עוד מתקופת השלטון הירדני. המערערים 1-5 אינם מתגוררים בחלקה, אך משתמשים בה לשם רעיית צאן שבמקביל שוכן במקום בדיר. חלקות 2 ו-3 הן מקרקעין מוסדרים הרשומים על שם המדינה עוד מתקופת השלטון הירדני.

בהליך בבית המשפט המחוזי בירושלים (כבוד השופטת צדקיהו) נקבע ונפסק:

1. הלכה למעשה ובניגוד למדיניות המוצהרת של הממשלה, בוצעה לאורך השנים בנייה של התיישבות ישראלית ב"מבוא אבות", הן בחלקה 1 והן בחלקה 2. בנייה זו בוצעה בחלקה בסיוע ובתמיכה של מוסדות המדינה ורשויות ציבוריות אחרות. עם זאת, בנייה זו בוצעה ללא תכנית תקפה וללא היתרים כדין.

2. בית המשפט רשם לפניו וקיבל את עמדת מוסא אבו חמיד ואחרים (המערערים 1-5 בפני בית המשפט העליון) לפיה כבר בסוף שנת 2001, כתשעה חודשים לאחר תחילת הקמת המאחז, הם הגישו לגורמים האחראים על הנושא באזור תלונות חוזרות כנגד הפלישה לאדמתם, אך שתלונות אלו לא הובילו לפניו המבנים והתופסים מהמקרקעין שלהם בחלקה 1.

3. בית המשפט רשם לפניו את הצהרת המדינה כי קיימת מדיניות של הדרג המדיני, המנחה את הדרגים המקצועיים המתאימים לפעול להסדרת המעמד התכנוני של מבנים בהתיישבות ישראלית המצויים על מקרקעין שהוכרו כרכוש ממשלתי ונבנו שלא כדין באותן נקודות התיישבות אשר לגביהן יוחלט על הסדרה. בהמשך לכך הוצהר כי ביחס למבנים המצויים בחלקה 2, קיימת כוונה להסדירם בהקדם ולכן אין טעם להרסם כעת.

4. לאור עמדה זו קבע בית המשפט ביחס לחלקה 2 שאין לפנות את המאחז ואין להרוס את הבניה. נקבע כי על המדינה לנקוט בכל האמצעים החוקיים העומדים לרשותה כדי להסדיר את המאחז במישור הקנייני והתכנוני ולהקצות את המקרקעין והמבנים ללא תמורה לטובת תושבים המתגוררים בו וזאת תוך 36 חודשים.

5. בית המשפט קיבל את עמדת המדינה לפיה תפעל להכשרת כביש הגישה למאחז, קו החשמל וצינור המים באמצעות הפקעת חלקים מהמקרקעין הפרטיים עליהם הוקם הכביש, וזאת תמורת פיצוי לבעלים. ההפקעה היא לטובת הציבור, מכוח חוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (1953) (החוק הירדני).

6. בית המשפט קיבל את עמדת המדינה כי היא תפקיע, תמורת פיצוי, מכוח חוק הקרקעות הנ"ל שטח קטן בחלקה 1 עליו מצויה מרפאה.

7. בית המשפט קיבל את עמדת המדינה לפיה תפקיע, תמורת פיצוי, מכוח חוק הקרקעות הנ"ל חלקים מחלקה 1 בהם נבנה חלק ממבני המאחז (מטבח וחדר שינה של שני מבנים המצויים בעיקרם בחלקה 2 הגובלת בחלקה 1).

8. בית המשפט פסק כי על המדינה לפנות את המבנים שנבנו על יתרת חלקה 1 ולהשיב את החזקה לבעליה.

9. בית המשפט קיבל את עמדת המדינה לפיה הפינוי יערך רק לאחר שהמדינה תפנה את חלקה 3, המצויה בצמוד לחלקה 2. על חלקה זו מתגוררים מאז שנת 1948 משפחת אבו

ג'אבר, בני השבט הבדואי נעלין שהגיעו למקום לאחר שפוננו בזמן המלחמה מאזור מושבם הקודם בנגב.

10. כמו כן קיבל את עמדת המדינה לפיה חלקה 3 תוקצה ללא תמורה לתושבי המאחז שיפוננו מחלקה 1, ועליה יוקמו מבנים, באיכות ובהיקף שאינם פחותים מאלו שהיו בחלקה 1. בית המשפט הורה כי ההליך כולו יושלם לא יאוחר מ 36 חודשים מיום מתן פסק הדין.

ערעור וכתב תשובה :

המערערים 1-5 הם פלסטינים תושבי האזור והבעלים הרשומים של חלקה 1. המערערים 6-10 הם בני משפחת אבו ג'אבר. המערערת מס' 11 היא אגודת *מרחבים* הפועלת להגנה וקידום זכויות פלסטינים תושבי האזור.

המשיבים הם 1-5 הם אזרחים ישראלים, תושבי מאחז מבוא אבות. המשיבה 6 היא המועצה האזורית אלידע שבשטחה מצוי המאחז. המשיבה 7 היא עמותת *אדמות הלאום* הפועלת להגנה וקידום זכויות האזרחים הישראלים באזור

פרקליטות המדינה הודיעה בשם שר הביטחון, מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, וראש המנהל האזרחי בגדה המערבית, בית אל שהיא תקבל כל החלטה של בית המשפט ואינה מתכוונת לערער על החלטת בית המשפט המחוזי.

תרשים סכמטי של החלקות המופיעות באירוע

(ללא קנ"מ)

גוש 20

חלקה 3

בעלות רשומה
ומוסדרת על שם
המדינה.
המקרקעין מוחזקים
על ידי מערערים
6-10

חלקה 2

בעלות רשומה
ומוסדרת על שם
המדינה. המקרקעין
מוחזקים על ידי
תושבי המאחז
לרבות משיבים 1-5

חלקה 1

בעלות פרטית
רשומה ומוסדרת
ע"ש מערערים 1-5
החזקה בעיקר על
ידי המערערים, לרבות דיר
למעט תשתיות: כביש,
צינור מים, מרפאה, מטבח
וחדר שינה של שני מבנים

גוש 19

חלקה 4

בעלות פרטית
רשומה ומוסדרת
בבעלות מערערים
1-5

תמצית נימוקי הערעור

1. .1. אנו מתכבדים להביא בפני בית המשפט את הילוך הטיעון בקצרה.
2. .2. חלקו הראשון של הטיעון יפרט את הדין בגדה המערבית. אנו נטען כי לפי דיני התפיסה הלוחמתית ולפי פסיקת בית המשפט העליון, יש לכבד את זכויות האדם של המערערים 1-10 ואף לנקוט זהירות יתרה כאשר באים לפגוע בזכויותיהם, מתוקף מעמדם כ"תושבים מוגנים" (וזאת לעומת המתדיינים הישראלים באזור, שאינם נמצאים במעמד זה). עוד נתאר את האופן בו המפקד הצבאי נדרש להפעיל את סמכותו באזור מתוקף כללי המשפט הציבורי המנהלי ומתוקף תקנה 43 לתקנות האג.
3. .3. החלק השני של טיעוננו יתמקד באי-חוקיות ההפקעה של חלקים מחלקה 1, המהווה קרקע פרטית של תושבים מוגנים, וזאת לטובת השארת והכשרת מבנים ותשתיות של המאחז "מבוא אבות" (להלן: **המאחז**) שהוקמו לצורך קיומו ולרווחת תושביו. בפרט, נטען כי המפקד הצבאי חרג מסמכותו כיוון שההפקעה לא נועדה לשרת – וגם לא תשרת – את המערערים. בהקשר זה, נדגיש כי ההצהרה לפיה התשתיות יוכלו לשרת גם את המערערים אינה קונקרטית וממילא אינה פרקטית עקב המציאות כיום בגדה המערבית. עוד נסביר כי ההפקעה פוגעת קשות במספר זכויות של המערערים 1-5, וזאת במגוון דרכים; כי היא מפרה את הדין המקומי; את הדין הבינלאומי כפי שכלליו התפרשו על-ידי בית המשפט העליון, לרבות את תקנות האג ואמנת גינבה הרביעית; כי היא סוטה מהלכות קודמות שנקבעו בפסיקה; כי היא אינה עולה בקנה אחד עם המדיניות המוצהרת של מדינת ישראל, תוך שהיא פוגעת בשלטון החוק; וכי היא אינה עומדת בכללי המשפט המנהלי, ובפרט במבחנים של מידתיות וסבירות.
4. .4. בחלק השלישי של הטיעון נדון באי-החוקיות שבפינוי המערערים 6-10 מחלקה 3, תוך יישוב תושבי המאחז אשר יפוננו מחלקה 1 תחתם. טיעוננו יתמקד בכך שהחלטת המדינה כפי שהוצגה בערכאה קמא משקפת הפליה פסולה של המערערים לעומת מתיישבי המאחז, ברמת האכיפה וההכשרה בדיעבד של בניה בלתי חוקית באזור. עוד נטען כי החלטת המדינה אינה עומדת בקנה אחד עם תקנות 43 ו-55 לתקנות האג, כיוון שהיא מהווה הסדר המיטיב באופן בלעדי עם המדינה המחזיקה בשטח הכבוש, ללא התחשבות באינטרסים של המערערים 6-10. לאחר מכן נראה כיצד החלטה זו אף מהווה הפרה של אמנת גינבה הרביעית, וכי החלטתה של הערכאה קמא מהווה, הלכה למעשה, הקמת התנחלות חדשה, בניגוד לאמנה ובניגוד לפסיקת בית משפט זה. לצד כל אלו, טיעוננו ידגיש כי מוצדק להשאיר את מגוריהם של המערערים 6-10 בחלקה 3, עקב זיקתם לקרקע שהתפתחה במשך 73 השנים שחיו בה ועקב מכלול נסיבות המקרה, וכי החלטת המפקד הצבאי נגועה בשיקולים פסולים/זרים, אינה מידתית או סבירה ולפיכך דינה להתבטל.
5. .5. חלקו האחרון של הטיעון יוקדש לסיבות בגינן יש לפנות את המאחז מחלקה 2. בפרט נטען כי סיוע של גורמים ציבוריים אינם מצדיקים הפרה של דיני התכנון והבניה באזור ושל שלטון החוק, וכי בהתחשב בהפליה באכיפה של דינים אלו ובהקצאות אדמות מדינה (אשר נעשית כמעט בכללותה לטובת התיישבות ישראלית בלבד), ראוי וצודק לפנות את המאחז ולהשאיר את המערערים 6-10 במקומם כיום. לבסוף, ובהסתמך על החלטות ופסיקת עבר, נטען כי בעקבות הכשרת המאחז בחלקה 2, סביר שייפגעו זכויות נוספות למערערים 1-10 (קניין וחופש תנועה), ולכן פינויו משם מוצדק.

תמצית טענות המשיבים

1. המשיבים 1-7 (להלן ביחד: "המשיבים") יבקשו מבית המשפט הנכבד להשאיר את הכרעתו המנומקת של בית המשפט קמא על כנה, ולדחות את הערעור על כל חלקיו. ביחס לחלקה 2, המשיבים יטענו כי אין מקום להתערב בהחלטת המדינה להסדיר את היישוב "מבוא אבות" (להלן: "היישוב"). ההחלטה תואמת את מדיניותה המוצהרת של הממשלה, מתיישבת עם הפסיקה הקודמת ואינה פוגעת בזכויותיהם של המערערים 1-10. המשיבים 1-5 הסתמכו על התנהלות המדינה. היישוב על כלל מבניו, פועלו והקהילה שנוצרה בו הינו מפעל חייהם. קבלת הכרעת בית המשפט קמא תבטא את חובתה של המדינה לפעול בסבירות ובהגינות, ולמנוע מצב בו תיהרס קהילה שלמה על כלל תושביה למרות שפעלו בהתאם למדיניותה המוצהרת של המדינה, בשיתוף פעולה איתה ובתמיכתה.
2. ביחס לחלקה 3, המבקשים יטענו כי אין מקום להתערב בהחלטת המדינה לפעול לפינוי המערערים 6-10, שפלטו לחלקה שלא כדין. יובהר, כי המשיבים תומכים בכך שהמדינה תסייע למערערים 6-10 לפנים משורת הדין; אך במקביל, לגישת המשיבים, אין להתערב בשיקול דעתה של המדינה, שהגיעה להסדר שפגיעתו בכלל הצדדים המערערים היא הפחותה ביותר. בשונה מהמשיבים, המערערים 6-10 פעלו ללא תיאום עם רשויות המדינה, ללא הסתמכות עליהן ומבלי שהיה בידם בטוחה שתאפשר להם להישאר על הקרקע, שהינה אדמת מדינה. אילו חלקה 3 לא תוקצה לתושבי היישוב אשר יפנוו מחלקה 1, משמעות הדבר תהיה קריעת קהילת מבוא אבות לשניים ופיצולה באופן שרירותי. הפגיעה במשיבים תהיה כפולה, כיוון שיאבדו לא רק את בתיהם ואת השקעתם הרבה ביישוב אלא גם את היכולת להשתייך לקהילתם. בנוסף, המשיבים מסתמכים על התשתיות הקיימות ועל מוסדות הקהילה והעתקתם למקום חלופי תגרור השקעת משאבים אדירה. לשיטת המשיבים, ניתן להקצות למערערים 6-10 קרקע חלופית, ובכך מצב זכויותיהם רק ישתפר. לדעת המשיבים ראוי לאפשר למדינה לבחור כיצד להקצות את הקרקעות שבבעלותה בהתאם לשיקולים ראויים וענייניים ובכפוף למגבלות הדין.
3. בהמשך ישיר לכך, המשיבים יטענו כי הפקעת התשתיות המצויות על חלקה 1 נחוצה לצורך קיומו התקין של היישוב. ללא מים, חשמל ושירותי רפואה לא ניתן יהיה להמשיך ולהתקיים ביישוב. מדובר בצורך ציבורי, הנדרש לקיום האוכלוסייה המקומית באזור, בהתאם לחוק המקומי הירדני ולדין הבינלאומי. המדינה השקיעה משאבים רבים בהנחת ותחזוקת התשתיות, ומכאן שציווי על הריסת התשתיות יוריד באבחה את ההשקעה הכלכלית הרבה לטמיון.
4. המשיבים יטענו, כי אף במישור שיקול הדעת, פסיקת בית המשפט קמא מהווה איזון נכון וראוי בין השיקולים השונים. בעוד שזכויותיהם של המערערים נפגעות באורח מזערי, כאשר ביטוי לכך ניתן למצוא בדמות העובדה כי במשך תשעה חודשים שלמים, לא מצאו לנכון להלין על נוכחות המשיבים, זכויותיהם של המשיבים ייפגעו קשות ככל שבית המשפט הנכבד יעדיף את גישת המערערים ויצווה על עקירת התשתיות הבסיסיות המשמשות את היישוב. הכרעה בהתאם לגישת המערערים שקולה לשלילה המיידית של הגישה לתאורה; החימום בחודשי החורף; המים הנחוצים לקיומם של חייהם; ושירותי המרפאה, ותגרור השקעת משאבים עצומה שתארך זמן רב. ספק אם ניתן יהיה להחזיר את חייהם של המשיבים כפי שהיו בימים

כתיקונם, בהינתן הפער העצום בין היכולות של המדינה ובין היכולות של המשיבים. בזמן בו יוותרו ללא תשתיות בסיסיות לקיום חיים, עלול להיגרם נזק בריאותי משמעותי ואף תיווצר סכנה לחייהם של תושבי היישוב. מדובר בצורך ציבורי והומניטארי ראשון במעלה.

5. לסיום, המשיבים יטענו כי בעוד שעקירת התשתיות תפגע קשות במשיבים, הפקעת השטח עליו מצויות התשתיות לא תשפיע בצורה משמעותית על מצבם של המערערים 5-1. העובדה שהמערערים 5-1, רועים את צאנם ללא הפרעה כבר כיום – כאשר נמצאות על החלקה לא רק התשתיות, אלא גם הבתים, מלמדת שהשארית התשתיות לא תפגע בזכויותיהם בצורה משמעותית. למעשה, המשיבים יטענו כי ההפך הוא הנכון: השארית התשתיות תיטיב את מצבם של המערערים 5-1. כך, כביש הגישה ימשיך להישאר פתוח ולשמש עבורם עורק תנועה מרכזי, ומטבע הדברים יסייע להם גם אם יבקשו לפתח את חלקה 1 עוד. הכביש יוכל לשמש גם את המערערים 6-10, אם יעברו לחלקה סמוכה אחרת. צינור המים יוכל לשמש לנקודת מים גם עבור הדיר שבבעלות המערערים 5-1. המרפאה תוכל לשמש גם את המערערים, בוודאי שבחירום והמשיבים נכונים לאפשר להם לעשות בה שימוש גם בשגרה. לסיכום, משום שההפקעה תיעשה תמורת פיצוי הולם, נחוצה לתכלית הומניטארית ותשפר את מצבם של כלל הצדדים בערעור זה, אנו סבורים כי יש להשאיר את הכרעת בית המשפט הנכבד קמא על כנה.