

לפני בית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים (המבויים)

בפני כבוד השופטים:

נשיאת בית המשפט העליון (בדימוס) השופטת דורית ביניש

פרופסור דוד קרצמר

פרופסור חיים זנדברג

מנחה אקדמי: פרופסור אלכסנדר קדר

בעניין:

1. מוסא אבו חמיד
2. ג'מיל אבו חמיד
3. כמאל אבו חמיד
4. עזיז אבו חמיד
5. נצ'אל אבו חמיד
6. מוחמד אבו ג'אבר
7. איברהים אבו ג'אבר
8. דיאב אבו ג'אבר
9. חליל אבו ג'אבר
10. מוסא אבו ג'אבר
11. עמותת מרחבים

המעוררים

כולם באמצעות הסטודנטיות דרור לביא וג'אן עבד אלמלך

- נ ג ד -

1. יוסף כהן
2. חיים אפללו
3. נטליה אוספנסקיה
4. אביב אזולאי
5. נעמה ליכטנשטיין
6. מועצה אזרית אלידע
7. עמותת אדמות הלאום

8. שר הביטחון, מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, וראש המנהל האזרחי בגדה המערבית, באמצעות פרקליטות המדינה (משיבים פורמליים)

המשיבים

כולם באמצעות הסטודנטיות טל רטנר ועמית שפילברג

תוכן עניינים

2	תוכן עניינים	
3	הצדדים	1
3	עיקרי העובדות הדרושות לעניין	2
4	תמצית טענות המשיבים	3
4	טיעונים ביחס לחלקה 2	4
6	א.4. עקרון הזמניות	
6	ב.4. שלטון החוק	
8	ג.4. התערבות בית המשפט בסוגיה מדינית	
8	ד.4. השפעה אפשרית של הפסיקה על מעמדה של ישראל בקהילה הבינלאומית	
9	טיעונים ביחס לחלקה 1	5
9	א.5. הדינים הרלוונטיים לעניין סמכותו של המפקד הצבאי בשטחים	
9	פרשנותה של תקנה 43	
10	ב.5. הפקעת השטחים בחלקה 1 ממלאת צורך ציבורי על פי החוק הירדני ותקנה 43	
13	מיהי אוכלוסייה מקומית	(1)
14	הפרשנות הראויה של תקנות 46 ו-52	(2)
15	ג.5. סמכות להפקעת השטח עליו נמצא חלק מביתה של משפחת אפללו	
16	ד.5. שיקול הדעת של המפקד הצבאי בפעולת ההפקעה	
16	הפקעת השטח עליו מצויים חדרים מבית שחלקו האחר מצוי בחלקה 2	(1)
19	מידתיות ההפקעה	(2)
23	סבירות ההפקעה	(3)
24	טיעונים ביחס לחלקה 3	6
24	א.6. למערערים 6-10 אין זכות קניינית בחלקה 3	
25	ב.6. נפקות היות המערערים תושבים מוגנים לעניין היקף ההגנה על זכות הקניין	
26	ג.6. מידתיות	
28	ד.6. סבירות	
29	ה.6. שוויון	
31	ו.6. המשיבים אינם מפרים את הוראות אמנת זינבה הרביעית	
32	סוף דבר	7

כתב תשובה לערעור

המשיבים 1-7 מתכבדים להגיש בזאת כתב תשובה לכתב הערעור שבכותרת. בית המשפט הנכבד מתבקש לדחות את הערעור מאחר שלא הוכח בכתב הערעור כי נפל פגם בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים.

1. הצדדים

1. המערערים 1-5, מוסא אבו חמיד ואחרים, הם הבעלים של חלקה 1 בגוש 20, המצויה בשטח C שבאזור יהודה ושומרון. בנוסף לכך, בבעלותם חלקה סמוכה נוספת, חלקה 4 בגוש 19, בה הם מתגוררים.
2. המערערים 6-10, מוחמד אבו ג'אבר ואחרים, משתייכים לשבט הבדואי נעלין. הם מתגוררים בחלקה 3, הנמצאת גם כן בגוש 20. חלקה 3 הינה אדמות המדינה.
3. המערערת 11, עמותת מרחבים, היא עמותה ציבורית הפועלת לסיוע לתושבים הפלסטינים באזור יהודה ושומרון.
4. המשיבים 1-5, יוסף כהן ואחרים, הם תושבי היישוב "מבוא אבות". היישוב ממוקם על חלקה 1, ועל חלקה 2 הסמוכה לה. חלקה 2 הינה אדמות מדינה.
5. המשיבה 6, מועצה אזורית אלידע, היא מועצה המקומית אשר פרשה את חסותה על היישוב "מבוא אבות".
6. המשיבה 7, עמותת אדמות הלאום, היא עמותה שפועלת לסיוע בהסדרה תכנונית של יישובים ישראלים באזור יהודה ושומרון.
7. המשיבה 8, פרקליטות המדינה, היא משיבה פורמלית והודיעה שתקבל כל החלטה של בית המשפט.

חלקה 3 בגוש 20 בעלות: המדינה החזקה: המערערים 6-10	חלקה 2 בגוש 20 בעלות: המדינה החזקה: המשיבים 1-5	חלקה 1 בגוש 20 בעלות: המערערים 1-5 החזקה: המשיבים 1-5	חלקה 4 בגוש 19 בעלות: המערערים 1-5 החזקה: המערערים 1-5
--	--	--	---

2. עיקרי העובדות הדרושות לעניין

8. בשנת 2001, הגיעו המשיבים 1-5, משפחת כהן ומשפחות נוספות, לחלקות 2 ו-1, והתיישבו בהן. הם החלו לבנות את בתיהם, נתנו ליישוב את השם "מבוא אבות", והמדינה – בראותה את מעשיהם – סייעה להם. על אף שליישוב לא הייתה תכנית תקפה והיתרים, המועצה המקומית פרשה עליו את חסותה, ודאגה לסלול כביש גישה למקום – שיאפשר להם להגיע בקלות, ויקל עליהם במלאכת הבנייה והשינוע של חומרים וציוד. לאחר מכן המועצה, שמתקצבת על ידי המדינה וכפופה לה, פעלה להבאת והנחת קו מים, שיאפשר להם אספקת מים סדירה ונוחה. בהמשך, הונחו עמודי חשמל שיעבירו קו חשמל אל היישוב – שיספק להם חשמל באופן קבוע ומוסדר. חברת החשמל, שהינה חברה ממשלתית – מספקת להם את החשמל; חברת מקורות, חברה ממשלתית גם כן – מספקת לתושבים את המים. לאחר מכן, המדינה הקימה מרפאה חדישה, שמספקת מענה לצרכי הרפואה של תושבי היישוב בשגרה ובחירום.

9. כתשעה חודשים לאחר שהגיעו התושבים והחלו לבנות את חייהם ביישוב, המערערים 5-1, משפחת אבו חמיד, פנו אל המדינה והלינו על נוכחותם של המתדיישים במקום. המערערים 5-1 טענו כי חלקה 1, שמשמשת כשטח מרעה עבורם, ועליה ממוקם דיר שבעלותם – שייכת להם. מסיבותיה השונות, המדינה, שקיבלה והשיבה את התלונות, בחרה שלא לפנות את המתדיישים מחלקה 1. למעשה היא נהגה להיפך: המדינה לא הורתה לחברות הממשלתיות לעצור את אספקת המים והחשמל; לא הורתה לקופות החולים שלא לספק שירותים למרפאה; והמשיכה לתקצב ולתחזק את הכביש, התשתיות, וכלל המתקנים הציבוריים המצויים ביישוב.

10. כל אותה העת, משפחת אבו חמיד המשיכו לרעות את צאנם בחלקה 1; והמשיכו להגיע אל הדיר המצוי בבעלותם. כך הדברים המשיכו להתנהל, עד שהוגשה תביעה לבית המשפט המחוזי, המבקשת לפנות את בתיים של תושבי "מבוא אבות" והתשתיות המשמשות את היישוב מחלקה 1. לתביעה הצטרפה גם עמותת "מרחבים", הפועלת לטובת האינטרסים של התושבים הפלסטינים באזור יהודה ושומרון.

11. במקביל, המדינה בחנה את עניינם של המערערים 6-10, משפחת אבו ג'אבר. אלו מתגוררים כיום ללא היתר על חלקה 3, שהיא אדמת מדינה רשומה. בשנת 1948 משפחת אבו ג'אבר הגיעו לשם באופן עצמאי, בעקבות השפעותיה של מלחמת העצמאות. לאחר שפלטו לחלקה 3, המדינה לא תמכה בהם והם התקיימו באופן עצמאי.

12. בית המשפט הנכבד קמא קיבל את עמדת המדינה, לפיה תסדיר את היישוב המצוי על חלקה 2. כיוון שהתשתיות הנחוצות לצורך קיומו של מבוא אבות מצויות על חלקה 1, בית המשפט קמא קיבל את הצעת המדינה לפיה תפקיע, תמורת פיצוי, את השטח עליו מצויות התשתיות. בנוסף, התקבלה עמדת המדינה לפיה תפקיע, תמורת פיצוי, חלק מזערי מהשטח הגובל בחלקה 2, ועליו מצוי חלק קטן מביתה של אחת ממשפחות היישוב. במקביל, בית המשפט קמא קיבל את עמדת המערערים 5-1 בחלקה, ופסק כי על תושבי מבוא אבות לפנות את בתיים מחלקה 1.

13. ביחס לחלקה 3, בית המשפט קמא קיבל את עמדת המדינה לפיה משפחת אבו ג'אבר פלטו באופן בלתי חוקי אל החלקה ויש לפנותם. על מנת לאפשר פתרון מגורים סביר לתושבי "מבוא אבות" שיפנו מחלקה 1, בית המשפט קיבל את הצעת המדינה לפיה תקצה לתושבים שטח הסמוך לחלקה 2, ומצוי על חלקה 3.

3. תמצית טענות המשיבים

14. המשיבים 7-1 (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 5-1 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.

15. ביחס לחלקה 3, המבקשים יטענו כי אין מקום להתערב בהחלטת המדינה לפעול לפינוי המערערים 6-10, שפלו 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 יפוננו 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.

16. 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.

17. 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.

18. לסיום, המשיבים יטענו כי בעוד שעקירת התשתיות תפגע קשות במשיבים, הפקעת השטח עליו מצויות התשתיות לא תשפיע בצורה משמעותית על מצבם של המערערים 1-5. העובדה שהמערערים 1-5, רועים את צאנם ללא הפרעה כבר כיום – כאשר נמצאות על החלקה לא רק התשתיות, אלא גם הבתים, מלמדת שהשאר התשתיות לא תפגע בזכויותיהם בצורה משמעותית. למעשה, המשיבים יטענו כי ההפך הוא הנכון: השאר התשתיות תיטיב את מצבם של המערערים 1-5. 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 1-5. המרפאה תוכל לשמש גם את המערערים, בוודאי שבחירום והמשיבים נכונים לאפשר להם לעשות בה שימוש גם בשגרה. לסיכום, משום שהפקעה תיעשה תמורת פיצוי הולם, נחוצה לתכלית הומניטארי ותשפר את מצבם של כלל הצדדים בערעור זה, המשיבים סבורים כי יש להשאיר את הכרעת בית המשפט הנכבד קמא על כנה.

4. טיעונים ביחס לחלקה 2

19. המערערים טענו שהקמת היישוב בחלקה 2 אינה חוקית, וזאת משום שהיא מהווה הפרה של שלטון החוק; של עקרון הזמניות; ומהווה התערבות של בית המשפט בסוגייה ציבורית. להלן נשיב בהרחבה לטיעונים:

4.א. עקרון הזמניות

20. המערערים טוענים כי הקמת היישוב והכשרתו בעייתית משום שלשיטתם מדובר ביישוב קבע, ודבר זה מפר את עקרון הזמניות הקובע כי השלטון הצבאי הינו זמני. בנוסף לכך, נטען כי ההתיישבות הוקמה מטעמים מדיניים, אשר מהווים שיקולים זרים.

21. עמדת המשיבים היא שעקרון הזמניות לא הופר. המדינה לא מעבירה את הבעלות בקרקע לגורם אחר, אלא עושה בה שימוש לטובת פיתוח האזור וטובת האוכלוסייה המקומית שבזמן נתון מצויה בחלקה 2. על סוגיה זו כתבה השופטת פרוקצ'יה בעניין **ולירו (פס' 42)** את הדברים הבאים:

"המדינה הכובשת נדרשת, אפוא, להגן על הרכוש הציבורי בשטח התפוס, ונאסר עליה לפגוע ברכוש. גרימת הרס נרחב או החרמתו של רכוש בקנה מידה נרחב תיחשבנה להפרה חמורה של האמנה, אלא אם נעשו עקב צורך צבאי (סעיף 147 לאמנת ז'נבה הרביעית; פיקטה, בעמ' 601). עם זאת, כפי שהעיר המלומד פיקטה, מטרתה של אמנת ז'נבה הרביעית הינה לדאוג לאזרחים המוגנים עצמם, ולא לרכוש, ועל כן הטיפול ברכוש אויב וברכוש פרטי בשטח כבוש מוסדר, בעיקר, בתקנות האג (פיקטה, בעמ' 271). **מכל מקום, אין בהוראות האוסרות על הרס או החרמת רכוש האויב כדי לפגוע בזכותו של הכוח התופס לנהל רכוש ציבורי של האויב ולהפיק ממנו טובת הנאה.**" (ההדגשה הוספה – הח"מ) (בג"ץ 3103/06 ולירו נ' מדינת ישראל, פס' 42 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 6.2.2011)).

22. בענייננו, המדינה לא הורסת רכוש ולא מחרימה אותו ואף איננה מפקיעה את השטח. כל שהיא עושה הוא לנהל את השטח הציבורי בחלקה 2 לטובת האוכלוסייה המקומית. בכך, כאמור, אין כל פסול. ביטוי לכך ניתן למצוא בהחלטת הממשלה מספר 145 משנת 1979, שקובעת שבסמכות המדינה לעשות שימוש בקרקעות מדינה שבעלותה, לרבות לטובת הקמת יישובים ישראלים.

23. בבוא היום, מדינת ישראל תתקדם במשא ומתן עם הפלסטינים. המשא ומתן יוביל לקיומו של הסדר, שבתורו יקבע את גורלם של היישובים שהוקמו. כך בא לידי ביטוי עיקרון הזמניות במלואו. היישובים זמניים עד אשר יוכרז הסכם שכזה, ואין כל הפרה של הדין הבינלאומי עד לקבלתו של אותו הסכם (בג"ץ 390/79 **דויקאת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(1) 1, 21 (1979)).

24. ביחס לטענה לפיה המפקד הצבאי מונע משיקול זר ובתוך כך משיקולים לאומיים, לשיטת המשיבים אין לכך ולו אחיזה קלה במציאות. היישוב הוקם על ידי אנשים פרטיים. העובדה שהיישוב יכול והוקם מסיבות אידאולוגיות איננה משליכה כלל על האופן בו מפעיל המפקד הצבאי את שיקול דעתו. על המפקד הצבאי להפעיל שיקול דעתו ביחס למצב נתון. המצב הנתון הוא שהמשיבים מצויים באזור ולכן עליו לדאוג לצרכיהם ההומניטריים והביטחוניים השונים. בין כך לבין שאיפותיה הלאומיות של מדינת ישראל אין כל קשר.

4.ב. שלטון החוק

25. המערערים טוענים כי הקמת היישוב מפרה את שלטון החוק. ארבעה תנאים צריכים להתקיים כדי שיישוב "מבוא אבות" יהיה מוסדר כדין בחלקה 2 – (1) היישוב יוקם לאחר החלטת ממשלה; (2) היישוב יוקם על קרקע ציבורית; (3) היישוב צריך להיות מוקם בהתאם לדיני התכנון והבניה; (4) היישוב צריך להשתייך לרשות מוניציפלית מוסדרת (בג"ץ 5853/04 **אמנה נ' ראש הממשלה**, פ"ד נט(2) 289 (2004)).

26. אין מחלוקת בין הצדדים כי התנאי השני מתקיים. המחלוקת בין הצדדים היא לעניין קיומם של שאר התנאים. המשיבים מכירים בכך שבניית היישוב בחלקה 2 התבצעה ללא תכנית תקפה וללא היתרי תכנון ובניה. עם זאת, מאחר ומדיניותו של הדרג המדיני, המנחה את הדרגים המקצועיים המתאימים, היא לפעול להסדרת המעמד התכנוני של השטחים בחלקה 2, יש מקום להכיר בדיעבד בחוקיותו של היישוב. המדינה מעוניינת לפעול למילוי כל התנאים הדרושים כדי שהישוב יוכשר בהקדם האפשרי. במקרים דומים למקרה שלפנינו, בית המשפט מחק עתירות שתקפו את חוקיותם של יישובים שנבנו שלא כדין בהתאם לתנאים עליהם הצביעו המערערים, וזאת בשל הצהרת המדינה על כוונתה להכשיר את מעמדו התכנוני של היישוב.

כך קרה בעניין הסדרתו של יישוב רחלים (בג"ץ 2295/09 **ראש מועצת הכפר א-סאויה נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו, 31.7.2013)); כך גם בעניין יישוב מצפה דני (בג"ץ 5383/09 **עבד-אלכרים נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו, 2015)); וכן גם בפסק דינו של בית המשפט בעניין יישוב חרשה, בית המשפט פסק שאין להוציא צווי הריסה למבנים ביישוב עקב מדיניות הדרג המדיני להסדרתו מבחינה תכנונית (בג"ץ 9051/05 **תנועת "שלום עכשיו" – ש.ע.ל מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו, 2.8.2014)).

27. במקרה דומה, בו נתבקש בית המשפט להוציא צווי הריסה למבנים שנבנו על קרקע פרטית ללא היתר, נפסק כי זכות הקניין, הן בבעלות פרטית והן בבעלות ציבורית, אינה עומדת לבדה. לצורך השלטת שלטון החוק ושמירה על זכות הקניין למדינה יש סמכויות ושיקול דעת רחב לשקול שיקולים שונים, ובתוך כך סדרי עדיפות תקציביים ומדיניות ממשלתית. על רקע זה, ככלל ימנע בית המשפט מהתערבות בשיקוליהן של רשויות האכיפה בכל הנוגע לפעילות המתבצעת כלפי בניה בלתי חוקית, אלא כאשר הרשויות מתנערות במובהק מאכיפת הדין. יש לשקול כל מקרה לגופו, מערכת האיזונים הייחודית לו וצרכי המקום והשעה (עע"מ 4340/19 **אורנשטיין נ' שר האוצר** (פורסם בנבו, 22.2.2021)). במקרה דנן, במסגרת מערכת האיזונים, שקילת הסתמכותם של המשיבים על המדינה מטה את הכף לטובת הסדרת היישוב.

28. מקימי היישוב עשו זאת בתמיכת ועידוד המדינה, בצורה ההולמת את האמון ששרוי בין המדינה לאזרחיה. גם אם לחלופין יוחלט כי היישוב אינו עומד בתנאי ההסדרה הנדרשים, לשיטת המשיבים התוצאה המתבקשת במקרה זה תהיה שימוש בהלכת הבטלות היחסית. על מושג זה אמר השופט ברק את הדברים הבאים:

"מושג הבטלות, כמושג משפטי ולא טבעי, הוא לעולם מושג יחסי וגמיש. נורמה משפטית יכולה להיות בטלה מבוטלת לעניין פלוני ותקפה לעניין אלמוני; היא יכולה להיות כאין וכאפס כלפי ראובן ובעלת תוצאות מלאות כלפי שמעון. דבר זה נכון בכל שטחי המשפט. ... מכאן, שבטלותה של החלטה חייבת להתייחס תמיד למהות הזכות המופרת, לסעד הנדרש, להליך בו נדרש הסעד ולצדדים הדורשים אותו. כל עוד לא נדרש הסעד הנכון, בהליך הנכון, על-ידי הצד הנכון, ההחלטה הפגועה ביותר ממשיכה לעמוד." (ע"פ 768/80 **שפירא נ' מדינת ישראל**, ס"ד לו(1) (337) (1981)).

29. גם אם ההליך התכנוני לא התבצע כראוי, נראה שיהיה שגוי לקבוע כי הסעד הנכון הוא פינוי מחלקה 2. יישוב "מבוא אבות" קיים 21 שנה. מקימיו הסתמכו על המדינה בתום לב, בנו בו את בתיהם, גידלו בו את ילדיהם וויתרו על הזדמנויות אחרות לטובת המגורים בו. בנוסף, וכפי שנטען לעיל, למול הפגמים יש לשקול את השיקול החשוב של שימור ארון הציבור במפקד הצבאי ושימור הסדר הציבורי באזור יהודה ושומרון.

30. שימורו של אינטרס ההסתמכות שנבנה אצל המשיבים עקב פעולותיהם של המדינה ושל המפקד הצבאי בשטחים, חיוני על מנת שהמדינה לא תפר חובתה לנהוג בסבירות, הגינות ונאמנות כלפי המתיישבים.

4.ג. התערבות בית המשפט בסוגיה מדינית

31. המערערים טוענים כי אילו בית המשפט הנכבד יבחר להעדיף את עמדת המשיבים, דבר זה יהווה התערבות פסולה של בית המשפט הנכבד בסוגיה מדינית ובחירת צד בסכסוך הישראלי-פלסטיני. המשיבים יטענו כי עמדה זו שגויה מיסודה. באופן גנרי, כל הכרעה של בית המשפט מהווה "התערבות" מסוימת, וזהו תפקידו – להכריע בסכסוכים. באופן ספציפי, קבלת עמדת המדינה היא ללא ספק ההחלטה המהווה התערבות מינימאלית. אם בית המשפט היה חולק על עמדת המדינה הוא היה צריך להורות לה כיצד לפעול ולקבוע את ההסדרים שיחולו בשטחים, וזו ללא ספק "התערבות" משמעותית יותר. ויודגש שוב, שלדידנו הכרעת בית משפט אזרחי בסכסוך על קרקעות אינה מהווה התערבות בסוגיה מדינית.

4.ד. השפעה אפשרית של הפסיקה על מעמדה של ישראל בקהילה הבינלאומית

32. המערערים טוענים שעל בית המשפט להכניס לגדר שיקוליו את האופן בו החלטתו תשפיע על התנהלות חקירת ה-ICC את מדינת ישראל והתנהלותה בשטחים. המשיבים יטענו כי זהו שיקול חוץ-משפטי ופוליטי במהותו, ולפיכך לא צריך להיכנס לגדר השיקולים של בית המשפט. בהנחה ובית המשפט יחליט להעדיף את האינטרס הבינלאומי של מדינת ישראל כשיקול מכריע, הלכה למעשה זה יהווה העדפה של הנורמות הבינלאומיות על הנורמות של המשפט הישראלי.

33. המשפט הבינלאומי בנוי על הסכמת המדינות לאמץ את הנורמות שלו אליהן. האופן בו מדינות בוחרות לפרש את הנורמות של המשפט הבינלאומי נתון לשיקול דעתן (בג"ץ 7957-04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, בפס' 56 לפסק דינו של הנשיא ברק (2005) (להלן: עניין מראעבה)). לא ראוי כי בית המשפט ישנה את פסיקותיו ואת האופן בו רשאי לפרש את הנורמות הבינלאומיות רק בשל איום פוליטי כזה או אחר.

34. יתרה מכך, אפילו אם בית המשפט יהיה מוכן לקבל שיקול זה כשיקול לגיטימי, כלל לא סביר שהכרעה בהתאם לשיקול זה תשפיע על ה-ICC ועל החלטתו בקשר לשאלת היקף החקירה של ישראל. המקרה דנן הוא מקרה יחיד, הנוגע לשוב אחד מתוך מיני רבים שמצויים בשטחים. ספק גדול מאוד אם הכרעתו של בית המשפט בהתאם לפרשנותה של הקהילה הבינלאומית במקרה אחד ונקודתי יוביל לשינוי בעמדתו. ישנם יישובים רבים אחרים שמדינת ישראל דבקה בחוקיותם, ולא נראה בעתיד הקרוב לעין שתשנה את עמדתה ביחס אליהם ותפנס מהשטחים. ככל שבאזור יהודה ושומרון יישארו יישובים ישראלים אחרים, אז גם אם נקבל את גישת המערערים, לא ישתנה האינטרס של ה-ICC לחקור את ישראל.

35. למעלה מן הצורך יוער, שאם המערערים מעוניינים שבית המשפט ישקול שיקול מוסדי הנוגע להתערבותו לטובת אינטרסים בינלאומיים של מדינת ישראל, הרי שאל להם לשכוח כי זהו אינו השיקול המוסדי היחיד בסוגיה זו.

שיקול מוסדי חשוב אף יותר הוא המתקל שעלול להיווצר אל מול הרשות המבצעת אם בית המשפט ינקוט במדיניות המנוגדת להשקפת המדינה. הרשות המבצעת היא זו המחליטה על האופן שבו תפעיל את מדיניות החוץ שלה וקשריה עם הקהילה הבינלאומית. במצב הנתון, בו מדינת ישראל נוקטת במדיניות התומכת בהתיישבותם של ישראלים בשטחים, פסיקה של בית המשפט הנוגדת מדיניות זו עלולה לפגוע בהון המוסדי שלו אל מול הרשות המבצעת.

5. טיעונים ביחס לחלקה 1

5.א. הדינים הרלוונטיים לעניין סמכותו של המפקד הצבאי בשטחים

36. אזור יהודה ושומרון (להלן: "האזור") מוחזק בתפיסה לוחמתית על ידי צבא הגנה לישראל, והמפקד הצבאי הוא הממונה על השליטה באזור. באזור חלים כללי המשפט הבינלאומי, הדין שהיה קיים טרם התפיסה הצבאית, חקיקה חדשה שנחקקה על ידי הממשל הצבאי וכן עקרונות המשפט הישראלי (בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 17 לפסק דינו של המשנה לנשיאה גיבוראן (פורסם בנוב, 2017.10.21) (להלן: עניין זיאדה)).

37. כללי המשפט הבינלאומי המרכזיים, הרלוונטיים לצורך הכרעת המחלוקת שבענייננו, הינם אמנת האג הרביעית משנת 1907, ואמנת ז'נבה הרביעית משנת 1949. האמנה המסדירה את ההגנה על הקניין, היא אמנת האג. המערערים טענו כי ההפקעה אינה כדין כיוון שאינה תואמת את אמנת האג, והפנו לתקנות 43, 46 ו-52 לאמנה. תקנה 43 היא הוראת על כללית; תקנה 46 קובעת כי יש לכבד רכוש פרטי; תקנה 52 קובעת כי אין להפקיע דברים שבעין, אלא לצרכי צבא הכיבוש.

38. לפי הדין החל באזור, הפקעת מקרקעין בבעלות פרטית מתבצעת לפי חוק הקרקעות רכישה לצרכי ציבור, מס' 2 לשנת 1953 (להלן – "חוק הרכישה הירדני"), כפי שתוקן בתחיקת הביטחון. חוק זה מסמיך את ה"ממשלה" (לענייננו – המפקד הצבאי) לרכוש קרקע מכל סוג שהוא, או זכות בקרקע, ל"צרכי ציבור".

39. בפסיקת בית המשפט העליון נקבע, כי כדי שהמפקד הצבאי ביהודה ושומרון יוכל להפעיל את חוק הרכישה הירדני ולהפקיע מכוחו מקרקעין בבעלות פרטית, ההפקעה נדרשת לעמוד בשלושה תנאים מצטברים (בג"ץ 393/82 אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 785 (1983) (להלן: עניין ג'מעית אסכאן)):

(1) על ההפקעה להיעשות לפי הדין המקומי, קרי: לפי הוראות חוק הרכישה הירדני; אין מחלוקת בין הצדדים שתנאי זה מתקיים.

(2) על ההפקעה להיות לטובת "האוכלוסייה המקומית" כנדרש לפי תקנה 43 לאמנת האג הרביעית;

(3) על הליך ההפקעה להיעשות בהתאם לכללי היסוד של המשפט המנהלי הישראלי.

פרשנותה של תקנה 43

40. תקנה 43 קובעת כי "בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים, תוך כיבוד החוקים שבתוקף בארץ אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לכך".

41. תקנה 43 הוגדרה כ"הוראת על' כללית, אשר באה לקבוע הסדר נורמטיבי למכלול שלם של מקרים" (עניין **ג'מעית אסכאן**). פרשנותה הנוהגת של התיבה "אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לכך" שבסיפה לתקנה 43, היא שמדובר בדרישה גמישה יחסית. בעניין זה, יפים הם דבריו של כבוד השופט שמגר:

"למעשה, אין ה'מניעה', הנזכרת בסיפא של סעיף 43, 'מוחלטת' כלל ועיקר, והשאלה היא שאלה של עדיפויות ונוחיות דרכי הגשמת המטרה המפורשת ברישא, דהיינו 'הבטחת החיים הציבוריים', מונח, שמציע אני לפרשו כקיום משטר, השומר על זכויות האזרח ודואג לרווחתה המרבית של **האוכלוסייה**. אם הגשמת מטרה זו דורשת סטייה מחוקים קיימים, מותר, ואפילו חובה, לסטות מהם" (בג"ץ 202/81 **טביב נ' שר הבטחון**, פ"ד לו(2) 622, 629 (1981)); בנוסף נקבע כי "המניעה המוחלטת יכולה על-כן לנבוע מאינטרסים לגיטימיים של השלטון הצבאי ושמירת הסדר הציבורי או מאינטרסים של **דאגה לאוכלוסייה המקומית והבטחת חייה הציבוריים**" (השופט שמגר בבג"ץ 69/81 **אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון**, פ"ד לו(2) 197 (1983)) (ההדגשות הוספו – הח"מ).

5.ב. הפקעת השטחים בחלקה 1 ממלאת צורך ציבורי על פי החוק הירדני ותקנה 43

42. ההנחה שעומדת בבסיס דיני התפיסה הלוחמתית היא שהכוח המחזיק בשטחים מחזיק בו לתקופה קצרה, כאשר בסופה יושבים הצדדים לסכסוך ומגיעים להסכם בדבר השטח הנדון. לאחר ההסכם, מסתיים השלב שהוגדר בחקיקה הבינלאומית כשלב בו השטח נתון לתפיסה לוחמתית. מה שעומד לפנינו על הפרק זו שאלה מעט שונה, שבמרכזה עומדת ההבחנה בין החזקה קצרת מועד לבין החזקה ארוכת מועד. מצב של החזקה ארוכת מועד, הינה מצב כלאיים שאותו המחוקק הבינלאומי לא צפה כאשר חוקק את תקנות האג ואמנת ז'נבה הרביעית. לפיכך, נבקש במסגרתו של מצב ייחודי זה להרחיב את הפרשנות הניתנת לדינים החלים באזור באשר לצרכיה האזרחיים של האוכלוסייה המקומית.

43. למימד הזמן בהקשר זה חשיבות יתרה. על נושא זה עמד השופט ברק בעניין **ג'מעית אסכאן**:

"אך טבעי הוא, כי בתפיסה צבאית קצרת מועד הצרכים הצבאיים ביטחוניים שולטים ברמה. לעומת זאת, בתפיסה צבאית ארוכת מועד צורכי האוכלוסייה המקומית מקבלי יתר תוקף, ... אשר עשויים להיות בלתי ראויים בממשל צבאי קצר מועד, עשויים להפוך לראויים בממשל צבאי ארוך מועד. העובדה, שתקנות האג הותקנו על רקע תפיסה לוחמתית קצרת מועד, יש בה כדי לגרום לכך, כי לרבות מהשאלות המתעוררות בחיי יום יום של תפיסה צבאית ארוכת מועד אין תשובה הולמת בתקנות. אף כאן אין בכוחנו להביא לשינוי בתקנות האג. עלינו להפעילן, שכן הן מהוות חלק ממשפטנו. עם זאת, הבחנה זו בין סוגי הממשל הצבאי על-פי מימד הזמן יש בה כדי להוות שיקול של מדיניות ראויה בכל אותם מקרים, בהם יש מקום לפיתוחה של מדיניות כזו במסגרת התקנות עצמן."

44. מצב של החזקה ארוכת מועד מטיל הן חובות והן זכויות על המפקד הצבאי בשטחים. במסגרת חובותיו, לשיטת המשיבים, עליו להיענות לצרכיה האזרחיים ההולכים והגדלים של האוכלוסייה באזור. צרכים שלא היו עת התחילה החזקה בשטחים, כדוגמת סלילת כבישים, בניית בתי חולים, בתי ספר ועוד. למפקד הצבאי בשטחים

יכולה לצמוח גם זכות, שלא הייתה עומדת לו בהחזקה שאינה ממושכת. זכות זו יכולה להיות הזכות לאזן באמצעות מבנה מסוים של פסקת הגבלה, אינטרסים וצרכים שונים של חלק מהאוכלוסייה המקומית אל מול זכויות הנתונות מכוח המשפט הבינלאומי. זאת משום שצרכים ואינטרסים אלו, קיימים בצורה ייחודית להחזקה ארוכת מועד ואינם קיימים בהחזקה קצרת מועד.

45. כך בענייננו, כאשר מדובר על הזכות לקניין, תקנות האג ואמנת ז'נבה מתעלמות מהצורך לאזן צרכים שונים אל מול הזכויות המעוגנות בהן, והן נעדרות פסקת הגבלה. מטבע הדברים, בהחזקה ארוכת מועד, חלק מהזכויות שעוגנו בדינים אלו יצטרכו להתגמש לשלל התאמות שונות שהמפקד הצבאי בשטחים צריך לשאת בהן.

46. הפקעת השטחים בחלקה 1 תשמש צורך הומניטארי מובהק, של קיום מרקם חיים תקין ביישוב "מבוא אבות". ללא כביש גישה, תפגע קשות זכותם של התושבים לביטחון, לחופש תנועה ואוטונומיה; ללא אספקת מים וחשמל, תישלל יכולתם לקיים אורח חיים תקין וסביר ותיפגע קשות זכותם לכבוד; וללא מרפאה, תיפגע קשות זכותם לבריאות ואף לחיים במקרה של מצבים רפואיים מסכני חיים. אין חולק שמדובר בזכויות אדם בסיסיות. משכך, לשיטת המשיבים ההפקעה מקיימת את תנאי חוק הקרקעות הירדני וכן את תנאי תקנה 43 לתקנות האג, ולכן הינה חוקית.

47. טרם ננמק את האופן בו הפקעות השטחים ממלאות צורך ציבורי, נבקש להבהיר את הלגיטימציה להפקעת השטחים לטובת המתישבים הישראלים בלבד. נבקש להדגיש כי גם אם השטחים שיופקעו ישמשו את תושבי "מבוא אבות" בלבד, אין בכך כל פסול.

48. בענייננו, לא מדובר בשינוי בחקיקה הנוהגת באזור, כיוון שההפקעה היא בהתאם לחוק הירדני. החוק הירדני מאפשר הפקעה עבור כל צורך ציבורי, כך שהמחלוקת בענייננו עיקרה במישור שיקול הדעת ולא במישור הסמכות.

49. אימוץ הפרשנות המוצעת על ידי המערערים, לפיה על מנת שהמפקד הצבאי יוכל לבצע הפקעה היא נדרשת להיות לטובת התושבים המוגנים גם כן, אינה תואמת את המצב הייחודי השורר בשטח אזור יהודה ושומרון, בו חיות קהילות רבות השונות בצורה דרסטית אחת מן השנייה ובהתאמה לכך גם צרכיהן שונים.

50. כל עוד נמצאת בשטחי האזור אוכלוסייה ישראלית, והמדיניות המוצהרת של הדרג המדיני היא לאפשר ולתמוך ביישובים בעלי צביון ישראלי, לדעת המשיבים לא ניתן להשלים עם פרשנות שתיצור מצב בו רשויות המדינה, ובכללן המפקד הצבאי, לא יוכלו לפעול על מנת להבטיח את מרקם החיים התקין של האוכלוסייה שחיה שם, ברשות, לפי החקיקה המקומית ובהסכמת המדינה.

51. מבחינה קונספטואלית, לא ניתן להעלות על הדעת מצב בו הרשות הציבורית – שמקימה, תומכת ומממנת יישובים בשטחי יהודה ושומרון - לא תוכל להפקיע קרקע לצורך הקמת תשתית תחבורתית אליהם, או הנחת צינורות מים וקווי חשמל הנחוצים לקיום בסיסי של חיים שם. הדבר משול למצב בו ממשלת ישראל תסרב להפקיע קרקע לטובת הקמת בית ספר ערבי בטענה שלא סביר שהאוכלוסייה היהודית תעשה בו שימוש; או מצב בו המיעוט הבדואי בישראל יסבול מחוסר בתשתיות כיוון שהמדינה לא תראה לנכון לסלול כבישים אל עבר אזורי מרעה המשרתים באופן אקסקלוסיבי שטחים בבעלות אזרחים בדואים.

52. מבחינה פרקטית, קבלת עמדתם של המערערים לפיה כדי שהפקעה תוגדר "לצרכי ציבור", מטרתה צריכה לשרת בעיקר את האוכלוסייה המוגנת, תוביל לפגיעה קשה ביכולתו של המפקד הצבאי להגשים את חובתו לדאגה לכלל האוכלוסייה המקומית הנמצאת תחת חסותו. באופן טבעי, כאשר באזור מסוים חיות קהילות שונות, לא כל צרכיהן יהיו זהים ונדרש יהיה להתאים את השירותים הציבוריים המסופקים להן לפי צרכיהן הייחודיים.

53. לסיכום נקודה זאת, לא מצאנו כל בסיס לטענת המערערים כי באופן קטגורי כל הפקעה נדרשת למלא את הצרכים של התושבים המוגנים; ויודגש, כי הרוב המוחלט של התשתיות שיופקעו, יוכלו ממילא לשמש גם את המערערים וישפרו את מצבם.

הפקעת השטח עליו סלול הכביש

54. לשיטת המשיבים הפקעת השטח עליו סלול הכביש משמשת צורך ציבורי של המערערים ושל המשיבים במקביל. בכך תואמת ההפקעה את חוק הקרקעות הירדני, כיוון שהיא מגבירה את הנגישות התחבורתית הן אל חלקה 1 והן אל חלקה 2. הכביש יכול לשמש גם אוכלוסיות נוספות, ובכללן תושבים מוגנים, בהנחה שימשיך ויגיע למקומות נוספים באזור יהודה ושומרון. מעבר לכך, המערערים וכלל האוכלוסייה המוגנת יוכלו לעשות בכביש שימוש חופשי לצורך הגעה לחלקה 1, מבלי להיכנס אל היישוב המצוי בחלקה 2. מדובר בהפקעה של שטח המשמש ככביש כבר כיום, כביש הנחוץ על מנת לאפשר תנועה חופשית באזור.

55. למעלה מן הצורך יוער לחלופין כי אף אם יפסוק בית המשפט הנכבד כי הכביש ישמש את תושבי יישוב "מבוא אבות" בלבד, נביא לתשומת ליבו את חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה. חוות דעת זו, שעסקה בהסדרת דרך הגישה ליישוב "חרשה", שחלקה עבר בקרקע פרטית. במקרה זה, שנשמך על פסיקתו של השופט ג'ובראן בעניין זיאדה, קבע היועץ המשפטי לממשלה כי קיימת סמכות להפקיע את הקרקע הפרטית לטובת דרך הגישה ליישוב, על אף שתשמש את האוכלוסייה הישראלית בלבד (ראו: היועץ המשפטי לממשלה **הסדרת דרך הגישה ליישוב "חרשה"** (2017)).

56. היות שהכביש כבר קיים, סלול, ומשמש את האוכלוסייה המקומית, המשיבים סבורים שבהפקעת השטח עליו הוא סלול והכשרתו אין פגיעה של ממש בקניינם של המערערים; שהרי כבר כיום הם רועים את צאנם ומתנהלים סביבו ללא הפרעה, וכאמור יכולים לעשות בו שימוש על מנת להגיע למקום רעיית הצאן והדיר שבבעלותם.

57. בנוסף לכך, לגישת המשיבים הכביש חשוב גם מסיבות ביטחוניות, מאחר שהוא משמש מעבר גם לחיילים. יישוב "מבוא אבות" יכול לשמש את הצבא כנקודת אספקה, ועל כן חיוני שתהיה אליו גישה נוחה. בנוסף, במקרה חירום, הכרחי שתהיה אפשרות להגיע אל המרפאה לקבלת שירות רפואי דחוף ומציל חיים.

הפקעת השטח בו מצוי צינור המים

58. מים הם צורך ציבורי בסיסי, ולכן הפקעת השטח בו נמצא הצינור תואמת את חוק הקרקעות הירדני. צינור המים, מעצם טיבו וטבעו, הינו תת-קרקעי; ולכן פגיעתו בקניינם של המערערים מזערית. הצינור כבר מונח, קיים ומשמש את היישוב "מבוא אבות", ואינו מפריע למערערים בשום צורה. הם יכולים לרעות את צאנם גם על השטח בו הצינור נמצא, ומשכך זכויותיהם אינן נפגעות כתוצאה מהכשרתו. המשיבים נכונים לבקש מן המדינה לאפשר גם למערערים להתחבר אל הצינור וליצור נקודת מים שתצא ממנו ותשמש את הדיר ואת המערערים שרועים את צאנם, ובכך תשפר את מצבם.

הפקעת השטח המשמש לקו החשמל

59. גם חשמל הינו צורך ציבורי בסיסי, ולכן הפקעת השטח עליו נמצא קו החשמל תואמת את החוק. קו החשמל, מטבעו, מונח בגובה רב על הקרקע ופגיעתו בקניינים של המערערים מזערית. הקו כבר קיים ומשמש את היישוב, ועובדתית המערערים רועים את צאנם ללא הפרעה מסביב לקו החשמל. הדבר מלמד כי לא תיגרם פגיעה של ממש בזכויותיהם עקב הכשרת הקו. לשיטת המשיבים, קבלת עמדתם של המערערים והוראה על פינוי קו החשמל, שכבר קיים, תוביל לפגיעה כלכלית קשה במדינה ובמפקד הצבאי. נראה לנו שהשטח המזערי עליו מצוי קו החשמל מהווה זוטי דברים, ומשכך ראוי להסדירו.

הפקעת השטח המשמש למרפאה

60. למשיבים אין כל התנגדות שהמרפאה תשמש גם את המערערים. יש להפריד לעניין זה את השימוש במרפאה לצרכים רפואיים יומיומיים ולצרכי חירום. באשר לצרכי חירום, במקרים בהם חלקים מהאוכלוסייה המקומית שאינם תושבי מבוא אבות יזדקקו לסיוע חירום רפואי, בוודאי שתותר השימוש במרפאה גם עבורם. תושבי מבוא אבות לא יעמדו מלכת בראותם בני אדם המצויים בסכנת חיים ויסייעו להם במתן שירותים רפואיים ככל הנדרש. באשר לשימושי המרפאה היומיומיים לצורך בדיקות רפואיות שגרתיות, גם כאן יטענו המשיבים כי אין להם התנגדות שהמרפאה תשמש גם את המערערים. אף אם נקבל את עמדת המערערים לכך שהדבר לא יתאפשר בשל צו סגירה שיוציא המפקד הצבאי, יש לשים לב לכך שביסוד הוצאת צו הסגירה עומד שיקול בטחוני, שהינו שיקול לגיטימי שהמפקד הצבאי יכול לשקול, אף בקרקע פרטית.

61. המרפאה ממלאת צורך ציבורי ראשון במעלה של אספקת שירותים רפואיים לתושבי היישוב. ביישוב גרות משפחות ולהן ילדים צעירים, הזקוקים לשירותי טיפת חלב ושירותי רפואה שוטפים אחרים; מצויים בו קשישים המתקשים בנסיעה למרחקים ארוכים, וזקוקים למרפאה זמינה וקרובה; ואוכלוסיות אחרות הסובלות מבעיות בריאות שונות. על כן, מרפאה הינה חיונית לטובת שמירה על חייהם, בריאותם וכבודם, וממלאת צורך ציבורי והומניטארי חשוב.

(1) מיהי אוכלוסייה מקומית

62. מקובל כי גם התושבים הישראליים, הם אוכלוסייה מקומית אשר על המפקד הצבאי מוטלת חובה לדאוג להגשמת והגנת זכויותיה (עניין **זיאדה**, פס' 23 לפסק דינו של השופט גיבוראן). בעניין **מראעבה** אמר הנשיא ברק:

”לישראלים המצויים באזור הזכות לחיים, לכבוד, לקניין, לפרטיות ולשאר הזכויות מהם נהנה כל מי שמצוי בישראל [...] כנגד זכותם זו עומדת חובתה של המדינה שלא לפגוע בזכויות אלה ולהגן עליהן”

63. יודגש שגם בספרות האקדמית, תקנה 43 פורשה ככזו שמתייחסת לאוכלוסייה אזרחית מקומית, ולא לאוכלוסייה מוגנת בפרט. יורם דינשטיין בספרו *The International Law of Belligerent Occupation* 109 (2009) דן בתחולת תקנה 43, כדלקמן:

”There are acute needs of the Occupying Power, but they coexist with counterpart needs of the population under occupation. The legislative power vested in the Occupying Power is sufficiently broad to cover action taken at the behest – or on behalf – of the **local inhabitants**.” (עמ' 115) (ההדגשה הוספה – הח"מ).

64. תקנה 43, כמו כל יתר אמנת האג משנת 1907, מתייחסת לכלל האוכלוסייה בשטח. המונח "תושבים מוגנים" נולד ב-1949 באמנת ז'נבה הרביעית. על הסיבה להבחנה נכתב בספרות האקדמית, בזו הלשון:

"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." (אריאל ארליך "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 "המשפט" ברשת: זכויות אדם 84, 25 (2018) (להלן: ארליך) (ההדגשה הוספה – הח"מ)).

65. על סוגייה זאת נכתב בפרשת זיאדה: "לפי פסיקתו העקבית של בית משפט זה, אף הם [התושבים הישראלים – הח"מ] נמנים עם האוכלוסייה האזרחית באזור, ומשום כך מתפרשת חובתו של המפקד הצבאי גם כלפיהם (ראו לדוגמה: עניין אבו צפיה, פסקה 20; בג"ץ 11344/03 סלים נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש [פורסם בנבו] (9.9.2009); בג"ץ 2577/04 אל ח'וואג'ה נ' ראש הממשלה, [פורסם בנבו] פסקה 31 (19.7.2007) (להלן: עניין אל ח'וואג'ה); עניין מנצור, פסקה 22; בג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, [פורסם בנבו] פסקה 13 (26.6.2006); בג"ץ 3680/05 ועד הישוב טנא נ' ראש ממשלת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 8 (1.2.2006); עניין מראעבה, עמ' 498-496; בג"ץ 6339/05 מטר נ' מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה, פ"ד נט(2) 846, 852-851 (2005); עניין הס, עמ' 461-460; בג"ץ 4363/02 זינדאח נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה [פורסם בנבו] (28.5.2002); בג"ץ 4219/02 גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(4) 608, 611 (2002)).

66. אין מחלוקת על הקביעה הבסיסית, לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו חל על הישראלים החיים באזור, ועל המפקד הצבאי לפעול כדי למנוע פגיעה בזכויותיהם ולהגן עליהם באופן אקטיבי במידת הצורך. מסיבות אלו, בעבר בית המשפט העליון לא מצא לנכון להתערב בשלל החלטות של המפקד הצבאי שהיטיבו רק עם חלקים מסוימים של האוכלוסייה המקומית. כך למשל, בית המשפט קיבל את החלטת המפקד הצבאי לתפוס קרקע בבעלות פלסטינית, לשם סלילת כביש עוקף עבור מתפללים יהודיים המבקשים להגיע מירושלים לקבר רחל ולצורך הקמת חומות למיגון כביש זה (בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 736, 747 (2005)).

67. בעניין אחר נפסק כי אין מקום להתערב בהחלטת המפקד הצבאי לתפוס קרקע לצרכי סלילת כביש עוקף באזור חברון, שסלילתו נדרשה כדי "להקטין את החיכוך המתמיד בין תנועת כלי הרכב הישראליים, צבאיים ואזרחיים כאחד, לבין האוכלוסייה הפלסטינית" (בג"ץ 2717/96 וופא נ' שר הביטחון, פ"ד נט(2) 848, 856 (1996)).

(2) הפרשנות הראויה של תקנות 46 ו-52

68. לגישת המשיבים, תקנות 46 ו-52 אינן רלוונטיות במקרה זה כיוון שמדובר בהפקעה של קרקע לפי חוק הקרקעות הירדני לצרכי ציבור, ולא בתפיסתו לצרכים צבאיים או בהחרמתו ללא תמורה. בנוסף, נעיר כי המערערים טענו כי פרשנותה של תקנה 46 קובעת כי ההפקעה מחייבת קיומו של צורך צבאי. המשיבים טוענים שבית המשפט העליון מעולם לא מצא לנכון לקבוע שזאת הפרשנות הבלעדית של תקנות 46 ו-52.

69. על המפקד הצבאי, בתור הריבון, לפעול לקיום מרקם חיים תקין ולפיתוחו של האזור בצורה מיטבית. לצורך כך, לעיתים המפקד הצבאי נדרש לעשות שימוש בקרקע פרטית לצרכים שונים, ביטחוניים ואזרחיים הדרושים לפיתוח האזור. מסיבה זאת, בפרשת **זיאדה** הוכרה סמכותו של המפקד הצבאי להפקיע ולתפוס קרקע הן לצרכים צבאיים והן לצרכים אזרחיים. בפרשה זו השופט גיזבראן אמר כך :

"בית משפט זה הכיר בפסיקותיו בסמכותו של המפקד הצבאי לפי תקנה 46 לפגוע בזכויות הקניין של תושבי האזור המוגנים על רקע תכליות מגוונות, הן כאלו הנובעות מטעמים צבאיים (ראו לדוגמה, בהקשר גדר הביטחון: (בג"ץ 8222/08 **חברת "דווקא" בע"מ נ' מפקד כוחות צה"ל** (פורסם בנבו) (21.12.2009); עניין **מראעבה**) והן כאלו הנובעות מטעמים אזרחיים (ראו לדוגמה: בג"ץ 281/11 **ראש מועצת בית איכסא נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו) (6.9.2011), בג"ץ 401/88 **אבו ריאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד מב(2) (1988) ועניין **ג'מעית אסכאן**, בהם הותרה הפקעת מקרקעין או תפיסתם לצורכי תחבורה; וכן עניין בית לחם ועניין הס, בהם הותרה תפיסת מקרקעין לשם הבטחת חופש הפולחן של מתפללים יהודיים)".

70. למעלה מן הצורך, המשיבים מבקשים להבהיר כי מטרה נוספת של ההפקעה היא הבטחת ביטחון כלל תושבי האזור. ישנו צורך צבאי בשימור כביש הגישה לישוב בחלקה 1, המשמש גם את תנועתם של רכבים צבאיים וכן של חיילים לצורך הגנה על האזור.

71. צורך צבאי נוסף הוא שמירת הסדר הציבורי. הקמת היישוב נתמכה על ידי מוסדות המדינה ורשויות ציבוריות אחרות, וקיומו של היישוב במשך 21 שנים מקים אינטרס הסתמכות של תושביו. לטענת המשיבים, פגיעה באינטרס ההסתמכות תוביל לפגיעה קשה בסדר הציבורי, מה שעלול להוביל להתלקחויות אלימות בין המערערים למשיבים, שעשויות אף לגלוש אף מעבר לכך למקומות נוספים באזור.

72. לשיטת המשיבים, הגעה לפינוי בהסכמה מהווה תכלית חשובה. המשיבים והמפקד הצבאי הגיעו להסכמה שמשתקפת בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, ולגישת המשיבים דבר זה בעל ערך עצמאי שיש לשמר. בעניין זה יפים דבריו של השופט הנדל בעניין **זיאדה**: "לפינוי מרצון, תוך צמצום הפגיעה האישית והציבורית הכרוכה בפינוי כפוי, ערך עצמאי מהותי. לפיכך, לצד השיקולים שמנה חברי – מתן פתרון הולם לתושבי עמונה, ומניעת התלקחות אלימה – הצו המתוקן וההחלטות שהתקבלו מכוחו ממלאים תכלית רבת ערך נוספת: "אכן, **פתרון בהסכמה ובדרכי שלום הינו תמיד ראוי ורצוי, וככל הניתן יש לחתור להשגת פתרון כזה בכל מקרה של בנייה בלתי-חוקית**" (בג"ץ 5665/11 **כפר אדומים כפר שיתופי להתיישבות קהילתית בע"מ נ' שר הביטחון**, [פורסם בנבו] חוות דעתה של השופטת א' חיות (10.10.2012)). **מדובר בתכלית הניצבת על רגליה שלה. גם בהיעדר חשש ממשי לאלימות פיזית** – או שבנסיבות העניין אין מקום לייחס לחשש זה משקל נורמטיבי, למשל מן הטעמים עליהם הצביע חברי – ישנו ערך חברתי רב בניהול דיאלוג בין המדינה לאזרחיה, חלף התייצבותם משני עברי המתרס: "[נ]יתן להבין את רצונם של המשיבים לממש את הפינוי בהסכמת המתגוררים במאחז, ללא צורך בהפעלת כוח. שאיפה זו מבוססת על מגמה ראויה של קביעת יחסי אמון ושיתוף פעולה בין הרשויות לבין המתיישבים, הגם שמדובר בפורעי חוק" (בג"ץ 8887/06 **אל-נאבות נ' שר הביטחון**, פס' 14 (פורסם בנבו, 2.8.2011) (להלן: **עניין אל-נאבות**))." (עניין **זיאדה**, ההדגשות הוספו).

ג.5. סמכות להפקעת השטח עליו נמצא חלק מביתה של משפחת אפללו

73. מדובר במטבח וחדר שינה של שני מבנים המצויים בעיקרם בחלקה 2 הגובלת בחלקה 1. ביחס לבית זה, לדעת המשיבים מדובר במקרה הומניטארי יוצא דופן בעוצמתו. הריסת הבית תוביל לנזק עצום למשפחת אפללו, הגרה בו, ותגרור פגיעה פסיכולוגית קשה וארוכת טווח במשפחה שעבורה מבנה זה הוא ביתה ועולמה. לשיטת המשיבים, מדובר בצורך ציבורי, כיוון שהמדינה אחראית למצב שנוצר, לאחר שלא פעלה ליידע את משפחת אפללו על מצב הזכויות בחלקה 1. ישנו צורך ציבורי במניעת עוול, הגנה על אינטרס ההסתמכות ומציאת פתרון צודק לסוגייה שהמדינה הייתה אחראית במידה מסוימת לקיומה. החלטת בית המשפט קמא תואמת גם את התוצאה הראויה בסכסוך בין שני צדדים אזרחיים אשר בו יש להכריע מכוח עקרון תום הלב ומתוך איזון בין הפגיעה הנגרמת לכל צד במחלוקת.

ד.5. שיקול הדעת של המפקד הצבאי בפעולת ההפקעה

74. כללי היסוד של המשפט הישראלי, ביניהם חובת המפקד הצבאי לנהוג בתום לב, במידתיות ובסבירות, חלים גם בשטחי אזור יהודה ושומרון. ראשית, ביחס להפקעת חלק מן השטח בחלקה 1 עליו מצוי הבית, נטען כי עקרון תום הלב והפגיעה הקשה במשיבים מטה את הכף לטובת ההפקעה. שנית, נדון במידתיות הפקעת השטחים לצורך שימורן של התשתיות המשמשות את תושבי יישוב מבוא אבות וכן את כלל האוכלוסייה המקומית באזור. שלישית, נדון בסבירות ההפקעה.

(1) הפקעת השטח עליו מצויים חדרים מבית שחלקו האחר מצוי בחלקה 2

75. כאמור, מדובר בהפקעה תמורת פיצוי של חדר שינה ומטבח של ביתה של משפחת אפללו, שמרביתו מצוי בחלקה 2. זכות הבעלות היא זכות חשובה, אך ככל זכות היא אינה מוחלטת, ובנסיבות מסוימות ידה תצא על התחוננה. בסיטואציה בה אדם השקיע הון ומשאבים, ובנה מבנה ששווי עולה על השווי של הקרקע, אכיפה שתיתן מעמד בכורה אוטומטי לזכות הקניין של הבעלים תהיה שרירותית ונוגדת את הצדק. המחוקק הישראלי הכיר בכך, בקובע את ס' 23 לחוק המקרקעין, שקובע כך:

23. (א) הוקמו המחוברים במקרקעין לא-מוסדרים, זכאי המקים לרכוש את המקרקעין במחיר שוויים בלי המחוברים, בשעת תשלום המחיר, אם נתמלאו שלושה אלה:

(1) המקים סבר בתום לב בשעת הקמת המחוברים כי הוא בעל המקרקעין;

(2) הסכום שהשקיע המקים במחוברים עלה, בשעת הקמתם, על שוויים של המקרקעין בלי המחוברים באותה שעה;

(3) רכישת המקרקעין על ידי המקים אינה עלולה לגרום לבעל המקרקעין נזק חמור שאין בתשלום שוויים כדי לפצותו עליו.

(ב) ...

(ג) זכויות המקים לפי סעיף זה עדיפות על זכויות בעל המקרקעין לפי סעיף 21.

76. חוק המקרקעין הישראלי אינו חל באזור יהודה ושומרון, אך לדעת המשיבים ניתן להסיק ממנו על דרך ההיקש. סעיף 23 אמנם עוסק במקרקעין לא מוסדרים, אך הרציונל לכך הוא במידה רבה הקושי בהשגת מידע אמין על

מצב הזכויות במקרקעין שכאלה, ורצינות זה מתקיים גם באזור יהודה ושומרון (להרחבה, ראו ע"א 7668/18 **סאלחה נ' אנג'ל** (פורסם בנבו, 27.8.2020) (להלן: פרשת **מצפה כרמים**)). בסיטואציה המתוארת בסעיף 23, ישנה מעין הפקעה, משום שישנה רכישה כפויה של הבונה מבדלי הקרקע. לשיטת המשיבים, במקרה הנדון, על המדינה, שלה אחריות לא מבוטלת לבניית הבית, להיכנס בנעלי הבונה ולהפקיע את הקרקע על מנת למנוע תוצאה קשה. מעבר לכך, באזור יהודה ושומרון חלים עקרונות המשפט הישראלי (עניין **מראעבה**, עמ' 492). זכות הקניין של המערערים כפופה לעקרונות המשפט הישראלי ובתוך כך לעיקרון תום הלב:

"בעל דין המבקש לעמוד על זכויותיו מחויב מכוח עיקרון תום הלב לעשות כן באופן הוגן ותוך התחשבות בציפיותיו המוצדקות ובהסתמכותו הסבירה של הצד האחר" (ע"א 8661/10 **נעמה נ' טורקיה**, פס' 12 לפסק דינה של השופטת חיות (2012) (להלן: עניין **נעמה נ' טורקיה**)).

76. בית המשפט העליון מנה בפסיקתו את השיקולים שיש לקחת בחשבון באופן החלת עיקרון תום הלב במקרה נתון:

"השיקול הראשון הוא עוצמתה של הזכות הקניינית שנפגעה: האם מדובר בזכות במקרקעין או במיטלטלין והאם מדובר בבעלות או בזכות אחרת, חלשה הימנה. השיקול השני הוא עוצמתה של הפגיעה בזכות, לרבות היקף הפגיעה ומשך הפגיעה. השיקול השלישי - משני בחשיבותו לקודמיו - הוא עוצמת התוצאות של הסרת הפגיעה לגבי הפוגע בזכות. השיקול הרביעי הוא התנהגותם של בעלי-הדין" (רע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון**, פ"ד נה(1) 199, 242 (1999)).

77. אנו נטען שביישומן של נסיבותיו המיוחדות של המקרה הנדון בשיקולים אלו, יש להטות את הכף כנגד סעדים מרחיקי לכת של הריסת חדרי השינה והמטבח.

78. המשיבים פעלו בתום לב. בשטחי יהודה ושומרון לא קיים מרשם מקרקעין מסודר, ולעיתים קרובות לא ברור היכן עובר הקו בין החלקות השונות (פרשת **מצפה כרמים**). המפות שעוצבו כשהוכרזו הקרקעות באזור כקרקעות מדינה, במהלך שנות ה-80 וה-90 של המאה שעברה, התבססו על הסתייעות במכשור שהיה קיים באותו הזמן, שאינו מכשור מתקדם. קשה לדעת על פי המפות הללו את קנה המידה של קו הגבול במציאות. עוביו על המפה, במציאות יכול להתפרס על שטח רחב היקף. ב-1999 הוקם צוות "קו כחול", שמטרתו לדייק את קווי הגבול במפות האזור באמצעות מכשור מתקדם. אף על פי כן, בתחילת שנות ה-2000, אותה התקופה בה הוקם יישוב "מבוא אבות", הועברו לצוות רק פרויקטים ספציפיים, ולפיכך אזור היישוב לא עבר את בדיקתו של הצוות (הצוות המקצועי לגיבוש מתווה להסדרת בנייה באזור **דו"ח מסכם 23-24** (2018) (להלן: דוח זנדברג)).

79. משפחת אפללו, הקימה את ביתה שמרביתו מצוי על אדמות מדינה לפני כ-21 שנים, תוך הסתמכות סבירה על מדיניות הממשלה לפיה ניתן להקים יישובים על אדמות מדינה (החלטה הממשלה מספר 145 משנת 1979). במשך 21 השנים הללו, רשויות המדינה לא יידעו את משפחת אפללו שביתה בנוי בחלקו על קרקע בבעלות פרטית. המשפחה הסתמכה בצורה סבירה ומוצדקת על מצב הדברים הזה, והשקיעה בבניית ביתה משאבים רבים.

80. לדעת המשיבים, אמנם נפגעת זכותם של המערערים, אך עצמת הפגיעה בזכות והיקפה במקרה זה אינה רבה. כל שעשו המערערים בעשורים האחרונים הוא לרעות את צאנם בחלקה 1, והם יוכלו להמשיך בכך גם עם המשך קיומם של המבנים, כך שבאופן פרקטי מגוון האפשרויות העומד לפנייהם לא ישתנה. לכך יש להוסיף את העובדה ששטחם של המטבחים וחדרי השינה הינו קטן ביחס לגודל השטח בחלקה 1 ולכן מחליש את עצמת הפגיעה. כמו

כן, מאחר שהממשל הצבאי בשטחים מטבעו זמני, התיישבותם של המשיבים בחלקה 1 היא זמנית עד לקבלתו של הסדר מדיני, כך שהפגיעה בזכות לקניין אינה לצמיתות.

81. באשר לשיקול השלישי, הסרת הפגיעה תפגע פגיעה חמורה וקשה ביותר במרקם החיים של משפחת אפללו, שלא יוכלו להמשיך להתגורר בביתם ללא מטבח מתפקד וחדר שינה בסיסי. הם יאלצו לראות כיצד ביתם נהרס, ויספגו פגיעה קשה במספר רבדים. **ברובד ראשון**, הם יאבדו את ההשקעה הכלכלית הרבה שהשקיעו בביתם בו בנו את חייהם ומשפחתם; **ברובד שני**, הם יאבדו מקום לו ערך רגשי רב. בפרשת **חוף עזה** כתב השופט לוי: "אכן, כפי שהודגש לא אחת, בית מגורים הינו קניין מסוג מיוחד. פגיעה בו – בדומה לפגיעה בחירות האישית – יוצרת אף היא "...מעגל מתרחב של פגיעה בזכויות יסוד נוספות..." (השוו פרשת צמח [37], בעמ' 261). **ביתו של אדם אינו רק קורת גג לראשו, אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי** (פרשת עגורי [10], בעמ' 365); בית המגורים מרכזי הוא לאישיות הפרט ולהגשמתו העצמית (בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פסקה 4 לפסק-דינו של השופט א' ריבלין); הבית הוא אחד הנכסים החומרניים החשובים ביותר שיש לאדם, **ואולי החשוב שבהם** (דברי השופט טירקל ברע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון [211], בעמ' 245) " (ההדגשות הוספו – הח"מ). **ברובד שלישי**, בהנחה שמשפחת אפללו תבחר להמשיך ולגור ביישוב "מבוא אבות" על אף הטראומה הקשה הכרוכה באובדן ביתם, הם יאלצו לראות את מקום המגורים שאיבדו באופן יומיומי. לדעת המשיבים מצב זה יוביל לפגיעה פסיכולוגית קשה בבני המשפחה, ידרדר את יחסי השכנות הטובים ששוררים כיום ואף עלול להביא להסלמה והתנגשות בין הצדדים.

82. בעניין **נעמה נ' טורקיה**, בו עובדות המקרה דומות להפליא לעניין שלפנינו, עמדה השופטת חיות (כתוארה אז) על הצורך בהתחשבות בהשפעת התוצאה על היחסים בין הצדדים מקום בו מדובר בסכסוך בין צדדים הגרים בסמיכות: "יש להביא בחשבון עוד את העובדה כי אין מדובר בבעל קניין ובפולש הזרים זה לזה אלא בצדדים אשר מתקיים ביניהם קשר שכנות נמשך, וכן יש להביא בחשבון את העובדה כי צו הריסה וצו לסילוק ידה של המשיבה מן הקטע האמור כרוכים בהריסת מטבח ביתה ובהקמתו מחדש".

83. באשר לשיקול הרביעי והתנהגותם של המשיבים, נציין כי הבניה כולה נעשתה בשיתוף פעולה עם רשויות המדינה, וכן שהערפול הקיים במרשם המקרקעין באזור השפיע על מודעות המתיישבים לגבולותיהן של החלקות.

84. שיקולים אלו, בשילוב עם העובדה שלמערערים 1-5 לקח תשעה חודשים שלמים להתלונן ושהמשיבים השתמשו במבנים כשני עשורים ללא הפרעה, מטים את הכף עוד יותר להתנגד לבקשת המערערים להריסת המבנים. מסקנה זאת מתחזקת לאור זאת שבסבירות גבוהה ביותר, פסיקה לטובת המערערים לא תשפר את מצבם באף מובן. מדובר בשטח מזערי, של מטבח וחדר שינה בלבד, שלא ישפיע בשום צורה על יכולתם להשתמש בשטח לכל מטרה שהיא.

85. לעומת זאת, שלילת זכותם של המשיבים להחזיק בחלקים מהמבנים והריסת חלק מביתם, תוביל להריסת ביתם, ירידה לטמיון של השקעתם הרבה, פגיעה פסיכולוגית קשה במשפחת אפללו ובכלל תושבי "מבוא אבות" ודרדרור של יחסי השכנות הטובים ששוררים כעת. עמידת המערערים על זכותם באופן דווקני מעוררת תחושה מובהקת של חוסר הגינות ותום לב. המדינה פעלה כשורה, כשהכירה באחריותה למצב המצער שנוצר, והביעה את נכונותה להפקיע חלק מזערי מחלקה 1 על מנת שלא להפר את אינטרס ההסתמכות ולמנוע עוול קשה שיגרם

למשפחת אפללו. לגישת המשיבים, ראוי כי בית המשפט יתייחס למקרה הנדון כחלק מאותם המקרים בהם תום הלב מתעלה על זכות הקניין של הבעלים.

(2) מידתיות ההפקעה

86. המפקד הצבאי חייב, ככל גוף מנהלי, לפעול בהגינות ובסבירות, תוך שקילת שיקולים רלוונטיים. המשיבים יטענו כי התחשבות בסיטואציה הקשה אליה נקלעו תושבי "מבוא אבות", הנמנים עם חלק מהאוכלוסייה האזרחית באזור יהודה ושומרון, מהווה שיקול רלוונטיים שהמפקד רשאי ליטול בחשבון, וזאת בהתאם לפסיקתו העקבית של בית המשפט העליון בעניין זה (עניין זיאדה, עניין מראעבה). יתרה מכך, המשיבים יטענו כי אופן הפעלת שיקול הדעת עומד בדרישות המידתיות והסבירות המהוות חלק מהדין שחל באזור הן מכוח המשפט הבינלאומי והן מכוח המשפט הישראלי (עניין בית סוריק).

87. כדי לעמוד בתנאי המידתיות, יש להוכיח כי קיימת התאמה בין האמצעי הננקט על ידיו לבין המטרה (מבחן המשנה הראשון); כי האמצעי הננקט הוא זה שפגיעתו בפרט היא הפחותה מבין החלופות האפשריות אשר מקיימות מטרה זו (מבחן המשנה השני); וכי קיים יחס ראוי בין הפגיעה בזכויות הנובעת מהשימוש באמצעי, לבין התועלת שתצמח מהפעלתו (מבחן המשנה השלישי, הידוע גם כ"מבחן המידתיות במובן הצר").

קיומו של קשר רציונלי בין האמצעי למטרה

88. בגדרי מבחן המשנה הראשון יתברר קיומו של קשר רציונלי בין האמצעי שיועד להינקט לבין המטרה. מבחן זה מורנו לבדוק אם האמצעי שנבחר על ידי הרשות לשם הגשמת המטרה, אכן מביא להגשמתה. המשיבים יטענו כי הפקעת השטחים בחלקה 1 מגשימה שלוש תכליות.

אספקת צרכיהם הבסיסיים של תושבי היישוב בחלקה 2 – קו חשמל, צינור מים, מרפאה וכביש גישה ליישוב

89. תכלית ראויה במימוש סמכותו של המפקד הצבאי כוללת גם דאגה לאוכלוסייה המקומית ושמירה על חייה הציבוריים. התושבים הישראלים המצויים בחלקה 2 זקוקים לתשתיות של מים וחשמל על מנת לקיים משקי בית נורמטיביים ככל אדם. הם זקוקים גם למרפאה שתספק להם שירותים רפואיים ושירותי חירום במקרה הצורך. ללא מרפאה, חייהם של משפחות צעירות, קשישים וכל מי שסובל ממצב רפואי כרוני ייפגעו באופן קשה.

90. התושבים זקוקים לכביש גישה ליישוב על מנת לממש את חופש התנועה שלהם ולצאת ולחזור ממקום מגוריהם. כל אלה מהווים צרכים בסיסיים וציבוריים של כל קהילה ששואפת לקיים עצמה בכבוד, שעל המפקד הצבאי לשקול כדי להבטיח את תקינות חייה של האוכלוסייה המקומית ופיתוחו הטבעי של האזור. המפקד הצבאי אינו יכול להתעלם מכל אלה, ואין הוא רשאי להתעלם ו"להקפיא את החיים" ולמנוע להתאימם אל צרכי הזמן (עניין ג'מעית אסכאן, פס' 26 לפסק דינו של השופט ברק).

91. הפקעת השטחים בחלקה 1, לצורך הכשרת קו חשמל, המרפאה, צינור המים וכביש הגישה תממש את התכלית של שמירה וסיפוק צרכיהם הבסיסיים של האוכלוסייה המקומית.

שמירת על ביטחונם של המתיישבים - כביש הגישה ליישוב

92. תכלית לגיטימית של המפקד הצבאי במסגרת סמכותו היא הרגעת הרוחות ושמירה על הביטחון של כלל האוכלוסייה המקומית. לצערנו הרב, ישנו חשש מתמד לפגיעה מפעילות חבלנית עוינת בשטחי האזור בכלל וביישובים בהם מצויים תושבים ישראלים בפרט. מסיבה זאת, חיילי צה"ל שומרים על היישובים באזור ומאבטחים אותם כדרך שגרה. כביש גישה ליישוב יסייע להם בתנועתם היומיומית אל עבר עמדות אבטחת היישוב. גם סכנות שגרתיות ויומיומיות, כגון מקרה של שריפה ביתית, אירוע חירום רפואי או כל מקרה חירום אחר מצריך כביש שיאפשר תנועת אמבולנסים, מכבי אש וכלל כוחות החירום. קיום יישוב במקום אליו אין נגישות בסיסית לכוחות ההצלה מהווה חוסר אחריות וסכנת חיים של ממש.

93. גם אם חלילה תפרוץ מלחמה ויתרחשו פעולות עוינות ביישוב מבוא אבות, כביש גישה אליו יהיה חיוני לצורך מעבר חופשי של כוחות צה"ל שיגנו על ביטחונם של התושבים (עניין **ג'מעית אסכאן**, פס' 15 לפסק דינו של השופט ברק). יודגש שמצב של מלחמה אינו בלתי סביר. בירדן שולטת המלוכה ההאשמית, המתמודדת עם אתגרים רבים וביניהם שטף פליטים מסוריה, קשיים כלכליים ומחסור במשאבי טבע. גם עצם היותה של ירדן מונרכיה גורמת לביקורת קשה מבית ומחוץ. מצב של הפגנות אלימות שתידרדרנה למלחמה, אובדן שליטה של כוחות הביטחון והמלוכה שתוביל להסלמת היחסים עם ישראל, לצערנו, אינו בלתי סביר ("סימנים מדאיגים לציבותה של ירדן", המכון למחקרי ביטחון לאומי (20.5.2019) <https://www.inss.org.il/he/publication/concerns-for-jordans-stability>; צבי בראל "במרדף אחר יציבות: ירדן זקוקה לחיבוק חם עם ארנק פתוח" **הארץ** 21.1.21 <https://www.themarker.com/opinion/premium-1.9467098>; "כמה זמן עוד תצליח ירדן לשמור על יציבות?", המכון למחקרי ביטחון לאומי (1.07.2015) <https://www.inss.org.il/he/wp-content/uploads/sites/2/systemfiles/Eran%20%20Grove.pdf>; Political Instability in Jordan ; [content/uploads/sites/2/systemfiles/Eran%20%20Grove.pdf](https://www.files.ethz.ch/isn/164705/CPA_contingencymemo_19.pdf) Council of Foreign Relations https://www.files.ethz.ch/isn/164705/CPA_contingencymemo_19.pdf (1.5.2013)).

94. במצב כזה, רשת כבישים ענפה המאפשרת גישה ליישובים השונים ולכמות השטחים המירבית באזור תהווה יתרון אסטרטגי בלתי מבוטל שהמפקד הצבאי לא יכול להרשות לעצמו לוותר עליו.

95. אלו הם אמצעים שבוודאי ממשים את התכלית של שמירת ביטחונם של התושבים הגרים באזור.

שמירת הסדר הציבורי ושימור היחסים התקינים בין הקהילות השונות המצויות באזור

96. לשיטת המשיבים, יחסיו התקינים של המפקד הצבאי עם כלל האוכלוסייה המקומית והמתיישבים בתוכה מהווה צורך צבאי מובהק וחשוב ביותר. מסיבות שונות, מרשם המקרקעין באזור יהודה ושומרון אינו נגיש לציבור הרחב ועיון בו מצריך היתר מיוחד מראש המנהל האזרחי (**צו בדבר מקרקעין (עיון במרשמים) (יהודה והשומרון) (מס' 1737, תשע"ד-2014)**). בנוסף לבעיות הנגרמות מאי-נגישות המרשם, לעיתים קרובות גם כאשר ניתן לעיין בו, סימון הבעלות בחלקות השונות אינו ברור וקשה לפיענוח. עבודת צוות קו כחול במנהל האזרחי, הפועל לבדיקת הסטטוס של המקרקעין השונים, לעיתים קרובות מניבה שינוי בסיווג המקרקעין ומובילה לשינוי בסטטוס הנורמטיבי של הבנייה באזור יהודה ושומרון. (פרשת **מצפה כרמים**, פס' 26 לפסק דינה של הנשיאה חיות)

97. דיני המקרקעין מוסדרים על ידי מספר רב של חוקים, מה שמוסיף לקושי החל בהבנת הסטטוס של המקרקעין השונים באזור. גם הבנת הדינים השונים שחולים מצריכה מומחיות יוצאת דופן, וכרוכה בעלויות רבות. על רקע מצב דברים זה, ניתן היה לצפות שהמשיבים יסתמכו על התנהלות המדינה.

98. כאמור בפסיקתו של בית המשפט המחוזי, בשני העשורים האחרונים המדינה סייעה, תמכה ומימנה את בניית יישוב מבוא אבות. בכל השנים הללו, המדינה, והמפקד הצבאי, לא פעלו לפינוי היישוב. להיפך, הם תמכו בו על ידי מתן שירותים שבסמכותם הייחודית, כגון הנחת צינורות מים וחשמל. לשיטת המשיבים מתקיים פה אינטרס הסתמכות משמעותי, שנוצר בתום לב, על המצג שיצרה המדינה. תושבים רבים העתיקו את מקום מגוריהם אל היישוב, בהסתמך על התנהלות המדינה. בכך הם ויתרו על אפשרויות מגורים אלטרנטיביות, אפשרויות תעסוקה שונות, מקומות חינוך אחרים לילדיהם ואפשרויות רבות נוספות.

99. מאחר והמשך בניית היישוב בחלקה 1 אינו אפשרי, בין המדינה לתושבי היישוב הושגו הבנות באשר למתווה הפינוי, שמחד יבטיח את השמירה על היישוב בחלקה 2 וכך יבטיח את הקרבה של התושבים למקום בו נוצר מרקם חייהם, ומאידך יפגע בצורה מינימלית בזכות הקניין של המערערים 1-5. הריסת התשתיות בצורה שמפרה את המתווה שהוסכם בין המדינה למתיישבים ומובילה לפגיעה קשה במרקם החיים שלהם תוביל בסבירות גבוהה לתחושת כעס, בגידה ופגיעה שאינה מידתית ועלולה אף להוביל להפרת הסדר הציבורי.

100. אי הפקעת השטחים מחלקה 1 לטובת תשתיות ובכלל זה קו חשמל, מים ומרפאה, שחיוניות לשמירה על חייהם בכבוד של תושבי יישוב מבוא אבות, מפרה משמעותית את המתווה שהוסכם ואת האיזונים בין האינטרסים שמשתקפים בו. פגיעה כה קשה באינטרס ההסתמכות של המתיישבים תוביל לתחושת חוסר צדק ועלולה לגרום להפרת הסדר הציבורי. לפיכך, כאשר ניצבת אפשרות ממשית לקיומו של מתווה שיביא לשיתוף פעולה מלא בין המתיישבים למדינה וכן להרגעת הרוחות ושמירה על השקט באזור נפיץ זה, נכון יהיה לבחור באפשרות זו. הפקעת השטח לטובת היישוב וקיום את שהוסכם במתווה מביא בהסתברות גבוהה להגשמת התכלית של שמירת הביטחון של כלל התושבים.

101. תוספת חשובה היא שלמצב הדברים שנוצר תרמה העובדה שהמערערים, שעושים שימוש בחלק מן החלקה לרעיית צאן, נמנעו מלהביא לידיעת המשיבים את דבר בעלותם בחלקה באופן מיידי, ובחרו להמתין כתשעה חודשים טרם פנייה לרשויות. על רקע מצב הדברים המורכב באזור יהודה ושומרון, לא היה מן הנמנע להניח שתלונתם של המערערים חסרת ביסוס של ממש ומונעת מטעמים פוליטיים. בהתחשב בנסיבות אלה, התנהלותם של המשיבים שהסתמכו על התנהלות המדינה, הינה לגיטימית. המדינה זוכה לחזקת התקינות המנהלית ונתפסת בתודעת האוכלוסייה המקומית כגורם המהימן והקובע. הסתמכות התושבים עליה נבעה מהמניע הלגיטימי של רצון לשמר את זכויותיהם שהתבססו בשנות הקמת ההתיישבות ולא לנקוט בצעדים בלתי הפיכים ללא וודאות מוחלטת במצב הזכויות באזור.

102. על רקע שיקולים אלו, לדעת המשיבים, יש חשיבות עליונה לשימור מעמדו של המפקד הצבאי ורשויותיו באזור כגוף אמין ובר סמכא, אשר ניתן להסתמך על הצהרותיו ופעולותיו. על רקע המתוחות הצבאית-ביטחונית הקיימת באזור, היכולת של כלל האוכלוסייה המקומית לראות במפקד הצבאי כגוף אשר מייצר סדר והדיאלוג עימו בעל משמעות של ממש, היא קריטית.

103. אם המדינה תחזור בה כעת מהתנהגותה ארוכת השנים, ההנחה המתבקשת והסבירה תהיה שאין לאוכלוסייה המקומית יכולת להסתמך על עמדת המפקד הצבאי בעת כלכול צעדיה. על רקע העובדה שיישובים רבים באזור יהודה ושומרון אינם מוסדרים במרשם, המפקד הצבאי מנהל שיח עם האוכלוסייה המקומית אשר מביא להסכמות ומונע חיכוכים. התמריץ של האוכלוסייה המקומית לנהל שיח זה ולקבל את עמדת המפקד הצבאי

הוא ההנחה הסבירה שהמפקד הצבאי צודק, ושההסדרים שגיבש יכובדו על ידי כלל רשויות המדינה. אם כעת המדינה תחזור בה ממילתה, לדעת המשיבים תמריץ זה ייפגע קשות, דבר שיפגע בסדר הציבורי.

104. ערך חשוב נוסף, הוא עצם ההגעה לפינוי מוסכם. לפינוי מוסכם, תוך שיתוף פעולה הדדי בין המתיישבים לרשויות שמשמר את האמון בצדדים, ערך עצמאי מהותי. ישנו ערך רב בניהול דיאלוג בין המדינה לאזרחיה וכן בשמירה על ההסכמות שנוצרות בעקבות דיאלוג זה (עניין **זיאדה**, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל). לשיקול זה נודע משנה תוקף כיום, כ-16 שנים לאחר תוכנית ההתנתקות והעימותים סביב פינוי היישובים ברצועת עזה.

105. עזיבתם של המפונים מהיישובים הייתה טראומטית עבורם וגרמה למשבר אידאולוגי, דתי ואישי רחב היקף, שלוותה בתחושת שבר ערכי בינם למדינה ולשלטון (בג"ץ 1213/10 **ניר נ' יו"ר הכנסת**, פס' 21 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 23.2.2012)). מהמשברים שנוצרו בעקבות ההתנתקות יש ללמוד את חשיבות השמירה על ההבנות הקיימות בין המתיישבים למדינה, שהפרתן נוטעת תחושת ניכור ועוינות כלפי המדינה. אלו יכולים בטווח הארוך לפגוע בתחושת השייכות של המתיישבים וכן בשיתוף פעולה עתידי שלהם עם המדינה.

106. לפי גישתה של השופטת ביניש (כתוארה אז), מבחן הקשר הרציונלי משמעו גם בבחינה ערכית של הקשר בין הפקעת החלקים בחלקה 1 לבין שמירה על אמון ציבור המתיישבים במדינה (עניין **מוראר**). ניתן לומר ששימור האמון בין המדינה לאזרחיה הוא ערך בפני עצמו, אשר מטה את הכף לעבר הכרה בקשר רציונלי בין האמצעי למטרה (עניין **אל-נאבות**, פסקה 14).

קיומו של אמצעי שפגיעתו פחותה

107. המשיבים טוענים שאין בנמצא אמצעים חלופיים שיאפשרו העברת חשמל, מים, סיפוק שירותים רפואיים וכן גישה של רכבים אל היישוב. גם אם היה בנמצא תוואי חלופי להעברת צינור מים או קו חשמל, משמעות הדבר היא החזרת השטח בחלקה 1 לקדמותו ופיתוח תשתיות חדשות בשטחים אחרים. אלו ידרשו משאבים ומימון רב על ידי המדינה. מימון זה, יהיה גבוה פי כמה מהפיצויים שיקבלו המערערים ולכן מוסיפים על הקושי שביישום אמצעי אחר. בהמשך ישיר לכך, אם אין תוואי אחר לשמירה על קיומן של התשתיות, גם אין אמצעי אחר שישמור על ההסכם שיצרו המשיבים 1-5 עם המדינה ועל האמון שנוצר ביניהם.

איזון בין הנזק לתועלת

108. מבחן המשנה השלישי – המשיבים יטענו כי הנזק שנגרם למערערים כתוצאה מהפקעת השטחים בחלקה 1 הינו מינימלי, בעוד משקל התועלות שיהיו מהפקעת השטח לטובת תשתיות הן ליישוב מבוא אבות והן למערערים 5-1 הינו רב מאוד.

109. בהיבט של הנזק שיגרם כתוצאה מהפקעה, יש לציין שמדובר בשטחים קטנים ומוגבלים, כאשר במקביל שאר שטח חלקה 1 נתון לשליטתם המלאה של המערערים 1-5 והם יוכלו להחזיק ולהשתמש בשטח כרצונם וכן להפיק ממנו תועלת ופירות. הגישה לקרקע תהיה חופשית. המערערים יוכלו להמשיך ולרעות את צאנם כפי שעשו עד כה בחלקה 1, וכן הצאן יוכל להמשיך ולשכון בדיר המיועד לו ולפיכך פרנסתם לא תיפגע.

110. פה המקום לציין כי המערערים טענו שסביר שתנועתם בחלקה 1 תוגבל עקב ההפקעה, ועקב כך יפגע גם חופש העיסוק שלהם. חשוב להבהיר שלטענה זאת אין עוגן עובדתי. המערערים הביאו כאסמכתא דו"חות, הטוענים שלעיתים המפקד הצבאי מכריז על שטחים כשטח אש סגור באזורים החופפים את שטחם של יישובים

ישראלים(דרור אטקס **גן נעול: הכרזה על שטחים סגורים בגדה המערבית** (כרם נבות, 2015)). מדובר בטענה כללית וכוללנית, המהווה ספקולציה על דבר שאולי יקרה בעתיד, ואולי לא. לגישת המשיבים, אם בעתיד המפקד הצבאי יבחר להכריז על חלקה 1 כשטח אש סגור מכל סיבה שהיא, למערערים 1-5 תעמוד הזכות לתקוף את ההחלטה בבית המשפט ואין להקמת היישוב כל השפעה על נושא זה.

111. מעבר לנדרש, נציין שגם אם מקבלים את הטענה הספקולטיבית לפיה צווי הסגירה הינם מכשיר הנועד לאפשר התיישבויות ולא מכשיר הנועד לאפשר את פעילותו התקינה של הצבא, אין לכך כל נפקות משום שהחלקות המדוברות כבר מצוי יישוב ישראלי הממוקם על אדמות מדינה ולכן אין שום צורך בצו סגירה. התשתיות המדוברות קיימות כבר כיום; והמערערים 1-5 רועים את צאנם, מגיעים אל הדיר, ונעים בחלקה בחופשיות, כך לפי גרסתם. אין סיבה להניח שהמצב ישתנה בעתיד, אך יש סיבות רבות להניח שישאר זהה: במשך 21 שנה, לאורך תקופה ארוכה ורצופת אירועים פוליטיים וביטחוניים סוערים, המערערים המשיכו והגיעו אל הדיר ואל אזור המרעה. גם אם בעתיד המצב ישתנה ויהיה חשש ביטחוני, אז לאחר ההפקעה אפשר יהיה להקים גדר סביב היישוב, מה שיאפשר תנועה חופשית של המערערים 1-5 ברחבי החלקה.

112. המשיבים טוענים שההפקעה תשפר את מצבם של המערערים 1-5, משום שהשקיית הצאן תוכל לעשות באמצעות נקודת המים שתיפתח מצינור המים, כך שמצבם בהיבט זה אף משתפר. גם הימצאותו של כביש תקין וחדיש המוביל אל חלקה 1 משביחה את חלקה 1 ומגבירה את הנגישות אליה. יש לציין את העובדה כי במשך כל 21 שנות פעילות היישוב המערערים רעו את צאנם בחלקה 1 ללא הפרעות מצד תושבי יישוב מבוא אבות, כך שההבדל במצב בפועל עבורם אינו גדול, כיוון שגם לאחר קיום המתווה הם ימשיכו לרעות את הצאן כפי שנהגו ולהתפרנס מכך. גם העובדה שעברו תשעה חודשים מהקמת היישוב עד שהחלו המערערים להתלונן לגורמים האחראים בנושא על ההתיישבות באדמתם, מעידה על כך שהנוזק אינו כה גדול עבורם.

113. בהיבט של התועלת שתיגרם כתוצאה מההפקעה, המתווה יאפשר למשיבים גישה לתשתיות שדרושות לחיים בכבוד, לרבות גישה לשירותים רפואיים ומעבר לאמבולנס לאספקת שירותי חירום. יתרה מכך, קיום המתווה יסייע בשיפור האמון שרוכשים ציבור המתיישבים לרשויות המדינה ולשימורו ולשמירת הסדר הציבורי. פיתוח התשתיות באזור גם יסייע למערערים, שעד כה לא עיבדו את אדמתם בחלקה 1, ויוכלו להמשיך להיעזר בכביש ובנקודת המים שהמשיבים נכונים לפתוח עבורם.

(3) סבירות ההפקעה

114. חובתו של המפקד הצבאי, ככל רשות מנהלית, לפעול לפי כללי המשפט הציבורי ובכלל זה בהגינות ובסבירות. עליו לשקול את השיקולים הרלוונטיים ולאזן ביניהם על פי משקלם הראוי (בג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(1) 421, 445 (1980). (לעיל: עניין **דפי זהב**)).

115. למפקד הצבאי, בהיותו רשות מינהלית, עומדת חזקת החוקיות:

"חזקת החוקיות במשפט המנהלי מניחה כי החלטות של רשויות מנהליות התקבלו כדין. חזקה זו מגינה על כל החלטות של כל הרשויות בכל סוג של הליך לפני כל בית משפט. אם תובע או עותר טוענים כי החלטה מנהלית מסוימת התקבלה לא כדין, בניגוד לחזקת החוקיות, עליהם נטל ההוכחה. נטל ההוכחה כולל את נטל השכנוע ואת נטל הראיה. נטל השכנוע דורש מהעותר להוכיח את טענתו שהחלטה המנהלית לוקה בפגם משפטי. נטל זה רובץ על העותר בהתדיינות מנהלית עד גמר

ההתדיינות. אם לא הרים את נטל השכנוע, ההחלטה המנהלית עומדת בחזקת החוקיות, והעתירה תידחה. זהו נטל הגיוני וחיוני. (יצחק זמיר "חזקת החוקיות במשפט המנהלי" ספר אור 741 (אהרן ברק, רון סוקול, עודד שחם עורכים, 2013).

116. לשיטת המשיבים, יש לבחון את החלטת המפקד הצבאי על פי חזקת החוקיות. המפקד הצבאי נתן את המשקל הראוי לכל השיקולים בנסיבות דן, באופן שאינו מהווה חריגה קיצונית ממתחם הסבירות. לשיקול ההומניטרי ניתן משקל מכריע במקרה זה בגלל ההשפעה הרבה שלו על ערך כבוד האדם של תושבי "מבוא אבות", ועל יכולתם הבסיסים לקיים מרקם חיים תקין, לעומת המשקל הפחות שיש לתת לפגיעה בזכות לקניין של המערערים.

117. טענתם המרכזית של המערערים בעניין זה הייתה שלא ניתן שיקול מספק לצורך לאכוף בנייה בלתי חוקית; והסכנה שהם מתארים היא פגיעה בהרתעת הרבים מבנייה בלתי חוקית. המשיבים יטענו כי במקרה הנידון האחריות להיותה של הבנייה בניגוד לדרישות החוק היא על המדינה. המדינה לא יכולה לדבר בשני קולות: בקול אחד לסייע להקים, ולתמוך כלכלית, ביטחונית ופומבית בהתיישבות; ובקול שני להרוס את היישוב ולצוות על עליית הדחפורים על בתיהם של תושבים שפעלו בהסתמכות על המדינה, בתיאום איתה, ובתום לב. האנשים הללו, שלא חטאו בדבר, עומדים בפני סכנת הריסת מפעל חייהם, הקהילה בה הם חיים וירידה לטמיון של השקעתם ארוכת השנים.

118. לדעת המשיבים אין סכנה של ממש לפגיעה בהרתעת הרבים מבנייה בלתי חוקית; לא הובאה אף דוגמה קונקרטית לצורה בה סכנה ספקולטיבית כזאת עשויה להתממש. לגישת המשיבים, אם המדינה לא רוצה שאזרחיה יבנו ללא היתרים – אל לה לסייע להם בהנחת תשתיות, מתן תקציבים ולהימנע מאכיפה נגדם במשך יותר מ-21 שנה. אם המדינה עושה את כל אלה, אין להלין על המתישבים, שפעלו בתום לב ובהתאם לחוק כפי שהכירו אותו; את התלונות יש להפנות אל המדינה, וזאת ניתן לעשות בהליך אחר, כיוון שהיא אינה צד לסכסוך בערעור זה. המשיבים סבורים שהמדינה איזנה נכונה בין השיקולים השונים בקבלת ההחלטה על הכשרת "מבוא אבות" והפקעת התשתיות, שהניחה היא, ונחוצות להתקיימות.

119. בעניין דפי זהב נאמר "במסגרת "מתחם הסבירות" ההחלטה היא של הרשות המינהלית, ובית המשפט לא יתערב בבחירה של הרשות המינהלית, גם אם בחירתו שלו הייתה שונה." יפים גם דבריו של השופט שמגר בבג"ץ 596/75 מכבי תל-אביב אגודה לספורט ולהתעמלות נ' רשות השידור, ל(1) 772 (1976):

"...בית-משפט זה לא נוהג להתערב בהחלטתה של רשות סטטוטורית הפועלת, לכאורה, בתום-לב בתחום ולמטרה שהוגדרו לה על-פי דין, אלא אם חוסר הסבירות יורד לשרשו של ענין וברור וגלוי הוא כי רשות סבירה לא יכולה היתה להגיע להחלטה ממין זה".

120. המשיבים טוענים שבענייננו הספציפי, החלטת המדינה סבירה היא. הובאה בחשבון ההגנה הראויה על המערערים 1-5, ובהתאם לכך יפוננו בתייהם של תושבי "מבוא אבות" הממוקמים על חלקה 1; ובמקביל, הובאו בחשבון גם האינטרסים הראויים להגנה של המשיבים, שגם להם הזכות לכבוד, לקניין ולמרקם חיים תקין.

6. טיעונים ביחס לחלקה 3

א.6. למערערים 6-10 אין זכות קניינית בחלקה 3

121. המערערים טוענים כי התגבשה להם זכות קניינית בשטח, על אף שלזכות זו אין מקור חוקי. המערערים טוענים שהזכות התגבשה בגלל משך הזמן שחיו בשטח, הזיקה הרגשית שפיתחו אליו וכן בשל סיבות של צדק חלוקתי. המערערים הגיעו לחלקה 3 בשנת 1948 ומאז הם שוהים בה ללא כל היתר מהריבון שהיה בשטח באותה תקופה. בהמשך, שהותם של המערערים מעולם לא הוסדרה על ידי המפקד הצבאי בשטחים וכן הם לא קיבלו היתרי בניה על המבנים שהקימו בשטח. הם מעולם לא הוכרו כזכאים לתשתיות חשמל, ביוב, מים, חינוך ורווחה אליהם זכאים מי שבעלי זכות קניינית בשטח. המערערים לא התיימרו אף לטעון כי ישנה נורמה ממערכת הדינים שחלה באזור, לרבות מהמשפט הבינלאומי והמשפט המקומי אשר מקנה להם זכות קניינית מכוחה.

122. המשיבים יטענו כי המערערים 6-10 אינם אלא בגדר פולשים אל חלקה 3 ולא בעלי זכות קניינית בה. המשיבים אינם מקלים ראש בערך שיש לשטח עבור המערערים ואינם מורידים מחשיבותו. מסיבה זו, המשיבים אף מוכנים לפצות את המערערים, לפני משורת הדין ומשיקולים החיצוניים לדין. אך חשיבות ערכית לחוד וזכות קניינית לחוד. זיקה רגשית ואישית לקרקע אינה מספיקה כדי להוות זכות קניינית בלא שזיקה זו לוותה ומלווה במקור חוקי, הן בראשית התיישבותם מהריבון הירדני והן בהמשך מהמפקד הצבאי בשטחים. צידוקים כגון צדק חלוקתי וכן הזיקה האישית שפיתחו המערערים לשטח הינם חיצוניים לדין. ומשכך, לגישת המשיבים, אין לראות בצידוקים אלו כמספיקים ליצירתה של זכות קניינית (יהושע ויסמן **דיני קניין** 23-26 (חלק כללי) (1993)).

ב.6. נפקות היות המערערים תושבים מוגנים לעניין היקף ההגנה על זכות הקניין

123. המערערים טענו כי יש להקנות משקל מיוחד לפגיעה בזכות הקניין של המערערים, בהיותם תושבים מוגנים לפי אמנת ז'נבה הרביעית (להלן: אמנת ז'נבה). אף אם נניח כי למערערים זכות קניינית בחלקה 3, המשיבים יטענו כי בין המושג "אנשים מוגנים", שנטמע לאחר כינונה של אמנת ז'נבה, ובין ההגנות על זכות הקניין שמצויות באמנת האג, אין כל קשר. ולהלן נבהיר כוונת המשיבים.

124. אמנת ז'נבה עוסקת בהגנה על אזרחים בעימות מזויין, ומשקפת מעבר ממשפט בינלאומי שהשחקנים בו הם מדינות בלבד, למשפט בינלאומי המתייחס גם לפרטים כשחקנים עצמאיים (ארנה בן-נפתלי ויובל שני **המשפט בינלאומי בין מלחמה ושלום** 130 (2006)).

125. באמנת ז'נבה נקבע המונח "אנשים מוגנים", המוציא מתוכו את אזרחיה של המדינה המחזיקה בשטחים. רובה של האמנה תקף ביחס לאנשים המוגנים בלבד, למעט החלק השני של האמנה שחל על כלל האוכלוסייה בשטח הכבוש. אמנת ז'נבה מעניקה הגנות רבות לאנשים המוגנים, הכוללות כיבוד והגנה על אנשי צוות רפואי (סעיף 20-23), הגנה על חינוך הילדים (סעיף 24), על הזכות לשמור על קשר עם קרובי משפחה (סעיף 25-26), הגנה על הכבוד, הזכויות המשפחתיות, לחופש דת ופולחן (סעיף 58), הגנה כלפי אלימות ויחס אנושי. נשים זכאיות להגנה מיוחדת מפני התקפה על כבודן, אונס וכפיית זנות וכל פגיעה בצניעותן (סעיף 27). כמו כן, חל איסור על עינויים, עונשי גוף, ומעשי אכזריות (סעיף 32), על ענישה קולקטיבית ועל ביזה (סעיף 33). ישנה הגנה משמעותית על הזכות להליך משפטי תקין והוגן (סעיף 64-76), מוטלות מגבלות שונות על עונש מוות ועוד.

126. מדובר בשורה ארוכה של הגנות מפורטות, בתחומים מגוונים ונרחבים. זכות הקניין, לעומת זאת, מוזכרת רק בסעיף 53, שאוסר על הריסת רכוש אלא בהיעדר נחיצות מבצעית מוחלטת. סעיף 33 אוסר על פעולות תגמול כנגד רכוש, וסעיף 147 מלמד שהריסה והחרמת רכוש בקנה מידה רחב, שאין הכרח צבאי מצדיקן ואשר בוצעו שלא בהיתר ומתוך הפקרות, הינה הפרה חמורה של האמנה. גם בסעיף 27, שהינו סעיף כללי, חסרה התייחסות להגנה על הרכוש.

127. חלק מהוראותיה של אמנת האג, שוכללו באמנת ז'נבה ולמעשה הוחלפו על ידה. אמנת ז'נבה מציינת בבירור שהיא אמנה משלימה לאמנת האג. במקומות מסוימים, אמנת ז'נבה בחרה להחליף חלק מההוראות המצויות באמנת האג, על מנת להרחיבן. כך למשל הורחבה ההגנה על חופש הדת (באמנת האג, חופש הדת מותנה בקיום הוראות השלטון הצבאי, בניגוד לאמנת ז'נבה שלא כוללת התניה שכזאת) והורחבה ההגנה מפני ענישה קולקטיבית (שבאמנת האג אסורה רק אם לא ניתן לראות את האוכלוסייה כנושאת באחריות משותפת [סעיף 50], ובאמנת ז'נבה אסורה באופן מוחלט וללא סייגים). הורחבה משמעותית גם ההגנה על הזכות למשפט הוגן, ולזכויות רבות נוספות.

128. אם כן, מקור ההגנה על הקניין בדיני התפיסה הלוחמתית הוא אמנת האג (בה כאמור לא מצוי המושג "תושבים מוגנים") ולא אמנת ז'נבה. ישנן תאוריות שונות לסיבה שאמנת ז'נבה לא הרחיבה את ההגנה על הרכוש הפרטי. יש שסוברים שמטרתה הייתה להגן על האזרחים המוגנים עצמם, ולא על קניינים :

"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 by the Hague Regulations of 1907, especially Article 23 (g) and (h).) "THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949, COMMENTARY Jean S. PICTET , מנהל הוועידה , הכללית של הצלב האדום, 1958 בעמ' 271 (ההדגשות הוספו – הח"מ).

129. עמדה זו הודגשה גם על ידי כבוד השופטת פרוקצ'יה בעניין **ולירו**, בפס' 42 לפסק דינה :

"מטרתה של אמנת ז'נבה הרביעית הינה לדאוג לאזרחים המוגנים עצמם, ולא לרכוש, ועל כן הטיפול ברכוש אויב וברכוש פרטי בשטח כבוש מוסדר, בעיקר, בתקנות האג".

בספרות נכתב כי ניתן לשער שסיבה נוספת לכך היא שההגנה על הקניין באמנת האג חזקה דייה, כך שלא ראו צורך להעניק הגנה מיוחדת לקניינים של אנשים מוגנים (ארליך, בעמ' 25). בנוסף, בעת חיבור האמנה, מדינות מרכזיות בקהילה הבינלאומית שללו הכרה בקיומו של קניין פרטי.

130. כך או כך, ההגנה על הקניין לא נכללה באמנת ז'נבה הרביעית. הדבר לא מעוגן במשפט בינלאומי, ומשכך אינו יכול להשפיע על שאלת הסמכות להפקעת השטחים בחלקה 3. בקשר לשאלת שיקול הדעת, המערערים טענו שיש לתת הגנה מוגברת למערערים, משום שהם תושבים מוגנים. ביחס לכך, לא ברור עד כמה ההגנה צריכה להיות מוגברת – האם משמעותה שאין לפגוע בזכויותיהם של התושבים המוגנים לעולם, משום סיבה ומשום צורך? המשיבים מוכנים, מתוך רצון להתמודד עם הטיעון על הצד החזק ביותר שלו ולצורך הדיון, להסכים להניח כי למערערים חלה הגנה חוקתית על זכויותיהם. הגנה על זכות חוקתית היא ההגנה הגבוהה ביותר שניתן לתת במשפט, וגם אז, אף זכות אינה מוחלטת. בענייננו, הפגיעה הייתה עומדת במבחנים חוקתיים ומנהליים, כיוון שהיא מתבצעת בסמכות, במידתיות ובסבירות, ועל כך נעמוד להלן.

6.ג. מידתיות

131. מבחן המשנה הראשון – המשיבים יטענו כי המתווה בחלקה 3 מגשים שתי תכליות – תכלית הומניטרית של שמירה על מרקם חיים קהילתי וזיקה ליישוב וכן תכלית של שמירה על אמון ציבור המתיישבים ברשויות המדינה הפועלות בשטחים.

132. במישור התכלית ההומניטרית, תושבי מבוא אבות קשרו את חייהם בתוכו, הקימו משפחות ובנו את קהילתם בחלקות 1-2 מזה עשרים שנה. העברתם של תושבי היישוב מחלקה 1 ללא מציאת פתרון בסמיכות ליתר תושבי היישוב שנשארים בחלקה 2, תפגע במרקם החיים הקהילתי ביישוב. לפיכך, הקצאת חלקה 3 למשיבים 1-5, שסמוכה לחלקה 2, תאפשר למתיישבים להמשיך להתגורר בקרבת היישוב שאת חלקו הם נדרשים לפנות וכך תימנע הפגיעה הקשה באורח חייהם.

133. הקצאה זו הינה אמצעי שמגשים באופן ברור את התכלית ההומניטרית של שמירה על מרקם החיים הקהילתי של תושבי היישוב ולכן עומד במבחן המשנה הראשון. בנקודה זו המשיבים יבקשו לאבחן את המקרה הנדון מעניין **זיאדה**. שם היה ספק לגבי התקיימותם של התנאים אשר יאפשרו את המשך התיישבותם של תושבי עמונה בקרבת מקום לשטח היישוב ממנו פונו, ולכן הקשר הדרוש בין אמצעי ההפקעה למטרה של שמירת על מרקם חיים נותק והסיכוי להגשמת המטרה היה קלוש (עניין **זיאדה**, פס' 76–77 לפסק דינו של השופט גיוראן). במקרה שלנו, לא קיים כל ספק באשר להישארותם של חלק מתושבי היישוב בחלקה 2, ולכן מיקומם בחלקה 3 מבטיח בהסתברות גבוהה שתוגשם התכלית של שמירה על מרקם החיים של קהילת מבוא אבות (דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ב 778 (2010)).

134. במישור התכלית של אמון הציבור – כפי שנטען לעיל, ישנו ערך רב לקיום פינוי בהסכמה של מתיישבים ממקום מגוריהם (עניין **אל-נאבות**, פס' 15 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). העברתם של המפונים מחלקה 1 לחלקה 3 מהווה חלק מההסכמה אליה הגיעו המתיישבים עם רשויות המדינה, ושמירה על הסכמה זו חיונית כדי לשמר על האמון שנוצר בין הצדדים וכך להגשים תכלית זו.

135. מבחן המשנה השני – קיומו של אמצעי שפגיעתו פחותה. היישוב בחלקה 2 מוקף בחלקה 1 וחלקה 3. כדי לשמור על הזיקה בין התושבים ליישובם, יש צורך להעבירה לחלקה הסמוכה לחלקה 2. העברתם למקום אחר המרוחק מחלקה 2, מנתק בצורה וודאית את זיקתם של התושבים. לעומת עניין **זיאדה**, שם כלל היישוב פונה, במקרה זה חלק גדולה מהיישוב נשאר בחלקה 2 ואילו רק חלקו מפונה. בעניין **זיאדה** ניתן היה להעביר את היישוב כולו למקום אחר באזור יהודה ושומרון אשר ישמור הן על הזיקה לאזור והן על אחדותה של כלל הקהילה. בשונה מכך, בענייננו פתרון שכזה אינו בנמצא וממילא לא יוביל לפתרון בעיית ההתנתקות של חלק מתושבי היישוב. העברתם של אלו שהתיישבו לחלקה 1 למקום אחר שאינו נמצא בסמיכות לחלקה 2, אף אם נמצא באזור יהודה ושומרון אינו אמצעי שיגשים את המטרה, ולכן אף לא מהווה אמצעי שפגיעתו פחותה בזכויותיהם של המערערים.

136. מבחן המשנה השלישי – איזון בין הפגיעה לבין התועלת. המשיבים יטענו כי התועלת מהמתווה האמור, בראי השיקולים ההומניטריים וטובת תושבי היישוב מבוא אבות, משמעותית ומספיקה כדי להצדיק את הנזק שיגרם למערערים 6-10. המתווה האמור יאפשר לתושבי מבוא אבות לשמור על הזיקה שפיתחו מזה עשרים שנה למקום מגוריהם בחלקות 1 ו-2. אדם מפתח למקום מגוריו קשרים חברתיים, תרבותיים ותעסוקתיים לסביבה ולקהילה. גם הילדים של תושבי יישוב מבוא אבות, שנולדו וגדלו שם וזה היה נוף ילדותם, וכן אלו שעדיין לומדים

בבתי הספר באזור, הכו שורשים באזור ויהיה זה נזק עצום עבורם לעקור אותם מחלקה 1 מבלי לתת להם אפשרות לשמור את הזיקה ליישוב.

137. כדבריו של השופט ג'ובראן בעניין **זיאדה**, הנחת היסוד שניצבת בבסיס ההגנה על הזיקה של אדם לסביבת מגוריו היא כי מגורים אלה חוקיים (פס' 90 לפסק דינו). מאחר וקיימת מדיניות של הדרג המדיני להסדרת מעמדם התכנוני של המבנים בחלקה 2, זיקתם של המשיבים ליישוב מבוא אבות בוודאי נשענת על זכות קניין חוקית. הסדרת מעמדם התכנוני של המבנים בחלקה 2 מבטיחה גם שתושבי מבוא אבות יוכלו להמשיך להנות מזיקתם לקהילה וליישוב שהקימו למשך שנים ארוכות, מה שמחזק את התועלת שהמתווה יקנה עבורן. יתר על כן, היעדר חלופה ממשית שתספק את אותה הזיקה לחלקה 2, מחזק אף יותר את התועלת שהמתווה האמור, ובכלל זה העברתם לחלקה 3 יקנה עבור התושבים. על יסוד המקובץ לעיל, נראה כי אין איך להתעלם מן התועלת הגדולה לתושבי מבוא אבות.

138. גם התועלת שתיגרם לשמירה על אמון ציבור המתיישבים במדינה הינה רבה. הקצאת השטחים בחלקה 3 לטובת המשיבים מהווה חלק מההבנות אליהן הגיעו עם הרשויות. שמירה על הסכם זה ועמידה בו, תתרום רבות לאמון שרוכשים המשיבים אל רשויות מדינת ישראל בשטחים. לעומת זאת, המערערים 6-10 החזיקו בקרקע בידיעה כי החזקה זו אינה חוקית, ללא כל גושפנקא מצד המדינה לכך שהחזקתם לגיטימית ולפיכך לא קם אצלם אינטרס הסתמכות. בנוסף, הפגיעה בהם תהיה פחותה מהפגיעה שתיגרם למשיבים עקב עקירתם מהיישוב בו גדלו ובנו את חייהם. המשיבים גרים בבתי קבע ומסתמכים על התשתיות של היישוב, והמשיבים יעקרו כיחידים ובכך הפגיעה בכל אחד ואחת מהם תהיה גדולה יותר. לעומת זאת, משפחת אבו ג'אבר תוכל לעבור למקום חלופי כמקשה אחת; והפגיעה במרקם חייהם וקשרי החברות והמשפחה שלהם תהיה מזערית וקטנה בהרבה.

139. יתרה מכך, למערערים אף יכולות להיות חלופות אשר מנמיכות את הנזק שיגרם להם עקב פינויים. המשיבים תומכים בכל מתווה חלופי שהמדינה יכולה להציע, בין אם מדובר במתן פיצויים עקב פינויים ובין אם מדובר במתן רשות אחזקה בקרקע אחרת שסמוכה לחלקה 3. הדרג המדיני היה מוכן לנקוט בכל אחת מחלופות אלה בסוגיית פינוי אום-אלחיראן, וגם במקרה דנן סביר כי יהיה מוכן לעשות זאת (רע"א 3094/11 **אבו אלקיען נ' מדינת ישראל**, פס' כד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 5.5.2015)).

ד.6. סבירות

140. בהפעלת סמכותו בחלקה 3, המפקד הצבאי שקל את השיקולים הבאים: שמירה על מרקם החיים שנוצר למערערים 6-10; מדיניות האכיפה של המדינה; שמירה על מרקם החיים שנוצר ביישוב "מבוא אבות"; הסתמכותם של תושבי "מבוא אבות" על התנהלות המדינה; והרצון לנקוט בפעולה היעילה ביותר מבחינה כלכלית ותכנונית. המשיבים יטענו שהמפקד הצבאי נתן את המשקל הראוי לכלל השיקולים ולכן החלטתו לפנות את המערערים 6-10 מצויה במתחם הסבירות.

141. כאמור, המערערים התיישבו בצורה לא חוקית בחלקה 3, ללא תמיכה של המדינה וללא סיוע מצידה. המדינה רשאית לבחור את האופן שבו תבצע את מדיניות האכיפה של דיני התכנון והבניה באזור, ללא קשר לאופן בו תנוצל הקרקע לאחר פינוי מפרי החוק. ככלל, בית המשפט נוטה שלא להתערב במדיניות זו (בג"ץ 5665/11 **כפר אדומים כפר שיתופי להתיישבות קהילתית בע"מ נ' שר הבטחון**, פס' 16 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 10.10.2012)).

142. רבות עשתה המדינה משאפשרה למערערים 6-10 להחזיק בקרקע בעשרות השנים האחרונות על אף אי חוקיות אחזקתם, והיא רשאית בנקודת הזמן הנוכחית להפסיק לאפשר את הפרת החוק, אף אם הקרקע לא הייתה מיועדת להתיישבותם של המשיבים בחלקה 3 ואף אם לא היה מיועד להתיישב שם איש. לכך מתווספת העובדה שהמדינה הביעה נכונות לסייע למערערים 6-10 באיתור מקום מגורים חלופי, מעל לצורך ולפנים משורת הדין. שיקול זה כשלעצמו בעל משקל חזק מאוד.

143. גם מבחינה כלכלית ותכנונית, בחירה באפשרות הכרוכה בעלות הנמוכה ביותר מבחינה תקציבית הינה שיקול ראוי שהמדינה רשאית לשקול. בענייננו, ההשתקעות הפיזית של תושבי מבוא אבות וההשקעה בתשתיות של המדינה גדולה מאוד. יעיל יותר עבור המדינה לסייע למשפחת אבו ג'אבר במעבר לחלקה אחרת, מאשר לספק לתושבי מבוא אבות מקום מגורים חלופי, דבר שיצריך הנחת תשתיות חדשות ויהיה כרוך בעלויות רבות.

144. שימור מרקם החיים הקהילתי מהווה שיקול משמעותי גם כן. ישנה תועלת מובהקת בהעברתם של המשיבים לחלקה 3, כדי לשמור על מארג החיים שיצרו ביחד עם תושבי היישוב שנשארים בחלקה 2. מדובר בשיקול כבד משקל, כיוון שהפגיעה בתושבי היישוב שגרו בחלקה 1 אילו לא ימצא להם פתרון מגורים בחלקה 2 תהיה כפולה: במישור האישי, הם יאבדו את מקום מגוריהם; במישור הקבוצתי, הם יאבדו את היכולת להשתייך לקהילה בה בנו את חייהם במשך יותר מעשרים שנה. יותר לא יוכלו ללכת לאותו בית הכנסת; ילדיהם לא יוכלו ללמוד באותו בית הספר, ולהישאר בקשר עם אותם החברים; ובחגים לא יוכלו להתארח אצל שכניהם. קריעתם מנוף ילדותם ללא מתן חלופה ראויה הינה תוצאה קשה מאוד.

6.ה. שוויון

145. לטענת המערערים, החלטת בית המשפט קמא להקצות את הקרקע בחלקה 3 למשיבים 1-5 מפלה את המערערים 6-10. בשאלת מקור הזכות של המערערים לשוויון, המערערים מסתמכים על האופן בו עוגנה הזכות לשוויון במשפט החוקתי הישראלי ובמשפט הבינלאומי הפומבי, וכן לחובותיו של המפקד הצבאי באזור מכוח המשפט המנהלי.

146. תחולתו האקסטרא-טריטוריאלית (מקומית) של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בשטחים הנתונים בתפיסה לוחמתית הושארה בצריך עיון והיא מעוררת שאלות סבוכות (בג"ץ 1661-05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, פס' 79 לפסק הדין (2005)). ספק אם המערערים יכולים לטעון שמדיניות המדינה כלפיהם פוגעת בזכותם החוקתית לשוויון כפי שפורשה על ידי בית המשפט העליון בפרשת **מילר**, ככזו שמשפילה אותם ופוגעת בכבודם. יתרה מכך, קיים פרדוקס בטענותיהם של המערערים לפיו מצד אחד הם מבקשים לטעון כי ישראל לא החילה את המשפט, השיפוט והמנהל שלה באזור יהודה ושומרון, ומצד שני הם מבקשים לטעון מכוח המשפט החוקתי הישראלי. בטענותיהם מכוח המשפט החוקתי, הלכה למעשה, הם מבקשים להחיל את המשפט של מדינת ישראל בשטחים.

147. אף על פי כן, בלא צורך להכריע בדבר תחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על המערערים, עמדת המשיבים היא שאף אם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו חל עליהם, ההחלטה להקצות את הקרקע למשיבים אינה מהווה פגיעה חמורה בשוויון, ובוודאי לא פגיעה שמגיעה עד כדי השפלתם של המערערים. פינוי של אוכלוסייה מסוימת לטובת יישובה של אוכלוסייה אחרת במקומה הינה מדיניות שהדרג המדיני נוקט בנסיבות חריגות ומוצדקות. כך גם במקרה דומה למקרה דנן, בפסיקתו של בית המשפט העליון בסוגיית פינוי אוס-אלחיראן, בית המשפט העליון אישר את מתווה הפינוי של בני השבט הבדואי "אבו אלקיען", במקביל להקמתו

של היישוב היהודי חירן על אותה קרקע בדיוק, ושם לא נקבע כי הפינוי בתוצאתו מהווה השפלה של האנשים המפונים (ראו: רע"א 3094/11 **אבו אלקיען נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 5.5.2015)).

148. באופן תיאורטי, אילו בחלקה 2 ובחלקה 3 לא היו אנשים כלל, והמדינה הייתה רוצה להקים שם יישוב חדש, לא הייתה שום בעיה חוקית עם פינוי פולשים לצורך הקמת היישוב התיאורטי המוזכר. בענייננו, המדינה רוצה להכשיר יישוב שכבר הוקם על ידה באופן חלקי. לא ברור מדוע יש פה פגיעה גדולה יותר בשוויון; טענתם של המערערים כי נגרמת להם "השפלה" היא טענה אבסטרקטית וכללית. אם המערערים מבקשים לטעון כי המדינה מפלה באופן שיטתי במדיניות התכנון שלה, הם יכולים להעלות את טענותיהם בהקשר זה במסגרת עתירה לבג"ץ נגד מדיניות התכנון; אך אין סיבה לפגוע בתושבי מבוא אבות לצורך מטרה זאת. התושבים זקוקים לפתרון מיידי שיאפשר להם לשמר את קהילתם ומרקם חייהם – קהילה שנוצרה בהסתמכות על התנהלות המדינה ובשיתוף פעולה איתם.

149. בנקודה זו יבקשו המשיבים להתמקד בטענות שהעלו המערערים על חובתו של המפקד הצבאי לנהוג בשוויון, וכן לעמוד על ההבחנה והשוני הרלוונטי שקיים בין המערערים למשיבים, המצדיקים נקיטת מדיניות שונה של המפקד הצבאי בשטחים כלפיהם.

150. חובת המפקד הצבאי לנהוג בשוויון חלה כלפי אנשים המצויים באותה קבוצת שוויון. כדי לבחון האם החלטתו לפנות את המערערים 6-10 ולהקצות את הקרקע למשיבים 1-5 שקולה לפגיעה בשוויון, יש לבחון האם קיים ביניהם שוני רלוונטי אשר מצדיק להפרידם לשתי קבוצות שוויון שונות. (בג"ץ 3792/95 **תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע ואמנויות**, פ"ד נא(4) 259, פס' 31, 39 לפסק דינו של השופט זמיר (1997)).

151. המערערים 6-10 טוענים כי פינוים מחלקה 3 מזה, והקצאת הקרקע למשיבים מזה פוגעת בשוויון. לטענתם, אין שוני רלוונטי בין הצדדים שכן גם יישוב מבוא אבות הוקם באופן בלתי חוקי בחלקה 1 וגם המערערים 6-10 החזיקו באופן בלתי חוקי בחלקה 3, ולכן אין הצדקה להסדיר את היישוב בחלקה 2 וכן בחלקה 3 ובמקביל לפנות את המערערים 6-10 מחלקה 3.

152. המשיבים יטענו כי הם והמערערים 6-10 מצויים לעניין זה בקבוצת שוויון שונות. קיימים שני רבדים לשוני בין הקבוצות. ברובד הראשון, הדרג המדיני החליט להסדיר את יישוב "מבוא אבות" בחלקה 2. מוסדות המדינה ורשויות ציבוריות שונות סייעו למשיבים בבניית "מבוא אבות". היישוב לא יכל להיות מוקם ללא סיוע מתמיד מצד רשויות המדינה, במישור התקציבי והביצועי; וכן בבניית התשתיות לקיומו לרבות תשתיות מים, חשמל וסלילת שנעשתה על ידי רשויות המדינה. שיתוף פעולה שכזה יצר בתורו אינטרס הסתמכות וכן אינטרס ציפיה של המשיבים. לא ניתן להגיד שלמערערים קיים אינטרס הסתמכות וכן אינטרס ציפיה בעצמה זהה לזו של המשיבים, שכן הן הדרג המדיני והן השלטון הצבאי, הלכה למעשה, מעולם לא הציג מצג שפלישתם לקרקע הינה תקינה ושיש פוטנציאל עתידי להישארותם בשטח.

153. ברובד השני, קיים שוני במידת ההשתקעות בין הקבוצות. בעוד שתושבי "מבוא אבות" השתקעו והקימו בתי קבע בחלקה 1 ו-2, אשר מחוברים לכל התשתיות הנדרשות לקיום אורח חיים מלא ותקין, משפחת אבו ג'אבר לא השתקעה במלואה בחלקה 3. החזקתם לא מוכרת על ידי המדינה; ובתיהם לא מחוברים לחשמל, למים, לכביש. הם יוכלו לעבור כמקשה אחת למקום מגורים חלופי, לעומת המשיבים שמהווים קהילה גדולה משמעותית שחיבורה הפיזי לקרקע חזק יותר וההון שהשקיעה בשטח גדול יותר. המדינה למעשה עמדה בין שתי אפשרויות בחירה: הראשונה – קריעת קהילת "מבוא אבות" כולה לצד פיצולה השרירותי והמשולל כל היגיון

לשתי חלקות. השנייה- העברתה של משפחת אבו ג'אבר למקום אחר כקומץ אחד, לצד מתן פיצוי מתאים והולם, וללא כל צורך לעקור מהקרקע תשתיות שכבר הונחו והושקעו בהן משאבים רבים. לגישת המשיבים המדינה פעלה נכון עת בחרה לפעול לפי המתווה האמור באפשרות השנייה, בהינתן הפגיעה הפחותה הנגרמת למשפחת אבו ג'אבר.

154. לגישת המשיבים, יש לתת חשיבות יתרה לאופן שבו מסתמך אזרח על מצג שהמדינה הראתה לו לאורך עשרות שנים. החלטת המדינה מצויה במתחם הסבירות, ואין הצדקה להתערבות בה.

155. לבסוף, המערערים טוענים כי הקצאת הקרקע בחלקה 3 מפלה אזרחים ישראלים שבנו שלא כדין בשטח של מדינת ישראל, ושלטענת המערערים לא נהנים מהכשרת מעשיהם הבלתי חוקיים כמו שנהנים המשיבים. המשיבים יטענו כי מדובר בטענה כללית וכוללנית. לא ברור מטענותיהם של המערערים על אילו תשתיות עובדתית מתבססת טענתם של המערערים, לרבות זהותם של האזרחים הקונקרטיים, נסיבותיהם הקונקרטיות של אותם מקרים וכן ההצדקות שעמדו למדינה בנקיטת מדיניותה במקרים הספציפיים הללו. טענה שכזו, הנשענת על הגנה על אינטרס כללי של אזרחי ישראל שבנו בצורה בלתי חוקית בשטחה, מקשה על מתן סעד ומצדיקה את דחייתה (בג"ץ 2164/09 יש דין – ארגון מתנדבים למען זכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 6 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 21.12.2011)).

1.6. המשיבים אינם מפרים את הוראות אמנת ז'נבה הרביעית

156. המערערים טוענים כי המשיבים מפרים את הוראת סעיף 49(6) לאמנת ז'נבה הרביעית המורה כי המעצמה הכובשת לא תעביר חלקים מאוכלוסייתה האזרחית לשטח הכבוש על ידה. בית המשפט העליון נמנע מלדון בשאלת הפרת סעיף זה במקרים רבים אחרים. בשאלת התחולה של האמנה, בית המשפט העליון ציין בפסיקותיו כי ממשלת ישראל קיבלה את תחולת הוראותיה ההומניטריות של אמנת ז'נבה הרביעית בשטחים. עם זאת, היא מעולם לא הכירה בתחולתן של יתר הוראות האמנה שאינן הומניטריות ובכלל זה תחולתו של סעיף 49. מאחר שסעיף זה מהווה כחלק מהדין ההסכמי ולא המנהגי במשפט הבינלאומי, אין הוא מחייב את מדינת ישראל (עניין מראעבה, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113, 128 (1979); בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 14, 1 (1979)).

157. למעלה מן הצורך יוער כי אף אם סעיף 49 מהווה חלק מהמשפט המנהגי ולפיכך מחייב במקרה דנן, המשיבים דבקים בפרשנותו של הסעיף כפי שזה בא לידי ביטוי בדוח ועדת לוי. התיישבותם של המשיבים הן בחלקות 2 ו-3 לא נעשתה על ידי המדינה, אלא מרצונם הפרטי והחופשי של תושבי יישוב "מבוא אבות". על אף שהמדינה מסייעת ותומכת בהסדרת היישוב, אין זה אומר כי היא זו שהעבירם לשם מלכתחילה ולכן לא מדובר בהפרה של סעיף 49(6) (דו"ח על מעמד הבניה באזור יהודה ושומרון ("דו"ח לוי"), בעמ' 8 (21.6.2012)).

158. כל פרשנות אחרת של הקהילה הבינלאומית לסעיף זה, משקלה הרב והמכובד ככל שיהיה, אינה מחייבת את מדינת ישראל ועל כן אין חובה לאמצה (עניין מראעבה, פס' 56 לפסק דינו של הנשיא ברק).

159. עוד טוענים המערערים כי המשיבים מפרים את סעיף 49(1). בטענתם, המערערים מגדירים את פינויים החוקי כ"העברה כפויה" שאסורה על פי סעיף זה. בענייננו, אין מדובר בפינוי כיוון שלמשפחת אבו ג'אבר אין זכות קניינית בשטח. אמנם, במשפט ישנה הגנה על זכות החזקה, ולמחזיק יש זכות קניינית שראויה להגנה כלפי כל

העולם, מלבד אדם אחד, והוא הבעלים. בענייננו, המדינה היא הבעלים של הקרקע, ויש לה סמכות להורות על סילוק הפלישה. אין מדובר בפינוי.

7. סוף דבר

160. בשל כל האמור לעיל, המשיבים יבקשו מבית משפט נכבד זה לדחות את הערעור ולהותיר את פסק דינו של בית המשפט קמא על כנו.