טליה ששון על דו"ח ששון:
אכיפת החוק ביהודה ושומרון
באספקלריית המאחזים הבלתי מורשים

א. פתח דבר

ב-8 במרץ 2005 הגשתי לראש הממשלה מר אריאל שרון חוות דעת בעניין המאחזים הבלתי מורשים בשטחי יהודה ושומרון (להלן: האזור או איו"ש). בכתב המינוי מ-29 ביולי 2004 ביקש ראש הממשלה כי אמסור פרטים מקיפים על המאחזים הבלתי מורשים, מספרם ודרכי הקמתם; על מעורבות הרשויות בהקמתם. כן ביקש כי אחווה דעתי בשאלות הנוגעות לאמצעים שניתן לנקוט לשינוי או תיקון הדינים לשם מניעת הקמתם של המאחזים והמשך פעילותם ולרבות מניעת תמיכה מצד רשויות ציבוריות שונות; שנויים, תיקונים או תוספות חקיקה, תקנות, צווים או החלטות ממשלה ככל הנדרש להפסקת תופעת המאחזים ופינוים; הליכי אכיפה יעילים יותר למניעת התרחבותם של המאחזים ופינוי הקיימים לרבות האפשרות לנקיטת הליכים משפטיים (פליליים או אזרחיים) כלפי המקימים ו/או המשתמשים במאחזים (להלן: חוות הדעת או הדו"ח).

ממצאי חוות הדעת מצביעים על מעורבות מסיבית של רשויות המדינה בהקמת המאחזים הבלתי מורשים באזור. הממצאים מלמדים על הבעייתיות שבאכיפת החוק בשטחים. הממצאים שנסקרו בדו"ח – שפורסם ברבים ואף מצוי באתר האינטרנט של משרד ראש הממשלה – הם הרקע והבסיס לדברים שייכתבו ברשימה זו.

חוות הדעת הוגשה לחברי הממשלה וב-13 במרץ 2005, לאחר דיון, התקבלה החלטת ממשלה, שקבעה כי יש לקדם את תחיקת הביטחון שהוצעה בחוות הדעת; כי חלק רלוונטי מההמלצות יועבר לטיפולו של היועץ המשפטי לממשלה; וכי חלק אחר מההמלצות יידון

* לשעבר מנהלת המחלקה לתפקידים מיוחדים בפרקליטות המדינה, וראש צוות בין משרדי לאכיפת החוק על עברייני הסתה והמרדה ועבריינות על רקע אידאולוגי, ולאחרונה יועצת משפטית מיוחדת לראש הממשלה בנושא מאחזים בלתי מורשים.

בוועדת שרים שתוקם לצורך כך ושעליה לגבש ולהגיש לממשלה הצעות החלטה מפורטות בקשר לאותן המלצות.

ועדת השרים עדיין יושבת על המדוכה בימים אלה. דברי שלהלן מתייחסים אפוא לממצאי חוות הדעת עוד בטרם תגיש ועדת השרים את המלצותיה לתיקון הדברים.

ב. ההסדר המשפטי והדין החל באזור

כדי לעמוד על הקשיים ואף הכשלים שבאכיפת החוק בשטחים יש להקדים מילים מספר על המצב המשפטי של ישראל בשטחי איו"ש וכן מלים אחדות על רבדי החיקוקים הרלוונטיים החלים בשטחים אלה.

באחרונה שוב נדרש בית המשפט העליון לסוגיית ההסדר המשפטי החל באזור[1] (להלן: פרשת **ההתנתקות**). בית המשפט חזר על עמדתו משכבר הגורסת שישראל מחזיקה בשטחי איו"ש (ואף ברצועת עזה) בתפיסה לוחמתית. הדינים החלים באזור הם דיני המשפט הבינלאומי החלים על תפיסה לוחמתית.[2] תפקידו של מפקד האזור, מכוח הדין הבינלאומי הנזכר, נסב על שני צירים: האחד – עליו לדאוג לצורכי הביטחון של הכוח המחזיק בשטח; השני – עליו לדאוג לסדר ולביטחון של "האנשים המוגנים". עליו לאזן בין סמכויותיו אלה. למפקד האזור מוקנית "סמכות הממשל והמנהל העליונה באזור",[3] והוא איננו הריבון בשטח, אך נכנס לנעליו באופן זמני שאיננו מוגבל בזמן[4] עד שיוסדר מעמדו של השטח.

המשפט הישראלי אינו חל על שטחי איו"ש;[5] המנהל האזרחי כפוף לדין המנהלי החל במדינת ישראל.[6]

---

1. בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל** (טרם פורסם).
2. שאלת תחולתה של אמנת ג'ניבה הרביעית (אמנת ג'ניבה מ-12 באוגוסט 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 1, עמ' 559) באזור לא הוכרעה עד כה על ידי בית המשפט העליון בישראל. כבר נקבע בעבר כי ההוראות ההומניטריות של האמנה חלות בישראל – כפי שמדינת ישראל עצמה טענה בבית המשפט, ובית המשפט העליון אימץ קביעה זו, ואף חזר עליה בפרשת **ההתנתקות**. לא נקבע אם הוראותיה האחרות של האמנה – לרבות סעיף 49 לאמנה בדבר איסור העברת אוכלוסייה מהמדינה הכובשת לשטח שנתפס – חלות באזור. בית המשפט העליון שוב חזר בפרשת **ההתנתקות** על דבריו מן העבר כי אין צורך – לעניין המחלוקת שלפניו – להכריע באותה סוגיה.
3. ראו פרשת **ההתנתקות**, פסקה 7 לפסק דינו של כבוד הנשיא ברק.
4. שם, פסקה 8.
5. שם, פסקה 3.
6. שם, פסקה 6.

ג. הדין החל בשטחי איו"ש

הדין החל באזור מורכב מכמה רבדים.

רובד ראשון הוא הדין שחל באזור ערב מלחמת ששת הימים. הדינים שחלו באזור מורכבים כשהם לעצמם מכמה רבדי משנה: רובד משנה אחד הוא הדין העותומני. עד היום חוק הקרקעות החל באזור הוא חוק הקרקעות העותומני;[7] רובד משנה שני הוא הדין הירדני. חוק תכנון ערים, כפרים ובנינים (חוק זמני) מס' (79) לשנת 1966 הירדני הוא חוק התכנון והבנייה הרלוונטי החל באזור (להלן: חוק התכנון הירדני). רובד משנה שלישי הוא תכנית מפורטת מנדטורית: בחלק משטחי האזור הכפריים חלה עד היום תכנית מפורטת מנדטורית, מכוחה ניתן להוציא היתרי בנייה במקרים המתאימים.

רובד שני הוא הדין הבינלאומי בדבר תפיסה לוחמתית, כפי שפורש על ידי בית המשפט העליון בישראל (ראו פרשת **ההתנתקות** והאסמכתאות שנזכרו שם).

רובד שלישי הוא תחיקת הביטחון שהוצאה מכוח סמכותו של מפקד האזור לפי הדין הבינלאומי האמור.

מלבד רבדים אלה, יש להזכיר כי ישראלי המתגורר באזור "נושא בתרמילו" את החוק הפלילי הישראלי וכן בעלי תפקידים ישראלים באזור כפופים לכללי המשפט המנהלי הישראלי.

ד. תופעת הקמת המאחזים הבלתי מורשים

ממצאי הדו"ח מלמדים כי מאמצע שנות התשעים ואילך החלה תופעה של הקמת מאחזים בלתי מורשים באזור. ההסבר לתופעה זו ננעץ בכך שמשנת 1992, עת קמה ממשלת רבין, החליטה הממשלה להקפיא את הבנייה הישראלית באזור, ובה בעת הקימה ועדת חריגים שאמנם אישרה בנייה, אך בקצב הולך ופוחת ככל שתהליך אוסלו תפס תאוצה. משלהי שנת 1993 ושנת 1994 כמעט לא אושרה בנייה חדשה באזור על ידי ועדת החריגים. אז החלה הקמת המאחזים הבלתי מורשים. חלקם הוקמו כהרחבות – כביכול – של יישובים קיימים, בקרקעות שהוקצו על ידי המנהל האזרחי לחטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית שנקבעה על ידי הממשלה כגוף מיישב באזור. מאחזים אלה שהוקמו כ"שכונות", הוקמו בתוך תחום השיפוט המוניציפלי של יישובים קיימים,[8] אך במרחק גאוגרפי ניכר מהיישוב הוותיק, ולעתים אף בלא כל קשר אליו. עם זאת הוקמו חלק מהמאחזים גם בדרכים אחרות, חלקם תוך תפיסת קרקעות שלא כדין, בלי שהקרקע הוקצתה למקימי המאחז על ידי גורם מוסמך כלשהו.

---

7. חוק הקרקעות העותומני (1858), **קובץ החוקים העותומנים**, כרך ב (שלום כהן – עורך, 1954) 7.

8. תחום השיפוט של יישובים רבים באזור הורחב בשנת 1996 מטעמים מדיניים ובלא כל קשר לצרכים האורבניים של היישוב הקיים.

המשותף לכל המאחזים הבלתי מורשים שהזכרתי בחוות הדעת[9] הוא שהם הוקמו בלא אישור דרג מדיני מוסמך; אין אף לאחד מהם סטטוס תכנוני כדין – קרי לא חלה בשטח שבו הוקמו תכנית מפורטת ומאושרת כדין על ידי ועדות התכנון של המנהל האזרחי, וחלקם ממוקמים על קרקעות שאינן בגדר "אדמות מדינה" – קרי קרקעות סקר[10] ואף קרקעות פרטיות של פלסטינים.

עוד יש לציין כי כדי שיישוב באזור ייחשב לחוקי לפי הדין הפנימי, עליו למלא לפחות ארבעה תנאים: הוא טעון החלטת ממשלה; הוא צריך להיות ממוקם על קרקע שיש למקימים זכות חוקית להחזיק בה (בשנת 1979 החליטה ממשלת ישראל כי יישובים חדשים בשטחי איו"ש יוקמו רק על קרקעות מדינה וזאת בעקבות החלטת בג"ץ בפרשת **אלון מורה**);[11] חלה בשטח המיועד ליישוב תכנית מפורטת מאושרת כדין אשר מכוחה ניתן להוציא היתרי בנייה; הוצא צו על ידי מפקד האזור בדבר התחום המוניציפלי של היישוב.[12]

ממצאי הדו"ח מלמדים כי מקימי המאחזים אינם רק מתנחלים ופעילים המושכים את קטר הקמת המאחזים קדימה. בהקמת המאחזים הבלתי מורשים תמכו באופן מסיבי רשויות מדינה שונות, אך באופן פורמלי לא הממשלה. הדו"ח אינו סוקר את פעולתן של כל רשויות המדינה בהקשר זה – וזאת מחמת מגבלות זמן ומשאבים של הח"מ, אך נסקרה בו פעילותן של רשויות שונות שנבדקו, ובהן החטיבה להתיישבות,[13] משרד הבינוי והשיכון באמצעות המנהל לבנייה כפרית שלו,[14] המנהל האזרחי[15] ועוזר שר הביטחון להתיישבות.[16]

אף שרשויות המדינה ורשויות ציבוריות היו מעורבות בהקמת המאחזים, הרי אלה קמו למעשה תוך עקיפת הממשלה, תוך הפרת נהלים והפרות חוק מתמשכות. לדוגמה – הקמת יישוב טעונה החלטת ממשלה, אך כזאת לא התקבלה; חוק התכנון הירדני דורש כי בנייה תיעשה רק לפי היתר בנייה שיכול להינתן רק מכוח תכנית מפורטת מאושרת כדין, אך לא חלה תכנית מפורטת מאושרת כדין אף על מאחז אחד מאלה שהזכרתי בחוות הדעת. עוד אציין כי לא די בהחלטת ממשלה להקים יישוב. בהליכים לאישור תכנית מפורטת באזור,

---

9. 105 במספר. המספר איננו סופי כי לא הוצגו לפניי כל הנתונים הרלוונטיים עד מועד הגשת חוות הדעת.
10. קרקעות שיש ספק בדבר זכויות הבעלות בהן. נקבעה פרוצדורה על ידי מפקד האזור לבירור הזכויות בקרקעות אלה כדי לבחון את ייתכנות ההכרזה עליהן כעל אדמות מדינה. לצורך הליך הסקר כונן נוהל אדמות סקר.
11. בג"ץ 390/79 **דויקאת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(1) 1.
12. בג"ץ 5853/04 **"אמנה" תנועת ההתיישבות של גוש אמונים אגודה שיתופית נ' ראש ממשלת ישראל** (טרם פורסם), פסקה 6 לפסק דינו של כבוד הנשיא ברק; בג"ץ 9195/03 **וינשטוק נ' הממונה על הרכוש הממשלתי בחבל עזה** (טרם פורסם), פסקה 8 לפסק דינו של כבוד השופט חשין.
13. פרק שביעי לחוות הדעת.
14. פרק שמיני לחוות הדעת.
15. סעיף 9.1 לחוות הדעת.
16. סעיף 9.2 לחוות הדעת.

יש לקבל את הסכמת שר הביטחון בכמה משלבי התכנון. כל עוד שר הביטחון לא אישר תכנית מפורטת למתן תוקף,[17] אין לתכנית אישור דרג מדיני מוסמך, גם אם בשלבים קודמים ניתנו אישורים על ידיו, ואף לו התקבלה החלטת ממשלה להקים את היישוב. למעשה ניתן לקבוע כי כאשר לא הוסדר סטטוס תכנוני כדין – אין אישור דרג מדיני מוסמך להקמת היישוב.

תפיסת קרקע יכולה להיעשות כדין רק אם לתופס זכות חוקית להחזיק בה. אלמלא כן נמצא המחזיק מפר את חוק המקרקעין החל באזור, וייתכן שנסיבות מקרה פלוני יגבשו עבֵרה פלילית של הסגת גבול לפי חוק העונשין הישראלי, ועבֵרות אחרות.

לאור ממצאים אלה קמה ועולה שאלה המתבקשת מאליה – וכלום לא נאכף החוק באזור? הכיצד קמו להם המאחזים הבלתי מורשים הללו? מי הן רשויות אכיפת החוק באזור ומה עשו כדי למנוע תופעות אלה?

בשאלות אלה אנסה למקד את הדיון בדברי הבאים.

ה. הסיבות לכשל באכיפת החוק באזור בכל הנוגע להקמת מאחזים בלתי מורשים

מספר המאחזים הבלתי מורשים מלמד כשהוא לעצמו, כי גורמי אכיפת החוק באזור לא הצליחו לאכוף את החוק בכל הנוגע להקמת המאחזים הללו.

שלושה טעמים אני מוצאת לכשל באכיפת החוק בשטחי איו"ש בכל הנוגע למאחזים הבלתי מורשים:

א. מעורבות רשויות ציבוריות וגופי מדינה בהקמת המאחזים הבלתי מורשים.

ב. היעדר חקיקה מתאימה וכלים משפטיים הולמים לטיפול בהקמת המאחזים הבלתי מורשים.

ג. אכיפת חוק בלתי אפקטיבית.

נדון להלן בכל אחד מהטעמים הללו.

1. מעורבות רשויות ציבוריות וגופי מדינה בהקמת המאחזים הבלתי מורשים

ממצאי חוות הדעת מעלים כי חלק מתפיסות הקרקע והבנייה שלא כדין נעשו בסיוע משרד השיכון והחטיבה להתיישבות בלא רשות ובלא סמכות תוך הפרת החוק בריש גלי; מדינת ישראל מימנה לפחות חלק מהקמת המאחזים הבלתי חוקיים; המִנהל האזרחי העלים עין זה שנים מהרחבות של שכונות שלמות בקרבת יישובים ושלא בקרבתם, בלא תכנית מפורטת כדין; המנהל האזרחי לא קיים פיקוח על הבנייה שם, ולא דיווח כאשר נדרש לדווח על המאחזים בתואנות של היעדר הגדרה מחייבת מהו מאחז, ואף טען להיעדר מידע על מאחזים, בין השאר מחמת הגבלות הפיקוח שקיבל עליו בתחום היישובים, ומחמת הפסקת טיסות לצילומי אוויר על הבנייה הישראלית באזור בשנים האחרונות; קרוונים קיבלו לעתים ממשרד הביטחון היתר כניסה לאזור גם אם לא היה בסיס משפטי תכנוני ליעד המבוקש

17. זה השלב הסופי לאישור תכנית מפורטת לפי תחיקת הביטחון.

להצבתם; עוזר שר הביטחון להתיישבות אישר לחטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית כי מאחזים בלתי מורשים הם יישובים לכל דבר ועניין בעוד שר הביטחון הצהיר על חלקם בפומבי שהם בלתי מורשים; צווי הריסה שהוצאו לאלפים במרוצת השנים לא בוצעו; המאחזים הלכו והתרבו אך הוצאו מעט מאוד צווי תיחום שטח;[18] צווי תיחום שכבר הוצאו ואושרו בבג"ץ – לא מומשו.[19]

על כל אלה נוסיף כי השקפת צה"ל המקובלת עד כה היא, שבכל מקום שיש בו יהודים חייבות רשויות צה"ל להגן עליהם. התוצאה היא שצה"ל, הגם שלא ברצונו, נגרר לתת להתנחלות הבלתי חוקית גושפנקא מעצם נוכחותו והגנתו על המתיישבים שם; בעצם נוכחותו במקום ובהגנה שהוא מספק לאותם מפרי חוק, הוא קובע עובדות בשטח, יחד עם מפרי החוק עצמם.

המסקנה המתחייבת מהממצאים לעיל היא, שהפרת החוק בכל הנוגע להקמת מאחזים באזור נהפכה לממוסדת ומוסדית. אין מדובר בעבריין או בקבוצת עבריינים הפועלים בניגוד לחוק. התמונה הנגלית לעין המתבונן היא הפרת חוק על ידי משרדי ממשלה שונים, רשויות ציבוריות, מועצות אזוריות באיו"ש ומתנחלים, הכל תוך הצגת מראית עין כאילו יש כאן מערכת מוסדית מסודרת הפועלת כחוק.

הטיפול בעבריינות במדינות דמוקרטיות מבוסס על הסכמה חברתית כללית ובלתי כתובה לציית לחוק ולהחלטות בתי המשפט המחייבות. רוב רובו של הציבור מקבל עליו הסכמה חברתית זו, ורק מיעוט של בודדים בדרך כלל, נוהג אחרת. כלפי אלה מופעל מנגנון אכיפת החוק, המגן למעשה על הכלל מפני מעשיו הרעים של היחיד.

כאשר הפרת החוק נהפכת למעשה שכיח, ותושבים רבים יותר משתתפים בהפרות חוק שונות, הדבר טומן בחובו סכנה לכלל. כאשר פעולות הפרת החוק נעשות על ידי קבוצות של אנשים, כאשר מאפיינת את הפרות החוק התארגנות למטרה זו, הרי הסיכון לשלומה וביטחונה של החברה כולה גובר. אך כאשר הפרת החוק נעשית על ידי רשויות המדינה עצמן, אלה שחובת כיבוד החוק והציות לו חלה בראש וראשונה עליהן, הרי הדבר פוגע פגיעה חמורה בעקרון שלטון החוק עד כדי ערעורו. ככל שתופעה כאמור תהיה רחבה יותר – כך תיסדק האפשרות של המדינה לקיים בתחומה את עקרון שלטון החוק.

תוצאת הפרת חוק מתמשכת על ידי רשויות המדינה עצמן היא הרת אסון. ההסכמה החברתית הרחבה לציית לחוק יכולה להתקיים רק בחברה שבה יש לרוב הציבור אמון

---

18. צו תיחום – מוצא מכוחו של צו בדבר מבנים בלתי מורשים (הוראת שעה), צו מספר 1539, 2003. צו תיחום מוצא על ידי מפקד האזור, והוא מכריז על שטח או מקום שבתחומו מצוי מבנה לא מורשה כשטח מתוחם. מבנה לא מורשה הוא מבנה שאין לו סטטוס תכנוני כחוק. הכניסה למבנה או מקום שתוחם – אסורה, וחייל ושוטר הוסמכו להפעיל כוח לפינויו במידת הצורך. צו זה הוא הכלי המשפטי המרכזי לטיפול בפינוי מאחזים בלתי מורשים, מדצמבר 2003 ואילך. צו זה חוקק לפי המלצת היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון בצה"ל ואחרים (על הרקע לחקיקת הצו והאפקטיביות שלו, ראו סעיף 11.2.1 לחוות הדעת).

19. ארבעה במספר, עד מועד הגשת חוות הדעת, ועוד שני צווי תיחום שמומשו אך תושביהם חזרו, ולא סולקו.

ברשויות אכיפת החוק. אמון זה מתבסס על פעילות חוקית של הרשויות, תקינות מנהלית, התנהלות הוגנת, בלא משוא פנים, שוויונית ונטולת שיקולים זרים. כאשר מתערער האמון – עלולה להיפגע ההסכמה החברתית בדבר החובה לציית לחוק. תוצאה נוספת עלולה להתרחש עקב התנהלות כאמור, והיא התגברות מעשי הפרות החוק על ידי האזרח, המתיר לעצמו לעשות כמעשי הרשות. בנוסף, הפרות חוק בתחומים מסוימים עלולות להשפיע על התרחבות תופעות הפרות החוק בתחומים אחרים. זהו סכר, ומשנפרץ – הולך וגובר החשש כי מימיו יישטפו לאפיקים אחרים.

רשויות אכיפת החוק יודעות בדרך כלל להתמודד עם הפרות החוק של בודדים; רשויות האכיפה מגייסות משאבים ומאמצים מיוחדים להיאבק בפשיעה מאורגנת. אך נגד רשויות המדינה עצמה – הן עומדות חסרות אונים לחלוטין.

כך הוא המצב בנוגע למעורבות רשויות המדינה בפעילות הבלתי חוקית הכרוכה בהקמת המאחזים הבלתי מורשים. רשויות האכיפה כלל אינן מתמודדות עם רשויות אחרות הנותנות ידן להפרת החוק.

2. היעדר חקיקה מתאימה וכלים משפטיים הולמים לטיפול בהקמת המאחזים הבלתי מורשים

טעם אחר העומד ביסוד הכשל באכיפת החוק באזור בכל הנוגע להקמת המאחזים הבלתי מורשים הוא חסר חמור בכלים משפטיים הולמים כדי להיאבק בתופעה.

ניתן להצביע על שני סוגים של חסרים: האחד, כאשר קיימת חקיקה המגדירה התנהגות מסוימת כעבֵרה – אך מתברר כי אין בית משפט שבו ניתן להעמיד לדין את העבריין. השני – כאשר קיים חסר מהותי שאינו מגדיר התנהגויות מסוימות כעבֵרה פלילית. נסביר להלן כל אחד מהחסרים דלעיל.

(א) היעדר אכיפה פלילית עקב היעדר פורום משפטי הולם

לפי המצב המשפטי הנוכחי, אם הפר ישראלי הוראה הקבועה בתחיקת הביטחון באזור, שאין לה מקבילה בדין הישראלי הפנימי – לא ניתן להעמידו לדין בגינה בבית משפט בישראל, ולמעשה אין בית משפט מתאים אחר שבו ניתן להעמידו לדין מאחר שהעמדה לדין של ישראלי בבית דין צבאי אינה מתאפשרת לנוכח סירובו העקיב של צה"ל לאפשר זאת – עמדה שהתקבלה על ידי המחוקק.[20]

לפיכך לא ניתן להעמיד ישראלי לדין בגין כמה עבֵרות, ובהן: צו בדבר העברת טובין (יהודה והשומרון) (מס' 1252), תשמ"ח-1988, תקנות בדבר העברת טובין (הובלת מבנים יבילים), 1993, שהוצאו מכוח הצו בדבר העברת טובין (יהודה ושומרון), העוסקים בעבֵרה של שינוע יבילים בלא היתר; עבֵרה לפי סעיף 12 לצו בדבר מבנים בלתי מורשים (הוראת שעה) (מס' 1539); הפרת הצו בדבר הוראת ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), תש"ל-1970 מכוחו מכריז צה"ל על שטח צבאי סגור; בשנים האחרונות ניתנו כמה פסקי דין שהתייחסו לחלק מהעבֵרות הללו, הנאשמים זוכו והמדינה לא ערערה על פסקי הדין.

20. ע"פ 163/82 **דוד נ' מדינת ישראל**, פ"ד לז(1) 622, בעמ' 642, כבוד השופט ברק.

התוצאה המתוארת לעיל היא קשה. תחיקת הביטחון האמורה נותרת ככלי ריק ואין אפשרות לאכוף אותה; מושקעים מאמצים של יחידת הפיקוח של המנהל האזרחי, חיילי צה"ל, משטרת ישראל, פרקליטים ויועצים משפטיים לפתוח תיקים פליליים לעבריינים לכאורה על תחיקת הביטחון, והכול לשווא, באין פורום משפטי הולם.[21]

עם זאת ניתן אולי להעמיד לדין בעברה של כניסה לשטח צבאי סגור לפי קונסטרוקציה משפטית שונה, אך זו טרם אושרה בפסק דין חלוט של בית המשפט.[22]

יש לציין כי בהחלטת הממשלה נקבע כי החקיקה הנחוצה לתיקון המצב תתבצע בתוך 30 יום מיום 13.3.05 (מועד קבלת החלטת הממשלה). בכך נתנה הממשלה ביטוי לעמדה כי יש צורך חיוני ודחוף בחקיקה זו. ככל הידוע לי הנושא טופל על ידי צה"ל והיועץ המשפטי לממשלה באחרונה (שלהי חודש יוני 2005) וכי הוא עומד לפני סיום.

(ב) חסר מהותי שאינו מגדיר התנהגויות מסוימות כעֲבֵרה פלילית

קיים חסר מהותי בתחיקת הביטחון. מתברר כי ישנן התנהגויות מסוימות שאינן בגדר עֲבֵרה באזור, אף שהיה מקום להגדירן כעֲבֵרה פלילית. למשל, החיקוק העיקרי המטפל בתכנון ובנייה בשטחים הוא חוק התכנון הירדני. חוק זה תוקן בצו בדבר חוק תכנון ערים כפרים ובנינים (יהודה והשומרון) (מס' 418), תשל"א-1971. בית המשפט העליון קבע כי סעיף 34 לחוק הנ"ל אינו קובע כי בנייה ללא היתר בנייה היא בגדר עֲבֵרה פלילית לעצמה (פרשת **מקמילן**).[23]

למעשה לא נאכפה כל סנקציה פלילית בגין בנייה ללא היתר כדין באזור מאז פרשת **מקמילן**. ניסיונות לעקוף קושי זה באמצעות עשיית שימוש בסעיף 287 לחוק העונשין הישראלי – כשלו.

---

21. כתב אישום שהוגש לבית המשפט השלום בכפר סבא, ת"פ (כ"ס) 1500/02 **מדינת ישראל – תביעות ש"י נ' פוגל** (טרם פורסם), בפני כבוד השופטת מימון־שעשוע – בגין עברה של שינוע קרוון בלא היתר לפי תחיקת הביטחון בשילוב סעיף 287 לחוק העונשין תשל"ז-1977 עם תקנה 2(א) לתקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), תשכ"ז-1967 – הסתיים בזיכוי; מחמת אותן קביעות עקרוניות שנמנו בת"פ **פוגל** הנ"ל זוכו נאשמים מעברה של כניסה לשטח A אשר הוכרז כשטח צבאי סגור, עברה לפי הצו בדבר הוראת ביטחון (יהודה ושומרון). ראו ת"פ (כ"ס) 1022/04 **מדינת ישראל נ' טוהר** (טרם פורסם), בפני כבוד השופטת רג'יניאנו; במקרה אחר, שוב מחמת הפרת צו שטח צבאי סגור בת"פ (כ"ס) 1353/04 **מדינת ישראל נ' לבנת** (טרם פורסם), בפני כבוד השופטת נאוה בכור, בית משפט השלום בכפר סבא, הואשם וזוכה נעם לבנת מעֲבֵרה של הפרת הוראה חוקית והפרעה לשוטר במילוי תפקידו בגין שהייה אסורה בגבעה שהוכרזה כשטח צבאי סגור.

22. ניתן להעמיד לדין בעֲבֵרה של הפרת צו כניסה לשטח צבאי סגור לפי סעיף 125 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, אך העמדה לדין לפי קונסטרוקציה משפטית זו טעונה אישור פרקליט המדינה לכל מקרה ומקרה.

23. בג"ץ 4204/91 **מקמילן נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה של המועצה המקומית גבעת־זאב**, פ"ד מו(4) 597, בעמ' 599-600, כבוד השופט ברק.

אך אין זה החסר היחיד שמצאתי בתחיקת הביטחון. מצאתי כי יש להביא לידי תיקון חוק התכנון הירדני לצורך החלת הסדר מקביל לחובת הגשת "טופס 4" בישראל לצורך חיבור מבנה לתשתיות כגון מים חשמל וטלפון, באמצעות חקיקת הוראות דומות ככל האפשר לסעיף 157(א) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965[24] ולתקנה 5 לתקנות התכנון והבניה (אישורים למתן שירותי חשמל, מים וטלפון), תשמ"א-1981.[25]

כן מצאתי כי יש צורך לתקן את הצו בדבר העברת טובין (יהודה והשומרון) והתקנות בדבר העברת טובין (הובלת מבנים יבילים), 1993 אשר מכוחם יהיה ניתן לתפוס קרוון שהונח על הקרקע או חובר לתשתיות ולסלקו מהשטח בהליך מנהלי מקוצר, והכול בתוך פרק זמן קצר שייקבע. חשיבות התיקון נעוצה בעובדה שהקרוונים הם מכשיר מרכזי להקמת המאחזים הבלתי מורשים ואין כלים משפטיים הולמים לטפל בהם כאשר הכנסתם לשטח או שינועם בתוכו נעשים בלא בהיתר או כאשר הם מוצבים במקום שבו אין סטטוס תכנוני להצבה.

יש צורך בחקיקה שתעניק סמכויות נרחבות יותר לטיפול בפולשים שלא כדין לקרקע פרטית של פלסטינים באמצעות תיקון הצו בדבר מקרקעין (סילוק פולשים) (יהודה ושומרון) (מס' 1472), תש"ס-1999.

אין אלה כל התיקונים הנדרשים אלא חלק מהם בלבד.

3. אכיפת חוק בלתי אפקטיבית

הגורמים לאכיפת חוק בלתי אפקטיבית אינם מתמצים בהיעדר חקיקה הולמת, ולא בהקמת המאחזים הבלתי מורשים מתוך מעורבות רשויות המדינה. גורם מרכזי נוסף, אולי ראשון במעלה, הוא **המסר המדיני**, של כל ממשלות ישראל וגורמי שלטון נוספים זה שנים רבות, שהקמת המאחזים הבלתי מורשים אף שמקורה בעבֵרה ובמעשים החורגים מהנהלים המחייבים, היא מעשה חיובי בסך הכול, מעשה של יישוב הארץ. לכן אין צורך לדקדק בפרטים ולא לבדוק בציציות חוקיות הפעולות הנגקטות.

באזור, בשונה מבישראל, לדרג המדיני השפעה מכרעת על אכיפת החוק. בלא המסר המדיני הזה, בין הגלוי ובין הסמוי, לא היו רשויות שונות של המדינה ורשויות ציבוריות יכולות לתמוך ולהיות מעורבות עד צווארן בהקמת המאחזים הבלתי מורשים.

יתרה מזו, מבחינה פורמלית, מסורה תחיקת הביטחון בידי מפקד האזור המוסמך להוציא צווים בכל תחומי החיים. אך בלא החלטה של דרג מדיני[26] בדבר שינויי חקיקה – לא יוציא מפקד האזור צו כלשהו. החסרים שעליהם הצבעתי לעיל ידועים זה שנים למערכת הביטחון, אך הנחיה לחוקק צווים בתחומים החסרים – לא באה. רק במחצית שנת 2004 החלו בעבודות הכנה לחקיקה של כמה צווים נחוצים (אשר טרם גובשו כדי תחיקת ביטחון מחייבת).

---

24. חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, ס"ח 307.
25. תקנות התכנון והבניה (אישורים למתן שירותי חשמל, מים וטלפון), תשמ"א-1981, ק"ת 1042.
26. שר ביטחון ולעתים ראש הממשלה.

ו. תפקידו של צה"ל באזור והשפעת המסר המדיני עליו

תפקידו של צה"ל בכל הנוגע לאכיפת החוק בשטחים הוא תפקיד מורכב. בהתאם לדין הבינלאומי, מפקד האזור הוא האחראי לסדר ולביטחון באזור. משטרת ישראל כפופה למעשה למרותו. האחריות הכוללת לסדר ולביטחון מוטלת אפוא על מפקד האזור.

חיילי צה"ל אמורים לעסוק בביטחון כמשימתם המרכזית – וכך הם רואים את תפקידם ובצדק; תפקיד משטרת ישראל הוא לאכוף את החוק. כדי לאפשר למשטרת ישראל לאכוף את החוק באזור הוקם מחוז ש"י, בעקבות המלצות ועדת החקירה לעניין הטבח במערת המכפלה בחברון התשנ"ד (להלן: ועדת החקירה לעניין הטבח במערת המכפלה).[27]

דא עקא שמלאכת אכיפת החוק על ישראלים באזור נופלת גם על חיילי צה"ל. זאת משום שכוח המשטרה המצוי בשטחים הוא קטן; צה"ל נמצא לעתים ראשון במקום שבו מבוצעות עבֵרות פליליות על ידי ישראלים כאשר המשטרה עדיין לא הגיעה למקום; לעתים מחמת המצב הביטחוני המשטרה כלל אינה יכולה להגיע למקום; אירוע ביטחוני יכול להיהפך בקלות וכהרף עין לזירת עבֵרה פלילית. מי שנמצא ראשון באירועים אלה הם חיילי צה"ל ולא משטרת ישראל.

מחמת תפקידו המורכב של צה"ל בשטחים כונן נוהל אכיפת החוק בשטחים. הנוהל הוא תולדה של אחת מהמלצות ועדת החקירה לעניין הטבח במערת המכפלה שנהפך לחלק מפקודות צה"ל. סמכויות החייל לפי הנוהל הן בחלקן כסמכויות שוטר. בין תפקידי השיטור שהחיילים הוסמכו לבצע נכלל איסוף ראיות לעבֵרות פליליות המתרחשות לנגד עיניהם; חייל מוסמך בנסיבות מסוימות לעצור מתנחלים, למלא דו"ח על ביצוע עבֵרה ועוד.

כל זה להלכה אך לא למעשה

חיילי צה"ל, ואף מפקדיהם, רואים עצמם, כאמור, בראש וראשונה כאחראים לשמירת הביטחון באזור. זוהי מטרתו וזהו ייעודו של הצבא, ועל כך יש קונצנזוס רחב. תפקיד אכיפת החוק על ישראלים איננו נתפס כחלק אינטגרלי מתפקידו של צה"ל. לכך ישנן סיבות מספר, אך התוצאה בפועל היא שחיילים ואף מפקדיהם עושים לא פעם הכול, כדי להשיל מעליהם את גלימת השוטר שבאופן מלאכותי, לשיטתם, הוטלה על כתפיהם.

לא רק שאינם מעוניינים להיות שוטרים; אלא יותר מכך, הם אינם מעוניינים ליטול חלק בעימות בין המתנחלים לבין הפלסטינים על קרקעות ושליטה בשטח; בשנים 2001-2004, ככל שמעשי הטרור הפלסטיני התרבו, וחיילי צה"ל היו עסוקים מטבעם של דברים בשמירת הביטחון והגנה על עצמם, על המתנחלים ועל המדינה – כך פעולות אכיפת החוק על מתנחלים, בכל הקשור להקמת המאחזים הבלתי מורשים, הלכו והתרופפו. מוכרת באזור

27. ועדת החקירה לעניין הטבח במערת המכפלה בחברון בראשות נשיא בית המשפט העליון בדימוס השופט שמגר הגישה לממשלת ישראל בשנת 1994 דו"ח בנוגע לטבח שביצע ד"ר גולדשטיין במערת המכפלה בחברון. אחת מההמלצות היו הקמת מחוז משטרה מיוחד בשטח יהודה ושומרון וזאת לנוכח היעדר אכיפת חוק אפקטיבית וראויה על ישראלים ביהודה ושומרון בעבֵרות על רקע אידאולוגי.

תופעת "הוצאת קיטור" של מתנחלים לאחר פיגוע, ותפיסת שטח להקמת מאחז בלתי מורשה בקרבת מקום הפיגוע. במוקד הפעילות של חיילי צה"ל עומדים ענייני ביטחון. אכיפת החוק על המתנחלים בכל הנוגע להקמת מאחזים בלתי מורשים זוכה לא פעם להתעלמות.

רוח המפקד השורה על החיילים היא שהקמת המאחזים הבלתי מורשים היא מעשה ציוני. לכן יפה לו העלמת העין והקריצה.

עוד אוסיף כי דוגמה בולטת להיעדר אכיפה שמקורה בדרג המדיני היא אי ביצוע צווי תיחום. לעניין זה חומרה מיוחדת שכן אין מדובר במחדל של היעדר אכיפה אלא בהפסקת תהליך אכיפה לאחר שבית המשפט העליון אישר אותו. הפסקת האכיפה מעבירה מסר ברור למתנחלים, לחיילים, לשוטרים ולציבור בכלל, כי אין כוונה אמיתית לפנות את המתנחלים ממאחזים בלתי מורשים, וכי הדרג המדיני מדבר בשני קולות. הצהרות שלוחיו בבית המשפט העליון – המגנים על הוצאת צו התיחום – נותרות חלולות, בהיעדר ביצוע הצו, אף שאין כל עילה משפטית לעכב את ביצועו.

קושי נוסף טמון בהעברת מסר רך מדי, לעתים באמצעות חיילי צה"ל, בנוגע לעבריינות של מתנחלים, גם כלפי החיילים עצמם. תוצאת היחס הסלחני כלפי מפרי החוק, היא התגברות מעשי הפרת החוק, במצח נחושה ובלא חשש.

ז. משטרת מחוז ש"י

משטרת ישראל הקימה את מחוז ש"י לפי החלטת הממשלה שאימצה את המלצת ועדת החקירה לעניין הטבח במערת המכפלה שאומצה על ידי הממשלה. ההמלצה להקים את המחוז באה משום היעדר אכיפה הולמת של החוק בשטחים בעברות על רקע אידאולוגי.

בחינת פעילות משטרת מחוז ש"י מעלה קשיים לא מעטים שעל משטרת המחוז להתמודד עמם, והם ייחודיים למחוז זה.

הקשיים העיקריים שמשטרת מחוז ש"י נאלצת להתמודד עמם אינם מתמצים רק בכוח השוטרים הקטן העומד לרשותה, ואף לא בפעילות העבריינית הנרחבת המתרחשת בשטח בכל הנוגע להקמת המאחזים הבלתי מורשים; משטרת ישראל תלויה לא פעם בדיווח ובמסירת עדויות של חיילי צה"ל על אשר ראו עיניהם. לא תמיד נמסר דיווח כאמור; הפלסטינים אינם מזדרזים למסור תלונות למשטרת מחוז ש"י, מטעמים רבים, והתוצאה בפועל היא מחסור בעדויות רלוונטיות ולעתים קריטיות כדי לקיים חקירה אפקטיבית. משטרת מחוז ש"י נאלצת להתמודד עם אוכלוסייה שחלקה רואה בה (אמנם חלק קטן ואין להקיש ממנו על הכלל) נציגות של "שלטון זר" כמעט. הדבר בולט במיוחד בחברון, אך גם במוקדים נוספים באזור.

בעיה מיוחדת נודעת לתיקי הקרקעות – אותם תיקים הרלוונטיים לתפיסת קרקעות שלא כדין והנוגעת לשאלת הזכויות בקרקע. לשם העמדה לדין בעֵבֵרה של הסגת גבול פלילית, יש צורך להוכיח מי המחזיק או הבעלים של קרקע. כאמור, רוב הקרקעות לא עברו הליך של הסדר מקרקעין ויש קושי להוכיח מי בעליהם. גם הוכחת חזקה בקרקע היא בעייתית. כמו כן מתעוררות שאלות מתחום הדין המהותי של דיני המקרקעין, דין מסובך ומורכב מרבדים של דין עותומני, ירדני ומנדטורי, ותחיקת הביטחון. אין לשוטרי משטרת ש"י יכולת מעשית לטפל בנושא. עקב בעיות קשות אלה, כמעט לא מוגשים כתבי אישום בגין מעשים אלה.

ח. סיכום

דברי יוחדו לכאורה לסוגיית אכיפת החוק **באזור**, אך אין לשגות במשמעות הדברים. לא רק באזור יהודה ושומרון מדובר כאן, אלא לא פחות, ואולי בעיקר – במדינתנו שלנו, מדינת ישראל.

אמנם המאחזים מוקמים באזור ולא בתחום מדינת ישראל, אך המתנחלים המשתתפים בהקמתם והרשויות שפועלות להקמתם – ישראלים הם.

ממצאי חוות הדעת מלמדים כי הפרות החוק הרלוונטיות לסוגיית הקמת המאחזים הן הפרות חוק רבות, מאספקטים שונים של החוק, נמשכות זה שנים, בוטות, וחלקן מבוצע על ידי מוסדות המדינה ורשויותיה.

הפגיעה המסתברת של התנהלות בלתי חוקית זו היא הרת אסון, במיוחד הפרות החוק הנעשות על ידי רשויות המדינה וגופים ציבוריים. היא פוגעת בהסכמה החברתית הרחבה בדבר החובה לציית לחוק, עליה מושתת המשטר הדמוקרטי. היא פוגעת באמון הציבור ברשויות השלטון; היא משמשת דוגמה רעה לאזרח; היא מעודדת הפרת חוק גם בתחומים אחרים.

היא פוגעת פגיעה קשה בעקרון שלטון החוק.

מדינת ישראל חרתה על דגלה הנורמטיבי את היותה מדינה דמוקרטית. כך נקבע בהכרזת העצמאות, המסמך המכונן שלה, ובחוקי היסוד שלה. זה הדבק המחבר בין כל אזרחיה המאפשר להם לחיות יחדיו במסגרת מדינית אחת.

משטר דמוקרטי ועקרון שלטון החוק הם שניים, שאין להפרידם. האחד לא ייכון בלי האחר.

ממצאי חוות הדעת מחייבים את המסקנה שההתנהלות האמורה של רשויות המדינה, ואופן טיפולה הלקוי עד כה בעניין זה עלולים לכרסם ביסודות המשטר הדמוקרטי ולפגוע בו.

נושא ההתנחלות באזור הוא נושא שנוי במחלוקת עזה בציבור הישראלי. יש מי שתומך בו בלהט ויש מי שמתנגד לו. מדיניות ההתנחלות באזור מן הדין שתוחלט על ידי הממשלה שנבחרה כדין.

אך כל מדיניות ממשלתית כפופה לחוק. כל פקיד וכל נבחר ציבור – כולם כפופים לחוק. ניתן להוביל מדיניות אך ורק במסגרת החוק.

הנעשה באזור כמתואר לעיל איננו עניין של השקפה פוליטית ומדינית בלבד. זהו עניין הקשור בטבורו לשלטון החוק ולאכיפת חוק, באזור ובישראל.

חוות הדעת מפרטת המלצות רבות בעניינים שונים שנועדו להביא לידי הפסקת ההתנהלות המתוארת. בימים אלה טרם סיימה ועדת השרים שהתמנתה לכך את תפקידה והיא עדיין יושבת על המדוכה. כל שאוכל לומר לסיום דברי כאן הוא שיש לאחל לכולנו שהמלצותיה יתנו מענה לקשיים ולכשלים, שרק את חלקם הצגתי ברשימה זו.