

# על ההחלה הקולוניאלית-התיישבותית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בבג"ץ חוק ההסדרה

מאת

**סוהאד בשארה\***

## תקציר

מאמר זה ידון בפסק דינו של בית המשפט העליון אשר פסל את החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017, בשל פגיעתו הבלתי מידתית בזכויות בעלי הקרקע הפלסטינים לקניין, לשוויון ולכבוד. פסק הדין פסח על דיון והכרעה משפטיים בשאלות העקרוניות של סמכות הכנסת לחוקק חוק החל באופן ישיר על השטחים הכבושים וכפיפותה של הכנסת לכללי המשפט הבינלאומי בחקיקה מעין זו, ובחן את חוק ההסדרה במבחני פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – פגיעה בזכויות, תכלית ראויה ומידתיות. על אף ההישג בביטול חוק ההסדרה, קריאה מעמיקה וביקורתית של פסק הדין מגלה בו קונסטרוקציה נורמטיבית בעייתית בהחלת חוק היסוד בממשק שבין זכותו המוגנת של בעל הקרקע הפלסטיני מחד גיסא לבין המתנחל הישראלי ורשויות הכיבוש מאידך גיסא. אטען, כי החלה זו של חוק היסוד בהקשר של ביטול חוק ההסדרה הינה קולוניאלית-התיישבותית במהותה, ומשרתת אינטרסים פוליטיים, מדיניים ולאומיים התיישבותיים של ישראל בשטחים הכבושים. במקרה דנן הדבר מתבטא בפריסת הגנה חוקתית ישראלית על אינטרסים פריווילגיים של המתנחלים בגדה המערבית, המעניקה מסגרת דוקטרינרית ל"זכותם" להתנחל ולתבוע, לשם כך, את קרקעותיו של הפלסטיני. החלה קולוניאלית-התיישבותית זו מתבטאת בכל שלב משלבי הבחינה המשפטית שבפסק הדין – אי-הכרעה בשאלות העקרוניות של סמכות הכנסת וכפיפותה לכללי המשפט הבינלאומי; תחימת הזכויות הנפגעות; בחינת תכליות החוק; ויישום מבחני המידתיות.

---

\* מנהלת המחלקה לזכויות קרקע ותכנון בעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ומועמדת לדוקטורט בקינג'ס קולג' לונדון (KCL). הכותבת ייצגה כעוה"ד המובילה בעתירת עיריית סלואד נגד החוק. אני מבקשת להודות לקולגה שלי וידידי עוה"ד חסן ג'בארין על שיחות מפרות והערות בונות שהועילו לי רבות, לידידי עו"ד פאדי ח'ורי, עו"ד סוהיר אסעד וארי רמז על הערותיהם במהלך כתיבת המאמר. אני מבקשת להודות מקרב לב לחברי מערכת עיוני משפט ולקורא/ת החיצוני/ת שהערותיהם שיפרו מאמר זה באופן ניכר.

## מבוא

- א. מסגרת הניתוח: הימנעות מהכרעות עקרוניות והחלת המשפט החוקתי הישראלי
  - ב. סיווג הפגיעה בזכויות: מסגרת זכויות מכפיפה
  - ג. בחינת התכלית: העלמת הפלסטיני לצורך הכשרת התכלית
  - ד. מבחני המידתיות: סלילת הדרך למפעל ההתנחלויות על קרקע הפרט הפלסטיני
- סיכום

## מבוא

מאמר זה ידון בפסק דינו של בית המשפט העליון אשר פסל את החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017 (להלן: חוק ההסדרה או החוק),<sup>1</sup> בשל פגיעתו הבלתי מידתית בזכויות בעלי הקרקע הפלסטינים לקניין, לשוויון ולכבוד.<sup>2</sup> החוק, שהיה שנוי במחלוקת פוליטית, אושר בכנסת בפברואר 2017 ונועד לאפשר הפקעת קרקע בגדה המערבית מידי פלסטינים בעלי או תובעי הזכויות בה והקצאתה לישראלים מתנחלים, ובכך "להסדיר" – מבחינת המשפט הישראלי הפנימי – התנחלויות בגדה המערבית שנבנו על קרקעות פלסטיניות פרטיות. לשם מימושו קבע החוק מסגרת זמן קצרה של פעולות רישום זכויות במקרקעין, נטילת זכויות השימוש והחזקה בהם והקצאת הזכויות למתנחלים.<sup>3</sup> החוק בא על רקע בניית חלק מההתנחלויות בשטחי הגדה המערבית שלא בהתאם לנוהלי המנהל האזרחי ועל מקרקעין שלא נועדו לכך. מפסק הדין עולה כי עד שנת 2016 בנתה ישראל על אדמות בבעלות פלסטינית פרטית בגדה המערבית 3,455 מבנים, מתוכם 1,285 בתי מגורים או מוסדות ציבור.<sup>4</sup>

בשונה מהחלת החוק הישראלי על מזרח ירושלים כתוצאה מהסיפוח החד-צדדי והבלתי חוקי, חוק ההסדרה הינו הראשון מסוגו אשר הוחל באופן ישיר על האוכלוסייה

<sup>1</sup> חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017, ס"ח 410.

<sup>2</sup> בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת, פס' 108–111 לפסק הדין של הנשיאה חיות (נבו 09.06.2020). התיק נשמע במאוחד עם עתירה נוספת אשר הוגשה בעניין (ראו כתב העתירה בבג"ץ 2055/17 ראש מועצת הכפר עין יברוד נ' הכנסת [נבו 05.03.2017]). פסק הדין ניתן ברוב של 8 שופטים (השופטים חיות, פוגלמן, ברון, מזוז, עמית, ברק-ארוז, הנדל ומלצר) מול דעתו החולקת של השופט סולברג.

<sup>3</sup> ראו דברי הסבר להצעת חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2016, ה"ח הכנסת 44, 44–45; ס' 3–5 לחוק ההסדרה, לעיל ה"ש 1.

<sup>4</sup> עניין סלואד, לעיל ה"ש 2, בפס' 15–16 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

המוגנת בשטחי הגדה המערבית ללא שינוי מעמדם של שטחים אלה.<sup>5</sup> זהו פסק הדין הראשון שבו החיל בית המשפט העליון את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: "חוק היסוד") באופן מפורש וישיר לבחינת זכויות הפלסטינים בשטחי הגדה המערבית ובמסגרתו, כאמור, נפסלה חקיקה ראשית אשר הוחלה באופן אקס-טרה-טריטוריאלי. פסק הדין פסח על דיון משפטי בשאלות העקרוניות של סמכות הכנסת לחוקק חוק החל באופן ישיר על הגדה המערבית – שטח כבוש – וכפיפותה של הכנסת לכללי המשפט הבינלאומי בחקיקת חוק ההסדרה ובחן את החוק במבחני חוק היסוד – פגיעה בזכויות, תכלית ומידתיות. לכן הוא מספק הזדמנות תקדימית שמאפשרת להתעמק בשאלת ההשלכות של החלת חוק היסוד בשטחי הגדה המערבית על האוכלוסייה הפלסטינית.

במאמר זה אטען כי החלת חוק היסוד בפסק הדין בעניין חוק ההסדרה נעשתה בתנאים של שליטה והכפפה יהודית לאומית החותרים תחת ההגנות המוענקות לאוכלוסייה המוגנת על פי המשפט הבינלאומי, וכי זוהי החלה חוקתית קולוניאלית-התיישבותית של חוק היסוד בשטח הגדה המערבית.

קולוניאליזם התיישבותי חולק תכונות רבות עם צורות אחרות של משטר קולוניאלי, אבל יש לו דינמיקה משלו ומאפיינים ייחודיים המתבטאים, בין היתר, בהבטחת שטחים, השגתם והמשך ההחזקה בהם, פיתוח התיישבות ארוכת טווח או קבועה ומיסוד פריוילגיות למתנחלים, ומלווה בשלילת זכויות של האוכלוסייה הילידית המקומית.<sup>6</sup> לפיכך, כוונתי בהחלה קולוניאלית-התיישבותית כאן היא למצב שבו ההחלה האקס-טרה-טריטוריאלי של המסגרת החוקתית הישראלית – המטמיעה זהות לאומית אתנית יהודית כמאפיין מרכזי שלה<sup>7</sup> – משרתת, הלכה למעשה, אינטרסים

<sup>5</sup> חוק ההסדרה גם שונה מחוקי הכנסת אשר הוחלו באופן ישיר על המתנחלים בשטחי הגדה המערבית, בכך שהוא מוחל באופן ישיר על האוכלוסייה המוגנת באזור.

<sup>6</sup> להגדרת קולוניאליזם התיישבותי ודיון תאורטי בו ראו למשל PATRICK WOLFE, SETTLER COLONIALISM AND THE TRANSFORMATION OF ANTHROPOLOGY: THE POLITICS AND POETICS OF AN ETHNOGRAPHIC EVENT (1999); Patrick Wolfe, *Settler Colonialism and the Elimination of the Native*, 8 J. GENOCIDE RES. 387 (2006); SETTLER COLONIALISM IN THE TWENTIETH CENTURY: PROJECTS, PRACTICES, LEGACIES (Caroline Elkins & Susan Pedersen eds., 2005); LORENZO VERACINI, SETTLER COLONIALISM: A THEORETICAL OVERVIEW (2010); Udo Krautwurst, *What is settler colonialism? An anthropological meditation on frantz fanon's "concerning violence"*, 14 HIST. & ANTHROPOLOGY 55 (2003). לעניין הקשר בין כיבוש הגדה המערבית וקולוניאליזם

ראו: U.N. Human Rights Council, Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied since 1967, U.N. Doc. A/HRC/4/17 (Jan. 29, 2007) <https://digitallibrary.un.org/record/593075?ln=en#record-files-collapse-header>

<sup>7</sup> לעניין הטמעת הזהות האתנית במסגרת החוקתית הישראלית ראו למשל MAZEN MASRI, THE DYNAMICS OF EXCLUSIONARY CONSTITUTIONALISM: ISRAEL AS A JEWISH AND

פוליטיים, מדיניים ולאומיים התיישבותיים של מדינת ישראל בגדה המערבית, המתבטאים בפריסת הגנה חוקתית ישראלית על אינטרסים פריוילגיים של המתנחלים והמעניקה מסגרת דוקטרינרית ל"זכותם" להתנחל ולתבוע, לשם כך, את קרקעותיו של הפלסטיני.<sup>8</sup>

השאלה של תחולת חוקי היסוד באופן אקסטרה-טריטוריאלי בשטחי הגדה המערבית העסיקה חוקרים מספר מתחום המשפט והייתה מושא כתיבה אקדמית לא מעטה בעשור האחרון.<sup>9</sup> הכתיבה במרביתה מנסה לאפיין את חוסר הקוהרנטיות

---

DEMOCRATIC STATE (2017); Hassan Jabareen, *The Constitutional Conception of the "Jewish and Democratic" State*, in THE MEANING OF A JEWISH STATE 33 (Honaïda Ghanim & Antwane Shalhat eds., 2011) (Arabic); Raef Zreik, *The Persistence of the Exception: Some Remarks on the Story of Israeli Constitutionalism*, in THINKING PALESTINE 131 (Ronit Lentin ed., 2008); Raef Zreik, *Notes on the Value of Theory:*

*Readings in the Law of Return – A Polemic*, 2 L. & ETHICS HUM. RTS. 1, 13 (2008) במאמרו על החוקה הקולוניאלית ג'בארין נשען על תפיסת נתיני האויב וטוען להשעיית המשפט החוקתי והדין הבינלאומי, בהקשר של איחוד משפחות בין פלסטינים בישראל, מזרח ירושלים, הגדה המערבית ועזה. ג'בארין טוען כי הפסיקה בעניין איחוד משפחות מראה כי החלטות בית המשפט יוצרות שליטה גזעית, ללא קשר לחוקים הכתובים, באמצעות החלטה על החרג (exception) בהמשגתו השמיטיאנית. זוהי חוקה קולוניאלית, לפי ג'בארין, אשר חותרת תחת זכויותיהם של הפלסטינים באשר הם. הוא טוען כי בית המשפט שלל את הזכות החוקתית לחיי משפחה פלסטינים מאז 1948, והחיל תפיסה אחת של ריבונות, ללא קשר לכללי הזיהוי. ראו Hassan Jabareen, *How the Law of Return Creates One Legal Order in Palestine*, 21 THEORETICAL INQUIRES L. 459 WOLFE, SETTLER (2020). להרחבה על אודות פרדיגמת הקולוניאליזם ההתיישבותי ראו Wolfe, Settler Colonialism and the Elimination of the Native, 6 LEZIL H"ש ; Lorenzo Veracini, *The Settler Colonialism, Israel, and the Occupation*, 42 J. PALESTINE STUD. 26 COLONIALISM IN THE TWENTIETH CENTURY Other Shift: Settler Colonialism, Israel, and the Occupation, 6 LEZIL H"ש ; (2013); THE ROUTLEDGE HANDBOOK OF THE HISTORY OF SETTLER COLONIALISM (Edward Cavanagh & Lorenzo Veracini eds., 2017)

ראו למשל ליאב אורגד "חוקה של מי ובעבור מי? על היקף תחולתם של חוקי-היסוד" משפט וממשל יב 145 (2009); חסן ג'בארין "ביקורת על לימודי המשפט הישראלי: מרכזיותו של הפוליטי הנפקד מהם – סוף דבר לגיליון 'עזה במשפט'" עיוני משפט מג Adam Shinar, *Israel's External Constitution: Friends, Enemies and the* ; (2020) 505 Constitutional/ Administrative Law Distinction, 57 VA. J. INT'L L. 735 (2018); Yael Ronen, *Applicability of Basic Law: Human Dignity and Freedom in the West Bank*, 46 ISR. L. REV. 135 (2013); Smadar Ben-Natan, *Constitutional Mindset: The Interrelation*

בפסיקת בית המשפט העליון בעניין, לספק הסברים תאורטיים לכך או לדון בהשלכות של תחולה כזו ומשמעותה על האוכלוסייה המוגנת בשטח הכבוש. ליאב אורגד מתבסס על ההנחה כי החלת המשפט החוקתי הישראלי על הפלסטינים בשטחי הגדה המערבית תביא להגברת ההגנה על זכויות האדם של הפלסטינים, ומציע אימוץ גישה פונקציונלית שלפיה תחולת חוקי היסוד תהיה על כל רשות שלטונית ישראלית, על כל הפעלת סמכות שלטונית "בכל זמן, בכל מקום וכלפי כל אדם".<sup>10</sup> אורגד מנמק כי מן הראוי לשאוף לפרשנות המעניקה את מרב ההגנות על זכויות האדם ועל כן "פרשנות המתחמת את הגנתם של חוקי-היסוד לשטחה של ישראל יש בה כדי לצמצם את ההגנה על זכויות האדם החוקתיות, וזאת דווקא כאשר ההצדקה להגנה עליהן חזקה יותר בשל הסיכון הגבוה להפרתן כאשר הפעילות השלטונית נעשית 'אי שם'".<sup>11</sup> ניתן בהחלט לקרוא כי פסק הדין בעניין חוק ההסדרה מתחבר עם גישה זו ברמה הפונקציונלית, שכן בית המשפט יצא מנקודת מוצא מעשית הבוחנת את חוקתיות חוק ההסדרה על פי העקרונות החוקתיים הקבועים בחוק היסוד וביטל את החוק.<sup>12</sup> אך כפי שאפרט בהמשך, התוצאה של החלה כזו בהקשר החוק הינה בעייתית. אדם שנער וחסן ג'בארין, לעומת זאת, אינם דנים בשאלה אם החלת חוקי היסוד הישראליים על השטחים הכבושים היא מהלך נורמטיבי רצוי או ראוי, אך בהישען על ההמשגה השמיטיאנית ל"אויב", שנער טוען כי תפיסת הפלסטינים כקבוצת איום וכאויב היא זו שמצדיקה, בין היתר, את השעיית ההגנות החוקתיות על ידי בית המשפט העליון, וג'בארין טוען כי תפיסת האויבות משעה את ההגנות המשפטיות – הן החוקתיות והן אלה המעוגנות במשפט הבינלאומי.<sup>13</sup>

---

*Between Constitutional Law and International Law in the Extraterritorial Applicability of Human Rights*, 50 ISR. L. REV. 139 (2017); DAVID KRETZMER & YAËL RONEN, THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES 91-7 (2nd edition, 2021); Aeyal M. Gross, *Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation?*, 18 EUR. J. INT'L L. 1, 1 (2007)

אורגד, לעיל ה"ש 9, בעמ' 189. גישה זו נשענת בעיקר על השקפת אוניברסליות העקרונות של זכויות האדם בחוקה ומאפיינת גם את הכתיבה על אודות החלת החוקה האמריקאית בגואנטנמו לפני ואחרי פסק הדין בעניין בומדיין ( Boumediene v. Bush, 128 S. Ct. 2229 (2008)). ראו למשל Kal Raustiala, *The Geography of Justice*, 73 FORDHAM L. REV. 2501 (2005); Fiona de Londras, *Guantánamo Bay: Towards Legality?*, 71 MOD. L. REV. 36 (2008)

אורגד, לעיל ה"ש 9, בעמ' 177.

עניין סלואד, לעיל ה"ש 2, בפס' 33 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

ג'בארין, לעיל ה"ש 9, בעמ' 512–517, 522–525, Shinar; לעיל ה"ש 9, בעמ' 754–760. שנער טוען, בין היתר, כי תפיסת הפלסטינים כקבוצת איום על הזהות הפוליטית הישראלית מעוררת רתיעה שהלכה למעשה מדירה את הקבוצה הזאת מתחולת ההגנות

במאמר זה, אבקש לאתגר את הכתיבה הנ"ל ולערער על ההנחה כי החלת חוק היסוד בגדה המערבית תביא להגברת ההגנה על זכויות האדם של הפלסטינים. אטען כי פסק הדין בעניין חוק ההסדרה מהווה מקרה בוחן שבו דווקא כן הוחלה המסגרת החוקתית הישראלית – חוק היסוד – גם על מי שנתפס כ"אויב", אך החלה זו יצרה דוקטרינה נורמטיבית בעייתית שיכולה להכשיר את שלילת זכויותיו של הפלסטיני המוגן. בכך אני מבקשת להוסיף ממד נוסף – קולוניאלי-התיישבותי – לספרות המשפטית שהתייחסה לסכנות הטמונות בהחלה של חוק היסוד בגדה המערבית, ובין היתר בנגיסה בזכויות המוגנות של האוכלוסייה הפלסטינית על פי המשפט הבינלאומי החל. אייל גרוס היה מהראשונים אשר ביקרו את הגישה המבקשת למזג את דיני "זכויות האדם" – חוקי היסוד ומשפט זכויות האדם הבינלאומי – יחד עם המשפט הבינלאומי ההומניטרי במצב של כיבוש. גרוס טוען כי גישה זו עלולה לחתור תחת ההגנות שבמשפט הבינלאומי ההומניטרי ולהכשיר את הפרתו מאחר שהיא רואה הן את האוכלוסייה המוגנת והן את אזרחי המדינה הכובשת במעמד שווה.<sup>14</sup> הטעמים

החוקתיות ומובילה לאי-הכללתה בזהות החוקתית/פוליטית של מדינת ישראל – מה שהוא מגדיר כהדרה חוקתית (constitutional exclusion).

<sup>14</sup> Gross, לעיל ה"ש 9. בהקשר הרחב של שיח הזכויות והשלכותיו על זכויות האוכלוסייה המוגנת בשטחים הכבושים משנת 1967 ראו למשל Smadar Ben-Natan, *Self-Proclaimed Human Rights Heroes: The Professional Project of Israeli Military Judges*, LAW & SOC. INQUIRY 1 (2021). מאמר זה בוחן את השילוב של שיח זכויות האדם על ידי בחינת האופן שבו שופטים צבאיים ישראלים בשטחים הפלסטיניים הכבושים משתמשים בזכויות אדם כהון מקצועי. בהקשר הזה ראו גם: סמדר בן-נתן "יושבים בתוך עמם: החלת המשפט הישראלי בכתי המשפט הצבאיים בשטחים" *תאוריה וביקורת* 43, 45 (2014); Yaël Ronen, *Blind in Their Own Cause: The Military Courts in the West Bank*, 2 CAMBRIDGE J. INT'L & COMP. L. 739 (2013); Stefano Silingardi, *Belligerent Occupation and ITS Discontents: On the Relationship between International Human Rights Law and Belligerent Occupation's Law*, 19 GLOBAL JURIST (2019) 1, מאמר הדין בשאלה כיצד פרקטיקות של כוחות כיבוש הושפעה ממשפט זכויות האדם הבינלאומי, ועד כמה (אם בכלל) תתרומנה נורמות זכויות אדם למילוי החסר והפרצות של המסגרת הנורמטיבית הקיימת בנושא התפיסה הלוחמתית; NICOLA PERUGINI & NEVE GORDON, *THE HUMAN RIGHT TO DOMINATE* (2015). ספר זה חוקר כיצד המדיניות הביטחונית של ישראל מתחברת לכוח המדינה ולאידאולוגיה שלה, ודין באופן שבו כוח זה מחלחל ברמות כה רבות של כיבוש ישראל בשטחים ובאופן שבו משטר זכויות האדם שימש לנורמליזציה של היחסים הקולוניאליים בין ישראלים לפלסטינים; KRETZMER & RONEN, לעיל ה"ש 9, בעמ' 91–97. שם הכותבים סוקרים באופן ביקורתי את השימוש של בית המשפט העליון במשפט זכויות האדם הבינלאומי בשטחים הכבושים; Hedi Viterbo, *Rights as a Divide-and-Rule Mechanism: Lessons from the Case of Palestinians in Israeli Custody*, 43 LAW & SOC. INQUIRY 764 (2018).

שעמדו בבסיס ביקורתו של גרוס דומים במהותם לאלה שהועלו, מאוחר יותר, בסוגיה של החלת חוקי היסוד בגדה המערבית. יעל רונן מסבירה כי התרומה של הגנה על זכויות אדם באמצעות החלה אקסטר-טריטוריאלית של חוק היסוד היא מינורית לכל היותר, וזאת מחמת חפיפה בין המשפט החוקתי ומסגרות משפטיות נוספות, כגון המשפט המנהלי הישראלי ומשפט זכויות האדם הבינלאומי.<sup>15</sup> יחד עם זאת, רונן מדגישה כי קיים קושי עקרוני בהחלת הדין החוקתי הישראלי בשטחי הגדה המערבית, בייחוד בהקשר של החלתו על מערך "זכויות" המתנחלים, וטוענת, בין היתר, כי החלה כזו מציבה סטנדרט משפטי חדש אשר מביא לשינוי במערך הזכויות והחובות על פי הדינים קיימים,<sup>16</sup> אם כי היא מבהירה כי אחת החולשות להחלת המשפט המנהלי היא שדרכו אי אפשר לבחון חקיקה של הכנסת. לכן, לפי רונן, הסתמכות על חוק היסוד עשויה להיות מועילה במקרים חריגים שבהם לחקיקה ראשית של הכנסת יש השפעה בגדה המערבית, טענה שעליה אחלוק במאמר זה. גם דוד קרצ'מר ויעל רונן, בספרם האחרון, מנתחים באופן ביקורתי את החלת חוקי היסוד בשטחי הגדה המערבית וטוענים כי בחלק מהמקרים החלה כזו הכפיפה את דיני הכיבוש למשפט החוקתי הישראלי והכשירה, הלכה למעשה, מעשים של רשויות הכיבוש האסורים על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. יחד עם זאת, קרצ'מר ורונן סבורים שפסק הדין בעניין חוק ההסדרה מציג גישה חדשה ליחסים בין המתנחלים לפלסטינים המבליטה את חוסר האיזון האינהרנטי בין שתי הקבוצות, משום שלראשונה היה בית המשפט מוכן לבחון את ההשלכות של החלת נורמות משפטיות שונות על מתנחלים ישראלים ופלסטינים תושבי השטחים כבושים. לדעתם, הקביעה של פסק הדין כי חוקי היסוד חלים על כל חקיקה של הכנסת מבוססת על התפיסה כי לא יעלה על הדעת שהכנסת יכולה לפעול בגדה המערבית ללא הכפפה של חקיקה זו לערכי יסוד המיועדים להגנה על זכויות אדם, של כל אדם.<sup>17</sup> גישה דומה במהותה הובעה במאמרם של יובל שני ועמיחי כהן בסמפוזיון בכרך זה על אודות פסק הדין.<sup>18</sup> גם מגישה זו דרכי נפרדת כאשר אטען כי קריאת פסק הדין ממבט הקולוניאליזם ההתיישבותי מבליטה גישה המבנה ומנציחה את נחיתות עמדת הכוח של הפלסטיני לתוך המערך הנורמטיבי שהוחל.

מאמר זה חוקר את השילוב של דיני זכויות האדם, בייחוד בזכויות ילדים, בהקשר של פלסטינים במעצר בישראל ואיך שילוב זה נתן לישראל כלים חדשים של משילות.

<sup>15</sup> Ronen, לעיל ה"ש 9.

<sup>16</sup> שם, בעמ' 160. ביקורת דומה הועלתה על ידי תמר הוסטובסקי ברנדס ודפנה ברק-ארז, אשר טוענות כי החלת המשפט המנהלי והחוקתי הישראלי בשטחים הכבושים מחלישה את הדין הבינלאומי ואף מחליפה אותו בחלק מהמקרים. ראו Tamar Hostovsky Brandes, *The Diminishing Status of International Law in the Decisions of the Israeli Supreme Court Concerning the Occupied Territories*, 18 INT'L J. CONST. L. 767 (2020); Daphne Barak-Erez, *Israel: The security barrier – between international law, constitutional law, and domestic judicial review*, 4 INT'L J. CONST. L. 540 (2006).

<sup>17</sup> KREZMER & RONEN, לעיל ה"ש 9, בעמ' 99–117.

<sup>18</sup> יובל שני ועמיחי כהן "כיבוש, סיפוח וחוק ההסדרה" פורום עיוני משפט מה (2021).

אטען כי ההחלה הקולוניאלית ההתיישבותית מתבטאת בכל שלב משלבי הבחינה המשפטית שבפסק הדין, כשכל שלב מוסיף נדבך בהחלה זו: ראשית, אי הכרעה בשאלות העקרוניות של סמכות הכנסת וכפיפותה לכללי המשפט הבינלאומי הולידה חלל משפטי שאפשר החלה של חוק היסוד תוך כדי ניתוק קונטקסט הכיבוש ודחיקתו של המשפט הבינלאומי ההומניטרי האוסר באופן מוחלט על הפקעת קרקע הפרט לקידום התנחלויות בשירות אינטרסים פוליטיים של ישראל. זהו מהלך אשר הוביל גם לניתוק הקשר הזכויות הקולקטיביות של העם הפלסטיני. בנוסף, הישענות על חוק היסוד כמקור הנורמטיבי המכריע לתחימת הזכויות הנפגעות – הזכות לקניין, לשוויון ולכבוד – השליכה על התוויית מהותן והיקפן של זכויות אלה, החותרת תחת ההגנות הבינלאומיות על זכויותיהם של הפלסטינים ונרמול יחסי הכוח בין האוכלוסייה המוגנת והמתנחלים, דרך מסגרת חוקתית ישראלית. כמו כן, יישום מבחן התכלית הציב את המתנחל ויחסיו עם רשויות מדינתו הכובשת במרכז הניתוח המשפטי, וכך נקבע, בניגוד לדיני הכיבוש, כי הצורך במניעת הריסת התנחלויות ופינוי מתנחלים באזור הינו תכלית ראויה. לבסוף, תכלית ראויה זו אפשרה יישום מבחני המידתיות תוך כדי אימוץ עקרון האמצעים ה"חלופיים" המעניקים למתנחל הישראלי, במקרים מסוימים, את הכוח לתבוע את קניינו הפרטי של הפלסטיני.

מאמר זה מהווה ניתוח ביקורתי של פסק הדין בעניין חוק ההסדרה ולאופן החלת חוק היסוד בהקשרו, ואיני מבקשת בשלב זה להעלות טיעון כללי ונרחב על אודות המשמעות של החלת חוק היסוד על האוכלוסייה הפלסטינית בגדה המערבית. טיעון נרחב מעין זה מצריך מחקר נרחב יותר שהינו מעבר למטרתו ולהיקפו של מאמר זה.

הניתוח במאמר ילווה את שלבי הבחינה המשפטית שבפסק הדין. **בחלק א** אתייחס למשמעות הנורמטיבית של אי הכרעה בשאלות העקרוניות של סמכות הכנסת לחוק חוק החל באופן ישיר על השטחים הכבושים וכפיפותה של הכנסת לכללי המשפט הבינלאומי בחקיקה מעין זו; **בחלק ב** אדון בסיווג הפגיעה בזכויות חוקתיות; **בחלק ג** אדון במבחן התכלית הראויה; **בחלק ד** אנתח את יישום מבחני המידתיות; **בסיום** יבוא הסיכום.



## א. מסגרת הניתוח: הימנעות מהכרעות עקרוניות והחלת המשפט החוקתי הישראלי

החלטת הרוב בפסק הדין בחרה שלא לדון ולא להכריע בשאלות עקרוניות העולות מהעיתרות. אלו הן שאלת סמכותה של הכנסת לחוקק חוק אשר יש לו תחולה ישירה על הגדה המערבית; שאלת תחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על האוכלוסייה הפלסטינית שם, הכרוכה בשאלת הסמכות,<sup>19</sup> וכן שאלת כפיפותה של הכנסת בחקיקה מעין זו לכללי המשפט הבינלאומי החלים בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית, אם כי בית המשפט הביע כי שאלות אלה, בהקשר של חוק ההסדרה, "מעוררות קשיים לא מבוטלים ואינן נקיות מספקות".<sup>20</sup> מתוך הנחה כי חוק ההסדרה כפוף לעקרונות החוקתיים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, רוב שופטי ההרכב הסכימו כי השאלה המשפטית העיקרית בעניין שבפניהם היא שאלת החלת מבחני התכלית הראויה והמידתיות על פי פסקת ההגבלה שבחוק היסוד.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> עניין סלואד, לעיל ה"ש 2, בפס' 31 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>20</sup> שם, בפס' 32 לפסק הדין של הנשיאה חיות. בית המשפט הבהיר לעניין זה כי "חוק ההסדרה עומד בסתירה לעקרון הריבונות הטריטוריאלית והוא חריג בנוף דברי החקיקה הישראלים מאחר שהכנסת קבעה בו בחקיקה ראשית הסדרים שיחולו על פלסטינים תושבי האזור ועל מקרקעין המצויים באזור" וכי "המפקד הצבאי הוא בעל סמכות החקיקה באזור, קיים קושי רב לשנות את נורמת הבסיס הנוהגת באשר לזהות הגורם המוסמך לחוקק באזור בעקפיין ובדרך של קביעת הסדרים פרטניים. בניסבות אלה, סוגיית סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים אשר להם תחולה ישירה באזור, כמו גם שאלת כפיפותה של הכנסת בחקיקה מעין זו לכללי המשפט הבינלאומי החלים בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית, מעוררות קשיים לא מבוטלים ואינן נקיות מספקות". פסק הדין הבחין בין החקיקה הישראלית שכן הוחלה עד כה בשטחי הגדה המערבית על ידי מסגורה בתור כזו אשר "נועדה בעיקרה ליצור האחדה בדין החל על ישראלים בשטחי האזור ובשטחי ישראל, ולאפשר למדינה לאכוף את שלטונה וחוקיה על אזרחיה תושבי האזור", מבלי להיכנס כרגע למשמעות של החלה זו מבחינת המשפט הבינלאומי, לעומת חוק ההסדרה שמטרתו שונה: "הוא לא נועד לקדם תכליות של האחדת הדין על אזרחים ישראלים ואף לא לייצל את אכיפתו. החוק נועד להסדיר ולהכשיר בדיעבד בנייה בלתי חוקית שבוצעה בישובים ישראלים באזור, וכפי שיבואר להלן הסדרה זו יש לה השלכות פוגעניות מרחיקות לכת על זכויות מהותיות של הפלסטינים באזור. זאת, הגם – שכאמור מעלה – המשפט, השיפוט והמינהל הישראלי אינם חלים בשטחים אלה ולתושבי האזור הפלסטינים אין מעמד בישראל. הקושי בהחלה האקסטרטריטוריאלית של חוק ההסדרה מתעצם לנוכח התפיסה הנורמטיבית שעליה עמדנו, לפיה המסגרת המשפטית שחלה בשטחי האזור היא זו הקבועה בדיני התפיסה הלוחמתית ובהתאם לאמור במנשר מס' 2, הנורמה הבסיסית החלה באזור היא שסמכות החקיקה נתונה למפקד הצבאי".

שם. <sup>21</sup>

היועץ המשפטי לממשלה אף הוא העדיף כי בית המשפט לא יכריע בשאלות אלה, נוכח עמדתו כי הוראות החוק ממילא אינן עומדות בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק היסוד.<sup>22</sup> העותרים טענו לעניין זה כי הכנסת פעלה בחוסר סמכות כשחוקקה את חוק ההסדרה כחוק החל בתחולה ישירה על הגדה המערבית – שטח כבוש – וזאת בניגוד לדין הבינלאומי האוסר על מדינה להחיל את חוקיה על שטח בתפיסה לוחמתית, וכי בעל הסמכות לחוקק בשטחי הגדה המערבית הוא המפקד הצבאי ועליו לעשות כן בתחיקה ביטחונית, הכפופה למגבלות הקבועות בדין הבינלאומי ההומניטרי.<sup>23</sup> למען שלמות התמונה, העותרים גם טענו כי החוק איננו חוקתי בהתבסס על חוק היסוד, ובעיקר כי תכלית החוק איננה ראויה.

הממשלה, לעומת זאת, אשר באופן חריג ובשל המחלוקת המשפטית בנושא עם היועץ המשפטי לממשלה הייתה מיוצגת על ידי משרד עורכי דין פרטי, הבהירה את עמדתה כי "מבחינת הדין הישראלי הפנימי אין כל מגבלה על הכנסת, האוסרת עליה לחוקק באזור [הגדה המערבית]", כי כוחה של הכנסת מוגבל רק בחוקי היסוד וכי המשפט הבינלאומי אינו אוסר על חקיקה מעין זו.<sup>24</sup> עמדה זו הייתה מקובלת גם על הכנסת. עוד נטען על ידי הממשלה כי "ההנחה כי חקיקה של הכנסת כפופה לביקורת שיפוטית המבוססת על הדין הבינלאומי היא תקדימית, מרחיקת לכת ומסוכנת".<sup>25</sup>

לבחירה שלא לדון בשאלות העקרוניות הנ"ל ולהשאירן מחוץ למרחב ההכרעה השיפוטית משמעות נורמטיבית חשובה ביותר. בחירה זו אפשרה ניתוק בין המערך הנורמטיבי החולש על קונטקסט הכיבוש או התפיסה הלוחמתית לפי בית המשפט העליון – זהות הריבון ונורמת הבסיס שהם ליבו הפועם של המשפט הבינלאומי ההומניטרי – לבין מסגרת בחינת החוק, ואפשרה, הלכה למעשה, החלה של חוק היסוד על הפלסטינים בשטחי הגדה המערבית. ניתוק זה בולט גם בחוות דעתו של השופט סולברג שבמסגרתה הוא אימץ עמדה דומה לזו של הממשלה וקבע כי אין דבר שיכול למנוע מהכנסת לחוקק חוק החל על הגדה המערבית,<sup>26</sup> וכי חקיקה זו תגבר על הדין הבינלאומי.<sup>27</sup> וכך, ניתוק ההקשר הנורמטיבי של הכיבוש חצה את ההבדלים לעניין

<sup>22</sup> שם, בפס' 23 לפסק הדין של הנשיאה חיות (כפי שפורט בפסק הדין, היועמ"ש הבהיר כי "שאלת סמכותה של הכנסת לחוקק בשטחי האזור אינה נקיה מספקות וכי ישנם טעמים כבדי משקל נגד החלה ישירה של חקיקה ראשית בשטח המוחזק בתפיסה לוחמתית, בפרט ככל שהדבר נוגע לשליטה הישראלית באזור. בהקשר זה הוטעם על ידו כי החלה ישירה של נורמה חקיקתית בשטחי האזור סותרת את הפרקטיקה הנקוטה על ידי ממשלות ישראל מזה כ-50 שנים ואת מנשר מס' 2").

<sup>23</sup> שם, בפס' 22 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>24</sup> ס' 186–217 לתגובה מקדמית מטעם ממשלת ישראל בבג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת (21.08.2017) (להלן: תגובת הממשלה בעניין סלואד).

<sup>25</sup> שם, בס' 228.

<sup>26</sup> עניין סלואד, לעיל ה"ש 2, בפס' 3 לפסק הדין של השופט סולברג.

<sup>27</sup> שם, בפס' 6 לפסק הדין של השופט סולברג.

נחיצות או אי נחיצות ההכרעה בשאלות העקרוניות הנ"ל בין שופטי הרוב לדעת המיעוט בפסק הדין.

להחלה זו של חוק היסוד השלכות בשני מישורים עיקריים. במישור הראשון, החלה כזו היא בבחינת מעבר מהמשפט הבינלאומי – העוסק, בין היתר, באיסורים מוחלטים ובתחימת סמכויותיו של הכוח הכובש לשיקולי ביטחון – אל מסגרת נורמטיבית חוקתית ישראלית העוסקת בספרה של ניגוד "זכויות" במישור הפרט, כביכול, ובאיוון הראוי ביניהן. מהלך זה ניתק את זכות הפלסטיני לקניין מהמרחב הנורמטיבי הנורמלי שלה והמשליך באופן ישיר על מהותה של הזכות והיקף ההגנה עליה, והכפיף אותה למערך הנורמטיבי החוקתי הישראלי. סעיף 43 לתקנות האג, ההגנה המוגברת על קניין הפרט והאיסור הכמעט מוחלט לפגוע בו על פי תקנה 46 לתקנות האג, איברו כל משמעות נורמטיבית מכרעת לבחינת זכויותיו של הפלסטיני.

החלה זו, שונה היא במהותה מהחלת חוק היסוד כפי שזו באה לידי ביטוי בפסקי הדין בעניין **עדאלה**.<sup>28</sup> באותו עניין דן בית המשפט בתיקון 7 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תש"י-1952 (תיקון מיום 27.7.05), שלפיו המדינה לא תהיה אחראית בניזיקין לנזק שנגרם באזור עימות בשל מעשה שביצעו כוחות הביטחון. השופט ברק קבע כי החלת חוק היסוד על הזכויות של תושבי הגדה המערבית, אשר תיקון מס' 7 פוגע בהן, התבטאה נוכח כך כי מדובר בזכויות המוקנות להם בישראל, ע"פ המשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי – אם כי חובת הפיצויים קיימת גם מכוח המשפט הבינלאומי ההומניטרי<sup>29</sup> – כאשר תביעות הנזיקין מתקיימות בפניו בתי המשפט בישראל ולפי הדין הישראלי.<sup>30</sup> היינו, החלת החוקה היא למעשה טריטוריאלית לעומת ההחלה האקסטר-טריטוריאלית שבפסק הדין בעניין חוק ההסדרה.

הבחנה נוספת מתבקשת בהקשר של החלת חוק היסוד בין המקרה כאן לבין התחולה הפרסונלית של חוקי היסוד על המתנחלים, כפי שזו התבטאה בבחינת חוק

<sup>28</sup> בג"ץ 8276/05 **עדאלה** – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערב נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1, 20 (2006).

<sup>29</sup> ס' 3 לאמנת האג בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה לרבות תקנות בקשר לדיני ומנהגי המלחמה ביבשה משנת 1907 (ראו: Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and Its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land, 18 October 1907), **הקובע כי**: "A belligerent party which violates the provisions of the said Regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces"

<sup>30</sup> ראו דיון במשמעות החלת חוק היסוד בפסיקה Shinar, לעיל ה"ש 9; Ronen, לעיל ה"ש 9; Ben-Natan, לעיל ה"ש 9.

יישום תוכנית ההתנתקות, תשס"ה-2005, במסגרת פסק דין **חוף עזה**.<sup>31</sup> במסגרת פסק דין זה הוחל חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק על המתנחלים באופן אישי והעניק להם זכויות חוקתיות בתחולה פרסונלית. גם כאן החלת חוק היסוד לא הייתה אקס טרה-טריטוריאלית, ובוודאי לא על הפלסטינים בעזה. פסק הדין התמקד בחובות ישראל החוקתיות כלפי המפונים בהיותם אזרחי ישראל שהתנחלו ברשות המדינה והתגבשה אצלם זכות קניין אובליגטורית שפגיעה בה כזכות חוקתית חייבה פיצוי. לעומת זאת, ההחלה של חוק היסוד בפסק הדין בעניין חוק ההסדרה נגעה באופן ישיר ליחס בין המתנחל הישראלי ומדינת ישראל לבין בעל הקרקע הפלסטיני ולסוגיות בעלות משמעות מכרעת בדבר זכויות מוגנות של הפלסטיני לקניין בשטח הכבוש.

במישור השני, אי ההכרעה בשאלות העקרוניות והחלת חוק היסוד מעבירים את הכובד משאלות הקשורות לזכויות הקולקטיביות של העם הפלסטיני להגדרה עצמית בשטחים הכבושים משנת 1967, במנותק מהאופן שבו תתבטאנה זכויות אלה בסופו של תהליך מדיני כזה או אחר, לשאלות הנוגעות אך ורק לזכות החוקתית הישראלית של הפרט הפלסטיני לקניין, ומשם למבחני המידתיות שעליהם אפרט בהמשך. במילים אחרות, בית המשפט במהלך זה מנתק בין הפלסטיני ומשמעות זהותו וזכויותיו הלאומיות במערך הכיבוש, ולמעשה מסיט את הזכות הקולקטיבית לשאלות שנוגעות לפרט בתור שכזה, ללא נגיעה לזכויותיו הלאומיות כעם.<sup>32</sup> בצדק טענה שנור כי סכסוך פוליטי אי אפשר לבזר וכי קיימת חובה על ישראל להגן על זכויות הפלסטינים לקניין, גם כנגד פעילות של מתנחלים. שנור מבקשת להציב את סכסוכי הקרקעות בין פלסטינים למתנחלים בגדה המערבית בהקשר הרחב יותר של "הקרב הפוליטי" על אדמות באזור, וזאת נוכח מגמת העלייה בכניסה ושימוש בקרקעות פרטיות על ידי מתנחלים מאז שנות התשעים.<sup>33</sup> מועילה כאן גם ההשוואה שנעשתה על ידי קוסקיניאמי בין פסיקת בית המשפט העליון בעניין **בית סוריק**, בו נדונה חוקיות צווי תפיסה לקרקעות כפרים פלסטינים בגדה המערבית לצורך בניית גדר ההפרדה, הוכשרה הקמת הגדר והוכפף מסלולה למבחני מידתיות,<sup>34</sup> לבין חוות דעתו המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק בעניין הגדר.<sup>35</sup> קוסקיניאמי טוען כי בעוד שבבית **סוריק** התייחס בית המשפט למדיניות במובן צר אשר הטמיע את רעיון הגדר ואפשר, הלכה למעשה, רק לאתגר את מסלולו ומיקומו בקטעים ספציפיים, בית הדין הבינלאומי לצדק תפס

<sup>31</sup> בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 560 (2005).  
<sup>32</sup> אומנם שאלת הזהות הלאומית של הפרט חזרה במסגרת ניתוח פגיעת החוק בזכות לשוויון בפסק הדין בין הפלסטינים לבין המתנחלים, אם כי לא במובן של הזכות הקולקטיבית.

<sup>33</sup> Ronit Levin-Schnur, *Private Property and Public Power in the Occupied West Bank*, 6 EUR. PROP. L.J. 122 (2017).

<sup>34</sup> בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(5) 807 (2004).  
<sup>35</sup> The Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory opinion, 2004 I.C.J 131 (July 9).

את הדין החל במבט שמצמיד את זכות העם הפלסטיני להגדרה עצמית לשיקולי הביטחון של ישראל. כשאלה פורשו במונחים של התבססות מדיניות ההתנחלויות הבלתי חוקית של ישראל, בית הדין ראה את הגדר בכללותה כבלתי חוקית, באספקלריה של הזכות להגדרה עצמית, וכי זכות זו הופרה או הוגבלה במקרה זה הן על ידי ראיית הגדר כחלק ממערך ההתנחלויות והן על ידי הפרת חופש התנועה של הפלסטינים.<sup>36</sup>

העלמת הקולקטיבי-הלאומי הפלסטיני אפשרה, הלכה למעשה, החלה "נוחה" של חוק היסוד כמעשה טריטוריאלי שאינו מודאג משאלות הנוגעות לזכויות הפלסטינים כעם, מסוגיות של הגדרה עצמית, של ריבונות ומשמעות התפיסה הלוחמתית בשטחי הגדה המערבית, ונתנה רוח גבית לקו הטיעון שבו בחרה הממשלה במסגרת העתירות כנגד החוק ואשר נשען על אינטרסים פוליטיים, לאומיים או ערכיים-אידאולוגיים כבסיס לחקיקתו ולמפעל ההתנחלויות בגדה המערבית. הממשלה טענה לעניין זה כי "ההתיישבות הישראלית באזור היא ערך ראוי. למעשה, התיישבות יהודית בכל רחבי ארץ ישראל, מאז ומעולם, ובמיוחד מראשית דברי עם ישראל בעת החדשה, היא ערך ציוני מן המעלה הראשונה".<sup>37</sup> כך התייחס גם השופט סולברג בחוות דעתו לאופיו הפוליטי-מדיני של חוק ההסדרה והביע את דעתו כי לא קיימת אפשרות להעלים אופי זה: "אילו היה מדובר בסכסוך רגיל בין בעל קרקע לפולש ככל הנראה לא היה צורך בחוק ההסדרה, אלא שחוק ההסדרה נוגע בנימים הרגישים ביותר של המחלוקת הפוליטית והמדינית ביחס לשטחי יהודה ושומרון".<sup>38</sup>

## ב. סיווג הפגיעה בזכויות: מסגרת זכויות מכפיפה

פסק הדין קבע כי חוק ההסדרה פוגע בזכות הפלסטינים לקניין, לשוויון ולכבוד, כאשר המקור הנורמטיבי העיקרי לשאיבת זכויות אלה היה המשפט החוקתי הישראלי.

באשר לזכות לקניין, זכות זו נשאבה ממעמדה החוקתי על פי חוק היסוד כמו גם מתקנה 46 לתקנות האג המורה, בין היתר, על חובת המפקד הצבאי לכבד את רכוש הפרט – הגנה הנושאת עימה חובה כפולה: חובה שלילית, להימנע מפעולות הפוגעות בקניינה של האוכלוסייה המוגנת, וחובה חיובית, לקיים פעולות המבטיחות כי קניין הפרט לא ייפגע על ידי אחרים.<sup>39</sup> 39 ואלום, בהיתן העובדה כי ההגנה על זכות הקניין על פי תקנה 46 הנ"ל היא כמעט מוחלטת – כפוף לחריג של צרכים צבאיים חיוניים או

Martti Koskeniemi, *Occupied Zone – A Zone of Reasonableness*, 41 ISR. L. REV. 13, 36 (2008). 24.

תגובת הממשלה בעניין סלואד, לעיל ה"ש 24, בס' 97. 37

עניין סלואד, לעיל ה"ש 2, בפס' 10 לפסק הדין של השופט סולברג. 38

שם, בפס' 38–40 לפסק הדין של הנשיאה חיות. 39

בהתאם למשפט המקומי וטובת האוכלוסייה המוגנת – אי ייחודה של תקנה זו כמקור המכריע לעניין מהות והיקף הזכות לקניין הוביל לזניחתה בהמשך פסק הדין הן בשלב בחינת התכלית הראויה והן בשלב מבחני המידתיות, כפי שיפורט להלן. כך, למעשה, נותקה זכות הקניין של הפלסטיני מהמארג הנורמטיבי הייעודי לה והוכפפה להיקף הזכות כחוקתית על פי חוק היסוד בלבד, כאשר השאלה המשפטית שהוצבה בהקשר הזה היא האם פגיעה זו עומדת באמות המידה הקבועות בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד, ולא באמות המידה הקבועות בנורמות המשפט הבינלאומי ההומניטרי.<sup>40</sup>

פסק הדין קבע גם כי חוק ההסדרה פוגע בזכות לשוויון כאשר כרוכה בכך גם פגיעה בכבוד, כאשר זכויות אלה נשאבו אף הן מחוק היסוד.<sup>41</sup> קבוצות השוויון הרלוונטיות להשוואה היו הפלסטינים והמתנחלים, כאשר פסק הדין קבע כי לא קיים שוני רלוונטי בין שתי קבוצות אלה בכל הקשור למדיניות המבחינה בין בנייה שלא כדין ביישובים פלסטיניים בגדה המערבית לבנייה שלא כדין בהתנחלויות.<sup>42</sup> לפי פסק הדין, ההבחנה הנ"ל על פי חוק ההסדרה מעמידה את התושבים הפלסטינים בעמדה נחותה ביחס ל"שכניהם היהודים",<sup>43</sup> וביתר שאת היות שמדובר באוכלוסייה מוגנת על פי הדין הבינלאומי הנתונה בין כה וכה "בעמדת כוח נחותה באופן אינהרנטי מזו של המתישבים הישראלים באזור, שהם אזרחים מלאים ושווי זכויות של מדינת ישראל".<sup>44</sup>

יעל רונן ודוד קרצ'מר סבורים כי הקביעה בפסק הדין כי החוק מפלה את התושבים הפלסטינים, פוגע בזכותם לכבוד ומתייחס לעמדת הכוח הנחותה שלהם בהשוואה למתנחלים, מציגה למעשה גישה חדשה ליחסים בין המתנחלים לפלסטינים החיים בגדה המערבית. קרצ'מר ורונן סבורים כי משך עשורים לא היה בית המשפט מוכן להזכיר את חוסר האזון האינהרנטי בין מתנחלים ישראלים לתושבים פלסטינים.<sup>45</sup> גם יובל שני ועמיחי כהן טוענים כי פסק הדין נחשב כפורץ דרך ומהווה שינוי פרדיגמה והסטת מבט מהמשפט הבינלאומי ומתמקד בהפרת הזכות לשוויון כחלק מהזכות לכבוד במשפט הישראלי. שני וכהן טוענים כי מסגרת זאת מעניקה הגנה משפטית, גם אם מוגבלת, לזכויות הפלסטינים בתנאים הפוליטיים השוררים בשטחים, אם כי הם טוענים כי האפקטיביות של הגנה כזו תלויה בנכונות בית המשפט להכיר

<sup>40</sup> שם, בפס' 43 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>41</sup> שם, בפס' 46–52 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>42</sup> שם, בפס' 54 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>43</sup> שם, בפס' 56 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>44</sup> שם, בפס' 56 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>45</sup> אם כי הם טוענים כי עדיין מוקדם לשפוט אם פסק הדין מסמן שינוי כיוון של בית המשפט. ראו KRETZMER & RONEN, לעיל ה"ש 9, בעמ' 222.

בפערי הכוח האיהרנטיים בין התושבים הפלסטינים לבין המתנחלים הישראליים, ובמבנה המשפטי והפוליטי הייחודי השורר בשטחים.<sup>46</sup>

לעמדתי, הצבת הפלסטינים המוגנים והמתנחלים כקבוצות שוויון הינה בעייתית. גישה זו מעניקה לגיטימציה להתנחלויות ואינה מתעמתת עם מעמדן הבלתי חוקי על פי המשפט הבינלאומי, ולמעשה מנרמלת את יחסי האוכלוסייה המוגנת והמתנחלים. במציאות הכיבוש ויחסי הכוח הקיימים, זוהי מסגרת המנציחה דווקא את עמדת הכוח הנחותה של הפלסטיני, כפרט וכקבוצה. כך גם נהפכו המתנחלים לקבוצה בעלת זכויות "מוגנות" אף הם, בעוד שהמשפט הבינלאומי רואה את הימצאותם שם כהפרה של הוראותיו, ואף כפשע מלחמה על פי חוקת רומא (Rome Statute) המקימה את בית הדין הפלילי הבינלאומי.<sup>47</sup>

הדבר גם מאפשר הבחנות בין שתי הקבוצות המצדיקות יחס ייחודי למתנחלים, כפי שהדבר התבטא בחוות דעתו של השופט סולברג כאשר קבע, במסגרת מבחן המידתיות הצר, כי "לא ניתן להשוות בין עניינה של התיישבות ישראלית באזור הטעונה הסדרה לבין התיישבות פלסטינית דומה", ובין היתר, כי מעורבותן של רשויות המדינה בהקמת ההתנחלויות נשוא החוק והאיסור על מכירת קרקעות ליהודים בגדה המערבית – כל אלו הן נסיבות ייחודיות להתנחלויות הישראליות המצדיקות יחס שונה לשתי הקבוצות.

שני וכהן מודעים לביקורת אפשרית על פסק הדין המתבטאת בטיעון של זניחת ההגנות הקשיחות של הכיבוש והתרחקות מהעמדה הבינלאומית בנושא, אך הם מציינים כי משימתו של בית המשפט העליון בהקשר זה היא לדאוג לכך שאם תבחר מדינת ישראל להמשיך לספח חלקים מיהודה ושומרון היא תיאלץ להתאים את

<sup>46</sup> קרצ'מר, רונן, שני וכהן רואים גישה חדשה זו כהמשך לתהליך שהחל בפסק הדין בעניין זיאדה (ראו בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (נבו 31.10.2017)), אשר בחן את סמכותו של המפקד הצבאי להשתמש בכלים המשפטיים של "איחוד וחלוקה של חלקות" ושימוש ב"נכסים נטושים" באדמות הסמוכות להתנחלות עמונה, על מנת לאפשר הקצאת קרקעות למתנחלים ובכך למנוע את העתקתה (ראו שני וכהן, לעיל ה"ש 18; KRETZMER & RONEN, לעיל ה"ש 9, בעמ' 513–514). פסק דין זיאדה הינו מעבר למטרת מאמרי זה, אך אסתפק בשלב זה בהעלאת חלק מהבעייתיות שבפסק הדין המתגלמת במתן לגיטימציה נורמטיבית לאינטרס של המתנחלים להתיישב, כקבוצה, כאינטרס מהותי ומשמעותי המחייב את המושל הצבאי ומכיר ברצון "למצוא עבור תושבי עמונה הסדר מגורים ארעי אשר ישמר את קהילתם ואת זיקתם למקום מגוריהם עם הצורך ב'דאגה לאוכלוסייה המקומית והבטחת חייה הציבוריים'" (שם, בפס' 27 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ג'ובראן), ובעצם נמנע מהחלטה בדבר זכויות כהסדר נורמטיבי, גם בהקשר הקולקטיבי, לדיון עובדתי בסבירות ובמידתיות של החלטות המפקד הצבאי במישור המנהלי.

<sup>47</sup> ראו Rome Statute of the International Criminal Court, 1998 (Article 8(2)(b)(viii)).

התנהלותה בשטחים לעקרונות בסיסיים של משפט ישראלי, ובראשם הבטחת הזכות לשוויון של התושבים הפלסטינים הנמצאים בשטחים אלו. אך עמדה זו מכפיפה שוב את זכותו להגדרה עצמית של העם הפלסטיני, כמו גם זכותו של הפלסטיני כפרט מוגן תחת כיבוש, לבחירתו הפוליטית החד-צדדית של הכוח הכובש ומבקשת כי בית המשפט העליון, במקום לקיים את שלטון החוק הבינלאומי, יקיים את האינטרסים הפוליטיים של ישראל. במילים אחרות, על בית המשפט לקיים את רצונה הפוליטי החד-צדדי של ישראל תוך כדי שיפורים חוקתיים. וכך, דווקא בשל המציאות של עמדת הכוח הנחותה של הפלסטיני אל מול הישראלי, נוסחת שוויון, כביכול, תגביר את כוחו הנורמטיבי של המתנחל ועלולה להעניק לו סט זכויות חוקתיות ישראליות, ותכפיף את הפלסטיני לאיזונים חוקתיים ישראלים החותרים תחת זכויותיו על פי המשפט הבינלאומי, וזאת בשל רצונה הפוליטי הבלעדי של ישראל – הכוח הכובש. חשש זה מתגבר גם נוכח חקיקתו של חוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי אשר, בין היתר, קובע, כנורמה חוקתית, כי "ארץ ישראל היא מולדתו ההיסטורית של העם היהודי, שבה קמה מדינת ישראל"<sup>48</sup>, ובכך יש שלילה של זכותו הקולקטיבית של העם הפלסטיני להגדרה עצמית. מה גם שחוק היסוד הנ"ל מאמץ את ערך "ההתיישבות היהודית" כערך חוקתי.<sup>49</sup> כפי שטענתי במאמר קודם, יחד עם חסן ג'בארין, קריאתם ביחד של שני סעיפים אלה מעניקה גב חוקתי להמשך מפעל ההתנחלויות בגדה המערבית דרך הענקת זכויות חוקתיות/טבעיות לכל יהודי להתיישב, בתור שכזה, בשטחי "ארץ ישראל".<sup>50</sup>

<sup>48</sup> ס' 1 (א) לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי.

<sup>49</sup> ס' 7 לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי קובע כי "המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה".

<sup>50</sup> Hassan Jabareen & Suhad Bishara, *The Jewish Nation-State Law: Antecedents and Constitutional Implications*, 48 J. PALESTINE STUD 43, 50 (2019).



## ג. בחינת התכליות: העלמת הפלסטיני לצורך הכשרת התכלית

משקבע פסק הדין כי חוק ההסדרה פוגע בבעל הקרקע הפלסטיני לקניין, לשוויון ולכבוד, עבר בית המשפט לבחון אם החוק הינו לתכלית ראויה.

בית המשפט אבחן שתי תכליות עיקריות לחוק. התכלית הראשונה – "תכלית מערכתית" – נקבעה כביסוס ההתיישבות באזור בדרך של הסדרה קניינית ותכנונית בדיעבד של בנייה בלתי חוקית על מקרקעין שאינם "רכוש ממשלתי".<sup>51</sup> פסק הדין קבע כי זוהי "פגיעה קשה בשלטון החוק".<sup>52</sup> אך החוק ששלטונו הופר אינו החוק הבינלאומי אלא הסדרי התכנון והקמת ההתנחלויות בשטחי הגדה המערבית, כאשר בית המשפט קבע כי שיקולי שלטון החוק אינם מוליכים "בהכרח לביטולה של כל הסדרה והכשרה בדיעבד של בנייה בלתי חוקית ויש לבחון כל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו".<sup>53</sup> הדין הבינלאומי החל באזור הובא אך ורק כ"שיקול שיש להביאו בחשבון שכן הדין החל באזור מעניק הגנה רחבה לזכויות התושבים המוגנים המתגוררים בו".<sup>54</sup> הדו שיח התכליתי בהקשר זה הוא בעיקרו במישור היחסים בין המדינה, חוקיה והמתנחלים מטעמה, כאשר הפלסטיני נעלם מהם כמעט כליל.

אספקט נוסף לתכלית המערכתית נגע ליכולת להצדיק נטילה שלטונית כפויה של מקרקעין, בהינתן העובדה שמדובר "בהתיישבות ישראלית" שהוקמה על מקרקעין שחלק לא מבוטל מהם הוא בבעלות פרטית פלסטינית, או שיש מי שטוען לזכויות בהם. פסק הדין קבע, בהמשך לפסיקה קודמת בעניין,<sup>55</sup> כי אומנם המפקד הצבאי רשאי מכוח הסמכויות המוענקות לו מכוח תקנה 43 לתקנות האג לשקול שיקולים הנוגעים לטובת כלל האוכלוסייה המקומית, לרבות אוכלוסיית המתנחלים, אולם דיני ההפקעות החלים בשטחי הגדה המערבית אינם מתירים הפקעה של מקרקעין פרטיים בבעלות פלסטינית לצורך הבלעדי של הקמה והרחבה של התנחלויות.<sup>56</sup> בסוף הכריעו רוב שופטי ההרכב כי התכלית המערכתית, על כלל נגזרותיה הנ"ל, איננה ראויה במבחן חוק היסוד.

התכלית השנייה לפי חוות דעת הרוב הייתה "תכלית אנושית" – [הרצון] להימנע מהריסה ופינוי של מבני מגורים והתיישבות באזור ולתת מענה למתיישבים שבנו את ביתם באזור בתום לב או בעידוד הרשויות". תכלית זו התמקדה, כלשון פסק הדין,

<sup>51</sup> עניין סלואד, לעיל ה"ש 2, בפס' 64 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>52</sup> שם, בפס' 65 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>53</sup> שם, בפס' 66 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>54</sup> שם, בפס' 65 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>55</sup> בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443 (2004);

בג"ץ 2150/07 ראש מועצת הכפר בית סירא נ' שר הביטחון, פ"ד סג(3) 331 (2009)

(להלן: עניין בית סירא).

<sup>56</sup> עניין סלואד, לעיל ה"ש 2, בפס' 70 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

"במצוקה ובקשיים שייגרמו למתיישבים עצמם בשל פינוי והריסת ביתם"<sup>57</sup> ובזיקת המתנחלים למקום מגוריהם, "על מכלול הקשרים המשפחתיים, הקהילתיים, החברתיים והתעסוקתיים הגלומים בה"<sup>58</sup>. פסק הדין הבהיר כי "עידוד ותמיכת המדינה ורשויותיה עשויה להקים לפרט אינטרס הסתמכות הראוי להגנה במשפט המינהלי"<sup>59</sup>, תוך כדי קביעה כי אינטרס זה צריך לעמוד בתנאי של סבירות ותום לב. כך נקבע כי "התכלית האנושית, ככל שזו נוגעת לאותם מתיישבים אשר בנו את בתיהם באזור בתום לב ובהסתמך על מצגי הרשויות המוסמכות יכולה להיחשב תכלית ראויה"<sup>60</sup>.

קביעת תכלית זו כ"ראויה" נשארה במישור היחסים בין המתנחל לרשויות המדינה וביניהם בלבד, כאשר מערכת יחסים זו איננה מעניינו של המשפט הבינלאומי החל. הפלסטיני נעלם מתכלית זו, והיא בנויה על מערך אשר לבעל הקרקע הפלסטיני אין כל נגיעה או שליטה בו. זוהי מערכת יחסים אשר נכפתה על בעל הקרקע בכוח הכיבוש ותוך כדי הפרה בוטה של המשפט הבינלאומי האוסר באופן מוחלט על בניית התנחלויות ועל הפקעת קרקע לטובת מתנחלים. תכלית זו גם מבנה בתוכה את מערך יחסי הכוח בשטח הכבוש כנורמליות בעלת משמעות נורמטיבית. וכך, למעשה, מה שנקבע כלא ראוי במסגרת התכלית המערכתית על ידי רוב שופטי ההרכב, אושר בדמות "תכלית אנושית" הנסמכת על מערך היחסים בין רשויות הכיבוש למתנחל מטעמן. למעשה, בית המשפט כאן גם מרחיב את היקף "זכותו הקניינית" החוקתית של המתנחל מזכות "אובליגטורית" בעלת ערך רכושי פרסונלי, כפי שזו נקבעה בפסק דין **חוף עזה**,<sup>61</sup> לזכות קניינית בעלת ממד מרחבי טריטוריאלי בדמות תכלית אנושית שלא לפנות מתנחלים.

אין ביכולתם של עקרונות תום הלב ואינטרס ההסתמכות בבסיס התכלית הראויה שנקבעה בכדי לרפא את הפרת החוק הבינלאומי ההומניטרי. היחסים בין רשויות המדינה הכובשת לבין המתנחלים מטעמה – אף אם נניח כי התקיים "תום לב" ו"אינטרס הסתמכות" במערכת היחסים הפנימית ביניהם – הם אינם מעניינו של המשפט הבינלאומי. מערכת יחסים פנימית זו אינה יכולה להוות מתכון לנישול קרקע פלסטינית פרטית, וכל עוד היא משליכה על זכויות מוגנות של האוכלוסייה הפלסטינית, תוצאותיה צריכות להיבחן על פי מגבלות המשפט הבינלאומי, כולל סעיף 43 לתקנות האג. כך גם לאינטרס ההסתמכות שיצרה המדינה אין כל חשיבות לבחינת תכלית החוק, שכן מעצם עידוד התנחלויות המדינה מפרה את המשפט הבינלאומי החל. לפי כללי "אחריות של מדינות למעשים בלתי חוקיים בינלאומיים" משנת 2001 (Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001)

57 שם, בפס' 80 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

58 שם, בפס' 81 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

59 שם, בפס' 83 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

60 שם, בפס' 86 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

61 עניין **חוף עזה**, לעיל ה"ש 31.

(להלן: "כללי אחריות המדינה"),<sup>62</sup> הנחשבים כחלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי,<sup>63</sup> מעשיהם של ארגון או אדם שאינם אורגן של המדינה אך מוסמכים, על פי דיני אותה מדינה, להפעיל סמכויות של הרשות השלטונית, ייחשבו כמעשה של המדינה לצורך התחייבותיה על פי המשפט הבינלאומי.<sup>64</sup> כללים אלה אף קובעים כי אחריות המדינה לפעולות בלתי חוקיות בינלאומית חולשת גם על פעולותיהם של אנשים או גופים פרטיים כאשר הם פועלים על פי ההוראה או בשליטתה הישירה של המדינה הנדונה בעת ביצוע המעשה. מעבר לכך, המדינה אף אחראית למעשים של הפרט אם היא מכירה ומאמצת את אותם מעשים, כאשר רלוונטית לענייננו העובדה כי מדובר בחוק

62 ראו: International Law Commission, Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries UN Doc A/56/10 (2001) (להלן: "כללי אחריות מדינה"). הכללים זמינים ב: <https://did.li/0J0ql>.

63 כללי אחריות המדינה אומצו על ידי ועדת המשפט הבינלאומי (International Law Commission) בשנת 2001. כללים אלה משקפים קונצנזוס משותף נרחב בין מדינות העולם והוכיחו את ערכם כמקור משכנע של הדרכה הן לממשלות והן לבתי המשפט בטריבונלים בינלאומיים שונים, כגון בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ), בית המשפט האירופי לזכויות אדם (European Court for Human Rights), בית המשפט האפריקאי לזכויות אדם ועמים (African Court on Human and Peoples' Rights) ובית הדין הבין-אמריקאי לזכויות האדם (Inter-American Court of Human Rights), ולפי בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ), כמו גם טריבונלים אחרים, הפך להיות חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי. לסקירת אוזכורי הכללים על ידי טריבונלים בינלאומיים ראו: U.N. Secretary-General, *Responsibility of States for internationally wrongful acts, Compilation of decisions of international courts, tribunals and other bodies*, U.N. Doc. A/71/80 (April 21, 2016). <https://undocs.org/en/A/71/80>. כללים אלה אוזכרו גם בחוות הדעת המייעצת (פס' 140) של בית הדין הבינלאומי לצדק בעניין גדר ההפרדה שנבנית על ידי ישראל בגדה המערבית. ראו: The Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory opinion, 2004 I.C.J. 131, ¶ 140 (July 9).

64 ס' 5 לכללי אחריות מדינה, לעיל ה"ש שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת. קובע כי: "The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance". ההצדקה לסעיף זה טמונה בכך כי במקרים רבים החוק הפנימי של המדינה מעניק לישות לא ממשלתית את היכולת להפעיל סמכויות ממשלתיות, ואין זה מתקבל על הדעת כי בדרך זו תתנער המדינה מחובותיה על פי המשפט הבינלאומי.

אשר מבקש לאמץ פעולות אלה ולהכשיר אותן.<sup>65</sup> אימוץ כאמור יכול להיות דרך מעשים של המדינה, כולל של מערכת המשפט.<sup>66</sup> כך שקביעת התכלית הראויה הנ"ל לחוק מהווה מעשה מדינה בפני עצמה.

בחינת התכלית במסגרת החוקתית הישראלית-פנימית במהותה פתחה את האפשרות להכשרת תכליות אידאולוגיות ערכיות המנוגדות לדין הבינלאומי. לכן גם גדר המחלוקת בין השופטים לעניין התכלית נשאר במסגרת המשפט החוקתי הישראלי, ובעיקר במהות יחסי המתנחלים (אזרחים) ורשויות מדינתם בלבד, ובאפיון או מסגור הרצון הפוליטי בבסיס החוקה. הדבר מתבלט באופי חילוקי הדעות בין חלק משופטי ההרכב, ובין היתר חוות דעתו החולקת של השופט סולברג לעניין זה. השופט סולברג חיווה דעתו כי "התכלית המערכתית" הבלתי ראויה, כפי שאופיינה על ידי הנשיאה חיות, אינה נותנת ביטוי הולם לתכליתו המדינית של החוק. לפיכך הוא אפיינ שתי תכליות ראויות לחוק, האחת היא תכלית מדינית-לאומית המבטאת השקפה פוליטית. על כן, קובע השופט סולברג, ההכרעה אם תכלית זו היא ראויה אם לאו צריכה לבטא את רצון העם ולהתקבל על ידי נבחריו, ואלה הכריעו כי "ההתיישבות הישראלית" בגדה המערבית היא ערך ראוי.<sup>67</sup> השופט סולברג אף הרחיב את התכלית האנושית-חברתית וקבע כי היא באה להסיר את עננת הקיפאון וחוסר הוודאות המרחפת על פני קהילות שלמות בגדה המערבית, שלפחות חלקן יושבות שם כבר שנים, תוך כדי שחרור תכלית זו מתנאי תום לב והסכמת המדינה, כפי שנקבע בדעת הרוב.<sup>68</sup>

גם חוות דעתו של השופט הנדל, שהצטרף לדעת הרוב בפסק הדין, הייתה ברורה באשר לתכליתו הפוליטית של החוק כשקבע כי גם "התכלית המדינית-לאומית של חיזוק האחיזה הישראלית באזור צולחת את מבחן התכלית הראויה",<sup>69</sup> בין היתר בדמות בחירת המחוקק "לבצר את האחיזה הישראלית במקום, בה הוא רואה הגשמה

<sup>65</sup> ס' 11 לכללי אחריות המדינה קובע כי: "Conduct which is not attributable to a State under the preceding articles shall nevertheless be considered an act of that State under international law if and to the extent that the State acknowledges and adopts the conduct in question as its own"

<sup>66</sup> בביאור לס' 11 הוסבר כי אימוץ כאמור יכול להיות למשל דרך מעשים של המדינה, כולל של מערכת המשפט (ראו שם, בעמ' 52: "(2) In many cases, the conduct which is acknowledged and adopted by a State will be that of private persons or entities [...] article 11 is based on the principle that purely private conduct cannot as such be attributed to a State. But it recognizes 'nevertheless' that conduct is to be considered as an act of a State 'if and to the extent that the State acknowledges and adopts the conduct in question as its own'. Instances of the application of the principle can be found in judicial decisions and State practice")

<sup>67</sup> עניין סלואד, לעיל ה"ש 2, בפס' 25-26 לפסק הדין של השופט סולברג.

<sup>68</sup> שם, בפס' 27-28 לפסק הדין של השופט סולברג.

<sup>69</sup> שם, בפס' 3 לפסק הדין של השופט הנדל.

של ערכי יסוד יהודיים וציוניים.<sup>70</sup> השופט הנדל מוסיף לעניין זה כי היות שמטרתו הלאומית והמדינית של חוק ההסדרה שנויה במחלוקת ציבורית, אזי אין מקום כי בית משפט יכריע במחלוקת זו ויקבע כי הפתרון שמחנה פוליטי מסוים דוגל בו אינו משרת את האינטרס הישראלי. השופט הנדל הדגיש כי החוק מבקש לקדם הכרעה בנושא מרכזי העומד על סדר יומה של החברה הישראלית מאז כניסת ישראל לגדה המערבית, והחורג מעניינם הפרטי של המתנחלים או בעלי הזכויות במקרקעין שעליהם הוקמו בתי מתנחלים אלה.<sup>71</sup> משמעותן של חוות דעת אלה, שאליהן הצטרף גם השופט מלצר, היא בייצור ההכרעה בדבר תכליות החוק, הדן בזכויות הפלסטיני תחת כיבוש, בידי המחוקק הישראלי ובידיו בלבד.<sup>72</sup> במילים אחרות, כפיית רצונה הפוליטי של המדינה הכובשת והרשות המחוקקת שלה על העם הכבוש.

על אף ההבדלים בין חוות הדעת של השופטים, נפקדותו של הפלסטיני ושל הדין הבינלאומי חוצה גם בשלב זה את המחלוקות ביניהם בתחומת התכליות הראויות של החוק, והבריחה של שופטי הרוב מהמערכת/פוליטי ל"אנושי" בהקשר זה הופכת להיות מלאכותית. שכן, הקשר בין המתנחל לבין מערך הכיבוש שעומד מאחוריו ומבקש "להכשיר" את ביתו הוא בל ינותק, גם לא בקונסטרוקציה של תום לב והסתמכות. הרי קונסטרוקציה משפטית זו בנויה על מערך היחסים בין המתנחל ומדינתו ישראל, על שלל האינטרסים הפוליטיים/לאומיים שעומדים בבסיסו. מערך זה הוא בלתי ניתן לפירוק בדמות תכלית "אנושית". וכך, כשהפלסטיני בעל הקרקע מסתכל על המתנחל הוא רואה את הכיבוש, ומבחינתו קביעת התכלית הראויה – הפוליטית ו/או האנושית – של החוק במערך היחסים בין המתנחל לרשויות המדינה אינה אלא קביעה שיש בה כדי לחתור תחת זכויותיו, כפרט וכקולקטיב על פי הדין הבינלאומי. קביעה זו מבצרת את עמדתו הנחותה במערך היחסים עם המדינה הכובשת ומעניקה פריווילגיה פוליטית מכרעת לכוח הכובש לקבוע את תכלית זכויותיו של הפלסטיני ושל המתנחל בתוך מערך פוליטי וכוחני זה.

לבסוף, הקביעה כי התכלית "האנושית" היא ראויה מקימה למעשה למתנחל, בתור שכזה, מעין זכות נורמטיבית ישראלית שלא להיות מפונה משטח כבוש, כל עוד האמצעים הננקטים לשם כך הם "מידתיים", וכאשר יחסי הכוח השולטים הופכים את

<sup>70</sup> שם, בפס' 2 לפסק הדין של השופט הנדל.

<sup>71</sup> שם, בפס' 3 לפסק הדין של השופט הנדל.

<sup>72</sup> מרחב תכליות זה אף מנוגד לפסיקה קודמת של בית המשפט העליון אשר הדגישה את האיסור הקיים על המפקד הצבאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים והסוציאליים של מדינתו שלו. ראו למשל בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלעתאנוניה אלמחדודה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדין במפקדת אזור יהודה והשומרון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 785, 810 (1983); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 492 (2005); עניין אבו סירא, לעיל ה"ש 31; בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד לז(2), 197 (1983); עניין הס, לעיל ה"ש 55, בעמ' 455.

זהותו הלאומית של המתנחל כמאפיין של יחסים קנייניים. וכך, זהות יהודית הופכת להיות בעלת ערך רכושי-פריווילגי – בהשראת המונח Whiteness as Property אשר הוטבע על ידי שריל האריס בהקשר של יחסי הקניין מבוססי הגזע בארה"ב<sup>73</sup> – ובעלות פלסטינית בקרקע מוכפפת ליחס "תום הלב" בין המתנחל לרשויות מדינתו ומושלטת על ידי מערכת המשפט הישראלית. הדבר התבטא באופן מפורש יותר בהערותיו של השופט הנדל, כאשר שאלת הפינוי הוצמדה לזכות הקולקטיב היהודי להתיישב בשטחי הגדה המערבית שהובאה לעיל. וכך, במערך הנורמטיבי שנוצר, הפרט הפלסטיני המנותק מהקולקטיב הלאומי שלו ומזכותו להגדרה עצמית הוצב מול המתנחל כמייצג אינטרס פוליטי לאומי של מדינתו ושל קולקטיב יהודי. זוהי משוואה המבנה חוקתית את יחסי הכוח בשטח הכבוש להשגת תכלית טריטוריאלית קולוניאלית-התיישבותית.

במבט לפסיקה קודמת של בית המשפט העליון בנושא הפקעת קרקעות הפרט לצורכי מתנחלים בגדה המערבית, קיימת כאן הסטה בבחינה המשפטית למהות התכלית הראויה. פער זה הינו בולט ביותר בהשוואה למסגרת הניתוח שאימץ בית המשפט עוד בעניין **דויקא**,<sup>74</sup> אשר ניתן בטרם חקיקת חוקי היסוד. פסק הדין דן בתפיסת רכוש פרטי פלסטיני להקמת התנחלות אלון מורה, בהתבסס על החלטה שקיבלה ועדת הממשלה לביטחון. משהשתכנע בית המשפט כי תכלית מדינית ואידאולוגית ולחצים של גוש אמונים הם אלה אשר הובילו להחלטה על הקמת ההתנחלות ומיקומה ולא שיקולים ביטחוניים, הוא קבע כי שיקולים אלה אינם עומדים במבחני המשפט הבינלאומי ותכליותיו.<sup>75</sup> ההסטה האמורה אף מכילה קפיצת מדרגה נורמטיבית נוספת מהפסיקה אשר הכשירה נטילת קרקע פרטית תוך כדי מתן פרשנות רחבה ביותר לתכלית הביטחונית שביסוד סמכויות המפקד הצבאי בגדה המערבית, כולל הפסיקה בעניין תוואי גדר ההפרדה,<sup>76</sup> וכן מפסיקה אשר התאפיינה בנרמול האינטרסים של המתנחלים בתור "אוכלוסייה מקומית" באזור הכבוש תוך כדי אימוץ פרשנויות רחבות אף יותר לשיקולי ביטחון.<sup>77</sup> הלכה למעשה, בית המשפט קבע

<sup>73</sup> Cheryl I. Harris, *Whiteness as Property*, 106 HARV. L. REV. 1707 (1993)

<sup>74</sup> בג"ץ 390/79 **דויקא נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(1) 1 (1979).

<sup>75</sup> אם כי פסק דין **דויקא** סלל את הדרך בפני רשויות הכיבוש לבניית התנחלויות על קרקעות שתוכרזנה על ידי רשויות הכיבוש כ"קרקע מדינה". לקריאה ביקורתית בעניין ראו: Ronen Shamir, "Landmark Cases" and the Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court of Justice, 24 LAW & SOC'Y REV. 781 (1990)

<sup>76</sup> למשל, עניין **מראעבה**, לעיל ה"ש 72, שם; עניין **בית סוריק**, לעיל ה"ש 34.

<sup>77</sup> ראו, למשל, בג"ץ 281/11 **ראש מועצת בית איכסא נ' שר הביטחון** (נבו 06.09.2011) שהכשיר הפקעת קרקעות פלסטיניות לצורך סלילת מסילת הרכבת מתל אביב לירושלים; עניין **הס**, לעיל ה"ש 55, שהכשיר הפקעת רכוש פלסטיני פרטי והריסת מבנים להרחבת הדרך המובילה למערת המכפלה לשימוש מתפללים יהודים מקריית ארבע; עניין **זיאדה**, לעיל ה"ש **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.**, אשר דיבר על זכות המתנחלים לא להיות

מתכונת משופרת פוליטית של פסק דין איוב משנת 1979 שבמסגרתו הכשיר בית המשפט תפיסת קרקעות פלסטיניות פרטיות לצורכי הקמת התנחלות, בנימוק של צרכים "ביטחוניים", כביכול.<sup>78</sup> לעומתו, פסק דין חוק ההסדרה אינו דן בשיקולים ביטחוניים כלשהם, והתכליות הביטחוניות שעמדו, כביכול, בבסיס פסק דין איוב, כמו גם בפסיקה מאוחרת שהוזכרה לעיל, נעלמו כליל, כשבמקומן אימץ פסק הדין את התכלית ה"אנושית" כראויה.<sup>79</sup>

#### ד. מבחני המידתיות: סלילת הדרך למפעל ההתנחלויות על קרקע הפרט הפלסטיני

משהוקמה למתנחל תכלית חוקתית ראויה שלא להיות מפונה, בתנאי "תום לב" ו"הסתמכות", למעשה שלב בחינת המידתיות הפך להיות שלב של בחינת האמצעים למימוש תכלית זו.

פסק הדין קבע במבחן הקשר הרציונלי כי אין ספק שנטילת זכויות חזקה ושימוש במקרקעין מבעליהן והעברתן לידי המתיישבים הישראלים לפי החוק יש בהם כדי לקדם את תכליות החוק המרכזיות כפי שעמדו עליהן, בין היתר, הממשלה והכנסת. יחד עם זאת נקבע כי נטילה גורפת של זכויות השימוש והחזקה במקרקעין כמופעם בחוק "מעורר קושי" וזאת, בין היתר, "משום שהוא מיטיב באופן קולקטיבי עם כל מי שהקימו את בתייהם באופן בלתי חוקי באותה התיישבות, בין היתר, על מקרקעין פרטיים. הוא מקיף את 'כל המקרקעין שעליהם נבנתה אותה התיישבות' בלא בחינה פרטנית של סוגיית תום הלב ובאופן המחיל את ההסדר על כל המקרקעין שבתחומי היישוב, לרבות מקרקעין שאין עליהם בתי מגורים".<sup>80</sup> פסק הדין הבהיר גם כי קושי זה מתעצם בהינתן העובדה שמדובר בתושבים מוגנים שהינם בעלי זכויות בחלק לא מבוטל מהמקרקעין. אך קביעותיו של פסק הדין במבחן האמצעי שבחינתו פחותה משאירה את "קושי" הגורפות הנ"ל בערבון מוגבל.

---

מפונים והקשר ההדוק שלהם למקום מגוריהם; עניין בית סירא, לעיל ה"ש 55, אשר קבע את סמכויותיהן של רשויות הכיבוש להפקיע קרקע פרטית לצורכי ציבור המתנחלים כל עוד הוא משרת גם את האוכלוסייה הפלסטינית. הפסיקה הנ"ל זכתה לביקורת כמובן. ראו למשל Guy Harpaz & Yuval Shany, *Israeli Supreme Court and the Incremental Expansion of the Scope of Discretion under Belligerent Occupation law*, 43 ISR. L. REV. 514 (2010), לעיל ה"ש 36.

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

<sup>79</sup> לסקירה היסטורית של התפתחות הפסיקה בנושא תפיסת קרקע פרטית לצורכי התנחלויות ראו KRETZMER & RONEN, לעיל ה"ש 9, בעמ' 193–205.

<sup>80</sup> עניין סלואד, לעיל ה"ש 2, בפס' 89 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

באמצו את חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה קבע פסק הדין כי קיימים אמצעים חלופיים, פחות גורפים, למימוש תכלית החוק הראויה. אלה כוללים את סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון), מס' 59 התשכ"ז-1967, אשר נועד להגן על מי שהתקשר "בתום לב" עם הממונה ועל "אינטרס ההסתמכות" של הפרט שנקט פעולות על בסיס אותה התקשרות, כאשר ביטולה יביא לפגיעה בו; שימוש בדיני התיישנות רוכשת בקרקע מסוג מירי החלים בגדה המערבית, ובמרכזם סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני מיום 7 רמזאן 1274 (21.4.1858); סעיף 20 לחוק הקרקעות העות'מאני שעוסק בטענת התיישנות דיונית בסכסוכים שהמדינה אינה צד להם; ומצבים של בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת, בדומה לדין הישראלי. פסק הדין מציין כי בחינה ראשונית של ההסדרים הנ"ל, על פני הדברים, מעלה כי פגיעתם בזכויות של התושבים הפלסטינים על פיהם היא פחותה, כי "לכאורה יש בהם משום איון מידתי יותר בין הזכויות והאינטרסים המתנגשים" וכי "הסדרים אלה מחייבים בחינה פרטנית של כל מקרה לפי נסיבותיו, תוך מתן משקל למעמד המיוחד של הפלסטינים תושבי האזור, לזכות הקניין שלהם ולחובתו של המפקד הצבאי על פי דיני התפיסה הלוחמתית להגן על זכות זו".<sup>81</sup> יחד עם זאת, פסק הדין קבע כי אין מקום להורות על בטלות החוק בשל קיומו של אמצעי חלופי שפגיעתו פחותה, זאת נוכח היקפם החלקי והמוגבל של ההסדרים החלופיים שהוצעו. בית המשפט נימק כי השימוש בהסדרים חלופיים אלה עד כה היה במקרים חריגים, ועל כן הניסיון שנצבר במימושם הוא מצומצם.<sup>82</sup>

במילים אחרות, בית המשפט חותר לאמצעים "חלופיים" גורפים דיים בכדי להכיל את תכלית החוק. קביעה זו של בית המשפט יש בה כדי להתוות מסגרת לגבי מהותו הרצויה של הסדר חלופי כלשהו שצריך להיות רחב מספיק בכדי לממש את תכלית החוק "האנושית", אך פחות גורף וכוללני מניסוח החוק. זוהי קביעה שמבקשת לעגן מעין גורפות "מידתית" לנטילת קרקע פלסטינית לצורכיהם הבלעדיים והפרוויילגיים של המתנחלים ומפעל ההתנחלויות, כאשר היא מציבה את המתנחל וזכותו לא להיות מפונה במרכז ומבנה בתוכה את מערך היחסים בינו לבין רשויות מדינת ישראל. זהו מהלך שמטשטש שוב את ההבחנה בין התכלית המערכתית לזו האנושית בחוות דעת הרוב. לכן, גדר המחלוקת בין שופטי הרוב ודעת המיעוט בשלב הזה של פסק הדין היא לא מהותית והיא מסתכמת בשאלות הנוגעות ליעילות ההסדרים החלופיים, או בשאלה האם ניתן להתגבר על גורפות וכלליות החוק דרך צמצום חלק מהגדרותיו מבלי לפגוע

<sup>81</sup> שם, בפס' 93 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>82</sup> שם, בפס' 94 לפסק הדין של הנשיאה חיות. מקביעה זו על אודות מבחן המידתיות השני הסתייג המשנה לנשיאה מלצר בתוספת הערות משלו לחוות דעת הרוב שאליה הוא הצטרף, וחיווה את דעתו כי חוק ההסדרה אינו צולח את דרישת המידתיות גם במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, היות שהאמצעים החלופיים כן נותנים מענה לרוב המקרים המדוברים. ראו שם, בפס' 8 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר.



ביעילותם של האמצעים שנקבעו בו להגשים את מטרותיו, כפי שהוצע על ידי השופט סולברג.<sup>83</sup>

אומנם האמצעים החלופיים שהוזכרו נשענים במרביתם, כביכול, על צווים צבאיים או על הדין המקומי, אך אלה מוכפפים, דרך מבחני המידתיות החוקתית הישראלית, לאינטרסים לא לגיטימיים של ישראל ולתכלית החוק "הראויה" שלא לפנות מתנחלים, כפי שזו נקבעה על ידי בית המשפט על סמך החלת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. במילים אחרות, מסגרת חוק היסוד פורשת את כנפיה על הדינים הקיימים והצווים הצבאיים בעשייה קולוניאלית שמכוונת לעצב מחדש את משמעותם למען הכשרת נטילת קרקע להסדרת התנחלויות. כך, מבחני המידתיות, ובייחוד האמצעים החלופיים שהוצעו במסגרתם, הציבו את האינטרס של המתנחלים, כקבוצה שמייצגת את האינטרסים הפוליטיים-אידאולוגיים של ישראל, כשיח משפטי לגיטימי הטעון מידת מה של מידתיות – דיון המתמקד בסופו של תהליך בעובדות ברמה המנהלית. לכן, מבחני המידתיות במערך נורמטיבי מוסכם זה יכולים להוביל גם לתוצאה שונה, כפי שהיה בחוות דעתו החולקת של השופט סולברג אשר קבעה כי החוק מקיים את תכליתו הלגיטימית באופן מידתי, כפוף לתיקונים שהוצעו.

לבסוף, פסק הדין קבע כי חוק ההסדרה אינו צולח את מבחן המידתיות במובן הצר היות שהשוואת ההסדרים שבחוק להסדרים קרובים בדין הישראלי ובדין החל בגדה המערבית "מלמדת כי מדובר במנגנון גורף שאין בו ביטוי ראוי לכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין, ואשר נזקו עולה על תועלתו".<sup>84</sup> פסק הדין בשלב זה חזר והדגיש שוב את תכליתו הראויה של החוק ואת השאיפה למנוע פינוי והריסה של הבתים בהתנחלויות שפורטו בו, אך קבע כי אין בתכלית זו כדי להצדיק את גורפות החוק, זאת בייחוד נוכח קיומם של אמצעים משפטיים חלופיים שיש בהם כדי לתת במידה לא מבוטלת מענה לתכלית הראויה הנ"ל ול"תועלת הציבורית" הגלומה בה. אך היות שנקבע במסגרת מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה כי היקפם של אמצעים אלה הינו חלקי ומוגבל ראה בית המשפט לנכון להפנות לדברי היועץ המשפטי לממשלה בהקשר זה ולפיהם פרט לכלים המשפטיים הקבועים בדין החל בגדה המערבית – צווים צבאיים והדין המקומי – יש לתת משקל ראוי לעובדה שעל פי מדיניות הממשלה ניתנת עדיפות לקיום פתרון הסדרה על מנת למנוע פינוי והריסה, במקום שניתן להסדיר בו במישור הקנייני והתכנוני התנחלות שהוקמה שלא כדין על מקרקעין שהם רכוש ממשלתי.<sup>85</sup>

המבחן הסתכם בתועלת החוק לקיים את תכליתו הראויה אל מול הנזק שהוא גורם בדמות הפגיעה בזכויות החוקתיות כפי שסווגו בפסק הדין. מבחן ערכי זה לא העמיד במשוואה את ערכי המדינה ביחסה למשפט הבינלאומי ולהתחייבויותיה על פי משפט זה או את הפגיעה בזכויות המוגנות של האוכלוסייה הפלסטינית. כך תוחם המבחן שוב

<sup>83</sup> שם, בפס' 32–52 לפסק הדין של השופט סולברג.

<sup>84</sup> שם, בפס' 109 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>85</sup> שם, בפס' 108 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

סביב שאלת האמצעים החלופיים תוך כדי הבניית הפריווילגיות למתנחלים הטמונות באמצעים אלה, והכפפת זכויות הפלסטינים והטמעת עמדת הכוח הנחותה שלהם אל תוך ההמשגה המשפטית למבחן הצר של המידתיות. לכן גם כאן גדר המחלוקת בין שופטי הרוב לבין חוות דעתו החולקת של השופט סולברג אינה על אפיון הערכים, אלא על הערכת היקף התועלת במימוש התכליות הראויות אל מול הפגיעה במידה זו או אחרת בזכות הפלסטיני לקניין. דעתו החולקת של השופט סולברג בהקשר הזה נתנה ביטוי מלא להבניית עמדת הכוח הנחותה של האוכלוסייה הפלסטינית, מצב השליטה בגדה המערבית והבטחת פריווילגיה למתנחלים אל תוך המבחן.<sup>86</sup>

דרך האמצעים החלופיים, כובד המשקל בבחינה המשפטית מעתה יהיה עובדתי/מידתי ולא נורמטיבי/תכליתי, כפי שהיינו עדים בפסק דין **סאלחה**, שניתן לאחר פסק הדין בעניין חוק ההסדרה. בעניין **סאלחה** נידונה השאלה העקרונית בדבר נפקותו המשפטית של סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59) – האמצעי החלופי העיקרי שנידון במבחני המידתיות בפסק הדין – וכוחו להכשיר את נישול קניין הפרט לצורכי התנחלות מצפה כרמים. בית המשפט, ברוב דעות, קבע כי סעיף 5 לצו הנ"ל הוא הסדר של מעין תקנת שוק, כאשר בהתקיים התנאים הקבועים בו כל עסקה שנעשתה בין "הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש" וצד שלישי לא תיפסל ותעמוד בתוקפה. עם קביעה עקרונית זו השאלה המשפטית שהוצבה לבחינת נטילת קניין הפרט לצורכי התנחלות מצפה כרמים הייתה האם עובדות המקרה מלמדות על קיום "תום לב" ביחסים בין המתנחל לבין "הממונה על הרכוש הממשלתי" או בין המתנחל והגוף המיישב.<sup>87</sup> ביקורת על פסק הדין נמתחה, בקצרה, גם במאמרם של עמיחי כהן ויובל שני בכרך זה, ובו הם אומנם מציעים פירוש מצמצם לסעיף 5 לצו הנ"ל, אך עדיין מדובר במתכונת להפקעת קרקע פלסטינית פרטית לצורכיהם הבלעדיים של המתנחלים. בין אם תהא זו מתכונת מצומצמת או רחבה, עדיין מדובר בהפרה של הדין הבינלאומי החל תוך המשגה נורמטיבית לנחיתות עמדת הכוח של הפלסטיני והכפפת זכויותו לפריווילגיות המוענקות למתנחלים.

<sup>86</sup> השופט סולברג קבע כי אל מול התועלות הצומחות מהגשמת תכליותיו של החוק – תועלת מדינית ותועלת אנושית – במצבים רבים מאוד הפגיעה בזכות הקניין "אינה חמורה במיוחד, אם בכלל". זאת שכן, בין היתר, רובם של המבנים שהחוק מבקש להכשירם עומדים כבר זמן רב; בחלק מהמקרים לא ידוע מי הם בעלי הקרקע; בחלק מהמקרים בעלי הקרקע "ישנים" על זכויותיהם משך תקופה ארוכה; לעיתים גם אם בעלי הקרקע עומדים על זכויותיהם בה, עדיין אין הם יכולים לעשות בה שימוש לאחר פינויה, זאת מחמת שיקולי ביטחון או בשל היותה בשטח "כלוא"; חלק מבין בעלי הקרקעות היו מעדיפים למכור את אדמתם תמורת פיצוי, אך אינם עושים כן מחשש מתגובת הרשות הפלסטינית (ראו שם, בפס' 45 לפסק הדין של השופט סולברג).

<sup>87</sup> בג"ץ 953/11 **סאלחה נ' שר הביטחון** (נבו) 27.08.2020. דיון נוסף על פסק הדין עורנו תלוי ועומד בפני בית המשפט העליון (ראו דנ"א 6364/20 **שר הביטחון נ' סאלחה** (נבו) 31.04.2021).

בסופם של מבחני המידתיות נראה שוב כי ההבדל בין אינטרסים פוליטיים-לאומיים או ערכיים-אידאולוגיים של הממשלה בקידום חקיקתו של החוק – התיישבות ישראלית ב"ארץ ישראל" כערך ציוני – לבין הקביעה המשפטית בצורך באמצעים מידתיים בכדי לקיים את תכלית החוק, הוא לא כל כך גדול. שניהם מסכימים להכיר בזכות המתנחל שלא להיות מפונה. הממשלה ודעת המיעוט, וחלק משופטי הרוב ממניעים פוליטיים, ודעת הרוב בפסק הדין מתוך הכרה בתכלית ה"אנושית" של החוק כראויה, כאשר ההבדל בין שתי התכליות מיטשטש ככל שמתקדמים בפסק הדין – כל אלה מסכימים כי ניתן להפקיע קניין של פלסטיני לקיום "זכות" בלעדית של המתנחל, וגדר המחלוקת מתוחם בשאלה של מידתיות ופחות בשאלה של מהות זכותו של הפלסטיני ומעמדן של ההתנחלויות על פי המשפט הבינלאומי החל.

מבחני מידתיות אלה שונים גם במהותם ממבחני המידתיות המנהלית אשר יושמו על ידי בית המשפט בתיקים רבים בהקשר של נטילת קרקע פרטית בגדה המערבית, ובכלל. כפי שכתבו גרוס, קוסקיניאמי, דפנה ברק ארוז, קרצ'מר ורונון, הוסטובסקי-ברנדס ואחרים,<sup>88</sup> אומנם המידתיות המנהלית הרחיקה עד מאוד את הפרשנות לדינים החלים ממהות המשפט הבינלאומי והלכה למעשה הכשירה הפרות שלו, אך החלת מבחני המידתיות החוקתית כאן היא צעד שפוסח מעבר לפרשנות בעייתית כזו או אחרת לעבר החלה של המידתיות החוקתית המנותקת כליל מהדין הבינלאומי החל ובתנאים קולוניאליים-התיישבותיים.

---

<sup>88</sup> Martti Koskenniemi, *what Use for Sovereignty Today?*, 1 ASIAN J. INT'L L. 61 (2011); Koskenniemi, לעיל ה"ש 36; Gross, לעיל ה"ש 9; Barak-Erez, לעיל ה"ש 16; Hostovsky Brandes Stavros, לעיל ה"ש 16; KRETZMER & RONEN, לעיל ה"ש 9, בעמ' 50–53. לכתובה ביקורתית נוספת על מבחני המידתיות והנגיסה בזכויות אדם ראו גם Tsakyarakis, *Proportionality: An assault on human rights?*, 7 INT'L J. CONST. L. 468 (2009).

## סיכום

פסק הדין בעניין חוק ההסדרה, על אף תוצאתו שמקבלת את העתירות ומבטלת את החקיקה, מייצר ממשק דוקטרינרי בעייתי ביותר בין הדין הבינלאומי החל בשטחי הגדה המערבית הכבושים ובין המשפט החוקתי הישראלי – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובבחינת הכיבוש המתמשך או "[מציאות] דברים הנמשכת מזה כחמישה עשורים וסופה אינו ידוע", כלשון בית המשפט, נורמות הבסיס המפרידות בין שתי מערכות הדינים בין ישראל לשטחים הכבושים ממשיך להיטשטש.<sup>89</sup>

המערך הנורמטיבי החוקתי הישראלי מחלחל לו בתנאים קולוניאליים-התיישבותיים. חוק היסוד הוחל כאן בממשק שבין זכות הקניין המוגנת של בעל הקרקע הפלסטיני לבין "זכותו" שנוצרה של המתנחל שלא להיות מפונה. החלת חוק היסוד בממשק זה הייתה על דרך הכפפה והבניית מערך השליטה הקולוניאלית ההתיישבותית אשר מעניקה למתנחלים הישראלים, תוך כדי הבניית זהותם הלאומית, את האפשרות הפריוילגית לתבוע כשלהם את רכושו של הפלסטיני הנכבש. מופע המשפט הבינלאומי בפסק הדין הוא בתצורת "הקושי מתעצם" או "שיקול שיש להביאו בחשבון", ושפת הזכויות ה"אנושיות" של המתנחל הפכה להיות נוסחה נורמטיבית השוללת את ההגנות המוחלטות על קניינו של הפלסטיני על פי המשפט הבינלאומי ומכפיפה אותם ליחסים החוקתיים בין המתנחל לרשויות מדינת ישראל, על כלל האינטרסים הפוליטיים, המדיניים והלאומיים-התיישבותיים הגלומים ביחסים אלה.

בהעדר שיקולי ביטחון באופק המשפטי של פסק הדין, כמתחייב על פי המשפט הבינלאומי, החלת חוק היסוד לבחינת חוק ההסדרה טשטשה את הנורמליות הטריטוריאלית והריבונית החוקתית ופסחה בדרך שיח חוקתי בין אזרח המדינה לבין רשויות המדינה על זכויותיו של הנכבש. זוהי החלה חוקתית ישראלית הניצבת ככוח פוליטי העומד מעל למשפט הבינלאומי והמבוססת על עמדת הכוח הנחותה של הפלסטיני הנכבש ועל שלילת זכותו להגדרה עצמית כעם.

פס"ד **דויקאט**, על אף תוצאתו אשר ביטלה הקצאת קרקע פלסטינית פרטית לצורך בניית התנחלות אלון מורה – משהשתכנע בית המשפט כי התכלית בבסיס ההקצאה הינה פוליטית בלתי ראויה ולא ביטחונית – סלל את הדרך למפעל התנחלויות רחב היקף על קרקעות שהוכרוזו על ידי רשויות הכיבוש כ"קרקע מדינה".<sup>90</sup> כך גם פסק הדין

<sup>89</sup> סמדר בן נתן טוענת כי המטוטלת של בית המשפט העליון בישראל, הנעה בין המשפט הבינלאומי למשפט החוקתי, משקפת את חוסר ההחלטיות הישראלית ביחס למעמדם של השטחים הכבושים. בן נתן טוענת כי היחסים בין ישראל לשטחים עוצבו לאורך שנים באינטימיות משפטית, וכי ההסדרים החוקיים היו קשורים זה בזה לאורך השנים, עד שדיון אנליטי ביישום דוקטרינות משפטיות המובנות להפרדה טריטוריאלית ומשפטית כמעט אינו אפשרי. ראו Ben-Natan, לעיל ה"ש 9, בעמ' 170.

<sup>90</sup> ראו למשל Shamir, לעיל ה"ש 75, בעמ' 788–789.

בעניין חוק ההסדרה, על אף קביעתו שהחוק בטל, באמצעו את התכלית ה"אנושית" כראויה עלול לסלול את הדרך להסדרת מפעל זה שהוקם על קרקע פרטית שנושלה לצורכי ההתנחלויות.