



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 794/17

לפני :

כבוד המשנה לנשיאה (בדימי) ס' ג'ובראן  
כבוד השופט י' דנציגר  
כבוד השופט נ' הנדל

העותרים :

1. ואיל חוסיין באג'יס זיאדה
2. אחמד עבדאללה מוחמד חאמד
3. ורדה עבד-אלפתאח עבד-אלראזק עודה
4. ג'מילה עבד-אלפתאח עבד-אלראזק שחאדה
5. פאטמה עבד-אלפתאח עבד-אלראזק שחאדה
6. יאסר מחמוד עבד-אלפתאח שחאדה
7. זהרייה יוסף עבד-אלפתאח ראזק
8. עפף יוסף עבד-אלפתאח מצלח
9. ריאן מפדי עבד-אלטיף דרוויש
10. ראש מועצת הכפר סילוואד עבד-אלרחמן סאלח מוסטאפה סאלח
11. יש דין - ארגון מתנדבים לזכויות אדם
12. זינב שחאדה עבד-אלרזאק

נגד

המשיבים :

1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
2. הממונה על הרכוש הנטוש בגדה המערבית
3. ראש המינהל האזרחי בגדה המערבית
4. המועצה האיזורית מטה בנימין
5. עמונה - אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות קהילתית בע"מ

התנגדות לצו על-תנאי

ד' בשבט התשע"ז (31.1.2017)

תאריך הישיבה :

עו"ד שלומי זכריה ; עו"ד מיכל זיו

בשם העותרים :

עו"ד ענר הלמן ; עו"ד אבינעם סגל-אלעד ; עו"ד רן רוזנברג

בשם המשיבים 1-3 :

עו"ד ד"ר הראל ארנון ; עו"ד צפנת נורדמן

בשם המשיבות 4-5 :

פסק-דין (נימוקים)

המשנה לנשיאה (בדימ') ס' ג'ובראן:

א. הרקע לעתירה.....	3
(1) הליכים קודמים.....	3
(2) המתווה והליכי התכנון הנלווים.....	4
ב. הצדדים לעתירה ועיקרי טענותיהם.....	10
(1) העותרים.....	10
(2) המשיבים 3-1.....	11
(3) המשיבות 5-4.....	11
(4) עיקרי טענות הצדדים.....	11
ג. סמכות.....	13
(1) הדין הבינלאומי.....	13
(2) הדין המקומי.....	23
ד. תקינות ההליך.....	26
ה. חובת אמון.....	33
ו. הקמת התיישבות חדשה – האומנם?.....	38
ז. הפעלת שיקול הדעת.....	43
(1) מידתיות.....	44
(2) סבירות.....	71
ח. סיכום.....	75

1. עניינה של העתירה שלפנינו בבקשת העותרים לבטל את הצו בדבר אישור הקמה ופטור מרישיון לאתרי מגורים ארעיים בעלי חשיבות אזורית (הוראת שעה) (יהודה ושומרון) (מס' 1777), התשע"ז-2016, אשר הוצא ונחתם על ידי המשיב 1 (להלן: מפקד האזור) ביום 29.11.2016, ותוקן ביום 19.12.2016 במסגרת הצו בדבר אישור הקמה ופטור מרישיון לאתרי מגורים ארעיים בעלי חשיבות אזורית (הוראת שעה) (תיקון מס' 1) (יהודה ושומרון) (מס' 1779), התשע"ז-2016 (להלן: צו 1777 וצו 1779 בהתאמה; להלן ביחד: הצו המתוקן). כן מבקשים העותרים לבטל את החלטת המשיבים 3-1 (להלן ביחד: המדינה) מיום 9.1.2017 ליטול חזקה בחלקים מחלקות 28, 29 ו-30 בגוש 21 באדמות הכפר סילוואד (להלן ביחד: החלקות), לבצע בהן פירוק שיתוף כפוי על ידי מי שאינו בעלים ולהקצותן באמצעות המשיבה 4 לטובתם של יחידי המשיבה 5 (להלן ביחד: המתיישבים).

לצד העתירה, הוגשה בקשה למתן צו ביניים-ארעי. במסגרת הבקשה התבקש בית משפט זה להורות למשיבים להימנע מהוצאה לפועל של הליך פירוק השיתוף בחלקות; להימנע מקידום של הליכי תכנון, הקצאה או בנייה בחלקות, ולהקפיא לאלתר הליכים שהחלו; ולהימנע מכל בנייה בחלקות העותרים שיש בה כדי לשנות את מצב השטח הקיים.

א. הרקע לעתירה

(1) הליכים קודמים

2. ביום 25.12.2014 ניתן פסק דינו של בית משפט זה (הנשיא א' גרוניס, השופטת א' חיות והשופט ח' מלצר) בבג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון (להלן: פסק הדין), אשר קיבל את העתירה לפינוי היישוב עמונה בשל היותו בנוי על אדמות פרטיות של פלסטינים, וקבע כי על המשיבים לאותה עתירה לפעול למימוש צווי ההריסה לכל המבנים בתחום היישוב, כפי שהתחייבו לעשות. בשל הקושי הגלום בביצוע ההריסה – שכן רוב המבנים משמשים למגורים – וכדי לבחון חלופות למגורי התושבים, הורה בית המשפט כי הצווים ימומשו בתוך שנתיים מיום מתן פסק הדין, כלומר, עד ליום 25.12.2016.

3. ביום 31.10.2016 הגישה המדינה בקשה להארכת מועד לקיום פסק הדין בשבעה חודשים. הבקשה נומקה בצורך בזמן נוסף לצורך העמדת חלופות מגורים לתושבי עמונה, כאשר באותה עת עמדו על הפרק שתי חלופות אפשריות למגורי התושבים – "שבות-רחל מזרח" ו-"עמונה צפון" (החלופה מושא עתירה זו). הבקשה נדחתה ביום 14.11.2016 על ידי בית משפט זה (הנשיאה מ' נאור, השופטת א' חיות והשופט ח' מלצר; להלן: ההחלטה בבקשה הראשונה להארכת מועד), תוך שהובהר כי יש לבצע את הפינוי עד ליום 25.12.2016, כפי שנקבע בפסק הדין.

4. לאחר דחיית הבקשה להארכת מועד, הגיעה המדינה ביום 18.12.2016 להבנות עם תושבי עמונה. במסגרת ההבנות נתנו התושבים את הסכמתם להתפנות מרצון, וזאת בהתבסס על מתווה שהציג להם הדרג המדיני, ושעליו חתמו נציגי התושבים (להלן: המתווה או מתווה עמונה). בעקבות מתווה זה, הגישה המדינה ביום 20.12.2016 בקשה לדחיית המועד למימוש פסק הדין ב-45 ימים. המדינה הטעימה כי הבקשה לדחיית

המועד נועדה כדי לאפשר את ביצוע הפינוי בדרכי שלום, באופן שיצמצם באורח משמעותי את ההשלכות הביטחוניות הפוטנציאליות של האירוע וייתן מענה ראוי והולם למשפחות המתגוררות בעמונה. הודגש בבקשה כי פרק הזמן המבוקש הוא קצר, תחום וסופי בהחלט; וכי מדובר בשיקולים כבדי משקל ובשינוי נסיבות מהותי שחל לאחר דחיית הבקשה הקודמת, אשר מצדיקים, לטעמה של המדינה, היענות לבקשה ולפרק הזמן הקצר המבוקש בה.

5. ביום 22.12.2016 קיבל בית משפט זה (הנשיאה מ' נאור, השופטת א' חיות והשופט ח' מלצר; להלן: ההחלטה בבקשה השנייה להארכת מועד) את בקשת המדינה לדחיית המועד למימוש פסק הדין ב-45 ימים, וכך קבע:

"במכלול נסיבות אלה, ניתן היה לדחות את הבקשה ולקבוע כי המועד לביצוע פסק הדין יישאר המועד שנקבע בו. כל מה שנעשה עתה יכול היה להיעשות זה מכבר. עם זאת, בעקבות מאמצים שנעשו בעת האחרונה להגיע לפתרון מוסכם, אף שבאיחור ניכר, יש עתה התחייבות לפינוי בדרכי שלום ובלא עימות והתנגדות במועד הנדחה שנתבקש. התחייבות זו הינה בלתי-מותנית, ולפיכך אנו נעתרים לפנים משורת הדין לבקשה וניתנה ארכה קצרה של 45 יום לביצוע פסק הדין (דהיינו עד ליום 8.2.2017). זוהי ארכה סופית ואחרונה שאינה מותנית במציאת פתרון חלופי כזה או אחר. לענין זה נזכיר כי אף המדינה עצמה הדגישה בבקשתה כי 'גם אם המתווה עליו סוכם לא ימומש עד תום תקופת הארכה המבוקשת כעת, באופן מלא או חלקי, הדרג המדיני הבהיר כי לא תתבקש ארכה נוספת לביצוע פסק הדין'.

לאור האמור, מועד ביצועו של פסק הדין יידחה ב-45 ימים. דהיינו, מימוש צווי ההריסה יבוצע עד ליום 8.2.2017 (י"ב בשבט התשע"ז). כאמור לעיל, זוהי ארכה סופית ואחרונה, וזאת גם אם לא יימצא פתרון חלופי כזה או אחר. ממילא המדינה לא תגיש בקשה נוספת להארכת מועד, בהתאם להתחייבותה בבקשה הנוכחית" (שם, פסקות 18-19).

(2) המתווה והליכי התכנון הנלווים

6. במוקד העתירה שלפנינו מצויים סעיפים 3 ו-4 למתווה עמונה, אשר קובעים כדלקמן:

"3. במקביל לכך, המדינה תפעל להציב כארבעים מבנים נוספים בחלקות הסמוכות ליישוב עמונה, לתקופה של שנתיים, זאת, באמצעות תיקון צו 1777, כך שיתאפשר

במסגרתו לממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש (להלן: הממונה), ביחס לחלקה אשר מבקשים לתת בה היתר בניה מכוח הצו, ושעיקר הבעלות בה הינו בגדר נכס נטוש, לפי הצו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (יהודה ושומרון) (מס' 58), התשכ"ז-1967, ליטול חזקה בחלק מסוים מהשטח, ששוויו ביחס לכל שטח המקרקעין, הוא כיחס בין הזכות הבלתי מסוימת המהווה נכס נטוש לבין כלל הזכויות הבלתי מסוימות מאותו סוג באותה חלקה. השטח בו הממונה יטול חזקה יוקצה למועצה האזורית מטה בנימין. יישום הסמכות האמורה יקודם לגבי חלקות שונות, לרבות ביחס לחלקות 28, 29, 30 ו-54 (ראשית חלקה 30 ומיד לאחריה החלקות הנוספות). לפני תום תקופת 8 החודשים האמורה בסעיף 2 לעיל, יקודם יישום הסמכות גם ביחס לחלקה 38.

4. במהלך תקופת השנתיים האמורה בסעיף (3), תיבחן האפשרות לאשר התיישבות ארוכת טווח בחלקות הסמוכות לעמונה. לשם כך, יושלם הליך בירור ההשגות שהוגשו. כמו כן, המדינה תפנה לבית משפט השלום בירושלים בבקשה לפירוק שיתוף בחלקות שיימצא כי עיקר הבעלות בהן הינו בגדר נכס נטוש. לאחר שיובהר – בסיומם של תהליכים אלו – היקף השטח הנמצא בחזקת הממונה, יבחנו הגורמים המקצועיים אם ניתן מבחינה תכנונית להקים התיישבות ארוכת טווח במקום, ובהמשך לכך יבחן היועץ המשפטי לממשלה אם ניתן לאשר זאת מבחינה משפטית.

ככל שהתהליך המפורט בסעיף זה לא יסתיים, בהכרעה כזו או אחרת, בתום תקופת השנתיים האמורה לעיל, יוארכו היתרי הבניה וההקצאות ביחס לחלקות האמורות בסעיף (3) לפרק זמן קצר נוסף, כפי שיידרש עד להשלמת התהליך".

יודגש, כי במסגרת המתווה התחייבו תושבי עמונה לפנות את היישוב בדרכי שלום וללא עימות, וזאת אף אם מבחינה משפטית לא ניתן יהיה לבצע את עמדת הדרג המדיני שהוצגה במתווה:

"אנו תושבי עמונה מודיעים בזאת, וכך אף נודיע לבית המשפט, כי המתווה המתואר לעיל מקובל עלינו, וכי אנו נפנה את מתחם הישוב בדרכי שלום וללא כל עימות, ונימנע מהתנגדות לביצועו של פסק הדין, במועד שייקבע על ידי הדרג המדיני, בהתאם לפסק הדין של בית המשפט העליון בג"ץ 9949/08, או עד למועד מאוחר יותר שיקבע על ידי בית המשפט העליון, באם תתקבל בבקשת [כך במקור] הדחיה שתוגש על ידי המדינה, כאמור לעיל. זאת אף אם לא ניתן יהיה לבצע את עמדת הדרג המדיני המתואר לעיל, בחלקה או במלואה, בשל צווים שיפוטניים" (ההדגשות הוספו – ס.ג.).

לאחר הגשת בקשת המדינה לדחיית מועד ביצוע פסק הדין ב-45 ימים, ובעקבות החלטת בית משפט זה מיום 22.12.2016, חזרו תושבי עמונה על התחייבותם הבלתי מותנית לפינוי בדרכי שלום, בלשון זו:

"בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 22.12.2016, ובהמשך להודעת המשיבים מיום 22.12.2016, המשיבים מבהירים, למען הסר ספק, כי הם מסכימים ומתחייבים כולם כאיש אחד לפינוי בדרכי שלום וללא עימות והתנגדות (כאמור בסעיף 3 להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 21.12.2016). ולמען הסר ספק נוסף, הם מבהירים עוד כי מחויבותם הינה ללא כל התניה" (ההדגשה הוספה – ס.ג.).

יצוין כי לאחר שביום 22.1.2017 שיגרו התושבים מכתב הממוען לראש הממשלה ולשר החינוך, שבו הודיעו על חזרתם מן ההסכמה שתוארה לעיל לפינוי המאחז ללא התנגדות ובדרכי שלום, שבו התושבים והצהירו ביום 29.1.2017 כי "ברור שאנחנו מחוייבים לקיים את התחייבותנו הבלתי מותנית לבג"ץ מיום 22.12.16, לפינוי עמונה בדרכי שלום וללא כל אלימות, עימות או התנגדות".

7. אסקור עתה בתמצית את השתלשלות הליכי התכנון הנלווים למתווה. על מנת לקדם את הפיתרון החלופי ליישוב עמונה, הודיע המשיב 2 (להלן: הממונה) ביום 8.8.2016 – באמצעות פרסום במשרדי התיאום והקישור, וביום 11.8.2016 – באמצעות פרסום בעיתון אל-קודס, על כוונתו לקלוט לניהולו 35 חלקות המצויות בגושים 20 ו-21 באדמות הכפר סילוואד, אשר היוו להגדרתו "נכסים נטושים". זאת, בהתאם לסמכותו מכוח סעיף 4 לצו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (יהודה ושומרון) (מס' 58), התשכ"ז-1967 (להלן: הצו בדבר נכסים נטושים). בהודעתו, הזמין הממונה כל בעל עניין במקרקעין להגיש השגתו.

בימים 8.9.2016, 21.9.2016, 28.9.2016 ו-13.11.2016 הגיש בא כוח העותרים השגות בשם אחדים מן העותרים ובשם תושבים פלסטינים אחרים הטוענים לזכויות בחלקות. ההשגות כללו טענות פרטניות ביחס לזכויות ב-33 מבין 35 החלקות, וכן טענות כלליות ביחס להיעדר הסמכות של הממונה ליטול חזקה בחלקות כולן. ביום 29.11.2016, לאחר דחיית טענותיו הכלליות של בא כוח העותרים, הודיע הממונה על נטילת החזקה בחלקות 38, 61 ו-69 בגוש 21 – אשר לגביהן לא הוגשו השגות קונקרטיות על ידי טוענים לזכויות – בהיותן נכסים נטושים.

8. במקביל, חתם מפקד האזור ביום 29.11.2016 על צו 1777 לצורך הקמת אתר מגורים זמני עבור מפוני עמונה בשלוש החלקות האמורות. תוקפו של הצו ביום חתימתו היה לשמונה חודשים. ביום 4.12.2016 הגיש בא כוח העותרים השגות עקרוניות ביחס לצו, וביום 5.12.2016 הוגשו השגות מצד טוענים לזכויות בחלקות 61 ו-69 בדבר הכוונה לנהלן כרכוש נטוש. בשל השגות אלו החליטה מועצת התכנון העליונה ביום 8.12.2016 להימנע מאישור התוכנית ביחס לחלקות האמורות. לצד זאת, אישרה המועצה את התוכנית ביחס לחלקה 38. בהמשך נתן את אישורו גם המשיב 3 (להלן: ראש המנהל האזרחי).

בהמשך לכך, הוצא ביום 29.12.2016 צו 1779. צו זה תיקן את צו 1777, כך שהאריך את תוקפו למשך שנתיים, והקנה לממונה סמכות "ליטול חזקה בנכס בחלק מסוים מהשטח ששוויו ביחס לשווי כל שטח הנכס הוא כיחס בין הזכות הבלתי מסוימת לבין כלל הזכויות הבלתי מסוימות מאותו סוג באותו הנכס". יובהר כבר עתה כי לתיקון זה נכונה חשיבות מכרעת בהוצאת המתווה לפועל, שכן הוא התיר לממונה לראשונה ליטול חזקה אף בחלקה שבה התקבלו טענות המשיגים, וזאת על דרך של פירוק השיתוף באופן כפוי, באמצעות מעשה מנהלי.

למען השלמת התמונה, יצוין כי ביום 19.12.2016 הוגשה השגה ביחס לחלקה 38, במסגרתה טען המשיג כי באמתחתו ייפוי כוח מאת יורשיו של הבעלים הרשום, אשר מתגורר בירדן. לאחר שנמצא כי זכויות היורשים מבוססות, ולאחר שהודיע הממונה כי בכונתו לשקול את ביטול התוכנית שאושרה ביחס לחלקה זו, קיימה מועצת התכנון העליונה דיון בסוגיה, שבסופו החליטה להמליץ לממונה על ביטול התוכנית. ביום 16.1.2017 אימץ הממונה את ההחלטה.

9. בהתאם לסמכותו על פי הצו המתוקן, הודיע הממונה ביום 9.1.2017 על נטילת חזקה בחלקים מסוימים מחלקות 28, 29, 30 ו-54, בהתאם לחלקים היחסיים שאותם מצא כרכוש נטוש בכל אחת מחלקות אלו. בהמשך להודעה זו, הוגשו בימים 11.1.2017, 16.1.2017 ו-19.1.2017 השגות נוספות מטעם הטוענים לזכויות בחלקות האמורות. מעבר לכך, הגיש בא כוח העותרים בימים 5.1.2017 ו-16.1.2017 השגות כללית ביחס להודעת הממונה. ביום 19.1.2017 הגיב הממונה לכלל טענות בא כוח העותרים כפי שהועלו במסגרת ההשגות השונות. אשר להשגה הכללית בה נטען, בין היתר, נגד חוקיותו של הצו המתוקן, נענה בא כוח העותרים כי:

”ההסדר אשר נקבע בצו, אכן משנה מהדין החל באיזור, עליו עמדת במכתבך, אולם מדובר בשינוי נקודתי וזמני בלבד וכמפורט בצו, תחולתו מוגבלת למספר חלקות בודדות בלבד, ולפרק זמן קצוב. הסדר זה, נובע מצורך דחוף, ואינו מבקש לשמש תחליף לדרך המלך המשפטית להשגת פירוק שיתוף באמצעות פניה להליך שיפוטי, ככל שיתבקש הדבר בעתיד”.

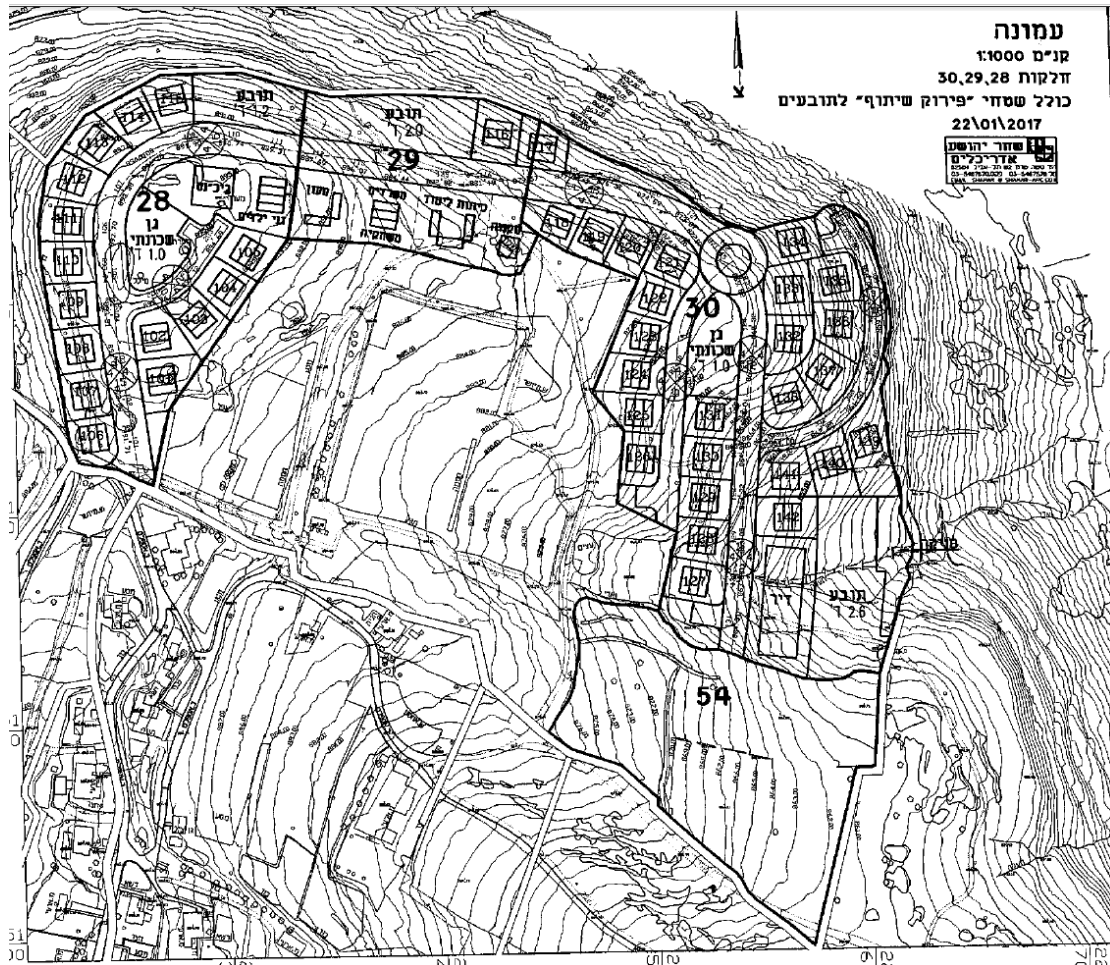
אשר להשגות הפרטניות שהוגשו על ידי בא כוח העותרים, בהתאם לממצאי בדיקתם של הגורמים המוסמכים במנהל האזרחי נגרעו חלקים נוספים מחלקה 28, ובוטלה החלטת הממונה לתפוס חזקה בחלק מסוים מחלקה 54. מנקודה זו ועד הלום נותרו שלוש חלקות רלוונטיות, הן החלקות 28, 29 ו-30 שבמוקד עתירה זו.

10. ביום 20.1.2017 פנה בא כוח העותרים לסגן היועץ המשפטי לאזור והעלה טענות נגד ההחלטה על דחיית ההשגות שהוגשו, וכך טענות פרטניות ביחס לחלקה 29. ביום 23.1.2017, לאחר הגשת העתירה שלפנינו, השיב ראש המנהל האזרחי כי נטילת החזקה בכל חלקה נעשתה על פי ממצאי בדיקת ההשגות על ידי הגורמים המקצועיים במנהל האזרחי. עוד נמסר כי הממונה לא נטל חזקה בחלקים המצויים בבעלותו של אדם שאותר במרשם האזור. כן צוין כי במקרים שבהם הטענות שהועלו על ידי המשיגים לא נתמכו במסמכים מתאימים, כגון צו ירושה המוכיח זכאות לחלק מהזכויות של הבעלים הרשום, או יפוי כוח מתאים מאת יורש חוקי – הטענות נדחו. אשר לטענות הקונקרטיות ביחס לחלקה 29, נמסר כי אלו נבדקו וכי הוחלט בעקבות הבדיקה לצמצם את השטח המסוים שבו יתפוס הממונה חזקה בחלקה זו. ביום 25.1.2017 שב ופנה בא כוח העותרים למשיבים תוך מחאה על התשובה שקיבל ביחס להשגות שהגיש. לדבריו, ההתעקשות על השלמת מסמכים מהווה התנהלות בחוסר תום לב לנוכח פרק הזמן הקצר שהוקצב להגשת ההשגות ומשך הזמן הרב שנדרש להוצאת צווי ירושה.

11. בהתאם להוראות הצו המתוקן, הוכנה תוכנית שעניינה הקמת אתר מגורים ארעי בחלקי החלקות 28, 29 ו-30 (להלן: התוכנית), וזו פורסמה במת”ק רמאללה, ונמסרה לחברי מועצת סילוואד, למנהל הקישור הפלסטיני ברמאללה ולסגן ראש המועצה האזורית מטה בנימין ביום 24.1.2017. בנוסף, פורסמה התוכנית בעיתונים ”אלקודס”, ”הארץ” ו”ישראל היום” ביום 25.1.2017. ביום 29.1.2017 הגישו בא כוח העותרים, וכך עמותת ”במקום”, התנגדויות לתוכנית, אשר נועדו להגיע לדיון לפני מועצת התכנון העליונה. העתירה שלפנינו אינה מופנית כלפי תוכנית זו, אשר פורסמה



לאחר הגשתה, אך יש בה כדי לשפוך אור על האופן שבו התכונה המדינה להוציא את המתווה לפועל. תצלום התוכנית מצורף אפוא להלן:



כפי שניתן לראות, במסגרת התוכנית יועדו לבעלי הזכויות בחלקות שאינם נפקדים חלקים השווים למנת זכויותיהם בכל חלקה. כך, יועדו למשיגים בחלקה 28 כ-1.2 דונם מתוך כ-15 דונם (כ-8%); למשיגים בחלקה 29 כ-2 דונם מתוך כ-6 דונם (כ-33.3%); ולמשיגים בחלקה 30 כ-2.6 דונם מתוך כ-28 דונם (כ-9.3%). לפי המדינה, שיקולי התכנון שהנחו את הקצאת החלקות היו "טובתם של בעלי הזכויות בקרקע" מחד גיסא, ו"טובת התכנית בעלת חשיבות אזורית" מאידך גיסא.

12. ביום 23.1.2017 הוגשה העתירה שלפנינו, ובו ביום הוריתי על העברתה לדיון לפני הרכב בהקדם האפשרי, וכן על מתן צו ביניים-ארעי המורה למשיבים "להימנע מהוצאה לפועל של פירוק השיתוף בחלקות 28-29-30 בגוש 21 באדמות הכפר סילוואד, לרבות מימוש מלא או חלקי של ההודעה על נטילת חזקה מיום 9.1.2017; וכן להימנע מבנייה בחלקות העותרים, לרבות בניית תשתיות, הכשרות שטח וכן כל

פעולה אשר משנה את מצב השטח הקיים – כל זאת, עד למתן החלטה אחרת". בעקבות בקשת הבהרה מטעם המדינה, ציינתי בהחלטתי מיום 24.1.2017 כי "אכן לא ניתן צו ביניים-ארעי ביחס למבוקש בראש השני של הבקשה לצו ביניים, אשר ביקש להורות על הימנעות מקידום הליכי התכנון או ההקצאה. משום כך, צו הביניים-הארעי אשר ניתן אכן אינו מונע את קידום הליכי התכנון לפי צו 1777".

13. ביום 31.1.2017 התקיים לפנינו דיון בעתירה, שאותו הסכימו המשיבים לקיים כאילו ניתן צו על-תנאי, כשבסיומו ביקשו המשיבים שנשחרר את פסק דיננו במהירות האפשרית. על כן, למחרת, ביום 1.2.2017, ניתן פסק הדין ללא נימוקים. בפסק הדין הוחלט בדעת רוב של חברי השופט י' דנציגר ושלי – כנגד דעתו החולקת של חברי השופט נ' הנדל – לקבל את העתירה ולהפוך את הצו על-תנאי לצו מוחלט, כמפורט להלן:

"א. צו מס' 1777 בדבר אישור הקמה ופטור מרישיון לאתרי מגורים ארעיים בעלי חשיבות אזורית (הוראת שעה) (יהודה ושומרון), התשע"ז-2016, אשר הוצא ונחתם על-ידי המשיב 1 ביום 29.11.2016 ותוקן ביום 29.12.2016, מבוטל בזאת.

ב. החלטת המשיבים 1-3 מיום 9.1.2017 ליטול חזקה בחלקים בחלקות 28-30 בגוש 21, לבצע בהן פירוק שיתוף כפוי על ידי מי שאינו בעלים ולהקצותן באמצעות המשיבה 4 לטובתם של יחיד המשיבה 5, מבוטלת בזאת".

עוד צוין, כי הנימוקים יינתנו במועד מאוחר יותר – ועתה הגיעה השעה. טרם שאפרוש את נימוקיי לקבלת העתירה, ולשם פישוט מהלך הדיון, אציג בחלק הבא את טענותיהם העיקריות של הצדדים באופן תמציתי. בהמשך חוות דעתי, אשר תחולק לסוגיות העיקריות שבמחלוקת, יידונו טענות אלו בפירוט.

ב. הצדדים לעתירה ועיקרי טענותיהם

(1) העותרים

14. העותרים 1-9 ו-12 הם בעלי זכויות קנייניות בחלקות 28, 29 ו-30 בגוש 21 באדמות הכפר סילוואד. העותר 10 הוא ראש מועצת הכפר סילוואד, אשר לשיטת העותרים מייצג את תושבי הכפר ביחס לאדמותיהם הסובבות את החלקות שבהן צפוי להיות ממומש המתווה; וכן את תושבי הכפר שעשו שימוש באדמותיהם עובר לכניסת

כוחות צה"ל לשטחי יהודה והשומרון. העותרת 11 היא עמותה שמטרתה המוצהרת, כלשונה, היא "מתן סיוע משפטי לתושבים המוגנים המתגוררים בגדה המערבית".

(2) המשיבים 3-1

15. המשיב 1 הוא מפקד כוחות צה"ל בתחומי יהודה והשומרון, אזור המצוי תחת תפיסה לוחמתית למן שנת 1967. על פי הדין הבינלאומי, ממלא המפקד הצבאי את מקומו של הריבון באזור ובידיו מצויות כלל סמכויותיו. מכוח סמכויות אלו הוציא מפקד האזור את הצו המתוקן שכנגדו מופנית העתירה דנן, וקבע כי התוכנית להקמת אתר מגורים ארעי בחלקות מהווה "תכנית בעלת חשיבות אזורית", דבר אשר איפשר את הוצאתה לפועל. המשיב 2 הוא הממונה על הרכוש הנטוש ביהודה והשומרון, והוא הגורם המוסמך על פי הצו בדבר נכסים נטושים ליטול חזקה בנכסים נטושים. המשיב 3 הוא ראש המנהל האזרחי ביהודה והשומרון, אשר אחראי על תחומי החיים האזרחיים באזור. בין היתר אחראי ראש המנהל האזרחי על הממונה, וכן על מערך התכנון והבנייה הפועל באזור. בהתאם לצו המתוקן היה ראש המנהל האזרחי אמון על הכנת התוכנית להקמת אתר המגורים הארעי עבור תושבי עמונה.

(3) המשיבות 5-4

16. המשיבה 4 היא המועצה האזורית מטה בנימין, אשר פרשה חסות מוניציפלית על היישוב עמונה. על פי הפרסומים המצויים בידי העותרים, הייתה המשיבה 4 עתידה לקבל לידיה את החלקות המוגדרות כנכס נטוש לצורך הצבת המבנים אשר ישמשו למגורים עבור תושבי עמונה, וזאת בהקצאה על ידי הממונה. המשיבה 5 היא האגודה השיתופית עמונה, המסגרת אשר מאגדת את תושבי היישוב עמונה.

(4) עיקרי טענות הצדדים

17. העותרים תוקפים את הצו המתוקן ואת החלטת הממונה מכוחו לפרק את השיתוף בחלקות וליטול חזקה בחלקי החלקות שמעמדם כשל נכסים נטושים. המשיבים – המדינה מזה והמתיישבים מזה – מבקשים להדוף ביקורת זו. המחלוקת בין הצדדים נפרשת על פני מספר ראשי טיעון עיקריים, כפי שיפורט להלן.

תחילה, טוענים העותרים כנגד סמכותו של המפקד הצבאי לנקיטת הצעדים האמורים. במישור הדין הבינלאומי, מציינים העותרים כי המהלך משנה את הדין הקיים

ופוגע בזכויותיהם הקנייניות שלא בהתאם להגנות הפרושות עליהם מכוח מארג כללי המשפט הבינלאומי, ובפרט על פי תקנות 43 ו-46 לתקנות האג. המדינה, מנגד, מטעימה כי הוראות הדין הבינלאומי מסמיכות את המפקד הצבאי לשנות את הדין החל ואף לפגוע בזכויות הקניין של תושבי האזור בשם הצורך לשמור על הסדר והביטחון, שאותו משרת המתווה. המתיישבים מוסיפים כי המתווה מממש את חובתו של המפקד הצבאי לדאוג לרווחתם של תושבי האזור, בהם גם אלה הישראלים. במישור הדין המקומי, סבורים העותרים כי הממונה אינו מוסמך בחוק לפרק את השיתוף בחלקות, שכן מעמדו אינו כשל שותף קנייני, וכי ביצוע פירוק השיתוף באופן שעליו מורה הצו המתוקן סותר את החקיקה באזור, המצויה במעמד נורמטיבי גבוה ממנו. לשיטת המדינה, לממונה מוקנות בחוק כלל זכויותיו של בעל הנכס הנטוש ובשל כך רשאי הוא לפתוח בהליך פירוק השיתוף. אשר לסתירה מול החקיקה הקודמת באזור, גורסת המדינה כי הצו המתוקן שווה לה במעמדו הנורמטיבי ועל כן גוברות עליה הוראותיו בהתאם לכללי הפרשנות.

בהמשך, קובלים העותרים על תקינות ההליך שבו התבררו השגותיהם. לעמדתם, לא היה די בפרק הזמן אשר הוקצה להגשת ההשגות, לנוכח הנטל הראייתי הדרוש על מנת להוכיח את זכויותיהם בחלקות, ומשום כך נפגעה זכות הטיעון השמורה להם. המדינה דוחה טענות אלו. לשיטתה, נערכו הליכי בירור סדורים תוך בחינת ההשגות באופן מעמיק ומקצועי, וזאת בשים לב לדחיפות במציאת פיתרון עבור תושבי עמונה עד למועד הפינני. עוד גורסים העותרים כי הפעלת סמכותו של הממונה לשם פירוק השיתוף בחלקות מפרה את חובת האמון שבה הוא חב כלפי בעלי הנכסים הנטושים. המשיבים סבורים כי חובותיו של הממונה מקוימות, הואיל וכספי השימוש בחלקות ייגבו עבור בעלי הנכסים הנטושים וייועדו להם. כמו כן רואים העותרים באתר המגורים הארעי שאותו מבקשת המדינה להקים עבור תושבי עמונה התיישבות חדשה, ועל כן מופרות לשיטתם הוראות הדין אשר מסדירות פעולה מעין זו. המדינה, מצידה, עומדת על כך שענייננו אינו בהתיישבות של ממש אלא אך באתר מגורים ארעי, אשר אינו כפוף להוראות אלו.

לבסוף, טוענים העותרים לפגמים בהפעלת שיקול הדעת מצד גורמי הממשל הצבאי. לדידם, הצעדים שבמוקד עתירה זו חורגים מתנאי המידתיות והסבירות, בשל פגיעתם הקשה בזכויות העותרים ותוחלתם המוטלת בספק, ובשים לב לכך שהם סוטים ממדיניות ארוכת שנים אשר נהגה באזור. בעוד המתיישבים דוחים כליל את הטענה לפגיעה בזכויות העותרים וסבורים כי המתווה אף מיטיב עמם, עמדת המדינה היא שאופיו המאוזן והמוגבל בזמן של המתווה מאפשר לו לצלוח תנאים אלה.

## אגש עתה לדון בסוגיות האמורות כסדרן.

### ג. סמכות

#### (1) הדין הבינלאומי

18. לטענת העותרים, הפעולות שבמוקד עתירה זו מנוגדות לדין הבינלאומי בשני היבטים עיקריים: ראשית, הן סותרות את עיקרון העל של דיני התפיסה הלוחמתית, הקבוע בתקנה 43 לתקנות האג, אשר לפיו חייב המפקד הצבאי לנקוט את כל האמצעים שביכולתו כדי להבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים, תוך כיבוד החוקים הנוהגים באזור, אלא אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין. לעמדת העותרים, הפעולות אינן הולמות תקנה זו, באשר הן אינן נחוצות להבטחת הסדר והביטחון הציבורי, אלא נובעות ממניעים פוליטיים, ועל כן הן אינן מצדיקות את שינוי הדין החל באזור. שנית, הן אינן עולות בקנה אחד עם הוראות שונות בדין הבינלאומי, בהן תקנה 46 לאמנת האג, סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית וחובות הנכללות בדין המנהגי, אשר מחייבות כיבוד של הקניין הפרטי ואוסרות על החרמתו, זולת אם הדבר נועד לשרת אינטרס צבאי הכרחי. העותרים סבורים הצעדים שבמוקד העתירה מהווים, הלכה למעשה, הפקעה שאינה מותרת לפי הדין הבינלאומי. לחלופין, יש לראות בהם, לשיטתם, משום פגיעה בקניין הפרטי אשר אינה מוצדקת מטעמים צבאיים-ביטחוניים.

19. לעמדת המשיבים, עולות פעולות אלו בקנה אחד עם הדין הבינלאומי. אשר לתקנה 43, גורסת המדינה כי הצו המתוקן חיוני לשמירה על הסדר והביטחון באזור, בהבטיחו כי פינוי היישוב עמונה יתבצע בדרכי שלום. המתדיינים מוסיפים כי הצו המתוקן אף מגשים את חובתו של המפקד הצבאי לדאוג לרווחתם של תושבי האזור, ובכללם אלה הישראלים. אשר להוראות הנוגעות לשמירה על הקניין הפרטי, טוענת המדינה כי אלו אינן מקימות מחסום מוחלט מפני פעולות הכרוכות בפגיעה בקניין, אשר מצויות בסמכות המפקד הצבאי, ובלבד שיש בהן כדי להגשים אינטרסים מוגנים אחרים.

20. אפתח בהצגת המסגרת הנורמטיבית החלה באזור יהודה והשומרון. החל משנת 1967 מוחזק אזור זה בתפיסה לוחמתית (belligerent occupation) על ידי צה"ל (ראו: בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 492 (2005) (להלן: עניין מראעבה); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 514-516 (2005) (להלן: עניין חוף עזה); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית טוריק

נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 827 (2004) (להלן: עניין בית סוריק); בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלעתאווניה אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 785, 793 (1983) (להלן: עניין ג'מעית אסכאן)). באזור חל ממשל צבאי שבראשו עומד מפקד צבאי. סמכויותיו של המפקד הצבאי יונקות מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי החלים על תפיסה לוחמתית. כללים אלה מעוגנים בתקנות האג (תקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, הנספחות לאמנת האג הרביעית משנת 1907), אשר להוראותיהן מעמד של משפט בינלאומי מנהגי (ראו: ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (11.6.2008) (להלן: עניין חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים); עניין בית סוריק, עמ' 827; בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 364, 352 (2002) (להלן: עניין עג'ורי); עניין ג'מעית אסכאן, עמ' 793); הם מעוגנים באמנת ג'נבה הרביעית – אשר הוראותיה המנהגיות מהוות חלק ממשפטה של מדינת ישראל ובית משפט זה כבר נזקק בעבר לפרשנותן בפסקי דינו (עניין מדאעבה, עמ' 492; עניין עג'ורי, עמ' 364); והם מעוגנים בפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה, אשר ישראל אינה צד לו, אולם הוראותיה המנהגיות מהוות אף הן חלק ממשפטה של ישראל (ראו: בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 15 (19.1.2009); עניין חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, פסקה 9; בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פסקה 20 (14.12.2006) (להלן: עניין הסיכול הממוקד)). עוד נקבע בפסיקתנו כי ניתן, במקום בו קיים חסר בדינים המפורטים לעיל, להשלים את הוראותיהם על ידי הסתייעות במשפט זכויות האדם הבינלאומי (ראו: עניין חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, פסקה 9; עניין הסיכול הממוקד, פסקה 18; בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, נט(4) 736, 754-755 (2005) (להלן: עניין בית לחם); בג"ץ 3239/02 מדעב נ' מפקד כוחות צה"ל, נז(2) 349, 369-371 (2003)) ובמשפט ההומניטארי המנהגי.

לצד כללי המשפט הבינלאומי חלים הדין המקומי השורר באזור, אשר מורכב מהדין טרם התפיסה הצבאית ומחקיקה מקומית חדשה שנחקקה בידי הממשל הצבאי; וכן עקרונות המשפט הישראלי (ראו: בג"ץ 2150/07 אבו צפייה נ' שר הבטחון, פסקה 14 (29.12.2009) (להלן: עניין אבו צפייה); עניין מדאעבה, עמ' 492; בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443, 455 (2004) (להלן: עניין הס); עניין ג'מעית אסכאן, עמ' 792-793). נוסף על כל אלה, כפוף המפקד הצבאי גם לכללי היסוד של המשפט הציבורי הישראלי (ראו: בג"ץ 5667/11 מועצת הכפר דיראת רפעיה נ' שר הביטחון, פסקה טז (9.6.2015) (להלן: עניין דיראת רפעיה); בג"ץ 3969/06 ראש מועצת הכפר דיר סאמט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 11 (22.10.2009) (להלן: עניין דיר סאמט); עניין הסיכול הממוקד, פסקה 18; עניין

מראעבה, עמ' 492; עניין עג'ורי, עמ' 365; עניין ג'מעית אטכאן, עמ' 810). על פי כללי המשפט הציבורי הישראלי, על המפקד הצבאי לנהוג, בין היתר, בהגינות, בסבירות ובמידתיות, תוך איזון ראוי בין חירות הפרט לצורכי הכלל – והכל, תוך התחשבות בצורכי הביטחון (בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 393 (2004) (להלן: עניין הלחימה ברפיח)).

21. הוראת העל אשר מנחה את המפקד הצבאי בשטח המוחזק בתפיסה לוחמתית מנויה בתקנה 43 לתקנות האג. הוראה זו, שאותה נהוג לראות כמעין-חוקה לדיני התפיסה הלוחמתית, קובעת מסגרת כללית לאופן הפעלת חובותיו וסמכויותיו של המפקד הצבאי בשטח המצוי בשליטתו (בג"ץ 2164/09 יש דין - ארגון מתנדבים למען זכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 8 (26.12.2011); ראו גם EYAL BENVENISTI, THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION 69 (2nd ed., 2012) (להלן: BENVENISTI)), ולשונה כדלקמן:

"The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country".

ובנוסחה העברי, כפי שאומץ בבג"ץ 202/81 טביב נ' שר הבטחון, פ"ד לו(2) 622, 629 (1981) (להלן: עניין טביב):

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

לפי תקנה זו, אם כן, מחויב המפקד בכיבוד החוקים הקיימים בשטח הכבוש, וחלות עליו מגבלות שונות ביחס לשינויים.

22. ומהתם להכא – האומנם חרג המפקד הצבאי מהסמכות המוקנית לו מכוח תקנות האג, והתערב בדין החל בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית בניגוד למגבלות שמציבים כללי המשפט הבינלאומי? סבורני כי התשובה לכך היא בשלילה. ואבאר.

יובהר, תחילה, כי פרשנותה הנוהגת של התיבה "אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לכך" שבסיפה לתקנה 43 אינה צרה כפי שניתן לסבור, ולמעשה מקובל לקרוא

אותה כדרישה גמישה יותר, המסתפקת בקיומו של צורך ( YORAM DINSTEIN, THE INTERNATIONAL LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION 109 (2009) (להלן):  
 YUTAKA ARAI-TAKAHASHI, THE LAW OF OCCUPATION 113 (2009) ; (DINSTEIN (להלן: ARAI-TAKAHASHI)). עמד על כך השופט י' שילה בעניין טביב:

”למעשה, אין ה'מניעה', הנזכרת בסיפא של סעיף 43, 'מוחלטת' כלל ועיקר, והשאלה היא שאלה של עדיפויות ונוחיות דרכי הגשמת המטרה המפורשת ברישא, דהיינו 'הבטחת החיים הציבוריים', מונח, שמציע אני לפרשו כקיום משטר, השומר על זכויות האזרח ודואג לרווחתה המרבית של האוכלוסייה. אם הגשמת מטרה זו דורשת סטייה מחוקים קיימים, מותר, ואפילו חובה, לסטות מהם” (שם, עמ' 631-632).

ובדומה הסביר מ”מ הנשיא (כתוארו אז) מ' שמגר בבג”ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ”ד לז(2) 197 (1983) (להלן: עניין אבו עיטה) כי:

”הצורך בו מדובר הוא כאמור הצורך הצבאי, מחד גיסא, ושיקולים הומאניטאריים, מאידך גיסא, והמניעה המוחלטת יכולה על-כן לנבוע מאינטרסים לגיטימיים של השלטון הצבאי ושמירת הסדר הציבורי או מאינטרסים של דאגה לאוכלוסייה המקומית והבטחת חייה הציבוריים, והכול, כמובן, תוך איזון הוגן בין שיקולים, כאשר באינטרס הצבאי או בצורך הצבאי כשלעצמם לא יכול להיות כדי להתיר פגיעה חמורה בזכויות ההומאניטאריות” (שם, עמ' 309. ראו גם: בג”ץ 548/04 אמנה – תנועת ההתיישבות של גוש אמונים נ' מפקד כוחות צה”ל באזור יהודה ושומרון, פ”ד נח(3) 373, 382-383 (2004)).

23. המשיבים סבורים כי למפקד הצבאי סמכות להתקין את הצו המתוקן, בהצביעם הן על אינטרסים צבאיים והן על אינטרסים הומניטאריים שאותם משרתת חקיקה זו. העותרים דוחים השקפה זו ורואים בהוצאת הצו המתוקן פעולה המונחית משיקולים זרים, שטיבם פוליטי גרידא. אבחן אפוא סוגיות אלו כסדרן.

24. האינטרס הצבאי – על פי פסיקתו של בית משפט זה, כוללים שיקולי המפקד הצבאי הן את הצורך להגן על מדינת ישראל ותושביה; הן את הצורך להגן על הצבא שבשטח המוחזק בתפיסה לוחמתית; והן את הצורך להגן על האוכלוסייה האזרחית המצויה בשטח זה (ראו: עניין דיר טאמט, פסקה 15; עניין מראעבה, עמ' 496-498, 506). המדינה רואה בפנינו היישוב עמונה “אירוע נפיץ בעל השלכות ביטחוניות החורגות מזירת הפנימי עצמה”. לעמדתה, אשר נסמכת על חוות דעת חסויה מטעם



גורמי הביטחון – חוות דעת שלא הוצגה לפנינו ולא נבחנה על ידינו, מטעמים שעליהם אעמוד בסמוך – פינוי היישוב בהסכמה משרת את האינטרס הצבאי. מאחר שהמתווה שאליו הגיעה בשיתוף עם תושבי עמונה מהווה הפיתרון היחיד שנמצא לפינוי היישוב בהסכמה, הרי ששינוי הדין הקיים באמצעות הצו המתוקן שנועד להגשים מתווה זה הוא בבחינת צורך חיוני לשיטתה. המדינה הציעה להגיש את חוות הדעת האמורה במעמד צד אחד, אך לא ניתנה לכך הסכמה מצד העותרים.

הלכה היא כי בהליך של ביקורת שיפוטית על החלטה מנהלית, אי-הצגת חומר חסוי לבית המשפט מחמת סירובו של עותר לכך שבית המשפט יעיין בו במעמד צד אחד יוביל להסתמכותו של בית המשפט על חזקת התקינות, שלפיה הרשות המנהלית קיבלה החלטה כדין, ועל העותר מוטל הנטל להפריכה (ראו לדוגמה: בג"ץ 708/17 ארגון עורכי הדין הערבים בנגב נ' משטרת ישראל, פסק דינו של השופט נ' סולברג (23.1.2017) (להלן: עניין ארגון עורכי הדין הערבים בנגב); ההחלטה בבקשה הראשונה להארכת מועד, פסקה 25; בג"ץ 7712/05 פולארד נ' ממשלת ישראל, פסקה 12 (8.6.2006); בר"ם 5237/05 משרד הפנים נ' קרלטון, פסקה 9 (25.4.2006); בג"ץ 881/02 עכאווי נ' שירות הביטחון הכללי (29.1.2002); בג"ץ 792/88 מטור נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(3) 542, 550 (1989)). חרף האמור, ראוי בענייננו לייחס משקל מופחת לחוות הדעת הביטחונית, שכן כפי שמציינת המדינה עצמה, חוות הדעת לא נערכה עבור הליך זה, אלא לטובת בקשת עיכוב הביצוע הראשונה של פסק הדין. מאחר שבקשה זו הוגשה ביום 31.10.2016, פשיטא כי חוות הדעת שהוכנה עבורה משקפת הערכה ביטחונית ההולמת את תמונת המצב באותה עת – קרי כשלושה חודשים טרם שנדרשנו להכריע בעתירה שלפנינו. ואולם בסופו של יום, סבורני כי לשם הכרעה בשאלת הסמכות די בהפניה מצד המדינה לחוות הדעת ובדברים שמסרה על אודות תוכנה כדי לבסס את תרומתו של הצו המתוקן לשמירה על הביטחון באזור. משבחרו העותרים שלא להתיר את הצגתה, רובץ לפתחם הנטל לשכנע כי ההסתמכות על חוות הדעת אינה כדין. לאחר שעיינתי בטענותיהם בכתב והאזנתי לדברים שמסרו בדיון שנערך לפנינו, לא מצאתי כי בפיהם טעם בעל משקל אשר מצדיק התעלמות מחוות הדעת הביטחונית. הגם שיש ממש בביקורת שהפנו העותרים כלפי מועד עריכת חוות הדעת, לא די בה לשיטתי כדי לאיין את משקלה עד כדי קביעה כי הצו המתוקן אינו עונה על כל צורך צבאי שהוא. לצד זאת, הסתייגות זו בדבר משקלה של חוות הדעת ראוי שתשוב ותידון, וכך אעשה עת אבחן את עמידתו של הצו המתוקן בתנאי המידתיות.

25. האינטרס ההומניטארי – בעוד המדינה הדגישה בטיעוניה את התועלת הצבאית-ביטחונית הטמונה במתווה, המתיישבים השליכו יהבם על חיוניותו להגשמת צורכיה ההומניטאריים של אוכלוסיית האזור, ובפרט לרווחתם של תושבי עמונה. לעמדתם, תורם ההסדר שמכונן הצו המתקן לצמצום הפגיעה הצפויה בתושבים עקב פינוי היישוב שבו התגוררו משך כשני עשורים, ולשמירה על הקהילה שבה חיו. אף בהיבט זה מוצא אני כי יש ממש בטענות המשיבים, וכי ההתחשבות ברצונם של תושבי עמונה אכן מהווה שיקול שבסמכותו של המפקד הצבאי ליטול בחשבון, ובנסיבות מסוימות אף להשתית על בסיסו שינוי של הדין החל באזור. ואסביר, תוך הבהרת המסגרת הנורמטיבית החלה ביחס לחובותיו ההומניטאריים של המפקד הצבאי כלפי תושבי האזור.

26. תחת המשפט הבינלאומי, מוגדרים האזרחים הנתונים לתפיסה לוחמתית – בענייננו תושבי הפלסטינים של האזור – כ"תושבים מוגנים" (Protected Persons) (סעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית; ראו: בג"ץ 2942/05 מנצור נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (26.10.2006) (להלן: עניין מנצור); עניין חוף עזה, עמ' 517). הדין הבינלאומי מטיל על הכוח המחזיק בשטח חובות ייחודיות כלפי אוכלוסייה זו, אשר נחלקות לחובות פוזיטיביות, כדוגמת הספקת מזון וציוד רפואי, ולחובות נגטיביות – קרי הגנות – כדוגמת הימנעות מפגיעה בכבודם ובזכויותיהם המשפטיות (הילה אדלר "דיני כיבוש" רובי סיבל ויעל רונן משפט בינלאומי 383, 393 (מהדורה שלישית, 2016) (להלן: אדלר); להרחבה ראו: ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 178-184 (2006) (להלן: בן-נפתלי ושני)).

תושבי האזור הישראליים, מנגד, אינם נהנים ממעמד דומה של אוכלוסייה מוגנת (עניין אבו צפיה, פסקה 20; בג"ץ 2645/04 נאטר נ' ראש הממשלה, פסקה 26 (25.4.2007) (להלן: עניין נאטר); עניין מנצור, פסקה 21; עניין מראעבה, עמ' 496; עניין חוף עזה, עמ' 517, 524). למרות זאת, לפי פסיקתו העקבית של בית משפט זה, אף הם נמנים עם האוכלוסייה האזרחית באזור, ומשום כך מתפרשת חובתו של המפקד הצבאי גם כלפיהם (ראו לדוגמה: עניין אבו צפיה, פסקה 20; בג"ץ 11344/03 סלים נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (9.9.2009); בג"ץ 2577/04 אל ח'וואג'ה נ' ראש הממשלה, פסקה 31 (19.7.2007) (להלן: עניין אל ח'וואג'ה); עניין מנצור, פסקה 22; בג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פסקה 13 (26.6.2006) (להלן: עניין מוראר); בג"ץ 3680/05 ועד הישוב טנא נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 8 (1.2.2006); עניין מראעבה, עמ' 496-498; בג"ץ 6339/05 מטר נ' מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה, פ"ד נט(2) 846, 851-852 (2005); עניין הס, עמ' 460-461; בג"ץ 4363/02

זינדאח נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (28.5.2002); בג"ץ 4219/02 גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(4) 608, 611 (2002). על משמעויותיה הרחבות של חובה זו עמד הנשיא א' ברק בעניין מראעבה, שם ציין כי "לישראלים המצויים באזור הזכות לחיים, לכבוד, לקניין, לפרטיות ולשאר הזכויות מהם נהנה כל מי שמצוי בישראל [...] כנגד זכותם זו עומדת חובתה של המדינה שלא לפגוע בזכויות אלה ולהגן עליהן" (שם, עמ' 500).

27. ומן הכלל אל הפרט. משהובהר כי המפקד הצבאי מחויב לפעול גם לרווחתם של תושבי האזור הישראליים, דומה כי אף לשיטת העותרים אין חולק כי הצו המתוקן אכן מגשים מטרה זו, שכן טענתם העקבית הייתה כי טובתם של תושבי עמונה הייתה מצויה בשורשו. שיקול זה, שהעותרים הטיחו בו ביקורת רבה וייחסו לו מניעים פוליטיים פסולים, אינו ראוי לדידי לגינויים שבוטאו ביחס אליו. על פי הדין הבינלאומי, כפי שפורש בפסיקותיו של בית משפט זה, זהו שיקול שבסמכות המפקד הצבאי לשיקול. אכן, התיישבותם של תושבי עמונה על קרקע פרטית נעשתה שלא כדין, ואין עוררין על חובתה של המדינה לפעול על פי פסק דינו של בית משפט זה ולפנותם. ואולם נכון אני לראות במצב שבו היו מצויים תושבי עמונה ערב הפינזי, כשבתיהם עתידים להיהרס, כצורך הומניטארי שהמפקד הצבאי מוסמך להתחשב בו. כן מתיישב בעיני הרצון למצוא עבור תושבי עמונה הסדר מגורים ארעי אשר ישמר את קהילתם ואת זיקתם למקום מגוריהם עם הצורך ב"דאגה לאוכלוסיה המקומית והבטחת חייה הציבוריים" (עניין אבו עיטה, עמ' 309).

לצד זאת, אבקש שלא לקבוע מסמרות בשאלה אם די בשיקול הומניטארי מסוג זה – אשר מופנה אך כלפי האוכלוסייה הישראלית באזור, ואינו נוגע לצרכיה של האוכלוסייה הפלסטינית – כדי להצדיק שינוי בחקיקה הנוהגת באזור (יוער, כי בספרות האקדמית מקובל לראות בסמכות החקיקה המוקנית למפקד הצבאי מכוח תקנה 43 כניתנת להפעלה לטובת צרכיה של האוכלוסייה המוגנת. ראו למשל: DINSTEN, עמ' 115; BENVENISTI, עמ' 89-95. כן השוו לעניין אבו צפיייה, פסקות 24-26 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן ופסקה 7 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש, שם נקבע כי המפקד הצבאי אינו רשאי לפעול באופן המיטיב עם אזרחי מדינתו ומדיר את תושביו המוגנים של האזור). ההכרעה בשאלה מורכבת ותקדימית זו אינה נדרשת בענייננו, מאחר שממילא מצאתי כי במקרה שלפנינו היה המפקד הצבאי מוסמך להתקין את הצו המתוקן וליישם את המתווה מכוח צורך צבאי. כמו כן אשוב ואטעים כי סמכות זו אינה מקנה אשראי מלא לנקיטת כל פעולה באשר היא, וכי מימושה כפוף לכללי המשפט הציבורי

הישראלי, ובהם עקרונות המידתיות והסבירות – הסתייגות שאליה אשוב בהמשך חוות דעתי.

28. אינטרסים זרים – העותרים סבורים כי ביסודו של הצו המתוקן ניצבים אינטרסים זרים שאותם המפקד הצבאי אינו מוסמך לשקול. לשיטתם, הורתו של המתווה שלשמו הוצא הצו ב"דיל פוליטי" בין הממשלה לבין תושבי עמונה. המשיבים, מנגד, דוחים טענות אלו ומצביעים על השיקולים השונים שנידונו לעיל כנימוקים שבעטיים הוצא הצו המתוקן.

29. ככלל, מוגבלת חובתו של המפקד הצבאי להבטחת האינטרסים הביטחוניים של הכוח הצבאי המחזיק בשטח מחד גיסא, ולהבטחת צורכיה של האוכלוסייה האזרחית בשטח זה מאידך גיסא (עניין דיראת רפעייה, פסקה טו; בג"ץ 3103/06 ולידו נ' מדינת ישראל, פסקה 35 (6.2.2011) (להלן: עניין ולידו); וראו גם: יורם דינשטיין "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים" עיוני משפט ב 505, 509-510 (1972)). כפי שהובהר לא אחת, על דיכוטומיה זו להיקרא גם על דרך השלילה. קרי, המפקד הצבאי אינו מוסמך לשקול כל שיקול אחר מלבד שני אלה. כדברי השופט (כתוארו אז) א' ברק בעניין ג'מעית אסכאן:

"שיקוליו של המפקד הצבאי הם בהבטחת האינטרסים הביטחוניים שלו באזור מזה והבטחת האינטרסים של האוכלוסייה האזרחית באזור מזה. אלה כאלה מכוונים כלפי האזור. אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסייה המקומית. אפילו צורכי הצבא הם צרכיו הצבאיים ולא צורכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב" (שם, עמ' 795-794).

ודוקו, לו היה עולה בידי העותרים להראות כי הצו המתוקן נובע מתוך שיקולים פוליטיים, הרי שהייתה הוצאתו לוקה בחוסר סמכות על פי תקנה 43. ואולם, משעמדתי לעיל על תרומתו של הצו המתוקן הן לסדר ולביטחון הציבוריים באזור, והן לרווחתה של קבוצה מתוך תושבי האזור, ומשלא הוצגו לפנינו ראיות המעידות על השפעה פוליטית שאינה ממין העניין – עומדת בעינה חזקת התקינות המנהלית לפעולת המפקד הצבאי, ודין טענות העותרים בהקשר זה להידחות (השוו: עניין בית לחם, עמ' 747-749; עניין הס, עמ' 459-460).

30. אעבור עתה לדון בטענתם העיקרית השנייה של העותרים במישור הסמכות לפי הדין הבינלאומי. עניינה של טענה זו בשאלה אם פגיעתו של המפקד הצבאי בקניינם הפרטי של תושבי האזור, ובהם העותרים, בוצעה בסמכות. לפי תקנה 46 לתקנות האג, מחויב הכוח הצבאי השולט באזור בכיבוד הקניין הפרטי, ונאסר עליו להחרים:

“Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected. Private property cannot be confiscated”.

31. אדרש תחילה בקצרה לחלקה השני של התקנה, בו קבוע איסור מוחלט על החרמת קניין פרטי, דהיינו על נטילתו ללא תמורה. לאיסור זה אין למעשה השלכה על ענייננו, וזאת בשני חלקיו: ראשית, אין המקרה שלפנינו עוסק בשלילת זכות הבעלות בקניין פרטי מבעליו, אלא בתפיסת חזקה באופן זמני. שנית, כוללת תפיסת החזקה בחלקי החלקות תמורה על הפגיעה בבעלי הזכויות בקרקע: לבעלי הזכויות שהשגותיהם התקבלו הובטחה, על פי הצו המתוקן, זכות מסוימת בחלק השווה בגודלו להיקף הזכות הבלתי מסוימת שהייתה ברשותם; וליתר בעלי הזכויות, שעל אדמותיהם נתפסת החזקה, הובטחו הכספים שיצטברו מהשימוש בקרקעות (השוו: עניין מראעבה, עמ' 494). לנוכח האמור, אפנה לדון בחלקה הראשון של התקנה.

32. לשיטת העותרים, ניתן לפגוע בזכויות הקניין של תושבים מוגנים על דרך תפיסת חזקה בקרקעותיהם באופן חד-צדדי, אך בכפוף לצורך ביטחוני הכרחי ודחוף, ולחלופין באמצעות הפקעה אשר משרתת את צורכי הציבור ועולה בקנה אחד עם הדין המקומי. שתי חלופות אלו, כפי הנטען, אינן מתקיימות בענייננו. המדינה, בתגובתה לעתירה, מכירה בחובתו של המפקד הצבאי לכבד את זכותם של התושבים המקומיים לרכוש פרטי, ואף מסכימה כי במתווה כרוכה “פגיעה בזכות השימוש הכללית שבידי העותרים”. לצד זאת, סבורה המדינה כי זכות זו אינה מוחלטת, וכי קיימת סמכות לפגוע בה באופן זמני בשל הצורך לאזנה “מול אינטרסים מהותיים ומשמעותיים אחרים”.

33. בית משפט זה הכיר בפסיקותיו בסמכותו של המפקד הצבאי לפי תקנה 46 לפגוע בזכויות הקניין של תושבי האזור המוגנים על רקע תכליות מגוונות, הן כאלו הנובעות מטעמים צבאיים (ראו לדוגמה, בהקשר גדר הביטחון: בג”ץ 8222/08 חברת “דווקא” בע”מ נ’ מפקד כוחות צה”ל (21.12.2009); עניין מראעבה) והן כאלו הנובעות מטעמים אזרחיים (ראו לדוגמה: בג”ץ 281/11 ראש מועצת בית איכסא נ’ שר הביטחון (6.9.2011) (להלן: עניין בית איכסא), בג”ץ 401/88 אבו ריאן נ’ מפקד כוחות צה”ל

באזור יהודה ושומרון, פ"ד מב(2) (1988) ועניין ג'מעית אסכאן, בהם הותרה הפקעת מקרקעין או תפיסתם לצורכי תחבורה; וכן עניין בית לחם ועניין הס, בהם הותרה תפיסת מקרקעין לשם הבטחת חופש הפולחן של מתפללים יהודיים). על דרך פרשנותה הראויה של תקנה 46 עמד השופט (כתוארו אז) א' ברק בעניין ג'מעית אסכאן, שם קבע:

"תקנות האג קובעות הוראות בכל הנוגע להפקעה או לתפיסה של רכוש למטרות צבאיות. אין בהן כל הוראה באשר להפקעה או לתפיסת חזקה, הבאות לטובת האוכלוסיה המקומית על-פי הדין המקומי. האם יש להסיק משתיקת תקנות האג הסדר שלילי בעניין זה? האין לומר, כי הוראת תקנה 46 לתקנות האג, לפיה אין להחרים (confiscate) רכוש פרטי, שוללת הפעלת הדין המקומי? התשובה על כך היא בשלילה. הגישה המקובלת היא, כי מהסדרי התקנות בעניין הפקעה או תפיסה למטרות הצבא אין ללמוד הסדר שלילי לעניין הפקעה או תפיסה למטרות 'אזרחיות' על-פי הדין המקומי. נהפוך הוא: הגישה המקובלת היא - והיא יונקת חיותה מהוראות תקנה 43 - כי ממשל צבאי רשאי להפקיע או לתפוס חזקה ברכוש הפרט על-פי הדין המקומי, ובלבד שהדבר נעשה על-פי תנאיו של אותו דין ולמטרות האוכלוסיה המקומית. אשר להוראת תקנה 46, היא נועדה לחול במקום שאין דין מקומי המאפשר הפקעה ותשלום פיצויים [...] סיכומו של דבר: הדין המקומי, המאפשר הפקעה או תפיסה לצורכי ציבור, ממשיך להתקיים - כל עוד לא בוטל או שונה כדין - גם בתקופת התפיסה הלוחמתית. מכוח דיני המלחמה מוחזקת סמכות ההפקעה בידי הממשל הצבאי. זה רשאי לעשות בה שימוש, בלבד שנתקיימו שלושה תנאים מצטברים: ראשית, מפעיל הסמכות פועל על-פי הדרישות הקבועות בחוק המקומי; שנית, הפעלת הסמכות הינה לטובת האוכלוסיה המקומית, כנדרש על-פי תקנה 43 לתקנות האג; שלישית, בעל הסמכות מפעיל את הסמכות על-פי כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי, כגון מתן זכות שמיעה לפני ההפקעה או התפיסה" (שם, עמ' 808-809).

ובדומה ציינה השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש בעניין בית לחם:

"זכות [הקניין] מוכרת גם במשפט הבינלאומי, ובכל הנוגע לשטחים המוחזקים בתפיסה לוחמתית מעוגנת היא, בין היתר, באמנת האג [35] ובאמנת ג'ניבה הרביעית. עם זאת זכות הקניין אינה זכות מוחלטת, ועשויה היא לסגת מפני אינטרסים ציבוריים וזכויות יסוד אחרות" (שם, עמ' 765-766).

הנה כי כן, חובתו של המפקד הצבאי על פי תקנה 46 לכבד את הקניין הפרטי פורשה בפסיקותיו של בית משפט זה באופן העולה בקנה אחד עם הגישה שהציגה המדינה. פרשנות זו מכירה בסמכותו של המפקד הצבאי לפגוע בזכות הקניין לשם מימוש מגוון מטרות ואינטרסים, ובכך מעבירה היא את כובד משקלה של ההכרעה ממישור קיומה של סמכות למישור חוקיות הפעלתה (השוו: בג"ץ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נט(5) 368, 376-378 (2005) (להלן: עניין אבו דאהר)). על יסוד האמור, ומאחר שממילא מצאתי כי הצו המתוקן לוקה במובן אחרון זה, כפי שיפורט בהמשך חוות דעתי, נכון אני לקבל את טענותיה של המדינה ולקבוע כי הפגיעה בזכויות הקניין של בעלי הזכויות בחלקות נעשתה בסמכות על פי הדין הבינלאומי.

34. מן המקובץ עולה כי דין טענות העותרים בכל הנוגע לסמכות המפקד הצבאי לפי הדין הבינלאומי להוציא את הצו המתוקן – להידחות.

(2) הדין המקומי

35. העותרים גורסים כי פירוק השיתוף בחלקות בידי הממונה, שעליו מורה הצו המתוקן, אינו בסמכות לפי הדין המקומי. טענה זו נחלקת לשניים: במובן הפרסונלי, סבורים העותרים כי מעמדו של הממונה ביחס לנכס אינו מאפשר לו לפרק את יחסי השיתוף בו; במובן הפרוצדורלי, טוענים העותרים כי לא ניתן לבצע את הליך פירוק השיתוף מחוץ לכותלי בית משפט השלום ושלא במרשם המקרקעין. אדון בשני חלקי הטענה כסדרם.

36. תחילה, אציג את המסגרת הנורמטיבית החלה באזור ביחס לשיתוף בנכסים. כמתואר לעיל, העותרים מחזיקים בזכויות קנייניות בחלקים בלתי מסוימים בחלקות 28, 29 ו-30 בגוש 21 באדמות הכפר סילוואד. היחסים בינם לבין שאר בעלי הזכויות בחלקות הם אפוא יחסי שיתוף, כך שלכל שותף "מנה מתמטית בלתי מסוימת" בחלקה כולה, ולא ניתן להצביע על חלק פיזי מסוים אשר משויך לו (יהושע ויסמן דיני קניין – בעלות ושיתוף 128-129 (1997) (להלן: ויסמן)). בדין הישראלי קבועה הזכות לפירוק שיתוף בסעיף 37 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין), ובדין החל באזור – בחוק חלוקת נכסי דלא נידי משותפים, מס' 48 לשנת 1953 (להלן: חוק חלוקת נכסים). לפי עיקרון העל שבסעיף 2(1) לחוק חלוקת נכסים, לכל שותף הזכות להביא לפירוק השיתוף. בענייננו, הממונה הוא שמבקש ליזום את הליך פירוק השיתוף, תוך שהוא נכנס בנעלי השותפים לחלקות אשר נחשבים נפקדים.

37. לעמדת העותרים, במובן הפרסונלי, מעמדו של הממונה אינו כשל שותף, אלא לכל היותר כשל נאמן של הבעלים, ומשום כך הוא אינו בר-סמכות ליזום את ההליך. המדינה, מנגד, סבורה כי סעיף 4 לצו בדבר נכסים נטושים טומן בחובו הסמכה של הממונה לפתיחה בהליך זה. לשם מענה לשאלה זו, אביא להלן את נוסחו של סעיף 4 האמור:

4. (א) כל נכס נטוש מוקנה לממונה החל מהמועד בו הפך לנכס נטוש והממונה מוסמך ליטול את החזקה בו, ולנקוט כל צעד הנראה לו דרוש לכך.  
 (ב) כל זכות שהיתה לבעלים או למחזיק בנכס נטוש עוברת מאליה לממונה בשעת הקניית הנכס הנטוש; יד הממונה כיד בעל הנכס הנטוש.  
 (ג) אי ידיעת זהותו של הבעלים או המחזיק של נכס, אינה מונעת את הנכסים מהיות נכסים נטושים” (ההדגשות הוספו – ס.ג.).

עינינו הרואות, כי הסעיף מקנה לממונה את מלוא זכויותיו של בעל הנכס הנטוש (להרחבה ראו איל זמיר ואיל בנבנישתי “אדמות-היהודים” ביהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים 172-173 (1993) (להלן: זמיר ובנבנישתי); משה דרורי החקיקה באזור יהודה והשומרון 192 (1975) (להלן: דרורי)), ובכלל זאת, מטבע הדברים, גם את הזכות לפירוק שיתוף. למסקנה זו ניתן להגיע על גם דרך השלילה, שכן בהמשך הצו מנויות מגבלות על כוחו של הממונה לממש חלק מהזכויות אשר עברו לידי. כך, מחייב סעיף 8 לצו את הממונה לשמור את הנכס הנטוש למען בעליו; בעוד סעיף 9 מציב תנאים בדבר מכירת נכס נטוש (להרחבה על אודות המגבלות החלות על הממונה ראו פסקה 56 להלן). ניתן אפוא להיווכח, כי כאשר ביקש המפקד הצבאי לסייג את כוחו של הממונה להפעיל את סמכויותיו ביחס לנכס הנטוש, נעשה הדבר באופן מפורש במסגרת הצו. בהיעדר הסתייגות דומה ביחס לזכות לדרוש פירוק שיתוף, מוקשית עמדת העותרים אשר מבקשת, הלכה למעשה, לקרוא אל תוך הצו מגבלה שכזו (השוו: אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 467-469 (1998) (להלן: ברק, פרשנות במשפט)). סיכומו של דבר הוא שנכון אני לקבל את עמדת המשיבים, שלפיה מוסמך הממונה לפתוח בהליך של פירוק שיתוף.

38. במובן הפרוצדורלי, סברתם של העותרים היא כי פירוק השיתוף נעשה שלא בהתאם להליך המתחייב מהדין הנוהג באזור. בפרט מתייחסים העותרים לחובה לפי חוק חלוקת נכסים לפתוח בהליך בבית משפט השלום, מקום שאין בין השותפים בנכס הסכמה לגבי פתיחה בהליך הפירוק; וכן לחובה לפי חוק הסדר הקרקעות והמים, מס’



40 לשנת 1952, לבצע כל חלוקה בקרקע במרשם המקרקעין. המדינה פוטרת ביקורת זו בציינה כי ממילא מצוי הצו המתוקן במעמד נורמטיבי זהה לחקיקה המקומית, ועל כן בכוחו לגבור עליה לפי כללי הפרשנות, בהיותו מסוים ומאוחר לה. בדיון שקיימנו לפנינו השיבו העותרים כי לעמדתם מצוי הצו המתוקן במעמד נורמטיבי נמוך יותר, וזאת בשל מהותו היישומית ואופיו הפרטני.

39. אבהיר תחילה כי אינני מוצא ממש בטענת העותרים שלפיה יש לשוות לצו המתוקן מעמד נורמטיבי נמוך מזה של החקיקה הקודמת באזור. ככלל, נהוג להצביע על מספר עקרונות יסוד לזיהויו של חוק תקף, בהם היותו ודאי, פומבי, כללי וצופה פני עתיד (ראו לדוגמה: בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, פסקה 5 לפסק דיני (23.2.2012) (להלן: עניין ניר)). אופיו ה"יישומי" של הצו המתוקן, כדברי העותרים, ואף העובדה כי בשלב זה מופנה הוא אך כלפי היישוב עמונה, אינו מעלה ואינו מוריד מתוקפו של דבר חקיקה זה. כך נקבע, למשל, ביחס לצווי פינויים של המתיישבים הישראלים בחבל עזה ובצפון השומרון, שנשאו אף הם אופי דומה (השוו: עניין חוף עזה, עמ' 725-727). אם כן, ומשקבעתי לעיל כי המפקד הצבאי היה מוסמך על פי הדין הבינלאומי לשנות את החקיקה המקומית בהוציאו את הצו המתוקן – מורים כללי ברירת הדין כי הוראותיו גוברות על החקיקה הקודמת ששררה באזור. זאת, כפי שציינה המדינה, הן בשל מועד הוצאתו המאוחר, והן לאור אופיו המיוחד (*lex specialis*) (ראו: ברק, פרשנות במשפט, עמ' 551). עקב כך מתייתרות טענות העותרים ביחס לסמכותו של הממונה לפתוח בהליך פירוק השיתוף חרף הוראותיו של הדין המקומי, שכן סמכויותיו שאובות כדין מהוראות הצו המתוקן, אשר השתלב עם הוצאתו במארג הדינים החלים באזור.

40. על יסוד המקובץ, נכון אני לקבוע כי סמכותו של הממונה על פי הצו המתוקן לפתוח בהליך פירוק שיתוף עולה בקנה אחד עם הדין המקומי, הן במובן הפרסונלי והן במובן הפרוצדורלי.

41. העותרים ממשיכים וטוענים כי אף אם מצויה סמכות זו בידי הממונה, מימושה באופן שעליו מורה הצו המתוקן לוקה בשני פגמים עיקריים. ראשית, תוקפים העותרים את תקינות ההליך, בהצביעם על ליקויים בתכנון המתווה, בדגש על אופן קבלת ההשגות ובחינתן. שנית, סבורים העותרים כי פירוק השיתוף אינו משקף את רצון הבעלים ביחס לנכס, ומשום כך מפר הוא את חובת האמון של הממונה כלפיהם. ארון בטענות אלו לאורך שני חלקיה הבאים של חוות דעתי.

## ד. תקינות ההליך

42. העותרים קובלים על אופן ניהול הליך התכנון שעל פיו התכוונה המדינה להוציא אל הפועל את המתווה. לעמדתם, הליך התכנון בוצע בחיפזון, דבר אשר פגע בזכות הטיעון של המשיגים עליו. כתוצאה מכך, גורסים העותרים, נטילת החזקה אינה מביאה בחשבון את מלוא זכויותיהם בחלקות, אשר מגיעות לכדי שיעורים גבוהים יותר מאלה שעליהם התבססה המדינה (ראו פסקה 11 לעיל). המדינה דוחה טענה זו. לגישה, הליכי הבירור והפרסום שקיים הממונה בוצעו באופן סדור, אשר התיר למי שראה עצמו נפגע להגיש השגה, וכללו בחינה מעמיקה ומקצועית של ההשגות.

43. אכן, קשה לחלוק על כך שהליך התכנון הנזכר אופיין בחופזה לא מבוטלת, למצער בחלקיו האחרונים. מהלך הדברים הובא בפירוט בפתח חוות דעתי (ראו פסקות 7-11 לעיל), ועל כן די בסקירת נקודות הציון העיקריות בו, אשר מובילות לטעמי למסקנה זו.

ראשיתו של ההליך, כאמור, בהודעה שפרסם הממונה ביום 8.8.2016, שבה הודיע על כוונתו לתפוס חזקה בחלקות שונות בגושים 20 ו-21, בהיותן לכאורה נכסים נטושים. הודעה זו הקציבה פרק זמן של 30 ימים להגשת התנגדויות. מדובר אומנם בפרק זמן שאינו זניח, אך ניכר כי הוטל בצידו נטל לא מבוטל להוכחת טענותיהם של המשיגים. עדות לכך מצויה במכתבו של הממונה מיום 26.10.2016, אשר נשלח בתגובה להשגות שהוגשו במהלך חודש ספטמבר. במסגרת המכתב דרש הממונה השלמה של מסמכים שונים לשם בחינת ההתנגדויות, בהם צווי ירושה מקוריים וייפויי כוח. חשיבותו של מכתב זה אינה בגופם של דברים, שכן ההשגות הנידונות בו מתייחסות לחלקות שלא נכללו בסופו של יום בצו המתוקן, אלא בהמחשת מורכבותו של הליך הגשת ההשגות מחד גיסא, ושל הליך בחינתן מאידך גיסא. כמו כן ראוי להדגיש שהקשר שבו היו הדברים אמורים באותה עת – כוונה ליטול חזקה בחלקות במלואן – וזאת בשונה מהכוונה ליטול חזקה בחלקים מהחלקות, כפי שהיה לבסוף.

סד הזמנים הפך דוחק עוד יותר משעה שפורסם צו 1777 ביום 29.11.2016, אשר הקציב בסעיף 3 לו פרק זמן של 48 שעות להגשת התנגדות לתכניות שייערכו מכוחו. ביום 29.12.2016 פורסם צו 1779, אשר הקנה לממונה לראשונה סמכות ליטול חזקה שלא באמצעות תפיסת החלקה כולה אלא בחלקי החלקה שבעליה נפקדים, תוך פירוק השיתוף באופן כפוי. זאת, משום שבשלב זה התברר כי לא קיימת חלקה שכלל בעליה נפקדים. להשגות על נטילת החזקה באופן זה הוקצבו 96 שעות, לפי סעיף 1א(ג) לצו המתוקן.

44. דעתי היא שאין להקל ראש במשמעותו של השינוי בהליך התכנון שכלל צו 1779. עובר לשלב זה, טרם שהוסמך הממונה ליטול חזקה באופן חלקי, התנהל הדיון סביב כל חלקה לפי היגיון של "הכל או לא כלום". כלומר, די היה בקבלת השגה אחת ביחס לחלקה פלונית על מנת לאיין את סמכות הממונה ליטול בה חזקה. על היגיון זה הסתמכו העותרים ולאורו פעלו. מששנונו "כללי המשחק" והורחבו סמכויותיו של הממונה באמצעות הצו המתוקן, הוכבד גם הנטל על העותרים. מנקודה זו ואילך, לא היה די בהשגה קבילה אחת ביחס לחלקה פלונית, אלא נדרשה "מאסה קריטית" של השגות, אשר תהפוך את נטילת החזקה החלקית לבלתי מעשית ותוריד חלקה זו מהפרק. כך היה למשל ביחס לחלקה 54, אשר נכללה בהודעתו של הממונה מיום 9.1.2017, לצד החלקות מושא עתירה זו. משנמצא על סמך ההשגות שהוגשו כי ישנן טענות מבוססות לזכויות ביחס למרבית שטחי חלקה זו, בוטלה ההחלטה לתפוס חזקה בחלקים ממנה.

45. ככלל, נדרשת רשות מנהלית שפעולתה כרוכה בפגיעה באדם להעניק לו הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיו בפניה (בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ד) נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה נט (27.3.2016) (להלן: עניין מתווה הגז); עע"מ 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביץ, פסקה טו (11.8.2009); בג"ץ 3495/06 מצגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 9 (30.7.2007) (להלן: עניין מצגר); בג"ץ 185/64 פלוני נ' שר הבריאות, פ"ד יט (1) 122, 126 (1965); בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, 1508 (1958) (להלן: עניין ברמן); בג"ץ 113/52 זקס נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו 696, 703 (1952); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 1147 (מהדורה שנייה, 2011) (להלן: זמיר); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 461 (2010) (להלן: ברק-ארז א)). חובה זו חלה גם על המנהל האזרחי כרשות מנהלית בעלת סמכויות, המקבלת החלטה מנהלית בדבר נטילת חזקה בחלקות (השוו: בג"ץ 5439/09 עבדאלקאדר נ' ועדת העררים הצבאית שלפי צו בדבר וועדות עררים מחנה עופר, פסקה 14 (20.3.2012)). העיקרון בדבר זכות הטיעון נחשב לחלק מכללי הצדק הטבעי והוא מסממניו המובהקים של הליך מנהלי הוגן ותקין. ההקפדה על הליך תקין חיונית ביתר שאת בעניין שלפנינו, שכן – כמוסכם על המדינה – נושאים הצו המתוקן והתוכנית שהוצאה מכוחו מאפיינים ייחודיים ותקדימיים (להרחבה ראו פסקה 119 להלן). כפי שציינה לאחרונה השופטת ע' ברון, "רשות מנהלית רשאית אמנם, ולעתים אף חייבת, לסטות ממדיניות קיימת, אך סטייה כאמור טעונה הקפדה מיוחדת על הליך תקין" (בג"ץ 5134/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מועצת מקרקעי ישראל, פסקה 33 (14.11.2016) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון בישראל)). בדומה הטעים

בעבר השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין כי "החלטה בדבר מדיניות – קל וחומר החלטה המשנה מדיניות – צריכה להיעשות בהליך מינהלי ראוי" (בג"ץ 7120/07 אסיף ינוב גידולים בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פסקה כו (23.10.2007); ראו גם: בג"ץ 3758/17 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' הנהלת בתי המשפט, פסקה 5 לפסק דינו של השופט א' שהם (20.7.2017); בג"ץ 8405/13 מרכז תורני רעננה נ' משרד החינוך, פסקה כ (23.3.2015); ברק-ארז א, עמ' 252).

תכליתה של זכות הטיעון להבטיח כי הרשות תתייחס בהגינות לעניינו של האזרח, ותקבל החלטותיה על-בסיס תשתית עובדתית נאותה ותוך התחשבות במכלול העובדות והשיקולים הצריכים לעניין (עניין מצגר, שם; בג"ץ 3486/94 מסאלחה נ' ועדת התכנון והבניה, פ"ד מח(5) 291, 302 (1994)). כפי שמסביר פרופ' זמיר, אחד ממרכיביה העיקריים של זכות זו הוא הקצאת זמן מספק לצורך הכנת הטיעון:

"בדרך כלל רשות מינהלית לא תצא ידי חובה אם היא תזמן אליה את האזרח לצורך שימוע, תודיע לו באותו מעמד את נושא השימוע, אומרת מה העובדות והטענות הפועלות נגדו, ותבקש ממנו תגובה על אתר. כמו כן הרשות לא תצא ידי חובה אם תשלח אל האזרח הודעת שימוע ותזמין אותו להגיב על ההודעה מהיום למחר. אכן, במצב כזה האזרח קיבל הזדמנות להשמיע את טענותיו, אך אין זו הזדמנות נאותה. האזרח זכאי, כחלק מן הזכות לשימוע, לזמן שיאפשר לו להתכונן לשימוע באופן ראוי: לברר מה שצריך בירור, להשיג מסמכים השייכים לעניין, להתייעץ עם מי שירצה, ולגבש לעצמו תגובה. בקיצור, הוא זכאי לזמן תגובה סביר.

מהו הזמן הסביר? התשובה תלויה כמובן בנסיבות המקרה. לעיתים העניין מורכב והוא מחייב הרבה בירורים, ואלה דורשים הרבה זמן. אך לעיתים העניין פשוט עד כדי כך שיספיק אם הרשות תבקש לקבל תגובה מהיום למחר. בין השאר, יש להביא בחשבון גם את סדרי העבודה של הרשות המינהלית, ובאופן מיוחד את שאלת הדחיפות של הפעולה המינהלית. עם זאת אם אין דחיפות בפעולה, אין זה הוגן שהרשות ותדחוק באדם לתת את תגובתו במהירות שלא תאפשר לו להתכונן לשימוע כפי שהולם את נסיבות המקרה" (ההדגשה הוספה – ס.ג.). (זמיר, עמ' 1177; ראו גם: עע"מ 7201/11 רחמני ד.א. עבודות עפר בע"מ נ' רשות שדות התעופה, פסקה 49 (7.1.2014); עת"מ (מנהליים מר') 2599-10-12 גברגר גוס נ' משרד הפנים, פסקה 3.ד. (24.1.2013); ברק-ארז א, עמ' 516-517).

46. אלא מאי, ההלכה הפסוקה קובעת כי החובה לשימוע טענות "אינה חלה על פעולות תחיקתיות, או על פעולות בעלות אופי שלטוני-ריבוני במובנו הנכון של מונח זה" (עניין ברמן, עמ' 1509; ראו גם ע"א 4926/08 נאשף ואיל ושות' נ' הרשות

הממשלתית למים וביוב, פסקה 11 (9.10.2013); עניין חוף עזה, עמ' 719-728; בג"ץ 335/68 המועצה הישראלית לצרכנות נ' יושב-ראש ועדת החקירה לעניין מתן שירותי גז, פ"ד כג(1), 324, 334 (1969)). לענייננו רלוונטית הרישה של הלכה זו, שלפיה זכות הטיעון אינה חלה על הליכי חקיקה מנהלית (לדיון ולביקורת ראו זמיר, עמ' 1165-1163; ברק-ארז א, עמ' 476-481). ניתן אפוא לסבור כי בהיותו של הצו המתוקן מעשה חקיקה באזור, אין הוא מקנה לכתחילה זכות להשמעת השגות, ועל כן אל לעותרים להלין על קוצר הזמן שהועמד לרשותם. על אף האמור סבורני כי אין קושי להכיר בתחולת זכות הטיעון במקרה שלפנינו, ועמה הדרישה למתן זמן מספק להכנת הטיעון, וזאת משני טעמים.

ראשית, יש להבחין בין השגותיהם העקרוניות של העותרים לגבי סמכותו של הממונה ליטול חזקה בחלקי חלקות שמעמדם כשל נכסים נטושים, תוך פירוק השיתוף באופן כפוי; לבין השגותיהם המסוימות לגבי החלטתו ליטול חזקה זו בחלקות שנמצא כי עיקרן נטושות, וביחס לתוכנית שלפיה נועדה תפיסה זו להתבצע. סוג ההשגות הראשון מופנה כלפי הצו המתוקן, שמעמדו כשל מעשה חקיקה, ומשום כך ייתכן כי ניתן יהיה להלום טענה שלפיה לא קיימת ביחס אליו זכות טיעון. שונה הדבר ככל שענייננו בסוג ההשגות השני – קרי השגות המופנות כלפי החלטת הממונה, שדינה כדין כל מעשה מנהל. החלטה זו היא שקבעה את זהות החלקות המסוימות שבהן תיתפס החזקה בפועל (מתוך חמש החלקות המצוינות בצו המתוקן), ולפיכך היא שהובילה לפגיעה בעותרים שבעטייה קמה זכותם לטיעון.

שנית, המדינה עצמה לא התכחשה למחויבותה להעניק לתושבי האזור את הזכות להגיש השגות, הן לאורך הליך התכנון על שלביו השונים, הן בתגובתה לעתירה והן בטיעוניה לפנינו. יצוין כי לקבלת השגות אלו חשיבות לא רק כביטוי לכללי הצדק הטבעי, אלא גם כמרכיב מרכזי בגיבוש התשתית העובדתית שעליה נסמכת ההחלטה בדבר הפעלת סמכותו של הממונה ליטול חזקה בחלקות (זמיר, עמ' 1119; ברק-ארז א, עמ' 439-442). אכן, ניכר כי ההשגות השפיעו על האופן שבו התכוונה המדינה להוציא לבסוף את המתווה אל הפועל, וכי על בסיסן נבחרו שלוש החלקות הנזכרות, בשל היותן נטושות ברובן על פי הממצאים שנאספו. לצד זאת, וכפי שציינתי לא מכבר בעניין מתווה הגז, על גוף שלטוני המחליט לערוך שימוע, בפרט בעניין בעל חשיבות ציבורית ניכרת, לקיימו באופן אשר מאפשר לבעלי זכות הטיעון להגיש התייחסות מושכלת לסוגיות הטעונות הכרעה:

”שימוע בהיקף מצומצם שכזה בסוגיה בעלת היקף כה רחב ובעלת השלכות מהותיות על ענייניו של הציבור

כולו – איננו ראוי ואין בו כדי לספק את דרישת שיתוף הציבור בהליך קבלת המתווה [...] משעה שהוחלט לקיים שימוע – על אף שהדבר הוא ברשות – יש לשאוף לקיים אותו ככל שימוע שבחובה, וזאת, אף אם היו שימועים קודמים בהקשרים קרובים, וגם אם סד הזמנים לוחץ. זאת, במיוחד אם נעשה ניסיון להיבנות מהליך שימוע זה כדי להעיד על שיתוף הציבור בקבלת המתווה, כפי שעושה המדינה (וראו למשל סעיף 156 לתגובתה). דומה כי שימוע בעל מסגרת זמנים כה דחוקה אינו מקנה זמן מספיק לציבור ללמוד את הנושאים הרבים והמורכבים שבמתווה ולהגיש התייחסות רצינית אליהם. קשה לראות בשימוע מעין זה, כשימוע המספק את הדרישה לשיתופו של הציבור בתהליך קבלת ההחלטות, או כשימוע בעל משמעות משפטית ממשית" (שם, פסקה 36 לפסק דיני).

דברים אלה יפים אף ביתר שאת בענייננו, שבו השימוע אינו בגדר רשות כי אם חובה המוסכמת על הכלל.

47. הנה כי כן, חובת השימוע חלה על מעשי המנהל שבוצעו על ידי הממשל הצבאי מכוח הצו המתוקן, ובפרט על הודעת הממונה מיום 9.1.2017 בדבר נטילת החזקה בחלקות. לאורה של חובה זו, מוקנית לנפגעים מהחלטת הממונה זכות לטעון בפניו טיעון מנומק ואפקטיבי – זכות שהגשמתה כרוכה במתן שהות מתאימה לצורך הכנת ההשגות.

48. האם הוקנתה כדבעי זכות טיעון לנפגעים מהחלטת הממונה? תשובתי לכך היא בשלילה. לעמדתי, לשם מימוש נאות של זכות הטיעון נדרשה לעותרים שהות ארוכה יותר על מנת להיערך לכללי המשחק החדשים, בשים לב לנטל הראייתי הכבד שבו הם נדרשו לעמוד. יש לציין כי ארכה מתאימה התבקשה על ידי בא כוח העותרים במכתביו מימים 5.1.2017 ו-13.1.2017, שבהם דרש כי יועמד לרשותו פרק זמן זהה לזה שהוקצב עת פורסמה ההודעה הראשונה, קרי 30 ימים. בקשה זו נדחתה על ידי ראש המנהל האזרחי, אשר הסתפק במתן ארכה בת 24 שעות, תוך שציין כי "הדחיפות מתחייבת מקידום מתווה פינוי עמונה". נימוק דומה הופיע במכתב ששלח ראש המנהל האזרחי ביום 19.1.2017 בתגובה להשגות הפרטניות שהוגשו על ידי בא כוח העותרים במהלך חודש ינואר. בתשובתו הטעים ראש המנהל האזרחי כי פרק הזמן של 96 שעות נבע מ"צורך ציבורי דחוף", וכי הוא נקבע בהתחשב בכך שהכוונה ליטול את החלקות נזכרה כבר במכתב הממונה מיום 8.8.2016.

כאמור, מוקשית טענה אחרונה זו בעיניי, לאור שינוי כללי המשחק שעליו עמדתי. מבלי לקבוע מסמרות בדבר פרק הזמן שסביר היה להקצות בשלב זה, מצאתי

כי לא די בארבע יממות – וביממה נוספת שניתנה כארכה – על מנת לשמור על תקינות ההליך ולהבטיח למשיגים זכות טיעון נאותה גם ביחס לסמכויות החדשות שאותן ביקש הממונה להפעיל מכוח הצו המתוקן. זאת, בהתחשב בצורך להשיג את המסמכים הדרושים ואת האסמכתאות המתאימות כמפורט בהודעת הממונה מיום 26.10.2016, ולנוכח הזמן הרב אשר נדרש לצורך הנפקתם. בעוד רף ההוכחה הגבוה שהציבה המדינה ניתן להצדקה במסגרת חובתה להשתית הכרעה מורכבת ורבת משמעות זו על ראיות מהימנות, ראוי היה כי מורכבות זו תנחה את גורמי הממשל הצבאי גם בקובעם את מסגרת הזמנים להגשת השגות (השוו: עניין מתווה הגז, פסקה 36 לפסק דיני).

49. אדרש עתה לטענת הדחיפות, אשר עברה כחוט השני לאורך ההליך והועלתה הן על ידי גורמי הביצוע בזמן אמת והן על ידי באי כוחה של המדינה במסגרת עתירה זו. הדחיפות האמורה, כך נראה, היא שהיותה בסיס לנכונותה של המדינה לקצוב פרקי זמן קצרים בהליך התכנון. אכן, כדברי המלומד זמיר שזכרו לעיל, מקובלת עליי הגישה שלפיה דחיפות הפעולה המנהלית עשויה להצדיק הטלת מגבלות שונות על זכות הטיעון (זמיר, עמ' 1167-1169, 1177; השוו: בג"ץ 8262/03 אבו סלים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נז(6) 569, 573-574 (2003)). השאלה הטעונה עתה הכרעה היא אם פעולת תפיסת החזקה הייתה אומנם דחופה במידה שמאפשרת להשלים עם הפגמים שתוארו לעיל.

50. לגישתי, התשובה לכך היא בשלילה. למעשה, עיקריה של תשובה זו ניתנו זה מכבר, במסגרת ההחלטה בבקשה הראשונה להארכת מועד. כזכור, בהחלטה זו נדחתה בקשה להארכת מועד של שבעה חודשים לביצוע פינוי היישוב עמונה, לו הוקצבו לכתחילה שנתיים במסגרת פסק הדין. המדינה טענה באותו הליך כי השהות הנוספת נחוצה כדי להעמיד חלופות מגורים לתושבי עמונה, במטרה למנוע או להפחית את ההתנגדות לפינוי. טענה זו נדחתה, תוך שנקבע כי פרק הזמן שהוקצב לפינוי הוא ארוך בכל קנה מידה, ובפרט ביחס להוראות קודמות שנתן בית משפט זה בדבר פינוי ישובים (ההחלטה בבקשה הראשונה להארכת מועד, פסקה 19). בהחלטתה הדגישה הנשיאה מ' נאור כי הצורך לאפשר לתושבים ולמדינה להיערך לפינוי כראוי הובא בחשבון בעת קביעת פרק הזמן הארוך לביצוע, ועל כן לא ניתן להלום כי קשיים במציאת חלופת מגורים לתושבים יהוו עילה לדחייה נוספת (שם, פסקה 20; ראו גם בג"ץ 5023/08 שחאדה נ' שר הביטחון, פסקה 4 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (8.2.2015); בג"ץ 9051/05 תנועת "שלום עכשיו" – ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון, פסקה 11 (20.8.2014) (להלן: עניין שלום עכשיו)). עוד ציינה הנשיאה כי "הפעולות שנקטו לצורך ביצועו של פסק הדין בשנתיים האחרונות תוארו בבקשת המדינה בתמציתיות.

מתיאור זה קשה להבין כיצד הגענו עד הלום. זאת, בין השאר, בשים לב לכך שבעבר הצליחה המדינה לקדם במהירות פתרונות תכנוניים במקומות אחרים" (ההחלטה בבקשה הראשונה להארכת מועד, פסקה 20).

51. דברים אלה מקובלים עליי במלואם. אכן, נקבע לכתחילה פרק זמן ממושך לשם ההיערכות לפינוי. אף שהייתה בכך משום פגיעה בבעלי הזכויות בקרקע, נכון היה בית משפט זה להשעות את הפינוי למשך שנתיים, וזאת "נוכח הקושי הגלום בביצוע ההריסה, שהרי מרבית המבנים משמשים למגורים, ועל מנת שתהיה אפשרות לבחון חלופות למגורי התושבים" (פסק הדין, פסקה 18). 22 חודשים תמימים חלפו, ובהיעדר חלופה מוסכמת שגובשה, נאלצה המדינה לשוב לפתחו של בית משפט זה ולבקש ארכה נוספת. בקשה זו נדחתה מנימוקים סדורים וברורים. עקב כך, ניצבה המדינה מול שעון חול הולך ואוזל, כשמעל ראשה מרחף כעננה כבדה החשש מפני פינוי שלא בדרכי שלום. ניתן לעמוד בנקל על הזיקה הסיבתית שבין המצב שאליו נקלעה המדינה לבין אופן ההתנהלות שתואר לעיל. חוששני כי משנדחתה בקשתה של המדינה לארכה, נאלצה היא לגשר בין חוסר ההתקדמות במציאת הפיתרון לתושבים המפונים מזה, לבין מועד הפינוי הקרב מזה. את זאת עשתה על ידי זירוז הליכי תכנון המתווה ותוך הוצאתם לפועל במעשה מנהלי כפוי, חלף הליך בבית משפט. דא עקא, מקפלת בתוכה בחירה זו פגיעה של ממש בזכות הטעוץ של העותרים.

52. לשון אחר: מסיבות שאינן מענייננו, אך היו כרוכות מטבען במגעים שבין המדינה לבין המתישבים, נוצר קושי למצוא עבור האחרונים חלופת מגורים שתזכה להסכמתם. לנוכח הזמן הדוחק וחוסר היכולת לאתר קרקעות מדינה בסמוך ליישוב המפונה, ואף לא קרקעות פרטיות סמוכות שכלל בעליהן נפקדים, לא ניתן היה לשעות לבקשת המתישבים לשמור על קרבה למקום שהיה ביתם משך כעשרים שנה. אין לכחד כי יש בכך משום פגיעה בהם, שמוטב כי הייתה נמנעת. ואולם את בחירתה של המדינה לגלגל פגיעה זו מהמתישבים לבעלי הקרקעות הפלסטינים, אשר ניצבו מהצד בעוד הליך המשא ומתן מתנהל מעל ראשם בין המדינה לבין המתישבים – אין בידי לקבל.

53. לסיכום הדיון בחלק זה, מצאתי כי חובתו של המנהל האזרחי כרשות מנהלית להקנות לעותרים זכות טעוץ הולמת לא קוימה במלואה. על השלכותיו של ליקוי זה אעמוד בסוף חוות דעתי, עת אסכם את קביעותיי לאורך חלקיה של חוות דעת זו.

אפנה עתה לבחינת טענת העותרים הנוספת ביחס לאופן הפעלת סמכותו של

הממונה.



## ה. חובת אמון

54. העותרים גורסים כי לנוכח הסמכויות אשר מוקנות לממונה מכוח הצו בדבר נכסים נטושים, קמה לו חובת אמון כלפי בעלי הנכסים הנטושים. על יסוד האמור סבורים העותרים כי הממונה אינו רשאי לפרק את השיתוף בחלקות, וזאת מפני שיהיה בכך משום הפרה של חובתו זו.

55. אפתח בבחינת קיומה של חובת אמון מצד הממונה כלפי בעלי הנכסים הנטושים. סוגיה זו זכתה לדיון מצידם של זמיר ובנבנישתי, שדעתם כדלהלן:

“הזיקה שבין הממונה על הרכוש הנטוש לבין הנכסים המוקנים לו שונה מהזיקה שבין האפוטרופוס על רכוש האויב לנכסי האויב שהוקנו לו, ומזיקת הממונה על הרכוש הממשלתי לנכסים שבניהולו. בעוד הקניה לאפוטרופוס על נכסי האויב עשויה לשלול לעולמים את זיקת הבעלים לנכס, ובעוד האפוטרופוס פועל, בראש וראשונה, להגשמת האינטרסים של מדינתו, אין הדבר כך במקרה של נכסים נטושים. ראשית, ישנה חובה לשחרר נכס נטוש שבעליו חזר לאזור. שנית, תכלית השמירה על הנכסים, כמצוטט לעיל מסעיף 8(א) לצו, היא שמירה על הנכס למען בעליו. בניגוד לרכוש ממשלתי, פירותיו של נכס נטוש נשמרים עבור בעליו, ואין המעצמה המחזיקה רשאית להשתמש בהם. לכן, גם לפי העמדה שמותר לבנות בניינים, להקים יישובים, וליישב ישראלים באדמות המדינה בשטחים, אסורים דברים אלה כשמדובר בנכסים נטושים. האפוטרופוס אינו נאמן במלוא המשמעות של מושג זה במשפט הפרטי, אולם הוא קרוב לנאמן זה הרבה יותר משני 'עמיתיו' – האפוטרופוס לפי פקודת המסחר עם האויב והממונה על הרכוש הממשלתי” (ההדגשה הוספה – ס.ג.). (זמיר ובנבנישתי, עמ' 173).

מבלי לקבוע מסמרות בדבר, מקובלת עליי העמדה המוצאת קרבה רעיונית בין הממונה לבין נאמן. ככלל, נקבע בפסיקה כי שלוש הדרכים ליצירת נאמנות המנויות בחוק הנאמנות, התשל"ט-1979 (קרי: חוק, חוזה וכתב הקדש) אינן מהוות רשימה סגורה, והוכרו נאמנויות מכוח פסק דין של בית משפט ואף נאמנויות קונסטרוקטיביות (ע"א 5955/09 כונס הנכסים נ' טאובר טוב, פסקה 6 (19.7.2011)); ע"א 5715/95 וינשטיין נ' פוקס, פ"ד נד(5) 792 (2000); ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199 (1999)). על תחולתם הרחבה של יחסי אמון נכתב כי "רעיון זה של יחסי אמון, הקיים בין נאמן לבין הנהנה, על החובות החמורות הכרוכות בכך,

הורחב לקטגוריות רבות נוספות, שבהן לא קיימת נאמנות במוכן ה-trust האנגלי (היינו, כשאין בעלים שבדין המחזיק ברכוש לטובת בעלים שביושר) (דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 611 (מהדורה שלישית, 2015); ראו גם: אהרן ברק "האיסור על ניגוד עניינים" ניגוד עניינים במרחב הציבורי: משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה 29, 33 (דפנה ברק-ארז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009)). בחיבור שראה אור לאחרונה הביע פרופ' ליכט את הדעה שלפיה יש להכיר ביחסי אמון לפי "גישת ההתחייבות", אשר הוצגה על ידיו כדלקמן:

"היסוד המכונן את יחסי האמונות הוא התחייבותו של פלוני להיות אמונאי, לאמור הסכמה לפעול למען אדם אחר בעניין מסוים בנסיבות היוצרות יחסים של אמון. התחייבות זו מקפלת בתוכה נכונות לשאת בחיובי האמונות, ובראשם חובת האמון. נקל לראות כי הגם שגישה זו מחדדת את יסוד ההסכמה, ובכך מחלישה את האפשרות שיחסי אמונות ייווצרו מניה וביה מאליהם, עדיין נדרש להגדיר את הנסיבות שמצמיחות יחסי אמון. נסיבות אלה יכולות להיקבע בהסכמה מיוחדת בין הצדדים או בדין. ההסכמה במקרה האחרון תיראה כהסכמה לתחולת הדין על היחסים בין הצדדים. אולם בהיעדר הסכמה מפורשת יש לקבוע אימתי ייקבע קיומה של הסכמה מכללא – בדרך של פרשנות" (ההדגשה הוספה – ס.ג.). (עמיר ליכט "חובת אמון – אימתי?" חובות אמון בדין הישראלי 35, 45-46 (רות פלאטו-שנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים, 2016)).

56. בענייננו, יש ממש בגישה הרואה בממונה כמי שנטל על עצמו הסכמה לפעול למען אדם אחר, קרי בעלי המקרקעין הנטושים, בנסיבות היוצרות יחסי אמון. חובת אמון זו אומנם אינה מנויה במפורש בצו בדבר נכסים נטושים, אך היא נלמדת בנקל מההוראות השונות שאליהן כפוף הממונה בפועלו ביחס לנכסים. כך, לפי סעיף 8(א) לצו, נדרש הממונה "לשמור את הנכס הנטוש או תמורתו המלאה, ככל האפשר, למען בעליו או המחזיק"; לפי סעיף 9(א) לצו, מוגבלת מכירה של נכס נטוש למיטלטלין או לפירות הנכס, ולנסיבות שבהן "רק בדרך זו יובטח בנסיבות כנאות, שהבעלים או מי שהחזיק בנכס כדין יקבל תמורה עבור ערך זכותו ברכוש"; לפי סעיף 9(ב) לצו, תופקד תמורת המכירה בפיקדון בטוח כדי לאפשר את החזרתה לנפקד עם חזרתו לאזור; לפי סעיף 10(ב)(1) לצו, חוזה שערך הממונה לגבי נכס נטוש ניתן לביטול בידי הממונה לפני תום התקופה המוסכמת, אם במהלך תקופה זו נסתיימה הקניית הנכס לממונה בשל חזרת הנפקד לאזור; לפי סעיף 11 לצו, מחויב הממונה בניהול רישום מפורט של כל נכס נטוש העובר לחזקתו, לרבות שם בעל הנכס, אם הוא ידוע, והצעדים שננקטו לשמירתו; לפי סעיף 12 לצו, מחויב הממונה בהמצאת דין וחשבון שנתי למפקד האזור

על פעולותיו; לפי סעיף 13(א) לצו, נדרש הממונה להעביר את הנכס או את תמורתו לבעלים הנפקד אשר שב לאזור, על כלל הזכויות שהיו לממונה בו; לבסוף, מבהיר סעיף 7 לצו כי ההוראות האמורות חלות גם ביחס לפירותיו של נכס נטוש (ראו גם: זמיר ובבנישתי, עמ' 172-173).

57. על יסוד המקובץ, נכון אני להכיר בקיומה של חובת אמן מצד הממונה כלפי בעלי הנכסים הנפקדים. ואולם, ראוי לדייק בקביעת היקפה של חובה זו, ואין לקרוא בצו בדבר נכסים נטושים את שאינו כלול בו. כפי שניתן להיווכח מהסקירה שלעיל, למגבלות שמטיל הצו על הממונה מכנה משותף מובהק, שעניינו בשמירה על הנכסים ועל הפירות שהם מניבים לטובתם של בעליהם הנפקדים עד לשובם – הא ותו לא. הממונה אינו מחויב להתאים את השימוש שייעשה בנכסים הנפקדים לטעמיהם של הנפקדים, וממילא אינו יכול לעמוד על העדפותיהם, מטבע היותם נפקדים. לדרישות אלו אין אחיזה בלשון הצו, והן אינן מתחייבות מתכליתו, שהיא – כאמור – שמירה על מצב הנכס על מנת שניתן יהיה להשיבו כמות שהוא לבעליו (השוו: זמיר ובבנישתי, עמ' 173; דרורי, עמ' 192). והא ראייה כי הצו מקנה, לצד המגבלות המנויות בו, סמכות רחבה לממונה, בציינו כי "יד הממונה כיד בעל הנכס הנטוש" ובהעניקו לו "כל זכות שהיתה לבעלים או למחזיק בנכס נטוש" (סעיף 4(ב) לצו בדבר נכסים נטושים).

58. אשר למשמעותה של קביעה זו, כידוע, "חובת האמן מתעוררת בשלל סיטואציות ומשרתת מגוון תכליות. כצפוי, גם מבחינה תוכנה אין מדובר בחובה חד-גונית אשר עשויה כולה מקשה אחת. חובת האמן מורכבת למעשה מכמה חובות קונקרטיות, אשר משתנות על פי הסיטואציה" (יורם דנציגר "הקדמה" חובות אמן בדין הישראלי 7, 7 (רות פלאטו-שנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים, 2016)). לאור תחולתה המוגבלת של חובה זו במקרה שלפנינו, סבורני כי יש לצקת לתוכה את המשמעות הגרעינית והבסיסית ביותר של חובת האמן – קרי, יש להחיל על הנאמן – הממונה בענייננו – את האיסור על הימצאות בניגוד עניינים (ראו: רות פלאטו-שנער ויהושע (שוקי) שגב "דבר העורכים – חובות אמן בדין הישראלי" חובות אמן בדין הישראלי 9, 10 (רות פלאטו-שנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים, 2016)). עיקרון זה, שתחולתו הרחבה אינה מותנית בקיומו של הסדר סטטוטורי, מורה ככלל כי הנאמן אינו רשאי לעשות בנכסי הזולת כבשלו, אלא מחויב לפעול לטובת האינטרסים שלהם, תוך שהוא פועל למענם, ולמענם בלבד, מבלי שהאינטרס האישי שלו או של אחר יילקח בחשבון כאינטרס משמעותי (ע"א 4377/04 הולצברג נ' מירז, פסקה 19 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל ופסקה 3 לפסק דינה של השופטת א' חיות (22.7.2007); בג"ץ 595/89 שמעון נ' הממונה על משרד הפנים, מחוז הדרום, פ"ד מד(1) 409, 413-414 (1990); ראו גם:

אהרן ברק "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד" משפטים י 11 (תש"ם) (להלן: ברק "ניגוד אינטרסים"). ברם, אבהיר כבר עתה כי כשם שמצאתי לעיל כי חובת האמון שבה חב הממונה נושאת אופי מוגבל, ראוי יהיה לתחום את היקף האיסור על הימצאות בניגוד עניינים אך לשיקולים הכרוכים בשמירה על הנכסים הנטושים.

59. המדינה הכירה בתגובתה לעתירה בחובות החלות על הממונה כלפי בעלי הקרקעות הנפקדים. לשיטתה, לאור תחימת הפעלת הסמכות מכוח הצו המתוקן לחלקות שנמצא כי הן נטושות ברובן, תוך שהחלקות שביחס אליהן הוגשו השגות ירדו מן הפרק; לנוכח הותרת חלקי החלקות שבהן לא תתבצע התפיסה בידי המשיגים, בהתאם לחלק היחסי של זכותם בקרקע; ובשל הפקדת הכספים שייגבו בעבור השימוש בנכס בקרן שתנוהל על ידי הממונה, תוך ייעודם לבעלי המקרקעין הנטושים – מקיים המתווה חובות אלו. המתיישרים הוסיפו והטעימו כי לממונה הסמכות לקבוע מהי טובת הבעלים, וכי פירוק השיתוף אכן פועל לטובתם. זאת משום שתחת המתווה יוכלו הבעלים שנפקדותם מסתיימת לקבל בחזרה מקרקעין שעליהם מבנים פריקים, וכן את דמי השכירות שנגבו עבור השימוש בקרקע, בעוד במצב הקיים זכותם היא לקרקע שלא נעשה בה שימוש כלל.

העותרים, מצידם, עומדים על כך שהממונה הפר את חובת האמון שלו ופעל בניגוד עניינים, תוך העדפת האינטרס של תושבי עמונה על פני האינטרס של שמירה על רכוש הפרט וכניעה לחשש מפני אלימות. לטענתם, הקצאת הקרקעות לטובת אכלוס מפוני עמונה משרתת מדיניות של השתלטות על אדמות פרטיות של פלסטינים, ובכך אינה מגשימה את רצונם של בעלי החלקות; אינה מתחשבת בטובת הנכס, שהוא קרקע חקלאית, וחושפת אותה לנזקים שעשויים להיגרם משינוי השטח לצורך בניית מגורים; ומתעלמת מהדרישה לבחון את אפשרות העברת הנכס לקרובי משפחה או למכרים של הבעלים, ולכל הפחות בדרך ובתנאים שיבטיחו הגנה מרבית ומיטבית על הנכס.

60. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים, מצאתי כי לא ניתן לקבל את עמדת העותרים בנושא זה. אכן, קשה לחלוק כי המניע העיקרי הניצב בבסיס מהלך נטילת החזקה לא נגע לטובת בעלי הנכסים הנפקדים, אלא לטובתם של תושבי עמונה ולצורך במציאת פיתרון מגורים עבורם, בין היתר על מנת לצמצם את ההתנגדות הכרוכה בפנינים המתקרב (לסקירת הסממנים המעידים על כך ראו פסקה 121 להלן). אם כן, דומה כי טובתם של בעלי הקרקעות הנפקדים לא "הועלתה על ראש שמחתה" של המדינה בבואה לגבש את המתווה. ואולם, כפי שהטעמתי לעיל, לא זו אמת המידה שלאורה יש לבחון אם הממונה הפר את חובותיו כלפי בעלי הנכסים הנפקדים, באופן

המצדיק את התערבותו של בית משפט זה בהחלטתו. פשיטא כי על מנת לטעון לניגוד עניינים, יש לעמוד על אותם עניינים שונים שביניהם נוצרת הסתירה הנטענת (השוו: ברק "ניגוד אינטרסים", עמ' 12). במובן זה סבורני כי העותרים לא הצליחו להרים את נטל השכנוע כי טובתם של המתישבים, אשר אכן עמדה לנגד עיניו של הממונה, לא הלמה את האינטרס של בעלי הקרקע הנפקדים בשמירה על קרקעותיהם. ואפרט.

61. ככלל, מקובל לתפוס נסיבות של שיתוף בנכסים כזמניות ונסבלות, ולא כרצויות. השיתוף מגביל את יכולתם של הצדדים לו לממש את זכויותיהם הקנייניות, הוא מעכב את פיתוח הנכסים המשותפים ומסרבל את הביצוע של עסקאות בנכסים אלה. מטעמים אלה בוחרות שיטות משפט רבות, בהן זו הישראלית וזו שחלה באזור, לקבוע כללים אשר יקלו על הבאת יחסי השיתוף לקיצם (רע"א 1497/09 בעלי זכויות בחלקה 10 בגוש 6884 נ' ויסמן, פסקה 10 (25.7.2010) (להלן: עניין גוש 6884); רע"א 1017/97 רידלביץ נ' מודעי, פ"ד נב(4) 625, 632 (1998); ע"א 319/74 רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' פיין, פ"ד ל(1) 457 (1975); ויסמן, עמ' 134-135, 279-278; מיגל דויטש קניין כרך א 595 (1997); חנוך דגן "שיתוף במקרקעין – מוסד חברתי רצוי?" משפטים כז 493, 497-501 (1996)). נוסף על פירוק השיתוף בנכסים, תחת המתווה צפויים להשתלם דמי שימוש בקרקע, אשר יופקדו בקרן ויוועדו לבעלי הזכויות בקרקע לכשנפקדותם תיפסק.

עינינו הרואות כי על פני הדברים, אכן נהנים בעלי הנכסים הנפקדים מהשימוש המיועד באדמותיהם – למצער במונחי תועלת כלכלית. העותרים ביקשו אומנם לערער על מסקנה זו ולשוות להקצאת הקרקע למגורים פגיעה בפוטנציאל השימוש בה לחקלאות, אך אין בידי לקבל טענה זו, משזו לא נתמכה בחוות דעת מקצועית ביחס לנזק העלול להיגרם לקרקע כתוצאה מהשימוש הצפוי בה. אשר לטענת העותרים שלפיה עומד השימוש בקרקע בסתירה אידאולוגית למשאלותיהם של בעלי הנכסים, הרי שכאמור לעיל אינני סבור כי חובתו של הממונה כלפיהם מקיפה היבט זה של השימוש בקרקע, באין כל הוראה בצו בדבר נכסים נטושים המחייבת הלימה בין השימוש שעושה הממונה בנכסים הנפקדים לבין טעמיהם של הנפקדים.

62. על יסוד המקובץ, נחה דעתי כי הממונה לא הפר את חובת האמון שבה הוא חב כלפי בעלי הנכסים הנפקדים עת נטל חזקה בקרקעותיהם לשם יישום המתווה. ער אני לכך שבעיני האדם מן היישוב, אשר מודע למתיחות הפוליטית הקיימת בין אוכלוסיית המתיישבים לבין בעלי הקרקעות הפלסטינים באזור, קשה להלום כי פעולה שביצע הממונה מתוך מצוקה בה היו מצויים הראשונים אכן תהלום את טובתם של האחרונים.

ואולם בשים לב לפרשנות המצומצמת שהצעתי כי יש להעניק לחובותיו של הממונה כלפי בעלי הנכסים הנפקדים, ולנוכח העיקרון הכללי שלפיו אל לבית המשפט להתערב מקום ש"זה נהנה וזה לא חסר" (השוו: ע"ע 8872/07 עתאמנה נ' עתאמנה, פסקה 11 (7.3.2010); ע"א 588/87 כהן נ' שמש, פ"ד מה(5) 297, 328-329 (1991)) – דין טענות העותרים להידחות.

הואיל וחובת האמון מציבה אמת מידה גבוהה יותר מאשר חובת תום הלב, קביעתי כי הראשונה לא הופרה מאפשרת לדחות, מקל וחומר, את טענת העותרים שלפיה בוצע פירוק השיתוף בחוסר תום לב.

1. הקמת התיישבות חדשה – האומנם?

63. הצדדים חלוקים בשאלה אם המתווה טומן בחובו, הלכה למעשה, הקמה של התיישבות חדשה באזור יהודה והשומרון. לשיטת העותרים, התשובה לכך היא בחיוב. המדינה, מצידה, מטעימה כי מדובר בהצבה של מבני מגורים זמניים בלבד, ולא בהקמה של ישוב קבע. אעמוד תחילה על השלכותיה של הבחנה זו, ובהמשך אכריע בשאלה אם יש בה כדי להשליך על חוקיותו של הצו המתוקן ואם אכן מוקמת מכוחו התיישבות חדשה. בתוך כך אתייחס בפירוט לנימוקים שהציגו הצדדים לעמדתם.

64. בית משפט זה נדרש לשאלת חוקיותם של ישובים אשר הוקמו על קרקע פרטית בראשית ימיה של ההתיישבות הישראלית ביהודה והשומרון. בבג"ץ 606/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113 (1979) (להלן: עניין אויב), נידונה הקמתו של היישוב בית-אל תוך תפיסת מקרקעין פרטיים של העותרים. בית המשפט דחה את העתירה, בקובעו כי הקמת היישוב מוצדקת מתוקף שיקולים ביטחוניים וצבאיים שאותם משרת מיקומו. מנגד, בבג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979) (להלן: עניין דויקאת), התקבלה עתירה שהופנתה נגד הקמת ההתיישבות אלון מורה על אדמה בבעלות פרטית, תוך שנמצא כי זו לא נבעה מתוך הכרח צבאי. בעקבות פסיקה זו חלה תפנית במדיניות הממשלה בעניין ההתיישבות באזור, ומנקודה זו ואילך הוקמו התיישבויות חדשות על גבי קרקעות ציבוריות בלבד (אדלר, עמ' 404). כפי שמציינים העותרים, מדיניות זו עוגנה בהחלטה מס' 145 של ממשלת ישראל, אשר התקבלה ביום 11.11.1979, פחות מחודש לאחר מתן פסק הדין בעניין דויקאת. כך לשון ההחלטה:

"מדיניות ההתנחלות  
מחליטים (פה אחד):

להרחיב את ההתנחלות ביהודה, שומרון, בקעת-הירדן, חבל-עזה ורמת הגולן, על ידי תוספת אוכלוסין ליישובים הקיימים ועל ידי הקמת יישובים נוספים על קרקע שבבעלות המדינה.  
ועדת שרים תקבל החלטות מפורטות לאחר שתשמע דו"ח מפורט של היועץ המשפטי לממשלה" (ההדגשה הוספה – ס.ג.).

על עיקרון זה עמד לאחרונה בית משפט זה בהחלטתו בבג"ץ 5165/15 קאסם נ' הממונה על מתן התרים בשטחים שנתפסו לצרכים צבאיים (3.1.2017), בה הוער כדלקמן:

"ברי מאז פסק דין דויקאת (ההדגשה במקור – ס.ג.). כי אין לבנות על קרקע פרטית בשונה מאדמות מדינה; דבר זה נשתרש כנורמה, קרי, אין מאשרים בניה על קרקע פרטית, ובית משפט זה נדרש לכך לא אחת" (שם, פסקה א; ראו גם בג"ץ 8887/06 אל-נאבות נ' שר הביטחון, פסקה 16 (2.8.2011) (להלן: עניין אל-נאבות)).

65. מוסיפים העותרים ומוצאים קושי לא רק בכך שמדובר ביישוב חדש לכאורה המוקם על קרקע שאינה בבעלות המדינה, אלא גם באי-עמידתו בדרישות הדין בדבר הקמת התיישבויות חדשות, ובפרט בהיעדר החלטת ממשלה בנושא. אכן, נקבע בעבר כי ישנם מספר תנאים מקדימים שהכרח כי יתקיימו על מנת שיישוב חדש ייחשב חוקי. כדברי השופט (כתוארו אז) מ' חשין בבג"ץ 9195/03 וינשטוק נ' הממונה על הרכוש הממשלתי בחבל עזה (31.12.2003):

"עד שקם יישוב ונהיה חייבים להתקיים הליכים מוקדמים הכרחיים, וחזקה על העותרים כי יודעים הם זאת היטב. בין אותם הליכים מוקדמים הכרחיים ניתן למנות הליכים אלה: החלטת ממשלה, קיומה של תוכנית מיתאר, היתר מהממונה על התכנון באיזור, היתר בניה, היתר לשינוע קרוואנים ועוד. באין כל אלה - או אחד מאלה - לא תתואר כלל הקמתו המסודרת והחוקית של יישוב" (שם, פסקה 8; ראו גם בג"ץ 5853/04 "אמנה" תנועת התיישבות של גוש אמונים אגודה שיתופית נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 289, 294 (2004)).

בענייננו, לא קיבלה הממשלה החלטה ביחס להקמתו של אתר המגורים הארעי עבור תושבי עמונה. לשיטת העותרים, ניכרת בכך סטייה ממדיניותה של הממשלה בשנים האחרונות, שבמהלכן עוגנו מהלכים דומים לזה שלפנינו בהחלטות ממשלה. כך, הצביעו העותרים על החלטת הקבינט המדיני-ביטחוני מיום 30.11.2016, ועל החלטת הממשלה מס' 2178 מיום 18.12.2016, שבהן אושר פיתרון אחר שנשקל ביחס לתושבי עמונה – הקמת אתר מגורים זמני בתחומי היישוב עופרה; וכן הפנו העותרים לפרשת

פינוי המאחז הבלתי מורשה מגרון, שבמסגרתה קיבלה הממשלה החלטה על הקמת אתר מגורים זמני עבור התושבים המפונים (ראו: הודעת מזכיר הממשלה בתום ישיבת הממשלה מיום 29.4.2012).

66. המשיבים גורסים כי בטענות אלו אין ממש, הואיל והמגורים המתוכננים בחלקות הם ארעיים, ומשום כך אין הם מהווים, לשיטתם, הקמה של ישוב קבע, ואין הם כפופים להוראות שפורטו לעיל. העותרים דוחים הבחנה זו, ומעלים בתגובה שתי טענות: ראשית, מציינים העותרים כי על פי פסיקותיו של בית משפט זה, כלל ההתיישבויות בשטחים המוחזקים בתפיסה לוחמתית הן זמניות, ועל כן אין כל שוני לשיטתם בין אתר המגורים המתוכנן לבין ישובים שקדמו לו ואשר הוכפפו לדרישות הדין האמורות; שנית, מביעים העותרים חשש שלפיו עתידה תקופה זמנית זו להיות מוארכת ולהפוך, הלכה למעשה, קבועה. תימוכין לחשש זה מוצאים הם בחוות הדעת המשפטית שחברה בידי עוזר היועץ המשפטי לממשלה במסגרת הניסיונות לאתר חלופת מגורים חוקית והולמת עבור תושבי עמונה; וכן בסממנים שונים שבהם מאופייין המתווה. אדון בצמד הטענות כסדרן.

67. אכן, למשטר צבאי בשטח התפוס בתפיסה לוחמתית אופי זמני מטבעו (עניין ולידו, פסקה 34; עניין מראעבה, עמ' 501; עניין חוף עזה, עמ' 520-521; עניין ג'מעית אסכאן, עמ' 794, 802; עניין אבו עיטה, עמ' 229; אדלר, עמ' 386). כפועל יוצא, מוחזקת ההתיישבות הישראלית בשטח זה כארעית אף היא (בג"ץ 7918/05 ננגו נ' ממשלת ישראל, פסקה 3 (22.8.2015); עניין חוף עזה, עמ' 578; עניין אויב, עמ' 130). על אף האמור, דומני כי טמון קושי בשקילות שמנסים העותרים להציג בין ארעיות זו לבין אופיו הזמני של הצו המתוקן, וכי ניתן למצוא בין השניים שוני אשר מצדיק התייחסות מובחנת. זמניותה של ההתיישבות הישראלית בכללותה נושאת מאפיינים מדיניים-אסטרטגיים רחבי היקף. תוקפה אינו מוגדר מראש, ונקבע כי היא "כפופה להסכם שלום או להחלטה חד-צדדית של ישראל לפנות את השטח" (עניין חוף עזה, עמ' 578; ראו גם: עניין אויב, עמ' 130). לעומתה, זמניותו של אתר המגורים לתושבי עמונה נושאת מאפיינים אופרטיביים מוגדרים. משך השהות באתר קבוע מראש, לכאורה, בגדרי הצו המתוקן, לפרק זמן קצר יחסית בן שנתיים; ומטרת האתר מוגדרת בבירור במתווה – פינוי היישוב עמונה בדרכי שלום ומציאת פיתרון ביניים לתושביו. עינינו הרואות, אם כן, כי קיים שוני מהותי בין אתר המגורים לבין יתר ההתיישבות באזור, אף שמשותף להם אופי זמני מסוג זה או אחר. עם זאת, ברי כי הבחנה זו נסדקת ככל שצפוי הפיתרון שקובע הצו המתוקן להימשך מעבר למועד הקבוע בו ולהפוך מזמני לקבוע, כפי שטוענים העותרים. לכך אדרש עתה.



68. לשם בחינת החשש מפני התקבעות הסדר המגורים לתושבי עמונה במרוצת הזמן, אפנה לחוות הדעת של עוזר היועץ המשפטי לממשלה, ד"ר גיל לימון, שעליה הצביעו העותרים בהקשר זה. חוות הדעת חוברת ביום 28.11.2016, עת עמדה על הפרק גרסה מוקדמת של המתווה, שלפיה תתבצע הקמת המבנים על גבי נכסים נטושים בחלקות 38, 61 ו-69. בחוות דעת זו מסתמך ד"ר לימון על חוות דעת אשר נכתבה בידי הפרקליט הצבאי הראשי בשנת 1998, ובה נדרש האחרון לחוקיות הקמתו של אתר קרוואנים בחלקה בשטחי יהודה והשומרון המהווה נכס נטוש. יצוין, כי בסופו של יום לא יצאה תוכנית זו אל הפועל. בחוות דעתו מדגיש ד"ר לימון, כפי שהוטעם בתשובה לעתירה שלפנינו, כי תקופת השכירות של המבנים תהיה קצובה בזמן לשמונה חודשים – המועד אשר עמד על הפרק באותה עת במסגרת הבקשה הראשונה להארכת מועד. ואולם בחוות דעתו של הפצ"ר, שד"ר לימון רואה בחוות דעתו שלו כיישום שלה, נקבע כי ניתן "שייעשה שימוש בנכס נטוש ולמטרות מוגדרות [...] ניתן להשכיר את הנכס לתקופה קצרה שאינה עולה על שלוש שנים, לרבות לשם הצבת מבנים פריקים. תקופה זו ניתנת להארכה מעת לעת, כל עוד לא התקיימו התנאים המחייבים את הממונה להשיב את הנכס לבעליו" (ההדגשה הוספה – ס.ג.). שניות זו בין הזמני והקצוב לבין הגמיש והניתן להארכה שבה ועולה מלשון מתווה עמונה עצמו. אחזור ואביא את הדברים כלשונם:

4. במהלך תקופת השנתיים האמורה בסעיף (3), תיבחן האפשרות לאשר התיישבות ארוכת טווח בחלקות הסמוכות לעמונה. לשם כך, יושלם הליך בירור ההשגות שהוגשו. כמו כן, המדינה תפנה לבית משפט השלום בירושלים בבקשה לפירוק שיתוף בחלקות שיימצא כי עיקר הבעלות בהן הינו בגדר נכס נטוש. לאחר שיוכרה – בסיומם של תהליכים אלו – היקף השטח הנמצא בחזקת הממונה, יבחנו הגורמים המקצועיים אם ניתן מבחינה תכנונית להקים התיישבות ארוכת טווח במקום, ובהמשך לכך יבחן היועץ המשפטי לממשלה אם ניתן לאשר זאת מבחינה משפטית.

ככל שהתהליך המפורט בסעיף זה לא יסתיים, בהכרעה כזו או אחרת, בתום תקופת השנתיים האמורה לעיל, יוארכו היתרי הבניה וההקצאות ביחס לחלקות האמורות בסעיף (3) לפרק זמן קצר נוסף, כפי שיידרש עד להשלמת התהליך" (ההדגשה הוספה – ס.ג.).

הנה כי כן, על אף שהמדינה מדגישה את אופיו הזמני של המתווה כצידוק לכך שלא קוימו דרישות הדין בדבר הקמת התיישבות חדשה, מותרת היא פתח להתארכות של תקופת הזמן שנקצבה. בדיון שנערך לפנינו הסביר בא כוחה של המדינה כי תקופת השנתיים נועדה לקידום הליך פירוק השיתוף בבית משפט השלום בירושלים, וכי

המתווה כולל אפשרות חלופית להקמת ישוב על אדמות מדינה, אם הליך הפירוק לא יצליח.

69. אין לכתוב כי האמור לעיל מעורר אי-נוחות מסוימת, וכי החשש מהמשכות ההחזקה בשטח אינו תלוי על בלימה, אלא מבוסס על פרצות שמותיר המתווה ביחס למסגרת הזמנים הכלולה בו. אולם, האם די בחשש זה כדי להצדיק את התערבותנו בצו המתוקן? סבורני כי התשובה לכך היא בשלילה. אכן, מוטב היה אילו הקמת אתר המגורים הארעי הייתה מלווה בהחלטת ממשלה כפי שנעשה סביב פינויים של תושבי מגרון, ולו ניתן היה לצפות בוודאות רבה יותר כי תפיסת החזקה אכן תימשך שנתיים לכל היותר. ואולם לדידי, לא די בקשיים האמורים כשלעצמם כדי להצדיק את התערבותנו בצו המתוקן. סימני אזהרה אלה ראויים להתייחסות במסגרת הערכת תועלתו של הצו המתוקן בהשוואה לנזקו, וכך אעשה להלן. ברם, לצורך שלב זה של הדיון, נחה דעתי כי די בהסברים שהציגה המדינה כדי להצדיק את בחירתה להותיר פתח צר להארכת המשך נטילת החזקה, וזאת לשם מציאת פיתרון ארוך טווח והולם לטובת תושבי עמונה. דומני כי הנחתם של העותרים שלפיה ינוצל פתח זה לרעה בידי המדינה, ושבניגוד לדין ולאמור במתווה יוארך שוב ושוב תוקף ההחזקה עד שזו תיהפך קבועה – מרחיקת לכת היא. על מנת לסתור את ההנחה שלפיה פועל גורם מנהל כדין, "אין די בביסוס טענות על הנחות והשערות, על תחושות או 'אווירה ציבורית' הנוצרת כתוצאה מחרושת שמועות וידיעות עלומות" (בג"ץ 8756/07 עמותת "מבוי סתום" נ' הוועדה למינוי דיינים, פסקה 43 (3.6.2008)), אלא "על מי שמבקש לסתור מוטל הנטל לטעון ולהוכיח, כי במקרה הנדון החזקה נסתרת על-ידי עובדות" (רע"פ 1088/86 מחמוד נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הגליל המזרחי, פ"ד מד(2) 417, 419 (1990)).

בהתאם, העותרים לא הסתפקו בהעלאת חשש תאורטי להימשכות נטילת החזקה לנוכח הפרצות במסגרת הזמנים. הם ביקשו לעגן סברה זו בשני סממנים מעשיים המעידים לשיטתם על כך שהתוכנית להקמת אתר מגורים ארעי מהווה למעשה הקמה של התיישבות חדשה: האמור, אופיו של האתר כפי שהוא משתקף מהתוכנית שצירפה המדינה לתגובה לעתירה, ובפרט גודלו וקיומם של מבני ציבור כדוגמת גנים שכונתיים, גן ילדים וכיתות לימוד; השני, סעיף בהסכם בין תושבי עמונה לבין הדרג המדיני, שבו נזכרת האפשרות למתן סמל ישוב לעמונה. אינני מוצא ממש בטענות אלו. אשר לתוכנית היישוב, לא אוכל להסכין עם גישה המוצאת פגם בכך שהמדינה ביקשה לא להסתפק בהנחת קורת גג מעל לראשי התושבים המפונים, אלא לדאוג לחלופת מגורים נאותה, אשר תענה על צורכיהם הקהילתיים ותאפשר להם להמשיך לקיים את

שגרת חייהם היום-יומית. אשר למתן סמל ליישוב, וכפי שמצוין מפורשות בסעיף שאליו מפנים העותרים, אין המדובר בהבעת כוונה ממשית ובלתי מסויגת מצד המדינה, אלא בעניין שהוצהר כי "יבחן בכפוף להחלטות הממשלה הרלוונטיות, לנהלים ולחוק". חזקה על המדינה כי הייתה עומדת באמור בהערה זו, וכי ההכרה במעמדו של אתר המגורים הארעי כיישוב הייתה נעשית רק אם היה מבשיל מכלול התנאים הדרושים לשם כך.

70. סוף דבר, מקובלת עליי טענת המדינה שלפיה אין לראות באתר המגורים הארעי התיישבות חדשה. משום כך, לא הייתה מחויבת היא לעמוד בדרישות הדין המחייבות בעניין זה, ודין טענות העותרים בנושא זה להידחות.

אפנה עתה לדון בפגמים הנטענים בהפעלת שיקול דעתו של המפקד הצבאי לפי כללי המשפט הציבורי הישראלי.

## ז. הפעלת שיקול הדעת

71. בית משפט זה עמד לא אחת על כך שהמפקד הצבאי חייב, ככל גוף מנהלי, להפעיל את סמכותו על פי עקרונות הסבירות והמידתיות, ושיקול דעתו יהיה נתון לביקורת שיפוטית (עניין אבו צפיייה, פסקה 27; עניין בית לחם, עמ' 747; השוו: עניין אבו דאהר, עמ' 378; עניין מדאעבה, עמ' 507-509). אשר להיקף הביקורת על שיקול דעתו של המפקד הצבאי, מקום שהחלטתו נשענת על ידע צבאי – בית המשפט נותן משקל מיוחד למומחיותו הצבאית ומותיר לו שיקול דעת רחב (ראו: עניין אל ח'וואג'ה, פסקה 32; עניין עג'ורי, עמ' 375; כן ראו: עניין בית סוריק, עמ' 844; עניין הס, עמ' 458; עניין דויקאט, עמ' 25; בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90, 92 (1979)). מנגד, כאשר החלטת המפקד הצבאי פוגעת בזכויות אדם, תיקבע מידתיות הפגיעה על פי המבחנים המקובלים בעניין זה (עניין מדאעבה, פסקה 32; עניין בית סוריק, עמ' 846; עניין הלחימה ברפיח, עמ' 393).

72. מושכלת יסוד היא כי בהפעלת סמכותו, על המפקד הצבאי להציב לנגד עיניו משולש שבקודקודיו שלושה שיקולים: השיקול הביטחוני-צבאי; שמירת זכויותיהם של התושבים הפלסטינים, שהם בבחינת "תושבים מוגנים"; ושמירת זכויותיהם של הישראלים המתגוררים באזור (עניין דיר סאמט, פסקה 14; בג"ץ 5139/05 ראש מועצת הכפר בית ליד נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (22.2.2007); בג"ץ 1748/06 ראש עיריית דאהריה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 13 (14.12.2006); בג"ץ 5488/04 מועצה מקומית אלדאם נ' ממשלת ישראל, פסקה 42 (13.12.2006); בג"ץ 1998/06

המועצה המקומית בית אריה נ' שר הביטחון, פסקה 8 (21.5.2006)). בהתאם לחלוקה זו, השיקולים הדורשים איזון בעתירה דנן הם השמירה על הביטחון באזור, ובתוך כך החשש מפני השלכותיו האפשריות של פינוי שלא בהסכמה; הפגיעה בקניינם של תושבי האזור הפלסטינים – הן בעלי הנכסים הנפקדים, שניטלת חזקה באדמותיהם, והן בעלי הנכסים המוכרים, שזכות השימוש שלהם תתוחם לחלקי החלקות שבהן לא נתפסה חזקה; וכן השמירה על זכויות מתיישבי עמונה, אשר עתידים להיות מפונים מהמקום שהיווה ביתם משך כעשרים שנה.

עיקר הדיון בחלק זה יוקדש לעיקרון המידתיות, שאליו אדרש תחילה. לאחריו אתייחס בקצרה גם לשאלת הסבירות.

(1) מידתיות

73. אפנה אפוא לבחינת הצו המתוקן שהוציא מפקד האזור בהתאם לעיקרון המידתיות, החל הן מכוח המשפט הבינלאומי והן מכוח המשפט הישראלי, על שלושת מבחני המשנה הנבחנים בגדרו (ראו: בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פסקה כד (31.12.2014); עניין אבו צפרייה, פסקה 28; עניין בית טוריק, עמ' 841-840; עניין חס, עמ' 460-461). על פי עיקרון המידתיות, ניתן לפגוע בזכויותיו של הפרט כדי להגשים מטרות ראויות, ובלבד שפגיעה זו היא מידתית (עניין בית טוריק, עמ' 837). כדי לעמוד בתנאי המידתיות, על המפקד הצבאי הנטל להראות כי קיימת התאמה בין האמצעי הננקט על ידיו לבין המטרה (מבחן המשנה הראשון); כי האמצעי הננקט הוא זה שפגיעתו בפרט היא הפחותה מבין החלופות האפשריות אשר מקיימות מטרה זו (מבחן המשנה השני); וכי קיים יחס ראוי בין הפגיעה בזכויות הנובעת מהשימוש באמצעי, לבין התועלת שתצמח מהפעלתו (מבחן המשנה השלישי, הידוע גם כ"מבחן המידתיות במובן הצר") (ראו: עניין מוראר, פסקה 18; עניין בית טוריק, עמ' 840). ארון במבחנים אלה אחד לאחד.

74. בגדר מבחן המשנה הראשון יתברר קיומו של קשר רציונלי בין האמצעי שיועד להינקט לבין המטרה. מבחן זה מורנו לבדוק אם האמצעי שנבחר על ידי הרשות לשם הגשמת המטרה, אכן מביא להגשמתה. השאלה הנשאלת אינה אם האמצעי שנבחר הוא המתאים ביותר, היעיל ביותר או המידתי ביותר. כדי לצלוח את מבחן המשנה הראשון ניתן להסתפק בכך שהאמצעי מקדם את המטרה שאותה ראתה הרשות לנגד עיניה (ראו: בג"ץ 5304/15 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' הכנסת, פסקות עט, קכז לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (11.9.2016); עניין ניר, פסקה 46 לפסק דיני; בג"ץ

466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 11 לפסק דיני (11.1.2012) (להלן: עניין גלאון); אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 376 (2010) (להלן: ברק, מידתיות במשפט)). בענייננו, השאלה הצריכה הכרעה היא אם פירוק השיתוף באופן כפוי אכן מגשים את התכלית המבוקשת, קרי מציאת פיתרון הולם לתושבי עמונה המפונים תוך שמירה על הסדר והביטחון באזור. לדידי, ישנו קושי לא מבוטל בשימוש באמצעי זה לשם הגשמת המטרה שניצבה לנגד עיניו של המפקד הצבאי. ואסביר, תוך הבחנה בין שני מרכיביה של המטרה – מציאת פיתרון לתושבי עמונה מחד גיסא, והשמירה על הסדר והביטחון באזור מאידך גיסא.

75. אשר למציאת פיתרון עבור תושבי עמונה, אקדים ואומר, והדברים ראויים להיאמר באופן ברור והישיר ביותר – המתווה אינו פותר את בעייתם של תושבי עמונה. בניגוד לאמור בתגובת המתיישבים, משמעותו של המתווה אינה כי "התושבים יישארו על ההר שבו קשרו את חייהם, שעליו הקימו משפחות ושבו בנו את קהילתם". זאת, משום שהמתווה אינו מבטיח כי אכן יתאפשר למתיישבים להמשיך להתגורר בקרבת מקום ליישוב שאותו הם נדרשים לפנות, וממילא אין הוא יכול לעשות זאת לנוכח הקשיים המשפטיים, שאליהם לא מתכחשת המדינה, הכרוכים בהפיכת המתווה לפיתרון קבוע. כפי שמכונה הוא בידי המדינה, המתווה אינו אלא "גשר נורמטיבי". הוא נועד לאפשר התיישבות בחלקות לתקופת ביניים קצובה בת שנתיים, שבמהלכה יתנהל הליך פירוק שיתוף בבית משפט השלום בירושלים. מתעוררת אפוא השאלה: אנה יפנו תושבי עמונה בתום תקופה זו? לדברי המדינה, אם לא תתקבל התוצאה המבוקשת, תימצא עבור התושבים חלופה על אדמות מדינה.

76. אם כן, המשך התיישבותם של תושבי עמונה בחלקות מעבר לתקופה קצובה זו מותנה בקיומם של מספר תנאים מצטברים, כעולה מלשון המתווה: האחד, השלמת הליך בירור ההשגות, תוך שברי כי אם השגות רבות נוספות יתקבלו, יצטמצם באופן ניכר השטח שבו יוכלו התושבים להתגורר, והמשך ההחזקה בשטח תהפוך בלתי מעשית. ראייה לכך הן יתר החלקות בגוש 21 שבהן נבחנה האפשרות ליישב את מתיישבי עמונה בשלבים מוקדמים של ההליך התכנוני, אלא שנמצא כי רובן אינן נטושות ובעקבות זאת נגנזה התוכנית ביחס אליהן; השני, כי הליך הפירוק בבית משפט השלום יניב תוצאה זהה לזו שהתקבלה במסגרת ההליך המנהלי; השלישי, כי הגורמים המקצועיים יקבעו שניתן מבחינה תכנונית להקים התיישבות ארוכת טווח במקום; והרביעי, כי היועץ המשפטי לממשלה יקבע שניתן לאשר מבחינה משפטית התיישבות ארוכת טווח. למותר לציין כי גם התקיימותו של תנאי מתנאים אלה בהכרח בבחינת סוף פסוק.

זאת, משום ששיקול הדעת אשר יופעל בידי הגורמים המעורבים עשוי להיות כפוף לביקורתו של בית משפט זה או של ערכאות שיפוטיות אחרות, אם הדבר יידרש.

77. הנה כי כן, די באי-התקיימותו של אחד מהתנאים האמורים כדי לחייב את תושבי עמונה להתפנות בשנית עם פקיעת תקופת הזמן הנקובה בצו, ובכך לנתק את הקשר הדרוש בין האמצעי שננקט לבין המטרה המבוקשת. דומה כי בכך לא יושג דבר זולת דחיית הבעיה זמן מה אל עבר העתיד, ובתוך כך הישנותו של הסכסוך בין תושבי עמונה לבין תושבי האזור הפלסטינים וגלגולו מחדש לפתחו של בית משפט זה. כפי שמסבירה פרופ' ברק-ארז, "השאלה אם האמצעי משיג את תכליתו מחייבת להיזקק למבחן הסתברותי, היינו: מה צריכה להיות ההסתברות לכך שהאמצעי ישיג את המטרה?" (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 778 (2010) (להלן: ברק-ארז ב)). לפי הדעה המקובלת, בעוד אין הכרח בוודאות גמורה להשגת המטרה, נדרשת מידה נאותה של ודאות, ולא די בסיכוי קלוש להגשמתה (ראו: בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פסקה 66 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (14.5.2006) (להלן: עניין עדאלה – שר הפנים); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 58 (11.5.2006) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון בישראל); המכון הישראלי לדמוקרטיה מידתיות במבט ביקורתי ומשווה 74-75 (מרדכי קרמניצר עורך, 2016) (להלן: מידתיות במבט ביקורתי ומשווה); ברק, מידתיות במשפט, עמ' 382; דליה דורנר "מידתיות" ספר ברנזון כרך שני 281, 289 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000)). בשל הצורך בהתקיימותם במקביל של ארבעת התנאים האמורים, סבורני כי מידת הוודאות לכך שהצו המתוקן יפתור את מצוקתם של תושבי עמונה ויאפשר להם להמשיך להתגורר בקרבת היישוב המפונה אינה צולחת את הרף הנדרש, וכי התרחיש שבו יחויבו הם להתפנות שוב ממשי מכדי לקיים את דרישת הקשר הרציונלי.

78. אשר לשמירה על הסדר והביטחון, אפנה תחילה לדברי השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש בעניין מוראר, המהווים מושכלת יסוד חיונית לענייננו:

"מבחן הקשר הרציונלי אינו מבחן של קשר סיבתי טכני גרידא בין אמצעי לתכלית. גם כאשר שימוש באמצעי כלשהו עשוי להוביל להשגת המטרה המבוקשת עדיין אין משמעות הדבר כי מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי לתכלית וכי האמצעי מתאים להשגת התכלית. הדגש במבחן הקשר הרציונלי הוא על היותו של הקשר רציונלי. משמעות הדבר היא, בין השאר, שאין לנקוט באמצעי שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר היגיון" (שם, פסקה 25; וראו גם: בג"ץ 2887/04 אבו מדיגס נ' מינהל

מקרקעי ישראל, פ"ד סב(2) 57, פסקה 37 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (2007).

אם כן, מבחן המשנה הראשון אינו מתמצה בהתבוננות באמצעי אשר ננקט לשם הגשמת המטרה במשקפיים תועלתניות, אלא כולל הוא גם את בחינתו באספקלריה ערכית (ראו: ברק-ארז ב, עמ' 778-779; מידתיות במבט ביקורתי ומשווה, עמ' 68-74. גישה זו מאפיינת גם את המשפט הקנדי, אשר היווה השראה לתנאי המידתיות במשפט הישראלי. ראו למשל: R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103, 139). על מנת לעמוד על טיב המטרה הביטחונית שאותה ראתה המדינה לנגד עיניה, אשוב ואפנה לקטע מתוך תגובתה לעתירה:

"קיים חשש שביצוע הפינוי ללא הסדרה במועד שנקבע, יוביל לביצוע מעשי אלימות ואיבה על ידי גורמים קיצוניים, בין אם כלפי כוחות הביטחון ובין אם כלפי האוכלוסייה הפלסטינית – מעשים אשר עלולים בתורם להוביל לתגובות נגד של גורמים אלימים מקרב האוכלוסייה הפלסטינית. בתוך כך, עולה מחוות הדעת כי קידום חלופה הולמת במסגרת פתרון הסדרי עשוי לצמצם משמעותית את הסיכוי להתפרצויות אלימות ואירועים בטחוניים משמעותיים" (תגובת המשיבים 3-1, פסקה 66).

על יסוד האמור לעיל, דומני כי ניתן להבחין בין שתי תכליות משנה, אשר מרכיבות יחדיו את המטרה הביטחונית: מחד גיסא, החשש מפני אלימות שתופנה נגד ישראלים, הן כלפי כוחות הביטחון שיבצעו את הפינוי והן כלפי אזרחים ישראלים מצד האוכלוסייה הפלסטינית. מאידך גיסא, החשש מפני אלימות שתופנה נגד האוכלוסייה הפלסטינית. לעמדתי, ישנם פגמים בעלי משקל לא מבוטל בקשר שבין האמצעי שנבחר לבין כל אחת משתי תכליות משנה אלו. וארחיב.

79. לפני שאגש לפירוט עמדתי, אזכיר כי זו מובעת מבלי שהוצגה לפנינו חוות הדעת הביטחונית החסויה שעליה השתיתה המדינה את טענותיה (ראו פסקה 24 לעיל). בעוד הכרעתי לעיל כי די בעצם קיומה של חוות הדעת ובפרטים שנמסרו על אודותיה כדי לצלוח את משוכת הסמכות מכוח הדין הבינלאומי, בחלק זה של חוות דעתי יעמוד הנימוק הביטחוני בפני בחינה נוספת, וזאת לאור חובתו של המפקד הצבאי להפעיל את סמכויותיו באופן מידתי. אקדים ואבהיר כי ההסתמכות על חוות הדעת, אשר נערכה עבור בקשת עיכוב הביצוע הראשונה של פסק הדין שהוגשה בשלהי אוקטובר 2016, מוקשית בעיניי. זאת, לנוכח חלוף הזמן והשינויים שחלו בנסיבות הרלוונטיות, בהן ההתחייבויות שמסרו תושבי עמונה ביחס לפינוי, עליהן אעמוד בסמוך.

80. בתגובתה לעתירה טוענת המדינה כי אם לא יוצא המתווה אל הפועל, תישמט הקרקע תחת ההבנות שאליהן הגיעה עם תושבי עמונה, כך שהסכמתם לפינוי בדרכי שלום לא תעמוד עוד. דהיינו: לשיטת המדינה, האמצעי שבו בחרו הרשויות לנקוט מוצדק, שכן בהיעדרו עשוי הפינוי להיות מלווה בגילויי אלימות. העותרים, מנגד, מפנים להצהרתם של תושבי עמונה בפני בית משפט זה, שלפיה מחויבותם לפינוי בדרכי שלום אינה מותנית, ובכלל זאת אינה תלויה בתוצאתו של הליך משפטי זה או אחר (ראו פסקה 6 לעיל). דומה אפוא כי אמירה חד משמעית זו מערערת את הקשר הסיבתי הנטען בין המתווה לבין התכלית שיסודה במניעת אלימות, למצער ביחס לחשש, ככל שהיה קיים, מפני התנגדות אלימה מצד התושבים המפונים. ברם, מאחר שהצהרה זו ניתנה לאחר גיבוש המתווה וכתוצאה ממנו, ניתן לסבור כי הייתה למתווה תרומת להגשמת המטרה שניצבה לנגד עיניה של הרשות, וכי לאור זאת בכוחו לצלוח את מבחן המשנה הראשון.

81. אלא שבכך – לא די. כגישתה של השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש בעניין מוראר, שאליה הצטרפתי בשעתו, סבורני כי יש להוסיף ולבחון את הקשר בין המתווה לבין צמצום האלימות הכרוכה בפינוי במישור הערכי. לשיטתי, בחינה זו מטה את הכף לעבר אי-הכרה בקשר רציונלי בין האמצעי לבין המטרה. ואסביר. הואיל ופסקי דינו של בית משפט זה אינם בגדר המלצות (בג"ץ 2732/05 ראש מועצת עיריית עזון נ' ממשלת ישראל (5.10.2009)) ויש לקיימם (ההחלטה בבקשה הראשונה להארכת מועד, פסקה 20), אין בכוחי לקבל השקפה שלפיה ציות לפסק הדין המורה על פינוי היישוב יהווה עניין למיקוח במסגרת משא ומתן בין המתיישבים לבין הממשלה, וכי תוצדק בשמו פגיעה בזכויותיהם של תושבי האזור המוגנים. אכן, "איננו מתעלמים מהקשיים שמעורר פינויו של מאחז באזור, לא כל שכן מאחז גדול הנמצא במקום תקופה ממושכת. קשיים אלה מתעצמים ככל שעובר הזמן, וניתן להבין את רצונם של המשיבים לממש את הפינוי בהסכמת המתגוררים במאחז, ללא צורך בהפעלת כוח. שאיפה זו מבוססת על מגמה ראויה של קביעת יחסי אמון ושיתוף פעולה בין הרשויות לבין המתיישבים" (עניין אל-נאבות, פסקה 14). ברם, לא ניתן להלום כי רצונה של המדינה במניעת התנגדות לפינוי ומחויבותה למציאת פיתרון הולם עבור התושבים המפונים יוכפפו לאיום מצד מאן דהוא. על הציות לחוק להוות נקודת המוצא למגעים בין הצדדים – לא נקודת הסיום. על כן, אף אם לא הייתה מונחת לפנינו התחייבותם של תושבי עמונה, סבורני כי האמצעי אשר ננקט אינו ראוי לשם מניעת ההתנגדות לפינוי והפגיעה האפשרית בכוחות הביטחון.



82. ממשיכה המדינה וגורסת כי החשש מאלימות אינו נובע מתושבי עמונה עצמם, אלא מגורמים חיצוניים. אף עמדה זו אינה נטולת דופי. מתקשה אני להשכיל כיצד תורמות ההבנות שהושגו בין מתיישבי עמונה לבין הדרג המדיני, והצו המתוקן שהוצא מכוחן, למניעת ההתנגדות לפינוי מצד גורמים שאינם נמנים עם אוכלוסיית היישוב. ודוקו, הכוונה אינה לגורמים חיצוניים הרואים עצמם מחויבים לעמדת היישוב, שכן ברי כי אלה יכפילו עצמם להתחייבות הבלתי מותנית של תושבי עמונה להימנע מאלימות. ענייננו בגורמים קיצוניים המצויים מחוץ לשליטת אנשי היישוב, ואשר אינם רואים עצמם מחויבים להסכמות שהושגו בינו לבין הדרג המדיני. מאיר עיניים לעניין זה דוח ועדת החקירה הפרלמנטרית שהוקמה בעקבות אירועי האלימות שליוו את הפינוי הקודם ביישוב עמונה, שהרצון למנוע את הישנותם היווה לדברי המדינה שיקול מרכזי בגיבוש מתווה זה. וכך נכתב שם:

“אירועי עמונה חשפו הידרדרות נוספת מבחינת יכולת השליטה של מנהיגות יש״ע על חלק מבני הנוער, ומבחינת נטייתם המסוכנת, ההולכת וגוברת, של עשרות רבים של מפגינים להפעיל אלימות קשה כלפי כוחות הביטחון. ראש השב״כ והרמטכ״ל מחד, וכמה מראשי מועצת יש״ע מאידך, תיארו תמונה מדאיגה של התגברות הטינה והאלימות בין חלק מבני הנוער לבין המשטרה והצבא, תהליכים של הקצנה, ואובדן מסוים של יכולת המנהיגות, הריסון, הבקרה והשליטה של מנהיגי הציבור [...] מנהיגי יש״ע מצידם אכן השקיעו מאמצים למתן את המאבק ולהעניק לו צביון דומה של התנגדות פסיבית, נטולת אלימות, כפי שחזינו במהלך ההתנתקות ביישובי גוש קטיף. ראש השב״כ תיאר בהרחבה את ההכנות לעימות אלים במיוחד, את אגירת האבנים, הקרשים ואמצעים אחרים על-ידי קבוצה של כ-100 בני נוער ובוגרים המתגוררים ביישוב יצהר וביישובים אחרים, כולל במאחזים. ראש השב״כ הוסיף כי בעקבות השפעתם הממתנת של אנשי מועצת יש״ע וניסיונם להשליט סדר ומשמעת בקרב המתבצרים לקראת הפינוי - תוך כדי עימות עם קבוצת הקיצוניים - עזבו יום לפני הפינוי מרבית חברי הקבוצה הקיצונית את המקום [...] עם זאת, עד לעזיבתם הספיקו חברי הקבוצה האלימה הזאת לגרום נזקים לא מבוטלים. הם היו אלה שחיבלו בציוד מכני, שנכנסו למחנה הפלוגה בעפרה, שהעלו בלוקים אל גגות הבתים ושפיזרו שמן שרוף ונינג'ות על שביל הגישה לעמונה [...] הוועדה מתרשמת, שחלק מהצעירים שהתבצרו במקום אינם מבחינים בין זכות המחאה החוקית, או למצער התנגדות פסיבית שקטה - לבין התנגדות אלימה להחלטות הממשלה ו/או צווי בית המשפט, תוך ניסיון לבטלם או למצער לשבשם.” (ועדת החקירה הפרלמנטרית לאירועי עמונה - דו״ח ביניים 28-29 (2006) (להלן: ועדת החקירה הפרלמנטרית לאירועי עמונה)).

ניתן אפוא להיווכח, כי מצב זה שבו עמדתה של הנהגת ההתיישבות אינה מונעת גילויי אלימות מצד קומץ שאינו שועה להנחיותיה אינו, למרבה הצער, בבחינת חזון נפרץ. הדעת נותנת כי ממילא נעוצה התנגדותה של קבוצה זו בעצם פינוי היישוב, שהוא בבחינת עובדה מוגמרת, ולא בטיב הפיתרון שיימצא לתושביו המפונים, שהוא העומד להכרעה בעתירה זו. על כן שב ומתעורר הקושי הטמון בהצדקת הפגיעה בזכויות בעלי הקרקע בשם הרצון להימנע מפינוי אלים, שכן אין זה מובן מאליו כי פינוי היישוב עמונה בהינתן מתווה זה אכן יפיס את דעתם של אותם גורמים קיצוניים חיצוניים ליישוב.

83. אפנה עתה לתכלית המשנה שעניינה מניעת מעשי אלימות כלפי האוכלוסייה הפלסטינית. טענה דומה לזו נידונה בעבר בעניין מוראד. באותו מקרה הוגשה עתירה נגד מדיניותם של המפקד הצבאי ומפקד המחוז במשטרה, אשר מנעה מתושבי כפרים פלסטינים גישה לאדמותיהם החקלאיות ואת היכולת לעבדן. המשיבים הצדיקו מדיניות זו בהצביעם על הצורך למנוע חיכוכים אלימים בין האוכלוסייה הפלסטינית לבין זו הישראלית, תוך שהובהר כי לתכלית זו שני פנים: האחד, הגנה על ביטחון התושבים הישראלים מפני גורמים קיצוניים מהצד הפלסטיני; האחר, הגנה על ביטחון התושבים הפלסטינים מפני גורמים קיצוניים מהצד הישראלי. בפסק דינו של בית משפט זה נקבע כי בכל הנוגע לפן הראשון של מדיניות זו, מתקיימים מבחני המידתיות, וניתן להשלים עם הפגיעה בזכויותיהם של התושבים הפלסטינים ככל שזו תצומצם למינימום ההכרחי. מנגד, נקבע כי פגיעה זו אינה מידתית בראי השאיפה להגן על תושבי האזור הפלסטינים – היא הפן השני. בדונה במבחן הקשר הרציונלי שבין האמצעי לתכלית, הבהירה השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש את הקושי העקרוני הטמון במדיניות הרואה כפיתרון בלעדי להגנה על שלומו של אדם את הפגיעה בזכויותיו:

“סגירתם של השטחים האמורים בפני החקלאים הפלסטינים על מנת להתמודד עם האיום האמור אינה רציונלית שכן מדובר בצעד בלתי הוגן באופן קיצוני שמשמעותו היא פגיעה חמורה בזכויות בסיסיות תוך כניעה לאלימות ולמעשי עבריינות. אכן, סגירת השטחים עשויה להשיג את התכלית של הגנה על החקלאים הפלסטינים, אך כאשר שיקול דעתו של המפקד הצבאי בסגירת שטחים מושפע ממעשי עבריינות של גורמים אלימים, הפוגעים בזכויות התושבים לקניינם, יש בכך כדי לפגום בשיקול הדעת (ראו: ענין ברוך, בעמוד 165; פרשת חורב, בעמודים 77 ו-118 – 120). מדיניות המונעת מפני תושבים פלסטינים להגיע לאדמות השייכות להם, לשם השגת תכלית של הגנה עליהם מפני

התקפות המכוונות נגדם, הינה כמדיניות המצווה על אדם שלא להיכנס לביתו על מנת להגן עליו מפני שודד האורב לו שם על מנת לתקפו. בנסיבות הענין שלפנינו, מדיניות כזו כפתרון יחיד למצב בשטח אינה רציונלית שכן היא פוגעת בזכויותיהם של החקלאים הפלסטינים לחופש תנועה ולקנין באופן שאינו פרופורציוני" (שם, פסקה 25 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש).

עוד הוטעם חוסר השוויון הטמון במדיניות זו, שבה זכויות התושבים הפלסטינים נסוגות הן כתגובה לאיומים מהצד הפלסטיני, והן כתגובה לאיומים מהצד הישראלי. באותה פרשה הצטרפתי לדעתה של השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש, והוספתי כי:

"הטלת מגבלות חמורות על התושבים הפלסטינים, בדמות סגירת שטחים חקלאיים, אך לאור החשש, כי הללו יפגעו ממעשיי עבריינות של גורמים אלימים, שקולה הלכה למעשה להענקת המפתח לשימוש בזכות לחופש התנועה ובזכות לחופש הקניין בידי אותם גורמים מפירי חוק, המבקשים שלא לאפשר לתושבים הפלסטינים לעבד את אדמותיהם. זאת ועוד, הטלת מגבלות כאמור על התושבים הפלסטינים כמוהן כמתן פרס לאלימות ויש בהן כדי לשדר מסר מטעה של כניעה והתכופות בפני אותם גורמים מפירי חוק, אף במחיר של פגיעה בעקרונות היסוד עליהם מושתתת שיטת משטרנו" (שם, פסקה 4 לפסק דיני).

אף בענייננו, קשה להלום כי פגיעה בזכויות הקניין של בעלי הזכויות הפלסטינים בחלקות – הן אלה שהשגותיהם הוכרו והן אלה שמעמדם כשל נפקדים – מוצדקת על רקע החשש מפגיעה בשלומם ובשלומם של פלסטינים אחרים באזור בידי גורמים קיצוניים באוכלוסייה הישראלית. על כן סבורני כי אף אם נשקפת סכנה לביטחונם של תושבי האזור הפלסטינים כתוצאה מפינוי שלא יערך תחת צילו של הצו המתוקן – הנחה המוטלת בספק כשלעצמה, בהיעדר חוות דעת ביטחונית עדכנית וקונקרטית המצביעה על כך – תיחום זכויות השימוש שלהם בחלקות לשם הקמת אתר מגורים ארעי עבור תושבי עמונה אינו מקיים את דרישת הקשר בין האמצעי לבין המטרה במובנה הערכי.

אוסף ואצייץ, במאמר מוסגר, את המלצותיה של הוועדה הפרלמנטרית אשר בחנה את הפינוי הקודם שבוצע ביישוב עמונה, שלפיהן יש לזהות את "הנמנים על הקבוצה של הגרעין האלים", להפנות לקבוצה זו משאבים מודיעיניים ומשטרתיים וכן לשקול "הפעלת השב"כ על כליו המיוחדים באופן נמרץ יותר" (ועדת החקירה

הפרלמנטרית לאירועי עמונה, עמ' 29-30). מבלי לקבוע מסמרות בדבר, שכן כאמור לא הובאה לפנינו התמונה הראייתית המלאה, דומני כי דרך המלך למניעת כל תופעה אלימה באשר היא – יהיה מקורה בחברה הישראלית או הפלסטינית – היא בהפניית האמצעים העומדים לרשות זרועות הביטחון כלפי הקבוצה המאיימת באופן ממוקד, וכי הפגיעה בזכויות הפרט המאויים, שממנו לא נשקפת כל סכנה, צריכה להיוותר כמוצא אחרון בהחלט (השוו: עניין מוראר, פסקה 5 לפסק דיני).

84. הנה כי כן, מצאתי כי הצו המתוקן אינו מקיים את מבחן המשנה הראשון של תנאי המידתיות: הוא אינו מגשים ברמת ההסתברות הדרושה את תכלית המשנה שעניינה מציאת פיתרון לתושבי עמונה; אין לייחס לו השפעה על החשש מפינוי אלים, מאחר שהייתה זו ממילא חובתם של תושבי עמונה על פי דין להתפנות, בעוד גורמים חיצוניים אינם כפופים להסכמות שהושגו במתווה; והשימוש בו כדי להגן על האוכלוסייה הפלסטינית מפני אלימות אינו ראוי.

85. משהגעתי למסקנה זו, מתייתר הלכה למעשה הדיון במבחן המשנה השני. זאת, מאחר שמבחן זה דורש כי האמצעי הננקט יהא בעל הפגיעה הפחותה בפרט מתוך מקשת (ספקטרום) האמצעים המתאימים להגשמת מטרתה של הרשות (ראו: עניין ניר, פסקות 47-49 לפסק דיני; ברק, מידתיות במשפט, עמ' 391). דהיינו, מבחן זה מושתת על הנחה, שלפיה האמצעי שנבחר מקיים את דרישת הקשר הרציונלי (ראו והשוו: עניין עדאלה – שר הפנים, פסקה 68 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; עניין התנועה לאיכות השלטון בישראל, פסקה 69 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; ברק, מידתיות במשפט, עמ' 394, 415) – הנחה שלפיה קביעתי לעיל אינה מתקיימת בענייננו.

לצד זאת, ולנוכח חשיבות הנושא שבמוקד עתירה זו, רואה אני לנכון להמשיך ולבחון את מבחן המשנה השלישי של תנאי המידתיות.

86. בגדרי מבחן המשנה השלישי, יש להראות שנקיטת האמצעי הנדון תעמוד ביחס ראוי לתועלת שתצמח מהפעלתו. מבחן זה הוא במהותו מבחן ערכי, אשר בוחן אם מתקיים יחס ראוי בין תוספת התועלת החברתית הצומחת מפעולת הרשות לבין תוספת הנזק לזכויות האדם המוגנות הנגרם בעקבות פעולה זו (ראו: בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה – מדינת ישראל, פסקה 21 לפסק דיני (12.3.2015)); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פסקה 50 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (19.11.2009) (להלן: עניין המרכז האקדמי); עניין עדאלה – שר הפנים, פסקות 91-92 לפסק דינו של הנשיא א' ברק). בשונה משני מבחני

המשנה הקודמים, אשר מתמקדים באמצעי להגשמת המטרה, מבחן משנה זה עוסק בפגיעה בזכות האדם הנוצרת בשל הגשמתה של המטרה המבוקשת בידי הרשות (ראו: עניין המרכז האקדמי, פסקה 50 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש; בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פסקה 30 (12.12.2006) (להלן: עניין עדאלה – שר הביטחון)). על טיבו של מבחן משנה זה עמד הנשיא א' ברק בעניין עדאלה – שר הביטחון, באומרו:

”מבחן משנה זה נושא על כתפיו, בעיקרו של דבר, את התפיסה החוקתית, כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. הוא ביטוי לרעיון כי קיים מחסום ערכי, שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית אותה מבקשים להגשים היא ראויה” (שם, פסקה 30).

על מנת להכריע בדבר תוצאתו של מבחן זה, יש לשוב לשלושת קודקודיו של משולש השיקולים שאותו הצגתי לעיל: שיקולי הביטחון והסדר הציבורי, טובת תושבי האזור הישראליים, וטובת תושבי האזור הפלסטינים. כפי שמוסכם על המדינה, התועלת הטמונה במתווה נעוצה בשני השיקולים הראשונים, בעוד הפגיעה הנגרמת בעטיו נובעת מהשיקול השלישי. לפיכך, נדרשים אנו לתת דעתנו למשקלם המצטבר של שיקולי הביטחון ושל זכויות תושבי עמונה, ולהשוות בינו לבין משקל זכויות תושבי האזור הפלסטינים. אדון בכל אחד משיקולים אלה להלן, ולאחר מכן אבחן לאן נוטות כפות המאזניים בהצבתם זה מול זה.

87. שיקולי הביטחון – סוגיה זו זכתה להתייחסות לאורך חוות דעתי, ועל כן אדרש אליה אך בקצרה. נקודת המוצא לעניין שיקולים אלה היא חוות הדעת החסויה שעליה הסתמכה המדינה. כאמור, משלא ניתנה הסכמת העותרים להצגתה, מן הדין לתת משקל לעומד מאחוריה מכוח חזקת התקינות. ואולם, לנוכח הזמן שחלף מאז חיבורה ועד למועד ההכרעה בעתירה, משקל זה מופחת הוא. לפיכך, נכון אני להניח כי להותרת הצו המתוקן על כנו תהיה תרומה מסוימת למניעת השלכות הרוחב שמפניהן הזהירה המדינה, ולשמירה על השלום והסדר באזור.

למען שלמות התמונה אציין כי בדיון שהתקיים לפנינו הצגנו בפני בא כוחה של המדינה את החשש שהותרת המתווה על כנו עלולה אף היא להפר את הסדר והביטחון באזור, שכן תתעורר בעקבותיה תסיסה בקרב גורמים קיצוניים אשר מזוהים אידאולוגית עם האוכלוסייה הנפגעת ממנו. לדבריו, “בעת שנחתם המתווה” לא היו אינדיקציות לסכנה מסוג זה. אף שבהקשר זה שבה ומתעוררת השאלה אם המדינה מסתמכת על הערכות עדכניות דיון, חזקה עליה כי נתונים אלה שנמסרו מפי בא כוחה

נכונים הם, ועל כן אניח כי באפשרות שבה הייתה העתירה נדחית לא הייתה טמונה סכנה נגדית אפשרית לסדר ולביטחון באזור.

88. טובת תושבי עמונה – בתגובתם לעתירה הטעימו המתיישבים כי המתווה הוא שמאפשר להם "[להישאר] על ההר שבו קשרו את חייהם, שעליו הקימו משפחות ושבו בנו את קהילתם, וכך הנזק שייגרם להם יצומצם ככל הניתן" (תגובת משיבות 4-5, פסקה 25). ככלל, משאלה זו של אדם או של קבוצה המבקשים להמשיך ליהנות מהזיקה שפיתחו למקום מגוריהם זוכה להגנה מסוימת בשיטתנו המשפטית. כך, למשל, נדרש בית משפט זה בעבר לשאלה אם ראוייה הענקת עדיפות בתוכנית דיור לתושביו הקיימים של היישוב שבו עתידה התוכנית להתבצע. דעת הרוב השיבה לשאלה זו בחיוב, תוך שהשופט א' גולדברג ציין כדלקמן:

"בבואנו להשיב על השאלה אם מדובר בהפליה אסורה או בהבחנה מותרת, עלינו לתת את הדעת למשקל המכריע שנתנה התכנית להיבט האישי של הזכאי לשיכון. היבט זה מתבטא בזיקה שמפתח אדם למקום מגוריו, המורכבת ממכלול של קשרים משפחתיים, חברתיים, תרבותיים ולעיתים אף תעסוקתיים, לסביבה ולקהילה. זו זיקתו וכן זיקת ילדיו כלפי חברתם ובית-ספרם. התחשבות כלפי מי שקשה עליו ההתנתקות מהסביבה שבה הכה שורשים, חרף מצוקת הדיור שבה הוא מצוי, משקפת, לדעתי, מדיניות ראוייה, שיש בכוחה להצדיק את ההבחנה בין תושבי היישוב לשאר תושבי המדינה" (רע"א 5817/95 רזנברג נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נ(1) 221, 227 (1995). כן ראו, למשל, העדיפות הניתנת ל"בני המקום" בתוכניות דיור ממשלתיות: תקנה 3(4) לתקנות הליכי תכנון ובנייה להאצת הבנייה למגורים (הוראת שעה) (דיור בהישג יד להשכרה), התשע"ה-2015; תקנה 2(2)(ב) לתקנות התכנון והבנייה (אישור מטרה ציבורית), התשע"ה-2014). להרחבה על אודות אופייה הקהילתני של הרשות המקומית ראו: יששכר (איסי) רוזן-צבי "מהותו של ה'מקומי' – הרהורים על מקומיות בעקבות בג"ץ 10104/04 שלום עכשיו נ' יוסף" משפט וממשל יב 333, 368-370 (2009). לדיון בקשיים שאותם מעוררת מדיניות של העדפת בני המקום בדיור ראו: גרשון גונטובניק הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות – בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות 450-451 (2014)).

דוגמה נוספת לגישה מעין זו ניתן למצוא בדיני התכנון והבנייה. סעיף 122(1) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, מורה כי בעת ביצועה של תוכנית איחוד וחלוקה שלא בהסכמה, על גורמי התכנון לשאוף לכך ש"כל מגרש שיוקצה יהיה קרוב, ככל

האפשר, למקום בו היה קודם מגרשו של מקבל ההקצאה". כפי שהוסבר בספרות, "מטרתו של עקרון הקרבה עשויה להיות הגנה על קנינו של בעל הקרקע באמצעות מתן משקל הולם לזיקה של הפרט לקרקע שבבעלותו" (שרית דנה ושלום זינגר דיני תכנון ובנייה כרך ב 1159 (2015) (להלן: דנה וזינגר)).

89. על אף העיקרון האמור, סבורני כי במקרה שלפנינו מתקיימות מספר נסיבות שבעטיין ראוי לייחס משקל נמוך לתרומה הטמונה בצו המתוקן לטובתם של תושבי עמונה. ואפרט.

90. ראשית, הנחת היסוד שניצבה בבסיס הטעמים להגנה על הזיקה של אדם לסביבת מגוריו הייתה כי מגורים אלה חוקיים, וכי לאותו אדם זכות קניין בקרקע שאליה הוא מבקש להמשיך לקשור את חייו (השוו: דנה וזינגר, עמ' 1159). בענייננו, ניצבת הנחה זו בפני סייגים עוצמתיים. זאת, משום שלכתחילה זוכות זכויותיו של הישראלי המתגורר באזור להתייחסות מובחנת מאלה של הישראלי המתגורר בישראל. עמד על כך הנשיא א' ברק בעניין מראעבה:

"היקפה של זכות האדם של הישראלי המתגורר באזור ומידת ההגנה עליה שונה היא מזכות האדם של הישראלי המתגורר בישראל. ביסוד הבחנה זו עומדת העובדה כי האזור אינו חלק ממדינת ישראל. המשפט, השיפוט והמינהל של ישראל אינם חלים באזור. מי שמתגורר באזור מתגורר במשטר של תפיסה לוחמתית. משטר זה הוא מעצם טבעו זמני [...] הזכויות המוקנות לישראלים המתגוררים באזור באו להם מהמפקד הצבאי. אין להם יותר משיש לו. על כן בקביעת מהותן של הזכויות שיש לישראלים המתגוררים באזור יש להתחשב באופיו של האזור ובכוחותיו של המפקד הצבאי" (שם, עמ' 501).

ובהתייחס לזכויות הקניין של הישראלים המתגוררים באזור הוסיף וקבע בית

משפט זה:

"זכות קניין זו היא מוגבלת בהיקפה [...] למרבית הישראלים בשטח המפונה אין בעלות במקרקעין שעליהם הם בנו את בתיהם ועסקיהם בשטח המפונה. את זכויותיהם הם רכשו מהמפקד הצבאי, או ממי שפועלים מטעמו. אלה אינם בעלי הרכוש, ואין הם יכולים להעביר יותר זכויות משיש להם. עד כמה שהישראלים בנו בתיהם ונכסיהם על קרקע שאינה פרטית ('קרקע מדינה') זו אינה בבעלותו של המפקד הצבאי. סמכויותיו קבועות בתקנה 55 לתקנות האג [...]

מדינת ישראל משמשת [...] כמי שמנהלת את הרכוש הממשלתי וכמי שרשאית להפיק ממנו טובת הנאה" (עניין חוף עזה, עמ' 584-585).

מטבע הדברים, מצדיקות נסיבות המקרה דנן הגנה מוגבלת אף יותר על הזכויות הכרוכות בקניינם של תושבי עמונה, וזאת לאור התיישבותם שלא כדין על קרקע שאינה קרקע מדינה, אלא קרקע בבעלות פרטית. אבהיר כי אינני נוקט בכך עמדה ביחס לטיעונים הנוגדים שהעלו הצדדים, העותרים מזה והמתיישבים מזה, בדבר הנסיבות שהובילו לצורך בפינוי היישוב עמונה. ואולם מסקנתו של פסק הדין, שלפיה היישוב הוקם שלא כדין על קרקע פרטית בבעלות פלסטינית – היא בבחינת עובדה מוגמרת, אשר ראוי שתנחה אותנו.

91. שנית, וכפי שהוטעם לעיל, אין במתווה ובצו המתוקן כדי להגשים, באופן ממשי, את האינטרס של תושבי עמונה. זאת, משום שאין בכוחם להבטיח את המשך קיומה של קהילת היישוב כמות שהיא, ולהגן על זיקותיה למקום מושבה, אלא לתקופת זמן מוגבלת. ברי כי במצב זה, שבו לא עומד על הפרק הסדר אשר יאפשר לאדם להמשיך וליהנות מזיקתו לסביבתו משך שנים ארוכות, אלא שבסבירות לא מבוטלת תהיה זו "תחנת מעבר" לתקופת זמן בת שנתיים, מוקהה במידה רבה חוזקו של הטיעון שממנו מבקשים להיבנות המתיישבים.

92. שלישית, בעוד לא נדרשתי לדון בפתרונות החלופיים ליישוב תושבי עמונה תחת מבחן המשנה השני של תנאי המידתיות, משזה התייחר לאור הכרעתי בדבר מבחן המשנה הראשון – להיתכנותם של פתרונות אלה חשיבות תחת מבחן המשנה השלישי (השוו: ברק, מידתיות במשפט, עמ' 434-435). אדרש אפוא לסוגיה זו בקצרה בשלב זה, ואשוב אליה לקראת סיום הדיון בתנאי המידתיות.

אין חולק כי מאז ניתן פסק הדין, נידונו פתרונות נוספים ליישוב תושבי עמונה לאחר פינוי. כך, למשל, במסגרת הבקשה הראשונה לעיכוב ביצוע פסק הדין, צוינה אפשרות העברת התושבים לאתר "שבות-רחל מזרח", הסמוך לשכונת שבות-רחל שביישוב שילה. לאור הזמן הדרוש למימוש חלופה זו, נבחנה האפשרות להקים שכונת מגורים זמנית באזור התעשייה של שבות-רחל. בהמשך נזנחה החלופה הזמנית, ומאוחר יותר גם החלופה הקבועה, וזאת לאור ההתנגדות לה היא זכתה מלכתחילה מצד התושבים. במסגרת הבקשה השנייה לעיכוב ביצוע פסק הדין, ציינה המדינה כי אותרו פתרונות דיור זמניים בעפרה הסמוכה וביישובים אחרים בתחומה של המועצה האזורית מטה בנימין עבור מרבית המשפחות המתגוררות בעמונה.



מבלי להידרש לטיבו של כל פיתרון לגופו, ניתן לקבוע כי עמדו על הפרק חלופות אשר משמרות במידה רבה את קהילת היישוב, את צביונו, ואת "נוף מולדתם" של המתישבים – הן במוכן המטאפורי והן במוכן הגאוגרפי. דומה, אם כן, כי הזיקה שעליה מבקשים המתישבים להגן אינה אך לסביבתו הכללית של היישוב, שכן זו ממילא היוותה שיקול מנחה בגיבוש יתר החלופות, אלא לסביבת היישוב הקרובה והמיידית. לדידי, ובדומה להבחנות אחרות שאותן מקובל לערוך בין הגנה על ליבתה של זכות לבין הגנה על בחירות מסוימות באשר לאופן מימושה – יש לייחס למשאלה זו משקל נמוך באופן יחסי (השוו, בהקשר הזכות להורות: בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 43 לפסק דיני (3.8.2017); בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 12 לפסק דיני (18.9.2014); בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פסקות 11-12 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (5.2.2013); ראו גם: מידתיות במבט ביקורתי ומשווה, עמ' 90; ברק, מידתיות במשפט, עמ' 445).

93. נוכחנו, אפוא, כי הגם שקיימת תועלת רעיונית ביישובו של אדם הנדרש לפנות את ביתו במקום סמוך אליו, בנסיבות ענייננו מוקהה חוזקו של טיעון זה. זאת, לנוכח ההגנה הפחותה על זכויות הקניין של הישראלים המתגוררים בשטחי יהודה והשומרון, ומקל וחומר על אלה שמגוריהם אינם חוקיים; בשל אופיו המותנה והמוגבל של המתווה, אשר עלול לחייב פינוי נוסף של התושבים; ולאור אופייה הדווקני של הדרישה לשמור על זיקה לסביבתו הקרובה והמיידית של היישוב, משעמדו על הפרק חלופות השומרות על זיקה לסביבתו הכללית. על יסוד המקובץ, מסקנתי היא כי משקלה של תועלת זו נמוך ביותר.

94. טובת בעלי הזכויות בחלקות – לצורך פישוט הדיון, אבקש להבחין בין שתי קבוצות מתוך אוכלוסיית בעלי הזכויות בחלקות: בעלי הזכויות המוכרים ובעלי הזכויות הנפקדים. אעמוד להלן על אופייה של כל קבוצה ועל הפגיעה הצפויה בזכויותיה הקנייניות תחת הצו המתוקן.

95. יאמר כבר בפתח הדברים כי לא מצאתי להידרש למחלוקת שהתגלעה בין הצדדים לעתירה בדבר תחולתה של ההגנה על הקניין, המנויה בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כלפי בעלי הזכויות בחלקות. בעוד נקבע בהרכב מורחב של בית משפט זה כי חוקי היסוד חלים באופן פרסונלי על ישראלים המתגוררים בשטח הנתון

לתפיסה לוחמתית, שאלת תחולתם של אלה על תושביו המוגנים של השטח נותרה לעת מצוא (עניין חוף עזה, עמ' 560; להרחבה ראו: ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 77-73 (2016); יעל רונן "תחולתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בגדה המערבית" שערי משפט ז 149 (2014); ליאב אורגד "חוקה של מי ובעבור מי? על היקף תחולתם של חוקי-היסוד" משפט וממשל יב 145 (2009); Smadar Ben-Natan, *Constitutional Mindset: The Interrelations Between Constitutional Law and International Law in the Extraterritorial Application of Human Rights*, 50 ISR. L. REV. 139 (2017).) אף בעניין המונח לפנינו סוגיה זו אינה טעונת הכרעה, זאת מאחר שהמשפט הבינלאומי ממילא מחייב את המפקד הצבאי להתחשב בזכות המוגנת של התושבים באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית לקניינם (ראו לדוגמה: עניין בית איכסא, פסקה 25; עניין מוראד, פסקה 14; עניין הס, עמ' 460-464).

אפנה אפוא לבחינת עניינן של שתי הקבוצות האמורות.

96. קבוצת בעלי הזכויות המוכרים, שעימה נמנים מרבית העותרים, מורכבת מבעלי הזכויות בחלקות אשר מתגוררים באזור, הגישו את השגותיהם לממונה ואלו התקבלו. על פי הצו המתוקן, יומרו זכויותיהם הבלתי מסוימות בחלקות בזכויות מסוימות בחלקי החלקות אשר יוקצו עבורם, שהם החלקים השיוריים לשטח שבו יוקם אתר המגורים הארעי עבור תושבי עמונה. לטענת העותרים, פוגע הצו המתוקן בזכויותיהם הקנייניות בכך שהוא מגביל את זכויות החזקה והשימוש שלהם בחלקות לחלקים שיוריים אלה, וזאת בניגוד לדיני השיתוף בנכסים, אשר אינם מתירים לשותף אחד למנוע משותף אחר גישה למקרקעין המשותפים. לנוכח היקפו המצומצם של השטח אשר ייוותר בחזקתם, גורסים העותרים כי לא יוכלו להפיק ממנו תועלת או פירות. העותרים אף חוששים כי סמיכותו של אתר המגורים הארעי לחלקות אשר יוקצו להם תמנע מהם גישה לאדמות בשל נוכחותם הצפויה של גורמי ביטחון. מנגד, לשיטת המתדיינים, המתווה כלל אינו פוגע בקניינם הפרטי של בעלי הזכויות המוכרים, שכן רק בזכות פירוק השיתוף יתאפשר להם ליהנות מאדמתם. המדינה, מצדה, הציגה עמדה מתונה יותר, והכירה בפגיעה בזכות השימוש הכללית שבידי העותרים בקרקע. לדבריה, משנעשו מאמצים רבים למזעור פגיעה זו, ובשל אופיו הזמני והדוחק של המתווה, ניתן להשלים עימה.

97. על מנת לבחון את הפגיעה הנטענת בזכויות בעלי החלקות המוכרים, אבקש להתבונן על דיני השיתוף ופירוק השיתוף באזור. אומנם, כפי שצינתי לעיל, שאלת הסמכות החוקית אינה מעוררת קושי בענייננו, מאחר שהצו המתוקן מאפשר לממונה

ליטול חזקה בחלקים מתוך החלקות ובכך לפרק את השיתוף באופן כפוי. ואולם, גם משקבע כי הממונה פעל בסמכות, עומדת בעינה שאלת מידתיות הפגיעה אשר נגרמה כתוצאה מהפעלת שיקול דעתו. לשם כך מוצא אני טעם בעריכת התבוננות משווה בין ההסדר שביקש הצו המתוקן לכונן לבין ההסדר שחל באזור עובר להוצאתו. כפי שיבואר להלן, מבט זה יסייע בעמידה על אופיו הייחודי של הצו המתוקן, ובאמצעותו תתברר השפעתו על זכויות בעלי החלקות המוכרים ומידת הפגיעה הנלווית לה. בחינה זו תואמת את התפיסה שלפיה עניינו של מבחן המשנה השלישי אינו בהתבוננות על מערך הזכויות והשיקולים באופן מוחלט, אלא על "השוואה בין מצב המטרה הראויה לפני חקיקת החוק ואחריו, לבין מצבה של זכות האדם לפני חקיקת החוק ולאחריו [...] השאלה הינה אם משקלה של התועלת השולית שקול כנגד משקלו של הנזק השולי" (ברק, מידתיות במשפט, עמ' 433; ראו גם: עניין גלאון, פסקה 14 לפסק דיני; עניין עדאלה – שר הפנים, פסקה 91 לפסק דינו של הנשיא א' ברק). על יסוד האמור, אערוך השוואה בין האופן שבו מתבצע פירוק שיתוף באזור לפני הצו המתוקן ואחריו, תוך עמידה על הנזק השולי אשר נגרם בעטיו לבעלי הזכויות המוכרים.

98. הזכות לפירוק שיתוף בדין החל באזור קבועה בחוק חלוקת נכסים. עיון בחוק זה מלמד כי עקרונותיו הבסיסיים דומים לאלה של הדין הישראלי. כבר עמדתי לעיל על הוראת סעיף 2(1) לחוק חלוקת נכסים, אשר בדומה לסעיף 37 לחוק המקרקעין מקנה לכל שותף את הזכות לדרוש את פירוק השיתוף. בענייננו, מאפשרת הוראה זו לממונה, בפועלו בשם השותפים הנפקדים, לדרוש את חלוקת הקרקע המשותפת. ברם, הדין החל באזור אינו מקנה לשותף היוזם הליך פירוק את היכולת להכריע כיצד יתנהל הליך זה. סעיף 4(1) לחוק חלוקת נכסים קובע כי חלוקת הנכסים תתבצע בהסכמת הצדדים ליחסי השיתוף או מכוח פסק דין (השוו: סעיף 38 לחוק המקרקעין). במקרה שלפנינו, היעדר ההסכמה מצדם של העותרים היה מחייב, בהיעדר הצו המתוקן, פתיחה בהליך בבית משפט השלום לשם פירוק השיתוף, שסופו בפסק דין אשר יורה על אופן ביצוע החלוקה. על הליך הפירוק חולשות ההוראות הקבועות בסעיפים 6-7 לחוק חלוקת נכסים, אשר נועדו להבטיח כי חלוקת הנכס תתבצע תוך שמירת השוויון בין השותפים (השוו: סעיף 39 לחוק המקרקעין). כמו כן ראויה לציון הוראת סעיף 2(2) לחוק חלוקת נכסים, אשר קובעת כי הפירוק יתבצע על דרך של חלוקה, ובלבד שאין בחלוקה כדי לגרום לאובדן התועלת מהנכס. אם מתקיים תנאי אחרון זה, תפורק השותפות על ידי מכירה פומבית של הנכס (השוו: סעיף 40 לחוק המקרקעין).

99. עניינו הרואות, אם כן, כי דרך המלך לפירוק שיתוף שלא בהסכמת השותפים היא בפנייה לבית משפט השלום תחילה, כך שלאחר קיום הליך מסודר תתקבל התוצאה

המבוקשת, שבה לכל שותף חלק מסוים משלו, בכפוף לכך שחלוקה זו תהיה יעילה. הצו המתוקן מבקש להפוך הליך זה על ראשו: תחילה, מחלקת המדינה בעצמה את השטח, ובחרת אילו חלקות להקצות למשיגים; בהמשך, מבקשת המדינה לתפוס חזקה בנכסים הנטושים שביתרת החלקות, ולהקנות זכות שימוש בהם לתושבי עמונה למשך פרק זמן שנקצב לשנתיים; ואך לבסוף, לאחר שניטלה החזקה בקרקע ובמקביל להקמת אתר המגורים עבור המפונים – התכוונה המדינה לפתוח בהליך בבית משפט השלום, על מנת שיכריע בדבר מעמד הקרקע לאחר השנתיים הראשונות. אדגיש כי אין המדובר בדקדוקי עניות פורמליים. בית משפט השלום אינו בבחינת חותמת גומי, ותפקידו, כמצוות החוק, הוא להביא לחלוקה הוגנת ושוויונית של המקרקעין המשותפים. לשם כך נדרש הליך מקיף וממושך, הכולל זכות טיעון שווה לכל שותף בפני גורם חיצוני ואובייקטיבי, ואשר נסמך על חוות דעת של שמאי מקרקעין.

100. נקל להבחין כי ביצוע ההליך באופן שביקשה המדינה סותר את מנגנון האיזון הניצב בבסיס דיני הפירוק, הן אלה הישראליים והן אלה החלים באזור, ולפיו נתונה לכל שותף הזכות להכריז על פירוק, אך לא מסורה בידי היכולת להכתיב את אופן ביצועו. למנגנון זה היגיון בריא וסדור, ומטרתו למנוע התנהגות אסטרטגית מצד שותף היודע כי באפשרותו ליזום פירוק מבלי לשאת בסיכון שתוצאותיו לא יהיו לטעמו. על היגיון זה עמד המשנה לנשיאה א' ריבלין בעניין גוש 6884, בציינו:

“אכן, בהקשר הנדון, המחוקק התיר לכל שותף לדרוש את הפירוק, ובכך לכפות על שאר השותפים לפצל את הנכס או להיפרד מנכסם בעבור תמורה מסוימת. עם זאת להחלטה לדרוש את פירוק השיתוף יש תג מחיר – הצורך למכור את הנכס כולו מביא לכך שגם השותף שמבקש את הפירוק ישלם מחיר כלשהו. זהו אפוא מנגנון האיזון הקבוע בחוק: שטר, ושוברו בצידו. המחוקק לא התכוון לאפשר לשותף לבקש את הפירוק, ובה בעת לדרוש גם באופן גורף את מתכונת הפירוק הנראית לו. זאת בעיקר כאשר מתכונת הפירוק המבוקשת כופה על שותף אחר לוותר על זכות קניין שלו, בעוד השותף המבקש לא משלם כל מחיר. ועוד. מתן זכות רחבה מדי לכל שותף לדרוש הן את עצם פירוק השיתוף הן את מתכונתו, מעורר את החשש להתנהגות נצלנית ואסטרטגית מצד שותפי-הרוב, בבחינת 'פירוק אסטרטגי'” (שם, פסקה 14).

דברים אלה ממחישים היטב את השלכותיו של המתווה מושא דיוננו. לו הייתה המדינה פועלת לפירוק השיתוף בדרך המלך, היה זה בית משפט השלום שהיה קובע את תוצאת ההליך. אפשר שתוצאה זו הייתה מתיישבת עם התכלית שביקשה המדינה

להגשים ומספקת למתיישבים פיתרון מגורים שהיה מקובל עליהם, אך אפשר גם שלא. בכואה של המדינה להחליט אם לפנות להליך פירוק שיתוף בבית משפט השלום, הייתה אפשרות אחרונה זו נכללת במניין שיקוליה ומפחיתה את נטייתה לבחור באפיק זה. פשיטא כי מצב דברים זה, שבו מופנמים כלל הסיכונים והסיכויים הכרוכים בפירוק השיתוף, היה מביא לתוצאה הוגנת ויעילה יותר (ראו שם).

101. כאמור, על פי התוכנית שנועדה להוציא את המתווה לפועל, תוכנן הליך פירוק השיתוף בבית משפט השלום להתבצע במהלך תקופת השנתיים שבה הוסמך הממונה לתפוס חזקה בנכסים הנטושים מכוח הצו המתוקן. בדיון שקיימנו לפנינו בעתירה, הצבנו בפני בא כוח המדינה שאלות לגבי האפשרות שתוצאת הליך הפירוק לא תאפשר את המשך תפיסת החזקה. מתשובותיו עולה כי המדינה ערה לתרחיש ממשי זה, ומתכוונת להיערך להתמודדות עימו בכוא העת. ניתן להיווכח, אם כן, כי תפיסת החזקה על דרך של פירוק שיתוף כפוי אומנם משרתת את הדחיפות שבה ביקשה המדינה לפעול, אך מביאה היא בסבירות לא מבוטלת לתוצאה שונה בשטח מזו שהייתה מושגת בהליך מסודר. לשוני זה השפעה על זכויות בעלי העניין, ומשאין חולק כי תכלית פירוק השיתוף הכפוי היא מציאת פיתרון לתושבי עמונה, ברי כי הנפגעים העיקריים ממנו הם תושבי האזור האחרים, שזכויותיהם לא נשמרו כראוי לאורך ההליך. לנוכח האמור, אין בידי לקבל את עמדתם של המתיישבים, שלפיה השפעתו של הצו המתוקן על הליך פירוק השיתוף מסתכמת בשינוי פרוצדורלי, ואין היא נוגעת לזכויותיהם המהותיות של השותפים בנכס.

102. עוד ראוי לציין כי גם בתרחיש שבו בית משפט השלום היה מכריע כי לא ניתן לממש את תכניתיה של המדינה בתוך תקופת השנתיים שקוצב הצו, הצהיר לפנינו בא כוח המדינה כי כוונתה היא להשלים את תפיסת החזקה עד לסוף התקופה. לפיכך, אף אם יקבע בית משפט השלום קביעה שיפוטית פוזיטיבית שלפיה החלוקה שנוצרה מכוח הצו המתוקן פוגעת בבעלי הזכויות המוכרים ואינה כדין, תימשך פגיעה זו עד שתפיסת החזקה תושלם. הצהרה זו הופכת מדאיגה עוד יותר לנוכח האפשרות שטומן בחובו המתווה להארכת תפיסת החזקה בחלקות "לפרק זמן קצר נוסף" מעבר לשנתיים, אם לא יושלמו ההליכים הדרושים למציאת פיתרון ארוך טווח עבור המפונים, ועל רקע "הניסיון השיפוטי [ה]מלמד כי המדינה אינה עומדת במועדים שנקבעו לביצועם של פסק[י] דין בעניין פינוי בתים או דרכים בתחומי יהודה והשומרון" (עניין שלום עכשיו, פסקה 11; ראו גם ההחלטה בבקשה הראשונה להארכת מועד, פסקה 20).

103. על מנת להדוף את טענות העותרים בדבר הפגיעה הצפויה בזכויותיהם הקנייניות ולהראות כי טובתם נשקלה בהליך התכנון, צירפה המדינה בתשובתה לעתירה חוות דעת של קמ"ט שמאות במנהל האזרחי, אשר קבע כי שווי החלקות למ"ר בכל חלקה הוא זהה. עוד ציינה המדינה כי חלוקת החלקות בין המשיגים לבין בעלי הנכסים הנטושים בוצעה בהתייעצות עם מנהלת לשכת התכנון במנהל האזרחי, תוך שקילת טובת העותרים כמו גם "טובת התוכנית בעלת חשיבות אזורית". צעדים אלה בוצעו לטובת התוכנית שפורסמה ביום 24.1.2017, אשר כאמור לעיל מצויה מחוץ לגדרי העתירה, ואולם יש בהם כדי לשפוך אור על האופן שבו התכוננה המדינה ליישם את המתווה. כשלעצמי, התקשיתי לראות כיצד מהווים צעדים אלה תחליף ראוי לקיומו של הליך מסודר בבית משפט, ולשמירה על זכויותיהם של בעלי הזכויות המוכרים. קשה להלום כי חוות הדעת האמורה של קצין השמאות, המונה שני עמודים, תמלא את מקומם של המומחים מטעם כלל בעלי העניין, שאת חוות דעתם נהוג לדרוש בהליכים מסוג זה. עוד ראוי להטעים כי לכתחילה מתעורר ספק לגבי הנתונים שעליהם נסמכת המדינה, מאחר שלא ניתנה לבעלי הזכויות המוכרים זכות טיעון הולמת.

104. המתיישבים, מצידם, אינם מוצאים ממש בטענות בדבר פגיעת המתווה בבעלי הזכויות המוכרים. זאת, מפני שאדמות החלקות אינן מעובדות נכון למועד תשובתם, ומשום כך לא נמצאות לכאורה בשימוש של בעלי הזכויות. אכן, ניתן לקבל טענה שלפיה הייתה הפגיעה בזכויות חמורה יותר אילו היה נעשה בקרקעות אלו שימוש תדיר. ואולם אין במצבן הקיים של החלקות כדי לאיין פגיעה זו. עמד על כך הנשיא מ' לנדוי בעניין דויקאט:

"כאשר בזכויות קניין של הפרט המדובר, אין לפטור את העניין בטענה של 'יחסיות' הזכות. לפי שיטת המשפט שלנו זכות הקניין של הפרט היא ערך משפטי חשוב המוגן בדין האזרחי והפלילי כאחד, ואין נפקא מינה, במה שנוגע לזכותו של בעל האדמה להגנה על רכושו על-פי דין, אם האדמה היא אדמה מעובדת או אדמת טרשים" (שם, עמ' 14-15).

הדברים זוכים למשנה תוקף בענייננו, לנוכח הנסיבות הייחודיות אשר אופפות את מצבן של החלקות. כפי שעולה מהנתונים שצירפה המדינה, עובר לכניסתם בשנת 1967 של כוחות צה"ל לאזור היו החלקות מעובדות ברובן. שיעורי העיבוד בכל חלקה הלכו ופחתו עם השנים, עד שבימינו, על פי הנתונים שברשות המנהל האזרחי, הן אינן מעובדות כלל. הסוגיה השנויה במחלוקת בין הצדדים היא מצבן של החלקות טרם הוקם היישוב עמונה. העותרים טוענים כי החלקות היו מעובדות באותה תקופה, וכי

בעלי הזכויות המוכרים נאלצו להפסיק את השימוש בהן עקב התיישבות אנשי עמונה באזור. לעתירתם צורפו צילומי אוויר מזמן זה, אשר ממחישים לשיטתם את מצב החלקות דאז. מנגד, לפי הנתונים שצירפה המדינה, היו החלקות לא מעובדות כבר בתקופה זו. ההכרעה בסוגיה היסטורית ועובדתית זו אינה הכרחית, שכן ענייננו – וכוונתי בכך היא למועד הכרעתנו בעתירה – צופה פני עתיד ודורש הערכה של השפעות המתווה הצפויות. ממילא, סבורני כי ההסתמכות על מצב הדברים בשטח טרם פונה היישוב עמונה אינה בהכרח מושכלת. זאת בשל האפשרות שהפינוי, בהיעדר המתווה שלפנינו, יהווה שינוי נסיבות משמעותי, ויוביל לחידוש עיבוד האדמות מצד בעלי הזכויות בהן. על כן נכון אני לקבל, למצער במידה חלקית, את טענת העותרים שלפיה מונע הצו המתוקן זכות שימוש בכלל החלקות שאינה רק עלי ספר, אלא כזאת שממנה היו יכולים בעלי הזכויות ליהנות באופן מעשי בעקבות פינוי היישוב עמונה.

105. לנוכח האמור, מצאתי כי המתווה, והצו המתוקן שהוצא מכוחו, מובילים לפגיעה בבעלי הזכויות המוכרים. נטילת החזקה באופן כפוי, תוך שהמדינה יוזמת את הליך הפירוק ובה בעת קובעת את תוצאותיו, מפרה את האיזונים הניצבים בבסיס דיני פירוק השיתוף, ומשום כך גוררת מניה וביה פגיעה בזכויות השותפים לנכס שעליהם נכפה צעד זה. הפגמים שחלו בהליך בירור ההשגות מחריפים פגיעה זו, הן משום שפירוק השיתוף מתבסס על הנתונים החסרים אשר נאספו במהלכו, והן מאחר שהצו המתוקן אינו נותן מענה לאפשרות שהשגות נוספות יתבררו כמוצדקות תוך כדי תקופת תפיסת החזקה.

106. אשר לקבוצת בעלי הזכויות הנפקדים, על פי הצו המתוקן צפוי הממונה, הפועל בשמם, ליטול חזקה בחלקות בהתאם לזכויותיהם הבלתי מסוימות ולהקצותן לטובת הקמת אתר המגורים הארעי עבור תושבי עמונה. על טענות הצדדים לעניין הפגיעה בקבוצה זו עמדתי למעשה לעיל, תחת הדיון בחובת האמון של הממונה כלפיה, ולפיכך אסתפק עתה בהצגתן בקצירת האומר. העותרים סבורים כי הגדרת הקרקעות לכתחילה כרכוש נטוש אינה מוצדקת, מאחר שהיא מושתתת על תנאי שטח אשר לא התירו לבעלי הזכויות גישה לאדמותיהם ועל הליך לא תקין לבירור השגותיהם. כמו כן, גורסים העותרים כי הסבת קרקעותיהם החקלאיות של בעלי הזכויות הנפקדים לצורכי מגורים תסב להן נזק. לשיטת המדינה, מנגד, נטילת החזקה בוצעה בהליך אשר שומר על זכויות בעלי הזכויות הנפקדים, ותוך הפקדת כספי השימוש בחלקות לטובתם כמתחייב על פי הדין החל באזור. לבסוף, המתיישבים סבורים כי לא זו בלבד שהמתווה אינו פוגע בבעלי הזכויות הנפקדים, אלא שהוא אף מיטיב עימם לנוכח חוסר התועלת אשר מופקת מהקרקע כיום.

107. להכרעה בסוגיה זו זיקה הדוקה לשאלת תקינות ההליך שבה דנתי לעיל. רבים מהקשיים שמציב הצו המתוקן היו נמנעים אילו ניתנה למבקשים להשיג שהות נאותה להמציא את המסמכים הדרושים. בכך הייתה מתאפשרת זכות שימוש בחלקי החלקות לכלל בעלי הזכויות הנוכחים באזור אף תחת המתווה. ברם, כפי שמצאתי, הליך זה נוהל באופן שאינו תקין, וכתוצאה מכך קיים חשש משמעותי שחלק מבעלי הזכויות אשר נחשבים נפקדים – אינם נפקדים כלל ועיקר. משמעות הדבר היא שבעלי זכויות אלה ראויים להימנות על הקבוצה הראשונה, ולהיות זכאים למצער לזכות שימוש בחלק מסוים מהחלקות, כפי שמבטיח הצו המתוקן. הפגיעה בזכויותיה של תת-קבוצה זו היא משמעותית, ונושאת היא סממנים של הפקעה, שבה ניטלת זכות קניין ממשית וניתן תחתיה פיצוי כספי. בניגוד לטענת העותרים, אינני סבור כי הפקעה היא אסורה כשלעצמה על פי מארג הדינים שחל באזור (ראו: DINSTEN, עמ' 225), ואולם פשיטא כי הפגיעה החמורה הכרוכה בה מטילה נטל כבד יותר על המדינה על מנת לצלוח את משוכת מבחן המשנה השלישי של תנאי המידתיות (השוו: חנון דגן קניין על פרשת דרכים 125-116 (2005); דפנה לוינסון-זמיר "ההגנה החוקתית על הקניין ודיני הפקעת מקרקעין" 99 ויסמן – מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן 375 (שלום לרנר ודפנה לוינסון-זמיר עורכים, 2002)). פגיעה זו מועצמת לנוכח הצהרתה של המדינה שלפיה בעלי זכויות שיאותרו לאחר נטילת החזקה יקבלו בחזרה את קניינם רק לאחר שזו תסתיים, כמו גם לאור אפשרות התארכותה של תקופה זו.

108. לאחר שעמדתי על השפעתו הצפויה של הצו המתוקן על שלושת השיקולים שבהם נדרש המפקד הצבאי להתחשב בענייננו, אעבור לדיון באיזון בין שיקולים אלה. קודם לכן, אבקש להטעים נקודת מוצא חשובה. הדיון בחלק זה נערך עד כה ברובו במנותק מההקשר הנורמטיבי הרחב שבו עסקינן. ענייננו אינו בפעולה שגרתית של רשות מנהלית, אלא בצעד שנקט מפקד צבאי בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. בפועל תחת הדין הבינלאומי, המפקד הצבאי הוא שנדרש להוכיח כי פעולתו עמדה בתנאי המידתיות. דרישה זו עולה בקנה אחד עם רוחה של תקנה 43 לתקנות האג, אשר מחייבת את המפקד הצבאי בכיבוד החוקים הקיימים "אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לכך". משמע, כי ברירת המחדל צריכה להיות שימור הסטטוס-קוו המשפטי, אלא אם קיים צורך בשינויו (ראו: אדלר, עמ' 390-391; DINSTEN, עמ' 109). זאת ועוד, הטלת נטל השכנוע על המפקד הצבאי אינה בבחינת חזון נפרץ בפסיקותיו של בית משפט זה (השוו: עניין אבו צפיייה, פסקה 29; עניין מוראר, פסקה 18).



הנה כי כן, נדרש המפקד הצבאי להראות כי תועלתו של הצו המתוקן, בראי שיקולי הביטחון וטובת תושבי עמונה, משמעותית דיה כדי להצדיק את הפגיעה בזכויות תושבי האזור הפלסטינים. לשם פישוט הדיון אבחן תחילה את האיזון בין שיקולי הביטחון לבין טובת בעלי הזכויות בחלקות, ולאחר מכן אוסיף לו את האיזון בין טובת תושבי עמונה לבין טובת בעלי הזכויות בחלקות.

109. אשר לפגיעה בזכויות הקניין של תושבי האזור הפלסטינים בשם שיקולי ביטחון, עיקרון מושרש בפסיקותיו של בית משפט זה הוא כי הפגיעה בזכויות מוגנות בשם ההגנה על שלום הציבור אפשרית היא, אך יחולו לגביה אמות מידה מחמירות. על עיקרון זה נאמר בעניין עדאלה – שר הפנים כי:

”כאשר מדובר בהתנגשות חזיתית, כאשר קיים סיכון קונקרטי לביטחון ולחיים, האינטרס הציבורי אכן גובר על זכויות האדם המוגנות, וכך גם המצב כאשר קיים פוטנציאל קונקרטי לסיכון לחיים” (שם, פסקה 11 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש).

ובדומה צוין בעניין מוראר:

”אין ספק, כי במצבים בהם מימוש זכויות אדם יוצר וודאות קרובה להתרחשותו של נזק חמור וכבד לשלום הציבור, וכאשר קיימת הסתברות גבוהה לפגיעה בביטחון האישי, כי אז נסוגות זכויות האדם האחרות מפני הזכות לחיים ולשלמות הגוף” (שם, פסקה 16).

ההשוואה לעניין מוראר מאירת עיניים במקרה שלפנינו, לאור הקרבה בין הסוגיה שעמדה במחלוקת בעתירה דשם לבין זו שבמוקד ענייננו. כזכור, באותו מקרה נידונה מניעת גישה של פלסטינים לאדמותיהם על מנת למנוע חיכוכים אלימים בינם לבין תושבי האזור הישראליים. נמצא כי הגבלה זו אינה עומדת בתנאי המידתיות, תוך שנקבע, לעניין הפגיעה בזכויות הקניין של התושבים בשם השמירה על הביטחון, כי:

”כמובן, שאין ניתן לשלול באופן מוחלט שימוש באמצעי של סגירת שטח מפני הצד המותקף לצורך הגנה עליו (ראו: ענין סולומון הנזכר לעיל). הדבר תלוי בנסיבות הענין, בזכויות האדם הנפגעות ובאיום הקיים מנגד. כך למשל המצב, כאשר יש מידע קונקרטי על סיכון מסוים, שעל פי ההערכה הקיימת קרוב לוודאי שאכן יתממש, ואשר יש בו כדי לסכן באופן ממשי את הביטחון והחיים. בענייננו, אין מתקיימים תנאים אלה. במקרה שלפנינו הפגיעה בזכויות היא קשה ואילו האיום

העומד מנגד הינו איום שמלכתחילה ניתן וצריך לטפל בו בדרכים אחרות, פוגעניות פחות. כמו כן, סגירת השטחים נעשתה בענייננו באופן גורף לתקופות ממושכות, על סמך הערכה כללית, ולא בהתאם להערכה קונקרטיה מסוימת. לפיכך, הנסיבות הרלוונטיות במקרה דנן הן שהופכות את השימוש באמצעי של סגירת השטח בפני החקלאים הפלסטינים לשם הגנה עליהם לבלתי מידתי" (שם, פסקה 27).

110. ומהתם להכא. מתקשה אני להסכין, במקרה שלפנינו, עם הצידוק הביטחוני כעילה מספיקה לפגיעה בזכויות הקניין של תושבי האזור הפלסטינים. כפי שציינתי תחת מבחן המשנה הראשון, ספק אם לצו המתוקן תהיה תרומה משמעותית לשמירה על הביטחון, הן משום שתושבי עמונה התחייבו לפינוי בדרכי שלום, והן משום שלא ניתן להבטיח כי לא ייוותרו בשטח גורמים קיצוניים חיצוניים אשר יתנגדו באופן אלים לעצם פינוי היישוב. בנסיבות אלו, ואף מבלי להידרש להערכות הביטחוניות, אשר זכור לא הוצגו כראיה – החשש הביטחוני אינו מגיע לעמדתו לרמת המסוימות וההסתברות הדרושות על מנת להצדיק פגיעה בזכויות מוגנות (השור: בג"ץ 3989/11 תנועת נאמני הר הבית בארץ ישראל נ' ועדת הכנסת לביקורת המדינה, פסקה 15 (27.12.2012)). גם בדיון שקיימנו לפנינו לא התייחסו באי כוחה של המדינה לתועלת ביטחונית ממשית וברורה אשר תצמח כתוצאה מיישום הצו המתוקן, אלא הסתפקו באמירות עמומות בדבר "השלכות רוחב" צפויות. לדידי, נימוק זה אינו נושא משקל סגולי שבעטיו ראוי לפגוע במשך תקופה לא מבוטלת בת שנתיים, וייתכן שאף מעבר לכך, בזכויות הקניין של תושבי האזור הפלסטינים. אכן, מקובלת עליו ההנחה כי בפנינו בהסכמת תושבי היישוב טמון יתרון, ואולם לא ניתן להשתית על גביו שינוי מהותי של מערך זכויות הקניין בשטח. על הצורך בעריכת איזון מעין זה עמדה הנשיאה ד' ביניש בעניין אל-נאבות, שם ציינה את הדברים הבאים ביחס לאפשרות דחיית פינויו של מאחז בלתי מורשה לשם מציאת פיתרון עבור תושביו:

"מתוך תפיסה לפיה פינוי בהסכמה ולא בכוח עדיף בנסיבות העניין, נכונים היינו לאפשר למדינה שהות ניכרת לגבש תוכנית ולהוציא אותה מן הכוח אל הפועל. בכלל זאת, קיימנו מספר רב של דיונים בעתירה ונענינו לבקשות חוזרות ונשנות למתן ארכה לעדכון של המדינה אודות יישום התוכנית. כל אלה לא רק שלא צלחו, אלא שבחלוף כשלוש שנים מיום גיבוש התוכנית לא ניכרת התקדמות ממשית שתעיד על כך שיישומה מעשי בעתיד הנראה לעין. שיקול ההסכמה הינו, כאמור, שיקול ראוי וכבד משקל, אולם אין הוא יכול לקבל משקל מכריע, שבגיניו יסוגו כל ערכי החוק שמדינת ישראל דוגלת בהם. לצד העדיפות שניתנת, וראוי שתינתן, לפינוי בהסכמה, יש לשקול את הפגיעה בזכויותיהם של העותרים

ובשלטון החוק, שמשקלה גדל ככל שחולף הזמן ואי החוקיות ניצבת על כנה. כאשר פגיעה זו גדולה ומשמעותית כבמקרה דנן, היה על המדינה לכל הפחות להצביע על סיכויים ממשיים להצלחת התוכנית במועד סביר, שיאזן כהלכה את הפגיעה הנגרמת אל מול התועלת והערך הצומחים מפינוי בהסכמה ולא בכוח. זאת לא נעשה במקרה שלפנינו" (ההדגשה הוספה – ס.ג.ו.) (שם, פסקה 15).

אם כן, מסקנתי היא שמשקלה של התועלת הביטחונית כשלעצמה אינו משמעותי דיו כדי להצדיק פגיעה בבעלי הזכויות בחלקות. אין לחדד כי מוטב שהכרעה זו הייתה מתקבלת לאחר עיון בחומר הראיות, ואולם משזה לא הוצג לפנינו לנוכח אי-הסכמתם של העותרים, עומדת בעינה חובתנו להתחשב במכלול נסיבות המקרה ולהכריע בדבר משקלו הראוי (השוו: עניין ארגון עורכי הדין הערבים בנגב, פסקי דינם של השופטים י' עמית ו-א' שהם). עתה, אוסיף ואניח על כפות המאזניים, לצד שיקולי הביטחון, את טובתם של תושבי עמונה, ואבחן אם יש במשקלם המצטבר כדי להטות את הכף אל עבר צליחת מבחן המשנה השלישי של תנאי המידתיות.

111. בעוד טיעוני המדינה הדגישו בעיקרם את שיקולי הביטחון, המתיישבים מצידם הפנו זרקור אל עבר טובת תושבי עמונה המפונים. לעמדתם, המתווה והצו המתוקן מגשימים את חובותיו של הדרג המדיני כלפיהם לנוכח הנסיבות שבהן הייתה כרוכה לכתחילה התיישבותם במקום, וכן מבטאים הם את אחריותו של המפקד הצבאי כלפיהם, בהימנותם על האוכלוסייה המקומית באזור. מאחר שלשיטתם לא גורם המתווה כל נזק לזכויות תושבי האזור הפלסטינים, סבורים המתיישבים כי אין עילה להתערבות בו.

112. נקודת המוצא של המתיישבים מקובלת עליי. כפי שציינתי קודם לכן, פסיקתו העקבית של בית משפט זה אכן מורה כי על המפקד הצבאי לדאוג לרווחתם של תושבי האזור כולם, יהיו הם ישראלים או פלסטינים. אשר למחויבותו של הדרג המדיני כלפיהם, ומבלי להידרש להשתלשלות האירועים שהובילו להקמת היישוב עמונה, אין חולק כי הרצון לשכך את עוצמת הזעזוע שנגרם לתושבים, אשר נדרשים לפנות את ביתם מזה שנים רבות – ראוי הוא. לצד זאת, אינני מקבל את הסברה שלפיה הצו המתוקן מועיל לתושבי האזור כולם. ניכר כי צו זה הוצא חרף מחאותיהם והשגותיהם הנמרצות של תושבי האזור הפלסטינים. בניגוד לעמדת המתיישבים, סבורני כי טעמיה של התנגדות זו אינם אך פוליטיים או אידאולוגיים, אלא נובעים מפגיעה ממשית בזכויותיהם של התושבים הפלסטינים, שעליה עמדתי לעיל.

113. לשיטתי, לא די בשיקולים הנוגעים לטובת תושבי עמונה כדי להצדיק את פגיעתו של הצו המתוקן בתושבי האזור המוגנים. הגם שהראיתי כי שיטתנו המשפטית מוצאת לנכון להתחשב במשאלתו של אדם להמשיך להתגורר בסמוך למקום מגוריו, ודאי שאין לראות בזיקה זו זכות קניין (השוו: סעיף 161 לחוק המקרקעין; בג"ץ 7138/03 המועצה המקומית יאנוח-ג'ת נ' שר הפנים, פ"ד נח(5) 709 (2004)). משום כך, סבורני כי אין בכוחה של זיקה זו כדי לגבור על הפגיעה בזכויותיהם של תושבי האזור הפלסטינים, שהן זכויות קנייניות של ממש. זאת ביתר שאת לנוכח נסיבותיו הייחודיות של מקרה זה, בהן ההסתייגות הנדרשת לטעמי בדבר ההגנה על זיקותיו של מי שאינו בעל זכויות קניין במקום מגוריו; יכולתו המוגבלת ממילא של הצו המתוקן להגשים זיקות אלו; והמענה (החלקי למצער) שניתן להן בידי החלופות למתווה.

114. האם יש בהצטברות של שיקולי הביטחון והשיקולים בדבר טובת תושבי עמונה כדי לגבור על הפגיעה בקניינם של בעלי הזכויות בחלקות? לדידי, התשובה לכך היא בשלילה. עמדתי לעיל על משקלם הסגולי המוגבל של שיקולים אלה, וכן הראיתי כיצד צפוי המתווה לפגוע בשתי הקבוצות אשר מרכיבות את אוכלוסיית בעלי הזכויות בחלקות. ציינתי גם כי לקיומם של פתרונות חלופיים עבור תושבי עמונה חשיבות תחת מבחן המשנה השלישי. אבקש עתה להרחיב קמעה במישור זה.

115. נפקותם של אמצעים חלופיים למימוש המטרה זכתה לדיון בעניין בית סוריק, אשר נסוב סביב חוקיותם של מקטעים בתוואי גדר ההפרדה, תוך שהונחו לפני בית המשפט תוואים חלופיים שנטען כי פגיעתם בעותרים פחותה. אשר למבחן המידתיות במובן הצר, ציין הנשיא א' ברק:

"ניתן גם להפעיל בחינה 'יחסית' של המידתיות במובן הצר. לפי גישה זו, נבחנת הפעולה השלטונית לעומת חלופה אפשרית לה, שתועלתה תהא פחותה במידת-מה מן הפעולה השלטונית המקורית. הפעולה השלטונית המקורית תהא בלתי מידתית על-פי מבחן המידתיות 'במובן הצר' אם הפחתה מסוימת ביתרון המושג מן הפעולה המקורית, למשל באמצעות נקיטת החלופה האפשרית, תבטיח הפחתה משמעותית בנזק שנגרם מן הפעולה המקורית" (שם, עמ' 840; ראו גם: עניין גלאון, פסקה 14 לפסק דיני; ברק, מידתיות במשפט, עמ' 435-434).

בית המשפט קיבל את העתירה ביחס למרבית המקטעים שנידונו, תוך שקבע כי אלה אינם עומדים במבחן המשנה השלישי. זאת, בשל קיומן של החלופות האמורות,

שאף אם היה בכוחן להגשים את המטרה הביטחונית במידה פחותה בלבד – העדפתן הייתה חוסכת פגיעה כבדת משקל בעותרים:

”אכן, השאלה האמיתית הניצבת בפנינו בבחינה ‘יחסית’ של מבחן המידתיות השלישי, אינה בחירה בין גדר ההפרדה המביאה לביטחון שיש עמו פגיעה בתושבים המקומיים או היעדר גדר ההפרדה והיעדר ביטחון תוך אי-פגיעה בתושבים המקומיים. השאלה האמיתית הניצבת בפנינו הינה אם היתרון הביטחוני המתקבל מקבלת עמדתו של המפקד הצבאי [...] שקול כנגד תוספת הפגיעה המתקבלת מעמדתו [...] על שאלה זו תשובתנו הינה כי בחירתו של המפקד הצבאי בתוואי גדר ההפרדה אינה מידתית. הפער בין מרכיבי הביטחון הנדרשים על-פי גישתו של המפקד הצבאי לבין מרכיבי הביטחון של התוואי החלופי קטן ביותר ביחס לפער הרב שבין גדר המפרידה בין התושבים המקומיים לבין אדמותיהם לבין גדר שאינה יוצרת הפרדה זו, או שההפרדה הנוצרת היא קטנה וניתן לחיות עמה” (שם, עמ’ 851-852).

דברים אלה יפים לענייננו. אכן, בחלופות שנידונו למתווה לא היה כדי להגשים את המטרות שעמדו לנגד עיניהם של המשיבים – המדינה מזה והמתיישבים מזה – ומשום כך הן לא נבחרו. ואולם, עת נדרשים אנו להניח על כפות המאזניים את תועלתו של המתווה למול נזקו, ראויה התבוננות יחסית. במסגרת זו, נאמדת תוספת התועלת הטמונה במתווה בהשוואה לפתרונות החלופיים. מולה, נאמדת תוספת הנזק לבעלי הזכויות, בהשוואה למערך זכויותיהם לפי הדין שחל באזור עובר להוצאת הצו המתוקן. יישומן של אמות מידה אלו מוליכני למסקנה שלפיה כבד משקלה של כף המאזניים השנייה מזו הראשונה. ואסביר.

במישור התועלת, פתרונות חלופיים אלה היו משמרים את זיקתם של תושבי עמונה לסביבתו הכללית של היישוב המפונה, אף אם לא לסביבה הקרובה והמיידית. הואיל והסכנה הביטחונית לא נשקפה מתושבים אלה, ולאור התחייבותם הבלתי מותנית להתפנות בדרכי שלום – הפער בין תועלתם של הפתרונות החלופיים לשמירה על הסדר והביטחון לבין זו של המתווה אינה רבה. ואולם מנגד, במישור הנזק, ניכר ההבדל בין הפתרונות החלופיים לבין המתווה, שכן להבדיל מהמתווה, הפתרונות האמורים לא היו כרוכים בשימוש בקרקע פרטית, וככאלה פגיעתם בתושבי האזור הפלסטינים, ובהם בעלי הזכויות בחלקות, הייתה מזערית.

116. טרם חתימת הדיון יש לשוב למושכלות ראשונים. תושבי האזור הפלסטינים אינם ככל קבוצת פרטים אשר כפופה לפעולותיה של רשות מנהלית זו או אחרת.

המדובר באזרחים מוגנים על פי הדין הבינלאומי, אשר זוכים מכוחו להגנות ייחודיות במגוון תחומים רחב, בהם גם מישור הקניין הפרטי (ראו: ARAI-TAKAHASHI, עמ' 217-238). חרף הוראות אלו, נתונים התושבים המוגנים בעמדת כוח נחותה באופן אינהרנטי מזו של המתיישבים הישראלים באזור, שהם אזרחים מלאים ושווי זכויות של מדינת ישראל (השוו, בשינויים המתחייבים, לבג"ץ 4386/16 מדיו נ' נציבות בתי הסוהר, פסקה עג (13.6.2017), שם עמד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין על הצורך בהגנה יתרה על אוכלוסיית מבקשי המקלט לנוכח מעמדם המוחלש בפני רשויות השלטון; ראו גם מידתיות במבט ביקורתי ומשווה, עמ' 100).

אומנם, מורות פסיקות העקביות של בית משפט זה על עריכת איזון אופקי מקום שחלה התנגשות בין זכויות התושבים הנמנים עם שתי הקבוצות – איזון שאותו ערכתי לעיל – אך אין בכך כדי לטשטש את המעמד הייחודי השמור לקבוצת התושבים המוגנים, או את הזהירות היתרה שנדרש המפקד הצבאי לנקוט בפועלו תוך פגיעה בזכויותיהם, לבל ישמשו דיני זכויות האדם כסות להחרפת חולשתם ולהעדפת תושביה של המדינה המחזיקה בשטח (השוו: עניין בית איכסא, פסקה 26, שם צוין כי "חובתו של המפקד הצבאי להבטיח את זכויותיה של האוכלוסייה האזרחית המתגוררת בשטח ובראשה האנשים 'המוגנים'" (ההדגשה הוספה – ס.ג.)), DINSTEN, עמ' 257; בן-נפתלי ושני, עמ' 178-180; עמיחי כהן "דין עמונה כדין תל אביב? התפרקותה של פרדיגמת הכיבוש בשטחים: בעקבות בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון והחוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז–2017" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 61, 34-38 (2017); Martti Koskenniemi, *Occupied Zone – "A"*; Aeyal M. Gross, *Human ; Zone of Reasonableness?*, 41 ISR. L. REV. 13, 38 (2008) *Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation?*, 18 EJIL 1, 13-26 (2007). זהירות זו, למרבה הצער, לא אפיינה במידה מספקת את התקנת הצו המתוקן. אשר על כן, מצאתי כי הוא אינו צולח את מבחן המשנה השלישי של תנאי המידתיות.

117. כללם של הדברים האמורים הוא שהצו המתוקן פוגע בזכויות העותרים פגיעה שאינה מידתית, וזאת משום שאין הוא עומד במבחני המשנה הראשון והשלישי של תנאי המידתיות. על השלכותיה של תוצאה זו אעמוד בסיום חוות דעתי.

(2) סבירות

118. מאחר שמצאתי כי הצו המתוקן אינו עומד בתנאי המידתיות, ולנוכח הדעות השונות שהובעו בדבר הדמיון בין תנאי זה לבין דרישת הסבירות (ראו לדוגמה: בג"ץ

11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פסקה 7 לפסק דיני (13.4.2011); בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 777 (1999); ברק, מידתיות במשפט, עמ' 465-464; לדיון כללי על הקשר שבין שתי העילות ראו: ברק-ארוך ב, עמ' 784-786), אינני מוצא להידרש לדיון מקיף בשאלת סבירותו של הצו המתוקן. לצד זאת, בשל חשיבות הסוגיה הניצבת לפנינו להכרעה ולאור נסיבותיה הייחודיות, אבקש להקדיש לנושא התייחסות קצרה.

119. עמדתי לעיל על חובתו של המפקד הצבאי לפעול לפי כללי המשפט הציבורי הישראלי, ובכלל זאת לממש את סמכותו בסבירות. משמעותה של דרישה זו היא כי על המפקד הצבאי לאתר את השיקולים הרלוונטיים לפעולתו ולאזן ביניהם על פי משקלם (ראו: ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498, 506 (2004); בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 513 (1990); בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 439 (1980)).

בענייננו, מועצם הנטל הרובץ לפתחו של המפקד הצבאי, וזאת בשל חריגותו של הצו המתוקן בנוף פעילותו של השלטון הצבאי באזור, אשר מתבטאת במספר אופנים: ראשית, וכפי שהיה מוסכם על המדינה בטיעוניה לפנינו, לא קדם לצו המתוקן מהלך של פירוק שיתוף באופן כפוי. לצד זאת, הפנתה המדינה לסעיף 2א לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967, אשר מתייחס למצב שבו זכות בלתי מסוימת במקרקעין מהווה רכוש ממשלתי, ומאפשר לממונה ליטול חזקה בחלק מסוים מהשטח בהתאם ליחס שבין זכותו הבלתי מסוימת לבין כלל הזכויות הבלתי מסוימות מאותו סוג. לעמדת המדינה, מעיד הצו על כך שהעיקרון של פירוק שיתוף בכפייה אינו חדש. אינני מוצא שיש בטענה זו כדי לשנות ממסקנת, מאחר שלא נטען או הוכח כי אכן נעשה שימוש בסעיף זה באופן מקביל לשימוש שהתכוונה המדינה לבצע בצו המתוקן. יתרה מכך, סבורני כי לא ניתן להקביל בין מעמדו של רכוש ממשלתי לבין מעמדם של נכסים נטושים, שניהולם על ידי הממונה מותנה בהמשך נפקדותם של הבעלים וכפוף למגבלות ולחובות שחלות עליו, כפי שפירטתי לעיל; שנית, כפי שעולה מחוות דעתו של ד"ר לימון, השכרתם של הנכסים הנטושים לתושבי עמונה סוטה מנוהג העבודה המקובל של הממונה, שלפיו מוקצים נכסים נטושים לקרובי המשפחה של בעליהם; שלישית, אישור בנייה על קרקע בבעלות פרטית פלסטינית – תהיה זו בנייה של ישוב קבע או של אתר מגורים ארעי כבענייננו – איננו דבר נהוג (ראו פסקה 64 לעיל). רביעית, הקמתן של התיישבויות חדשות, ואף של פתרונות מגורים זמניים כבפרשת מגרון, לוותה עד כה בהחלטות ממשלה (ראו פסקה 65 לעיל).

120. הנה כי כן, מגלם הצו המתוקן סטייה חדה וברורה ממדיניותו של המפקד הצבאי, כפי שזו נהגה במשך עשרות שנותיו של הממשל הצבאי באזור. בעוד עצם הסטייה ממדיניות אינה פסולה כשלעצמה, מחייבת היא קיומם של טעמים ענייניים שיצדיקו זאת, בגדרי מתחם הסבירות הנתון לגורם המנהל (עניין התנועה למען איכות השלטון בישראל, פסקה 33; ראו גם: עע"מ 4573/12 פיינגולד נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז ירושלים, פסקות 5-6 (22.12.2013); בג"ץ 6268/00 קיבוץ החותרים אגודה שיתופית חקלאית רשומה נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(5) 639, 658-659 (2001); בג"ץ 5277/96 חוד, חברה לתעשיות מוצרי מתכת בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נ(5) 854, 860-861 (1997); יואב דותן הנחיות מינהליות 138-147, 386 (1996)). על חשיבות השתתפו של שינוי מדיניות על שיקולים מבוססים, בפרט בהינתן סוגיה בעלת חשיבות ציבורית השנויה במחלוקת בין קהילות שונות, עמד השופט ת' אור בבג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997) (להלן: עניין חורב), שם ציין:

"ההחלטה שבענייננו אינה מבטאת שינוי קל של המצב הקיים. המדובר הוא בשינוי קיצוני, חד, בטיב הפשרות המופעלות בקשר להסדרי התנועה בשבתות. נזכור, כי על-פי דברי המפקח על התעבורה, מדיניות משרד התחבורה היא כי כבישים מסוג זה צריכים להישאר פתוחים בשבתות (ראו עמ' 12 לפרוטוקול הדיון מיום 15.8.1996). החלטת השר מבטאת זניחה של קו זה. היא מבטאת שבירה של מערך האיזונים הקיים. יש בה משום יצירה של נורמה חדשה לאיזון בין הקהילות השונות. יש בה משום יצירה של כללי משחק שונים לחלוטין בעיצוב היחסים בין הקהילות האמורות. בכך טמון קושי ניכר. דווקא משום שאין קונצנזוס ציבורי בשאלות אלה, בכל סטייה מן ההסדר הקיים טמונה פגיעה במי מן הצדדים לוויכוח הציבורי. אכן, לעתים פגיעה כזו עשויה להיות מוצדקת בנסיבות העניין. ואולם, בשל השיקולים האמורים, נראה לי, כי בכגון דא, החלטה לסטות מן ההסדרים הקיימים חייבת להיות מעוגנת בשיקולים מבוססים היטב. היא חייבת לבטא תמורה מהותית, יסודית, במצב הדברים בשטח. דברים אלה אמורים ביתר שאת בשינוי כה מהותי כפי שבא לידי ביטוי בהחלטתו של שר התחבורה" (שם, עמ' 105).

121. האם בוצעה סטייה זו מטעמים ענייניים, תוך איזון השיקולים הצריכים לעניין באופן הנופל בגדר מתחם הסבירות? לדידי, התשובה לשאלה זו היא בשלילה. מאחר שקיימתי דיון נרחב בשיקולים שהנחו את הוצאת הצו המתוקן, אבקש למקד את התייחסותי בסוגיה מובחנת אחת, והיא המשקל העודף אשר ניתן, לעמדת, לחשש מפני גילויי אלימות במהלך פינוי היישוב עמונה ובעקבותיו. עיון בחומר הראיות



ובטיעוני הצדדים שלפנינו ממחיש את משקלו המכריע של שיקול זה בהליך תכנון המתווה ובהוצאתו לפועל באמצעות הצו המתוקן. אעמוד על כך על ידי סקירת מופעיו השונים של השיקול האמור בפעולותיה של המדינה, להלן:

(א) האישור שנתן מפקד האזור ביום 3.12.2016, כמתחייב מצו 1777, לכך שהחלקות שבהן תוכנן באותה עת להקים את אתר המגורים הארעי מהוות "אתר מגורים בעל חשיבות אזורית", אשר נומק ב"צורך במתן מענה זמני לתושבי עמונה המפונים למשך פרק זמן הנקוב בצו, על מנת לאפשר את השלמת פתרון הקבע להעתקתם והרצון לצמצם את עוצמת ההתנגדות לפינוי".

(ב) החלטת מועצת התכנון העליונה מיום 8.12.2016 בתום ישיבה שקיימה בנושא השגותיו של בא כוח העותרים, בה נכתב כי "הייעוד העיקרי של התכנית הינו מציאת חלופה למפוני המאחז עמונה [...] באופן שיפחית את הפוטנציאל לאלימות ולפגיעה במשפחות המפונים ובני אדם נוספים".

(ג) התחייבויות המדינה כלפי התושבים במסגרת המתווה מיום 18.12.2016, שכנגדם ניתנה התחייבות מצד ראשי היישוב עמונה שלפיה "נפנה את מתחם היישוב בדרכי שלום וללא כל עימות, ונימנע מהתנגדות לביצועו של פסק הדין".

(ד) בקשתה השנייה של המדינה להארכת מועד מיום 20.12.2016, אשר הוגשה בעקבות ההגעה למתווה האמור, בה צוינו "המורכבות, הרגישות והנפיצות הנלוות לפינוי התיישבות בסדר הגודל של עמונה", וכן הוסבר כי הפיתרון שלשמו התבקשה הארכת המועד "יאפשר את פינוי תושבי עמונה בדרכי שלום וללא עימות והתנגדות מטעמים [...] באופן שיצמצם באורח משמעותי את כלל ההשלכות הפוטנציאליות של האירוע".

(ה) תגובת המדינה מיום 30.1.2017 לעתירה, בה נכתב כי "הסכמתם של התושבים לפינוי המקום בדרכי שלום, וללא כל עימות והתנגדות מצידם, התבססה על קבלת המתווה שהוצג להם על-ידי הדרג המדיני"; כי הצו "עתיד לאפשר את פינוייה של עמונה בדרכי שלום וללא כל התנגדות מצד התושבים" וכי הוא נחקק "לצורך הבטחת פינויים המוסכם של תושבי עמונה, באופן אשר ימנע את הסיכון לסדר ולביטחון באזור, הכרוך בפינוי חלופי בלתי מוסכם"; כי חוות הדעת הביטחוניות שבידיה מעידות על "הסכנות האפשריות הטמונות בפינוי שלא בהסכמה והשלכותיהן האפשריות על ביטחון האזור" ועל "הרגישות הנובעת מהמציאות המדינית והביטחונית הנפיצה בעת הזו, ואת החשש מפני הידרדרות מדינית וביטחונית בשל פינוי שאינו

בדרך של פתרון הסדרי"; וכי פינוי היישוב עמונה "נושא מאפיינים מיוחדים. מדובר באירוע נפיץ בעל השלכות ביטחוניות החורגות מזירת הפינוי עצמה".

(1) דברי באי כוחה של המדינה בדיון שקיימנו לפנינו בעתירה ביום 31.1.2017, לפיהם "מה שהיה אז ב-2006 [הפינוי הקודם ביישוב עמונה – ס.ג.]. זה אירוע שצורב בזכרון. המדינה והדרג המדיני ביקשו [1] בכל דרך להימנע [מחזרה] על אותן מראות [1] להגיע להסכמות [...] זה היווה את הבסיס בהפעלת שיקול הדעת בצו 1777 ואף לפני כן במתווה שיאפשר את הפינוי בהסכמה [...] נבוא בעזרת ה' עם הצהרה של המתיישבים שיפנו את המקום ללא אלימות [...] [זה] [ה]בסיס לעמדת המדינה [1] להחלטת המפקד הצבאי על הוצאת הצו [...] המתווה הוא בלבד מאפשר את אותו פינוי בהסכמה ולכן נבחרו החלקות ואותם נכסים. בשילוב של אותן נסיבות שהובילו לאותו מתווה [...] יש חשיבות כיצד הדבר הזה נתפס בהד הציבורי ולכן ראשי הדרג המדיני ביקשו [שבאירוע] בסדר גודל כזה צריך לנהוג בזהירות [...] הגענו להסכמה הזו שלא יהיו עוד מקרים [אלימים] ביהודה ובשומרון" (ההדגשות הוספו – ס.ג.).

122. עינינו הרואות, אם כן, כי לרצון להגיע להסכמה עם תושבי עמונה ובכך לצמצם את ההתנגדות הכרוכה בפינוי הוענק משקל מכריע בהליכי התכנון, בגיבוש המתווה, בהוצאת הצו המתוקן ובעיצוב התוכנית להקמת אתר המגורים הארעי. על יסוד התשתית העובדתית אשר הונחה לפנינו, חוששני כי תשומת הלב הרבה שניתנה לאינטרס זה דחקה לקרן זווית את טובתם של בעלי הזכויות בחלקות. על כך למד אני מקוצר הזמן שהועמד לרשותם לצורך הגשת השגות לאחר ששונו כללי המשחק במסגרת הצו המתוקן, אשר נומק ב"דחיפות [ה]מתחייבת מקידום מתווה פינוי עמונה", ומהשינוי הדרמטי שבוצע במערך זכויותיהם הקנייניות בשם מטרה זו. בעוד טעם זה ענייני הוא כשלעצמו, אין הוא מספיק בעיניי, בשים לב לכובד משקלו של השיקול הנגדי שעניינו זכויות הקניין של תושבי האזור המוגנים, כדי להצדיק סטייה ממדיניותו ארוכת השנים של המפקד הצבאי. על כן, סבורני כי ביסוד הצו המתוקן ניתן משקל מכריע ומופרז לשיקול זה, אשר מביא לחריגה ממתחם הסבירות (השוו: בג"ץ 6637/16 לוונשטיין לוי נ' מדינת ישראל, פסקה 12 לפסק דינו של השופט מ' מזוז (18.4.2017); בג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 259, 286 (1997); בג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל(2) 94, 105 (1976)). בית משפט זה עמד לא אחת על הסכנה הטמונה בקביעת מדיניות על רקע איומים באלימות. כדברי מ"מ הנשיא (כתוארו אז) מ' לנדוי:

"במדינת חוק אין להרשות בשום אופן, שהפתרון יבוא בכוח הלחץ הפיזי של הפגנות רחוב בלתי-חוקיות ושל מהומות אלימות. אלימות מולידה אלימות-נגד ומדינה

שבה כל דאלים גבר הורסת עצמה מבפנים. חוששני שהענין הנדון לפנינו יכול לשמש דוגמה בולטת לתופעה הרסנית זאת, כי ההפגנות והמהומות הן אשר המריצו את השלטונות לחפש מחדש פתרון לבעיה, במקום לאבחן בעוד מועד את זרע הפורענות ולהקדים רפואה למכה [...] התגובה לשימוש בלתי-חוקי היא בפעולה משטרתית תקיפה מלכתחילה ובאכיפת החוק הפלילי בדיעבד" (בג"ץ 531/77 ברוך נ' המפקח על התעבורה במחוזות תל-אביב, פ"ד לב(2) 160, 165 (1978); ראו גם: בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 404 (1984)).

ובמילותיו הקולעות והנכוחות של הנשיא א' ברק: "רשות שלטונית המנווטת דרכה על-פי האלימות שברחוב, סופה שלא תמצא את דרכה" (עניין חורב, עמ' 77). דברים אלה ראויים להדהד ולשמש תמרור אזהרה, פן נמצא עצמנו מובלים על פי צורך השעה ולא לאור עקרונות הצדק והשכל הישר.

## I. סיכום

123. מצאתי, אם כן, כי החלטת הממונה ליטול חזקה בחלקות פגומה, מאחר שזו נעשתה תוך הפרת זכות הטיעון השמורה לבעלי הזכויות בחלקות (ראו פסקה 53 לעיל); כי הצו המתוקן אינו מקיים את מבחן המשנה הראשון של תנאי המידתיות, וזאת לנוכח זיקה בלתי הוגנת ובלתי מספקת בין האמצעי אשר ננקט לבין המטרה המבוקשת (ראו פסקה 84 לעיל); כי הצו המתוקן אף אינו מקיים את מבחן המידתיות במובן הצר, בשל פגיעתו בזכויות בעלי החלקות באופן אשר אינו ניתן להצדקה על יסוד התועלת הטמונה בו, הן בראי שיקולי הביטחון והן בראי טובתם של תושבי עמונה (ראו פסקה 116 לעיל); וכי הצו המתוקן סוטה ממדיניותו הנוהגת של הממשל הצבאי באופן אשר חורג ממתחם הסבירות השמור למפקד הצבאי כגוף מנהלי (ראו פסקה 122 לעיל). לנוכח חומרתם של פגמים אלה, היורדים לשורשו של המתווה, לא ראיתי מנוס מביטולם של הצו המתוקן ושל החלטת הממונה.

124. על יסוד האמור, סברתי ביום 1.2.2017 כי דין העתירה להתקבל, וכי דינם של הצו המתוקן ושל החלטת הממונה ליטול חזקה בחלקות, לבצע בהן פירוק שיתוף באופן כפוי ולהקצותן לתושבי עמונה – בטלות.

המשנה לנשיאה (בדימ')

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

1. בשנת 1996 הוקם, על גבעה שלטת ממזרח לעופרה, "מאחז" עמונה. לטענת תושביו, "הם עשו זאת – מתוך תפיסת שליחות – כמענה לקריאה של רשויות המדינה [...] מתוך ידיעה ברורה כי מדובר במעשה התיישבות בשליחות המדינה [...] תוך הסתמכות על מצגי המדינה, שלפיהם מדובר באדמות שבבעלותה, אשר הסדרתן התכנונית היא רק עניין של זמן" (פסקה 7 לתגובת משיבות 4-5). בהליכים השונים שעסקו בגורל המאחז, טענו התושבים כי היאחזותם במקום זכתה לא רק בברכת המדינה אלא גם בתמיכתה המעשית. זו התבטאה, לדבריהם, בקידום תכניות מתאר שנועדו להסדיר את הבנייה במקום – ובהן הוצג השטח הרלוונטי, שלא היה מעובד באותה עת, כאדמות מדינה – כמו גם בהענקת מימון נדיב להקמת ופיתוח התשתיות במאחז ובסביבתו. המדינה דחתה "רבות מהטענות הללו", והבהירה כי עמונה מעולם לא הוגדרה כמאחז מורשה (ראו בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון, פסקאות 11-12 (25.12.2014) (להלן: עניין חמאד); ת"א (שלום י-ם) 22252/08 חמאד נ' מדינת ישראל, פסקאות 27-28 (6.5.2015)). תהיה מידת "מעורבותם הלכאורית של המשיבים [...] בשיכונם של התושבים במקום" – כלשונו של חברי השופט ח' מלצר, בחוות דעתו בעניין חמאד – אשר תהיה, נראה כי לפחות מנקודת מבטם של התושבים, ההיאחזות בעמונה נעשתה בברכת המדינה וכתום לב.

מכל מקום, לאחר שנקבע כי הבנייה הבלתי חוקית בעמונה נעשתה על אדמות פרטיות של פלסטינים, הורה בית משפט זה למדינה, בעניין חמאד, לממש את צווי ההריסה שהוצאו למבני המאחז. מאחר ומבנים אלה שימשו, ברובם, למגורים נקבע כי המימוש יתבצע בתוך שנתיים ימים ממועד מתן פסק הדין – במהלכן ניתן יהיה לבחון חלופות שונות עבור תושבי המאחז. בקשה מאוחרת שהגישה המדינה להאריך את המועד למימוש צווי ההריסה בשבעה חודשים נוספים נדחתה, תוך שהנשיאה מ' נאור מציינת כי:

"הזמן והמועד להשלמת מלאכת הפינוי לא היה נתון בידי הרשויות, אלא נקבע כאמור בפסק-דין [...] על כן, היה עליהן לדאוג להשלמת כלל הפעולות הדרושות בתוך פרק הזמן שנקבע בו.

21. מעבר לכך, במהלך השנים שבהן העתירה הייתה תלויה ועומדת אפשר בית המשפט למדינה למצות את הדרכים להסדרת הנושא בדרכי שלום. הניסיונות להבטיח הסכמות שימשו כעילה לדחיית מימוש צווי ההריסה החל משנת 2012. ואולם, גם כיום – כארבע שנים מאוחר יותר ולאחר שניתן פסק-דין סופי – ניסיונות אלה טרם נשאו פרי. מהחומר שהונח לפנינו עולה כי ההיתכנות של פינוי בהסכמה ובדרכי שלום מוטלת בספק, בלשון המעטה" (בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון, פסקאות 20-21 (14.11.2016); (להלן: ההחלטה המאוחרת בעניין חמאד).

על אף האמור, וייתכן כי בגלל האמור, ערב המועד האחרון למימוש צווי ההריסה הגיעה המדינה להסכמה עם תושבי עמונה על פינוי המאחז מרצון. זאת, במסגרת מתווה שבמסגרתו התחייבה המדינה לפעול להצבת מבנים ארעיים במספר חלקות השוכנות מצפון לעמונה, לתקופה בת שנתיים – ובמקביל, לדון באפשרות לאשר התיישבות ארוכת טווח באותן חלקות. בעקבות גיבוש המתווה המוסכם, שבה המדינה וביקשה ארכה קצרה למימוש צווי ההריסה, וזאת הפעם נעתר לה בית משפט זה בצינו כי –

"בעקבות מאמצים שנעשו בעת האחרונה להגיע לפתרון מוסכם, אף שבאיחור ניכר, יש עתה התחייבות לפינוי בדרכי שלום ובלא עימות והתנגדות במועד הנדחה שנתבקש. התחייבות זו הינה בלתי-מותנית, ולפיכך אנו נעתרים לפנים משורת הדין לבקשה וניתנת ארכה קצרה של 45 יום לביצוע פסק הדין" (בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון, פסקה 17 (22.12.2016)).

הארכה ניתנה, אפוא, בשל החשיבות שיוחסה לקיומו של פתרון מוסכם, אך מבלי להידרש לתוכן המתווה שגובש ומבלי להביע עמדה כלשהי ביחס לחוקיותו (שם, פסקה 15).

2. לעומת זאת, העתירה הנוכחית מעמידה במוקד את סוגיית חוקיותו של המתווה המוסכם – וליתר דיוק, הפעולות שביצעו משיבים 1-3 על מנת להוציאו אל הפועל. אסוקר, אפוא, בקצרה את עיקרי הדברים.

תחילה, נשען המתווה המוסכם על שתי רגליים: האחת, סמכותו של משיב 2 (להלן: הממונה) ליטול לידי חזקה בנכסים נטושים, מכוח הצו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (יהודה ושומרון) (מס' 58), התשכ"ז-1967 (להלן: הצו בדבר נכסים נטושים). משיב 2 מימש את סמכותו זו, ולאחר הליך בירור שצמצם באופן דרמטי את רשימת החלקות הרלוונטיות, הודיע, ביום 29.11.2016, על נטילת החזקה בחלקות 38, 61 ו-69 בגוש 21 באדמות הכפר סילוואד. בו ביום, חתם משיב 1 (להלן: המפקד הצבאי) על צו מס' 1777 בדבר אישור הקמה ופטור מרישיון לאתרי מגורים ארעיים בעלי חשיבות אזורית (הוראת שעה) (יהודה ושומרון), התשע"ז-2016 (להלן: הצו המקורי) – רגלו השנייה של המתווה. בהתאם לצו, הצבת מבנים ארעיים בתחומי החלקות האמורות תהיה פטורה מרישיון לתקופה בת 8 חודשים, בכפוף לאישור הממונה כי אכן מדובר בנכסים נטושים (ותנאים נוספים).

ברם, משהתברר כי קיימות השגות כנגד נטילת החזקה בחלקות האמורות – מה ששמט את הקרקע מתחת לרגלו הראשונה של המתווה המוסכם – חתם המפקד הצבאי על צו בדבר אישור הקמה ופטור מרישיון לאתרי מגורים ארעיים בעלי חשיבות אזורית (הוראת שעה) (תיקון מס' 1) (יהודה והשומרון) (מס' 1779), התשע"ז-2016 (להלן: הצו המתוקן). מלבד הארכת תוקף הפטור לתקופה בת שנתיים ימים, הרחיב הצו המתוקן את סמכויות הממונה באופן משמעותי, ואפשר לו ליטול חזקה בחלקות הנקובות בצו (חלקות 38, 28, 29, 30 ו-54 בגוש 21), גם אם חלק מבעלי הזכויות בהן מצויים באזור. זאת, באמצעות פירוק כפוי של השיתוף: הקצאת חלקים מסוימים בחלקות הרלוונטיות לבעלי הזכויות המוכרים, בהתאם לשווי זכויותיהם, ונטילת החזקה ביתרתן:

”1א(א). היה נכס כהגדרתו בצו זה, נכס נטוש שהינו זכות בלתי מסוימת, יהיה הממונה על הרכוש הנטוש רשאי ליטול חזקה בנכס בחלק מסוים מהשטח ששווי ביחס לשווי כל שטח הנכס הוא כיחס בין הזכות הבלתי מסוימת לבין כלל הזכויות הבלתי מסוימות מאותו סוג באותו הנכס.”

הנה כי כן, הצו המתוקן “בלע” אל תוכו את שתי רגלי המתווה: המפקד הצבאי הסמיך באמצעותו את הממונה ליטול חזקה בחלקים מן החלקות המוגדרות, ופטר – בכפוף למימוש הסמכות על ידי הממונה, וקיום תנאים נוספים – “הצבה של מבנה ארעי ושימוש בו” באותן חלקות מדרישת הרישיון. לאחר מספר גלגולים, תולדת השגות נוספות שהוגשו בעקבות פרסום הצו המתוקן והודעת הממונה על נטילת חזקה בחלקים מסוימים של חלקות 28, 29, 30, ו-54, גובש ההסדר הסופי – במסגרתו ניתן פטור

מרישיון להתיישבות ארעית בחלקים מוגדרים מן החלקות 28, 29 ו-30, שבהם נטל הממונה את החזקה.

מכאן העתירה שבפנינו, במסגרתה משיגים העותרים הן על תוקף הצו המתוקן, והן על החלטת הממונה לפרק את השיתוף בחלקות האמורות וליטול את החזקה בחלקים מהן. כאמור בפסק הדין שניתן ביום 1.2.2017 – ללא נימוקים, נוכח הצורך הדוחק בקבלת הכרעה – עמדתי היא כי לא עלה בידי העותרים להצביע על פגמים שיש בהם להביא לביטול פעולות הרשויות הרלוונטיות, ועל כן דין העתירה להידחות. עתה, הגיעה השעה להצגת הנימוקים לעמדה זו, שנותרה כדעת מיעוט.

3. אפתח במכנה המשותף. נכון אני בהליך דנא לצעוד יד ביד עם חברי, השופט ס' ג'ובראן, בכל הקשור לשאלת הסמכות. דהיינו, מקובלת עלי עמדתו, לפיה פעולותיהם של המפקד הצבאי והממונה – חקיקת הצו המתוקן, נטילת החזקה בחלקים מן החלקות הרלוונטיות, ומתן הפטור להקמת המבנים הארעיים – לא חרגו מגדרי סמכותם. כך במישור הדין הבינלאומי, וכך במישור הדין הפנימי. אני מצטרף גם לקביעה לפיה פירוק השיתוף בחלקות הרלוונטיות תורם לבעלי הנכסים הנטושים, "למצער במונחי תועלת כלכלית" (פסקה 61), כך שבמובן זה אין בו הפרה של חובת האמון שאפשר והממונה חב כלפיהם. אולם, דרכינו נפרדות בכל הקשור למישורי הפעלת שיקול הדעת ותקינות הליך נטילת החזקה.

חברי בוחן את המתווה המוסכם בראי מבחן המידתיות, ומייחס חשיבות משנית לשאלת הסבירות. נקודת המוצא שלו היא כי בבסיס הצו המתוקן ניצבות שתי תכליות: שמירה על הסדר והביטחון באזור, תוך מניעת העימות הכרוך בפנינוי כוחני; והגנה על זכויות תושבי עמונה, המבקשים להוסיף ולחיות סמוך למקום בו התגוררו כשני עשורים. כנגד תכליות אלה, עומדת פגיעתו של הצו המתוקן בזכות הקניין של בעלי הזכויות בחלקות שבהן נועדה לקום ההתיישבות הארעית. לדעת חברי, השופט ס' ג'ובראן, ניתוח הצו המתוקן על רקע שיקולים ותכליות אלה מלמד כי הוא אינו עומד במבחני המידתיות – תוך שימת דגש על מבחן הקשר הרציונאלי. לדידו, נוכח אופיו הארעי של הצו המתוקן, לא ניתן לומר כי הוא מקדם באופן ממשי את זכותם של תושבי עמונה להוסיף ולחיות סמוך למקום בו הקימו את בתיהם. זאת ועוד, גם אם מן הבחינה המעשית יש במתווה המוסכם כדי להפחית את סכנת האלימות, בחינה "ערכית" שוללת את הקשר הרציונלי בין השניים, ומלמדת כי האמצעי שנבחר אינו כלי ראוי למניעת האלימות הפוטנציאלית. על פי השקפת חברי, הצו המתוקן אינו עומד גם במבחן המידתיות השלישי, שכן פגיעתו בזכויות בעלי האדמות הפלסטינים – המוכרים

והנפקדים גם יחד – עולה על התועלת הנובעת ממנו. בהתייחסו לעילת הסבירות, שב חברי על עמדתו לפיה אין בשיקולי הביטחון האמורפיים שהוצגו כדי להצדיק פגיעה בזכויות בעלי האדמות, והדגיש כי הסטייה החדה שמשקף הצו המתוקן ממדיניותו ארוכת השנים של המפקד הצבאי מחייבת הנמקה עניינית – שלדעתו, לא ניתנה. לצד הפגמים שנמצאו בצו המתוקן, סבור חברי כי הודעת הממונה על נטילת החזקה בחלקים מן החלקות הרלוונטיות נגועה בהפרת זכות הטיעון של בעלי האדמות, ואף משום כך דינה בטלות.

4. כאמור, אין בידי להצטרף לתוצאה אליה הגיע חברי. אין לכחד כי פירוקו הכפוי והחפוז של השיתוף בחלקות הרלוונטיות, ונטילת החזקה בחלקים מהן, פוגעים בזכויות בעלי האדמות הפלסטיניים. ברם, ניתוח מכלול השיקולים והתכליות הניצבים בבסיס פעולות אלו, ובייחוד החשיבות הנודעת לפינוי מרצון של מאחז עמונה, מלמד כי בנסיבות הייחודיות של המקרה שלפנינו אין צידוק להתערבות באיזון שיצרו הרשויות המוסמכות. אכן, "גרירת הרגליים" במהלך תקופת הביניים הממושכת שהעמיד בית משפט זה לרשות המדינה ותושבי עמונה ראויה לביקורת נוקבת. ברם, משהושגה הסכמה אין בהשתהות זו כדי לחרוץ את גורל המתווה לשבט. יש להעמיד את רכיביו במבחן הסבירות – תוך התייחסות לאיזון הראוי בין זכויות בעלי האדמות הנפגעים והשיקולים המצדדים באישור המתווה. כפי שאבהיר מיד, למרות הקשיים שמעורר המתווה המוסכם לא מצאתי כי פעולות הרשויות הרלוונטיות במקרה שלפנינו נגועה בפגמים המביאים לבטלותן.

5. דומה כי בליבת המחלוקת ביני לבין חברי, השופט ס' ג'ובראן, ניצבת שאלת מעמדו של שיקול הפינוי מרצון ובדרכי שלום. בעוד חברי עורך רדוקציה של שיקול זה לכדי השמירה על הסדר והביטחון באזור – משמע, פינוי מוסכם הוא בעל ערך מפני שיש בו כדי למנוע חיכוך אלים – עמדתי היא כי לפינוי מרצון, תוך צמצום הפגיעה האישית והציבורית הכרוכה בפינוי כפוי, ערך עצמאי מהותי. לפיכך, לצד השיקולים שמנה חברי – מתן פתרון הולם לתושבי עמונה, ומניעת התלקחות אלימה – הצו המתוקן וההחלטות שהתקבלו מכוחו ממלאים תכלית רבת ערך נוספת:

"אכן, פתרון בהסכמה ובדרכי שלום הינו תמיד ראוי ורצוי, וככל הניתן יש לחתור להשגת פתרון כזה בכל מקרה של בנייה בלתי-חוקית" (בג"ץ 5665/11 כפר אדומים כפר שיתופי להתיישבות קהילתית בע"מ נ' שר הביטחון, חוות דעתה של השופטת א' חיות (10.10.2012)).



ודוקו, מדובר בתכלית הניצבת על רגליה שלה. גם בהיעדר חשש ממשי לאלימות פיזית – או שבנסיבות העניין אין מקום לייחס לחשש זה משקל נורמטיבי, למשל מן הטעמים עליהם הצביע חברי – ישנו ערך חברתי רב בניהול דיאלוג בין המדינה לאזרחיה, חלף התייצבותם משני עברי המתרס:

”[ו]ניתן להבין את רצונם של המשיבים לממש את הפינני בהסכמת המתגוררים במאחז, ללא צורך בהפעלת כוח. שאיפה זו מבוססת על מגמה ראויה של קביעת יחסי אמון ושיתוף פעולה בין הרשויות לבין המתיישבים, הגם שמדובר בפורעי חוק” (בג”ץ 8887/06 אל-נאבות נ’ שר הביטחון, פסקה 14 (2.8.2011) (להלן: עניין אל-נאבות)).

לשיקול זה נודע משנה תוקף במקרה שלפנינו, נוכח ההיסטוריה העגומה של העימותים סביב פינני עמונה (לתיאור קודר של ההתנגשויות בין המתיישבים לכוחות הביטחון במהלך פינניו החלקי של המאחז בשנת 2006, ראו, למשל, ת”א (שלום י-ם) 3359/06 אלדד נ’ מדינת ישראל (22.10.2008)), והפיכת המאחז – שערב פינניו התגוררו בו כ-40 משפחות, עליהן נמנו 200 ילדים – למעין סמל. כפי שציין בית משפט זה בהתייחסו לתוכנית ההתנתקות:

”עזיבה כפויה זו – הטראומטית לעצמה – לוותה במשבר אידיאולוגי, דתי ואישי רחב היקף ביחס לאוכלוסיית המפונים כמו גם ביחס לקבוצות נוספות בישראל שמהלך זה לווה על-ידם בתחושת שבר ערכי בינם למדינה ולשלטון” (בג”ץ 1213/10 ניר נ’ יו”ר הכנסת, פסקה 21 לפסק דינה של הנשיאה ד’ ביניש (23.2.2012)).

מבלי להשוות בין תכנית ההתנתקות, היקפה והשלכותיה, לפינני עמונה, יש בדברים כדי ללמד על ממד ההשלכות הפוטנציאליות של פינני כוחני, הנוטע בקרב המתיישבים ואוהדיהם תחושת ניכור ועוינות כלפי המדינה. מעבר לסכנת האלימות בטווח הקצר, פינני כוחני כרוך בפגיעה רחבה, ממשית וארוכת טווח ברגשותיהם, באישיותם ובתחושת השייכות של המפונים. אכן, מדינת ישראל היא מדינת חוק המגנה על זכויות בעלי הקניין, ואוכפת את דיני התכנון והבנייה – אך יש ערך רב למימוש צעדים אלה בדרך מוסכמת, תוך גילוי רגישות. כך בדרך כלל, וכך על אחת כמה וכמה ביחס לפינני מאחז מבוסס, אשר עמד על תילו במשך שני עשורים; שתושביו סברו כי המדינה העניקה “אור ירוק”, שלא לומר תמיכה, להקמתו ופיתוחו; ואשר הפך מאוחר יותר לסמל של התנגשות אלימה ומפלגת בין הרשויות והמתיישבים. ונבהיר, אף אם נעדרת

אלימות מהתמונה, יש ערך רב להגעת הצדדים להסכמה. דהיינו, פינוי מרצון רצוי כיעד בפני עצמו אף בהנחה שבכל מקרה הפינוי לא יהיה אליים.

אמנם, כפי שהבהיר בית משפט זה בשורת החלטות ופסקי דין – לרבות בעניינו של מאחז עמונה – (ההחלטה המאוחרת בעניין חאמד; עניין אל-נאבות, פסקאות 14-16), "פינוי בהסכמה" אינו בגדר מטה קסמים בעל יכולות בלתי מוגבלות. לא ניתן להתיר, בשם החתירה להסכמה, עיכוב חסר גבולות של פינוי בנייה בלתי חוקית – לבטח כאשר מדובר בבנייה השוכנת על אדמות פרטיות, תוך פגיעה קשה בזכויות בעליהן. על אחת כמה וכמה שאין בשאיפה לקדם פינוי בהסכמה כדי להצדיק דחיית מועדים שנקבעו בפסקי דין, לאחר בחינת התמונה המלאה. אולם, בניגוד לפרשות שהוזכרו, במקרה שלפנינו לא מדובר רק בתקווה אמורפית להגעה אפשרית להסדר מוסכם – כי אם במתווה שגובש בפועל, ובמסגרתו מסרו תושבי עמונה התחייבות בלתי מותנית לפינוי המקום בדרכי שלום. כפי שעולה מהחלטת בית משפט זה בבג"ץ 9949/08 חאמד נ' שר הביטחון (22.12.2016), לעובדה זו משמעות רבה בהערכת המשקל שיש לייחס לאלמנט ההסכמה. יתר על כן, במקרה שלפנינו שיקול ההסכמה לא ביקש לדחות את מימושו של הכרעות שיפוטיות חלוטות, אלא לאפשר גיבוש חלופה "ליום שאחרי" – תוך יצירת איזון בין האינטרסים הנוגדים שעל הפרק. בנסיבות אלה, סבורני כי יפה נהגו הרשויות הרלוונטיות כאשר השליכו אל קדירת השיקולים את הערך האינהרנטי המיוחס לפינוי בהסכמה, לצד שיקולי השמירה על ביטחון האזור וזכות המתיישבים להעתיק את קהילתם לאתר סמוך.

נשוב ונדגיש על מנת להימנע מאי הבנה: מדינת חוק אינה צריכה ואינה יכולה לקבל, מבחינה חוקית וערכית גם יחד, אי אכיפה של פסק דין לפינוי, המגן על זכויות האחר, רק בשל תגובת המפונים. אולם, כלל חשוב זה אינו עומד בסתירה לכך שכאשר ניצבת על הפרק אפשרות ממשית של פינוי מרצון תוך ציות להוראות פסק הדין, ועל בסיס מתווה שאושר גם על ידי היועץ המשפטי לממשלה, נכון יהיה, ולו במקרה חריג, להתחשב בתכלית ההסכמה בניתוח סבירותה ומידתיותה של החלופה המוצעת. העניין עדין וקונקרטי. מבלי לקבוע נוסחה אריתמטית, סבורני כי התחייבותם של אנשי עמונה לפנות את המאחז מרצון, במסגרת המתווה המוסכם, מהווה שיקול רלוונטי בבחינת סבירותו ומידתיותו של הפתרון החלופי שעוגן בצו המתוקן. במאמר מוסגר יוער כי התחייבויות מעין אלו יש לבחון גם במבחן התוצאות. לתוצאות יש השלכות עתידיות בהקשר זה.

6. האם די במכלול השיקולים שהוזכרו – ובראשו, כאמור, תכלית הפינוי בהסכמה – כדי להכשיר את המתווה שעוגן בצו המתוקן ובהחלטות הממונה מכוחו? התשובה לכך מורכבת. יוזכר כי נקודת המוצא של חברי היא שעצם פירוק הכפוי של השיתוף בחלקות הרלוונטיות אינו פוגע באופן מהותי בזכות הקניין של בעלי האדמות הפלסטיניים. אדרבה –

”ככלל, מקובל לתפוס נסיבות של שיתוף בנכסים כזמניות ונסבלות, ולא כרצויות. השיתוף מגביל את יכולתם של הצדדים לו לממש את זכויותיהם הקנייניות, הוא מעכב את פיתוח הנכסים המשותפים ומסרב את הביצוע של עסקאות בנכסים אלה. מטעמים אלה בוחרות שיטות משפט רבות, בהן זו הישראלית וזו שחלה באזור, לקבוע כללים אשר יקלו על הבאת יחסי השיתוף לקיצם [...] נוסף על פירוק השיתוף בנכסים, תחת המתווה צפויים להשתלם דמי שימוש בקרקע, אשר יופקדו בקרן ויוועדו לבעלי הזכויות בקרקע לכשנפקדותם תיפסק.

עינינו הרואות כי על פני הדברים, אכן נהנים בעלי הנכסים הנפקדים מהשימוש המיועד באדמותיהם – למצער במונחי תועלת כלכלית” (פסקה 61 לפסק דינו של השופט ט' ג'ובראן).

לעומת זאת, מתכונת הפירוק מעוררת קושי. ראשית, פרק הזמן הקצר שהוקצה לצורך הוכחת זכויות בחלקות הרלוונטיות – 120 שעות, לאחר ארכה – עלול היה למנוע מחלק מבעלי הזכויות להוכיח במועד את זיקתם למקרקעין, ולהביא לנטילת החזקה על ידי הממונה גם בחלקים שאינם מהווים נכס נטוש כלל ועיקר. זכות הטיעון אינה עניין טכני שדי בקיומו “על הנייר”. מתן פרק זמן בלתי מספק לצורך הכנת הטיעון ומיצוי הזכות עשוי ללמד כי מן הבחינה המהותית לא מולאה חובת השימוע. יתר על כן, הצו המתוקן הסמיך את הממונה “ליטול חזקה בנכס בחלק מסוים מהשטח”, על פי שיקול דעתו, ולהציב את יתר בעלי הזכויות במקרקעין בפני עובדה מוגמרת באשר לאופן הפירוק והחלקים שייפלו ברשותם. השליטה הבלעדית שניתנה לממונה בהליך הפירוק – תוך חריגה מן הנורמה לפיה בית המשפט המוסמך הוא שיכריע בעניין, בהתחשב במכלול האינטרסים שעל הפרק – פותחת פתח לחלוקה בלתי הוגנת של הזכויות במקרקעין, ולפגיעה בבעלי האדמות הפלסטיניים. פתח זה אינו צר מבחינת ציר הזמן. ההתייחסות במתווה המוסכם היא לשנתיים, שאותן אף ניתן יהיה להאריך “לפרק זמן קצר נוסף כפי שיידרש עד להשלמת התהליך”, תוך העמקת הפגיעה בזכויות.

פגמים אלו מתעצמים נוכח פרק הזמן הארוך שקצב בית משפט זה, בעניין חמאד, למימוש צווי ההריסה שהוצאו למבני מאחז עמונה – פרק זמן שנזמק בצורך

לאפשר גיבוש פתרונות חלופיים לתושבים שיאבדו את קורת הגג שלהם. לרשות המדינה עמדו שנתיים תמימות שבמהלכן היה בידיה לפתוח בהליכי פירוק שיתוף ראויים בפני בית המשפט המוסמך – תוך מתן זכות טיעון הולמת לבעלי האדמות הפלסטיניים, וביצוע הפירוק במתכונת המאזנת כהלכה בין הזכויות והאינטרסים הנוגדים. בנסיבות אלה, יש, לכאורה, טעם רב בעמדה לפיה אין להכשיר את נטילת החזקה בחלקות הרלוונטיות מכוח הצו המתוקן – שכן הצורך במתווה חריג ואף חפוז זה נולד, במידה רבה, בעקבות גרירת הרגליים של המדינה ומתיישי עמונה. אכן, במקרים מעין אלה, על החפץ בפתרון, יהיו אלה המפונים או הממשלה, להתחיל לפעול כבר למחרת מתן פסק הדין החלוט בעניינם. עיכוב מימוש צווי ההריסה בשנתיים ימים נועד לסייע בפתרון מצוקת המפונים, ולא להעניק להם ולרשויות השלטוניות חופשה ארוכה, שרק לקראת סיומה יואילו בטובם להתחיל ולטפל בעניין.

7. המסקנה היא כי המתווה העומד במוקד הליך זה נגוע בפגמים מהותיים – הנובעים מהשילוב שבין זכות הטיעון החלקית שניתנה לנפגעים הפוטנציאליים, לבין הניסיון, גם אם אינו מכוון, לפנות לבית המשפט המוסמך רק לאחר יצירת עובדות בשטח ופירוק השיתוף בצעד מינהלי כפוי. אין ספק כי היה על המדינה לפנות מבעוד מועד בבקשה לפירוק שיתוף לערכאה המוסמכת, לאפשר לה לערוך את הבירור המתאים ולפעול על פי הכרעתה – ולהימנע מחקיקת הצו המתוקן הקובע עובדות בשטח לתקופה בת שנתיים, עם אפשרות הארכה. יש להניח כי אילו הייתה המדינה פונה לבית המשפט המוסמך בבקשה לפירוק השיתוף – בהתאם להוראות החוק המקומי והישראלי – ובצידה בקשה למתן עדיפות לשמיעת התיק, ניתן היה לסיים את ההליך המשפטי בתוך המועד שקצב בית משפט זה למימוש צווי ההריסה, מבלי להעצים את הפגיעה בזכויות בעלי האדמות. ההתנהלות לפיה רק בתום השנתיים הוצע הסדר מעוררת קושי. בראיה זו, גם אם הפעולות נעשו בסמכות, הדרך שבה בוצעו אינה סבירה ואינה מידתית. לכן, מן הבחינה העקרונית אין מקום לאשר את המתווה המוסכם – שאינו אלא ניסיון ברור מדי לעקוף את בית המשפט המוסמך בעניין פירוק השיתוף, תוך ניצול פרק הזמן שנקצב בעניין חמאד.

אמנם, בביקורת עקרונית זו אין די. ללא ספק, הכלל מורה שאין להשלים עם "עקיפה" מעין זו של הערכאה הרלוונטית. ברם, השאלה היא האם בנסיבות העניין ניתן לסטות מן הכלל האמור, ולאשר בכל זאת את הצו המתוקן והחלטות הממונה מכוחו. כך בגדר המקרה המיוחד. האחרון איננו קובע כלל ובצידו יוצא מן הכלל באופן מובנה ומתמשך, אלא עשוי להתקיים מקרה מיוחד שהוא אף ממצה את האפשרות לסטייה מאותם נימוקים במקרים עתידיים. סבורני כי חשיבותו המיוחדת של הפינוי בהסכמה

במקרה של מאחז עמונה; פרק הזמן המוגבל של ההסדר המוצע – במסגרתו מהווה הכרעת הערכאה המוסמכת באשר למתכונת הפירוק תנאי הכרחי (ואף לא בלעדי) לקידום התיישבות קבע במקום; והפגיעה הקטנה יחסית בזכויות בעלי האדמות הפלסטיניים, מובילים למסקנה כי ראוי היה לאפשר למתווה המוסכם לצאת לדרך. אעיר כי יתכן שתקופת ההסדר, שנתיים ימים, ארוכה מדי בנסיבות העניין, אך לנוכח נסיבות המקרה לא אדרש לכימות פרק הזמן הראוי ואסתפק בהתייחסות למתווה המוסכם כמות שהוא, תוך קביעה מראש שלא מעבר לכך.

8. אפתח בהתייחסות לנקודה האחרונה – הפגיעה המצומצמת, יחסית, בזכויות הקניין של בעלי האדמות.

יש לזכור כי במצב שקדם לפירוק השיתוף על ידי הממונה לא היה בידי בעלי האדמות הפלסטינים לעשות שימוש ממשי במקרקעין שבבעלותם. למעשה, הנתונים שהציגה המדינה מלמדים כי מאז שנת 1967 חלה ירידה תלולה בעיבוד החלקות הרלוונטיות – וכי הוא פסק כמעט לחלוטין עוד בטרם הקמת מאחז עמונה. בנסיבות אלה, ניתן לטעון כי פירוק השיתוף במקרקעין, במסגרתו יוחדו חלקים מוגדרים לבעלי האדמות הפלסטיניים, דווקא סלל את הדרך למימוש זכויותיהם במקרקעין – לאחר שנים ארוכות שבהן הדבר לא צלח. דברים אלה נכונים הן ביחס לבעלי האדמות המוכרים והן ביחס לעמיתיהם הנפקדים שאמורים היו לזכות, על פי הצו המתוקן, בתמורה עבור השימוש בנכסיהם. חברי, השופט ס' ג'ובראן, אף הבהיר כי "על פני הדברים, אכן נהנים בעלי הנכסים הנפקדים מהשימוש המיועד באדמותיהם – למצער במונחי תועלת כלכלית" (פסקה 61 לחוות דעתו).

ואף על פי כן, הפגיעה בזכות הקניין של בעלי האדמות פגיעה היא, שניתן היה למנוע אותה. נבהיר. הנורמה הקובעת כי בית המשפט המברר הוא שיכריע בשאלת אופן ביצוע הפירוק נועדה להבטיח חלוקה הוגנת ושוויונית של המקרקעין המשותפים, תוך התחשבות באינטרסים של כל הצדדים הרלוונטיים. כפי שציינתי, כך ראוי היה לפעול בענייננו מיד עם ההכרעה על מימוש צווי ההריסה למבני עמונה – וזוהי דרך המלך בה יש לפסוע בעתיד. "עקיפת" הערכאה האזרחית המתאימה באמצעות צעד מנהלי חד צדדי מעוררת קושי רב, אך מכאן ועד שלילת המתווה במקרה הפרטני ישנה דרך. יש לזכור כי ענייננו בפירוק שיתוף שבוצע על ידי הממונה – גורם שלטוני שפעולותיו חוסות תחת חזקת התקינות השלטונית, ואין לחשוד בטוהר מניעיו או להניח כי לא העניק משקל הולם לזכויות בעלי האדמות בהחלטתו על אופן הפירוק. על זאת יש להוסיף כי הצו המתוקן יפה לזמן מוגבל, וכי התיישבות קבע בחלקות

הרלוונטיות תותנה – לצד תנאים נוספים שאין כל ודאות כי ימומשו – בפירוק השיתוף בפני הערכאה האזרחית הרלוונטית. זכות הקניין של בעלי האדמות נפגעת, אפוא, אך אין מדובר בשלילה מוחלטת שלה, ועוצמת הפגיעה אינה רבה.

התחקות אחר ההשתלשלות המלאה של העניינים, מלמדת כי גם הפגיעה הקיימת בזכות הטיעון של בעלי האדמות – מוגבלת. כבר ביום 8.8.2016, חודשים ארוכים בטרם נטילת החזקה בפועל, הודיע הממונה על כוונתו ליטול חזקה בחלקות העומדות במוקד הליך זה – הלא הן חלקות 28, 29 ו-30 בגוש 21 באדמות סילוואד (לצד חלקות רבות נוספות). בהודעתו המוקדמת, קצב הממונה תקופה בת 30 יום לצורך הגשת השגות, ומן החומר שלפנינו עולה כי גם בחלוף המועד הוגשו ונבחנו השגות נוספות (ראו, למשל, פסקה 42 לכתב העתירה). אכן, הצו המתוקן שינה את כללי המשחק, ולכן ראוי היה להעניק פרק זמן משמעותי יותר להגשת השגות על החלטות הממונה בעקבותיו. ברם, משעה שניתנה לכל טוען לזכויות הזדמנות ממשית להשיג על כוונת הממונה ליטול את החזקה בחלקות הרלוונטיות, ולמצער לאסוף את התשתית הראייתית הנדרשת לשם הגשת השגה זו, קשה לומר כי מדובר בפגם היורד לשורש ההליך ומביא לבטלותו.

9. אל הפגיעה המצומצמת יחסית בזכות הקניין ובזכות הטיעון מצטרפים השיקולים עליהם עמדתי לעיל – קרי, תכליות הפינוי בהסכמה וזכות מפוני עמונה לשמר את קהילתם בסביבת מגוריהם עד גיבוש פתרון קבע (עליה עמד המפקד הצבאי בהחלטתו מיום 3.12.2016 לאשר את הקמת אתר המגורים סמוך לעמונה [נספח 27 לעתירה]) – והנסיבות הייחודיות שלפנינו. כפי שהבהרתי לעיל, תכלית הפינוי בהסכמה עומדת על רגליה שלה ונודעת לה חשיבות רבה גם בהיעדר חשש להתפרצות אלימה. זאת, במיוחד בהתייחס למאחז עמונה, על ההיסטוריה הלא פשוטה שלו. ולית מאן דפליג: האשמה לעימותים האלימים שהתרחשו בעבר מוטלת לפתחם של מפרי החוק. בנסיבות אלה, הגם שראוי היה להימנע מלכתחילה מן ההסדרה החפוזה של אתר ההתיישבות החלופי, על פגיעתו המיותרת בזכויות בעלי האדמות, אין לקבוע כי הצו המתוקן והחלטות הממונה מכוחו חורגים ממתחמי הסבירות והמידתיות באופן שיש בו כדי להביא לפסילתם ביחס למקרה זה. זאת, אף מבלי להידרש לשיקול השמירה על הסדר והביטחון, על השאלות הראייתיות והנורמטיביות שהוא מעלה במקרה שלפנינו.

10. סוף דבר, התנהלות המדינה בענייננו נגועה בפגמים. גרירת הרגליים הממושכת – שאין לנקות את מפוני עמונה מאחריות לה – הביאה ליצירת הליך פירוק כפוי ומאולתר, שלא העניק הגנה הולמת לבעלי הזכויות הנמנים על האוכלוסייה המוגנת.

אף על פי כן, נוכח הפגיעה המצומצמת יחסית בזכויות בעלי האדמות – שאף עשויים לצאת נשכרים מפירוק השיתוף, ונהנו מזכות טיעון בהיקף מסוים; בהתחשב במשקל שנודע לפינוי מאחז עמונה בהסכמה, לאור נסיבותיו הייחודיות; ומאחר וההסכמה הייתה מבוססת על עמדת היועץ המשפטי לממשלה או מי מטעמו – הגם שאין בכך לחייב את בית המשפט – סבורני כי לא היה מקום להתערב בשיקול דעתם של המפקד הצבאי והממונה ולפסול את המתווה המוסכם. אין בכך כדי להכשיר מתווים עתידיים דומים, ואשוב ואומר כי על המדינה לנצל את חלונות הזמן שמעמיד לרשותה בית המשפט המורה על פינוי, ולהימנע מפגיעה בלתי נחוצה בבעלי האדמות. קיומם של מתווה והסכמות הוא דבר חשוב, כך גם הסכמות בין המפונים לממשלה. אך יש לעשות זאת תוך מניעת פגיעה בלתי נחוצה לא רק בבעלי הזכויות בשטחו המקורי של המאחז, אלא אף בצדדי ג' שהם בעלי זכויות בשטח המיועד לחלופת מגורים עבור המפונים.

לו הייתה דעתי נשמעת היינו מורים, אפוא, על דחיית העתירה.

#### ש ו פ ט

לפיכך הוחלט ברוב דעות (המשנה לנשיאה (בדימ') ס' ג'ובראן והשופט י' דנציגר) – נגד דעתו החולקת של השופט נ' הנדל – לקבל את העתירה ולהפוך את הצו על-תנאי לצו מוחלט, כפי שפורט לעיל בפסקה 13 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ס' ג'ובראן.

ניתן היום, י"א בחשוון התשע"ח (31.10.2017).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה (בדימ')