



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8955/20

לפני: כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט ע' גרוסקופף
כבוד השופטת ג' כנפי-שטייניץ

העותרים: 1. תנועת רגבים
2. משה זר
3. ישראל ציגלמן

נגד

המשיבים: 1. שר הביטחון
2. מפקד פיקוד המרכז בצה"ל
3. ראש המינהל האזרחי

התנגדות למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: ב' בחשוון התשפ"ג (27.10.2022)

בשם העותרים: עו"ד בועז ארזי
בשם המשיבים: עו"ד תהילה רוט; עו"ד שרון איגר

פסק-דין

השופטת ע' ברון:

1. בעתירה שלפנינו מתבקש בית המשפט להורות למשיב 2, מפקד פיקוד המרכז בצה"ל (להלן: המפקד הצבאי) לבטל את "חוק השכרת ומכירת נכסי דלא נידי לזרים, מס' 40 לשנת 1953" (להלן: חוק איסור מכירה לזרים). מדובר בחוק ירדני שחל באזור יהודה ושומרון (להלן: איו"ש או האזור), ומטיל מגבלות על מכירת מקרקעין למי שאינם מ"ממקור ערבי", כלשון החוק.

הרקע לעתירה

2. כידוע, המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא הוחלו באיו"ש, וישראל מנהלת בו משטר של "תפיסה לוחמתית". עמדת המשפט הבינלאומי הפומבי בשאלת המשפט החל בשטח המוחזק בתפיסה לוחמתית, מצאה ביטוי בסעיף 43 לאמנת האג

משנת 1907 (להלן: אמנת האג), שם נקבע כי "בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים, תוך כיבוד החוקים שבתוקף בארץ אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לכך" (תרגומו של יורם דינשטיין "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים" עיוני משפט ב 505, 506 (1972), ההדגשה אינה במקור). בהתאם, במנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), התשכ"ז-1967 נקבע כי "המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ח באייר תשכ"ז (7 ביוני 1967) יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר זה או לכל מנשר או צו, שיינתנו על ידי (המפקד הצבאי, ע'ב'), ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור".

חוק איסור מכירה לזרים עמד בתוקף עם כניסת צה"ל לאיו"ש ב-1967, והוא מסדיר רכישת מקרקעין באיו"ש בידי מי שאינם ממוצא ערבי. וזו לשון סעיפים 3-4 לחוק (ההדגשות אינן במקור):

3. (א) אדם שאיננו ירדני רשאי להיות בעלים של נכסי דלא ניידים בממלכה ההאשמית בתנאי שבעלות זו תצטמצם:

- (1) באדמות שבתחום העיריות או באזור התכנון או בגושי העיר, במידה שתספיק למגוריו ולניהול עבודותיו, אך לא למסחר.
- (2) באדמות חקלאיות, בנוסף לאדמות שהיה משתמש בהן או זכויות השימוש בהן עברו אליו לפני תחילתו של חוק זה.
- (3) באדמות שבתחום מפעל תעלת "הע'ור" המזרחית, שטח המותר לפי חוק תעלת "הע'ור", אם הוא גר באותו אזור מקדמת דנא.
- (4) שיתחייב להיות כפוף לחוקים שבתוקף בממלכה ההאשמית.

(ב) מועצת השרים תחליט בדבר הסכמתה לדברים המוזכרים בסעיף קטן (א) על סמך המלצות מנהל הקרקעות והמדידות או שלטונות תעלת "הע'ור" המזרחית, הכל לפי סמכויותיו.

4. [...] כל אדם זר שנשא פעם אזרחות ירדנית או פלסטינית והוא ממקור ערבי רשאי להיות בעלים לנכסי דלא ניידים שמחוץ לתחום העיריות או אזורי התכנון או גושי העיר במידה הנחוצה לעבודות פיתוח או חקלאות שהוא מבצע, וכך רשאי כל ערבי שאיננו ירדני להיות בעלים לנכסי דלא ניידים מחוץ לאזורים המוזכרים במידה שתספיק למגוריו ולניהול עבודותיו בלבד, ובשני המקרים יש צורך בהסכמת מועצת השרים על פי המלצת שר האוצר.

משמעות הדברים היא כי מי שאיננו ירדני או פלסטיני רשאי לרכוש מקרקעין רק בערים וביישובים באיו"ש, וזאת במידה שאינה עולה על הנדרש "למגוריו ולניהול עבודתו". יובהר כי על שינוי של רישום זכויות לא חלה כל מגבלה, כך שניתן לרשום

זכויות על שמם של "זרים" ברישומים המנוהלים על ידי חברות משכנות, וזאת בין אם מדובר בקרקע בבעלות פרטית ובין אם מדובר בקרקע המנוהלת על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש (להלן: הממונה). לטענת המשיבים, מרבית עסקאות המקרקעין שמבצעים אזרחים ישראלים באיו"ש הן מסוג העסקאות שאין לגביהן כל הגבלה.

3. לצד ההסדר שנקבע בחוק איסור מכירה לזרים, ישנו הסדר נוסף שעוסק ברכישת מקרקעין באיו"ש על ידי אישיות משפטית שאיננה אדם, והוא חוק השימוש והחזקה (התצרוף) בנכסי דלא נידי על ידי אישיות משפטית מס' 61 לשנת 1953 (להלן: חוק המכירה לאישיות משפטית). בחוק המכירה לאישיות משפטית נקבעו הגבלות שונות על רכישת מקרקעין בידי אישיות משפטית, לפי סוג המקרקעין, ייעודם והיות האישיות המשפטית מקומית או זרה.

בחוק המכירה לזרים ובחוק המכירה לאישיות משפטית נקבע כי עסקאות במקרקעין עם זרים שנעשות לפי חוקים אלה, טעונות קבלת היתר עסקה מאת "מועצת השרים". סמכותה של מועצת השרים להעניק היתר עסקה נמסרה לראש המינהל האזרחי, הוא המשיב 3. לטענת המשיבים, במסגרת הבחינה שעורך ראש המינהל האזרחי נבחנים שיקולי ביטחון וכן שיקולים רחבים שנוגעים לאינטרס הציבורי ולשמירה על הסדר הציבורי באזור.

ההגבלות שחלות על מכירה לאישיות משפטית צומצמו בצו בדבר חוק השימוש והחזקה (תצרוף) של האישיות המשפטית בנכס דלא נידי (יהודה והשומרון) (מס' 419), התשל"א-1971 (להלן: צו המכירה לאישיות משפטית). לפי סעיף 3 לצו המכירה לאישיות משפטית, ראש המינהל האזרחי מוסמך להעניק לאישיות משפטית הרשומה באיו"ש אישור לרכישת מקרקעין, אף אם לא מתקיימים התנאים הקבועים בחוק המכירה לאישיות משפטית. המשיבים העירו שכאשר ניתן היתר עסקה לחברה לצורכי פיתוח הקרקע ומכירתה לאחר פרצלציה, לכתחילה ניתן גם היתר למכור את חלקי החלקה, לרבות לפרטים שרוכשים מקרקעין לפי הוראות חוק איסור מכירה לזרים. במקרים אלה הפרטים אינם חייבים לקבל היתר עסקה פרטני, או לרכוש את המקרקעין באמצעות חברה.

4. מגבלה נוספת שחלה על רכישת קרקעות באזור מעוגנת בצו בדבר עסקאות במקרקעין (יהודה והשומרון) (מס' 25), התשכ"ז-1967. סעיף 2 לצו זה מורה כי כל עסקת מקרקעין באיו"ש טעונה קבלת רישיון עסקה. הסמכות למתן רישיונות עסקה הוקנתה לקמ"ט רישום מקרקעין במינהל האזרחי.

המשיבים פירטו כי בהליך לבחינת בקשה למתן רישיון עסקה נבחנים מצב המקרקעין הרלוונטיים וכן היבטים פרוצדורליים שקשורים בעסקה, כמו תקינות המסמכים, עמידה בדרישות להגשת בקשה לרישום ראשון של המקרקעין, וחפיפה עם מקרקעין שהוכרזו כרכוש ממשלתי. על החלטת קמ"ט רישום מקרקעין במינהל האזרחי לסרב לתת רישיון עסקה, ניתן לערור לוועדת העררים באזור.

5. לסיכום חלק זה יובהר כי מכירת מקרקעין באיו"ש לאדם "זר" – קרי: מי שאיננו ירדני, פלסטיני או "ממקור ערבי" – מוגבלת למקרקעין המצויים באזורים העירוניים ובגושי הערים, ומותנית בכך שהמקרקעין ישמשו למגוריו או לניהול עבודתו. אם מדובר במקרקעין רשומים במקומות אלה, ראש המינהל האזרחי מוסמך להתיר כל עסקה במקרקעין שנעשית בידי אישיות משפטית, גם אם היא אינה עומדת בתנאי חוק המכירה לאישיות משפטית, כפוף לקבלת היתר עסקה ורישיון עסקה.

למען שלמות התמונה יצוין כי המשיבים מסרו בתשובתם שבשנת 2018 הונחו על שולחן הכנסת שתי הצעות חוק פרטיות לביטול חוק המכירה לזרים, אך הליך החקיקה בעניינן לא התקדם.

הטענות בעתירה

6. הסעד המבוקש בעתירה הוא כי בית משפט זה יורה למפקד הצבאי, האמון על החקיקה באיו"ש, לבטל את חוק איסור מכירה לזרים, וזאת בשל היותו חוק גזעני. העותרים מדגישים כי לא ישלימו עם "מציאת פתרונות עוקפים" לתוצאות השליליות הנובעות מחוק זה, והם עותרים ל"אמירה הצהרתית ברורה לפיה אין מקום לחוק זה בספרי החוקים תחת מדינת ישראל".

בהודעה מטעם העותרים שהוגשה ביום 26.1.2022, הובהר כי העתירה מבוססת על "הכלל שלפיו אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי גזע, מין, לאום, עדה, ארץ מוצא, דת, השקפה, או מעמד חברתי הוא עקרון יסודי חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי נפרד מהן" כדברי השופט מ' שמגר ב-בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר הפנים, פ"ד לב(2) 800, 806 (1978). כן נסמכים העותרים על הקביעה ש"כל חייל ישראלי נושא עימו בתרמילו הן את כללי המשפט הבינלאומי והן את כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי הנוגעים לעניין" כדברי השופט א' ברק ב-בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלעתאוניה אלמחזורה אלמסאוליה אגודה שיתופית רשומה כדין במפקדת אזור יהודה והשומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 810, 785 (1983).

7. המשיבים מצידם טוענים כי יש לדחות את העתירה בהיעדר עילה למתן סעד חריג של ביטול חקיקה ירדנית שעומדת בתוקף מאז שנת 1953, ומאחר שהעותרים לא הניחו תשתית עובדתית ומשפטית ראויה לכך. לטענת המשיבים, הדין הקיים מאפשר רכישת מקרקעין באיו"ש על ידי זרים בדרך פשוטה של התאגדות כאישיות משפטית ובאישור ראש המינהל האזרחי, כך שבאופן מעשי המגבלה היחידה על הרכישה היא תהליך בירוקרטי פשוט שניתן להשלימו תוך ימים אחדים. גם המציאות מלמדת כי עסקאות שעומדות בתנאים המתוארים מבוצעות באופן תדיר.

בהודעה מעדכנת שהוגשה לבקשת בית המשפט, מסרו המשיבים כי בהתאם להוראת שר הביטחון, ביום 26.7.2021 התקיים דיון שבמסגרתו נבחנו האפשרות והצורך לערוך שינויים בחוק איסור מכירה לזרים. הדיון התקיים בראשות עוזר שר הביטחון להתיישבות ובהשתתפות נציגי המינהל האזרחי, יועמ"ש איו"ש ויועמ"ש מערכת הביטחון, והוצגו בו השיקולים וההשלכות של שינוי המצב המשפטי הקיים. לאחר שקילת הדברים החליטו הגורמים הרלוונטיים כי אין מקום לערוך שינויים בחוק איסור מכירה לזרים. זאת משום שלא קיים צורך מעשי בתיקון המצב המשפטי, ובשים לב לרגישות הכרוכה בשינוי חקיקה שעוסקת בזכות לרכוש מקרקעין באיו"ש.

8. ביום 14.2.2022 ניתן צו על תנאי כמבוקש בעתירה (השופטים נ' הנדל, ע' גרוסקופף, ש' שוחט). בהמשך לכך הגישו המשיבים תשובה מטעמם, שבה הם שבים וטוענים כי יש לדחות את העתירה בהיעדר עילה למתן סעד חריג של ביטול חקיקה ירדנית שחלה באיו"ש; וכן משום שהעותרים לא הציגו תשתית עובדתית קונקרטית לקיומה של אפליה, ותשתית משפטית למתן הסעד המבוקש על ידם.

לגופה של העתירה טוענים המשיבים כי העותרים לא הציגו בסיס עובדתי שמלמד על קושי או חסם של ממש ברכישת מקרקעין באזור למי שהוא בגדר "זר", ולגבי עיקר העסקאות לא קיים כל חסם או קושי. לדבריהם, ההגבלה שבה עוסקת העתירה אינה רלוונטית ביחס למרבית עסקאות המקרקעין שבתחומי הערים והיישובים באיו"ש; גם לא ביחס לעסקאות המבוצעות במקרקעין המנוהלים על ידי הממונה (כגון עסקאות שנרשמות במרשמי חברות משכנות ועסקאות לקבלת זכות בר רשות במקרקעין). באשר לעסקאות באזור שאינן נכללות תחת קטגוריות אלה, ישנו אפיק מעשי לרכישת מקרקעין על ידי זרים. בהקשר זה טוענים המשיבים, כי העותרים לא הציגו ולו מקרה פרטני אחד שבמסגרתו נדחתה בקשה לקבלת היתר עסקה מראש המינהל האזרחי בשל שיקולים שנוגעים לאינטרס הציבורי.

המשיבים טוענים עוד כי ההכבדה המינורית שנובעת מההסדרים המשפטיים החלים באזור אינה מהווה הצדקה מספקת לשינוי הדין הקיים, וזאת לנוכח אמנת האג שבה נקבע כי יש לכבד את החוקים שעמדו בתוקף בארץ אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לכך. בבדיקה שנערכה בהובלת משרד הביטחון לאחר הגשת העתירה, נמצא כי תיקוני חקיקה שעשויים להשפיע על מעמד המקרקעין באיו"ש מעוררים רגישות מדיניות מוגברת. לשיטת המשיבים, המענה המעשי הקיים לצורך ברכישת קרקעות, והמורכבות הכרוכה בשינוי החקיקה המבוקש על ידי העותרים, מובילים למסקנה כי על בית המשפט להימנע מהתערבות בהוראות חוק איסור מכירה לזרים, ויש לדחות את העתירה.

דיון והכרעה

10. לאחר עיון בעתירה ובתשובות לה וכן שמיעת טיעוני הצדדים בעל פה, הגענו לכלל דעה כי דין העתירה להידחות בהיעדר עילה להתערבות שיפוטית.

כמתואר לעיל, העתירה מכוונת לכך שנורה למפקד הצבאי לבטל חוק ירדני שחל באיו"ש מזה עשרות שנים, מעת שנחקק בשנת 1953. אף אם נניח לטובת העותרים כי יש בסיס משפטי להורות למפקד הצבאי לפעול לשינוי הדין באופן המבוקש על ידם, איננו מוצאים הצדקה לכך שנחייב אותו לעשות כן. זאת על יסוד הכלל שלפיו בית משפט זה ביושבו כבית משפט גבוה לצדק, מפעיל ביקורת שיפוטית על אופן הפעלת שיקול הדעת של המפקד הצבאי, אך לא ממיר את שיקול הדעת של המפקד הצבאי בשיקול דעתו שלו (ראו ב-בג"ץ 358/18 עיריית חברון נ' מדינת ישראל, ס' 26 (30.6.2019)).

11. המשיבים פרשו לפנינו קשת של שיקולים כבדי משקל שמצדיקים את הותרת המצב הקיים על כנו, ובראשם עמדת המשפט הבינלאומי הפומבי כפי שבאה לידי ביטוי באמנת האג, ומחייבת את המפקד הצבאי לשמר ככל הניתן את המצב המשפטי הקיים; וכן הרגישות המדיניות המוגברת שכרוכה בעריכת שינוי חקיקה שמשפיעים על מעמד המקרקעין באיו"ש. עמדת זו לא גובשה כלאחר יד, אלא בתום עבודת מטה שבה השתתפו גורמים מדיניים, ביטחוניים ומשפטיים. לכך מצטרפת העובדה שהמפקד הצבאי משמש כזרוע הארוכה של ממשלת ישראל באזור, וככזה הוא "מדבר בשם המדינה" בכל הנוגע למדיניות המיושמת שם (ראו ב-בג"ץ 9594/09 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, ס' 15 (21.4.2010)).

אל מול השיקולים התומכים בהקפאת המצב, ניצבת לשונו של חוק איסור מכירה לזרים. לא נכחד כי לחוק הירדני ניחוח גזעני משהוא מבחין בין דם לדם, ומקפח את זכותם של מי שאינם מ"מקור ערבי" לרכוש מקרקעין באיו"ש. עם זאת, לשון החוק לחוד והמציאות כשטח לחוד. המשיבים שבו והדגישו כי ההגבלה שנקבעה בחוק איסור מכירה

לזרים אינה רלוונטית ביחס למרבית עסקאות המקרקעין שמבצעים ישראלים באזור. זאת בין משום שמדובר ברכישת מקרקעין המצויים בתחומי הערים והיישובים, בין משום שמדובר במקרקעין המנוהלים על ידי הממונה. נוסף על כך, המצב המשפטי הקיים הוא כזה שבדרך לרכישת מקרקעין באזור ישנה למעשה אך משוכה בירוקרטית שאותה ניתן לצלוח במאמץ סביר.

12. כאשר המורכבות המדינית והביטחונית הכרוכה בשינוי המצב הקיים מונחת על כף אחת של המאזניים, ואילו ההשפעה המצומצמת שתהיה לשינוי כזה מונחת על הכף האחרת, מצטיירת תמונה ברורה של החלטה סבירה שהתקבלה על ידי המפקד הצבאי, ומשקפת את מדיניות הממשלה. במצב זה, חרף הקושי להשלים עם לשונו של חוק איסור מכירה לזרים, אין הצדקה להתערבותנו בשיקול דעתו של המפקד הצבאי.

סוף דבר. מכלל האמור עולה כי אין עילה להתערבות שיפוטית למתן הסעד המבוקש, והעתירה נדחית. בנסיבות המקרה איננו עושים צו להוצאות.

ניתן היום, ו' בחשון התשפ"ג (2.11.2022).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת