

מדינת ישראל

משרד המשפטים

ירושלים, כ"ו באייר תש"ם
12 במאי 1980

4-157

הוועץ המשפטי לממשלה

לכבוד
מר מנחם בגין
ראש הממשלה
ירושלים

אדוני ראש הממשלה,

הנדון: החוק הירדני בדבר רכישת קרקעות לצורכי ציבור

1. נתבקשתי על-ידי הממשלה, בישיבתה ביום י"ח אייר תש"ם (4 במאי 1980), לבדוק ולחוות דעה בשאלה אם, מבהינה משפטית, קיימת אפשרות שרשוח ישראלית תעשה שימוש בחוק הירדני בדבר רכישת קרקעות לצורכי ציבור, ומכוחו של חוק זה תפקיע קרקע לצורכי ההתישבות הישראלית ביהודה ושומרון. להלן חוות דעתי בשאלה זאת.

החוק הירדני בדבר רכישת קרקעות לצורכי ציבור

2. החוק הירדני בדבר רכישת קרקעות לצורכי ציבור - הלא הוא חוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) משנה 1953 (להלן: החוק הירדני) - מסמיך את הממשלה לרכוש קרקע מכל סוג שהוא, או זכות בקרקע, לצרכי ציבור. "צורך ציבורי", כפי הגדרתו בחוק, הוא "כל צורך שהחליטה לגביו הממשלה בהסכמתו של המלך כצורך ציבורי". החוק קובע את הדרך בה יש ללכת כדי לרכוש קרקע לפי חוק זה ואח החובה לשלם פיצויים לבעלי הקרקע.
3. השאלה היא, אם הסמכות לפי החוק הירדני מצוייה כיום בידי רשות ישראלית, ואם כן - איזו רשות ומה היקף הסמכות. החשובה לשאלה זאת מחבסת על שניים: ראשית, הדין החל באזור יהודה ושומרון (להלן: האזור); ושנית, המשפט הבינלאומי.

הדין החל באזור

4. מנשר מס' 2 שהוצא על-ידי המפקד הצבאי של האזור קובע כי המשפט שהיה קיים באזור ביום 7 ביוני 1967 יעמוד בחוקפו, עד כמה שאין בו משום סחירה לתחיקת הבטחון, ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צה"ל באזור. בהתאם לכך, החוק הירדני עדיין עומד בחוקפו באזור.

מדינת ישראל

משרד המשפטים

- 2 -

היועץ המשפטי לממשלה

5. לפי אותו מנשר כל סמכות של שלטון לגבי האזור או חושביו נחונה בידי מפקד האזור או מי שפועל מטעמו. מכאן שהסמכות להפקיע קרקע לצרכי ציבור לפי החוק הירדני נחונה כיום בידי מפקד האזור או מי שיוסמך לכך על ידו.

תחולת המשפט הבינלאומי

6. בית המשפט העליון אמר פעמים אחדות, בהקשרים שונים, כי חלקים מסויימים של המשפט הבינלאומי חלים על האזור. וכך אמר בית המשפט העליון, מפי השופט לנדוי, בבג"צ 256/72, חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נגד שר הבטחון, פ"ד כ"ז(1)124, 138:

"חובותיו וזכויותיו של שלטון צבאי מוגדרות על-פי צרכיו הצבאיים שלו עצמו מצד אחד, ומצד שני על-פי הצורך להבטיח ככל האפשר את חייה החקיניים של האוכלוסיה המקומית... בנתון לצרכים אלה חייב השלטון הצבאי לכבד את החוקים הקיימים ואח זכויותיהם הקנויות של התושבים בשטח שלטונו. ברוח זו מחייב אותו סעיף 43 של כללי האג "להבטיח ככל האפשר את הסדר והחיים של הציבור, תוך כיבוד החוקים הנוהגים בשטח, אלא אם קיימת מניעה מוחלטת לכך", וסעיף 46 מחייב את השלטון הצבאי "לכבד את הרכוש הפרטי".

- ראה גם בג"צ 606/78, אויב ואחרים נגד שר הבטחון ואחרים, פ"ד ל"ג (2) 113, 122, 129, 133; בג"צ 390/79, דויקאט ואחרים נגד ממשלת ישראל ואחרים, פ"ד ל"ד(1) 1, 14, 17, 29.

7. לאחרונה נאמר על-ידי הנשיא לנדוי בבג"צ 61/80, העצני נגד מדינת ישראל ואחרים (טרם פורסם) כי "נכונה העובדה שירדן לא הייתה מעולם הריבוץ החוקי באזור יהודה והשומרון". מכאן השאלה אם יש באמירה זאת כדי לשנות אח מה שנאמר על-ידי בית המשפט העליון בפסקי דין קודמים, בדבר התחולה של חלק מן המשפט הבינלאומי על האזור. על שאלה זאת השיב הנשיא לנדוי בשלילה, וכך אמר (שם):

"אין לערבב בין בעיה הריבונית ביהודה והשומרון לפי המשפט הבינלאומי לבין זכותו וחובתו של המפקד הצבאי לקיים את הסדר הציבורי באזור, כדי להבטיח את שליטתו באזור ולהנהיג בו משטר של שלטון החוק לטובת התושבים שבו. זכות זו וחובה זו, הנובעות מדיני המלחמה המנהגיים, באו לידי ביטוי בסעיף 43 של כללי האג".

- בהמשך דבריו מביא הנשיא לנדוי מדבריו של פרופ' יהודה בלוס, שכחב מאמר על נושא זה, ובו נאמר כי במקרה שלמדינה אשר החזיקה קודם לכן בשטח (בענינו - ירדן) לא הייתה ריבונית חוקית על השטח, חל על השטח "רק אותו חלק של דיני הכיבוש המכוון להגן על הזכויות ההומניטריות של האוכלוסיה".

מדינת ישראל

משרד המשפטים

- 3 -

היתוך המשפטי לממשלה

מכאן שבג"צ ימשיך לבדוק את המעשים וההחלטות של המפקד הצבאי באזור לאור כללי המשפט הבינלאומי החלים על האזור. כפי שבג"צ קבע, אלה הם הכללים ההומניטריים של דיני המלחמה המנהגיים.

8. לסיכום ענין זה יש לומר כי המפקד הצבאי של האזור מוסמך להפקיע קרקע לפי החוק הירדני, כפוף לכללים ההומניטריים של דיני המלחמה המנהגיים. דעה זאת, בדבר סמכותו של המפקד הצבאי להשחמש בחוקים קיימים בכפיפות לכללי המשפט הבינלאומי, מקובלת בספרות המשפטית, כך, לדוגמא, אומר בענין זה המלומד שוורצנברגר:

"It follows that, irrespective of any express authorisation, the Occupying Power remains free to make use for its purposes of the expropriation legislation in force in the occupied enemy territory prior to the occupation, provided that this complies with the minimum requirements of international law". (International Law, 2nd ed., Vol. 2, p. 245).

ההגנה על רכוש הפרט במשפט הבינלאומי

9. האם סמכותו של המפקד הצבאי באזור לפי החוק הירדני מוגבלת על-ידי כללי המשפט הבינלאומי? אמנת האג מסדירה את ההגנה על הרכוש הפרטי. בית המשפט העליון קבע כי אמנת האג מבטאת את דיני המלחמה המנהגיים, ולכן יש לה תחולה באזור. לפיכך בדק בית המשפט העליון במקרים אחדים (ובעיקר ענין בית אל וענין אלון מורה) את חוקיות הצווים שהוצאו על-ידי המפקד הצבאי לתפיסת קרקע פרטית לאור כללי האג.

10. ניתן לשאול אם כללי האג המגינים על הרכוש הפרטי הינם חלק מן הכללים ההומניטריים או, בלשונו של פרופ' יהודה בלום (פיסקה 7 לעיל), אם הם מכוונים להגן על הזכויות ההומניטריות של האוכלוסיה. החשובה היא שדיני המלחמה של המשפט הבינלאומי נחלקים, לענין זה, לשניים: ראשית, הדינים המיועדים להגן על זכויותיו של הריבון הקודם; ושנית, הדינים המיועדים להגן על האוכלוסיה המקומית, והם הדינים ההומניטריים. הדעה נוחנת כי הדינים המגינים על הרכוש הפרטי נכללים במסגרת הדינים ההומניטריים שנועדו להגן על האוכלוסיה המקומית. הנה כי כן, במשפט אלון מורה, כאשר דיבר השופט ויחקון על אמנת ג'נבה, אמר כך:

"לא הייתי אומר כי ההוראות "ההומניטריות" שבאמנה זו מחכוונות אך ורק להגנה על חיי אדם, בריאותו, חירותו או כבודו, ולא להגנה על רכוש. מי כמונו יודע ערכה של נחלה" (בג"צ 390/79, דויקאח נ. ממשלת ישראל, פ"ד ל"ד (1) 29,1).

11. ההגנה על הרכוש לפי המשפט הבינלאומי, אף שהיא מכוונת למנוע פגיעה ברכוש הפרטי על-ידי המפקד הצבאי, כפופה לחריגים. חריג אחד מחייחס לצורך הבטחוני, כלומר, שהמפקד הצבאי רשאי לחפוס קרקע פרטית לצרכים בטחוניים. כזכור, בית המשפט העליון קבע במשפט בית אל ובמשפט אלון מורה כי המפקד הצבאי רשאי לחפוס קרקע פרטית לצורך הקמת ישוב אזרחי אם הטעם העיקרי לתפיסה הינו בטחוני. חריג שני מאפשר למפקד הצבאי להפקיע קרקע פרטית לצרכי ציבור. בהתאם לכך מוסמך המפקד הצבאי באזור להפקיע קרקע פרטית לפי החוק הירדני, והלכה למעשה עשה המפקד הצבאי שימוש בסמכות זאת לצרכי ציבור שונים. אולם, הפקעה כזאת כפופה לכלל של המשפט הבינלאומי, הקובע כי סמכות זאת, כמו סמכויות אחרות של המפקד הצבאי, צריכה להיות מופעלת אך ורק לשם רווחת האוכלוסיה המקומית. כלל זה בא לידי ביטוי ברור בספרות המשפטית, והנה דוגמאות אחדות:

Von Glahn, The Occupation of Enemy Territory, (1957) p. 186:

"It should be mentioned, however, that an occupant appears to have the right to expropriate either public or private property solely for the benefit of the native population."

The Law of Land Warfare: U.S. Department of the Army, Field Manual 1956, para. 43:

"In order to ensure public order and safety, as required by Article 43 of the Hague Regulations, an occupant is authorized to expropriate either public or private property solely for the benefit of the local population."

See also E. H. Feilchenfeld, The International Economic Law of Belligerent Occupation, (1942), p. 50; Greenspan, The Modern Law of Land Warfare, p. 296; McDougal and Feliciano, Law and Minimum World Public Order, p. 757.

מהי אוכלוסיה מקומית לפי המשפט הבינלאומי

12. מה היא, אם כן, האוכלוסיה המקומית אשר עבורה רשאי המפקד הצבאי להפקיע קרקע פרטית לפי החוק הירדני? לעניננו ניתן לצמצם ולשאול אם האוכלוסיה הישראלית אף היא אוכלוסיה מקומית לענין זה. לשאלה זאת לא ניחנה עדיין חשובה פסקנית, ואין לי אלא להשיב על השאלה ככל שניתן על דרך הניחות המשפטית.

13. לצורך השאלה ניתן לחלק את האוכלוסיה הישראלית לשניים: האוכלוסיה המתגוררת בתחום מדינת ישראל והאוכלוסיה המתגוררת בתחום האזור. נראה הדבר שהאוכלוסיה המתגוררת בתחום מדינת ישראל לא חישוב "אוכלוסיה מקומית" של האזור. אם כך, מבחינה משפטית לא ניתן יהיה להפקיע קרקע פרטית לפי החוק הירדני לצורך חלק

זה של האוכלוסיה הישראלית. לשון אחר, נראה כי אין להפקיע קרקע פרטית לפי החוק הירדני כדי להקים ישובים חדשים עבור ישראלים שיעברו ממקום מושבם במדינת ישראל להתגורר בישובים אלה באזור.

14. ומה הדין לגבי האוכלוסיה הישראלית המתגוררת כיום בישובים שהוקמו באזור מאז שנת 1967? מבחינות מסוימות הרי היא, ללא ספק, אוכלוסיה מקומית. אולם השאלה הקובעת היא אם לצורך הכלל של המשפט הבינלאומי המגן על הרכוש הפרטי דינה כדין אוכלוסיה מקומית.

15. כטענה התומכת בחשובה חיובית ניתן לומר שמדובר באוכלוסיה המתגוררת בפועל באזור, חלקה במשך שנים לא מעטות, והמפקד הצבאי רשאי, ואולי אף חייב, להפעיל את סמכויותיו גם למען חלק זה של האוכלוסיה: בתחום הבטחון, השירותים הציבוריים וכל תחום אחר, כולל הפקעת קרקע לצורכי ציבור. לחיזוק טענה זאת ניתן להביא ציטטה מפסק דין של ביה המשפט העליון: בג"צ 256/72, חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נגד טר הבטחון ואחרים, פ"ד כ"ז (1) 124. בפסק דין זה נדונה השאלה אם המפקד הצבאי היה רשאי להורות כי החשמל לאזור חברון יסופק באמצעות חברת החשמל לישראל בע"מ, ולא באמצעות חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ. בית המשפט פסק כי אספקת חשמל הדרוש לצרכי האוכלוסיה המקומית שייכת לתפקידים המוטלים על השלטון הצבאי, כדי להבטיח את חייהם החקיינים של האוכלוסיה, וכי המפקד הצבאי רשאי היה להוציא צו בדבר אספקת החשמל לאזור חברון, ולענין זה להעדיף את חברת החשמל לישראל. בהקשר זה אמר השופט לנדוי (בע"מ 138):

"אין איפוא בפעילות הממשל הצבאי לגבי נשוא העחירה הזאת משום הפרה של הסעיף 43 לכללי האג. אדרבא, פעילות זו באה למלא את חובת הממשל לדאוג לרווחתה הכלכלית של אוכלוסיה האזור. לענין זה יש לראות את הושבי קרית-ארבע כמי שנוספו על האוכלוסיה המקומית וגם הם זכאים לקבל אספקה סדירה של חשמל."

16. אולם קיימות טענות בכיוון הפוך, כלומר, שהאוכלוסיה הישראלית באזור אינה נחשבת, לפי המשפט הבינלאומי, כ"אוכלוסיה מקומית" אשר מותר להפקיע עבורה קרקע פרטית. ואלה הטענות שניתן להעלות בכיוון זה:

מדינת ישראל

משרד המשפטים

- 6 -

היתוך המשפטי לממשלה

- (א) כאשר המשפט הבינלאומי קובע כי ניתן להשמש בחוק המקומי כדי להפקיע קרקע פרטית לצרכי "האוכלוסיה המקומית", מסתבר שהכוונה היא לאבחן בין "האוכלוסיה המקומית" לבין סוג אוכלוסיה אחר, וניתן לטעון שהכוונה היא לאוכלוסיה הבאה מחוץ לאזור ונספחת "לאוכלוסיה המקומית". אחרת, לפי טענה זאת, די אם הכלל היה מדבר על אוכלוסיה סתם, ולא היה צורך להוסיף ולומר "אוכלוסיה מקומית".
- (ב) יהיה אולי מי שיבקש לחזק טענה זאת על ידי סעיף 49 באמנה הרביעית של ג'נבה משנת 1949. סעיף זה מדבר על הערכת אוכלוסיה לשטח מוחזק, ובין היתר הוא אוסר על המדינה המחזיקה להעביר חלקים מן האוכלוסיה האזרחית שלה לשטח המוחזק. ישראל טוענת לענין זה, ראשית, כי אמנה זאת אינה חלה באזור, ושנית, כי לגופו של ענין ההתיישבות הישראלית באזור אין בה הפרה של סעיף זה באמנה. עם זאת יחכן שיהיה מי שיסחמך על סעיף זה כדי לטעון שאוכלוסיה כזאת, המורכבת מאזרחי המדינה המחזיקה, אינה יכולה להחשב במשפט הבינלאומי כחלק מן "האוכלוסיה המקומית" שלטובחה ניתן להפקיע קרקע פרטית.
- (ג) אפשר שהזיקה החזקה הקיימת להלכה ולמעשה בין החושבים הישראליים באזור לבין מדינת ישראל חועלה כחיזוק לטענה שאין הם, לצרכי המשפט הבינלאומי, חלק מן "האוכלוסיה המקומית" של האזור.
- (ד) כידוע, המשפט הבינלאומי מסמיך את המפקד הצבאי לחפוס קרקע פרטית לצרכים בטחוניים. כלל זה של המטפט הבינלאומי מסמיך ומגביל בעת ובעונה אחת, כלומר, אין הוא מתיר למפקד הצבאי לחפוס קרקע פרטית לצרכים שאינם בטחוניים. ניתן לטעון שנובע מכלל זה כי המפקד הצבאי אינו רשאי להשמש בחוק המקומי כדי לעקוף מגבלה זאת ולהפקיע קרקע פרטית לצרכים שאינם צבאיים של אזרחי המדינה המקומית. האם, ישאל מי שישאל, אותה קרקע פרטית שתפיסתה על-ידי המפקד הצבאי לשם הקמת ישוב עבור אנשים מסויימים נפסלה, טשום שלא נחבסה על צרכים בטחוניים, חורשה הפקעה עבור אותם אנשים ולאוחו צורך, בתנאי שהמפקד הצבאי יקבע זאת כצורך ציבורי? לשון אחר, תיחכן טענה כי מתן אפשרות למפקד הצבאי להפקיע קרקע פרטית לכל צורך שיוגדר על-דו כצורך ציבורי, ובכלל זה צרכים של אזרחי המדינה המחזיקה, אינו מחייב עם הכלל של המשפט הבינלאומי הקובע כי המפקד הצבאי רשאי לחפוס קרקע פרטית, אולם רק לצורך בטחוני.

מדינת ישראל

משרד המשפטים

- 7 -

היועץ המשפטי לממשלה

(ה) כנגד טענות אפשריות אלה ניתן להסחמך על דברי בית המשפט העליון במשפט חברת החשמל למחוז ירושלים (פיסקה 15 לעיל), לפיהם "לענין זה יש לראות את חושבי קרית-ארבע כמי שנוספו על האוכלוסיה המקומית וגם הם זכאים לאספקה סדירה של חשמל". אולם על כך ניתן להשיב שדברים אלה של בית המשפט יש להם משמעות מוגבלת בהתחשב בהקשר: הדברים נאמרו כאימרה-אגב לענין אספקת החשמל, בחשובה לטענות של חברת חשמל מחהרה; בפני בית המשפט לא היה עותר שהתלונן על פגיעה בקרקע שלו; שאלת האפשרות להשתמש בחוק הירדני בדבר הפקעה לצורכי ציבור לא הועלתה כלל בפני בית המשפט; ולפיכך, ניתן להוסיף ולטעון, אין דברי בית המשפט מלמדים בהכרח שגם לצורך הפקעת קרקע לפי החוק הירדני ניתן לראות את חושבי קרית-ארבע כמי שנוספו על האוכלוסיה המקומית.

(ו) מי שיעלה טענות אלה עטוי לטעון שמכל מקום, גם לפי פירוש רחב של הדברים שנאמרו במשפט חברת החשמל למחוז ירושלים, יש להבחין בין הפקעה של קרקע פרטית לצרכי קו חשמל, אספקת מים, דרך ציבורית וכיוצא בזה, במיוחד כשהם עשויים לשמש את כלל האוכלוסיה באזור, לבין הפקעה של קרקע פרטית לצרכים של הרחבת ישוב ישראלי.

(ז) עוד ניתן לעורר את השאלה אם אפשר לפרש את הביטוי "צורך ציבורי" בחוק הירדני, מבחינת כוונת המחוקק, כחופס גם צורך של ההחישבות הישראלית.

17. הטענות שהובאו לעיל מלמדות על הבעייתיות של ההצעה להפקיע קרקע פרטית לפי החוק הירדני לצורך ההחישבות הישראלית באזור. בשלב זה איני רואה לנכון להביע הערכתי כיצד עשוי בית המשפט להכריע בענין זה אם ידרש לכך.

עם זאת אני רואה לנכון להציג את החוצאות האפשריות של החלטה להשתמש בחוק הירדני לשם הפקעת קרקע פרטית לצורך ההחישבות הישראלית באזור, לחיוב ולשלילה.

חוצאות אפשריות. ל הפקעה מכוח החוק הירדני

18. כאמור, החלטה להפקיע קרקע מכוח החוק הירדני לצורך הקמת ישובים ישראליים חדשים תעמוד על בסיס רעוע מבחינה משפטית, בשל הטענה שהפקעה כזאת לא תהיה לצרכי "האוכלוסיה המקומית". גם מבחינה מעשית מתעוררת שאלה בדבר הצורך בהפקעה כזאת. באזור מצוייה קרקע ממשלתית בכמות גדולה. לפי סקר שנערך לפני כשנה על-ידי הממונה על הרכוש הממשלתי באזור, מצויים באזור כ-766,000 דונם הרשומים על שם המדינה (ומהם למעלה מ-550,000 דונם בנפות רמאללה, שכם, טול כרם וג'נין).

יחכן שחלק מקרקעות אלה אינם מחאימים להתישבות וחלק אחר תפוס ומעובד על-ידי חושבים ערביים. הדבר צריך בדיקה כדי שניתן יהיה לקבוע מהן הקרקעות הממשלתיות הפנויות ומתאימות להתישבות. נוסף לכך מצויות קרקעות ממשלתיות בין הקרקעות שאינן מוסדרות. לפני זמן-מה החלה מערכת הבטחון בסקר שנועד לאתר קרקעות אלה. ביום 30 באפריל 1980 מסר סגן שר הבטחון בישיבת הממשלה כי הסקר טרם נסתיים, אך עד אוחו מועד אחרו כ-600,000 דונם קרקעות ממשלתיות (ככל הנראה, נוסף לקרקעות הרשומות על שם המדינה). גם לגבי קרקעות אלה יש לבדוק ולכרר מהן הקרקעות הממשלתיות המחאימות לצרכי ההתישבות. כמו-כן יש להוסיף שאם קיים צורך בסחוני להקים ישוב במקום מסויים, ובאוחו מקום/קרקע ממשלחית, יכול המפקד הצבאי בצו לחפוס קרקע פרטיח לצורך הקמת ישוב באוחו מקום. במצב זה מהעוררת ביתר חוקף השאלה, לא רק מן הבחינה המשפטית, אם יש עכשיו להפקיע קרקע פרטיח לצורך הקמתם של ישובים חדשים באזור.

19. נובע מכאן כי אם יוחלט על הפקעת קרקע מכוח החוק הירדני, חבוצע ההפקעה בפועל לצורך הרחבה של ישובים קיימים. בהקשר זה ראוי לציין את האפשרות להרחיב ישובים קיימים על-די הוספת קרקע ממשלחית. לפני חודשים אחדים החליטה הממשלה לבדוק את האפשרות להוסיף קרקע לישובים מסויים, והבדיקה העלתה שלגבי רוב הישובים ניתן היה להוסיף קרקע ממשלחית שחסיק, ככל הנראה, להתפתחות הצפויה במשך מספר שנים לפחות. ניתן, כמובן, להמשיך בדרך זאת, ולבדוק את המצב לגבי ישובים אחרים, במגמה לפתור את הבעיות הקרקעיות שלהם.

20. קיים ככל הנראה מספר קטן של ישובים באזור הזקוקים לחוספת קרקע ואין בצמוד להם קרקע ממשלחית שתמש לצרכי הרחבה כנדרש. דוגמאות בולטות הן עופרה וקרית-ארבע. הקרקע הצמודה לישובים אלה היא בעיקרה קרקע פרטיח-מעובדה. אם יוחלט על הפקעה מכוח החוק הירדני, יהיה זה, מטחבר, בראש ובראשונה כדי לענות על הצרכים של ישובים אלה ואחרים במצבם.

21. הפקעת קרקע מכוח החוק הירדני במקרים מסוג זה חהווה שינוי המדיניות הקיימת של הממשלה, לפיה יש להימנע, ככל שניתן, מתפיסת קרקע פרטיח לצרכי ההתישבות הישראלית. כאמור, הקרקע המבוקשת לצורך ההרחבה של עופרה הינה פרטיח ומעובדת, והעמק שבין קרית ארבע לבין גבעת החרסינה, ההולכת ונבנית, הינו מעובד ומיושב (ולפיכך אף לא נכלל בחכנית המחאר של קרית ארבע שהוכנה במשרד הבינוני והשיכון).

22. קרוב לוודאי שהפקעת קרקע פרטיח מכוח החוק הירדני לצורך ההתישבות הישראלית תביא התידנות משפטית בשאלת החוקיות של ההפקעה. על-פי חחיקה הבטחון באזור אי-אפשר יהיה להתדיין בענין זה בפני בחי-המשפט המקומיים. לעומת זאת, על-פי החוק הקיים בישראל, חהיה הדרך פחוה בפני הבעלים של קרקע שהופקעה לחקוף את החלטת ההפקעה

מדינת ישראל

משרד המשפטים

- 9 -

היתוך המשפטי לממשלה

בפני בג"צ, ונוסף לכך לחבוע פיצויים עבור הקרקע בועדת העררים הפועלת באזור מכוח תחיקת הבטחון.

23. יש להניח שבג"צ יזקק לדיון בכל עתירה מסוג זה. נוסף לכך, לפי הנסיון באשר להחדינות בבג"צ, לא רק לגבי תפיסת קרקע לצורך החישובת ישראלית ביהודה ושומרון, אלא גם לגבי הפקעת קרקעות לצרכי ציבור בחוסי מדינת ישראל, קיימת האפשרות שביח המשפט יוציא צו ביניים אשר ימנע תפיסת חזקה בקרקע עד חוס הדיון המשפטי. על-פי הנסיון, הדיון במשפטים כאלה עלול להימשך תקופה ארוכה, במיוחד אם תהיינה עתירות רבות מסוג זה, וביח המשפט יחקשה לטפל בכלוך במהירות. לפיכך צריך לקחת בחשבון את האפשרות שגם אם יוחלט על הפקעת קרקעות לפי החוק הירדני באופן מייד, לא תסתיים ההחידנות המשפטית בקשר לכך, ולא יהיה ניתן לחפוס חזקה בקרקעות, לגדרן או לעשות בהן שימוש אחר, במשך תקופה ארוכה. אפשרות כזאת מעוררת את שאלת ההפקעות במסגרת הסדר האוטונומיה. לשאלה זאת עוד אשוב.

24. לאחרונה חל שינוי מסויים בגישתו של בג"צ כלפי הפקעת קרקעות לצרכי ציבור בחוסי מדינת ישראל לפי החוק הישראלי. הדוגמא הבולטת ביותר היא ההחלטה להפקיע קרקע בנגב (באזור לגיה) לצורך הקמת עיירה של בדואים. ההחדינות בענין זה בפני בג"צ נמשכת כבר זמן רב, ועד כה לא היה בג"צ מוכן לאשר את ההפקעה, משום שעדיין לא השתכנע שקיימת הצדקה מבחינת הצורך הציבורי להפקיע קרקע חקלאית ואי אפשר להסתפק לאותו צורך בגבעות סמוכות שאינן ניתנות לעיבוד חקלאי. בשלב זה מחקימים בפני בית המשפט, לפי יוזמתו, דיונים על אפשרות של פשרה לגבי הפקעת הקרקע בלגיה. קיימת האפשרות שבג"צ, גם אם יאשר באופן עקרוני את השימוש בחוק הירדני, ינקוט גישה דומה (ואולי אף קפדנית יותר) לגבי הפקעות לפי חוק זה לצרכי ההחישבות הישראלית באזור. לפיכך מעוררת השאלה אם בג"צ היה מאשר, בחחומי מדינת ישראל ולפי החוק הישראלי, הפקעה כמבוקש, לדוגמא עבור עופרה או קרית ארבע. בחשובה יש לומר, לכל הפחות, שקיים ספק ממשי בדבר.

25. האמור לעיל מתייחס לאפשרות שבג"צ יאשר באופן עקרוני את חוקיות השימוש בחוק הירדני לשם הפקעת קרקע לצורך ההחישבות הישראלית באזור, ויבדוק בכל עתירה, כמו בישראל, את חקפות ההפקעה באותו מקרה. אולם, על יסוד הניתוח המשפטי (לעיל, פסקאות 15 ו-16), ברור שקיים חשש רציני שביח המשפט יפסול, מבחינה משפטית, את עצם השימוש בחוק הירדני לצורך זה. משום כך יש לתת את הדעת לאפשרות שכך יפסק ולמשמעות של פסיקה כזאת.

26. פסק הדין של בית המשפט בענין זה עלול לדרוש הכרעה בשאלות בעלות משמעות עקרונית, מעבר לשאלת ההפקעה, ובעיקר:

מדינת ישראל

משרד המשפטים

- 10 -

היועץ המשפטי לממשלה

(א) האם המחייבים הישראליים נחשבים, מבחינת המשפט הבינלאומי, כ"אוכלוסיה מקומית". האפשרות של החלטה שלילית בשאלה זו יש לה השלכות מרחיקות לכת, לא רק מבחינה מדינית - הסברתית, אלא גם מבחינה משפטית, שכן לפי המשפט הבינלאומי המפקד הצבאי חייב להפעיל את כל סמכויותיו לפי החוק המקומי לטובת "האוכלוסיה המקומית".

(ב) האם עצם ההתישבות הישראלית באזור מחייבת עם סעיף 49 של אמנת ג'נבה (ראה לעיל פסקה 16(ב)). עד כה נמנע בית המשפט מלפסוק בשאלה זאת. ראה, לדוגמא, בג"צ 390/79, דויקאח נגד ממשלת ישראל, פ"ד ל"ד(1)1, 29.

27. בסיום, אני רואה חובה לעצמי להפנות את חשומת הלב לשיקולים במישור המדיני הנובעים מן השיקולים המשפטיים:

(א) מן הראוי לקחת בחשבון את התגובות הצפויות במישור המדיני והבינלאומי בעקבות החלטה של הממשלה להפקיע קרקע פרטית לפי החוק הירדני לצרכי ההתישבות באזור וכן בעקבות ההחלטות וההחלטה של בית המשפט בעניין זה.

(ב) יש לשקול את האפשרות שהחלטת הממשלה כאמור תשפיע על שיחות האוטונומיה. בהקשר זה יתכן שחישמע הטענה כי הפקעת קרקע באזור, על-ידי המפקד הצבאי לצרכי ההתישבות הישראלית, אינה מחייבת עם רוח הסכם קמפ-דייוויד. כמו-כן יתכן שחועלה השאלה כיצד ישראל טוענת שהמחייבים הישראליים הינם חלק מן האוכלוסיה המקומית לענין ההפקעה לצרכי ציבור אך אין הם נחשבים חושבים של האזור לענין האוטונומיה.

(ג) אם יוחלט על הפקעה מכוח החוק הירדני, עשויה להתעורר השאלה של חוקי ההפקעה במסגרת שיחות האוטונומיה או, אם השאלה לא חוכרת במסגרת השיחות, במסגרת האוטונומיה עצמה לכשחקום. זו שאלה קשה ומורכבת ואיני רואה צורך, בשלב זה, להציג ניחוח והערכה בשאלה זאת.

סיכום

28. בסיכום, מן הראוי לחזור ולציין כחמצית את השיקולים העיקריים הכרוכים בשאלה אם להפקיע קרקע לפי החוק הירדני עבור ההתישבות הישראלית, חוך נסיון להעריך את ההשלכות האפשריות, כדי שניתן יהיה לבסס עליהם את ההחלטה בעניין זה:

מדינת ישראל

משרד המשפטים

- 11 -

היועץ המשפטי לממשלה

- (א) נראה כי מן הבחינה המשפטית לא ניתן יהיה להפקיע לפי החוק הירדני קרקעות בקנה מידה גדול כמבוקש לצורך הקמת ישובים חדשים. נראה גם כי אין הכרח בהפקעה כזאת, משום שלפי הנחונים הקיימים מצויים באזור קרקע ממשלתית במידה מספקת לצורך זה. אם קיים צורך בטחוני בהקמת ישוב במקום מסויים, בו אין בנמצא קרקע ממשלתית, ניתן לתפוס אף קרקע פרטית לשם הקמת הישוב.
- (ב) כמידה שיש צורך בקרקע להרחבת ישוב קיים, מן הראוי לבדוק בכל מקרה אם קיימת קרקע ממשלתית שניתן לצרפה לאותו ישוב. לאחרונה נעשו בדיקות כאלה, על-פי החלטת הממשלה, וברוב המקרים נמצאה קרקע ממשלתית.
- (ג) יתכן שלגבי מספר ישובים, בהם נדרשת קרקע לשם הרחבה, לא תימצא קרקע ממשלתית סמוכה. השאלה היא אם מאזן השיקולים מצדיק החלטה בדבר הפקעת קרקע לפי החוק הירדני בנסיבות אלה. להלן השיקולים העיקריים בשאלה זאת.
- (ד) מבחינה משפטית קיים ספק רציני בחוקיות השימוש בחוק הירדני לשם הפקעת קרקע פרטית לצורך ההתישבות הישראלית וקיימת אפשרות ממשית שבג"צ יפסוק כי הפקעה כזאת אינה חוקית.
- (ה) לצורך ההחלטה בשאלת החוקיות של ההפקעה, עשוי בג"צ להידרש להכרעה, שנמנעה עד כה, בשאלת המעמד של המתישבים והחוקיות של ההתישבות באזור.
- (ו) אם יאשר בג"צ באופן עקרוני את השימוש בחוק הירדני כאמור, עלולה ההחידנות בבג"צ בעתירות שחוגשנה כעקבות ההפקעות, להימשך חקופה ארוכה, ויש לקחת בחשבון את האפשרות שבינתיים יאסור בג"צ חפיסח חזקה בקרקע המופקעת עד להכרעת הדין.
- (ז) אם יאשר בג"צ באופן עקרוני את השימוש בחוק הירדני לשם הפקעה כאמור, עדיין תעמוד השאלה אם יאשר את ההפקעה במקרה ובמקום זה או אחר. לענין זה יש לקחת בחשבון שלאחרונה קיבל על עצמו בג"צ לבדוק באופן מהותי, כאשר הוא דן בהפקעת קרקע לצרכי ציבור בישראל, אם הורח הציבורי מצדיק את ההפקעה במקום ובהיקף בו מדובר. סביר להניח שבג"צ יפעל באורח דומה גם בענייננו. מכאן שקיים ספק אם בג"צ, גם אם יאשר באופן עקרוני את השימוש בחוק הירדני כאמור, יהיה מוכן לאשר את ההחלטה להפקיע קרקע במקום זה או אחר.

מדינת ישראל

משרד המשפטים

- 12 -

היועץ המשפטי לממשלה

(ח) יש לקחת בחשבון שעצם ההחלטה להפקיע קרקע פרטית לפי החוק הירדני לצרכי ההתישבות הישראלית, חעורר בקורת במישור המדינה והבינלאומי, ואולי אף השפיע על שיחות האוטונומיה.

29. כנגד הדרך של הפקעת קרקע פרטית לפי החוק הירדני, מן הראוי לשקול את הדרך המתבססת על המצב המשפטי הקיים. כאמור, מצוייה באזור קרקע ממשלחית בהיקף רחב, אם כי טרם נסחיימה הבדיקה שחקבע, ראשית, מה הן הקרקעות הממשלתיות במסגרת הקרקעות הכלתי-מוסדרות באזור, ושנית, אילו קרקעות מבין הקרקעות הרשומות על שם המדינה פנויות למעשה ומתאימות לשימוש לצרכי ההתישבות. לפיכך ניתן להקים ועדה, או מנגנון אחר, שיבדוק את הבעיות והצרכים הקרקעיים של כל ישוב, ויחפש פתרונות במסגרת המצב המשפטי הקיים, כלומר, שימוש בקרקע ממשלחית או חפיסה של קרקע פרטית לצרכי בטחון. אם יתברר, בעקבות בדיקה כזאת, שעדיין נותרו בעיות ללא פתרון מניח את הדעת, ניתן יהיה לחזור ולדון בדבר, כחחשב במהות ובהיקף של הבעיות.

בכבוד רב,

יצחק זמיר

היועץ המשפטי לממשלה

שר המשפטים

העתק: