

מבט על, גיליון 1335, 16 ביוני 2020

פסיקת בג"ץ על חוק ההסדרה – משמעויות

פנינה שרביט ברוך

ב-9 ביוני 2020 קבע בג"ץ, ברוב של שמונה שופטים ונגד דעתו החולקת של השופט סולברג, כי חוק ההסדרה הוא בלתי חוקתי ודינו להתבטל. פסילת החוק הייתה צפויה, שכן הוא נוסח באופן גורף וכוללני והתקבל על אף התנגדות היועץ המשפטי לממשלה. פסק הדין מונע הכשרה גורפת של בנייה בלתי חוקית בהתיישבות ביהודה ושומרון, אולם מותיר אפשרות מענה למקרים פרטניים שבהם מתיישבים בנו על קרקעות פרטיות. לפיכך, הנזק המעשי להתיישבות מפסילת החוק אינו כה משמעותי. לעומת זאת, התועלת בזירת המערכה הבינלאומית מפסילת חוק, שהיה משמש נגד גורמים ישראליים בהליכים משפטיים וכן במערכה על תדמיתה של מדינת ישראל, היא ניכרת. פסילת החוק על בסיס הדין הישראלי, משמעותה שגם החלת ריבונות/סיפוח על הישובים באזור לא תאפשר הכשרה גורפת של בנייה בלתי חוקית על אדמות פרטיות של פלסטינים.

ב-9 ביוני 2020 קבע בג"ץ, ברוב של שמונה שופטים, נגד דעתו של השופט סולברג, כי חוק ההסדרה הוא בלתי חוקתי ודינו להתבטל.

חוק ההסדרה מפברואר 2017 נועד להסדיר בנייה ביהודה ושומרון בשני סוגי מקרים: בנייה במקרקעין בבעלות פרטית, על ידי הפקעת זכויות השימוש והחזקה במקרקעין והקצאתם לצרכי ההתיישבות שנבנתה עליהם, תוך תשלום פיצוי לבעלי המקרקעין; ובנייה במקרקעין שלא הוכרזו כאדמות מדינה, על ידי רישום כרכוש ממשלתי תוך מתן תקופה של שנה לטוען לזיקה במקרקעין להוכיח את זכויותיו. החוק חל על כל בנייה שנעשתה בתום לב או בהסכמת המדינה, במפורש או במשתמע. אמנם החוק מנוסח בלשון אובייקטיבית, אולם מן ההקשר ומן התנאים הקבועים בו, ברור כי הוא נועד להכשיר בנייה בהתיישבות היהודית על קרקע שיש בה זכויות, או זכויות פוטנציאליות, לפלסטינים.

נגד החוק הוגשו מספר עתירות. היועץ המשפטי לממשלה הגיש לבג"ץ עמדה המתנגדת לחוק, והממשלה יוצגה בדיון על ידי עורך-דין פרטי. יישום החוק עוכב עד לקבלת ההחלטה בעתירות. בית המשפט קבע כי החוק אינו חוקתי ולכן הוא בטל. למדינה ניתנו 90 יום להיערך לחידוש הליכי ההריסה.

פסק הדין העיקרי נכתב על ידי נשיאת בית המשפט העליון, אסתר חיות, אשר קבעה כי החוק פוגע בזכות לקניין ובזכות לשוויון של תושבי האזור הפלסטינים ולכן ניתן להצדיקו רק אם יעמוד במבחני החוקתיות שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מציאת פתרון למתיישבים לגבי בנייה שנעשתה בתום לב ובהסתמך על מצגי רשויות המדינה היא תכלית ראויה, זאת בניגוד לתכלית "המערכתית" של הסדרה כללית של הבנייה הבלתי חוקית. עם זאת, נטילה גורפת של זכויות במקרקעין אינה מידתית, וזאת בפרט לאור קיומם של אמצעים חלופיים.

לדברי הנשיאה :

"חוק ההסדרה מבקש להכשיר בדיעבד מעשים בלתי חוקיים שבוצעו על ידי אוכלוסייה מסוימת באזור תוך פגיעה בזכויותיה של אוכלוסייה אחרת, וזאת בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית. אין מדובר בהסדר שהוא "עיוור" לקבוצת הניזוקים שיפגעו מיישומו, אלא בהסדר הפוגע ביוזעין ובאופן בלתי שוויוני בזכות הקניין של תושבי האזור הפלסטינים בלבד והוא מעניק בכורה לאינטרסים הקנייניים של המתיישבים הישראלים, ללא כל בחינה פרטנית ומבלי ליתן משקל מספק למעמד המיוחד של תושבי האזור הפלסטינים כיתושבים מוגנים".

השופט סולברג, בדעת מיעוט, מסכים שפגיעתו של החוק בזכויות חוקתיות, לקניין ולשוויון, מחייבת ביקורת שיפוטית על החוק. ואולם, לאור אופיו הפוליטי של החוק נדרשת זהירות יתרה בביקורת זו. לעמדתו, תכלית החוק של הסדרת ההתיישבות היא ראויה ומתקיים איזון ראוי בין התועלת המדינית והאנושית הצומחת מהחוק, לבין הנזק הנובע מפגיעתו בזכויות. בראייתו, חוק ההסדרה מבטא גישה פרגמטית למציאות מורכבת וביטולו יגרום קיפאון, חוסר ודאות ופינוי והריסה שברובם חסרי תועלת לבעלי הקרקע. עם זאת, השופט סולברג סבור כי יש לצמצם את החוק, כך שיחול רק על מבני מגורים, מבני ציבור או תשתיות חיוניות, ולא על מתקנים חקלאיים ואמצעי ייצור, וכן שלא יחול כאשר המתיישבים הסתמכו על הסכמה שניתנה על ידי רשויות מקומיות ומוסדות מיישבים, ללא הסכמה של גורם ממשלתי.

משמעויות

1. בית המשפט קבע שחוק ההסדרה אינו עומד בדרישות הדין הישראלי, הן בדרישות החוקתיות שבחוקי היסוד והן בדיני ההפקעה, שכן הפקעת מקרקעין של פלסטינים לצרכי התיישבות, מבלי שהם נהנים מההפקעה, אינה נחשבת הפקעה ל"צורך ציבורי". המשמעות היא שהחלת הדין הישראלי על השטח במהלך של החלת ריבונות/סיפוח לא תפתור בהכרח את הבעיות המשפטיות של הבנייה הבלתי חוקית בהתיישבות ולא תאפשר הכשרה גורפת שלה.

2. הממד הפוליטי מתבטא בפסק הדין במחלוקת לגבי התכלית הראויה של החוק. בעוד השופטים סולברג והנדל קובעים שגם התכלית המדינית-לאומית של החוק - הסדרתה ופיתוחה של ההתיישבות - היא תכלית ראויה, הנשיאה חיות קובעת כי רק התכלית "האנושית", של מענה למתיישבים תמי הלב, היא ראויה. את התכלית המדינית, שהיא מכנה "מערכתית", היא מגדירה כ"הכשרה בדיעבד של התיישבות בלתי חוקית על מקרקעין שאינם רכוש ממשלתי באזור", ופוסקת כי אין זו תכלית ראויה. גישה זו מכניסה את בית המשפט להתנגשות חזיתית בשדה הפוליטי. ניתן היה לנקוט גישה זהירה יותר, כפי שעשה השופט הנדל. לעמדתו, אין מקום שבית המשפט יכריע במחלוקת הציבורית הנוקבת "ויקבע כי הפתרון שבו דוגל מחנה פוליטי מסוים - ואשר אומץ בחוק ההסדרה - אינו משרת את האינטרס הישראלי." את הניתוח הוא ממקד ביישום מבחן המידתיות, ומוצא שהחוק אינו מקיים איזון ראוי בין הפגיעה בזכויות החוקתיות לתועלת מן החוק.

3. כפי שעולה מפסק הדין, להרבה מהמקרים הפרטניים ניתן למצוא פתרונות מעשיים. החוק נועד להסדיר באופן גורף בנייה בלתי חוקית, תוך הפליה מובהקת לטובה של המתיישבים הישראלים על פני הפלסטינים. בכך גובש הסדר שמתנגש חזיתית עם עקרונות חוקתיים, כפי שאף הסביר היועץ המשפטי לממשלה במהלך תהליך החקיקה. תומכי חוק ההסדרה ידעו

היטב שבית המשפט יתקשה להכשירו וסביר שמטרתם הייתה, בין היתר, להביא "הוכחה" נוספת לאופי הפוליטי של בית המשפט, המסכל את מדיניות הימין, ולצורך לרסן אותו.

4. לפי הנתונים בפסק הדין, נכון ל-2016 היו באזור יהודה ושומרון 3,455 מבני קבע ומבנים יבילים בלתי-חוקיים של התיישבות ישראלית על מקרקעין בבעלות פלסטינית פרטית. עם זאת, אין המשמעות שכל המבנים הללו יצטרכו להיהרס. מפסק הדין עולה כי הסדרה פרטנית של מבנים שנבנו בתום לב ועל בסיס הסכמה של המדינה היא צעד סביר. בכך יינתן פתרון למעל 1000 מבנים, שנבנו על אדמה שנחשבה כאדמת מדינה מוכרזת והסתבר שהיא פרטית רק בשל בחינה מחודשת של גבולות ההכרזה באמצעים מדויקים על ידי צוות מיוחד ("צוות קו כחול"). פסק הדין אף פותח פתח למתן מענה מעשי למקרים נוספים, על בסיס בחינה פרטנית וביצוע איזון ראוי. הניסיון בחוק ההסדרה לתת פתרון גורף וכוללני הוא מוקד הבעיה.

5. בית המשפט נמנע מלהכריע בשאלה עד כמה ניתן לחוקק חקיקה ישראלית שתחול במישרין בשטחים והאם חקיקה כזו כפופה למגבלות הדין הבינלאומי החל בהם. במקום זאת, הוא עסק בעיקר בניתוח ההיבטים החוקתיים של החוק. עם זאת, הגם שבית המשפט לא התמקד בשאלת התאמתו של החוק לכללי המשפט הבינלאומי, הוא התחשב באלה בעת בחינת החוקתיות. בסופו של דבר, פסילת החוק עולה בקנה אחד עם דרישות המשפט הבינלאומי.

6. סוגיית ההתנחלויות נמצאת תחת בחינה של בית הדין הפלילי הבינלאומי וניתן להניח שתיפתח חקירה פלילית בנושא. פסק הדין מסייע לישראל בכמה היבטים:

(א) ביטול החוק בשל פגיעתו בזכויות הפלסטינים מעיד שבית המשפט בישראל שומרים על זכויותיהם. בכך מסייע פסק הדין גם בביסוס טענת המשלימות, קרי שיש לישראל מערכת משפטית עצמאית ואפקטיבית ולכן אין מקום להתערבותו של בית הדין.

(ב) חוק ההסדרה היה מחזק טענות לעבירות של נטילת רכוש מהפלסטינים שלא כדין. אמנם ישראל מואשמת בפשע של עצם הקמת ההתנחלויות, אך בעוד שיש ספק עד כמה קיים פשע מלחמה מנהגי שכזה, העבירה של פגיעה ברכוש פרטי מבוססת יותר בדין.

(ג) בית המשפט מבהיר כי השוואת הדין החל על ישראלים באזור לדין החל בישראל מוצדקת, כשהיא מתייחסת לתחומים בהם יש שוני רלבנטי לעומת הפלסטינים. לעומת זאת, כפי שמסביר בית המשפט, חוק ההסדרה היה מעניק יחס שונה ומיטיב לעברייני בנייה ישראלים ביחס לעברייני בנייה פלסטינים. כך הייתה נוצרת אפליה פסולה. החוק היה יכול אפוא לחזק את הטענות בדבר קיומו של משטר "אפרטהייד", הן בהליכים בבית הדין והן במסגרת המערכה הבינלאומית לדה-לגיטימציה של ישראל.

לסיכום, פסק הדין אכן מונע הכשרה גורפת של בנייה ישראלית בלתי חוקית בהתיישבות שביהודה ושומרון, אולם מותיר אפשרות לתת מענה להרבה מן המקרים הפרטניים בהם מתיישבים בנו על קרקעות פרטיות. לפיכך הנזק המעשי להתיישבות מפסילת החוק אינו כה משמעותי. לעומת זאת, התועלת מפסק הדין בזירת המערכה הבינלאומית, בכך שנפסל חוק שהיה משמש נגד גורמים ישראלים בהליכים משפטיים וכן במערכה על תדמיתה של המדינה, היא משמעותית. בנוסף, ההתבססות של פסק הדין על הדין הישראלי – המשפט החוקתי ודיני הפקעת

מקרקעין בישראל – ופסילת החוק לאורם, משמעותם שגם החלת החוק הישראלי על היישובים (החלת ריבונות/סיפוח) לא תאפשר הכשרה גורפת של בנייה בלתי חוקית על אדמות פרטיות של פלסטינים.