

בית ספר הארי רדזינר
למשפטים

אוניברסיטת
רייכמן



אינטרס ההסתמכות של מתיישבים ישראלים בשטחים הפלסטינים

מיכל סליטרניק

כרך כה, תשפ"ב

אינטרס ההסתמכות של מתיישבים ישראלים בשטחים הפלסטיניים

מיכל סליטרניק*

לדעת רוב הפרשנים, הקמת יישובים ישראלים בשטחים הפלסטיניים היא בלתי חוקית. לכאורה, התוצאה המתחייבת מאי-חוקיות זו היא פינוי של היישובים. אולם ניתן לטעון כי העובדה שמוסדות שלטון ישראלים אישרו את הקמת היישובים (במפורש או במשתמע) מקימה לתושבים זכות להישאר במקומם. טענה זו מבוססת על הרעיון שכאשר הממשלה או מי מטעמה יוצרים מצג כאילו פעולה כלשהי היא חוקית, אנשים רשאים להסתמך על אותו מצג, ומערכת המשפט צריכה להגן על ההסתמכותם. רעיון זה אינו חדש, אך עד כה לא נערך כמעט דיון שיטתי בהצדקות ובתנאים להגנה על ההסתמכות על פעולה שלטונית בלתי חוקית. מאמר זה מבקש להתחיל לפתח דיון כזה, תוך התמקדות בהשלכותיו לגבי המתיישבים הישראלים בשטחים הפלסטיניים. המאמר בוחן הצדקות תועלתניות ולא תועלתניות להגנה על ההסתמכות בתום לב על פעולה שלטונית בלתי חוקית, ומציג שיקולים מרכזיים שראוי להביא בחשבון במסגרת ההחלטה אם להגן על ההסתמכות כזו וכיצד. המאמר טוען כי יישום שיקולים אלה ביחס למתיישבים הישראלים בשטחים הפלסטיניים מוביל למסקנה שאף על פי שחלק מהם פעלו בתום לב וצפויים להיפגע מהפינוי, ברוב המקרים אין הצדקה להגן על אינטרס ההסתמכות של תושבי התנחלויות, וכמעט לעולם אין הצדקה להגן על אינטרס ההסתמכות של תושבי מאחזים, וזאת לנוכח חומרת הפגיעה בעקרון שלטון החוק ובאינטרסים של האוכלוסייה הפלסטינית.

מבוא

פרק א: מתי ראוי להגן על ההסתמכות על פעולה שלטונית בלתי חוקית?

1. הצורך לשמור על שלטון החוק
2. הצורך להגן על ההסתמכות בתום לב

* מרצה, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה.

3. איזון בין השיקולים המתחרים
- פרק ב: הדין החל על ההתיישבות הישראלית בשטחים הפלסטיניים
1. הדין הבין-לאומי
 - (א) תקנות האג
 - (ב) אמנת ג'נבה
 2. הדין המנהלי הישראלי
 3. הדין המקומי בשטחים
- פרק ג: קידום התיישבות בלתי חוקית בשטחים על ידי רשויות השלטון בישראל
- פרק ד: מתי ראוי להגן על הסתמכות של מתיישבים ישראלים בשטחים?
- פרק ה: חוק ההסדרה
- סיכום

מבוא

בשנת 1967, במהלך מלחמת ששת הימים, כבשה מדינת ישראל שטחים נרחבים שלא היו בידיה לפני כן, לרבות רצועת עזה והגדה המערבית (להלן: השטחים הפלסטיניים או השטחים). בהתאם לדרישות המשפט הבין-לאומי, הגדירה מדינת ישראל את רוב השטחים הפלסטיניים כשטחים הנתונים בתפיסה לוחמתית,¹ והקימה בהם ממשל צבאי שבראשו עומד מפקד צה"ל באזור.² במרוצת השנים העבירה ישראל את סמכות הניהול

1 ממשלת ישראל ובית המשפט העליון הקפידו לאורך השנים להשתמש במונחים "תפיסה לוחמתית" או "החזקה" בתארם את השליטה הישראלית בשטחים הפלסטיניים, ולהימנע מלהשתמש במונח "כיבוש". מבחינת דיני הכיבוש הבין-לאומיים (law of belligerent occupation) אין הבדל בין המונחים, וגורמי השלטון בישראל ממילא אינם כופרים באופן עקרוני בתחולתם של דינים אלה בשטחים.

2 הדין הבין-לאומי המנהגי מטיל חובה על כוח שכובש שטח זר לנהל אותו באמצעות ממשל צבאי זמני שמוקם למטרה זו. ראו EYAL BENVENISTI, THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION (2nd ed. 2012) 4-5. הממשל הצבאי רשאי להפעיל בשטח הכבוש סמכויות ביצוע, חקיקה ושיפוט בכפוף להוראות הדין הבין-לאומי. לעומת זאת, סיפוח של שטח כבוש והכפפתו במישורין למוסדות השלטון הרגילים ולחוקיה של המדינה הכובשת מהווים הפרה של הדין הבין-לאומי, ובפרט של האיסור החל על רכישת טריטוריה באמצעות שימוש בכוח. ראו שם, בעמ' 6. בעוד שברוב שטח הגדה המערבית הקימה מדינת ישראל ממשל צבאי כנדרש על פי הדין הבין-לאומי, אזור מזרח ירושלים הוכפף לסמכותם הישירה של הכנסת, הממשלה ובתי המשפט הישראליים, וסופח למעשה לישראל. רוב מדינות העולם אינן מכירות בסיפוח האזור.

הפנימית ברצועת עזה ובמקצת משטחי הגדה המערבית לידי הרשות הפלסטינית, ואת שאר השטח הכבוש היא ממשיכה לנהל באמצעות ממשל צבאי.³

סמוך לאחר כיבוש השטחים הפלסטיניים על ידי ישראל החלו אזרחים ישראלים להתיישב בהם. עד לתחילת שנות התשעים של המאה הקודמת הוקמו כל היישובים הישראליים בשטחים באישור הממשלה, ולעיתים אף ביוזמתה. בשנות התשעים של המאה הקודמת החלו לקום לצד היישובים המורשים הללו, המכונים "התנחלויות", גם יישובים ישראליים אשר לא אושרו באופן רשמי על ידי הממשלה אך זכו בפועל בתמיכה ובסיוע מצד גורמי שלטון שונים. יישובים בלתי מורשים אלה מכונים "מאחזים". כיום מספר ההתנחלויות בשטחי הגדה המערבית הוא 132, מספר המאחזים הוא 121, ובכולם יחד מתגוררים כ-430,000 אזרחים ישראלים, לצד אוכלוסייה פלסטינית המונה כ-2.6 מיליון אנשים.⁴ ביישובים הישראליים ברצועת עזה התגוררו בשיא פריחתם יותר מ-9,000 תושבים, אך כולם פונו מהמקום בשנת 2005 במסגרת "תוכנית ההתנתקות".⁵

לפי הפרשנות המקובלת על רוב המדינות והמומחים, הקמתם של כל היישובים הישראליים בשטחים הפלסטיניים – הן ההתנחלויות והן המאחזים – נעשתה בניגוד לדין הבינ-לאומי.⁶ ממשלת ישראל אינה מקבלת פרשנות זו, וגורסת כי בהקמת ההתנחלויות (שכאמור זכו באישורה הרשמי של הממשלה) לא נפל כל פגם חוקי.⁷ עמדת הממשלה ביחס למאחזים, לעומת זאת, היא שהם הוקמו תוך הפרת הדין הישראלי הפנימי, הדין החל בשטחים, ולעיתים גם הדין הבינ-לאומי.⁸ בית המשפט העליון נמנע עד כה מלנקוט עמדה ברורה בשאלת חוקיותן של ההתנחלויות לפי הדין הבינ-לאומי, אך קיבל את הטענה שהמאחזים אינם חוקיים.⁹

3 העברת הסמכויות נעשתה בהתאם להסכמי אוסלו שנחתמו בין ישראל לאש"ף. ראו הצהרת העקרונות בדבר הסדרי ביניים של ממשל עצמי עם אש"ף (נחתמה ב-13.9.1993) ("הסכם אוסלו א"); הסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו בין ממשלת מדינת ישראל לבין ארגון השחרור הפלסטיני (להלן: "אש"ף") הנציג של העם הפלסטיני, כ"א 32, 1 (נחתם ב-4.5.1994) ("הסכם קהיר"); הסכם ביניים ישראל-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, כ"א 33, 1 (נחתם ב-28.9.1995) ("הסכם אוסלו ב").

4 ראו "נתונים – אוכלוסייה" שלום עכשיו peacenow.org.il/settlements-watch/matzav/population. נוסף על היישובים הישראליים בגדה המערבית, הקימה מדינת ישראל לאחר 1967 גם 11 שכונות ישראליות במזרח ירושלים, שבהן מתגוררים כ-215,000 יהודים-ישראלים, לצד אוכלוסייה פלסטינית שמונה כ-308,000 תושבים. ראו "נתונים – ירושלים" שלום עכשיו peacenow.org.il/settlements-watch/matzav/jerusalem.

5 תוכנית ההתנתקות הייתה תוכנית שבוצעה על ידי ממשלת ישראל בשנת 2005, ואשר כללה נסיגה חד-צדדית של צה"ל מרצועת עזה ופינוי כל ההתנחלויות שבה. ראו בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 527–531 (2005).

6 ראו להלן תת-פרק ב1.

7 שם.

8 ראו להלן תת-פרקים ב1 ו-ב2.

9 ראו להלן ה"ש 70–73 ו-129 והטקסט שלידן.

לכאורה, התוצאה של אי-החוקיות של הקמת יישובים ישראלים בשטחים הפלסטיניים צריכה להיות פינוי של היישובים הבלתי-חוקיים. אולם ניתן לטעון כי העובדה שיישובים אלה נבנו באישור הממשלה או בסיועם של גורמים שונים בממשלה מקימה למתיישבים, או לפחות לחלקם, זכות להישאר במקומם. טיעון זה מתבסס על הרעיון שכאשר הממשלה או מי מטעמה יוצרים מצג כאילו פעולה כלשהי היא חוקית, אנשים רשאים להסתמך על אותו מצג, ומערכת המשפט צריכה להגן על הסתמכותם גם אם הדבר כרוך במתן תוקף לפעולה בלתי חוקית.¹⁰

מטרתו של המאמר הנוכחי היא לבחון את האפשרות שהסתמכות של מתיישבים ישראלים בשטחים על המצג שיצרו ממשלת ישראל או גורמים מטעמה ביחס לחוקיותם של ההתנחלויות והמאחזים מקנה להם זכות להמשיך לגור ביישובים הללו. על מנת לעשות זאת, המאמר מציע הצדקות עקרוניות להגנה על הסתמכות של פרטים על פעולות שלטוניות בלתי חוקיות. בהתאם להצדקות האמורות המאמר מבקש להגדיר את התנאים הספציפיים שבהתקיימם ראוי להגן על הסתמכות על פעולה שלטונית בלתי חוקית, וליישם אותם ביחס למתיישבים ישראלים בשטחים הפלסטיניים.

הרעיון שבנסיונות מסוימות יש הצדקה לתת תוקף לפעולות שלטוניות בלתי חוקיות אינו חדש כמובן. הוא נדון בהודמנויות שונות בפסיקה ובספרות העולמית והישראלית, ויושם על ידי משפט בישראל, בין היתר, באמצעות ההבחנה בין פעולות שלטוניות בטלות מעיקרן לבין פעולות ניתנות לביטול,¹¹ באמצעות דוקטרינת הבטלות היחסית¹² ובאמצעות הסעד של השעיית הכרזת הבטלות.¹³ עם זאת, מלבד התייחסויות לכך שניתן

10 ההגנה על הסתמכות של מתיישבים ישראלים בשטחים יכולה לבוא לידי ביטוי לא רק בהחלטה לאפשר להם להישאר במקומותיהם, אלא גם בהגנה חלשה יותר, כגון תשלום פיצויים במקרה של פינוי או סיוע במציאת דיור ותעסוקה חלופיים. מאמר זה מתמקד בהגנה מהסוג הראשון, אך רוב הטיעונים שמופיעים בו רלוונטיים גם להגנות מסוג אחר.

11 לפי ההבחנה המסורתית, פעולות שלטוניות בטלות מעיקרן הן פעולות אשר בשל פגם חוקי מהותי שנפל בהן, כגון שהן ניתנו בחוסר סמכות, הן משוללות כל תוקף; ואילו פעולות שלטוניות ניתנות לביטול (נפסדות) הן פעולות שלנוכח טיבו של הפגם שנפל בהן בית המשפט רשאי לבחור אם לבטלן או להשאירן בתוקף. ראו, למשל, ע"פ 284/74 **שותפות אחים אריאל נ' מדינת ישראל**, פ"ד כט(1) 390 (1974); רע"פ 4398/99 **הראל נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(3) 637 (2000).

12 דוקטרינת הבטלות היחסית גורסת כי לבית המשפט יש סמכות לבטל פעולות שלטוניות באופן חלקי – למשל, כלפי אנשים מסוימים או לצורך עניינים מסוימים בלבד. דוקטרינה זו נחשבת גמישה יותר מדוקטרינת הנפסדות, אשר מחייבת את בית המשפט להכריע בין בטלות מוחלטת לבין תוקף מלא. ראו, למשל, ע"פ 768/80 **ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(1) 337 (1981); ד"נ 12/81 **ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(3) 645 (1982); בג"ץ 6652/96 **האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים**, פ"ד נב(3) 117 (1998). כן ראו דפנה ברק-ארו "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטי" **משפטים** כד 519 (1995); יואב דותן "במקום בטלות יחסית" **משפטים** כב 587 (1993).

13 הכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות מאפשר לבית המשפט להכריז כי פעולה שלטונית מסוימת היא בלתי חוקית ועל כן בטלה אך בה בעת להורות כי הכרזת בטלות זו לא תיכנס לתוקף מייד עם מתן פסק הדין, אלא במועד מאוחר יותר שנקבע על ידי בית המשפט. בתקופת ההשעיה

להשתמש בכלים אלה לצורך הגנה על הסתמכות בתום לב על פעולות שלטוניות בלתי חוקיות, קשה למצוא דיון עקרוני בהצדקות ובתנאים להגנה על הסתמכות כזו או סיווג שיטתי של המקרים שבהם יש להחילה.¹⁴ מאמר זה מבקש להתחיל לפתח דיון כזה, תוך התמקדות בהשלכותיו לגבי היישובים והמתיישבים הישראליים בשטחים.

לדיון בשאלת ההגנה על הסתמכות על פעולה שלטונית בלתי חוקית בהקשר של ההתיישבות הישראלית בשטחים יש חשיבות רבה. ראשית, דיון כזה יכול להשפיע על החלטותיהן של רשויות האכיפה בשטחים ביחס להוצאת צווי הריסה ופינוי ליישובים ישראלים שהוקמו בניגוד לחוק. שנית, הוא יכול להשפיע על הכרעותיהם של גורמים מדיניים בנוגע לגורלם של התנחלויות ומאחזים במסגרת נסיגה ישראלית מלאה או חלקית מהשטחים, בין שהיא נעשית באופן חד-צדדי ובין שהיא נעשית במסגרת הסכם ישראל-פלסטיני.¹⁵ שלישית, הוא יכול להשפיע על פסיקותיו של בית המשפט העליון בעתירות שעניינן פינוי מאחזים או התנחלויות, בין שהן מתייחסות להחלטותיהן של רשויות האכיפה בשטחים במהלך תקופת השליטה הישראלית במקום¹⁶ ובין שהן מתייחסות להכרעות של גורמים מדיניים בהקשר של סיום השליטה הישראלית בשטחים.¹⁷ לבסוף, כפי שהתברר לאחרונה, דיון כזה היה צריך להתקיים גם בין כותלי הכנסת, אשר חרף העדר סמכות לעשות כן החליטה לאמץ את החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017 (להלן: חוק ההסדרה), שמכווחו יוענק

המעשה הבלתי-חוקי עומד בתוקפו. ראו, למשל, בג"ץ 2918/93 עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(5) 832 (1993); בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם באר"ש, 27.3.2016). כן ראו יגאל מרזל "השעיית הכרות הבטלות" משפט וממשל ט 39 (2005).

14 בספרות המשפטית קיים דיון תיאורטי בשאלה אם, מתי ומדוע ראוי להגן על הסתמכות של פרטים על פעולה שלטונית חוקית כאשר הרשות השלטונית מבקשת לשנות את מדיניותה. חלק מהשקולים הנוגעים בהחלטה כזו רלוונטיים גם לשאלת ההגנה על הסתמכות על פעולה שלטונית בלתי חוקית, אך לנוכח ההבדלים בין המצבים ראוי להקדיש לכל אחד מהם דיון נפרד. לדיון בהגנה על הסתמכות על פעולות שלטוניות חוקיות ראו, למשל, דפנה ברק-ארז "הגנת ההסתמכות במשפט המנהלי" משפטים כז 17 (1996).

15 לניתוח הדין הבין-לאומי הרלוונטי להכרעה בשאלת פינוי מתיישבים לאחר סיום הכיבוש ראו יעל רונן "המשפט הבין-לאומי ושאלת זכותם של מתנחלים להישאר בשטח לאחר העברת השליטה בו: מתנחלים בגדה המערבית, בצפון קפריסין ובמדינות הבלטיות" משפט וממשל יג 49 (2010).

16 ראו, למשל, בג"ץ 9195/03 וינטוק נ' הממונה על הרכוש הממשלתי בחבל עזה (פורסם באר"ש, 31.12.2003) (עתירה של תושבי המאחז שירת הים נגד החלטתו של הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש בעזה לפנותם); בג"ץ 8887/06 אל-נאבות נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 2.8.2011) (עתירה של פלסטינים נגד רשויות האכיפה בשטחים בדרישה שהן יקיימו את צווי ההריסה שהן הוציאו נגד המאחז מגרון); בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 25.12.2014) (עתירה של פלסטינים נגד רשויות האכיפה בשטחים בדרישה שהן יקיימו את צווי ההריסה שהן הוציאו נגד המאחז עמונה).

17 ראו, למשל, עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 5. בפסק דין זה לא התייחס כלל בית המשפט לאפשרות שההתנחלויות היו בלתי חוקיות.

מעמד חוקי למאחזים בלתי חוקיים.¹⁸ מובן שבכל אחד מהמצבים המתוארים לעיל ההחלטה בנוגע לגורלם של המתיישבים הישראלים בשטחים יכולה להיות מושפעת ממגוון שיקולים משפטיים ולבר-משפטיים. מכל מקום, לשיקולים הנוגעים בהגנה על הסתמכות יכול וצריך להיות תפקיד מרכזי בקבלת ההחלטות.

המאמר מורכב משבעה פרקים. לאחר פרק המבוא הנוכחי, פרק א מניח את התשתית התיאורטית לדיון. הוא מציע הצדקות עקרוניות להגנה על הסתמכות על פעולות שלטוניות בלתי חוקיות, ומגדיר את התנאים להגנה כזו ואת השיקולים המתחרים שיש להביא בחשבון. פרקים ב עד ה מיישמים את הניתוח התיאורטי ביחס למתיישבים ישראלים בשטחים: פרק ב מציג את המסגרת המשפטית שחלה על התיישבות של ישראלים בשטחים; פרק ג מתאר את הפעולות לקידום התיישבות שנקטו רשויות השלטון בישראל תוך הפרת החוק; פרק ד מסביר באילו מקרים ראוי להגן על מתיישבים שהסתמכו על הפעולות השלטוניות הללו; ופרק ה מנתח את חוק ההסדרה ומסביר מדוע ההגנה שהוא מעניק למתיישבים אינה מוצדקת. הפרק האחרון מסכם את הדיון.

פרק א: מתי ראוי להגן על הסתמכות על פעולה שלטונית בלתי חוקית?

1. הצורך לשמור על שלטון החוק

הנחת המוצא של מערכת המשפט היא שכאשר גורם שלטוני פועל בניגוד לחוק, יש להתנער מהפעולה הבלתי-חוקית ולהימנע מלתת לה תוקף או לגיטימציה. הנחה זו נובעת מעקרון שלטון החוק. "שלטון החוק" הוא מושג מורכב ושנוי במחלוקת.¹⁹ אחת ההגדרות המקובלות למושג זה הוצעה על ידי פרידריך האייק. לפי האייק, שלטון החוק פירושו "...שבכל מעשיו השלטון מוגבל על ידי כללים שנקבעו ונתבשרו מראש – כללים שהודות להם נוכל לחזות מראש במידה הגונה של ודאות איך תשתמש הרשות בסמכויות הכפייה שלה במצב נתון ולתכנן את עניינינו הפרטיים על בסיס הידיעה הזאת".²⁰ בהמשך להאייק, יוסף רז מציין כי עקרון שלטון החוק מקפל בחובו שתי

18 לדיון בחוק זה ראו פרק ה להלן.

19 ראו, למשל, אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" **משפט וממשל** ה 375, 376 (2000); ליאון שלף "מ'שלטון החוק' ל'מרות המשפט': הרהורים וערעורים על מושג-יסוד" **עיני משפט** טז 559 (1991); Richard H. Fallon, Jr., "The Rule of Law" as a Concept in Constitutional Discourse, 97 COLUM. L. REV. 1, 1 (1997).

20 פרידריך האייק **הדרך לשעבוד** 52 (אופיר העברי עורך, אהרן אמיר מתרגם, 2001).

דרישות בסיסיות:²¹ דרישה אחת היא שגופי השלטון יפעלו במסגרת החוק; והדרישה האחרת היא שיהיה בכוחו של החוק להכווין התנהגות של פרטים.²² מדוע שלטון החוק הוא חשוב? לשאלה זו ניתן להציע שתי תשובות. תשובה אחת מתמקדת בערך הפנימי של שלטון החוק. תשובה זו גורסת כי שלטון החוק הוא טוב כשלעצמו, ללא תלות בתוכנם של הכללים המשפטיים, בין היתר משום שהוא מקדם ודאות ויציבות, מביע כבוד מסוים לנמעני החוק, ומונע שימוש שרירותי בכוח.²³ התשובה האחרת מתמקדת בערך האינסטרומנטלי של שלטון החוק, וגורסת כי שלטון החוק הוא דבר טוב אם ורק אם החוק מקדם ערכים ראויים, כגון זכויות אדם או רווחה כלכלית.²⁴ בעוד לפי גישת הערך הפנימי שלטון החוק הוא דבר שיש לשאוף אליו גם במדינות שחלק גדול מחוקיהן אינם ראויים מבחינת תוכנם, לפי הגישה האינסטרומנטלית יש ערך לשלטון החוק רק במדינות שרוב חוקיהן משקפים ערכים ראויים ומקדמים ככלל את טובת האזרחים. כך או כך, נראה כי לפי שתי הגישות, במדינה בעלת יסודות דמוקרטיים כישראל, שרוב הנורמות המשפטיות החלות בה או ביחס אליה (לרבות אלה שמקורן במשפט הבין-לאומי) הן בעלות תוכן מוסרי ראוי, שלטון החוק הוא דבר טוב שיש לשמור עליו.²⁵ כאמור, על מנת לשמור על שלטון החוק

21 ראו JOSEPH RAZ, *The Rule of Law and Its Virtue*, in THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND MORALITY 210, 211–214 (1979) (להלן: Raz, *The Rule of Law*).

22 לפי רו, מהדרישה בדבר הכוונת התנהגות נובע, בין היתר, שהחוק צריך להיות כללי, גלוי, ברור, פרוספקטיבי ויציב יחסית. שם, בעמ' 219–214. הוגים אחרים מציגים רשימות דומות של דרישות הנובעות מעקרון שלטון החוק. לון פולר, למשל, מציין כי כללים משפטיים מוכרחים להיות כלליים, פומביים, פרוספקטיביים, ברורים, ישימים, קוהרנטיים ויציבים יחסית. ראו LON L. FULLER, THE MORALITY OF LAW 39 (rev. ed. 1969).

23 לדעת רו, למשל, הערך הפנימי של שלטון החוק נובע, בין היתר, מכך שהוא מונע שימוש שרירותי בכוח על ידי השלטונות, ומכך שהוא מאפשר לאנשים לתכנן תוכניות ארוכות טווח ולהגשימן, ובדרך זו מקדם אוטונומיה אישית. ראו Raz, *The Rule of Law*, לעיל ה"ש 21, בעמ' 219–220. לפי מקורמיק, שלטון שפועל לפי כללים משפטיים ניתנים לצפייה מראש מתייחס למעשה לנתיניו כאל סוכנים רציונליים הראויים לכבוד, וליחס כזה יש ערך בפני עצמו, גם אם הכללים המשפטיים אינם צודקים מבחינת תוכנם. ראו Neil MacCormick, *Natural Law and the Separation of Law and Morals*, in NATURAL LAW THEORY: CONTEMPORARY ESSAYS 105, 123 (Robert P. George ed., 1992). פולר טוען כי שלטון החוק הוא תנאי למוסריותה הפנימית של מערכת משפטית, אשר אינה תלויה בתוכנם של הכללים המשפטיים. ראו FULLER, לעיל ה"ש 22.

24 ראו, למשל, Owen Roberts, *The Rule of Law in the International Community* (lecture delivered at Oxford University in November 1951), cited in Arthur L. Goodhart, *The Rule of Law and Absolute Sovereignty*, 106 U. PA. L. REV. 943 (1958). אנדרי מרמור מציין כי גם האייק, שניסח את אחת ההגדרות המקובלות למושג שלטון החוק (ראו האייק, לעיל ה"ש 20), מקשר בין הערך של שלטון החוק לבין תוכנם של החוקים עצמם. ראו Andrei Marmor, *The Rule of Law and Its Limits*, 23 LAW & PHIL. 1, 1 (2004).

25 הדין בשאלות מהו תוכן מוסרי ראוי של נורמות משפטיות, מהי מדינה בעלת יסודות דמוקרטיים, עד כמה ישראל עונה על הגדרה זו, ומהו הקשר, אם בכלל, בין יסודות דמוקרטיים לבין נורמות

– קרי, להבטיח שגופי הממשל יפעלו בהתאם לחוק ושהחוק יוכל לכוון התנהגות – בתי המשפט ושאר מוסדות השלטון צריכים להתנער מפעולות שלטוניות בלתי חוקיות ולהימנע מלתת להן תוקף.

2. הצורך להגן על הסתמכות בתום לב

אולם ניתן לטעון כי חרף הפגיעה בשלטון החוק, לעיתים ראוי בכל זאת לתת תוקף לפעולה שלטונית בלתי חוקית, וזאת על מנת להגן על אנשים שהסתמכו עליה בתום לב.²⁶ תום לב, לעניין זה, מתקיים כאשר המסתמך לא ידע ולא היה צריך לדעת על אי-החוקיות (אי-ידיעה סבירה) או כאשר לא הייתה לו אפשרות סבירה לנקוט דרכי פעולה חלופיות (העדר חלופות סבירות). ניתן להצדיק הגנה על הסתמכות בתום לב על פעולה שלטונית בלתי חוקית הן על סמך נימוקים לא תועלתניים והן על סמך נימוקים תועלתניים.

ההצדקה הלא-תועלתנית המרכזית להגנה על מי שהסתמך בתום לב על פעולה שלטונית בלתי חוקית נוגעת בצורך בכיבוד האוטונומיה האישית של המסתמך. אוטונומיה אישית מתקיימת כאשר אדם כותב בעצמו את סיפור חייו – כאשר הוא שולט בגורלו (במידה מסוימת) ומעצב אותו באמצעות ההחלטות שהוא מקבל במהלך חייו.²⁷ לפי התפיסה הפוליטית הליברלית, אוטונומיה אישית היא רכיב מרכזי של רווחת הפרט,²⁸ ולכן המדינה צריכה להגן עליה ולקדמה.²⁹ אחת הדרכים שבהן המדינה יכולה לקדם אוטונומיה אישית היא ליצור מערכת משפטית יציבה ובטוחה שעל בסיסה ניתן לתכנן תוכניות אפקטיביות לחיים ולהגשימן.³⁰ לכאורה, מערכת כזו אמורה להגן רק על הסתמכות של פרטים על פעולות שלטוניות חוקיות,³¹ ולא על הסתמכות על פעולות שלטוניות בלתי חוקיות, ולו מפני שהגנה מהסוג האחרון, גם אם היא מקדמת את האוטונומיה האישית של מסתמך ספציפי, עלולה לטשטש את ההבחנה בין פעולות

משפטיות בעלות תוכן מוסרי ראוי – חורג מגבולותיו של מאמר זה. לצורך הדיון אניח כי שלטון החוק בישראל יש הן ערך פנימי והן ערך אינסטרומנטלי, ולכן חשוב לשמור עליו. מכל מקום, גם אלה המטילים ספק במוסריותן של הנורמות המשפטיות אשר חלות בישראל או מוחלות על ידיה בשטחים הפלסטיניים עשויים להסכים כי חשוב לשמור על שלטון החוק בישראל בשל הערך הפנימי שלו.

26 לתפיסה כי עקרון שלטון החוק אינו מוחלט ראו, למשל, FULLER, לעיל ה"ש 22, בעמ' 41–44; Marmor, לעיל ה"ש 24.

27 ראו JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 369 (1986).

28 שם, בעמ' 288, 308–309 ו-408.

29 שם, בעמ' 267 ו-415.

30 RAZ, *The Rule of Law*, לעיל ה"ש 21, בעמ' 220.

31 הצורך לספק הגנה כזו עשוי להתעורר כאשר הרשות השלטונית מבקשת להתנער מפעולותיה – למשל, עקב שינוי נסיבות או שינוי סדרי עדיפויות ציבוריים. על טיבה והיקפה של ההגנה על הסתמכות במצבים אלה ראו ברק-ארז "הגנת ההסתמכות במשפט המנהלי", לעיל ה"ש 14.

חוקיות לפעולות בלתי חוקיות, ולפגוע בוודאות המשפטית הנחוצה לצורך קידום האוטונומיה האישית של כלל הפרטים בחברה.³² אולם במקרים שבהם המסתמך לא היה יכול לדעת על אי-החוקיות או לא הייתה לו דרך פעולה חלופית סבירה, הצורך להבטיח את האוטונומיה האישית שלו עשוי להצדיק הגנה על ההסתמכות חרף אי-החוקיות.

בהקשר זה ראוי להבהיר כי יכולתם של אנשים לממש את האוטונומיה האישית שלהם תלויה בכמה גורמים, ביניהם מידה מסוימת של עצמאות או חירות אישית, יכולת הגישה למידע רלוונטי ואפשרות לבחור בין כמה דרכי פעולה חלופיות.³³ מכאן שאנשים שונים במצבים שונים נהנים מדרגות שונות של יכולת לממש אוטונומיה אישית.³⁴ לנוכח זאת נראה שיש לקבוע כי אף על פי שבאופן עקרוני אנשים צריכים לממש את האוטונומיה האישית שלהם במסגרת החוק, במקרים שבהם יכולתו של אדם לעשות זאת היא מוגבלת מאוד – למשל, משום שהוא לא היה יכול לדעת שפעולה שלטונית שנחזית כחוקית למעשה אינה כזו או משום שלא עמדו לרשותו דרכי פעולה חוקיות סבירות – ראוי לעיתים להימנע בדיעבד מאכיפת החוק ביחס אליו. בדרך זו ניתן להבטיח לרוב האנשים רמת סף מסוימת של אוטונומיה אישית.

ההצדקה התועלתנית המרכזית להגנה על ההסתמכות על פעולות שלטוניות בלתי חוקיות נוגעת בצורך לעודד ההסתמכות על פעולות שלטוניות חוקיות. ללא ההסתמכות מצד האזרחים, חלק גדול מפעולות השלטון לא יהיו אפקטיביות, ולא יוכלו לקדם את האינטרס הציבורי שלשמו הן ננקטו. על מנת להבטיח היענות ציבורית ליוזמות ממשלתיות חוקיות עתידיות, יש להגן גם על ההסתמכות על פעולה שלטונית בלתי חוקית, אם היא נחזית כחוקית ולאדם סביר במצבו של המסתמך קשה לדעת שהיא אינה חוקית. ללא הגנה כזו אנשים עלולים לחשוש מההסתמכות על פעולות השלטון גם כאשר הן

32 כותבים מספר הכירו בצורך להטיל מגבלות על מימוש האוטונומיה האישית, אך ההצדקות שהם הציעו להגבלות הללו לא נבעו בהכרח מערך האוטונומיה עצמו, אלא מערכי מוסר מתחרים. רז, למשל, מצייין כי אין להגן על אוטונומיה אישית כאשר מימושה כרוך בביצוע מעשים פסולים מבחינה מוסרית. ראו RAZ, לעיל ה"ש 27 לעיל, בעמ' 378–381. גם אצל עמנואל קנט ניתן למצוא תמיכה ברעיון שמימוש האוטונומיה האישית כפוף למגבלות מוסריות. אף שעבודתו של קנט אינה עוסקת במפורש ברעיון של אוטונומיה אישית, ניתן להבין ממנה כי חירותו של אדם לבחור לעצמו דרכי פעולה מוגבלת על ידי עקרונות מוסר אובייקטיביים. ראו Robert S. Taylor, *Kantian Personal Autonomy*, 33 POL. THEORY 602, 615 (2005).

33 כותבים שונים מדגישים תנאים שונים אשר חיוניים, לדעתם, למימוש אוטונומיה אישית. ראו, למשל, RAZ, לעיל ה"ש 27, בעמ' 372; Joel Feinberg, *Autonomy*, in THE INNER CITADEL: ESSAYS ; 372 בעמ' 27 (John Christman ed., 1989); John Christman, *Autonomy in Moral and Political Philosophy*, in THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed., Spring 2018 ed.), available at plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/autonomy-moral/

34 RAZ, לעיל ה"ש 27, בעמ' 373.

חוקיות וההסתמכות רצויה. הגנה על הסתמכות במצבים של אי־ידיעה סבירה באשר לאי־החוקיות נועדה אם כן ליצור איזון ראוי בין הסתמכות יתר להרתעת יתר.³⁵ האם מבחינה תועלתנית יש הצדקה להגן על הסתמכות על פעולה שלטונית בלתי חוקית גם במצבים שבהם המסתמך ידע שהיא אינה חוקית אבל לא היו לו דרכי פעולה חלופיות סבירות? נראה כי התשובה לשאלה זו תלויה ביחס בין התועלת שצמחה למסתמך לבין הנזק שההסתמכות גרמה בנסיבות המקרה. כאשר אדם הסתמך על פעולה שלטונית בלתי חוקית משום שלא הייתה לו אפשרות סבירה אחרת, ייתכן שהתועלת שצמחה לו מההסתמכות עולה על הנזק שההסתמכות גרמה. הגנה על הסתמכות במקרים אלה יכולה לעודד הסתמכות יעילה במצבים דומים.

3. איזון בין השיקולים המתחרים

הדיון שלעיל בחשיבותו של שלטון החוק, מצד אחד, ובהצדקות להגנה על הסתמכות בתום לב על פעולות שלטוניות בלתי חוקיות, מצד אחר, יכול לסייע בידינו בעריכת איזון בין השיקולים המתחרים במקרה נתון או בסוג מסוים של מקרים. מבחינת ההגנה על שלטון החוק יש להביא בחשבון במסגרת האיזון האמור, בין היתר, את טיבה ומעמדה של הנורמה שהופרה (למשל, אם מדובר בנורמה מהותית או פרוצדורלית, כתובה או בלתי כתובה, חוקתית או בדרגה נורמטיבית נמוכה יותר) ואת היקף ההפרה (נרחבת או מצומצמת, שיטתית או חד־פעמית). כאשר מדובר בנורמה מהותית, כתובה או חוקתית, או כאשר ההפרה היא נרחבת או שיטתית, הפגיעה בשלטון החוק במקרה של מתן תוקף לפעולה הבלתי־חוקית עשויה להיות חמורה במיוחד, ולהוות שיקול ממשי נגד הגנה על הסתמכות.

מבחינת ההצדקות הלא־תועלתניות להגנה על הסתמכות יש לבחון, בין היתר, אם ההסתמכות היא מרכזית או שולית יחסית ביצירת סיפור חייו של המסתמך. כך, למשל, הסתמכות שקשורה לבחירת מקום מגורים או מקצוע או להחלטה בעניין נישואים או גירושים היא בדרך כלל מרכזית יותר בסיפור חייו של אדם מאשר הסתמכות שקשורה להחלטה על קניית רכב. כאשר להצדקות התועלתניות להגנה על אינטרס ההסתמכות, אלה מורות לנו להביא בחשבון את התועלת הציבורית שבעידוד הסתמכות עתידית על פעולות שלטוניות חוקיות שיש להן דמיון לפעולה הבלתי־חוקית העומדת למבחן. שיקול נוסף שיש להביא בחשבון הוא המידה שבה המסתמך שינה בפועל את מצבו לרעה בעקבות ההסתמכות. בהקשר זה יש משמעות בדרך כלל לזמן שחלף בין מועד ההסתמכות לבין המועד שבו מתעוררת השאלה אם לתת תוקף לפעולה הבלתי־חוקית. ככל שחלף זמן רב יותר בין שני המועדים כן גדל הסיכוי שהמסתמך הוציא הוצאות

35 רציונל דומה עומד גם ביסוד תקנת השוק במשפט הפרטי, אשר מעניקה תוקף לעסקאות שנעשו על סמך טעות בנוגע לזכויות הקניין של המוכר. המטרה היא לעודד פעילות מסחרית שמגדילה את התועלת החברתית המצרפית, גם במחיר של מתן תוקף בדיעבד לעסקאות בלתי רצויות. ראו ס' 34 לחוק המכר, התשכ"ח-1968, וס' 10 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.

גדולות יותר והפסיד הזדמנויות רבות יותר בעקבות ההסתמכות, ומתחזקת ההצדקה להגן עליה כדי למנוע ממנו נזק ממשי ולהימנע מהרתעת יתר של מסתמכים אחרים. השינוי במצבו של המסתמך צריך להיבחן הן באופן סובייקטיבי והן באופן אובייקטיבי, כך שאם אדם שינה את מצבו לרעה במידה בלתי סבירה בהסתמך על פעולה בלתי חוקית, ייתכן שההסתמכות הבלתי־סבירה לא תובא בחשבון.

נוסף על השיקולים הנוגעים בשמירת שלטון החוק ובהגנה על ההסתמכות, החלטה בעניין תוקפה של פעולה שלטונית בלתי חוקית צריכה להביא בחשבון גם את האינטרסים של צדדים שלישיים שעשויים להיות מושפעים ממנה. במקרים רבים מתן תוקף לפעולה בלתי חוקית מוביל לפגיעה לא רק בעקרון שלטון החוק, אלא גם באינטרסים ספציפיים שהחוק שהופר נועד מלכתחילה להגן עליהם.³⁶ כך, למשל, אם איסור הבנייה סמוך לחוף הים נועד להגן על האינטרס של כלל הציבור בהנאה מהים, מתן תוקף להיתר בנייה שהוענק בניגוד לאיסור יפגע בדיוק באינטרס זה. אולם יש גם מקרים שבהם ההגנה על ההסתמכות אינה פוגעת כלל באינטרסים קונקרטיים של צדדים שלישיים.³⁷

בשולי הדברים ראוי לציין כי היקף ההגנה על ההסתמכות על פעולות שלטוניות בלתי חוקיות עשוי לשקף – ובה בעת לעצב – תפיסות עומק פוליטיות בנוגע לתפקידם ולאחריותם של האזרחים במדינה דמוקרטית. הגנה רחבה מאוד על ההסתמכות והחלת רף נמוך מאוד של תום לב וסבירות משקפות תפיסה שלפיה האחריות לשמירה על שלטון החוק רובצת אך ורק לפתחן של הרשויות המשמשות נאמנות הציבור, ואילו האזרחים רשאים לסמוך על הרשויות בצורה עיוורת כמעט. גישה זו פוטר את האזרחים מהאחריות לבחון את פעולותיהם של מוסדות השלטון בצורה ביקורתית ולשמש אחד ממנגוני הפיקוח עליהם, ולמעשה מצמצמת את תפקידם לזה של צרכנים פסיביים שאינם מסוגלים להבחין בין מוצר ממשלתי טוב לרע. זוהי גישה בלתי רצויה, משום שהיא מוותרת על הפוטנציאל שטמון באזרחים למלא תפקיד מתוחכם ואקטיבי יותר

36 למרות הקשר הברור ביניהן, מבחינה אנליטית יש להבחין בין הפגיעה בעקרון שלטון החוק כשלעצמו לבין הפגיעה באינטרסים שמוגנים על ידי החוק הספציפי שהופר. ראו, למשל, Richard H. Fallon, Jr. & Daniel J. Meltzer, *New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies*, 104 HARV. L. REV. 1731, 1787–1791 (1991).

37 זה המצב, למשל, כאשר גוף שלטוני מעניק הטבה כספית לאזרחים בדרך שמפירה כללים של המשפט המנהלי או החוקתי שאוסרים הפליה, כגון קצבה שמוענקת רק לנשים או רק לגברים או רק לזוגות שאינם בני אותו מין. במקרים אלה בית המשפט עשוי להעדיף סעד של הרחבת הקצבה לקבוצה המודרת על ביטול הקצבה לחלוטין, וזאת על מנת להגן על ההסתמכות של מקבלי הקצבה. הרחבת הזכאות אומנם פוגעת בשלטון החוק (משום שהיא נותנת תוקף לפעולה בלתי חוקית), אך היא אינה פוגעת באינטרס של הקבוצה המודרת שעליו הנורמות האוסרות הפליה מבקשות להגן. לדיון בנושא הסעד הראוי במצבים אלה של תת־תחולה ראו, למשל, Ruth Bader Ginsburg, *Some Thoughts on Judicial Authority to Repair Unconstitutional Legislation*, 28 CLEV. ST. L. REV. 301 (1979); Evan H. Caminker, *A Norm-Based Remedial Model for Underinclusive Statutes*, 95 YALE L.J. 1185 (1986).

ביחסיהם עם הממשלה, אשר יחזק את שלטון החוק והדמוקרטיה. לעומת זאת, הגנה מצומצמת מאוד על הסתמכות והחלת רף גבוה מאוד של תום לב וסבירות משקפות תפיסה שלפיה ראוי להטיל על האזרחים עצמם אחריות ממשית לשמירה על שלטון החוק ולהימנעות משיתוף פעולה עם יוזמות שלטוניות בלתי חוקיות. בהתאם למסורת הליברלית, גישה זו רואה בכל בני האדם יצורים תבוניים חופשיים ושווים אשר יכולים וצריכים להבחין בין טוב לרע.³⁸ כמו הגישה ההפוכה, גם גישה זו מעוררת קושי, משום שהיא מתעלמת מההבדלים הקיימים בין בני אדם מבחינת יכולת הגישה למידע וחופש הבחירה, ומוותרת על הפוטנציאל שטמון במערכת המשפט לצמצם את הפערים הללו או לפחות את השפעתם באמצעות הגנה מוגברת על מי שיכולותיו ואפשרויותיו מוגבלות יחסית.³⁹ האתגר הוא, אם כן, לקבוע את היקף ההגנה על הסתמכות באופן שיחייב את האזרחים לבחון בצורה ביקורתית את פעולות השלטון ואת התאמתן לדרישות החוק, אך בה בעת יתחשב בפערים הקיימים בין האזרחים מבחינת יכולתם לעשות זאת.

פרק ב: הדין החל על ההתיישבות הישראלית בשטחים הפלסטיניים

פעולותיה של מדינת ישראל בשטחים הפלסטיניים, ובפרט פעולות הנוגעות בהתיישבות של אזרחים ישראלים בשטחים, כפופות לשלוש מערכות דינים מרכזיות. הראשונה היא הדין הבין-לאומי העוסק בתפיסה לוחמתית (או ככיבוש),⁴⁰ אשר חל במצבים שבהם מדינה שולטת בשטח שאין לה מעמד ריבוני ביחס אליו.⁴¹ ההוראות המרכזיות של דיני הכיבוש הבין-לאומיים מעוגנות בתקנות האג בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה

38 כפי שמסביר ג'ון רולס, מפרספקטיבה קנטיאנית השאיפה לעשות את הדבר הנכון היא הביטוי האולטימטיבי של היות בני האדם יצורים תבוניים חופשיים ושווים. ראו JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 390 (rev. ed. 1999).

39 בעיה זו נדונה בהרחבה בספרות המשפטית הפמיניסטית, אשר הראתה כי התעלמותה של מערכת המשפט מהנסיבות החברתיות, התרבותיות, הכלכליות והפוליטיות שבמסגרתן נשים פועלות אינה הופכת אותה לניטרלית או להוגנת, אלא רק מנציחה את אי-השוויון בין נשים לגברים. ראו, למשל, Diana T. Meyers, *Personal Autonomy and the Paradox of Feminine Socialization*, 84 J. PHIL. 619 (1987); Kathryn Abrams, *From Autonomy to Agency: Feminist Perspectives on Self-Direction*, 40 WM. & MARY L. REV. 805 (1999).

40 לגבי השימוש במונחים "תפיסה לוחמתית" ו"כיבוש" ראו לעיל ה"ש 1.
41 לפי תק' 42 לתקנות האג בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה, שטח נחשב כבוש כאשר הוא נתון בפועל בשליטתו של צבא עוין. ראו Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and Its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land, art. 42, Oct. 18, 1907, 36 Stat. 2277. (להלן: תקנות האג).

ביבשה, משנת 1907,⁴² ובאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, משנת 1949 (להלן: אמנת ג'נבה).⁴³ מערכת הדינים השנייה שפעולותיהן של הרשויות הישראליות בשטחים הפלסטיניים כפופות אליה היא הדין המקומי, אשר מבוסס, כמתחייב מהמשפט הבין-לאומי, על הדין שחל במקום ערב הכיבוש הישראלי, בכפוף לשינויים שהוכנסו בו בדברי החקיקה שפרסם מפקד צה"ל באזור.⁴⁴ מערכת הדינים השלישית היא הדין המנהלי הישראלי. אף שככלל הדין הישראלי הפנימי, ובכלל זה הדין המנהלי, אינו חל בשטחים הפלסטיניים,⁴⁵ חזר בית המשפט העליון וקבע, בשורה של פסקי דין, כי הממשל הצבאי ושאר גורמי השלטון הפועלים בשטחים נושאים עימם, מעצם היותם זרוע של הרשות המבצעת בישראל, את החובות המעוגנות במשפט המנהלי של ישראל.⁴⁶ בית המשפט התייחס אומנם בהקשר זה בעיקר לעקרונות היסודי הבלתי-כתובים של המשפט המנהלי, כגון הגינות, סבירות וכללי הצדק הטבעי, ולא עסק כמעט בכללים ובמקורות אחרים של הדין המנהלי.⁴⁷ יתר על כן, במקרים אחדים אף סייג בית המשפט את תחולתם של כללי הדין המנהלי הישראלי על פעולות המדינה בשטחים, וקבע, למשל, שכאשר הרשויות הישראליות פועלות מכוח הדין המקומי בשטחים, ייתכן שכללים אלה לא יחולו עליהן.⁴⁸ מכל מקום, על אף הסייגים ואי-הבהירות ביחס להיקף תחולתו של המשפט המנהלי הישראלי בשטחים, ניתן לומר כי אם יש היגיון להחיל על פעולות כלשהן של הרשויות הישראליות בשטחים נורמות

42 ש.ם.

43 Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Aug. 12, 1949, 75 U.N.T.S. 287.

44 תק' 43 לתקנות האג, לעיל ה"ש 41, דורשת מהמדינה הכובשת לכבד את החוקים הקיימים בשטח הכבוש אלא אם כן יש הכרח לבטלם או לשנותם. בהתאם להוראה זו, מייד עם כיבוש הגדה המערבית ורצועת עזה אימצו מפקדי צה"ל באזורים אלה חקיקה שלפיה "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, ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור". ראו ס' 2 למנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), התשכ"ז-1967, וס' 2 למנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (רצועת-עזה וצפון סיני) (מס' 2), התשכ"ז-1967.

45 ראו לעיל ה"ש 2.

46 ראו, למשל, בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(2) 197, 231 (1983); בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמן אלחעאוניה אלמחודדה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדין במפקדת יהודה והשומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 810 (1983); בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נו(1) 396, 385 (2002); עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 519.

47 ראו פסקי דין המוזכרים שם.

48 בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529, 538 (1989).

כלשהן של המשפט המנהלי, הללו צריכות לכלול פעולות הנוגעות בהתיישבות של אזרחים ישראלים ונורמות העוסקות במפורש בהתיישבות כזו.⁴⁹

1. הדין הבין-לאומי

(א) תקנות האג

מדינת ישראל לא הצטרפה לתקנות האג, אך הוראותיהן מחייבות אותה משום שהן נחשבות חלק מהדין הבין-לאומי המנהגי.⁵⁰ תקנה 52 לתקנות האג קובעת כי הכוח הכובש אינו רשאי להפקיע רכוש של תושבי השטח הכבוש אלא לצרכיו של צבא הכיבוש. על סמך תקנה זו קבע בית המשפט העליון בשנת 1979, בפסק דין שעסק בהתנחלות בית אל, כי מותר למפקד הצבאי באזור להפקיע קרקע פרטית של פלסטינים על מנת להקים עליה יישוב ישראלי אם הדבר משרת צורך צבאי.⁵¹ באותו מקרה קיבל בית המשפט את עמדת המדינה כי הקמת ההתנחלות משרתת צורך צבאי משום שהיא ממוקמת בנקודה אסטרטגית רגישה. בית המשפט הוסיף וציין, באופן כללי יותר, כי "...נוכחותם בשטח מוחזק של יישובים... של אזרחי המעצמה המחזיקה תורמת תרומה נכבדה למצב הבטחוני שבאותו שטח ומקילה על הצבא את מילוי תפקידו".⁵²

הפירוט הרחב שהעניק בית המשפט בפרשת בית אל לדרישת הצורך הצבאי הקבועה בתקנה 52 לתקנות האג היה יכול להכשיר את הקרקע להפקעות רבות נוספות של אדמות פרטיות של פלסטינים לצורך הקמת יישובים ישראליים. אולם חודשים ספורים לאחר שניתן פסק הדין בעניין בית אל נדרש בית המשפט פעם נוספת לשאלת הצורך הצבאי בהתנחלויות במסגרת עתירה שהוגשה נגד הקמת היישוב אלון מורה.⁵³ להבדיל מהמצב בפרשת בית אל, בפרשת אלון מורה היו המשיבים חלוקים בדעותיהם בדבר הצורך הצבאי שבהקמת היישוב. בעוד שהרמטכ"ל טען כי מיקומו של היישוב ליד ציר תנועה מרכזי עשוי לתרום להגנה המרחבית באזור, שר הביטחון גרס כי הגנת האזור אינה צריכה להיעשות דווקא בדרך של הקמת יישוב.⁵⁴ בה בעת הצהירו נציגי המתנחלים, שצורפו כמשיבים לעתירה, כי מטרת ההתנחלות באזור שכס היא בראש ובראשונה

49 בהקשר זה ראוי לציין כי אף שבית המשפט העליון נמנע מלהכריע בשאלת תחולתם של חוקי היסוד של מדינת ישראל בשטחים, הוא קבע כי חוקים אלה חלים לכל הפחות על פעולות שרשויות השלטון הישראליות נוקטות ביחס למתיישבים הישראלים בשטחים. ראו עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 560.

50 הדין הבין-לאומי המנהגי נחשב חלק מהדין המחייב בישראל, בכפוף לחקיקה ישראלית סותרת. ראו, למשל, בג"ץ 785/87 עבד אל עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 1 (1988). ראו גם תומר ברודי "מעמדו של המשפט הבינלאומי במשפט המדינתי" משפט בינלאומי 65 (מהדורה שלישית, רובי סיבל ויעל רונן עורכים, 2016).

51 בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הבטחון, פ"ד לג(2) 113 (1979) (להלן: פרשת בית אל).

52 שם, בעמ' 119.

53 בג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979) (להלן: פרשת אלון מורה).

54 שם, בעמ' 4-5.

הגשמת הציווי האלוהי לרשת את ארץ האבות.⁵⁵ על סמך תצהירים אלה וחומרים נוספים שהיו לפניו, קבע בית המשפט כי המטרה המרכזית של הקמת היישוב אלון מורה הייתה דתית-אידיאולוגית, ומכאן שהפקעת הקרקעות לא נועדה לצורך צבאי כמשמעו בתקנה 52 ועל כן אינה חוקית.⁵⁶ כך, בניגוד לרושם שנוצר בעקבות פסק הדין בעניין **בית אל**, כי כמעט כל התיישבות יהודית בשטח הכבוש תיחשב כמשרתת צורך צבאי מעצם היותה גורם יידידותי בשטח עוין, המסר שעלה מפסק הדין בעניין **אלון מורה** הוא ששאלת הצורך הצבאי תיבחן בכל מקרה לגופו בהתאם למיקומו של היישוב ולנסיבות הספציפיות של הקמתו.

בעקבות פסק הדין בעניין **אלון מורה**, ובשל הקושי להצביע על צורך צבאי העומד בבסיס הקמתה של כל התנחלות, החליטה הממשלה, בשנת 1979, לאמץ מדיניות חדשה שלפיה לא תאושר עוד הקמה של התנחלויות על קרקע פלסטינית פרטית שהופקעה, אלא רק על "אדמות מדינה" שאינן בבעלות פרטית.⁵⁷ אדמות המדינה הללו כוללות קרקעות אשר נרשמו על שם ממשלת ירדן בזמן שזו שלטה בגדה המערבית והועברו לידי שלטונות הצבא הישראלי לאחר כיבוש השטח ב־1967, ולצידן קרקעות שלא עברו הסדרה ורישום לפני 1967 ואשר הוכרזו על ידי השלטונות הישראליים כאדמות מדינה בעיקר במהלך שנות השמונים של המאה העשרים. הכרזות אלה נעשו מכוח חוק הקרקעות העות'מאני שנותן בתוקף בגדה המערבית, שלפיו קרקעות לא רשומות שאינן מעובדות נחשבות (בהתקיים תנאים מסוימים) אדמות מדינה.⁵⁸

עמדת המדינה היא שהשימוש באדמות מדינה לצורך הקמת התנחלויות הוא חוקי לפי תקנות האג. תקנה 55 לתקנות האג קובעת כי הכוח הכובש אינו הבעלים של אדמות המדינה בשטח הכבוש, אך הוא רשאי לנהל אותן ולהשתמש בפירותיהן. לשיטת המדינה, שימוש זה יכול לכלול גם הקמה והרחבה של יישובים למען אזרחי המדינה הכובשת.⁵⁹ אף שנראה כי פרשנות זו התקבלה על ידי בית המשפט העליון,⁶⁰ היא אינה נקייה מספקות בלשון המעטה, בין היתר משום שקשה ליישב בינה לבין תקנה 43 לתקנות האג, שמהווה מעין הוראת מסגרת של הפרק בתקנות האג העוסק בדיני כיבוש, ואשר לאורה יש לפרש את שאר הוראותיו.⁶¹ תקנה 43 מחייבת את המדינה הכובשת לנקוט את כל האמצעים העומדים לרשותה על מנת להשיב את הסדר והחיים הציבוריים בשטח הכבוש על כנם ולשמרם ככל האפשר. ניתן לטעון כי הקמת יישובים למען אזרחי

55 שם, בעמ' 8–9.

56 שם, בעמ' 17–18.

57 החלטה 145 של הממשלה ה־18 "מדיניות ההתנחלות" (11.11.1979).

58 ראו אייל זמיר **אדמות המדינה ביהודה ושומרון – סקירה משפטית** (מכון ירושלים לחקר ישראל, מחקר מס' 12, 1985). יש לציין כי הפרשנות הישראלית של חוק הקרקעות העות'מאני, שאפשרה להכריז על שטחים רבים כאדמות מדינה, שונה מהפרשנות הפלסטינית והירדנית של החוק.

59 שם, בעמ' 11.

60 ראו, למשל, עניין **המועצה האזורית חוף עזה**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 584.

61 כפי שמציין איל בנבנישתי, תקנה 43 מהווה מעין "מיני-חוקה" של שלטונות הכיבוש, וההנחיות שהיא קובעת חולשות על כל פעולותיהם. ראו BENVENISTI, לעיל ה"ש 2, בעמ' 69.

המדינה הכובשת בשטח הכבוש לא רק שאינה משמרת את הסדר והחיים הציבוריים בשטח זה, אלא אף משבשת אותם, במיוחד כאשר היא מובילה – כמו במקרה של הכיבוש הישראלי של השטחים הפלסטיניים – להטלת מגבלות על חופש התנועה של האוכלוסייה המקומית ועל אפשרות הגישה שלה למשאבים ולשירותים חיוניים.⁶² הטענה היא, אם כן, שלאור תקנה 43 יש לפרש את זכויות השימוש הנזכרות בתקנה 55 ככאלה שאינן כוללות הקמת התנחלויות. לפי פרשנות זו, למדינת ישראל אין כלל סמכות להקים יישובים ישראליים בשטחים, לא על קרקע ציבורית ולא על קרקע פרטית, אלא אם כן הדבר משרת צורכי ביטחון חיוניים.

(ב) אמנת ג'נבה

הוראה נוספת אשר רלוונטית לבחינת חוקיותה של ההתיישבות הישראלית בשטחים מצויה בסעיף 49(6) לאמנת ג'נבה הרביעית, אשר אוסר על המדינה הכובשת לגרש או להעביר (deport or transfer) חלקים מהאוכלוסייה האזרחית שלה לשטח הכבוש. מדינת ישראל טוענת כי סעיף זה אוסר העברה בכפייה של אזרחי המדינה הכובשת לשטח הכבוש, אך אינו אוסר מעבר של אזרחים מרצונם החופשי, ולכן הוא אינו רלוונטי להתיישבות הישראלית בשטחים הפלסטיניים. פרשנות זו אינה מקובלת על רוב הקהילה הבין-לאומית ומומחי המשפט הבין-לאומי, הגורסים כי הסעיף אוסר הן העברה בכפייה והן העברה ללא כפייה, וכי מדינת ישראל מפרה איסור זה כאשר היא מאפשרת לאזרחיה להתיישב בשטחים ואף מעודדת אותם לעשות זאת.⁶³ הגם שלשונו של סעיף 49(6) יכולה לשאת את שתי הפרשנויות, הפרשנות המקובלת על הקהילה הבין-לאומית משכנעת יותר, משום שהיא מתיישבת עם התכלית המרכזית של כלל ההוראות באמנת ג'נבה העוסקות בדיני כיבוש, הלא היא להגן על האינטרסים של האוכלוסייה המקומית ועל משאביה מפני הכוח הכובש, בכפוף לצורכי הביטחון החיוניים של האחרון.⁶⁴ לעומת זאת, הפרשנות שאימצה ישראל, שלפיה מטרתו הבלעדית של סעיף 49(6) היא להגן על אזרחי המדינה הכובשת מפני עקירה כפויה, הופכת את הסעיף לנטע זר באמנה.

מחלוקת נוספת בין מדינת ישראל לבין רוב מדינות העולם נוגעת בעצם תחולתה של אמנת ג'נבה בשטחים. אף שישראל הצטרפה לאמנת ג'נבה ורואה את עצמה, ככלל, מחויבת לציית להוראותיה, העמדה הישראלית הרשמית היא שאמנת ג'נבה מעולם לא חלה ביחס לכיבוש הישראלי של השטחים הפלסטיניים. זאת, משום

62 טענה דומה לזו נטענה בבג"ץ 4481/91 **ברגיל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(4) 210 (1993), אך בית המשפט דחה את העתירה על הסף מבלי לדון בה.

63 ראו, למשל, Adam Roberts, *Prolonged Military Occupation: The Israeli-Occupied Territories Since 1967*, 84 AM. J. INT'L L. 44, 85 (1990).

64 ראו, למשל, BENVENISTI, לעיל ה"ש 2, בעמ' 240; Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. Rep. 136, ¶ 120 (July 9) (להלן: חוות הדעת בעניין גדר ההפרדה).

שלפי סעיף 2 לאמנה, האמנה חלה במקרה של כיבוש "ארצו של אחד מבעלי האמנה", ואילו הגדה המערבית ורצועת עזה לא היו חלק מהשטח הריבוני של אחת המדינות החברות באמנה (או של מדינה אחרת כלשהי) עובר לכיבושן על ידי ישראל, אלא הוחזקו על ידי ירדן ומצרים בתפיסה לוחמתית.⁶⁵ אומנם, ממשלת ישראל הצהירה בהזדמנויות רבות כי אף שאמנת ג'נבה אינה חלה בשטחים הפלסטיניים, היא נוטלת על עצמה מחויבות חד-צדדית לכבד את ההוראות ההומניטריות של האמנה בשטחים אלה, אולם קיימת אי-בהירות ביחס לשאלה אילו מהוראות האמנה נחשבות הוראות הומניטריות לשיטת ישראל.⁶⁶ על כל פנים, נראה כי הוראת סעיף 49(6) אינה נמנית עם האחרונות.

עמדתה של ממשלת ישראל שלפיה אמנת ג'נבה אינה חלה על פעולותיה בשטחים נדחתה על ידי רוב הקהילה הבינ-לאומית. העמדה המקובלת בעולם היא שיש לפרש את סעיף 2 בצורה רחבה יותר, שאינה מתנה את תחולת האמנה בשטח כבוש בקיומו של ריבון חוקי בשטח עובר לתפיסתו.⁶⁷ בהתאם לפרשנות זו, ישראל מחויבת ליישם את כל הוראותיה של אמנת ג'נבה בשטחים הפלסטיניים.⁶⁸ כפי שהסביר בית הדין הבינ-לאומי לצדק בחוות הדעת המייעצת בעניין גדר ההפרדה, פרשנות זו עולה בקנה אחד עם התכלית המרכזית של אמנת ג'נבה, שהיא כאמור להגן על האוכלוסייה המקומית מפני הכוח של הצבא הערין ששולט בה.⁶⁹

בית המשפט העליון לא דן עד היום ולא הכריע בשאלת תחולתה של אמנת ג'נבה בגדה המערבית. הסיבה הרשמית לכך היא שלפי הכלל הנוהג בישראל, בתי המשפט במדינה אינם פוסקים לפי אמנה בין-לאומית אלא אם כן היא נקלטה בדין הישראלי באמצעות חקיקה פנימית.⁷⁰ אומנם, במספר לא מבוטל של פסקי דין חרג בית המשפט העליון מכלל זה ביחס לאמנת ג'נבה, והביע נכונות לאכוף חלק מהוראותיה

65 ראו, למשל, Meir Shamgar, *Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government – The Initial Stage*, in MILITARY GOVERNMENT IN THE TERRITORIES ADMINISTERED BY ISRAEL 1967–1980 – THE LEGAL ASPECTS 13 (Meir Shamgar ed., 1982). לסיכום העמדה הישראלית בסוגיה זו ראו חוות הדעת בעניין גדר ההפרדה, לעיל ה"ש 64, פס' 90 ו-93.

66 ראו, למשל, הילה אדלר "דיני כיבוש" **משפט בינלאומי** 383, 412 (מהדורה שלישית, רובי ספיל ויעל רונן עורכים, 2016).

67 ראו, למשל, YORAM DINSTEIN, *THE INTERNATIONAL LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION* 21–22 (2009).

68 ראו, למשל, חוות הדעת בעניין גדר ההפרדה, לעיל ה"ש 64, פס' 95–101; ICRC, COMMENTARY ON THE FIRST GENEVA CONVENTION: CONVENTION (I) FOR THE AMELIORATION OF THE CONDITION OF THE WOUNDED AND SICK IN ARMED FORCES IN THE FIELD art. 2, para. 324 S.C. Res. 237 (June 14, 1967); S.C. Res. 446 (Mar. 22, 1979); S.C. Res. 904 (Mar. 18, 1994); S.C. Res. 681 (Dec. 20, 1990); S.C. Res. 799 (Dec. 18, 1992); S.C. Res. 1435 (Sep. 24, 2002).

69 ראו חוות הדעת בעניין גדר ההפרדה, לעיל ה"ש 64, פס' 94–95.

70 ראו ברודי, לעיל ה"ש 50.

בשטחים.⁷¹ עם זאת, הבסיס המשפטי שעליו הסתמך בית המשפט בעשותו כן אינו נקי מספקות.⁷² בכל מקרה, בית המשפט טרם בחן או יישם את הוראת סעיף 49(6), ולנוכח הרגישות הפוליטית הרבה של סוגיית ההתנחלויות, ספק רב אם הוא יעשה כן בעתיד הנראה לעין.⁷³

לפי העמדה המקובלת בעולם, אם כן, הקמת יישובים ישראלים בשטחים הפלסטיניים מהווה בכל מקרה (כלומר, ללא קשר למעמדה של הקרקע שהישוב מוקם עליה או לשאלת הרצון החופשי של המתיישבים) הפרה של הדין הבין-לאומי מצד ממשלת ישראל, משום שהיא מנוגדת לסעיף 49(6) לאמנת ג'נבה, אשר חלה בשטחים הפלסטיניים. נוסף על כך, אם היישוב מוקם על קרקע פרטית ואינו משמש לצרכים צבאיים, מדובר גם בהפרה של תקנה 52 לתקנות האג, אשר מבטאת דין מנהגי. לעומת זאת, לפי עמדתה של ממשלת ישראל, הקמת יישובים ישראלים בגדה המערבית אינה מנוגדת לדין הבין-לאומי אלא אם כן היישוב מוקם על קרקע פרטית ואינו משמש לצרכים צבאיים.

2. הדין המנהלי הישראלי

לפי הדין המנהלי הישראלי, כל הקמה של יישוב ישראלי חדש, בין בשטחה הריבוני של מדינת ישראל ובין בשטחים הפלסטיניים, טעונה החלטת ממשלה או החלטה של ועדת שרים שפועלת מטעם הממשלה.⁷⁴ דרישה זו מעוגנת בהחלטת ממשלה,⁷⁵ בהנחיה של היועץ המשפטי לממשלה⁷⁶ ובפסיקתו של בית המשפט העליון.⁷⁷ בפועל החלטות

71 ראו, למשל, בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 393 – 394 (2004); בג"ץ 2690/09 "יש דין" – ארגון מתנדבים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס"ב 6, 13 ו-14 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם באר"ש, 28.3.2010).

72 בחלק מהמקרים הסתמך בית המשפט על הצהרת המדינה כי היא מוכנה ליישם את ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה בשטחים, במקרים אחרים קבע בית המשפט כי ההוראות שהוא מיישם משקפות דין מנהגי, ויש גם מקרים שבהם בית המשפט לא הבהיר כלל מהו הבסיס המשפטי להחלטת האמנה. להרחבה ראו אדלר, לעיל ה"ש 66, בעמ' 413.

73 רתיעתו של בית המשפט העליון מלעסוק בשאלת חוקיותן של ההתנחלויות לפי הדין הבין-לאומי באה לידי ביטוי מובהק בפרשת ברגיל, לעיל ה"ש 62, שבה קבע בית המשפט כי מדובר בסוגיה פוליטית מובהקת ועל כן בלתי שפיטה.

74 ראו הצוות לבחינת הבניה באזור יהודה ושומרון דו"ח על מעמד הבניה באזור יהודה ושומרון 46, פס' 42 (להלן: דוח ועדת לוי) (ציטוט מחוות דעתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה).

75 ראו החלטה 559 (הת/8) של הממשלה ה-17 (16.3.1975), המורה כי "כל הצעה להתיישבות חדשה, לא בלבד מעבר לקו הירוק, טעונה החלטה של הוועדה להתיישבות".

76 ראו "נוהל קבלת החלטה בנושא הקמת יישובים חדשים" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.1800 (התשס"ה). ההנחיה מסבירה כי להחלטה על הקמת יישוב חדש יש השלכות תכנוניות, תקציביות, תשתיות, סביבתיות, תעסוקתיות ועוד, ולכן ראוי שהיא תתקבל על ידי הדרג המדיני הבכיר לאחר התייעצות עם כל הגורמים המקצועיים הנוגעים בדבר.

בנוגע להקמת יישובים חדשים התקבלו לאורך השנים על ידי ועדת השרים להתיישבות, בתקופות שבהן ועדה זו הייתה פעילה, או על ידי הממשלה עצמה, בתקופות שבהן הוועדה לא הייתה פעילה.

בשנת 1984 קיבלה הממשלה החלטה שלפיה "הרחבה בשטח רצוף של יישוב אשר הוקם או מוקם על פי אישור הוועדה להתיישבות אינה זקוקה להחלטה מיוחדת של הוועדה".⁷⁸ החלטה זו הוחלפה בשנת 1999 בהחלטת ממשלה חדשה שבה נקבע כי "הרחבה של יישוב שהוקם או יוקם על פי החלטת ממשלה... אינה טעונה החלטה של הממשלה. הרחבה כאמור של יישוב בשטחי יש"ע ואזח"ע טעונה אישור שר הביטחון על דעת ראש הממשלה".⁷⁹ כפי שניתן לראות, מההחלטה משנת 1999 הושמט הביטוי "בשטח רצוף" שהופיע בהחלטה הקודמת, כך שלמן שנת 1999 גם הרחבה שאינה נמצאת ברצף טריטוריאלי עם המבנים הקיימים של היישוב הוותיק אינה מחייבת החלטת ממשלה (אך מחייבת אישור של שר הביטחון על דעת ראש הממשלה).

בהעדר דרישה לרצף טריטוריאלי, נשאלת השאלה איזה סוג של בנייה ייחשב לפי ההחלטה משנת 1999 "הרחבה" של יישוב שניתן לבצעה ללא החלטת ממשלה. לדעת הגורמים העוסקים בהקמה ובפיתוח של יישובים ישראלים בשטחים,⁸⁰ גם בנייה במרחק של מאות או אלפי מטרים מקצה השטח הבנוי של יישוב קיים היא בגדר "הרחבה" של היישוב, כל עוד היא נמצאת בתוך משבצת הקרקע שהוקצתה ליישוב מלכתחילה על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש ביהודה ובשומרון.⁸¹ עמדה זו נדחתה בצדק על ידי גורמים משפטיים שונים, לרבות מחבריהן של שתי חוות דעת שהוכנו בעבור הממשלה בנושא המאחזים הישראליים בשטחים.⁸² מחברים אלה מציינים כי פרשנות גמישה מדי של המונח "הרחבה", אשר מותחת אותו על פני מרחקים פיזיים ניכרים, מאפשרת למעשה הקמה של יישובים חדשים ללא החלטת ממשלה במסווה של שכונות של יישובים קיימים. במקרים רבים לשכונות הללו יש מסגרת תקציב נפרדת, סמל יישוב נפרד, ועדת קליטה נפרדת ומזכירות נפרדת, והן מתפקדות למעשה כיישוב עצמאי לכל דבר ועניין, שאין לו שום קשר עם היישוב הוותיק.⁸³ לדעתם, במקרים אלה חל הרציונל העומד ביסוד הדרישה שהקמת יישוב חדש תאושר

77 ראו עניין **וינשטוק**, לעיל ה"ש 16, פס' 8 לפסק דינו של השופט חשין; בג"ץ 5853/04 **"אמנה" תנועת ההתיישבות של גוש אמונים אגודה שיתופית נ' ראש-ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 289, פס' 6 לפסק דינו של הנשיא ברק (2004).

78 ראו החלטה 640 (הת/40) של הממשלה ה-20 (10.5.1984).

79 ראו החלטה 175 של הממשלה ה-27 (17.3.1999).

80 על פעילותם של גופים אלה ומעורבותם בבנייה בלתי חוקית בשטחים ראו פרק ד להלן.

81 ראו **דוח ועדת לוי**, לעיל ה"ש 74, פס' 31-32 (עמדת החטיבה להתיישבות) ופס' 37-38 (עמדת המנהל לבנייה כפרית). עמדה דומה הובעה גם על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש ביהודה ובשומרון. ראו שם, פס' 35.

82 ראו "חוות דעת (ביניים) בנושא מאחזים בלתי מורשים" (חוות דעת של עו"ד טליה ששון, פברואר 2005) (להלן: **דוח ששון**); **דוח ועדת לוי**, לעיל ה"ש 74, פס' 42.

83 שם, פס' 34 ר-40.

בהחלטת ממשלה, שעניינו ההשלכות מרחיקות הלכת שיש להקמת יישוב במישור התקציבי, התכנוני, הסביבתי והתעסוקתי, וכאשר מדובר ביישוב המוקם בשטחים הפלסטיניים – גם במישור המדיני.⁸⁴ לפיכך רק במקרים שבהם השכונה החדשה אכן מהווה חלק בלתי נפרד מהיישוב הוותיק ניתן להסתפק באישור של שר הביטחון להקמתה, ואילו במקרים שבהם היא מתפקדת כיישוב עצמאי יש לראות בה יישוב חדש שהקמתו מחייבת החלטת ממשלה. בהעדר החלטת ממשלה, הקמת היישוב החדש היא בלתי חוקית.

בכל הנוגע באישורים של הדרג המדיני יש להזכיר גם את החלטת הממשלה משנת 1996 הקובעת כי כל הקצאת קרקע לבנייה, כל הרשאה חדשה לתכנון על אדמות מדינה בשטחים וכן כל מתן תוקף לתוכנית מתאר בשטחים מחייבים אישור של שר הביטחון.⁸⁵ החלטה זו אף חוזרת ומדגישה כי הצעות להקמת יישובים חדשים, סלילת כבישים וכן "נושאים של מדיניות כוללת בנושאי ההתיישבות" יובאו להחלטת הממשלה כולה.⁸⁶ הוראות אלה עוגנו בהמשך בצו של המפקד הצבאי באזור.⁸⁷

3. הדין המקומי בשטחים

מבין הדינים המקומיים החלים בשטחי הגדה המערבית, הדינים הרלוונטיים ביותר לבחינת חוקיותה של ההתיישבות הישראלית במקום הם דיני התכנון והבנייה. דבר החקיקה המרכזי המסדיר את תחום התכנון והבנייה בגדה המערבית הוא חוק תכנון ערים, כפרים ובנינים משנת 1966,⁸⁸ כפי שתוקן על ידי הצו בדבר חוק תכנון ערים, כפרים ובנינים (יהודה והשומרון) שהוציא מפקד צה"ל באזור בשנת 1971.⁸⁹ לפי חקיקה זו, בנייה בשטחים מחייבת היתר בנייה.⁹⁰ ככל שמדובר בבנייה ביישובים ישראליים, הגורם המוסמך להעניק היתר בנייה הוא המועצות המקומיות והאזוריות, אשר פועלות כוועדות תכנון מיוחדות.⁹¹ אחד התנאים למתן היתר בנייה על ידי ועדת תכנון מיוחדת הוא התאמתו לתוכנית מתאר מפורטת שאושרה על ידי מועצת התכנון העליונה בשטחים.⁹²

84 ראו, למשל, דוח ששון, לעיל ה"ש 82, בעמ' 74.

85 ראו החלטה 150 של הממשלה ה-27 (2.8.1996).

86 שם.

87 ראו צו בדבר אישור הליכי תכנון ובניה (מס' 1445), התשנ"ו-1996.

88 חוק תכנון ערים, כפרים ובנינים מס' 79 לשנת 1966 (להלן: חוק התכנון הירדני).

89 צו בדבר חוק תכנון ערים, כפרים ובנינים (יהודה והשומרון) (מס' 418), התשל"א-1971 (להלן: צו 418).

90 ראו ס' 34 לחוק התכנון הירדני.

91 ראו ס' 2א לצו 418; מינוי ועדות תכנון מיוחדות (מועצות מקומיות ומועצות אזוריות) (יהודה והשומרון), התשס"ח-2008.

92 ראו ס' 2 לצו 418. מועצת התכנון העליונה האצילה את הסמכות לאשר תוכנית מפורטת לוועדת המשנה להתיישבות. ראו ס' 7א לצו 418 וס' 5א) למינוי ואצילת סמכויות של מועצת התכנון העליונה (יהודה והשומרון), התשס"ט-2009.

בנייה ללא היתר מהווה עברה פלילית, ועשויה להוביל להריסת המבנה על ידי רשויות האכיפה.⁹³

פרק ג: קידום התיישבות בלתי חוקית בשטחים על ידי רשויות השלטון בישראל

המסקנה העולה מהפרק הקודם היא שלפי הפרשנות המקובלת בעולם לסעיפים 2 ו-49 לאמנת ג'נבה הרביעית, כל פעולה של רשויות השלטון בישראל שמקדמת התיישבות של אזרחים ישראלים בשטחים הפלסטיניים מהווה הפרה של הדין הבין-לאומי. לפי גישה זו, כל היישובים הישראליים בשטחים, לרבות התנחלויות שהוקמו על קרקעות מדינה מכוח החלטת ממשלה ובהתאם לתוכנית מתאר מאושרת, הם בלתי חוקיים. כפי שראינו, ממשלת ישראל דוחה פרשנות זו בעקביות, וטוענת כי בהקמת יישובים אלה לא נפל כל פגם חוקי.

לעומת זאת, ביחס להתיישבות ישראלית בשטחים על קרקעות שאינן אדמות מדינה, ללא החלטת ממשלה, ללא אישור של שר הביטחון או לא בהתאם לתוכנית מתאר מאושרת, עמדת הממשלה מורכבת יותר. בעוד באופן רשמי הממשלה מתנגדת לפעולות התיישבות מסוג זה, אשר עומדות בסתירה לדין הבין-לאומי, לדין המנהלי הישראלי או לדיני התכנון והבנייה החלים בשטחים, בפועל גורמי שלטון שונים העניקו ומעניקים סיוע נרחב לפעולות הללו, תוך עצימת עיניים מצד הדרג המדיני הבכיר.⁹⁴ גופי השלטון העיקריים אשר סייעו ועודם מסייעים להתיישבות ישראלית בשטחים שהיא בלתי חוקית לפי עמדתה הרשמית של הממשלה הם המנהל לבנייה כפרית במשרד הבינוי והשיכון, המנהל האזרחי באזור יהודה והשומרון, עוזר שר הביטחון לענייני התיישבות וכן החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית העולמית. תמיכתו של המנהל לבנייה כפרית בהתיישבות בלתי חוקית באה לידי ביטוי בעיקר בסיוע בהקמת מוסדות ציבור, בהנחת תשתיות מים וחשמל, וברכישת ובהצבה של מבנים יבילים.⁹⁵ תמיכתו של המנהל האזרחי באה לידי ביטוי, בין היתר, בהקצאת קרקעות להתיישבות שאינן אדמות מדינה (לעיתים באופן מודע ולעיתים ברשלנות או בשוגג) ובהימנעות מפיקוח על בנייה

93 סעיף 38 לחוק התכנון הירדני; צו בדבר תכנון ערים, כפרים ובניינים (תיקון מס' 19) (מס' 1585), התשס"ז-2007.

94 ראו **דוח ועדת לוי**, לעיל ה"ש 74, פס' 33, 42 ו-44-46; **דוח ששון**, לעיל ה"ש 82, בעמ' 19, 28 ו-52-54. כן ראו עקיבא אלדר ועדית זרטל **אדוני הארץ – המתנחלים ומדינת ישראל 1967-2004** 406-417 (2004).

95 ראו **דוח ששון**, לעיל ה"ש 82, פרק 8 (בפרט בעמ' 150, 156 ו-164); **דוח ועדת לוי**, לעיל ה"ש 74, פס' 44; מבקר המדינה **דוח שנתי 54 ב** – **לשנת 2003 ולחשבונות שנת הכספים 2002** 359 (2004). המנהל לבנייה כפרית הינו יחידה במשרד הבינוי והשיכון שתפקידה לסייע בהקמה ובהרחבה של יישובים ישראליים כפריים הן בשטחי הגדה המערבית והן מחוץ לה.

בלתי חוקית ביישובים ישראלים.⁹⁶ עוזר שר הביטחון לענייני התיישבות נתן אישורים לשינוע מבנים יבילים ליישובים בלתי חוקיים, והנחה את הגורמים הרלוונטיים להעניק ליישובים אלה סמל יישוב ותקציב ולחברם לרשת החשמל.⁹⁷ לבסוף, החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית העולמית סיעה בגיבוש גרעיני התיישבות, בהקמת מחנות זמניים ובמתן מענה לצרכים חברתיים וכלכליים ביישובים בלתי חוקיים.⁹⁸ יש לציין כי בתגובה על הביקורת שהושמעה על מעורבותם בכנייה בלתי חוקית, הציגו גורמי השלטון הנזכרים טיעונים שונים המלמדים, לדעתם, כי לא נפל פגם חוקי בהתנהלותם. כך, למשל, בנוגע להקצאת אדמות להתיישבות שאינן אדמות מדינה נטען בחלק מהמקרים כי מדובר ב"אדמות סקר", כלומר, באדמות בלתי מוסדרות אשר לפי ההערכות צפויות להיות מוכרזות כאדמות מדינה.⁹⁹ אולם נראה כי אין בהסבר זה כדי לשלול את אי-החוקיות, שכן כל עוד לא התבררו הזכויות בקרקע אי-אפשר להקצותה לבנייה. לגבי בנייה ללא תוכנית מתאר תקפה וללא היתר בנייה נטען כי מדובר בפרקטיקה נפוצה ומקובלת בהתיישבות הישראלית – הן בתחומי מדינת ישראל והן בשטחים.¹⁰⁰ מובן כי טיעון זה, גם אם הוא נכון, אינו הופך את דפוס הפעולה המתואר לחוקי. בנוגע לבנייה ללא החלטת ממשלה נטען, כפי שצוין לעיל, כי כאשר שכונה חדשה מוקמת בתוך המשבצת של יישוב ותיק, מדובר בהרחבה בלבד, שאינה מחייבת החלטת ממשלה.¹⁰¹ אך כפי שכבר הוסבר, רוב השכונות הללו מתפקדות למעשה

96 ראו **דוח ששון**, לעיל ה"ש 82, ס' 9.1. המנהל האזרחי הוא גוף שפועל במסגרת צבא ההגנה לישראל ואחראי להיבטים האזרחיים של חיי התושבים (הישראלים והפלסטינים) בשטחים הפלסטיניים. תפקידיו כוללים, בין היתר, הקצאת אדמות מדינה להתיישבות ישראלית (במסגרת תהליך ההקצאה, הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש ביהודה ובשומרון, הפועל במסגרת המנהל האזרחי, מקצה את הקרקעות לחטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית, וזו מקצה אותן לרשויות המקומיות או למתיישבים עצמם). המנהל האזרחי אחראי גם לפיקוח על בנייה בלתי חוקית על ידי תושבים פלסטינים וישראלים (תיחום שטח, הוצאת צווי הריסה ואכיפתם).

97 שם, ס' 9.2. תפקידיו של עוזר שר הביטחון לענייני התיישבות כוללים קישור ותיאום בין גופים העוסקים בהתיישבות לבין משרד הביטחון והקצאת תקציבים לצורך הגנת יישובים. ראו מבקר המדינה **דוח שנתי 54א – לשנת 2003** 43 (2003) ("היבטים בפעולות עוזר שר הביטחון להתיישבות, תשתית ואזורי פיתוח"); מבקר המדינה **דוח שנתי 59א** 187 (2008) ("היבטים בפעולות היחידה להתיישבות ותשתית לאומית שבמשרד הביטחון").

98 להבדיל משלושת הגורמים האחרים הנזכרים בפסקה זו, החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית אינה גוף שלטוני. עם זאת, פעילותה ממומנת באופן מלא מתקציב המדינה, ובמידה רבה ניתן לראות בה את זרועה הארוכה של הממשלה בכל הנוגע בהתיישבות בשטחים ובפריפריה. האצלת הסמכויות מהממשלה לחטיבה להתיישבות הוסדרה בשנת 2015 בחוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל (תיקון מס' 2), התשע"ו-2015, ס"ח 312.

99 ראו **דוח ועדת לוי**, לעיל ה"ש 74, פס' 37.

100 שם, פס' 33 ר-44.

101 ראו לעיל ה"ש 81 והטקסט שלידה.

כיישובים עצמאיים, ולכן נראה שהרציונל העומד ביסוד הדרישה שהקמת יישוב חדש תאושר על ידי הממשלה חל גם ביחס אליהן.¹⁰² קשה להשתחרר מן הרושם שממשלת ישראל מדברת בשני קולות ביחס להתיישבות בשטחים: מצד אחד, היא מציבה – בין באמצעות החלטות ממשלה ובין באמצעות חקיקת הביטחון באזור – תנאים ודרישות שנועדו להגביל את היקף הבנייה בשטחים ולהגביר את הפיקוח עליה, לרבות איסור בנייה בקרקע פלסטינית פרטית, התניית הקמתם של יישובים חדשים בהחלטת ממשלה ודרישה שכל בנייה תיעשה בהתאם לתוכנית מתאר מפורטת; מצד אחר, היא מוצאת מגוון דרכים לעקוף את התנאים והדרישות שהיא עצמה מציבה. לכאורה ניתן להסביר מצב זה בפער בין הדרג המדיני (שרי הממשלה), אשר אוסר ומגביל, לבין הדרג המקצועי (מנהלי יחידות במשרדי הממשלה וקצינים במנהל האזרחי), אשר מתעלם ומתיר. אלא שהסבר זה אינו מספק, שכן לנוכח היקף הבנייה הבלתי-חוקית ברור למדי שהדרג המדיני מודע אליה ונמנע במכוון מלהתערב.¹⁰³ נראה, אם כן, שההסבר ליחסה הדואלי של הממשלה להתיישבות בשטחים נובע לא מהפער בין הדרג המדיני לדרג המקצועי, אלא מהפער בין מדיניות הפנים למדיניות החוץ של הממשלה. במישור הפנים-מדינתי, רוב ראשי הממשלה ושרי הממשלה שכיחנו בעשורים האחרונים תמכו בבנייה נרחבת בשטחים, בין משיקולים ענייניים (בטחוניים, מדיניים, אידיאולוגיים או אחרים) ובין מתוך רצון לרצות את קבוצות הבוחרים התומכות בהתיישבות כזו, אשר נחשבות בעלות כוח רב בזירה הפוליטית בישראל.¹⁰⁴ בה בעת, במישור הבין-לאומי, הממשלה אינה יכולה להתעלם מהלחצים הכבדים המופעלים עליה על ידי מדינות וארגונים בין-לאומיים לצמצם בצורה משמעותית את היקף הבנייה בשטחים.¹⁰⁵ במצב זה אימוץ מדיניות משפטית מגבילה תוך איתות לדרג המקצועי שניתן ורצוי למצוא דרכים יצירתיות להתעלם מן ההגבלות נראה פתרון מוצלח למדי. אולם פתרון זה גובה מחיר יקר לא רק מהתושבים הפלסטינים, אלא גם ממדינת ישראל, וזאת בשל פגיעתו הקשה בעקרון שלטון החוק.

102 ראו לעיל ה"ש 82–84 והטקסט שלידן.

103 ראו דוח ששון, לעיל ה"ש 82, בעמ' 19; דוח ועדת לוי, לעיל ה"ש 74, פס' 45.

104 בנוגע לכוח הפוליטי של המתנחלים ותומכיהם ראו, למשל, Robert H. Mnookin & Ehud Eiran, *Discord "Behind the Table": The Internal Conflict Among Israeli Jews Concerning the Future of Settlements in the West Bank and Gaza*, 2005 J. DISP. RESOL. 11.

105 ראו דוח ששון, לעיל ה"ש 82, בעמ' 19; דוח ועדת לוי, לעיל ה"ש 74, פס' 45.

פרק ד: מתי ראוי להגן על הסתמכות של מתיישבים ישראלים בשטחים?

מהן ההשלכות של תמיכת גורמי שלטון ישראליים בהתיישבות שממשלת ישראל עצמה מגדירה באופן רשמי כבלתי חוקית? האם תמיכה זו יכולה להקנות זכויות למתיישבים שהסתמכו עליה? ומה לגבי מתיישבים שמתגוררים בהתנחלויות מורשות אשר מוגדרות כחוקיות על ידי ממשלת ישראל אך נתפסות כמנוגדות לדין הבין-לאומי בעיני רוב המדינות והמומחים העוסקים בתחום? אילו זכויות קמות להם, אם בכלל, מכוח ההסתמכות על הרשאת הממשלה להתיישבות?

בפרק א טענתי כי אף על פי שבדרך כלל עקרון שלטון החוק מחייב להתנער מפעולה שלטונית בלתי חוקית, במקרים שבהם אנשים הסתמכו בתום לב על הפעולה הבלתי-חוקית – כלומר, הסתמכו עליה משום שלא ידעו ולא יכלו לדעת שהיא בלתי חוקית או משום שלא היו להם חלופות סבירות – ייתכן שיהיה מקום להגן על הסתמכותם, גם במחיר של מתן תוקף לפעולה הבלתי-חוקית. הוספתי כי ההצדקות העומדות ביסוד ההגנה על הסתמכות במקרים אלה הן הצורך לקדם אוטונומיה אישית והרצון להבטיח היענות ציבורית ליוזמות ממשלתיות. כמו כן טענתי כי לצורך ההחלטה אם להגן במקרה נתון על הסתמכות בתום לב על פעולה שלטונית בלתי חוקית יש להביא בחשבון, בין היתר, את סוג הנורמה שהופרה ואת היקף ההפרה, את מרכזיותה של ההסתמכות בחייו של המסתמך, את המידה שבה שינה המסתמך את מצבו לרעה בעקבות ההסתמכות וכן את מידת הפגיעה הצפויה באינטרסים של צדדים שלישיים.

יישום תובנות אלה ביחס לישראלים שהתיישבו בשטחים מוביל למסקנה שבחלק גדול מהמקרים אין הצדקה להגן על הסתמכותם של המתישבים. עם זאת, כפי שיוסבר מיד, במקרים מסוימים עשויה להיות הצדקה להגנה על הסתמכותם של תושבי התנחלויות מורשות. כאשר מדובר במאחזים בלתי מורשים, לעומת זאת, קשה לחשוב על מקרים שבהם השיקולים התומכים בהגנה על הסתמכות יגברו על השיקולים השוללים אותה. מסקנה זו מבוססת על כמה נימוקים.

לעניין תום הלב, השאלה הראשונה שיש לשאול היא אם המתישבים ידעו או היו צריכים לדעת על אי-החוקיות. לנוכח הוויכוח הער המתקיים בשיח הציבורי הישראלי בנושא חוקיותן של ההתנחלויות למן ראשיתן, ניתן להניח שלמרות התמיכה שקיבלו מרשויות המדינה, חלק גדול מהמתיישבים ידעו לכל הפחות שחוקיותן מוטלת בספק. הדברים נכונים ביתר שאת לגבי המאחזים הבלתי-מורשים, וזאת לא רק משום שהם מעוררים מחלוקת ציבורית חריפה במיוחד, אלא גם משום שהממשלה עצמה, על אף התמיכה שהיא מעניקה בפועל להקמת מאחזים, מצהירה באופן רשמי כי הם בלתי חוקיים.¹⁰⁶

106 לדין בשאלת ההגנה על הסתמכות על פעולה שלטונית קונקרטיה שמנוגדת למדיניות שלטונית כללית ראו יואב דותן "הבטחה מינהלית לציבור" **משפט וממשל** ה' 465, 490–495 (2000).

זאת ועוד, את המתיישבים הישראלים בשטחים, ובעיקר את תושבי המאחזים, ניתן לתאר כ"קבוצת אינטרס" לכידה ומאורגנת יחסית, אשר בין חבריה שוררת סולידריות גבוהה, שמתורגמת לכוח פוליטי.¹⁰⁷ אחד המאפיינים של קבוצות אינטרס כאלה הוא יכולת גישה טובה של חברי הקבוצה למידע הנוגע באינטרסים המשותפים שלהם.¹⁰⁸ ניתן להניח, אם כן, שרובם המכריע של תושבי המאחזים וכן חלק גדול מתושבי ההתנחלויות היו מודעים לקשיים החוקיים הכרוכים בפעילותם או יכלו בקלות לדעת עליהם.

כפי שצוין, דרישת תום הלב יכולה להתקיים גם כאשר אדם יודע שהפעולה השלטונית שהוא מסתמך עליה אינה חוקית אבל לא עומדות לרשותו דרכי פעולה חלופיות סבירות. ייתכן שמצב כזה של העדר חלופות סבירות מתקיים ביחס לכמה קבוצות מקרב המתיישבים הישראלים בשטחים. עם אלה ניתן למנות את אלפי העולים החדשים שהגיעו לישראל מברית המועצות לשעבר בתחילת שנות התשעים ושוכנו על ידי הממשלה בהתנחלויות מבלי שנשאלו להעדפותיהם.¹⁰⁹ כמו כן ניתן לטעון שגם לחלק גדול מהמתנחלים המתגוררים בהתנחלויות בעלות אופי דתי-חרדי לא הייתה למעשה בררה, לנוכח הקושי למצוא דיור בר השגה ביישובים חרדיים בתחומי הקו הירוק.¹¹⁰ לצד אלה שהתיישבו בעצמם בהתנחלויות משום שלא היו להם חלופות סבירות יש לציין גם את מי שלא בחרו בעצמם להתגורר בהתנחלות או במאחז, אלא גדלו שם כבני הדור השני או השלישי, ואשר מפאת גילם הצעיר או מסיבות אחרות

107 לתיאור המתנחלים כקבוצת אינטרס ראו Mnookin & Eiran, לעיל ה"ש 104. על מאפייניהן של קבוצות אינטרס באופן כללי ראו Mancur Olson, Jr., *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups* (1965).

108 ראו, למשל, David Austen-Smith, *Interest Groups: Money, Information, and Influence*, in *Perspectives on Public Choice: A Handbook* 296 (Dennis C. Mueller ed., 1997); Susanne Lohmann, *An Information Rationale for the Power of Special Interests*, 92 *AM. POL. SCI. REV.* 809 (1998); Joseph Stiglitz, *Transparency in Government*, in *The Right to Tell: The Role of Mass Media in Economic Development* 27 (The World Bank, 2002).

109 לפי עדותו של עוזר שר השיכון לענייני התיישבות לשעבר, בתחילת שנות התשעים של המאה העשרים, כאשר החלה העלייה הגדולה לישראל מברית המועצות לשעבר, דאג משרד השיכון – שהיה מופקד על מציאת פתרונות דיור לעולים החדשים – ליישב רבים מהם בשטחים. ראו **דוח ועדת לוי**, לעיל ה"ש 74, בעמ' 52.

110 יהודים חרדים הם אחת מקבוצות האוכלוסייה העניות ביותר בישראל, בעיקר בשל קצב ילודה גבוה וחוסר השתלבות בשוק העבודה. ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה **אפיון יחידות גאוגרפיות וסיווגן לפי הרמה החברתית-כלכלית של האוכלוסייה בשנת 2015** לוח 2 – רשויות מקומיות, לפי סדר עולה של המדד החברתי-כלכלי 2015: ערך מדד, דירוג ואשכול, ושינויים לעומת 2013 (2019) www.cbs.gov.il/he/publications/DocLib/2019/1765_socio_economic_2015/h_print.pdf. מדד זה מלמד כי שתי ההתנחלויות החרדיות הגדולות ביותר – מודיעין עלית וביתר עלית – נמנות עם עשר הרשויות המקומיות העניות ביותר בישראל (מתוך 255 רשויות מקומיות).

אין להם אפשרות סבירה לעבור למקום אחר. קבוצה אחרונה שראוי להזכיר בהקשר זה מורכבת מאנשים שהתיישבו בשטחים מתוך תחושת מחויבות אידיאולוגית-דתית עמוקה. ניתן לטעון כי גם למתיישבים אלה – שמהווים חלק קטן יחסית מתושבי ההתנחלויות המורשות¹¹¹ וחלק גדול יותר מתושבי המאחזים הבלתי-מורשים¹¹² – לא הייתה למעשה חלופה קבילה מבחינה מצפונית, משום שהרעיון של יישוב ארץ ישראל השלמה נתפס בעיניהם כציווי מוחלט, בבחינת ייהרג ואל יעבור, שאינו מאפשר להם לגור במקום אחר.¹¹³ ניתן אף לטעון כי אם הערך של חופש המצפון עשוי להצדיק יחס סובלני כלפי מפרי חוק מטעמים אידיאולוגיים במקרים שבהם עמדת הרשויות ביחס לדרישות החוק אינה משתמעת לשני פנים, כפי שהוגים ליברלים טוענים בצדק,¹¹⁴ אזי במקרים שבהם עודדו הרשויות את הפרת החוק יש הצדקה חזקה אף יותר לדרוש יחס סובלני כזה, אשר יכול לבוא לידי ביטוי בהימנעות מפינוי מתיישבים.

קיימים שני שיקולים נוספים שעשויים לתמוך בהגנה על ההסתמכות של חלק מהמתיישבים הישראלים בשטחים. ראשית, לגבי אנשים רבים בחירת מקום מגורים היא החלטה מרכזית בכתיבת סיפור חייהם, והתערבות בבחירה זו עלולה לפגוע באופן ממשי באוטונומיה האישית שלהם. שנית, חלק גדול מהמתיישבים מתגוררים בשטחים כבר שנים רבות, שבמהלכן הם הספיקו לפתח קשר חזק למקום, ואולי אף תלות כלכלית או חברתית בו. ניתן להניח שלרבים מהמתיישבים ייגרם לפיכך נזק משמעותי אם לאחר זמן כה רב הם יאלצו לעזוב את בתיהם ויישוביהם ולבנות את חייהם מחדש במקום אחר. כנגד זה ניתן לטעון כי אין מקום להעניק משקל רב מדי לשינוי המצב לרעה בנסיבות העניין, משום שהמתיישבים (למעט אלה שלא הייתה להם גישה סבירה למידע) היו

111 בעוד שבשנים הראשונות להתיישבות הישראלית בשטחים פעלו רוב המתנחלים מתוך מניעים אידיאולוגיים, החל בשנות השמונים של המאה העשרים בחרו יותר ויותר ישראלים לגור בהתנחלויות משיקולי "איכות חיים" שעניינם הרצון ליהנות מעלויות דיור ומחיה נמוכות לצד שירותים קהילתיים מתקדמים. ראו, למשל, ארו מגור "המדרינה, השוק וההתנחלויות: מדיניות משרד הבינוי והשיכון והמעבר מהיאחזות משיחית לפיתוח עירוני בראשית שנות השמונים" **סוציולוגיה ישראלית** טז(2) 140 (2015); גילי מלניצקי "מי לא רוצה בית גדול עם גינה במיליון שקל? הלהיט החדש של הצעירים" **TheMarker** 15.11.2019 www.themarker.com/realstate/premium-MAGAZINE-1.8127726.

112 ראו, למשל, אפרת וייס "מורה נבוכים: מי זמי בגבעות ובמאחזים?" **ynet** 3.9.2007 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3445125,00.html.

113 ראו אלדר וזרטל, לעיל ה"ש 94, בעמ' 265–267. לפי אלדר וזרטל, הגרעין הקשה של המתיישבים היהודים בשטחים, ובפרט אנשי גוש אמונים, הושפע עמוקות מתורתו של הרב צבי יהודה קוק, אשר ראה בהתיישבות יהודית בכל שטחי ארץ ישראל מצווה עליונה ושלב חיוני בדרך לגאולה של עם ישראל. וייס מציינת כי חלק גדול מתושבי המאחזים כיום מושפעים מרעיונותיו של הרב קוק. ראו וייס, לעיל ה"ש 112.

114 ראו, למשל, חיים גנו **ציות וסירוב – אנרכיזם פילוסופי וסרבנות פוליטית** (1996); Joseph Raz, *A Right to Dissent? II. Conscientious Objection, in THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND MORALITY* 276 (1979).

צריכים להביא בחשבון שהמגורים בשטח כבוש אמורים להיות זמניים מטבעם.¹¹⁵ זאת ועוד, להבדיל ממתנחלים במקומות אחרים בעולם, דוגמת מתנחלים טורקים בצפון קפריסין או מתנחלים רוסים במדינות הבלטיות, אשר משמעות הפיננסי לגביהם היא מעבר לארץ אחרת שבה הם עלולים לחוש זרות וניכור, המתנחלים הישראלים בשטחים, אף שהם מתגוררים מחוץ לשטח הריבוני של מדינת ישראל, מקיימים קשר הדוק עם החברה והשלטונות בישראל. לפיכך ניתן לטעון כי למרות הקשיים הטבעיים הכרוכים במעבר למקום חדש, רוב המתנחלים צפויים להשתלב במקומות מגוריהם החדשים בקלות יחסית במקרה שיפנו.¹¹⁶

מכל מקום, גם אם חלק מתושבי ההתנחלויות והמאחזים הסתמכו בתום לב על פעולות שלטוניות שעודדו או אפשרו את ההתיישבות בשטחים, וגם אם פינויים יפגע בהם במידה משמעותית, אין בכך כדי להוות גורם מכריע בקביעת גורלם של המתיישבים, שכן אל מול שיקולים אלה יש להביא בחשבון את הפגיעה הצפויה בשלטון החוק ובצדדים שלישיים.

כפי שצוין לעיל, מידת הפגיעה בעקרון שלטון החוק כתוצאה מההגנה על הסתמכות עשויה להיות מושפעת, בין היתר, ממספר הנורמות המופרות, מטיבן וממעמדן, וכן מהיקף ההפרה. כפי שראינו, הקמת מאחזים עומדת בסתירה לשורה של נורמות המשתייכות לכמה מסגרות משפטיות. נורמות אלה כוללות את איסור העברתם של אזרחי המדינה הכובשת לשטח הכבוש, המעוגן בדין הבין-לאומי; את איסור הקמתו של יישוב ישראלי חדש ללא החלטת ממשלה, שמהווה חלק מהדין המנהלי בישראל; ואת איסור הבנייה ללא תוכנית מתאר והיתרי בנייה תקפים, הקבוע בדיני התכנון והבנייה החלים בשטחים. כמו כן, במקרים שבהם המאחז (או חלק ממנו) ממוקם על אדמות פרטיות של פלסטינים ללא הצדקה צבאית, הקמתו מפרה גם את הוראות הדין הבין-לאומי המנהגי המגנינות על זכות הקניין של התושבים המקומיים. לא זו בלבד שהקמת מאחזים מפרה מספר לא מבוטל של נורמות בסיסיות, אלא שהדבר נעשה בצורה נרחבת ושיטתית. לפי ההערכות, יש כיום יותר ממאה מאחזים בלתי מורשים ברחבי הגדה המערבית, אשר הוקמו בעקביות למן שנות התשעים.¹¹⁷ לנוכח ריבוי הנורמות המופרות והיקפה הנרחב של ההפרה ניתן אם כן לומר שהכשרת מאחזים צפויה לפגוע בצורה קשה בעקרון שלטון החוק.

בניגוד למאחזים בלתי מורשים, התנחלויות מורשות שהוקמו על קרקעות מדינה מכוח החלטת ממשלה ובהתאם לתוכנית מתאר תקפה מפרות "רק" את האיסור הבין-לאומי החל על העברת אזרחי המדינה הכובשת לשטח הכבוש, ואינן מתנגשות עם הדין הפנימי החל בישראל או בשטחים. עם זאת יש לזכור כי

115 ראו עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 579 (בית המשפט מביא בחשבון, לצורך הערכת הנזק שנגרם למתנחלים ברצועת עזה כתוצאה מתוכנית ההתנתקות, את העובדה שההתיישבות בשטח כבוש היא זמנית מטבעה). ראו גם פרשת בית אל, לעיל ה"ש 51, בעמ' 132.

116 ראו רונן, לעיל ה"ש 15.

117 ראו "נחונים – אוכלוסיה", לעיל ה"ש 4.

איסור העברתם של אזרחים לשטח הכבוש הינו כלל מהותי של דיני הכיבוש הבין-לאומיים, המתחייב מעקרון היסוד בדבר שמירת הסדר הקיים בשטח הכבוש. על חשיבותו של איסור ההתנחלות בשטח כבוש ניתן ללמוד גם מהעובדה שהפותרו הוגדרה בחוקת בית הדין הבין-לאומי הפלילי כפשע מלחמה.¹¹⁸ בדומה להתיישבות הישראלית במאחזים, גם ההתיישבות בהתנחלויות נעשית בשיטתיות ובהיקף נרחב זה שנים רבות. אף שבעשרים השנים האחרונות לא הוקמו כמעט התנחלויות חדשות, ההתנחלויות הקיימות, שמספרן עומד על 119,132¹¹⁹ זכו בתוספות בנייה משמעותיות. מכאן שגם הכשרת התנחלויות פוגעת באופן ממשי בעקרון שלטון החוק, גם אם במידה פחותה מהכשרת מאחזים.¹²⁰

כאמור, שיקול נוסף שיש להביא בחשבון אל מול האינטרסים של המתיישבים הוא הנזק שההגנה על ההסתמכות צפויה לגרום לצדדים שלישיים. ההתיישבות הישראלית בשטחים מסיבה נזק רב לתושבים הפלסטינים. ראשית, על מנת לשמור על בטחונם של המתיישבים הישראלים, צה"ל מטיל מגבלות תנועה רבות על התושבים הפלסטינים, אשר משבשות את מהלך חייהם התקיין.¹²¹ שנית, המתיישבים הישראלים משתמשים בחלק ממשאבי הטבע שנמצאים בשטחים – בעיקר קרקע ומים – ובכך מדללים את המשאבים המוגבלים ממילא העומדים לרשות האוכלוסייה הפלסטינית.¹²² שלישית, ניתן לטעון כי נוכחותם של יישובים ישראליים בשטחים פוגעת בסיכוייה של האוכלוסייה הפלסטינית לממש את זכותה להגדרה עצמית לאומית. נוסף על נזקים אלה, במקרים שבהם מאחז בלתי מורשה מוקם (כולו או חלקו) על קרקעות פרטיות של פלסטינים, נפגעת גם זכות הקניין של הבעלים.

118 Rome Statute of the International Criminal Court, art. 8(2)(b)(viii), July 17, 1998, 2187 U.N.T.S. 90. ישראל לא אשררה את החוקה ואינה חברה בבית הדין, אך בנסיבות מסוימות היא עשויה להיות כפופה לסמכות השיפוט שלו.

119 ראו "נתונים – אוכלוסייה", לעיל ה"ש 4.
120 עם זאת, ניתן לטעון כי מכיוון שלאורך השנים טענו ממשלות ישראל בעקביות שההתנחלויות הן חוקיות, הגנה על ההסתמכותם של תושבי ההתנחלויות תפגע אומנם בהיבט אחד של שלטון החוק, הדורש שגופי השלטון יפעלו בהתאם לחוק, אך תעלה בקנה אחד עם היבט אחר של שלטון החוק, שעניינו הכוונת התנהגותם של הפרטים. בנוגע לשני ההיבטים של עקרון שלטון החוק ראו לעיל ה"ש 20–22 והטקסט שלידן.

121 ההגבלות שישראל מטילה על חופש התנועה של האוכלוסייה הפלסטינית בגדה המערבית באות לידי ביטוי במגוון דרכים, לרבות סגירת כבישים, יצירת מובלעות של כפרים פלסטיניים סמוך לגדר ההפרדה, הטלת סגר בתקופות מסוימות והקמת עשרות מחסומים בכל רחבי הגדה המערבית. חלק גדול ממגבלות התנועה הללו, הגם שלא כולן, נובעות במישרין או בעקיפין מקיומם של יישובים ישראליים בשטחים. לסקירה מקיפה בנושא ראו בצלם **אי-תנועה – שלילת חופש התנועה של פלסטינים בגדה המערבית** (2007) www.btselem.org/sites/default/files2/publication/200708_ground_to_a_halt_heb.pdf.

122 ראו בצלם **פינוי בינוי ניצול – השיטה הישראלית להשתלטות על המרחב הכפרי הפלסטיני** (2016) www.btselem.org/download/201612_expel_and_exploit_heb.pdf.

המסקנה הנובעת מהדברים שלעיל היא שאף על פי שחלק מהמתיישבים הישראלים בשטחים פעלו בתום לב, השיקולים הנוגעים בעוצמת הפגיעה בשלטון החוק ובאינטרסים של האוכלוסייה הפלסטינית צריכים כמעט תמיד להכריע את הכף נגד הגנה על הסתמכותם של תושבי מאחזים, ובמקרים רבים גם נגד הגנה על הסתמכותם של תושבי התנחלויות. מסקנה זו מתארת את האיזון הראוי בין השיקולים המתחרים במישור העקרוני. במישור המעשי, השפעתו של כל אחד מהשיקולים הרלוונטיים עשויה להשתנות בהתאם להקשר שבו שאלת גורלם של המתיישבים נדונה. כפי שצוין לעיל, שאלה זו עשויה להתעורר בכמה מצבים: ראשית, כאשר רשויות האכיפה בשטחים שוקלות לפנות יישוב ישראלי שהוקם בניגוד לחוק; שנית, כאשר גורמים מדיניים שוקלים לפנות יישובים במסגרת נסיגה ישראלית מהשטחים (בין שהיא נעשית באופן חד-צדדי ובין שהיא נעשית מכוח הסכם עם הפלסטינים); שלישית, כאשר בית המשפט העליון נדרש להכריע בעתירה שעניינה החלטה של רשויות האכיפה בשטחים או של גורמים מדיניים לפנות יישובים או להימנע מפינוים.

ברי כי לנוכח תמיכתה הממושכת של ממשלת ישראל על זרועותיה השונות בהתיישבות בשטחים, טיעונים הנוגעים בפגיעה בשלטון החוק או באוכלוסייה הפלסטינית צפויים לקבל משקל מועט, אם בכלל, במסגרת המצבים הראשון והשני, גם אם בסופו של דבר מתקבלת החלטה לפנות יישובים. תחת זאת, במצב הראשון רשויות האכיפה צפויות להיתלות בנימוקים חוקיים טכניים כדי להצדיק את הפינוי, ובמצב השני הממשלה עשויה להדגיש את צורכי השעה הפוליטיים. לעומת זאת, כאשר ההחלטה בעניין פינוי יישובים מגיעה לפתחו של בית המשפט, ניתן לצפות שבית המשפט יידרש לכל השיקולים הרלוונטיים ויקיים דיון מהותי באיזון הראוי ביניהם. מכל מקום, נסיון העבר מלמד כי בית המשפט העליון אינו שש לעשות זאת. פסקי הדין שניתנו עד היום ביחס להחלטות של רשויות האכיפה לפנות יישובים או להימנע מפינוים היו קצרים ופורמליסטיים,¹²³ ופסק הדין היחיד שעסק בהחלטה מדינית לפנות התנחלויות (במסגרת תוכנית ההתנתקות) אומנם דן בהרחבה בהסתמכותם של המתיישבים, אך נמנע מלדון בחוקיותן של ההתנחלויות או בהשפעתן על האוכלוסייה הפלסטינית.¹²⁴ לאחרונה נדונה לראשונה סוגיית ההסתמכות של המתיישבים בין כותלי הכנסת, במסגרת חקיקתו של חוק ההסדרה. על אף ביקורות שהשמיעו חברי כנסת מהאופוזיציה בנוגע לפגיעתו של חוק ההסדרה בעקרון שלטון החוק ובזכויות הפלסטינים,¹²⁵

123 ראו, למשל, עניין וינשטוק, עניין אל-נאבות ועניין חמאד, לעיל ה"ש 16.

124 ראו עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 5.

125 ראו, למשל, את דיוניה של מליאת הכנסת בהצעת החוק בקריאה הראשונה (פרוטוקול ישיבה מס' 175 של הכנסת ה-20, 254 (7.12.2016)); ובקריאות השנייה והשלישית (פרוטוקול ישיבה מס' 199 של הכנסת ה-20, 24–26 (31.1.2017)); פרוטוקול ישיבה מס' 201 של הכנסת ה-20, 18–19 (6.2.2017).

ואף שגם היועץ המשפטי לממשלה הביע את התנגדותו לחוק מטעמים דומים,¹²⁶ שיקולים אלה, כפי שנראה מייד, לא באו כמעט לידי ביטוי בניסוחו של החוק.

פרק ה: חוק ההסדרה

בפברואר 2017 התקבל בכנסת החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017. בעקבות עתירות שהוגשו נגד החוק הסכימה המדינה להשעות את כניסתו לתוקף עד להכרעה בהן, ובמועד כתיבת שורות אלה טרם נכנס החוק לתוקף.¹²⁷ מטרת החוק, כפי שהיא מוגדרת בסעיף הראשון שלו, היא "...להסדיר את ההתיישבות ביהודה והשומרון ולאפשר את המשך ביסוסה ופיתוחה".¹²⁸ במילים אחרות, מטרת החוק היא להעניק בדיעבד הכשר חוקי ליישובים ישראליים שהוקמו בשטחים בניגוד לחוק. החוק נועד לחול על מאחזים בלבד, שהרי בהקמת ההתנחלויות לא נפל כל פגם חוקי לפי עמדת המדינה.

חוק ההסדרה נחקק על רקע שורה של פסקי דין שבהם תיב בית המשפט העליון את המדינה לבצע צווי הריסה שהוצאו נגד בתים שנבנו על קרקעות פלסטיניות פרטיות.¹²⁹ מטרת החוק הייתה למנוע את ביצוע הצווים הללו ודומיהם, אם כי בסופו של דבר החליטה הכנסת לא להחיל את החוק על צווים שבית המשפט כבר הורה למדינה לבצעם.¹³⁰

הכשרת המאחזים הבלתי-חוקיים מכוח חוק ההסדרה נעשית בכמה מישורים. במישור הקנייני החוק מורה כי הקרקעות שעליהן הוקם המאחז יירשמו כאדמות מדינה

126 "עמדת היועץ המשפטי לממשלה – הצעת חוק ההסדרה" (חוות דעת של היועץ המשפטי לממשלה, 2016).

127 ראו בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' ממשלת ישראל (טרם ניתן פסק דין).

128 ס' 1 לחוק ההסדרה.

129 ראו, למשל, בג"ץ 9051/05 תנועת "שלום עכשיו" – ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 20.8.2014) (להלן: עניין "שלום עכשיו"); בג"ץ 2759/09 ראש מועצת הכפר קריות נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 12.9.2011); עניין אל-נאבות ועניין חמאד, לעיל ה"ש 16; בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם באר"ש, 31.10.2017). כן ראו 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 – מבוקי הארות פסיקה 61, 6 (2017) www.colman.ac.il/sites/default/files/3_34.pdf; רונית לוי-שנור "עמונה, ממונא ואיסורא: בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבוקי הארות פסיקה 73, 30 (2018) zola.colman.ac.il/wp-content/uploads/2018/01/73-4.pdf.

130 ראו להלן ה"ש 133 והטקסט שלידה.

אם אין להן בעלים, ובמקרה שיש להן בעלים יופקעו זכויות השימוש וההחזקה בהן.¹³¹ במישור התכנוני החוק מורה למדינה לפעול בהקדם האפשרי להשלמת הליכי התכנון במקרקעין אשר נרשמו או הופקעו כאמור.¹³² במישור האכיפה החוק מתלה את כל הליכי האכיפה והצווים המנהליים הקיימים ביחס לשישה עשר מאחזים שמנויים בתוספת לחוק וכן ביחס לכל מאחז אחר שניתן להסדירו לפי החוק, למעט צווים והליכים שבית המשפט כבר נתן צווים שיפוטיים או פסקי דין בדבר מימושם.¹³³ התנאי היחיד שנקבע בחוק להכשרת יישוב בלתי חוקי באמצעות הצעדים המתוארים לעיל הוא שהיישוב נבנה בתום לב או שניתנה הסכמה של רשות מרשויות המדינה לבנייה.¹³⁴ הסכמת הרשויות, לפי החוק, יכולה להיות מפורשת או משתמעת, להינתן מראש או בדיעבד, וכוללת "...סיוע בהנחת תשתיות, הענקת תמריצים, תכנון תכנונית, פרסום פרסומים שנועדו לעודד בנייה או פיתוח או השתתפות בכסף או בעין".¹³⁵ במילים אחרות, כל פעולה שלטונית לטובת המאחז די בה לאפשר את הכשרתו. כפי שניתן לראות, חוק ההסדרה מעניק הגנה רחבה מאוד לתושבי המאחזים. לא רק שהוא משתמש במונח "תום לב" מבלי להגדירו או להכפיפו למגבלות או לדרישות אובייקטיביות כלשהן, הוא גם מסתפק בתמיכה מזערית מצד רשויות המדינה להצדקת הכשרתם של מאחזים. אומנם החוק אינו מדבר במפורש על הסתמכות, אך ניתן להבין כי ההצדקה להכשרת המאחז במקרים שבהם ניתנה הסכמה מפורשת או משתמעת של המדינה להקמתו נעוצה לכאורה בצורך להגן על הסתמכות של הפרטים על פעולות הרשות.

ההגנה הרחבה שהחוק מעניק למי שיכול לכאורה לטעון להסתמכות על פעולה שלטונית מסירה כל אחריות מהמתיישבים עצמם, ולמעשה מייתרת את דרישת תום הלב, שכן נראה שכל מאחז בשטחים זכה או יזכה בשלב כלשהו בתמיכה שלטונית מהסוג המפורט בחוק. הגנה כזו אינה יכולה להיות מוצדקת מטעמי הגנה על אוטונומיה אישית או עידוד הסתמכות יעילה, שהרי היא ניתנת באופן גורף לכל תושבי המאחזים, אף שחלקם ידעו או היו צריכים לדעת על אי-החוקיות ויכלו להימנע מהפעולה הבלתי-חוקית. זאת ועוד, גם אילו תמכו שיקולי אוטונומיה אישית ועידוד הסתמכות בהגנה על הסתמכותם של תושבי המאחזים, עדיין היה על המחוקק לתת משקל לפגיעה החמורה בשלטון החוק ובאוכלוסייה הפלסטינית כתוצאה מהכשרת המאחזים. לשיקולים אלה אין זכר בחוק, למעט ההוראה כי צווי הריסה שבית המשפט כבר נתן פסקי דין בדבר מימושם לא יתלו, אשר נועדה לצמצם את הפגיעה בשלטון החוק, וההוראה הקובעת כי

131 ס' 3 לחוק ההסדרה. תנאי להפקעה – שמתקיים ברוב המקרים – הוא שהסכום שהושקע בבניית ההתיישבות עלה, בשעת הבנייה, על שוויים של המקרקעין בלי ההתיישבות באותה שעה.

132 ס' 6 לחוק ההסדרה.

133 ס' 7(א) ו-11(א) לחוק ההסדרה.

134 ס' 3 לחוק ההסדרה. לפי ס' 2 לחוק, ההסכמה להתיישבות יכולה להינתן על ידי מגוון רחב של רשויות שלטוניות או מעין-שלטוניות, כולל כל הגופים התומכים במאחזים שהוזכרו בפרק ג לעיל.

135 ס' 2 לחוק ההסדרה.

במקרה של הפקעה יהיו בעלי הקרקע זכאים לפיצוי,¹³⁶ אשר מצמצת את הפגיעה באוכלוסייה הפלסטינית. כך או כך, הבעיה בחוק ההסדרה, מבחינת ההגנה על הסתמכות,¹³⁷ אינה נובעת רק מהאיזון הלקוי בין האינטרסים שעומדים על הפרק בהקשר הספציפי של הכשרת המאחזים, אלא גם מהפגיעה הרחבה יותר בדמוקרטיה ובשלטון החוק הנובעת מהמסר שהחוק מעביר, שלפיו אנשים רשאים להסתמך באופן עיוור על פעולותיהן של רשויות השלטון ללא כל בחינה ביקורתית.

סיכום

מאמר זה ביקש להשיב על השאלה באילו מקרים, אם בכלל, ראוי להגן על אינטרס ההסתמכות של מתיישבים ישראלים בשטחים הפלסטיניים. המאמר טען כי אף שההתיישבות הישראלית בשטחים – הן בהתנחלויות המורשות והן במאחזים הבלתי-מורשים – אינה חוקית, במקרים מסוימים יש הצדקה משפטית לאפשר למתיישבים להישאר במקומם. מדובר במקרים שבהם, מצד אחד, המתיישבים לא יכלו לבחור דרכי פעולה חלופיות סבירות או לא ידעו ולא יכלו לדעת על אי-החוקיות ועל כן הסתמכו על הרשאה שלטונית מפורשת או משתמעת להתגורר בשטחים ואף שינו את מצבם לרעה בעקבות ההסתמכות, ומצד אחר, ההגנה על ההסתמכות אינה פוגעת באופן חמור בשלטון החוק או באינטרסים של האוכלוסייה הפלסטינית. תנאים אלה צפויים להתקיים ביחס לחלק קטן יחסית מתושבי ההתנחלויות וביחס לחלק קטן אף יותר מתושבי המאחזים.

אולם, אף שברוב המקרים אין הצדקה לאפשר למתיישבים ישראלים בשטחים – ובמיוחד לתושבי מאחזים – להישאר במקומם, בשנים האחרונות הביעה המערכת המשפטית בישראל נכונות גוברת לעשות זאת. הדוגמה הבולטת האחרונה לגישה זו מצויה בחוק ההסדרה. אם העתירות נגד החוק יידחו והוא ייכנס לתוקף, תוצאתו תהיה הכשרה כמעט גורפת של כל המאחזים בשטחים, תוך פגיעה חמורה בשלטון החוק. כפי שצוין לעיל, חוק זה נולד בעקבות שורה של פסקי דין שבהם סירב בית המשפט העליון להכשיר מאחזים שנבנו על קרקע פלסטינית פרטית. אולם במקביל לפסקי הדין הללו ניאות בית המשפט העליון, בפסקי דין אחרים, לאפשר הסדרה של מאחזים שלא נבנו על קרקע פרטית אך נבנו ללא הרשאה של הדרג המדיני וללא היתר של רשויות התכנון.¹³⁸

136 ס' 8 לחוק ההסדרה.

137 חוק ההסדרה מעורר קשיים רבים נוספים שאינם נוגעים ישירות בהצדקות להגנה על הסתמכות ובהיקף ההגנה עליה, כגון העובדה שהוא מחיל חוק של הכנסת ישירות על שטח כבוש. ראו כהן, לעיל ה"ש 129, בעמ' 24–25.

138 ראו, למשל, עניין "שלום עכשיו", לעיל ה"ש 129; בג"ץ 2962/11 אלג'ליל נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 7.11.2012).

כפי שמאמר זה הראה, הסדרה כזו אינה מעניקה משקל ראוי לעקרונות שלטון החוק ולמכלול הפגיעות הלא-קנייניות שנגרמות לתושבים הפלסטינים כתוצאה מההתיישבות הישראלית בשטחים. ביקורת דומה, ואף חריפה יותר, ניתן להשמיע ביחס להמלצות שהציג לאחרונה הצוות המקצועי לגיבוש מתווה להסדרת בנייה באיו"ש (להלן: דוח זנדברג), אשר מציע מגוון דרכים יצירתיות להכשרת מאחזים.¹³⁹ אף שמבחינה פורמלית ההסדרה המוצעת בדוח זנדברג – כמו גם בחוק ההסדרה ובפסיקת בג"ץ – נעשית במסגרת החוק, למעשה היא פוגעת ביסודות המהותיים של שלטון החוק. לפגיעה זו עלולות להיות השלכות ארוכות טווח על הדמוקרטיה ושלטון החוק בישראל – הן בהקשר של השליטה הישראלית בשטחים הפלסטיניים והן בהקשרים אחרים.

139 ראו הצוות המקצועי לגיבוש מתווה להסדרת בנייה באיו"ש דו"ח מסכם (2018).

The Reliance Interest of Israeli Settlers in the Palestinian Territories

Michal Saliternik

According to most commentators, the establishment of Israeli settlements in the Palestinian Territories is unlawful. Apparently, this unlawfulness implies that all Israeli settlements are bound to be evacuated. One may argue, however, that in view of the fact that Israeli authorities have explicitly or implicitly approved of the establishment of settlements, settlers may have a right to remain in their places. The idea underlying this claim is that people should be able to rely on apparently lawful acts of their government even if they are actually unlawful, and that the legal system should protect such reliance. This idea is not new, but there is very little, if any, systematic discussion of the justifications and conditions for protecting individual reliance on unlawful governmental acts. This article aims to develop such a discussion, while focusing on its implications for Israeli settlers in the Palestinian Territories. It examines both utilitarian and non-utilitarian justifications for protecting good faith reliance on unlawful governmental acts and provides guidelines for balancing such reliance with the competing rule of law and third-party interest considerations. The article argues that in the case of Israeli settlers, the latter considerations should usually trump good faith reliance. This means that allowing settlers to remain in their places should be the exception, and when it comes to settlers in so called "unauthorized outposts"—a rare exception.



The Reliance Interest of Israeli Settlers in the Palestinian Territories

Michal Saliternik

Volume 25, 2022