



עמונה, ממונא ואיסורא: בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

רונית לוי-שנור*

א. מבוא. ב. הרקע לפסק הדין. ג. הפגיעה בקניין במשקפי ההפקעה והצורך הצבאי. ד. צורך צבאי – מניעת אלימות בפינוי. ה. מעמד הנכסים הנטושים וסמכויות הממונה על הרכוש הנטוש. ו. סיכום.

א. מבוא

עניין זיאדה,¹ הוא אחד הגלגולים האחרונים בסאגה המתמשכת של פינוי המאחז הבלתי-חוקי עמונה.² בתיק זה פסל בית המשפט העליון, ברוב דעות, את התוכנית הממשלתית

* דוקטור רונית לוי-שנור, מרצה בכירה בבית ספר רדזינר למשפטים וחוקרת עמיתה במכון גזית-גלוב לחקר נדל"ן במרכז הבינתחומי הרצליה. משפטנית, מתכנתת עירונית, ומומחית בתחום הקניין, התכנון והבנייה והדין החל באזור יהודה ושומרון. תודה מיוחדת לאליאב ליבליך על תרומתו לחלק הנוגע לדיני הכיבוש, לעמיר ליכט על דיונים בסוגיות מתחום דיני האמונאות, ולשחר אייזנר, אייל גרוס, יעל רונן ואדם שנער על הערותיהם המועילות.
¹ בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם באר"ש, 31.10.2017). בקשה לדיון נוסף נידונה בדנג"ץ 9367/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (תלוי ועומד).

² ראו בכלל זה, בג"ץ 6357/05 תנועת "שלום עכשיו" – ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' שר הבטחון (פורסם באר"ש, 18.1.2006); בג"ץ 851/06 עמונה אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות קהילתית בע"מ נ' שר הבטחון (פורסם באר"ש, 29.1.2006); בג"ץ 1019/06 המועצה האזורית מטה בנימין נ' ממלא מקום ראש הממשלה (פורסם באר"ש, 1.2.2006) (הליכים שנגעו לתשעה בתי קבע במאחז, אשר נהרסו בסופו של עניין ב-2006); בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 25.12.2014) (הליך שנגע לשלושה מבני קבע וכ-50 מבנים יבילים, ששימשו ברובם למגורים, אשר היו מחוברים לתשתיות חשמל, מים וביוב); החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2017 (אשר עמונה הייתה אחד הזרזים לחקיקתו, אף כי הוא לא הוחל עליה. 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 (2017)). הליכים בעניין חוקיות וחוקתיות החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון נדונים בבג"ץ 1308/17 עיריית סילוואד נ' הכנסת (תלוי ועומד).



“עמונה, ממונה ואיסורא”

ליטול זכויות מסוימות בשלוש חלקות מקרקעין המצויות בבעלות משותפת של פלסטינים המצויים באזור או של נעדרים שאינם מצויים בו, ולעשות בהן שימוש לטובת הקמה מחודשת, זמנית לכאורה, של עמונה, עד להסדרת התיישבות קבע (במקום, או בסמוך לו). כל זאת, תמורת הסכמת האחרונים להתפנות מהמאחז בשלום ולקיים את הוראות בית המשפט לפינוי עקב אי-חוקיותו, תוך קבלת חבילת פיצויים (הסכמה זו כונתה: “מתווה עמונה”).

אף כי בית המשפט (מפי המשנה לנשיאה סלים ג'ובראן והשופט יורם דנציגר) פסל, כראוי, את המתווה ואת הפעולות המשפטיות שנעשו ליישומו, חלקים רבים מהנמקת דעת הרוב כמו גם עמדת המיעוט (השופט ניל הנדל), שהם ראשוניים באופיים, מעוררים קשיים משמעותיים אותם אבקש להאיר. חשיבות הדברים היא בכך שהנמקת בית המשפט, אף אם ניתנה על דרך הערת אגב, כבר פורשה בידי היועץ המשפטי לממשלה באופן רחב, ופסול, כמתירה סמכות להפקיע זכויות שימוש והחזקה בקרקע פרטית בבעלות פלסטינית, לטובת התיישבות הישראלית באזור, בניגוד לתקדימים קודמים ובניגוד למאמצי של בית המשפט לייחד סמכות זו למקרים חריגים;³ ובנוסף, בכך שהתייחסותו האגבית של בית המשפט לשאלת חוקיות פירוק שיתוף קבוע בנכסי נעדרים, פעולה פסולה שלא עמדה על הפרק באופן ישיר בתיק זה, סללה עבור המדינה את הדרך לביצועה. אכן, המדינה כבר הצהירה, במסגרת התחייבותה למתווה עמונה, כי בכוונתה לעשות כן.⁴

על מנת לעמוד על טיב הסוגיה, המורכבת, יש להבין תחילה מה ביקשה המדינה לבצע במסגרת מתווה עמונה. במקרקעין המצויים בבעלות משותפת של מספר בעלים, לכל אחד מהם יש זכות בלתי-מסוימת המתפרשת על הנכס במלואו, “כל גרגיר וגרגיר”, בהתאם ליחסיות זכותו בנכס.⁵ בהתאם לצו בדבר רכוש נטוש הקבוע בתחיקת הביטחון, זכויותיהם של הנעדרים מן האזור מוחזקות במשמורת בידי הממונה שנקבע לשם כך.⁶ תפקידו של הממונה הוא לשמור על הרכוש עד לחזרתו של הנעדר לאזור (למעשה, נוהגים אף להסתפק בקיומו של מיופה כוח נוכח מטעמו).⁷ בהתאם למתווה עמונה, תוקנה תחיקת הביטחון נקודתית כך שהממונה הוסמך ליטול חזקה בחלק מסוים מתוך מספר מוגדר של חלקות בסמוך לעמונה המצויות בבעלות משותפת של נוכחים ונעדרים, בהתאם ליחסיות

³ מכתב העוזר הבכיר ליועץ המשפטי לממשלה, ד"ר גיל לימון, בעניין “הסדרת דרך הגישה ליישוב ‘חרשה’” (8.11.2017); יותם ברגר “מנדלבליט: מותר להפקיע קרקע מפלסטינים לצורכי ציבור בהתנחלויות” הארץ 15.11.2017.

⁴ עניין זיאדה, לעיל ה"ש 1, בפס' 69.

⁵ משה דוכן דיני קרקעות במדינת ישראל 98 (1953). השוו ס' 27 לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969.

⁶ לפי הצו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (יהודה והשומרון) (מס' 58), התשכ"ז–1967, קמצ"ם 5, עמ' 158 (23.7.1967) (להלן: “הצו בדבר רכוש נטוש” או “הצו”).

⁷ ס' 8 ו-13 לצו בדבר רכוש נטוש. ראו להלן ה"ש 74–75 וטקסט נלווה.



זכותם של הנעדרים.⁸ נטילת זכות מסוימת בנכס משמעה, כי לממונה הותר להשתמש באופן ייחודי בחלק מסוים של המקרקעין. באופן זה נטל הממונה זכות מסוימת בשלוש חלקות המצויות בבעלות משותפת של נוכחים ונעדרים, ובהיקף כולל של כ-47 דונם.⁹ שימוש הממונה ברכוש הנטוש חייב להיות בהתאם לגדר סמכויותיו – שמירה על הנכס לטובת הנעדר עד לשובו. במקרה דנן ביקש הממונה לפרק לצמיחות את השיתוף בחלקות אלה, תוך גריעת שטחים מתחום החלקות המצויות בבעלות (משותפת) של הנעדרים (בהתאם ליחסיות זכותם); לעשות כן תחילה באופן מנהלי; ולהקצות את המקרקעין שנטל לטובת הקמה מחודשת (זמנית) של עמונה, תוך מתן אישור לשינוי תכנוני של המקרקעין הנדונים מייעוד לחקלאות לייעוד להקמת התיישבות (זמנית), הכוללת מבני מגורים (פריקים), דרכים ואזורים ציבוריים כגני משחקים. פעולות אלה פגעו, במישור הקנייני, בבעלי החלקות הנוכחים והנעדרים בשלושה אופנים שונים.

הפגיעה הראשונה, ביחס לבעלי הזכויות הנוכחים באזור, נובעת מן ההסמכה שהוענקה לממונה על הרכוש הנטוש להחליט **בעצמו**, ושלא על פי החלטת בית משפט מוסמך, על נטילת זכות מסוימת במקרקעין המצויים בבעלות משותפת. הסמכה זו, אשר מומשה כאמור, מהווה פגיעה בשותפים הנוכחים שכן נמנעת מהם אפשרות השימוש במקרקעין המצויים, למעשה, בבעלותם (כאמור, כל גרגיר וגרגיר, לפי יחסיות הזכות). נקיטה בפעולה זו באופן מנהלי, על ידי מי שהוא בעל עניין בתוצאות החלוקה, ותוך פגיעה אף בזכות הטיעון הבסיסית, היא פעולה המעוררת חשש של ממש לחוסר הוגנות בתוצאותיה. כפי שקבע בית המשפט, נטילת זכות מסוימת בקרקע, "באופן כפוי, תוך שהמדינה יוזמת את הליך הפירוק ובה בעת קובעת את תוצאותיו, מפרה את האיזונים הניצבים בבסיס דיני פירוק השיתוף, ומשום כך גוררת מניה וביה פגיעה בזכויות השותפים לנכס שעליהם נכפה צעד זה."¹⁰

הפגיעה השנייה, אף היא ביחס לבעלי הזכויות בחלקות הנוכחים באזור, נוגעת לפגמים בהליך בירור השאלה מיהו בעלים נוכח ומיהו בעלים נעדר, שנעשה בלוח זמנים

⁸ צו בדבר אישור הקמה ופטור מרישיון לאתרי מגורים ארעיים בעלי חשיבות אזורית (הוראת שעה) (תיקון מס' 1) (יהודה והשומרון) (מס' 1779), התשע"ז–2016, הוספת ס' 1א לצו בדבר אישור הקמה ופטור מרישיון לאתרי מגורים ארעיים בעלי חשיבות אזורית (הוראת שעה) (יהודה והשומרון) (מס' 1777), התשע"ז–2016.

⁹ במקרה דנן, בהתאם לתגובת המדינה בעניין **זיאדה** (תגובה מטעם המשיבים 1–3 מיום 30.1.2017, להלן: "תגובת המדינה לעתירה"), מדובר על נטילת זכות מסוימת בהיקף של כ-93% מחלקה אחת (כ-15 דונם); כ-75% מחלקה נוספת (כ-6.1 דונם); וכ-90.7% דונם מחלקה שלישית (כ-25.5 דונם). בפסק דין **זיאדה**, לעיל ה"ש 1, בפס' 11, מופיעים נתונים השונים במקצת מאלה.

¹⁰ עניין **זיאדה**, לעיל ה"ש 1, בפס' 106; בפס' 6 לחוות דעת המיעוט של השופט הנדל צוין: "השליטה הבלעדית שניתנה לממונה בהליך הפירוק – תוך חריגה מן הנורמה לפיה בית המשפט המוסמך הוא שיכריע בעניין, בהתחשב במכלול האינטרסים שעל הפרק – פותחת פתח לחלוקה בלתי הוגנת של הזכויות במקרקעין, ולפגיעה בבעלי האדמות הפלסטינים".



“עמונה, ממונה ואיסורא”

קצר ובלי שניתן סיפק ראוי למצות את זכות הטיעון. בשל פגמים אלה בהליך, עלה החשש כי בעלים נוכחים זוהו בטעות כנעדרים. לנוכח מתווה נטילת הזכות המסוימת בידי הממונה והקצאתה לתקופה של שנתיים הניתנת להארכה, נמצא כי לא יתאפשר לבעלים אלה להשתמש בחלקה כלל בתקופה זו – לא בחלק שנותר לשימוש השותפים-הנוכחים (שכן הוא נקבע בהתאם ליחסיות הזכות של הנוכחים-המזוהים), ולא בחלק שנטל בו הממונה זכות מסוימת (שכן המדינה הודיעה כי לא תשחררו למי שהוכר בדיעבד כנוכח, לפחות לתקופה של שנתיים הניתנת להארכה).¹¹ פגיעה זו, קבע בית המשפט, “היא משמעותית, ונושאת היא סממנים של הפקעה, שבה נטילת זכות קניין ממשית וניתן תחתיה פיצוי כספי.”¹² דא עקא, כל פיצוי כספי לא הוצע לחברי קבוצה זו, אשר מתברר, בדיעבד, כי לא היו נעדרים במועד קבלת ההחלטה (להבדיל מאלה שמעמדם כנעדרים בא לכלל סיום לאחר מועד קבלת ההחלטה).¹³

הפגיעה השלישית, היא ביחס לבעלי הזכויות הנעדרים מן האזור. בניגוד לשתיה הפגיעות הקודמות אשר הוכרו על ידי בית המשפט, פגיעה זו כלל לא אופיינה ככזו על ידו, ועל כן לה יוקדשו עיקר הדברים. בהתאם לתחיקת הביטחון ולמשפט הבינלאומי, נכסיהם של הנעדרים אינם מולאמים אך בשל עצם תפיסת האזור בידי כוחות צה”ל. נהפוך הוא. על המפקד הצבאי, באמצעות הממונה על הרכוש הנטוש, מופקדת החובה לשמור על נכסים אלה עבור הבעלים, עד לחזרתם לאזור. בתקופת הביניים על הממונה לפעול, בהתאם לצורך, לשם שמירה על הנכס. זוהי תכלית הסמכויות שהוענקו לו, למשל, לפעול לסילוק פולשים ולהשכיר נכסים המצויים במשמורתו, זאת, אך ככל שהדבר נדרש לשם שמירה על הנכס. לא רק שהמדינה או הממונה אינם מקבלים את הנכס לבעלותם, כמודל המאפיין את נכסי הנפקדים בישראל; אלא שהממונה אף אינו מוסמך לפעול כמנהל עסקי של הנכס הפועל למיקסום ההכנסות ממנו.¹⁴ על רקע זה, הפגיעה בקבוצה זו לשם מימוש

¹¹ שם, בפס’ 108 (דעת הרוב). אני מסופקת אם האומנם הצהרת המדינה (שם) כי “בעלי זכויות שיאותרו לאחר נטילת החזקה יקבלו בחזרה את קניינם רק לאחר שזו תסתיים, כמו גם לאור אפשרות התארכותה של תקופה זו” בת תוקף היא, בכל הנוגע לנכס או לזכויות בנכס שהממונה סבר כי הוא מוקנה לו כרכוש נטוש בעוד שלא כך היה באותה שעה. זאת, שכן ס’ 10 לצו בדבר רכוש נטוש מתנה את תקפותה של עסקה כזו בפעולת הממונה בתום לב, יסוד שעל פניו לא מתקיים כאשר הממונה אינו ממצה את הליך בירור הזכויות ולא מאפשר זכות טיעון כדבעי.

שם, בפס’ 108.

¹² הצו עצמו אינו מקנה לבעליו של נכס שנחשב כמוקנה עקב טעות הממונה את תקבולי העסקה שהגיעו לידי הממונה שכן, כעולה מס’ 7 ו-13 לצו, העברת הפירות לנעדר שחזר מותנית בכך שהנכס היה נכס נטוש. אין הדבר מייתר, עם זאת, את חובתו של הממונה לשאת בפיצוי ובדמי שימוש בגין שימוש בקרקע שלא הייתה נכס נטוש. היינו אף אם עסקה זו עשויה לעמוד בתוקף לפי ס’ 10 לצו, אין הדבר פותר את הממונה מפיצוי לבעלים עקב השימוש בנכסו, בגין כל תקופה שבה נעשה שימוש כזה.

¹⁴ ראו להלן בפרק ד’.



מתווה עמונה נושאת מספר מרכיבים: תוכנית פירוק שיתוף הזכויות לצמיתות בנכסים אלה, כך שלבעלים-הנעדרים יוותרו חלקים בלבד מתוך נכסיהם (בבעלות ייחודית) מהווה פגיעה בגוף הנכס הנתון למשמורת (במלוא גוף הנכס, אם הפירוק הוא על דרך מכר, ובחלקו אם הפירוק הוא על דרך חלוקה). ועוד. מתן אישור לשינוי תכנוני של המקרקעין משימוש לחקלאות לשימוש להקמת התיישבות (זמנית), והקצאת המקרקעין לשימושים אלה, כלומר, שינוי מארג הזכויות התכנוניות בנכס ואופי השימוש שיתאפשר בו, מהווה פגיעה בנכס שתמשך אף אם חייה של ההתיישבות הארעית יהיו קצרים (בניגוד לשאיפת המדינה). טיבן של פגיעות אלה אינו רק בכך שהן משנות לצמיתות את זכויות הנעדר בנכסו או את אופי השימוש בו, אלא אף בכך שהן מוצדקות, על ידי הממונה עצמו, מטעמים הזרים לחלוטין לטובתו של הנהנה שהם השיקולים היחידים שעליו לשקול.

כאמור, בית המשפט פסל את המתווה, אך טעמיו מעוררים קשיים משמעותיים ורבים. בתמצית, כפועל יוצא ממעשה העירוב שיצרה המדינה – התקנת צו ראשי בתחיקת הביטחון, הנוגע לסוגיה ספציפית ביותר (מספר חלקות מקרקעין) – שובש מעשה הביקורת השיפוטית. בעוד שהיה על בית המשפט לבחון את תקפותה העקרונית של הסמכות ליטול זכות מסוימת בנכס נטוש, בין באמצעות בית משפט מוסמך ובין בפעולה מינהלית חד-צדדית, בית המשפט השקיף על הפעולות המשפטיות נושא העתירה במשקפיי הפקעה או תפיסה לצרכים צבאיים. השקפה זו הביאה את בית המשפט לשתי מסקנות בעייתיות. הראשונה, כי ניתן, במישור הסמכות לראות בתפיסה או בהפקעת קרקע פרטית לטובת התיישבות ישראלית זמנית כצורך צבאי, וזאת בשל הרצון להימנע מפינוי הכרוך באלימות שהסכנה לה, במישורין או בעקיפין, נובעת מהנהנים מן התפיסה. זאת ועוד, כהערת אגב, נאמר כי אפשר ששיקולי אוכלוסיית המתיישבים, לבדם, עשויים להצדיק הפקעה זמנית. שיקולים אלה הם הצורך הומניטרי להימנע מהשלכות הריסת בתים בלתי-חוקיות והרצון לשמר את קהילת עמונה וזיקתה למקום מגוריה.¹⁵ הקביעה אשר לקיומו העקרוני של צורך צבאי מהווה חריגה מהנורמות המקובלות והרצויות בעניין הטעמים המוצדקים לתפיסה או הפקעה של קניין פרטי. היא בעייתית אף אם בית המשפט קיבל את העתירה מטעמי מידתיות, סבירות, ו(אי) תקינות פרוצדורת קבלת ההחלטות.¹⁶ התוצאה הקשה השנייה הנובעת מן ההשקפה כי פעולת המפקד הצבאי היא יישום של סמכויותיו הכלליות לתפוס נכסים פרטיים לצרכים צבאיים, היא בכך שבבוחנו את היקף סמכויותיו של הממונה על הרכוש הנטוש מצא בית המשפט כי המבחן הקובע מצוי בתחום מידתיות הפגיעה בקניין ולא בתחום הסמכות. כפועל יוצא מכך, במבחן המידתיות נבחנה לצד הפגיעה בקניין של בעלי הנכסים, התועלת שתצמח מהפעולה למי שהם אינם בעלי

¹⁵ עניין זיאדה, לעיל ה"ש 1, בפס' 27.

¹⁶ שם, בפס' 31.



“עמונה, ממונה ואיסורא”

קניין.¹⁷ אולם, פעולות הממונה לנטילת זכות מסוימת בנכס נטוש צריכות היו להידחות בשל היותן אסורות ומחוץ לתחומי סמכותו של הממונה על הרכוש הנטוש וחובתו לשמור על הקניין הפרטי. כך ניתן היה לזהות את הפגיעה השלישית שפורטה לעיל. בית המשפט ניתח לפיכך באופן שגוי את מעמדו של הרכוש הנטוש ואת חובותיו של הממונה האמון לשמור על רכוש זה, והדבר אף גרר את אימוצו של מבחן בעייתי ביותר להוכחת הפרת חובת האמון בשל שקילת שיקולים זרים מצדו של הממונה. פסלות הפעולות שבוצעו לצורך מימוש מתווה עמונה נוגעת, כך ניתן לומר בהשאלה, באיסורא לא בממונה.¹⁸ דחייתן צריכה הייתה להתבסס על חריגה מסמכות ועל הפרת איסורים הנוגעים לכוחו של המפקד הצבאי ולסמכויותיו של הממונה על הרכוש הנטוש. לא (רק ולא בעיקר) על היבטים של מידתיות, סבירות ומידת הפיצוי והיקפו. להלן אעמוד בקצרה על הרקע לפסק הדין וטענות הצדדים במסגרתו ועל הפגיעה בקניין במשקפי ההפקעה והצורך הצבאי. תשומת לב מיוחדת תוקדש לשאלת מהות הנכסים הנטושים באזור, על האיסורים הנגזרים ממעמד הנכסים כרכוש נטוש, על חובותיו האמונאיות של הממונה על הרכוש הנטוש, ועל החריגה מסמכות שבבסיס הפעולות שנבחנו בפסק הדין.¹⁹

ב. הרקע לפסק הדין והטענות בהליך

לא הייתה כל מחלוקת כי המאחז הבלתי-חוקי עמונה הוקם על קרקע פרטית מוסדרת (בבעלות פלסטינים), ועל כך שהבנייה במקום הייתה בלתי-חוקית. עובדות אלה היו ידועות מיום ההקמה (ככל הנראה בשנים 1996–1997), שכן הקרקע המדוברת היא, כאמור, קרקע מוסדרת הרשומה במרשם המקרקעין, ולא ננקטו מצד המקימים כל פעולות לתיקון תוכנית המתאר החלה ולהוצאת רישיונות בנייה.²⁰ יתר על כן, כבר בשנת 2006, במסגרת הליכים שנגעו להריסת תשעה מבני קבע שנבנו אז במקום, הוברר לכל הנוגעים

¹⁷ יש לציין עוד כי גם כאשר המדובר בהפקעת מקרקעין יש להבחין בין הפקעה המשרתת את צורכי הקהילה שהבעלים הוא חלק ממנה לבין הפקעה שאינה קהילתית באופיה. ראו למשל, ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ (פורסם באר"ש, 14.5.2012); חנוך דגן קניין על פרשת דרכים (2005). כאשר המדובר בהפקעה מקהילה אחת לטובת קהילה אחרת, ושתי הקהילות עוינות זו לזו – קהילת התושבים הפלסטיניים וקהילת המתיישבים הישראלים – לא ניתן לומר כי בהפקעה לצרכים קהילתיים עסקינן.

¹⁸ ראו, מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו חלק א 169–170 (1973).
¹⁹ חרף חשיבות הדברים, אין באפשרותי לעסוק בהם כאן במלוא ההיקף הראוי להם. לא כל שכן אשר להיבטים נוספים שבפסק הדין או במסקנות הנגזרות ממנו.

²⁰ יש לזכור כי עמונה הוקמה בסמוך להתנחלות עפרה, ובתמיכה מימונית שלה, וכי עפרה, כשלעצמה, אף היא בחלקה נבנתה על קרקע פרטית מוסדרת.



בדבר כי הקרקע בעמונה, פרטית היא.²¹ בשלהי שנת 2014 פסק בית המשפט העליון, בעניין **חמאד**, כי על המדינה לפעול לפינוי ולהריסה של המאחז כולו, אשר כלל באותה עת כחמישים מבנים יבילים ושלושה מבני קבע. בית המשפט קצב למדינה שנתיים ימים לביצוע הפינוי.²²

חרף זאת, רק לקראת סיום התקופה שנקבעה לפינוי סופי של המאחז, נעשו מאמצים של ממש מצד הממשלה וגורמים אחרים להביא להכשרתו, או, לכל הפחות, לדחיית ביצוע פסק הדין. לבד מבקשות דחיית מועד והארכתו אשר הוגשו ברגע האחרון,²³ פעלה הממשלה לקידום חקיקה שנודעה בסופו של דבר כחוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז–2017, המעניק כוח להפקיע מבעלים פלסטיניים, בדיעבד, מקרקעין פרטיים באזור לטובת התיישבויות שנבנו עליהם שלא כדין. עם זאת, בהליך החקיקה המזורז שהתקיים בנוגע לחקיקה זו, נוספה לחוק הוראה הקובעת כי הוא לא יחול על מקרים כגון עמונה, שבהם נתקבל פסק דין לגבי הליכי אכיפה טרם החקיקה.²⁴

משכשלו המאמצים להימנע מפינוי המאחז, ובסמוך מאוד לפני מועד פינוי כנדרש לפי פסיקת בית המשפט, פנתה הממשלה לאפיק חדש – "מתווה עמונה".²⁵ כאמור, מתווה זה כלל נטילת זכות מסוימת במקרקעין מפלסטינים שאינם באזור, ביצוע פירוק שיתוף כפוי במקרקעין אלה, והקצאת זכויות המקרקעין המסוימות של בעלים-נעדרים למתנחלי עמונה המפונים. כל זאת, תמורת הסכמת האחרונים להתפנות ולבצע את פסק הדין תוך קבלת פיצויים כספיים. הממשלה סברה כי חלק מהזכויות בקרקעות הפרטיות באזור הסמוך למאחז הן בבעלות של פלסטינים אשר אינם מצויים באזור, אם כי נוכח לוחות הזמנים הקצרצרים שבהם פעלה המדינה, אפשר כי הבירור שנערך בעניין זה לא היה מספק. מכל מקום, בזכויות אלה ביקשה המדינה להשתמש לטובת העתקה או הקמה מחודשת של עמונה (או חלקים ממנה), זמנית אך כשפניה להקמת ישוב קבע, כאשר פעולותיה משפיעות לא רק על זכויות הנעדרים אלא אף על זכויות שותפיהם בנכס.

על פי ההסדר שהתגבש, התחייבה המדינה כלפי מתיישבי עמונה לפעול להעתקה של הישוב לחלקות פרטיות סמוכות. עיקר ההסדר בהקשרנו עניינו בהצבת כ-40 מבנים חדשים עבור מפוני עמונה, לתקופה של שנתיים הניתנת להארכה, באותן חלקות פרטיות סמוכות. לשם כך, נקבע צו ראשי חדש בתחיקת הביטחון, צו מס' 1777, אשר קבע מנגנון מקוצר שתכליתו לאפשר הקמה זריזה של מתחם מגורים ארעי למפוני עמונה, בחריגה

²¹ בג"ץ 851/06, לעיל ה"ש 2, פס' 2.

²² עניין **חמאד**, לעיל ה"ש 2.

²³ בג"ץ 9949/08 **חמאד נ' שר הביטחון** (פורסם באר"ש, החלטה מיום 14.11.2016); בג"ץ 9949/08 **חמאד נ' שר הביטחון** (פורסם באר"ש, החלטה שנייה מיום 22.12.2016).

²⁴ ס' 11(א)(4) לחוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון. פרוטוקול מס' 215 משיבת ועדת הכנסת (31.1.2017).

²⁵ "הסכם לפינוי ולקידום אפשרויות הסדרת עמונה" (18.12.2016). ראו בג"ץ 9949/08 (החלטה שנייה מיום 22.12.2016), לעיל ה"ש 23.



“עמונה, ממונה ואיסורא”

מהוראות דיני התכנון והבנייה המחייבים באזור, ובתחומם של נכסים נטושים. בהמשך, על פי תיקון שנקבע במסגרת צו מס' 1779, הותר לממונה על רכוש נטוש ליטול חזקה בחלק מסוים מנכס נטוש, שהוא זכות בלתי-מסוימת (היינו, נכס המצוי בבעלות משותפת של נוכחים ונעדרים), תוך שיחסיות שוויו של החלק שניטל הוא כיחסיות הזכות, וזאת לשם הקמת מבני מגורים ארעיים בו. נקבע, כי מתחם כאמור יוקם לתקופה של שנתיים.²⁶ לאחר מכן, יוקצה השטח שבו ניטלה זכות מסוימת למועצה האזורית מטה בנימין לשם מימוש התכלית שביסוד התוכנית. במהלך השנתיים, תיבחן אישורה של התיישבות ארוכת טווח בחלקות הפרטיות שהן, במלואן או בחלקן, נכסים נטושים. לשם כך יידרש, בין היתר, פירוק שיתוף בחלקות האמורות, כך שינותק מהן החלק הנטוש לכאורה ועליו תוקם התנחלות קבועה. יצוין, כי התיקון שאפשר את נטילת הזכות המסוימת במקרקעין שבבעלות משותפת של נוכחים ונעדרים שינה את הדין החל באזור, אך באופי המוגבל למימוש התוכנית המסוימת הנדונה להקמת אתר מגורים ארעי זה.²⁷ חוקיות הצו ותיקונו, והפעולות המשפטיות שנעשו לשם מימושו, ובכלל זה הודעת הממונה על הרכוש הנטוש על תפיסת זכויות מסוימות בחלקות לגביהן לא הוגשו השגות קונקרטיות (בסופו של דבר היו אלה שלוש חלקות), כאשר נטילת החזקה בידי הממונה היא בשטח של כ-47 דונם, והקצאתו למועצה האזורית מטה בנימין, כל אלה עמדו במוקד ההליך.²⁸

²⁶ יוער, כי לפי הצו בדבר אישור הקמה ופטור מרישיון לאתרי מגורים ארעיים בעלי חשיבות אזורית (הוראת שעה) (יהודה והשומרון) (מס' 1778), התשע"ז–2016, על תיקונו בצו בדבר אישור הקמה ופטור מרישיון לאתרי מגורים ארעיים בעלי חשיבות אזורית (הוראת שעה) (תיקון) (יהודה והשומרון) (מס' 1782), התשע"ז–2016, פעלה ופועלת המדינה להקמת מבני מגורים ארעיים, בחלקות 136, 137, 141, בגוש 7, סילוואד, וחלקה 84, בגוש 6, עין יברוד (למיטב ההבנה, אין המדובר ברכוש נטוש כי אם ברכוש ממשלתי).

²⁷ חשוב לציין, כי החקיקה באזור לא נעשת באופן דמוקרטי או גלוי, אלא בהחלטה אוטונומית של מפקד כוחות צה"ל באזור. לא קודמת לקביעתה הליך חקיקה סדור ולא נערך בעניינה דיון ציבורי פומבי. יתר על כן, במדרג הגבוה ביותר של החקיקה, צו ראשי המאושר על ידי מפקד האזור, עשויים להימצא הן צווים בעלי תחולה כללית (כגון, הצו בדבר רכוש נטוש), והן, אף כי לא ראוי שכך יהיה, צווים בעלי תחולה קונקרטית (כגון, צו מס' 1777 העוסק במספר מצומצם של חלקות מוגדרות). כך, טענה המדינה בתגובתה לעתירה בעניין זיאדה, בפס' 60, כי צו מס' 1777 "הנו שווה במעמדו הנורמטיבי [לחקיקה המקומית], והוא בגדר 'חקיקה ראשית' באזור" וכי "יש להשקיף על הצו כדבר חקיקה קונקרטית ומאוחר בזמן, הגובר מכוח דיני הפרשנות הרגילים על דברי חקיקה כלליים, קודמים בזמן, ושווי מעמד נורמטיבי". היבטים אלה משליכים, או צריכים להשליך, בין השאר, על היקף הביקורת השיפוטית. מכל מקום, יש לחלוק על כך שצו ספציפי וקונקרטי, המיוחד למצב דברים אחד ויחיד, בין שכונה צו ראשי ובין אם לאו, שקול במעמדו הנורמטיבי, וגובר מבחינה פרשנית, על צווים ודברי חקיקה בעלי תחולה כללית. וראו עוד להלן.

²⁸ החלקות הן 28, ו-30 בגוש 21, סילוואד. חלקות 61, 69, בגוש זה, שנכללו במקור בצו מס' 1777, נגרעו מכוח צו מס' 1779 נוכח השגות שהוגשו לגביהן, וחלקה 38 (שנכללה במקור בצו מס' 1777) וחלקה 54 (שנוספה בצו מס' 1779), אף הן בגוש זה, נגרעו גם הן מאותו הטעם.



טענתם העקרונית של העותרים הייתה, כי המפקד הצבאי אינו מוסמך לקבוע בצו היתר לפירוק שיתוף בחלקות, ולנטילת חזקה בחלקי החלקות שהם רכוש נטוש. לטענתם, קביעת המפקד הצבאי מנוגדת לתקנה 43 לתקנות האג, ²⁹ משום שהיא מבוססת על צו המשנה את הדין הקיים בשטח, ובאופן שאינו נחוץ להבטחת הסדר והביטחון הציבורי. יתר על כן, טענו העותרים, הפעולה מנוגדת להגנות על הקניין הפרטי שקבועות בדיני הכיבוש, משום שאלה אינן מאפשרות כל תפיסה של רכוש פרטי שאינה נדרשת לצרכים צבאיים (תקנות 46, 52 ו-53 לתקנות האג). המדינה טענה מנגד, כי הצו עולה בקנה אחד עם חובת המפקד הצבאי לשמור על הסדר הציבורי והביטחון באזור, משום שהוא מבטיח שפינוי עמונה יתבצע בדרכי שלום. נציגי עמונה הוסיפו כי ההסדר מתיישב עם חובותיו של המפקד הצבאי לדאוג לרווחתם של כלל תושבי האזור, ובכללם אלו הישראלים. לעניין הפגיעה בקניין, המדינה טענה כי הוראות הדין הבינלאומי אינן מקימות "מחסום מוחלט" מפני פעולות הכרוכות בפגיעה בקניין אם אלו מאוזנות אל מול אינטרסים אחרים. כאמור, העתירה נתקבלה בדעת רוב (המשנה לנשיאה ג'ובראן והשופט דנציגר, כנגד דעתו החולקת של השופט הנדל), ובמסגרתה בוטלו הן צו מס' 1777 על תיקונו בצו מס' 1779 והן ההחלטה ליטול חזקה בחלקות האמורות.

ג. הפגיעה בקניין במשקפי ההפקעה והצורך הצבאי

ככלל, קניין פרטי של תושבי האזור, בין שהם מצויים בו ובין שהם נעדרים ממנו, חוסה תחת חובת המפקד הצבאי לכבד את קניין התושבים (תקנה 46 רישא לתקנות האג).³⁰ במקרים שבהם יש הכרח בנטילת רכוש פרטי, בהתקיים צורך צבאי, חייב הדבר להיעשות שלא על דרך החרמה, אלא על דרך הפקעה, בהתאם לעקרונות המידתיות, ובכפוף לתשלום פיצויים.³¹

ניתן לראות כי מבחינת הממונה על הרכוש הנטוש כל הנכסים הנטושים חד הם: אמצעי להגשמת עניינם של תושבי עמונה. לעניין ההשגה בנוגע לחלקה 38 ראו להלן, ה"ש 75 והטקסט הסמוך.

²⁹ תקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, נספח לאמנה בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה לרבות תקנות בקשר לדיני ומנהגי המלחמה ביבשה (האג, 1907) (להלן: "תקנות האג" ו"אמנת האג", בהתאמה).

³⁰ בג"ץ 5439/09 עבדאלקאדר נ' ועדת העררים הצבאית (פורסם באר"ש, 20.3.2012), פס' 22: "איו"ש – מקום בו חייב המפקד הצבאי לכבד את קניינם של המחזיקים בקרקע, שהם תושבים מוגנים". ראו: Ronit Levine-Schnur, *Private Property and Public Power in the Occupied West Bank*, 6 EUROPEAN PROPERTY LAW JOURNAL 122 (2017).

³¹ על פי תק' 46 סיפא לתקנות האג, האוסרת על החרמה, תק' 52 לתקנות האג, ובהתאם לתק' 43 לתקנות האג ובכפוף לה. להלן נוסח תק' 46:



“עמונה, ממונה ואיסורא”

בנוסף, נוכח תק' 43 לתקנות האג, המפקד הצבאי רשאי לפעול בהתאם לחוק המקומי, שהיה קיים באזור ערב כניסת כוחות צה"ל לאזור, ככל שהדבר מתיישב עם הצורך הצבאי והבטחת הסדר והחיים הציבוריים. בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון, משמעות הדברים היא כי המפקד הצבאי רשאי להפקיע מקרקעין מכוח החוק הירדני לרכישת מקרקעין לצרכי ציבור,³² ככל שהדבר נדרש לשם מילוי צרכיה הציבוריים של האוכלוסייה המקומית.³³ עם זאת, קיומה של סמכות שלטונית להפקיע לפי הדין המקומי "אינו לא תנאי הכרחי ולא תנאי מספיק לפעולה שלטונית באזור הנתון לתפיסה צבאית. אין זה תנאי הכרחי, שכן בהעדר סמכות שלטונית מקומית רשאי הממשל הצבאי להעניק לעצמו סמכות שלטונית חדשה, ובלבד שהדבר אפשרי על-פי כללי המשפט הבינלאומי, שעניינם תפיסה לוחמתית. אין זה תנאי מספיק, שכן אפילו קיימת סמכות שלטונית מקומית, הרי הפעלתה של סמכות זו, הלכה למעשה, לא די לה שתיעשה על-פי כללי הדין המקומי, אלא חייבת היא לעלות בקנה אחד עם כללי המשפט המינהלי הישראלי ועם כללי המשפט הבינלאומי, שעניינם תפיסה לוחמתית".³⁴

מקובל להתייחס להפקעת קרקע לצורך צבאי כ"תפיסה" ולייחד את המונח "הפקעה" להפקעת קרקע לצרכים אזרחיים הנוגעים לטובת הציבור. אלה גם אלה, זמניים הם, בין שהוכתרו כ"תפיסה" ובין שהוגדרו כ"הפקעה", אם הוגבלו בזמן ואם לאו. הסברה, שבה יש מי שאוחז, כי הפקעה שלא הוגבלה בזמן היא לצמיתות, עומדת בניגוד לזמניות הכיבוש.³⁵

בעבר הרחוק נהגה מדינת ישראל, באמצעות המפקד הצבאי, לתפוס קרקעות לצורך הקמת התיישבויות ישראליות באזור, בהצדיקה את הדבר כצורך ביטחוני.³⁶ בית המשפט העליון פסל למעשה מתווה זה, ואף ממשלת ישראל נסוגה ממנו.³⁷ בהמשך, נוכח יישום

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

³² חוק הקרקעות רכישה לצרכי ציבור, מס' 2, 1953; צו בדבר חוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (יהודה ושומרון) (מס' 321), התשכ"ט–1969.

³³ ראו, בג"ץ 202/81 טביב נ' שר הבטחון, פ"ד לו(2) 622 (1981).

³⁴ בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלחעאוניה אלמחודדה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(4) 785, 793 (1983).

³⁵ להערות נוספות בעניין ראו רונית לוין-שנור "על המתח שבין זמניות הכיבוש וסופיות הקניין" ICON-S-IL-Blog (21.7.2017).

³⁶ בג"ץ 302/72 חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169 (1973); בג"ץ 606/78 איוב נ' שר הבטחון, פ"ד לג(2) 113 (1979).

³⁷ כך לפי הפרשנות המיידית והמתמשכת שניתנה לבג"ץ 390/79 דוויקאת נ' שר הבטחון, פ"ד לד(1) 1 (1979); בג"ץ 5165/15 קאסם נ' הממונה על מתן התרים כשטחים שנתפסו לצרכים צבאיים (פורסם באר"ש, החלטה מיום 3.1.2017): "ברי מאז פסק דין דוויקאת כי אין לבנות על קרקע פרטית בשונה מאדמות מדינה; דבר זה נשתרש כנורמה, קרי, אין מאשרים בניה על



הסכמי הביניים (הסכמי אוסלו), פעל המפקד הצבאי לסלילת כבישים עוקפים לשירות צורכיהם של הישובים הישראליים באזור, בהצדיקו את הדבר כצורך ביטחוני.³⁸ בעשורים האחרונים לא זכורה תפיסת קרקע לצרכים צבאיים שהם "אזרחיים" בטיבם.³⁹ בנוסף, פרט למקרים בודדים כגון הפקעה שבוצעה לטובת הקמת מעלה אדומים בראשית שנות ה-70 או בסמוך לכך, מאז ומעולם נמנעה המדינה מלהפקיע קרקע באמצעות המפקד הצבאי, כאשר תכליתה היחידה הייתה הקמת התיישבות ישראלית או תמיכה בה (או בצרכים ישירים של מדינת ישראל). במשך השנים, באופן מעורר ספקות לעיתים, טענה המדינה כי הפקעות המבוצעות מכוח הדין המקומי נעשות כדי לשרת את עניינם של תושבי האזור המוגנים, אף אם הדבר משרת גם את אוכלוסיית המתישבים הישראלים במקום או את טובתה של מדינת ישראל ותושביה.⁴⁰ שינוי מגמה בעניין זה בא לידי ביטוי לאחרונה, עם חקיקתו של החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, אשר חוקיותו – הן מבחינת המשפט הבינלאומי והן מבחינת המשפט החוקתי הישראלי – עומדת כעת על הפרק.⁴¹

במקרה דנן לא נעשתה תפיסה או הפקעה של קרקע פרטית. לא באופן קבוע ולא באופן זמני. לא הפקעה למטרה אזרחית ולא תפיסה לתכלית צבאית. המדינה גם לא טענה כך. נטילת זכות מסוימת בקרקע המצויה בבעלות משותפת של נעדרים (שנכסם נשמר על ידי הממונה על הרכוש הנטוש) ובעלים נוכחים, והקצאת זכות זו לאחרים, היא פעולה שבוצעה על ידי הממונה על הרכוש הנטוש כמי שבא, לכאורה, בנעליו של בעליו הנעדר של הנכס. זוהי איננה פעולה של תפיסת קרקע למטרות צבאיות או הפקעתה על ידי המפקד הצבאי.⁴² על כן, בית המשפט שגה בנתחו את הסוגיה באופן זה.⁴³ אם רצתה המדינה לתפוס את הקרקע לצרכים צבאיים, היה עליה לעשות כן בדרך המקובלת של הוצאת צו תפיסה לצרכים צבאיים, המוגבל לזמן הנחוץ לשם מתן מענה לאיומים הביטחוניים המצדיקים את הוצאתו. בחינת צו תפיסה שכזה, שאיננו בבחינת שינוי חקיקתי שווה ערך

קרקע פרטית, ובית משפט זה נדרש לכך לא אחת"; החלטת הממשלה מס' 145 מיום 11.11.1979 (מחליטים): "להרחיב את ההתנחלות ביהודה, שומרון, בקעת הירדן חבל-עזה ורמת הגולן, על ידי תוספת אוכלוסין ליישובים הקיימים ועל ידי הקמת יישובים נוספים על קרקע שבבעלות המדינה". כן ראו, Levine-Schnur, לעיל ה"ש 30; כהן, לעיל ה"ש 2.

³⁸ בג"ץ 2717/96 ופא נ' שר הבטחון, פ"ד נ(2) 848 (1996).

³⁹ להדגיש, תפיסת קרקע לצורך הצבת אמצעי ביטחון איננה "אזרחית" בטיבה, וההצדקה לה נובעת מהרצון להבטיח את שלמות החיים של תושבי האזור באשר הם.

⁴⁰ כפי שהדבר עולה אף מתוך האופן בו הצדיקה המדינה את פעולותיה בעניין ג'מעית אסכאן, לעיל ה"ש 34; ובבג"ץ 281/11 ראש מועצת בית איכסא נ' שר הבטחון (פורסם באר"ש, 6.9.2011).

⁴¹ בג"ץ 1308/17 (תלוי ועומד), לעיל ה"ש 2.

⁴² על כן, לטעמי, שגויה האמירה בעניין זיאדה, לעיל ה"ש 1, בפס' 31, כי "המקרה שלפנינו עוסק [...] בתפיסת חזקה באופן זמני".

⁴³ שם, בפס' 31–33. ראו עוד בהמשך הדברים.



“עמונה, ממונה ואיסורא”

מבחינה נורמטיבית לדינים הקיימים,⁴⁴ אלא יישום של תחיקה קיימת,⁴⁵ הייתה צריכה להיעשות בהתאם לנורמות המקובלות. בפרט, הייתה צריכה להתעורר השאלה אם יש אומנם צורך צבאי בתפיסת הקרקע, ואם מימושו נעשה במידתיות ובסבירות. מיד אעמוד על השאלה אם צו תפיסה כזה היה עשוי להיות מוצדק בנסיבות העניין, לו נקבע, מבחינת מהות הצורך הצבאי. לפני כן יש להדגיש, כי תוכנית המדינה, כשהממונה על הרכוש הנטוש הוא שליחה, צריכה הייתה להיבחן, במישור הנורמטיבי, הכללי, הנוגע לסמכויות הממונה על הרכוש הנטוש ולמעמד הרכוש הנטוש. שינוי חקיקתי בסמכויות אלה, על דרך של הוספת כוח ליטול זכות מסוימת בנכס המצוי בבעלות משותפת צריך היה להיבחן במישור העקרוני, מבלי להיכנס כלל לצורך לאזן בין האינטרסים הקונקרטיים של בעלי הקרקעות הנוגעים בדבר ושל מתיישבי עמונה. לא בכדי לא נקטה המדינה באפיק זה. אקדים את המאוחר ואדגיש, כי הסמכת הממונה ליטול זכות מסוימת במקרקעין שהם רכוש נטוש אינה מתקבלת על הדעת. היא אינה מתיישבת עם חובותיו לשמור על הנכס, והיא אינה לטובת הבטחת שלומם ורווחתם של תושבי האזור, יהיו אשר יהיו. שיקולים מעין אלו כלל לא נשקלו בעת תיקון החקיקה ובביקורת השיפוטית עליה. בחירתה של המדינה לעשות צעד זה כתיקון חקיקתי קונקרטי, החל רק על מקרה מסוים ועל מספר חלקות מוגדר, נועדה להסיט את הדיון מהשאלה הכללית של הסמכות לעשות כן, אל שאלת מידתיות הפגיעה הספציפית נוכח היקף הזכויות שבו מדובר והשימושים שנעשו בזכויות אלה קודם לנקיטה בפעולה. זהו מהלך שהיה על בית המשפט לעצור. צריך היה לקבוע כי חקיקה במדרג הנורמטיבי הראשי של תחיקת הביטחון לא יכולה להיעשות לגבי מקרה קונקרטי; שכעניין של נורמות חקיקתיות זהו מעשה פסול; שיצירתו באופן זה מביאה לעיוות חמור באשר לשיקול הדעת שהפעיל מפקד האזור ולאפשרות להטות באופן בלתי-ראוי את היקף שיקול הדעת השיפוטי ממישור הסמכות וההצדקה לחקיקה אל מישור הפעלת הסמכות.

גירתו של בית המשפט לתחום הפעלת שיקול הדעת בתפיסת מקרקעין לצרכים צבאיים ויישומו במקרה זה, הביאו את בית המשפט לקבוע קביעה ראשונית ובעייתית, כי ישנו צורך צבאי בתפיסת קרקע פרטית לצורך מימוש פינוי התיישבות ישראלית ולטובת הקמתה מחדש, ובפרט כאשר טיבו של צורך זה נותר חסוי ובלא שעמד במבחן הביקורת השיפוטית.⁴⁶ כאמור לעיל, עמדה זו מהווה חריגה מהמדיניות ששלטה בכיפה במשך עשרות שנים, שלפיה הקמת התיישבות ישראלית איננה צורך צבאי, כאשר החריגה נשענת על כך שעמונה במתחם החדש, הארעי, איננה בבחינת “התיישבות חדשה” נוכח זמניותה

⁴⁴ בניגוד לאמור בתגובת המדינה לעתירה. ראו לעיל, ה”ש 27.

⁴⁵ מקורה הקונקרטי של הסמכות הוא, ככל הנראה, בס’ 326 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס’ 1651), התש”ע–2009.

⁴⁶ עניין זיאדה, לעיל ה”ש 1, פס’ 24.



המוגדרת.⁴⁷ דרמטית לא פחות מקביעה זו, היא נכונותו של בית המשפט לראות ברצון למצוא עבור תושבי עמונה "הסדר מגורים ארעי אשר ישמר את קהילתם ואת זיקתם למקום מגוריהם" כמתיישב עם הצורך ב"דאגה לאוכלוסייה המקומית והבטחת חייה הציבוריים".⁴⁸ אף קביעה זו היא ראשונית באופייה, ועומדת בניגוד לגישה הידועה כי הפקעה בעלת תכלית אזרחית לטובת האוכלוסייה הישראלית באזור (ולטובתה בלבד) אסורה היא,⁴⁹ מבלי לדון בהצדקות ובמשמעויות של סטייה זו. כך, אף בנוגע לנכונות להכיר במשקלו של מה שכונה "הצורך ההומניטרי", במצב שבו בנייה בלתי-חוקית עומדת להיאכף.⁵⁰ אף שלא נקבעו מסמרות באשר לכוחו של צורך זה כשלעצמו להצדיק את שינוי הדין,⁵¹ ושתי ההערות האחרונות נאמרו כבדרך אגב,⁵² יודגש: פגיעה בקניין התושבים המוגנים ובזכויותיהם על מנת למנוע נקיטת אלימות כלפיהם מצד מי שנהנה באופן ישיר מפגיעה זו, או על מנת לשרת את מטרותיה האזרחיות של אוכלוסיית המתיישבים באזור, פסולה היא בתכלית.

הקביעות בפסק הדין, הגם שנכתבו בהערות אגב, כי יש להתחשב בשיקול של שימור "קהילת עמונה" ובשיקול של "שימור זיקתה למקום מגוריה"⁵³ (במקרה זה, הבלתי-חוקיים), ככלל, ובמיוחד ביחס לאפשרות לפגוע בקניינו של אחר על מנת לממש אינטרסים אלו, הן קביעות חדשניות ובעלות פוטנציאל מרחיק לכת. אין הן מבוססות על הלכה; אין הן מתיישבות עם זמניות ההתיישבות הישראלית; אין הן עולות בקנה אחד עם חובותיו של המפקד הצבאי להחזיק בשטח כפיקדון עבור תושביו המוגנים תוך הימנעות מיצירת עובדות שאינן בנות שינוי; אין הן עולות בקנה אחד עם הנורמה המקובלת כי שאלת פינוי ישובים אינה נתונה, ככלל, לביקורת שיפוטית (שכן, אם יש הכרה במקומה של זיקה זו, הדבר עשוי להציב מניעה, מסוימת, מפני אפשרות פינוי להשגת תכליות

⁴⁷ שם, בפס' 65–71 בית המשפט נראה כמבחן בין "זמני זמני" ל"זמני קבוע". ניתן בהחלט לחלוק על כך ככלל, ובפרט כאן כאשר המדינה עצמה מבהירה כי בכוונתה להפוך את ה"זמני זמני" ל"זמני קבוע".

⁴⁸ ביטוי הלקוח מבג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(2) 197 (1983).
⁴⁹ ראו, למשל: עניין בית איכסא, לעיל ה"ש 40, פס' 26: "הכוח הכובש אינו רשאי, אפוא, להפקיע אדמות שלא לצורך צבאי, אלא אם השימוש שיעשה בהן נועד לשרת את התושבים המוגנים".

⁵⁰ ראוי לזכור, כי הצורך ההומניטרי שבו דובר מצומצם מאוד בהיקפו במקרה זה. ראשית, המדינה, מטעמיה, ערבה לרווחתם של מתיישבי עמונה, כך שכוונתה הייתה לשכן את המפונים, על חשבונה, בבתי מלון או מקביליהם, כפי שעשתה בפועל, וזאת עד להסדרת התיישבות קבע. שנית, לא מדובר היה בבתי קבע שנבנו בהשקעות כספיות של המתיישבים, כי אם במבנים יבילים-פריקים בלבד.

⁵¹ עניין זיאדה, לעיל ה"ש 1, פס' 27.

⁵² אם כי משקלו של הטעם ההומניטרי נלקח בחשבון במסגרת בחינת מידתיות הפעלת הסמכות, במבחן המשנה השלישי, מידתיות במובן הצר. ראו שם, פס' 112.

⁵³ שם, פס' 89.



“עמונה, ממונה ואיסורא”

מדיניות או צבאיות);⁵⁴ אין הן מתיישבות עם החלטות קודמות לפינוי ולהריסה כוללת של ישובים מטעמי הפרת דיני התכנון והבנייה והיעדר זכות קניין. כך, למשל, בעניין אום-אלחיראן אישר בית המשפט את תוכנית המדינה לפנות את תושבי המקום, שהתיישבו בו ברשות, לטובת הקמתו של ישוב אחר (שיועד, כך נראה, לחברי אוכלוסייה אחרת בעיקר). זאת, כאשר סוגיית שימור המבנה הקהילתי של הישוב, בתחומי הישוב החדש כשיוקם או במקום אחר, כלל לא נשקלה. אומנם, הוצעו לתושבים אפשרויות פיצוי על דרך קבלת מגרש בעיירה הברואית חורה, ופיצוי מוגבל על המחוברים, אך הסדרים אלה שאינם מיוחדים לבני קהילה זו ככאלו, אינם מבחינים בין מי ששיבתו הייתה ברשות למי שפלש למקרקעין, ואינם מבטאים את חשיבות שימור הקהילה שהתקיימה במקום משך עשרות שנים ואת זיקתה למקום.⁵⁵

הפגיעה הקניינית, מצד רכוש בעלי הזכויות הנוכחים (בין שהיה להם סיפק להשיג ובין שלא התאפשרה להם זכות הטיעון), היא בכך שנלקחה מהם בכוח זכות שימוש בלתי-מסוימת בכלל הנכס המצוי בבעלותם המשותפת עם נעדרים, שלא על דרך הפקעה (קבועה או זמנית) בהתאם לקווים המנחים לעניין זה, ואף ללא כל תמורה או פיצוי.⁵⁶ אומנם, לו בית משפט מוסמך היה מורה על פירוק שיתוף לא היה במעשה זה משום הפקעה, שכן בית המשפט היה מאזן כדבעי בין הזכויות של השותפים, תוך לקיחת טענותיהם ורצונותיהם בחשבון.⁵⁷ אולם, כאשר נטילת הזכות נעשית חד-צדדית על ידי שותף אחד, שהוא, שלא במקרה, רשות שלטונית (לכאורה הממונה, ולמעשה ממשלת ישראל), מדובר בפגיעה בזכות. כל שכן, כאשר אין המדובר בפירוק של ממש אלא במעין מצב ביניים של נטילת חזקה ייחודית וללא פירוק, כבהסכם חלוקה שנעשה בכפייה, אם כי כוונתה המוצהרת של המדינה היא להביא לפירוק שיתוף סופי. בית המשפט הכיר בקושי זה במידת מה כאשר קבע כי ביצוע נטילת הזכות המסוימת בידי הממונה ולא בידי בית המשפט המוסמך איננו כהלכה, מטעמי הוגנות ופרוצדורה העשויים להביא לפגיעה

⁵⁴ בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 735 (2005).
⁵⁵ רע"א 3094/11 אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל, פס' 8 (פורסם באר"ש, 5.5.2015). ראו את דעת המיעוט של השופטת דפנה ברק-ארז על הצורך לשקול את השיקול הקהילתי והזיקות למקום. ראו עוד: רוגית לויין-שנור "שוויון מחורב" (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1.6.2015).
⁵⁶ ראו לעיל, ה"ש 11–13 וטקסט נלווה, לעניין הפגיעה בנוכחים שעקב אי-מיצוי זכות הטיעון נחשבו לנעדרים.

⁵⁷ לא אטפל כאן בשאלה אם בית משפט השלום בירושלים, אליו מכוונת המדינה להגיע עם הליך פירוק השיתוף לפי הצהרתה, הוא בית משפט מוסמך, נוכח העובדה כי הוא מצוי מחוץ לאזור, אך אעיר כי אין כל הכרח שהתשובה לכך היא בחיוב ויש להצטער כי בית המשפט לא התייחס להיבט זה. את השאלה האם בית משפט מוסמך לעשות כן בשים לב לזמניות התפיסה הלוחמתית, ואם כן, האם בית משפט השלום בירושלים מוסמך לכך, אשאיר לזמן אחר.



מהותית זכויות בעלי הקרקע הנוכחים.⁵⁸ עניינו הרואות, השאלה אינה נוגעת למעשה הפקעה או תפיסה לצרכים צבאיים. היא נוגעת בשינוי הדין המהותי על מנת להיטיב, באופן בלתי הוגן, עם עניינו של המחוקק – המפקד הצבאי ואלה מן התושבים המועדפים עליו.

גם מבחינת רכוש הנעדרים, הפגיעה אינה בנטילת זכויות מסוימות של הנעדרים והקצאתן לאחרים במובן של פעולת הפקעה או תפיסה. הפגיעה היא בחריגה מסמכות ביחס לחובות הממונה על הרכוש הנטוש בנוגע לרכוש הנתון למשמורתו בעצם פירוק השיתוף בנכס. הממונה לא יכול להפקיע את מה שמצוי בניהולו. אם פועל הוא בניגוד לסמכותו, הריהו בחריגה מסמכות שלא ניתן להעבירה תחת מבחני המידתיות והסבירות. חריגה מסמכות היא חריגה מסמכות.

ד. צורך צבאי – מניעת אלימות בפינוי⁵⁹

לפי טענת המדינה, הצורך הצבאי המדובר נובע מכך שפינוי עמונה הוא "אירוע נפיץ בעל השלכות ביטחוניות" משמעותיות, ולפיכך, פינוי בהסכמה משרת את האינטרס הצבאי. בהתאם, שינוי הדין הקיים באזור, כדי לאפשר את ביצוע ההסדר, הוא צורך צבאי. ניתן היה לצפות כי בית המשפט ידחה טענה כזו על הסף. בסופו של דבר, עניינו באי-חוקיות כפולה מצד הנהנים מפעולות המדינה: ראשיתה בהשתלטות בלתי-חוקית על הקרקע הפרטית בעמונה, והמשכה באיומי התנגדות לפינוי, איומים שהשלכותיהם, לטענת המדינה עצמה, לא היו עניין של מה בכך – בין בכל הנוגע למתיישבי עמונה, ובין בכל הנוגע לאחרים אשר יושפעו מהתנהלותם.⁶⁰ אדרבא, היה בהם כדי לסכן את המצב הביטחוני באזור באופן שמצדיק שינוי חקיקה. במצב כזה, דומה שהחובה לשמור על הסדר הציבורי מחייבת עמידה ללא פשרות על קיום הדין ושלטון החוק, תוך היערכות מראש לסיכול איום ביטחוני כתוצאה מאכיפת הדין, ולא כפי שהעדיפה המדינה, שינוי

⁵⁸ עניין זיאדה, לעיל ה"ש 1, פס' 101–105; ראו בהקשר זה דברי השופט הנדל, פס' 6, וראו להלן ה"ש 95 וטקסט נלווה.

⁵⁹ האמור בחלק זה גובש ונכתב על ידי ד"ר אליאב ליבליך.
⁶⁰ אומנם תושבי עמונה עצמם התחייבו, בדרישת בג"ץ, שלא לנקוט באלימות אף אם המתווה לא יתממש (בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, החלטה מיום 21.12.2016); (פורסם באר"ש, החלטה ראשונה מיום 22.12.2016)), אך זאת לאחר שגובש עמם המתווה אשר ההצדקה לו הייתה האיומים או החששות שקדמו לחתימתו. ראו בהקשר זה מכתבם של נציגי תושבי עמונה לראש הממשלה מיום 22.1.2017, המוזכר בתגובת המדינה לעתירה, פס' 14–16 (הצהרה כי התחייבותם לפינוי מרצון ולהפסקת המאבק הציבורי ניתנה רק על רקע הציפייה כי המדינה תממש את המתווה. ראו גם הבהרתם מיום 29.1.2017).



“עמונה, ממונא ואיסורא”

הדין כדי לאפשר הסדר המיטיב עם האשמים ביצירת הסיכון.⁶¹ אולם, בית המשפט קיבל את העמדה כי מדובר בצורך צבאי לגיטימי (אף כי אינו עומד במבחן המידתיות במובן הצר נוכח פגיעתו בקניין פרטי).⁶²

פסיקת בית המשפט המכירה כי בנסיבות אלה קיים צורך צבאי לוקה בשלושה כשלים, אשר יחדיו מהווים צעד נוסף באיון זכויותיהם של התושבים המוגנים בשטחים, תוך חיזוק המשטר הנפרד והבלתי-שווה של המתישבים הישראליים. ראשית, בית המשפט ניתק את עצם קיומו של האיום הביטחוני מהמקור האחראי לו, משל “האיום הביטחוני” דגן הוא תופעת טבע שאין מאחוריה גורם אנושי. בית המשפט קיבל את רצון המדינה להימנע מחיכוך בשל פניו שלא בהסכמה כטעם ענייני, אף על פי שבניתוח עילת הסבירות נקבע כי ניתן לו משקל רב מדי.⁶³ הגיונה הלקוי של קבלת טעם זה כענייני מתחדד בזכרנו כי בהליך הקודם בעניין עמונה, שבו הוחלט על הריסת תשעת מבני הקבע, המדינה עצמה טענה כי האיומים של העותרים ואחרים להתנגד לפינוי המקום בכוח מהווים חוסר ניקיון כפיים ועשיית דין עצמית, וטענתה התקבלה.⁶⁴ אך בעניין זיאדה איומיהם של מתיישבי עמונה ותומכיהם מובנים בעמדת המדינה ובפסיקה כתופעה שאין לתארה אלא כפרדוקס: **איומים ביטחוניים חפים מפשע**. איומים ביטחוניים, לצורך הקמת סמכותו של המפקד הצבאי לשנות חקיקה; חפים מפשע, לצורך הצדקת קביעת הסדר המיטיב עמם, כמובן, תוך פגיעה בקניינם של בעלי קרקעות פלסטיניים. שנית, הנכונות לשנות את הדין כך שייטיב עם גורם ספציפי (ובמקרה זה, גורם שפעל באופן בלתי-חוקי), היא דוגמה לחקיקה אישית וספציפית, אשר מטבעה חשודה כמנוגדת לעקרונות יסוד של שלטון החוק. **שלישית**, פסיקה זו מעניקה לגיטימציה להפליה בלתי-נסבלת. ניתן לדמיין מה הייתה תגובת המדינה מקום שבו מדובר היה בהשתלטות מצד פלסטינים על שטח, אשר לפינויו קדמה יצירת איום מצדם או מצד תומכיהם. נדמה כי במקרה כזה, המדינה לא הייתה מהססת לעשות שימוש בכוח כדי לאכוף את החוק.

גישתו הכללית של פסק הדין – גישה הניכרת בכל שלבי הניתוח – מתאפיינת בביכור בחינת **אופן** הפעלת הסמכות על פני עמידה מבוססת על **עצם** קיומה של הסמכות. בלשונו של בית המשפט, פרשנותו “מעבירה היא את כובד משקלה של ההכרעה ממישור קיומה של סמכות למישור חוקיות הפעלתה”.⁶⁵ למותר לציין כי הפיכת עצם קיומה של

⁶¹ ראו בהקשר זה את הקביעה כי במבחן המידתיות הראשון, קשה להלום פגיעה בזכויות הקניין של הפלסטינים על רקע החשש לפגיעה בהם ובתושבים מוגנים אחרים. עניין זיאדה, לעיל ה”ש 1, בפס’ 84–85.

⁶² שם, פס’ 87 ו-111.

⁶³ שם, פס’ 122–123.

⁶⁴ בג”ץ 851/06, לעיל ה”ש 2, פס’ 19. ראו גם בג”ץ 8898/04 גיקסון נ’ מפקד כוחות צה”ל באיו”ש (פורסם באר”ש, 28.10.2004). וראו שוב האמור לעיל, בה”ש 60.

⁶⁵ עניין זיאדה, לעיל ה”ש 1, פס’ 33.



סמכות לעניין משני ביחס לשאלות של פרוצדורה ואיזונים – גישה המאפיינת רבות מפסיקותיו של בית המשפט בכל הקשור לשטחים (ולא רק) – תורמת ישירות להתרת הרסן ולהרחבת סמכויותיו של המפקד הצבאי באופן כמעט בלתי-מוגבל.⁶⁶ למעשה, לפי גישה זו, קביעות בעייתיות בענייני הסמכות, אשר מופיעות בתחילת פסק הדין כמעט כלאחר יד, משמשות בסיס לניתוחים משפטיים מפורטים, אשר בעיני הקוראת המצויה בתחום דומים הם למגדלים תלויים באוויר. הדבר חמור במיוחד כאשר מדובר בקביעות לגבי סמכויות מפקד צבאי בשטח כבוש, אשר סמכויותיו מלכתחילה אינן באות לו מן הציבור הנשלט על ידו, ועל כן יש לדקדק בנושא עשרות מונים.

בהכרעתו, שב בית המשפט על פסיקתו ארוכת השנים כי "הוראת העל" של דיני "התפיסה הלוחמתית" (דיני הכיבוש) היא תקנה 43 לתקנות האג, אשר מחייבת את המפקד הצבאי להחזיר ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים מחד גיסא, תוך כיבוד הדין הקיים בשטח מאידך גיסא. אכן, תקנה זו פורשה לאורך השנים כמסמיכה את המפקד הציבורי לפעול לטובת שני אינטרסים מרכזיים – אינטרסים צבאיים ואינטרסים של תושבי המקום, כאשר בעניין כיבוד הדין הקיים גילו בתי המשפט גמישות מרבית, כל עוד תכלית הפעולה, לכאורה, היא קידום האינטרסים הללו.⁶⁷ שאלת היסוד בפסק הדין בענייננו הייתה, אם כן, אם ההסדר (מתווה עמונה) עולה בקנה אחד עם אינטרסים אלה.

מבחינת האינטרס המוגן השני הקבוע בתקנה 43 לתקנות האג, האינטרס של תושבי האזור, גם כאן ביכר בית המשפט את עמדת המתיישבים שבסופו של יום מרוקנת את דיני התפיסה הלוחמתית מתוכנם. אומנם, בית המשפט עמד על כך כי ישראלים, בשונה מתושבי המקום הפלסטינים, אינם נהנים ממעמד של תושבים מוגנים (סעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעיית⁶⁸) אולם, בית המשפט עמד על הפסיקה כי המתנחלים הם חלק "מהאוכלוסייה האזרחית באזור", ובשל כך מחובתו של המפקד הצבאי לפעול לטובתם, לכבד את זכויותיהם ולהגן עליהם. עם זאת, בית המשפט קובע לראשונה, כי נוכח כך היה המפקד הצבאי רשאי להביא בחשבון "שיקולים הומניטריים" אשר מצדיקים מציאת פיתרון למפוני עמונה, וכן כי הרצון למצוא עבור תושבי עמונה הסדר מגורים ארעי שישמר את קהילתם וזיקתם למקום מתיישב עם הצורך ב"דאגה לאוכלוסייה המקומית והבטחת חייה הציבוריים". אומנם, אמירות אלה נותרו בהערת אגב, משום שבית המשפט הטיל ספק אם ניתן לשנות חקיקה אך לטובת האוכלוסייה הישראלית באזור, ולפיכך ביסס את

⁶⁶ זהו ביטוי לבעיה רחבה יותר של החלת מידתיות "על הכול". גם במעבר לניתוח מידתיות במקום סמכות או בהנחה שיש סמכות וגם במעין "האחדה" של המשפט על ידי מידתיות כעקרון על, תוך שימוש למשל במבחני פסקת ההגבלה על גבי המשפט ההומינטרי וכיוצא באלה. ראו AEYAL GROSS, THE WRITING ON THE WALL .RETHINKING THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION, ch. 4 (2017).

⁶⁷ עניין זיאדה, לעיל ה"ש 1, בפס' 21–22.

⁶⁸ אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן: "אמנת ג'נבה הרביעית").



“עמונה, ממונה ואיסורא”

עיקר הכרעתו על קיומו של “צורך צבאי” לשינוי החקיקה.⁶⁹ ועדיין, אמירות אלה מחייבות חזרה למושכלות יסוד.

אחת מתכליותיהם המרכזיות של דיני הכיבוש היא שימור ההבחנה המשפטית והמעשית בין המדינה הכובשת לשטח הכבוש, וכחלק מכך, הבטחת מעמדם המיוחד של הפרטים המוגנים. כיבוש לא מקנה ריבונות, ולכן המפקד הצבאי אינו רשאי להביא בחשבון את האינטרסים של מדינתו במובן הרחב, מעבר לאינטרסים צבאיים בשטח.⁷⁰ בדיוק בשל כך, סעיף 49(6) לאמנת ג'נבה הרביעית – אשר בית המשפט נמנע בעקביות מלדון בתחולתו או בהשלכות תחולתו על האזור – אוסר מלכתחילה על העברת אוכלוסייה אזרחית לשטח הכבוש. ברי, כי העברת אוכלוסייה אזרחית לשטח כבוש, ולאחר מכן אימוץ קביעה כי האוכלוסייה המועברת היא חלק “מתושבי האזור”, מאפשרת למפקד הצבאי להכניס “בדלת האחורית” את שיקוליו הלאומיים. עמידתו של בית המשפט על כך שמתנחלים אינם נהנים ממעמד של “תושבים מוגנים” היא ריקה בהקשר זה, משום שבית המשפט אינו מבהיר כלל מהו ההבדל בין היעדר מעמד זה לבין מעמדם של המתנחלים כחלק מתושבי האזור, ונראה כי בפועל דווקא ה“בלתי-מוגנים” מוגנים יותר. נפנה אם כן לשאלת מעמדו של הרכוש הנטוש וסמכויות מנהלו – הממונה על הרכוש הנטוש, ולאופן שבו הפעולות המשפטיות שעל הפרק התיישבו עם סמכויותיו ועם מחויבותו של המפקד הצבאי לכבד את הקניין הפרטי בכלל, וזה של הנעדרים מן האזור בפרט.

ה. מעמד הנכסים הנטושים וסמכויות הממונה על הרכוש הנטוש

הסוגיה המרכזית בפרשה זו נגעה לטיפול בנכסי נעדרים. על פי תחיקת הביטחון, הצו בדבר רכוש נטוש שהותקן מיד לאחר כיבוש הגדה המערבית בידי צה"ל, נכסי הנעדרים מן האזור יישמרו להם בידי הממונה על הרכוש הנטוש עד חזרתם לאזור.⁷¹ חובת הממונה

⁶⁹ עניין זיאדה, לעיל ה"ש 1, פס' 26–27.

⁷⁰ בג"ץ ג'מעית אסכאן, לעיל ה"ש 34, בעמ' 794–795.

⁷¹ לפי ס' 8(א) לצו בדבר רכוש נטוש: “הממונה ישמור על הנכס הנטוש בעצמו או על ידי אחרים בהסכמתו בכתב על מנת לשמור את הנכס הנטוש או תמורתו המלאה, ככל האפשר, למען בעליו או המחזיק לפי העניין”. ס' 13 לצו קובע כי: “חזר מי שהיה הבעלים, או מי שהיה המחזיק כדין בנכס נטוש, לאזור והוכיח בעלותו על הנכס הנטוש או זכותו לחזקה, לפי המקרה, יעביר הממונה את הנכס או תמורתו לידי ומשעשה כן, יחדל אותו נכס מהיות נכס נטוש וכל זכות שהייתה לאדם באותו נכס ערב הקנייתו לממונה תחזור אל אותו אדם או אל מי שבא תחתיו”. חלופת תמורת הנכס מתייחסת למיטלטלין או לפירות של נכס נטוש בלבד, אותם רשאי הממונה למכור, לפי ס' 9(א) לצו: “אם בנסיבות העניין נראה לו, שרק בדרך זו יובטח בנסיבות כנאות, שהבעלים או מי שהחזיק בנכס כדין יקבל תמורה עבור ערך זכותו ברכוש”. כן ראו ס' 3(א)



בנוגע לקניין הנעדרים היא חובה אמונאית, משמורנית מטיבה, לשמור עבורם את הנכס עד לכשיחזרו.⁷² משחוזר הנעדר לאזור, רשאי הוא לקבל לידי את רכושו מיד.⁷³ יתר על כן, לפחות מאז הסכם השלום עם ירדן בשנת 1994, נוהג הממונה על הרכוש הנטוש לשחרר נכסים לידי בעליהם גם אם אינם מצויים באזור, למשל על דרך של אישור עסקאות של בעלים המצויים במדינות שונות בעולם (ירדן בעיקר).⁷⁴ אף במסגרת פרשה זו נהגה המדינה כך, ומשהוצג לה ייפוי כוח של בעלי נכס אשר אינם מתגוררים באזור (כי אם בירדן) הממנה את תושב האזור לפעול בשמם בנכסיהם, ראתה בכך טעם להוציא את הנכס מתחום תחולת המתווה.⁷⁵

הנכסים הנטושים אינם נכסים לחלוקה לכל דכפין ולכל צורך, צבאי או אזרחי. כך, על פי המדיניות שנהגה במשך עשרות שנים, כפי שבאה לידי ביטוי גם בחוות דעת משפטית משנת 1997 של היועץ המשפטי לאזור יהודה והשומרון:⁷⁶

"ממהות של 'נכס נטוש' כרכוש פרטי, שזיקת הממונה אליו הינה זמנית ולצורך שמירה על הנכס בלבד, משתמע איסור גורף הרבה יותר (מאשר זה הנוגע לאיסור על מכר רכוש ממשלתי – ר.ל.ש.): למעשה אל לו לממונה לעשות כל עסקה לגבי הנכס שתעמוד בניגוד לחובת השמירה האמורה, ובמיוחד לחובתו להשיב את הנכס לבעלים עם חזרתו לאזור."

תושבי האזור שאינם מצויים בו, בין שלא היו בו ערב כניסת כוחות צה"ל לאזור או לאחר מכן, אינם בבחינת "נפקדים" כמשמעות מונח זה בחוק נכסי נפקדים, התש"י-1950 החל

סיפא לצו המתיר למכור מיטלטלין. קבועות אף חובות בעניין דיווחים שנתיים ותיעוד פעולות – ס' 11 ו-12 לצו. ההדגשות כולן שלי.

⁷² למעמדו של הממונה על הרכוש הנטוש כאמונאי, ראו עמיר ליכט "דיני עמונאות – לקראת הלכה חדשה לגבי תחולתה של חובת אמון" **נקודה בסוף משפט** (23.11.2017): חיובי הממונה "שוללים כל עניין לגיטימי של הממונה ברכוש הנטוש ומטילים עליו חובת גילוי מלא. אלה החיובים הסגוליים המאפיינים יחסי אמונאות".

⁷³ השבת הנכס כפופה לס' 10(ב) לצו, המתייחס להקניית זכויות לאחרים אשר יעמדו בתוקף לתקופה שלגביה נערך, אלא אם כן בוטלה על ידי הממונה לפני כן אם חזר הנעדר לאזור והדבר לא יפגע מהותית בזכויותיו של הצד השני. בהתאם, הפרקטיקה רבת השנים בנוגע לרכוש נטוש הייתה מתן הרשאה לשימוש בנכס או להשכרתו לתקופה קצרה (על פי רוב לשנה, ועד לשלוש שנים) (ראו להלן). ס' 10(א) לצו כפוף לס' 10(ב) לצו, ומחיל הסדר זה גם באשר לנכס שהממונה חשבו כנטוש אף על פי שלא היה כזה.

⁷⁴ זאת, כך נראה, על רקע ביטול מעמדה של ירדן כמדינת אויב, וממילא, יציאת תושבי ירדן מתחום התחולה של "תושבי ארץ אויב", אשר רואים את נכסיהם כנטושים (ס' 5 לצו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (הוראות נוספות) (מס' 1) (יהודה והשומרון) (מס' 150), התשכ"ז-1967). כך היה, למשל: בת"א (מחוזי י-ם) 2425-08 **עלא-א-דין נ' חברת הימנותא** (פורסם בנבו, 8.1.2017).

⁷⁵ המדובר בחלקה 38 בגוש 21, סילוואד, והדברים עולים מתוך תגובת המדינה לעתירה, פס' 26-29; ומתוך פס' 8 לפסק הדין בעניין **זיאדה**, לעיל ה"ש 1.

⁷⁶ מבקר המדינה **דוח שנתי 56 א לשנת 2004**, 220 (2005).



“עמונה, ממונה ואיסורא”

בישראל. בהתאם לחוק נכסי נפקדים, המבוסס על פקודת המסחר עם האויב,⁷⁷ נכסי נפקדים הוקנו לאפוטרופוס על נכסי נפקדים. משמעות ההקניה לפי חוק זה היא ביטול זכויות הנפקדים והלאמת רכושם נוכח מעמד הנפקדים כ“אויבים” (אם היו כאלה בפועל ואם לאו: הביקורת הרבה על חוק נכסי נפקדים היא מחוץ לגבולותיה של רשימה זו). במקרים מסוימים, הוכרה זכותם של הבעלים לפיצויים; במקרים מסוימים בוטלה ההקניה או שהנכס שוחרר. אך ככלל, הכרזה על נכס כנכס נפקד מנתקת את הקשר בין הנפקד לנכסו.⁷⁸ על פי הפרשנות המקובלת לפקודת המסחר עם האויב (אשר כאמור, עומדת בבסיס חוק נכסי נפקדים), בתום מצב האויבות שהצדיק את הקניית הנכס למדינה, אפשר ש“ניתן להחיות זכויות אלה, במסגרת הסדר שלום, שעשויה להיות בו הדדיות מבחינת כיבוד זכויות קניין מקוריות של אזרחי המדינות השותפות להסדר”, אם כי יש הסבורים כי הניתוק הוא אומנם מלא אך זמני, תוך הותרת הזכות המשפטית של הבעלים להשבת הנכס בתום המלחמה בכפוף להסדרי השלום.⁷⁹ מכל מקום, הסכם השלום בין ישראל לממלכה הירדנית ההאשמית, כפי שנקלט בדין הפנימי, אינו קובע זכות החיאה כאמור.⁸⁰ הדין באזור שונה הוא.

תושבי האזור שאינם מצויים בו, בין שלא היו בו ערב כניסת כוחות צה”ל לאזור או לאחר מכן, אינם נחשבים לאויבים שיש להלאים את רכושם. מדינת ישראל איננה מחזיקה באזור כחלק משטחה הריבוני; היא פועלת בו בהתאם לדיני התפיסה הלוחמתית המחייבים את המפקד הצבאי, אשר תפיסתו את השטח היא זמנית, לשמור ולכבד את הקניין הפרטי (אזכיר שוב את תקנות 43 ו-46 לתקנות האג). חובות אלה הן קבועות ותמידיות, כל עוד נמשך הכיבוש. היעדרות נמשכת של הבעלים מן האזור אינה פוגמת כהוא זה בזכותו בנכס או בחובות הממונה על הרכוש הנטוש לגביו.⁸¹ על פי תחיקת הביטחון, הצו בדבר רכוש נטוש, זכויות בנכסים שנותרו באזור של מי שאינם מצויים בו, נשמרות על ידי הממונה על הרכוש הנטוש.⁸² משמעות השמירה היא הבטחת יכולת ההחזרה של הנכס לבעליו.⁸³ מבחינה מעשית, רבים מן הנכסים הנטושים כלל לא

⁷⁷ פקודת המסחר עם האויב, מס’ 36 לש’ 1939.

⁷⁸ ראו ס’ 6(ב) לחוק יישום חוזה השלום בין מדינת ישראל בין הממלכה הירדנית ההאשמית, התשנ”ה–1995; ע”א 4630/02 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ’ אבו חאטום, פס’ י”א (פורסם בנבו, 18.9.2007). ראו גם ליכט “דיני עמונאות”, לעיל ה”ש 72.

⁷⁹ בג”ץ 3103/06 ולירו נ’ מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.2.2011); איל זמיר ואיל בנבנשתי אדמות היהודים ביהודה, שומרון, חבל עזה וירושלים 41–44 (1993).

ראו לעיל, ה”ש 78.

⁸⁰ על כן, הרכוש הנטוש איננו כרכוש המנוהל על ידי האפוטרופוס הכללי בישראל, וסמכויות כגון אלו הקבועות בס’ 15(ג) לחוק האפוטרופוס הכללי, התשל”ח–1978, לא יכולות להיקבע בנוגע לרכוש הנטוש.

⁸² ס’ 8(א) לצו בדבר רכוש נטוש.

⁸³ ס’ 13 לצו. ראו זמיר ובנבנשתי, לעיל ה”ש 79, בעמ’ 173.



אופיינו ככאלה. היינו, הממונה על הרכוש הנטוש לא נקט לגביהם כל פעולה לצורך שמירתם או הפקת פירותיהם. במקרים רבים, מקצת הבעלים (בפרט, בני משפחה או שכנים) נותרו באזור ותפסו חזקה בנכס בלי שהממונה ערר על כך (כך, למשל, בכל הנוגע לאותם מקרקעין נושא מתווה עמונה, שלא נוהלו מעולם על ידי הממונה, ככל שהראיות על עיבוד קודם להקמת המאחז מצביעות על החזקה בהם). לצורך מתווה עמונה חרג הממונה מעמדתו רבת השנים כי קיומם של שותפים, בני משפחה ואחרים, מרחיקה אותו מן הנכס ומייתרת את הפעלת סמכויות השמירה לגביו.

בנוגע לנכסים הנטושים שכן נוהלו בפועל על ידי הממונה, הפרקטיקה משך השנים הייתה כי הם נמסרו בחוזי שימוש קצרי מועד לפלסטינים תושבי האזור (על פי רוב, גם כן, בני משפחה או תושבי הכפר אליו השתייך בעליהם).⁸⁴ בהתאם לבדיקת מבקר המדינה, הממונה על הרכוש הנטוש מנהל כ-4,500 נכסים, שהושכרו, רובם ככולם, לפלסטינים בחוזים שנתיים הניתנים לחידוש.⁸⁵ במקרים אחרים הוקצו קרקעות חקלאיות בחוזי שימוש זמניים לפלסטינים.⁸⁶ פרשה החורגת מדפוס פעולה זה של הקצאת נכסי הנעדרים לשימוש זמני בידי פלסטינים התרחשה בשנות ה-1960 ותחילת שנות ה-1970, עת הוקצו אלפי דונם של נכסים נטושים להסתדרות הציונית לטובת שימושים חקלאיים של יישובים ישראלים בבקעת הירדן, הן בדרך של חילופי קרקעות והן בדרך של הקצאה ישירה, הניתנת לביטול בכל עת.⁸⁷ הפעולה נתפסה עוד בשנות ה-1990 כבלתי-חוקית, וחומרתי התבטאה גם בכך שגובשה רשימה של תושבים שלא הורשו לחזור לאזור על מנת שלא יתאפשר להם לתבוע חזרה את נכסיהם ("רשימת המאה", שכללה למעשה מאות או אלפי שמות). אכן, במסגרת הליך שהסתיים לאחרונה, בהסכמת המדינה וללא צורך בהכרעה שיפוטית, השיבה המדינה לבני הכפר טובאס קרקעות פרטיות שהוקצו באופן זה לקיבוץ מירב שבישראל.⁸⁸ הקיבוץ פוצה לאחר מכן על ידי המדינה בגין השקעותיו החקלאיות.⁸⁹

⁸⁴ כעולה גם מחוות דעתו של העוזר הבכיר ליועץ המשפטי לממשלה, ד"ר גיל לימון, מיום 28.11.2016 (להלן: "חוות דעת לימון"); ראו עניין **זיאדה**, לעיל ה"ש 1, פס' 119.

⁸⁵ מבקר המדינה **דוח שנתי 2012**, 174 (2012). במבקר המדינה **דוח שנתי 2011**, 56, לעיל ה"ש 76, בעמ' 220, מצוין כי הנתון של 4,500 נכסים כולל רק את הדירות המושכרות לפלסטינים, ואין הוא כולל השכרות מקרקעין.

⁸⁶ פליאה אלבק "קרקעות ביהודה והשומרון" (הרצאה בוועד מחוז תל אביב – לשכת עורכי הדין, 28.5.1985), התפרסמה באוגדן **המקרקעין באיו"ש – הדין ותחיקת הבטחון** 201 (מפקדת פרקליט צבאי ראשי – ענף פיקוח משפטי והדרכה, 1990).

⁸⁷ מבקר המדינה **דוח שנתי 2011**, 56, לעיל ה"ש 76, בעמ' 221–222.

⁸⁸ בג"ץ 4442/15 **עיריית טובאס נ' שר הבטחון** (העתירה נמחקה ביום 1.10.2017). ראו עקיבא אלדר "כך הועברו 1,500 דונם מהגדה לקיבוץ בתחום ישראל" **הארץ** 18.11.2011; יותם ברגר "המדינה פינתה אלף דונם מקיבוץ מירב, שהתגלו כקרקע פלסטינית" **הארץ** 21.9.2016.

⁸⁹ יותם ברגר "לאחר שהקצתה לו קרקע פלסטינית, המדינה תפצה קיבוץ ב-14 מיליון שקל בשל פינויו" **הארץ** 30.10.2017. יושם אל לב: הקפדה על הדין מלכתחילה הייתה מונעת בזבוז זה



“עמונה, ממונה ואיסורא”

מקרים אחרים של הקצאת נכסים נטושים להתיישבות הישראלית הם נדירים ביותר.⁹⁰ כפי שמתאר עוזר היועץ המשפטי לממשלה בחוות הדעת ששימשה בסיס למתווה עמונה, המדיניות העקרונית הננקטת באזור היא אי-שימוש בנכסים נטושים למטרות התיישבות.⁹¹

שמירה על נכסי הנעדרים באופן זה – של הקצאתם הזמנית תוך שימור טיב הייעוד והשימוש שנעשה בהם ערב הקנייתם לממונה, מאפשרת לממש את חובת הממונה להחזיר לנעדרים את נכסיהם עם שובם לאזור.⁹² ויוזכר, חזרה ממש לאזור אינה תנאי הכרחי לשם שחרורו.

בהתאם לצו המסמך, ועל פי הפרקטיקה שנהגה משך עשרות שנים, חובת שמירת הנכסים בידי הממונה עד לשובו של הנעדר משמעה כי אין למכור נכס מקרקעין,⁹³ אין להביא לשינוי בזכויות הנעדר בנכס, אין לגרוע מן הנכס הנשמר, אין לפעול באופן המגביל או המצמצם את האפשרות להשיב אל הנכס לנעדר עם שובו כפי שהיה במצבו ערב הקנייתו לממונה, אין לעשות בנכס שימוש המשנה את אופיו, ואין לעשות בו שימוש המשנה את טיב הקרקע. ככל המקרים הידועים חובת שמירת הנכסים בידי הממונה על הרכוש הנטוש פורשה באופן זה, ברחל בתך הקטנה. חריג לכך הוא מקרה שבו ניתנה על ידי הפרקליט הצבאי הראשי חוות דעת באשר לאפשרות הקמה זמנית של אתר לעולי הפלשמורה בעפרה, שלא התממשה בסופו של דבר.⁹⁴ אך מכל מקום, עמדת הייעוץ המשפטי למפקד כוחות צה"ל באזור, כמו גם הנוהג הלכה למעשה, היו כאמור לעיל.

בהקשר הספציפי של עניין זיאדה, חובת הממונה על הרכוש הנטוש לשמור על נכסי הנעדר אינה עולה בקנה אחד עם ייזום הליך פירוק שיתוף זכויות בנכסים, אלא אם הדבר הכרחי לשם שמירה על הנכס. פירוק השיתוף פוגע במצבת הזכויות של הנעדר שעליה

של כספי ציבור, כמו גם פגיעה בחקלאים אשר אפשר כי לא היו מודעים כלל לבעייתיות הקניינית.

⁹⁰ דוח שנתי 63א, לעיל ה"ש 85, בעמ' 174, ציין מבקר המדינה חריג אחד להקצאת רכוש נטוש ללא פלסטינים: קרקעות נטושות בלטרון שהוחכרו לעמותה פרטית. זהו, ככל הנראה, המקרה הנדון אצל יותם ברגר "מושבים באזור בית שמש מעבדים שטחים בגדה שפלסטינים טוענים לבעלות עליהם" הארץ 13.10.2016. ידוע גם מקרה אחר, של "הבית הלבן" בקדום, השייך לנעדר פלסטיני. נכס זה הושכר בראשית שנות ה-1990 לתקופה של שנתיים ולאחריה בהארכה לשנה נוספת למועצה המקומית קדומים, שתחומה בסמוך לנכס. למיטב ידיעתי, זהו מקרה חריג ביותר אשר נסיבותיו מתמיהות. ראו ת"פ (שלום כפ"ס) 1136/03 מדינת ישראל נ' וינרב (פורסם בנבו, 30.12.2004).

⁹¹ חוות דעת לימון, לעיל ה"ש 84.

⁹² ס' 13 (ג) לצו בדבר רכוש נטוש.

⁹³ הדין לעניין מיטלטלין שונה, לנוכח היותם מתכלים ובלתי-מתאימים, לעתים, לשמירה ממושכת. ראו ס' 9 (א) לצו בדבר רכוש נטוש.

⁹⁴ עניין זיאדה, לעיל ה"ש 1, פס' 69.



חלה חובת השמירה. אין דין זכות יחסית בלתי-מסוימת בקרקע כדין זכות מסוימת בקרקע שהיקפה וטיבה שונה. קשה לחשוב על מקרה שבו פירוק השיתוף, ביוזמת הממונה, הכרחי לשם שמירה על הנכס. אפילו במצב שבו לא ניתן להפיק פירות מן הנכס בשל ריבוי שותפים, מצב שאיננו משקף כזית את הנוהג בגדה המערבית שבו שימוש בידי שותפים ויורשים הוא חזון נפרץ,⁹⁵ אין על המשמורן לפעול לפירוק השיתוף שכן פעולה זו תעמוד בניגוד לחובת השמירה. הפקת פירות היא אמצעי למימוש חובת המשמורנות, ואינה מצדיקה הפרה גסה שלה. יוער, כי בפועל הפקת הפירות נתפסת, כלל ועיקר, כזניחה ושולית בעיני הממונה על הרכוש הנטוש. כך, הוא נמנע מלחדש חוזה שכירות ולגבות חובות בהיקפים של מיליוני ש"ח בגין אי-תשלום דמי שכירות או שימוש, ומתירשל בביצוע רישום ותיעוד הנכסים.⁹⁶

לא במקרה הצו בדבר נכסים נטושים אינו כולל את ההסמכה שנקבעה לממונה על הרכוש הממשלתי (האחראי על ניהול אדמות המדינה באזור),⁹⁷ שלפיה אם זכותו במקרקעין היא בלתי-מסוימת, רשאי הוא ליטול חזקה בחלק מסוים מהשטח ששווי היחסי הוא כחיס בין הזכות הבלתי-מסוימת לכלל הזכויות הבלתי-מסוימות.⁹⁸ ולא בכדי התיקון לצו מס' 1777 הנוגע לנטילת זכות מסוימת בנכס נטוש לא בוצע כתיקון ישיר לצו בדבר רכוש נטוש, באופן רחב-תחולה.⁹⁹ בית המשפט בעניין **זיאדה** הכיר בכך שלא ניתן להקביל בין מעמדו של רכוש ממשלתי למעמדו של רכוש נטוש,¹⁰⁰ אם כי הכרה זו לא

⁹⁵ תמונה בעיני קביעתו העובדתית של השופט הנדל, שם בפס' 8 לדעת המיעוט, כי פירוק השיתוף "דווקא סלל את הדרך למימוש זכויותיהם במקרקעין – לאחר שנים ארוכות שבהן הדבר לא צלח. דברים אלה נכונים הן ביחס לבעלי האדמות המוכרים והן ביחס לעמיתיהם הנפקדים", שלמיטב הבנתי, היא אינה מבוססת בראיות, בטענות המדינה, או בנורמות המקובלות. ודאי במקרה זה, שבו אפשר כי אי-השימוש בקרקע נבע מסמיכות החלקות למאחז ומניעת הגישה למקום שנעשתה במשך השנים.
⁹⁶ מבקר המדינה **דוח שנתי 56א**, לעיל ה"ש 76, בעמ' 220; **דוח שנתי 63א**, לעיל ה"ש 85, בעמ' 174–175.

⁹⁷ צו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז–1967, קמ"צ 5, 162 (15.11.1967). הממונה על הרכוש הממשלתי אינו אורגן של מדינת ישראל. הוא אורגן של המפקד הצבאי באזור, ופעולותיו נדרשות להיות בהתאם לתק' 55 לתקנות האג ולתקנת-העל, תק' 43. ראו Levine-Schnur, לעיל ה"ש 30. לפי תק' 55:

"The occupying State shall be regarded only as administrator and usufructuary of public buildings, real estate, forests, and agricultural estates belonging to the hostile State, and situated in the occupied country. It must safeguard the capital of these properties, and administer them in accordance with the rules of usufruct"

⁹⁸ ס' 2 א לצו בדבר רכוש ממשלתי. לטעמי חוקיותו של סעיף זה אינה נקייה מספקות כשלעצמה, ולו מטעמי הוגנות שהתקבלו על ידי בית המשפט בעניין **זיאדה** באשר לפעולה חד-צדדית של בעלים שהוא אורגן שלטוני, אך אותיר את הדברים להזדמנות אחרת.

⁹⁹ ס' 1 א לצו מס' 1777, שהוסף במסגרת צו מס' 1779.

¹⁰⁰ עניין **זיאדה**, לעיל ה"ש 1, פס' בפס' 120.



“עמונה, ממונה ואיסורא”

הביאה אותו למסקנה ההכרחית שנטילת זכויות מסוימות, אף על דרך ייזום הליך פירוק שיתוף שיפוטי, אינה עולה בקנה אחד עם מעמדו של הרכוש הנטוש ושל הממונה עליו. אכן, היקף ההסמכה לממונה בצו בדבר רכוש נטוש, שיש לפרש אותו בתור “כתב הנאמנות”, איננו דומה להיקף ההסמכה (המנהלית) שהוקנתה לממונה על הרכוש הממשלתי. כך או כך, המכר של הרכוש הנטוש, כמו גם של הרכוש הממשלתי – אסור הוא.¹⁰¹ פעולות השקולות למכר, ובכלל זה ייזום הליך פירוק שיתוף, אסורות המה.

ודוק, בעוד שלממונה על הרכוש הנטוש אסור לפעול לפירוק השיתוף בנכס, ייתכן כי על בית משפט מוסמך הדין בבקשה מעין זו המוגשת מצד השותפים האחרים בחלקה, אין מוטלת החובה להימנע מהפירוק אך ורק בשל קיומו של נעדר. אולם, סוגיה זו כלל אינה נקייה מספקות. אם בית משפט בישראל מוסמך לדון בפירוק שיתוף לגבי נכס באזור (וגם זו, כשלעצמה, סוגיה שאינה נקייה מספקות),¹⁰² הריהו מחויב לעשות כן בהתאם לדיני התפיסה הלוחמתית. תחת דינים אלה – הכול זמני. כשם שלא ניתן למכור רכוש נטוש, כך לא ניתן למכור אותו כמתכונת פירוק, ואף לא ניתן לפרק שיתוף על דרך ייחוד זכויות שכן יש עמו פגיעה צמיתה בנכס העומד לנעדר לכשישוב.

בעניין זיאדה קיבל בית המשפט את העיקרון כי בהתאם לצו עולה שהממונה מחויב לשמירת הנכסים ופירותיהם, ובפרט לשמירה על מצב הנכס על מנת שניתן יהיה להשיבו כמות שהוא לבעליו.¹⁰³ על אף הכרה זו, סבר בית המשפט כי ייזום מהלך פירוק שיתוף על ידי הממונה אינו עומד בניגוד לחובותיו. כך, בית המשפט קובע כי סעיף 4 לצו בדבר רכוש נטוש מקנה לממונה את זכויותיו של הבעלים-הנעדר, וכי “כאשר ביקש המפקד הצבאי לסייג את כוחו של הממונה להפעיל את סמכויותיו ביחס לנכס הנטוש, נעשה הדבר באופן מפורש במסגרת הצו”.¹⁰⁴ דברים אלה אין לקבל. נורמת-העל לגבי סמכויותיו של הממונה, אשר לפיה יש לקרוא את ההקניה שבסעיף 4 לצו, היא כי הממונה פועל לשמירת הנכס עבור בעליו, עד שיחזור. כך קבוע בסעיפים 8 ו-13 לצו. בפסק דין זיאדה עצמו, בנקודה אחרת, ציין בית המשפט כי “למגבלות שמטיל הצו על הממונה מכנה משותף מובהק, שעניינו בשמירה על הנכסים ועל הפירות שהם מניבים לטובתם של בעליהם הנפקדים עד לשובם”, וכי תכלית הצו היא “שמירה על מצב הנכס על מנת שניתן יהיה להשיבו כמות שהוא לבעליו”.¹⁰⁵ אכן, בניגוד לניתוחו של בית המשפט באשר לפירוק

¹⁰¹ כך נובע מתק' 55 לתקנות האג. ראו לעיל ה"ש 97. ראו גם עניין ג'מעית אסכאן, לעיל ה"ש 34, בעמ' 803.

¹⁰² כאמור לעיל, בה"ש 57, לא אטפל כאן בשאלה האם בית משפט השלום בירושלים, אליו מכוונת המדינה להגיע עם הליך פירוק השיתוף לפי הצהרתה, הוא בית משפט מוסמך, נוכח העובדה כי הוא מצוי מחוץ לאזור, אך אעיר כי אין כל הכרח שהתשובה לכך היא בחיוב.

¹⁰³ עניין זיאדה, לעיל ה"ש 1, פס' 57.

¹⁰⁴ שם, פס' 37.

¹⁰⁵ שם, פס' 58.



השיתוף, סמכויותיו של הממונה אינן מסויגות במפורש בצו, אלא מוגדרת תכלית השימוש בהן. בהתאם, בנקודה אחרת נקבע כי "חובת אמון זו אומנם אינה מנויה במפורש בצו בדבר נכסים נטושים, אך היא נלמדת בנקל מההוראות השונות שאליהן כפוף הממונה בפועלו ביחס לנכסים".¹⁰⁶ כך, סעיף 8 (וסעיף 13) לצו אינו סייג לסעיף 4 לו, אלא מכתוב את תכליתו. על כן, סעיף 9 לצו המתיר מכר מיטלטלין (כמו גם סעיף 3 (א) סיפא לצו) עושה כן במפורש, שכן המכר הוא חריג לחובת המשמורת הכללית, וההצדקה למתן ההיתר למכר היא לנוכח טיבו המתכלה של נכס נד. אשר על כן, אף שאין בצו איסור מפורש על מכר מקרקעין, אין כל ספק שהמכר אסור. ודוק, כאמור אף המכר של הרכוש הממשלתי אסור, ואין הדברים מפורשים בצו בדבר רכוש ממשלתי. לא כל שכן, המכר של הרכוש הפרטי המוחזק למשמורת לבעלים. פירוק שיתוף לצמיתות, כמוהו כמכר מקרקעין מבחינת סופיותו והשלילה לצמיתות שיש עמו ביחס לחלק מן הנכס, וביחס לכלל הנכס אם הפירוק הוא על דרך מכר. ובעיקר. בית המשפט ציין כי שיתוף בנכסים נתפס כהסדר זמני, כמגביל מימוש זכויות, מעכב פיתוח ומסרביל את הביצוע של עריכת עסקאות בנכסים.¹⁰⁷ עם זאת, דווקא בשל היות פירוק השיתוף קבוע, אין הוא מותר. סופיות הסדר פירוק השיתוף ומערך הזכויות החדש שנוצר בעקבותיו, אינה עולה בקנה אחד עם זמניות החזקת הרכוש הנטוש בידי הממונה, והיא אינה עולה בקנה אחד עם זמניות התפיסה הלוחמתית.¹⁰⁸

יתר על כן. נוכח הסמכת הממונה לשמירת הנכס עד לשובו של בעליו, שאיפות לפיתוח ולעריכת עסקאות, שהן יזמיות בטיבן, אסורות עליו, ככל שאין הן נעשות לשם מימוש חובת השמירה. אין הוא מנהל עסקי של הנכס.¹⁰⁹ העובדה כי פירוק השיתוף או הקצאת הנכס עשויים להניב פירות אינה מצדיקה את הפגיעה בטיב הזכויות בנכס ובסוג הנכס שבו לנעדר זכויות ושימושו. נהפוך הוא. כאמור, הפקת הפירות היא משנית לחובת השימוש ולא תכלית כשלעצמה. זאת ועוד, לא פורטו בפני בית המשפט (ובפסק הדין) כל ראיות להפעלת שיקול דעת בשאלה אם התועלת מהפקת הפירות עולה על הנזק בשינוי טיב הזכויות בנכס ובסוגו, ולא הובאו כל ראיות לכך שלא תיתכן הפקת פירות באופן אחר. חובת הממונה על הרכוש הנטוש לשמור על נכסי הנעדרים אף אינה עולה בקנה אחד עם פעולה יזומה לשינוי השימושים המותרים בהם, מבחינה תכנונית. שינוי מקיף של, לדוגמה, תוכנית RJ-5 החלה על מקרקעין רבים באזור ושבהם המקרקעין הנדונים, המייעדת את הקרקע בתחום תחולתה לחקלאות, כך שתותר בניית מתחמי מגורים בתחומה, איננו פסול בהכרח, אך משום שישנם מקרקעין של נעדרים בתחומו. אולם, ייזום

¹⁰⁶ שם, פס' 57.

¹⁰⁷ שם, פס' 61.

¹⁰⁸ ראו לויין-שנור "סופיות וזמניות", לעיל ה"ש 35.

¹⁰⁹ עמיר ליכט "הפרוטוקולים של גימלאי ציון – חובת זהירות של מנהל קרן פנסיה" נקודה בסוף

משפט (29.6.2015).



“עמונה, ממונה ואיסורא”

הליך לשינוי תכנוני נקודתי דווקא באדמות הנעדרים אינו עולה בקנה אחד עם החובות המשמורניות של הממונה. זאת, אף אם השינוי זמני הוא. ודוק, אף כי הקמת הישוב הארעי לפי צו מס' 1777 הוגדרה כתחומה בזמן, המדינה התחייבה כלפי מפוני עמונה כי תפעל להקמת ישוב של קבע במקום. במקרה כזה אין לומר כי שאלת הקמת ישוב של קבע טרם בשלה. השינוי התכנוני הזמני של המקום, כאשר נעשה כדין, עשוי להוות שיקול תכנוני לשינוי קבוע של זכויות הבנייה והשימושים המותרים בו,¹¹⁰ שינוי שכבר עתה ידוע, לפי הצהרת המדינה, כי היא מבקשת להביא להתרחשותו. על כן, אף אם אין בשלב הנוכחי תוכנית לשינוי תכנוני שאינו בעל אופי זמני קצוב בזמן, פעולתו של הממונה לשינוי תכנוני זמני המכוונת להביא לשינוי קבוע ומתמשך, אינה מתיישבת עם חובותיו כאמוןאי. גם בהקשר זה, כמו בנושא התיקון הנקודתי לחקיקה הראשית, פעלה המדינה כך שתצמצם הביקורת השיפוטית ומבלי שהדבר הולם את טיב הפעולה או את כוונותיה. על בית המשפט היה לבחון את פעולות המדינה לפי תכליתם האמיתית, ולא להסתפק בביקורת בהתאם לאופן הבלתי הולם שבו פעלה.

ואחרון בעניין זה, מתן זכויות שימוש או שכירות במקרקעין המנוהלים על ידי הממונה למטרות המשנות את אופי הקרקע, מחקלאית לקרקע להתיישבות, לרבות הנחת יבילים, חיבורם לתשתיות והתאמת המקום לאכלוס קהילת המתיישבים, ובכלל זה הקמת גני משחקים, הוא שימוש המשנה את אופי הקרקע. על בית המשפט מוטלת החובה לבחון אם פעולותיו של הממונה עולות בקנה אחד עם גדר סמכויותיו. העברת הנטל אל העותרים (ובפרט בשים לב ללוחות הזמנים שבהם דובר), לתמוך בחוות דעת מקצועית את טענותיהם בדבר נזק העלול להיגרם לקרקע כתוצאה מהשימוש הצפוי בה,¹¹¹ אינה עולה בקנה אחד עם חובת פיקוח זו. ההיפך הוא הנכון. על הממונה להציג טעמים ולשכנע כי פעולותיו מצויות בתחום סמכותו המשמורנית. העותרים בעניין זה, כבעלים הנוכחים, אינם הנפגעים הבלעדיים מפעולות הממונה. עניינם של הנעדרים כלל אינו מיוצג. הממונה, כפי שקבע בית המשפט, אינו פועל כאשר עניינם לנגד עיניו. בנסיבות אלה, עליו הנטל לשכנע כי פעולתו לא תשנה את אופי הקרקע, ואין זה נטל שקל להרימו.

לבסוף, הקביעה כי הממונה אינו מצוי בניגוד עניינים ובהפרת חובת האמון מבוססת על טעות יסודית. בית המשפט קבע כי על אף שהמניע העיקרי לפעולות הממונה “לא נגע לטובת בעלי הנכסים הנפקדים, אלא לטובתם של תושבי עמונה ולצורך במציאת פתרון מגורים עבורם, בין היתר על מנת לצמצם את ההתנגדות הכרוכה בפינויים המתקרב”, ועל אף ש“טובתם של בעלי הקרקעות הנפקדים לא הועלתה על ראש שמחתה” של המדינה” אין המדובר בניגוד עניינים שכן “העותרים לא הצליחו להרים את נטל השכנוע כי טובת המתיישבים אשר עמדה לנגד עיני הממונה לא הלמה את האינטרס של בעלי הקרקע

¹¹⁰ השוו, עע"מ 9057/09 איגנר נ' השמורה בע"מ (פורסם בנוב, 20.10.2010).

¹¹¹ עניין זיאדה, לעיל ה"ש I, פס' 61.



הנפקדים בשמירה על זכויותיהם"¹¹². אולם, השקפה זו על מהות ניגוד העניינים וטיבה של חובת האמון ביחסי אמונאות – שגויה היא. הממונה כאמונאי אינו רשאי לשקול כל שיקול שאינו טובת הנהנה-הנעדר. אחרת, ייחשב כמפר את חובת האמון שלו.¹¹³ כפי שכתב עמיר ליכט בהתייחס לקביעה זו שבעניין זיאדה: "בכל הכבוד, לא זה הכלל. 'כאשר מתעורר חשד ממשי, שאין הוא פועל בתום-לב ולטובת החברה, עליו הנטל להזימו' נאמר בהלכת קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, בסמוך לאיזכור של הלכת Mills.¹¹⁴ יתר על כן, גם עניין זר התואם את עניינו של הנהנה טעון גילוי מלא והסכמה תקפה"¹¹⁵. למרות שהנאמן אינו חייב לקחת בחשבון את העדפותיו של הנהנה לאחר יצירת הנאמנות, הוא חייב לקחת בחשבון אך ורק את טובתו כפי שהוגדרה בכתב הנאמנות. בית המשפט קובע כי הנאמנות לפי הצו בדבר רכוש נטוש היא בעלת טבע מוגבל, כיוון שהממונה אינו מחויב להתאים את השימוש לטעמיהם של הנעדרים. אולם, כך על פי כל נאמנות; אין בכך משום אפיון מוגבל של נאמנות.¹¹⁶ אף מבחינת נטל השכנוע גישתו של בית המשפט אינה תואמת את הדין: משהוכר מעמדו של הממונה כאמונאי והוכרה חובת האמון שלו, משתנה לגמרי משטר הנטלים. די בחשש ממשי להפרת חובת אמון כדי להעביר אליו את הנטל להראות שמילא את חובתו. זה דין יסודי, המבוסס בהלכת קוסוי.¹¹⁷ כך בפרט, כאשר כתב ההסמכה של הממונה על הרכוש הנטוש מגדיר את סמכותו כמשמורנית (ושמרנית) בטיבה. ועל כן, אף אם לבעלים הנעדרים צומחת תועלת כלכלית מסוימת, אין היא מתיישבת עם התועלת העיקרית, בה"א הידיעה, שחובת המשמורנות המוטלת על הממונה מבקשת להבטיח להם: השבת הנכס לידיהם עם חזרתם לאזור, כפי שהיה.

לסיכום, חובת הממונה על הרכוש הנטוש לשמור על נכסי אינה עולה בקנה אחד עם כל אחת מפעולות אלה שנערכו לשם מימוש מתווה עמונה: נטילת חזקה ייחודית בנכס נטוש וכוונה לפעול לפירוק שיתוף הזכויות לצמיתות, יזום הליך לשינוי השימושים המתירים בנכס מהבחינה התכנונית, והקצאת הזכויות לאחרים באופן המשנה את טיב

¹¹² שם, פס' 60.

¹¹³ עמיר ליכט "נאמנים פצעי אוהב – ניגוד עניינים, תום לב ושיקולים זרים בהפרת חובת אמון" נקודה בסוף משפט (26.11.2017). ראו גם עמיר ליכט "רסן הזהב – נושא משרה המקבל תשלום מבעל השליטה: האחריות" נקודה בסוף משפט (4.5.2017).

¹¹⁴ ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 280, 253 (1984); Mills v. Mills [1938] HCA 4; (1938) 60 CLR 150 (17 February 1938) (Au.).

¹¹⁵ ליכט "נאמנים פצעי אוהב", לעיל ה"ש 113. לעניין שאלת כוחה של הסכמה, ראו ליכט "רסן הזהב", לעיל ה"ש 113.

¹¹⁶ עניין זיאדה, לעיל ה"ש 1, פס' 58. כן ראו פס' 59.

¹¹⁷ ראו עמיר ליכט "פשטידה אמריקאית – בחינה מוגברת", העברת הנטל' ומהות האמונאות "נקודה בסוף משפט" (12.1.2017): חובתם של האמונאים "להראות שקיימו את חובת האמון במלואה או לשאת באחריות להפרה במלואה"; עמיר ליכט "לעילה מכל ברכה – התשתית הראייתית לגילוי מסמכים באישור תביעה נגזרת בעילות שונות" נקודה בסוף משפט (10.12.2016).



“עמונה, ממונה ואיסורא”

הקרקע, וכל זאת כאשר הפעולות נעשות תוך הפרת חובות המשמורנות. הממונה-אמונאי-משמורן אינו פועל כמי שהשאת רווח לבעלים היא המנחה את פעולותיו. חובתו כנאמן, אותה לא ניתן לסתור, היא שמירה על הנכס עבור בעליו. אין הוא מנהל עסקי של הנכס. הפרת חובת המשמורת אינה ניתנת לריפוי בשל האפשרות להקנות את פירות ההפרה (דמי השימוש בקרקע) לנהנה, בשל משך הזמן הקצוב להפרה, או בשל השפעת אי-הפרת החובה על שאיפותיהם של אחרים, שאינם מבעלי הנכס (למשל, מתיישבי עמונה). היבטים אלה אינם מקהים, לא כל שכן, מאיינים, את חומרת הפרת האיסור. יתר על כן, אין הממונה רשאי לשיקול כל שיקול שאינו טובת הנהנה-הנעדר. אחרת, ייחשב כפועל בניגוד עניינים ובהפרת חובת אמן.

פסק דין זיאדה שגוי על כן אף בהיבט יסודי זה: פעולות הממונה על הרכוש הנטוש צריכות היו להיות מוכרזות כאסורות. הקביעה כי פעולות הממונה מהנות את בעלי הנכסים הנעדרים “מהשימוש המיועד באדמותיהם – למצער במונחי תועלת כלכלית”, וכי הסוגיה היא בבחינת “זה נהנה וזה לא חסר”¹¹⁸ מבוססת על שיקול שאין לו תחולה בדיני אמונאות. רק הסכמה של הנהנה על בסיס גילוי מלא יכולה להכשיר פעולה מפרה, וממילא לו היה בכוחו של הנעדר לתת את הסכמתו חדל היה הנכס מלהיות נטוש.

ו. סיכום

פסק הדין בעניין זיאדה הביא אומנם לתוצאה הנכונה, במישור הקונקרטי, של פסילת הפעולות המשפטיות למימוש מתווה עמונה, אולם לנימוקיו השגויים תוצאות מרחיקות לכת במישורים שמעבר לפרשה המסוימת שנדונה בו. זאת, בשני היבטים עיקריים, אשר שניהם נוגעים בכך שההנמקה נשענה על טעמי מידתיות וסבירות ולא על טעמי סמכות. הטעם היסודי לקביעות אלה הוא העיוות הנורמטיבי שבחקיקת צו ראשי בתחיקת הביטחון כאמצעי להגשמת תוכנית ספציפית וארעית. פעולה זו הביאה את בית המשפט לבחינה מפוצלת: את הצו החדש במבחני ההצדקה לשינוי הדין, ואת מימוש הצו במשקפי הסמכות לתפוס מקרקעין פרטיים לצרכים צבאיים, אף כי אין כל הברל בין חקיקת הצו לדרך מימוש. דרך המימוש היא הקבועה בצו. היה על בית המשפט לקבוע, תחילה, כי אין מקום לחקיקה ראשית בעניין כה פרטני. כי השאלה שעל הפרק אינה תפיסה לצרכים צבאיים כי אם שאלת מעמדו של הרכוש הנטוש וחובותיו של מנהלו. שהרי ממה נפשך: אם פעולת הממונה כתפיסה צבאית היא, המוצדקת מצורך צבאי, אין כל צורך לבחון האם קיים הממונה את חובותיו; ואם פעולת הממונה עולה בקנה אחד עם חובותיו, מה טעם בבחינת

¹¹⁸ עניין זיאדה, לעיל ה”ש I, פס’ 61–62.



הצורך הצבאי. אך זו וגם זו לא התקיימו: פעולת הממונה אינה מוצדקת בצורך צבאי ואף אינה עולה בקנה אחד עם חובותיו כנאמן.

כאמור, הקביעות הבעייתיות המרכזיות בפסק הדין, אף אם הן בהערת אגב בחלקן, הן שתיים. ראשית, הכרתו של בית המשפט בתפיסת קרקע לצורך הקמה (זמנית) של ישוב ישראלי כצורך צבאי, מהווה חריג לפסיקה ולפרקטיקה מרובת שנים בעניין זה. אומנם הפסיקה עד כה לא עסקה בתרחיש הנוכחי. שכן, לכאורה, לא נקבע כי יישוב ישראלי הוא צורך צבאי בניגוד לעמדה העקרונית שנפסקה בעניין, אלא שבמקרה הספציפי על נסיבותיו והאיומים הכרוכים בפניו ללא הסכמה יש צורך צבאי להקים מתחם מגורים מסוים **התחום** בזמן. אך מבחינה מעשית, אין הבדל של ממש בין תרחיש זה לבין העיקרון הפוסל את השימוש בתפיסה לצרכים צבאיים כאשר תכליתה היא טובתה האזרחית של ההתיישבות הישראלית. יתר על כן, הכרה בצורך צבאי הנובע מאיומים בשל אי-פינוי מרצון, אשר לא נבחן לגופו של עניין בשל החלטת המדינה להימנע מחשיפת חוות הדעת הביטחונית, מייצרת תקדים בעייתי ביותר. המתישבים (המיוצגים למעשה על ידי המדינה) מבקשים לאחוז בחבל בשתי קצותיו, בבחינת "טוב אשר תאחוז בזה וגם מזה אל תנח את ידך".¹¹⁹ מבקשים (ומקבלים) הסדר הפוגע בזכויות האוכלוסייה המוגנת כדי שלא יתמשו איומיהם באלימות, ובית המשפט נותן לכך יד.

בהמשך למגמה זו, בית המשפט מתייחס, אומנם בהערת אגב, לכך שטובת אוכלוסיית המתישבים הישראלים באזור עשויה להצדיק הפקעת קרקע בבחינת "הצורך בדאגה לאוכלוסייה המקומית". עמדה זו עומדת בניגוד לאיסור לפגוע בקניין הפרטי של האוכלוסייה המוגנת אלא אם הדבר נחוץ לצרכים צבאיים או לטובת האוכלוסייה המוגנת, ולקביעות קודמות של בית המשפט בעניין זה. קביעות נוספות, בהערות אגב, בדבר קיומו של צורך הומניטרי בשל מימוש צווי הריסה ואכיפת הדין ובדבר הצורך לשמר את הקהילה המפונה וזיקתה למקום (על אף שהמדובר בשטח כבוש ובהתיישבות בלתי-חוקית במובן החזק ביותר), הן בעייתיות ביותר ושלא לצורך.

נזקיהן של קביעות אלה, וטשטוש ההבחנות המיוחדות שביקש בית המשפט לבצע בין מקרה זה למקרים "רגילים" אחרים, באים לידי ביטוי מידי, למשל, בשינוי בעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, המפרש את פסק הדין כמתיר הפקעת קרקעות לצורך הסדרת התיישבות ישראלית, אף אם בכפוף לסייגים של מידתיות וסבירות.¹²⁰ יתר על כן, יש בהן כדי לצמצם את הפער הנורמטיבי בין המצב הקיים לזה שהחוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון מבקש להביא לו, והדברים עומדים בניגוד חזיתי לפסיקה, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה משך השנים, ובפרט, לדין הבינלאומי.¹²¹

¹¹⁹ קהלת ז, י"ח.

¹²⁰ ראו לעיל, ה"ש 3.

¹²¹ מובן כי משמעותם של הדברים תדרש להבחן גם בהקשר של ההליכים בעניין החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, הנידונים בבג"ץ 1308/17 **עיריית סילוואד נ' הכנסת** (תלוי



“עמונה, ממונה ואיסורא”

שנית, כשבית המשפט פסל את כוחו של הממונה ליטול לעצמו חזקה ייחודית בנכס נטוש, לא נקבע כי ייזום פירוק שיתוף בנכס נטוש, כמו גם ייזום שינוי תכנוני והקצאת הקרקע לשימושים המשנים את פני הקרקע, אסורים הם נוכח חובותיו המשמורניות של הממונה על הרכוש הנטוש וטיב ההסמכה שהוקנתה לו הנובעת מן החובה לשמור על הקניין הפרטי בשטח הכבוש. תוצאותיה הקשות של פסיקה זו אינן מתמצות בכך שבית המשפט סלל את דרכו של הממונה ליזום הליכים שכאלה כאפשרות תיאורטית, שכן כוונתו המוצהרת היא לעשות כן. יתר על כן, בית המשפט לא פסל את השימוש בנכסים נטושים למטרות התיישבות, תוך שינוי הנורמות התכנוניות החלות על המקום ותוך שימוש המשנה את אופי הקרקע. בית המשפט אימץ מבחן לבחינת קיומה של הפרת חובת אמון שאין לו אח ורע בדיני אמונאות, והפך את משטר הנטלים המקובל בעניין זה. חריגה זו מתחום החובות המשמורניות של הממונה קשה כשלעצמה, אך היא חמורה במיוחד במקרים שבהם אין המדובר בחלקות המשותפות לבעלים-נעדריים עם בעלים-נוכחים. במקרים אלה, אין מי שיטען, ולו בעקיפין, למען הנעדריים. בית המשפט צריך היה לפקח על פעולותיו של הממונה על הרכוש הנטוש בעניין זה, ולהקפיד עמו הקפדה יתרה כי לא יחרוג מסמכותו ולא יפר את חובות האמון שלו בעומדו בניגוד עניינים, ולא יפקיר את זכותם של אלה שאינם יכולים לטעון עבור עצמם.

ועומד). ראו בקשת הצטרפות כ"דיד בית משפט" מטעם 28 מרצים ומרצות למשפטים, שהוגשה במסגרת תיק זה, בג"ץ 1308/17 (בקשה מיום 1.3.2017).