

בבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

בג"ץ 1308/17

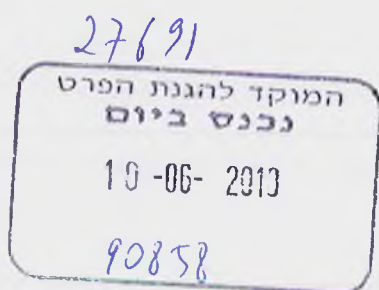
בג"ץ 2055/17

לפני:

כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט מ' מזוז
כבוד השופטת ע' ברון

העותרים בבג"ץ
: 1308/17

1. עיריית סלואד
2. עיריית נעלין
3. מועצה כפרית בורקא
4. מועצה כפרית בלעין
5. מועצה כפרית ח'רבתא בני חארתי
6. מועצה כפרית דיר קדיס
7. מועצה כפרית אלנאקורה
8. מועצה כפרית עראק בורין
9. מועצה כפרית כפר קליל
10. מועצה כפרית דיר שרף
11. מועצה כפרית בורין
12. מועצה כפרית עסירה אלקבליה
13. מועצה כפרית דיר אלחטב
14. מועצה כפרית אלסאוויה
15. מועצה כפרית עזמוט
16. מועצה כפרית אללבן אלשרקיה
17. מועצה כפרית כפר קדום
18. עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
19. מרכז ירושלים לזכויות אדם
20. אלמיזאן לזכויות אדם



העותרים בבג"ץ
: 2055/17

1. ראש מועצת הכפר עין יברוד
2. ראש מועצת הכפר יאסוף
3. ראש מועצת הכפר ג'אלוד
4. ראש מועצת הכפר אל-מעיייר
5. ראש מועצת הכפר תורמוסעיה
6. ראש מועצת הכפר קריות
7. ראש מועצת הכפר יתמא
8. ראש מועצת הכפר קצרה
9. ראש מועצת הכפר סינגייל
10. ראש מועצת הכפר אל-ח'אדר
11. ראש מועצת הכפר דיר דיבואן
12. ראש מועצת הכפר מחמאס

13. ראש מועצת הכפר דיר ג'ריר
14. ראש מועצת כפר מאלכ
15. ראש מועצת כפר עקב
16. ראש מועצת הכפר דורא אל קרע
17. ראש מועצת הכפר אלבירה
18. ראש מועצת הכפר ענאתא
19. ראש מועצת הכפרים אמאתין-פרעתא
20. ראש מועצת הכפר ג'ית
21. ראש מועצת הכפר ארטאס
22. ראש מועצת הכפר זעתרה
23. עלי מוחמד עיסא מוסא
24. מרים אסמאעיל עלי מוסא
25. סוהייר אסמעיל עלי פרג'י
26. מוניר חוסיין חסן מוסא
27. מחמוד אחמד מחמד חזמה
28. יש דין -- ארגון מתנדבים לזכויות אדם
29. האגודה לזכויות האזרח בישראל
30. ש.ע.ל. – שלום עכשיו לישראל מפעלים חינוכיים
31. במקום – מתכננים למען זכויות אדם בתכנון
32. המוקד לחגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
33. קרן נשים למען זכויות אדם בע"מ
34. שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם
35. עמק שווה בע"מ
36. רופאים לזכויות אדם
37. גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע
38. עקבות המכון לחקר הסכסוך הישראלי-פלסטיני
39. עיר עמים
40. חקל ... ברית להגנה על זכויות אדם

נ ג ז

המשיבים בבג"ץ
: 1308/17

1. הכנסת
2. המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית
3. הממשלה
4. המועצה האזורית מטה בנימין

המשיבים בבג"ץ
: 2055/17

1. הכנסת
2. הממשלה
3. היועץ המשפטי לממשלה
4. הפרקליט הצבאי הראשי
5. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
6. ראש המינהל האזרחי
7. הממונה על חריכוש הממשלתי והנטוש במינהל האזרחי
8. המועצה האזורית מטה בנימין

המבקשים
להצטרף לבג"ץ
: 1308/17
פרופ' דוד אנוך ו-27 אח'

המבקש להצטרף

לבג"ץ 1308/17
ולבג"ץ 2055/17 : יוסף עזרא

עתירות למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה : כי בסיון התשע"ח (3.6.2018)

מזכיר הרכב : ניר גונן
קלדניות : רינה רונית

בשם העותרים
לבג"ץ 1308/17 : עו"ד חסן ג'בארין ; עו"ד סוהאד בשארה

בשם העותרים
לבג"ץ 2055/17 : עו"ד דן יקיר ; עו"ד מיכאל ספרד ; עו"ד שלומי זכריה ; עו"ד רוני פלי ; עו"ד מיכל זיו

בשם המשיבה 1
לבג"ץ 1308/17
ובבג"ץ 2055/17 : עו"ד איל ינון ; עו"ד אביטל סומפולינסקי

בשם המשיב 2
לבג"ץ 1308/17
והמשיבים 3-7
לבג"ץ 2055/17 : עו"ד ענר הלמן ; עו"ד יונתן ברמן

בשם המשיבה 3
לבג"ץ 1308/17
והמשיבים 3-7
לבג"ץ 2055/17 : עו"ד הראל ארנון

בשם המשיבה 4
לבג"ץ 1308/17
והמשיבה 8
לבג"ץ 2055/17 : עו"ד שמחה דן רוטמן

בשם המבקשים
להצטרף
לבג"ץ 1308/17 : עו"ד סוריא בשארה

בשם המבקש
להצטרף
לבג"ץ 1308/17
ולבג"ץ 2055/17 : בעצמו

פרוטוקול

- 1
- 2 עו"ד ינון : יש בכנסת מושג שנקרא להצעה לסדר, אבקש שיפתח עו"ד ינון, התזה המלאה
- 3 והתשובות חמלאות לטענות העותרים הובאה בפירוט בתגובה וכתבנו שאנו מבקשים להצטרף.
- 4 אני חושב שנכון יותר שעו"ד ארנון יתחיל.

1 עו"ד יקיר : תלויה ועומזית העתירה הפרוטוקול החסוי לישיבה המשותפת.

2
3
4 כבוד הנשיאה א' חיות : נדון בהמשך.

5
6 עו"ד ארנון : מפנה לאמור בתשובת הממשלה ואתמקד בנקודות העולות מעמדת היועמ"ש.
7 אוריד מהשולחן את כל הדיון בשאלות במשפט הבינלאומי. עושה רושם כי העותרים שוכחים
8 את הטופוגרפיה המשפטית בה אנו עומדים כעת. השאלה העומדת על הפרק היא שאלה של
9 פסילת חוק של כנסת ישראל. אם תתקבלנה טענות מרכזיות של העותרים ביחס למשפט
10 הבינלאומי, הם מבקשים מבית המשפט לתת יד, לעניות יד להפיכה משטרית. כוח הביקורת
11 השיפוטית של בית המשפט ניתן לו מכוח חוקי יסוד, כפי ש קבע הפסיקה הענפה של בית המשפט
12 הוא מבטא את רצון החברה בישראל כפי שמשקפת בחוקי היסוד המבטאים, אם אפשר לומר
13 את הרצון הפנימי של החברה בישראל. רק זו הסיבה בגינה הכנסת הסמיכה את בית המשפט
14 העליון לביטול חוקים. העותרים מבקשים בשל נורמות חיצוניות למדינה, שבית המשפט יפסול
15 חוקים ויהפוך מדרג נורמטיבי על פיו. לא עוד נורמה בדין הישראלי אלא נורמה חיצונית
16 שהחברה בישראל אינן שותפות לה ובכך לפסול חוק חקיקה ראשית וזו התפרקות ריבונות
17 הכנסת. דיון זה, על אף שהעותרים והמבקשים להצטרף מקדישים לו את רוב טענותיהם,
18 בעניינו ממשלת ישראל חייבת להישאר מחוץ למשפט, בעצם הוא חורג מסמכות שכן סעיף 6
19 לחוק השפיטה קובע וכל הדיון הזה לכן לא רלוונטי. אני שמח כי היועץ המשפטי בעניין זה
20 מצטרף לעמדתנו ואינו טוען את הטענות הללו מהמשפט הבינלאומי של העותרים. יתרה מכך,
21 ממשלת ישראל סבורה כי החוק, גם אם היה אקט מינהלי עומד בכללי המשפט הבינלאומי והוא
22 עומד בכללי המשפט הבינלאומי וגם אם לא, זכותה של כנסת ישראל להכתיב את כללי המשחק
23 וגם המשפט הבינלאומי, שעו שבית המשפט העליון לדורותיו הוא עשה כן לא בשל זה משפט
24 בינלאומי, בין אם מדובר בדין הסכמי ובין אם מדובר בדין מנהגי שנכרת כל עוד הכנסת לא
25 אמרה אחרת והוא לא העביר פעולות של המפקד הצבאי אלא רק בגלל שנקלט בדין הישראלי.
26 שאם לא כן, מחר מחרתיים יצטרך בית המשפט העליון להתמודד באקטים ברמת הגולן ועוד
27 בשל משפט בינלאומי. לדידם של אלה הסבורים כי התפיסה נוגדת את המשפט הבינלאומי אין
28 כל הבדל בין ירושלים לבין רמת הגולן מבחינתם. לכן, הדיון חייב להישאר במסגרת החוקתית
29 ולשיטתנו המשטרית. אבודד את הדיון לרזולוציה נוספת, לעמדת הממשלה הסעיף היחיד
30 בחוק הנתון שמתעוררות לגביו שאלות חוקתיות הוא סעיף 3.2, לחוק יש סעיף אופרטיבי אחד,
31 המנוע לחוק ולו שני רגליים, האחת, קובעת כי קרקעות שאין להן בעלות פרטית, אין מי שיוכח
32 בעלותו, סעיף 3.1 חלות עליו תרשמה כאדמות מדינה. סעיף זה לא פוגע בזכויות כיוון שהוא
33 מבקש לרשום רק אדמות שהן כאלה, הוא גם בעל משמעות רחבה מאוד כיוון שחלק לא מבוטל
34 מבנייה והסדר ביו"ש וככל שיתברר בפרק הזמן בחוק שאין אדם הזכאי לרשום אותן כפרטיות,
35 הן תרשמה כאדמות מדינה. סעיף זה מתאים ורוכב על הדין המהותי ביהודה ושומרון ביחס
36 לחוקי מקרקעין. היועץ, בעמדתו, סבור כי גם סעיף זה מעורר קושי מכיוון ואני מפנה לסעיף
37 123 לעמדת היועץ המשפטי מכיוון שהוא אומר כי באופן היסטורי מדינת ישראל התלתה את

1 הליך רישום מקרקעין ביו"ש ולראשונה לכאורה פה החוק מחייב את הרשויות לרשום קרקעות
 2 על שם המדינה. טענה שניה שלו שפרק זמן של שנה עלול לא להספיק. תשובת מדינת ישראל
 3 פשוטה, רק החלטה, התליית מרשם המקרקעין אינה עילה לפסילה חוקתית של הסעיף ורק
 4 הכנסת מוסמכת להורות לרשויות לחדש את המרשם ככל שהדבר נכון. לטענה כי שנה אינה
 5 מספיקה, זו בעינינו טענה תמוהה, כי המדובר בקרקעות המוחזקות בידי ההתיישבות שנים
 6 רבות אם לא למעלה מכך וכפי שנקבע בסעיף ההגדרות, אדם שיוכיח כי הוא רשאי להירשם,
 7 אם בשנה זו יבוא פלוני ויראה שהוא רשאי להירשם ולמען הסר ספק קבעה כנסת ישראל בסעיף
 8 8ד' כי גם אם נעשתה תקלה ונרשמה הקרקע על חשבון המדינה, וגם אם יגיע אח"כ פלוני הוא
 9 ייהנה ואין פגיעה ואם יש היא מינימלית. מבחינתנו סעיף 3.1 גם הוא מתוך לדיון החוקתי שלנו
 10 בעליון. בהקשר זה אפנה לפסיקת בית המשפט העליון בג"ץ ארגון מגדלי העופות, בג"ץ עפרון
 11 כחול כאשר סעיף מסוים בחוק נמצא לא חוקתי וניתן לקיים את החוק בלעדיו, שעה שיש צורך
 12 ציבורי לקיים את החוק, זו סמכותו ואולי חובתו של בית המשפט העליון לפסוע בנתיב שהוא
 13 עצמו סלל. בהקשר זה, ככל שסעיף 3.2 יימצא בעייתי, יש הכרח להפעיל את סעיף 3.1 מהבעיה
 14 אותה ביקשה כנסת ישראל להסדיר. אנו צוללים לדיון החוקתי, לא אחזור על כל מה שנכתב
 15 בהרחבה בתשובת הממשלה. לגבי תכלית החוק, לחוק זה יש מסי' תכליות להרבה חוקים, מבחני
 16 החוקתיות אמורים לקחת בחשבון את כל התכליות הללו. משעה שמרדדים את החוק לתכלית
 17 ספציפית קל לומר כי אם זו התכלית החוק אינו מידתי, אך זו הסתכלות לא הוגנת ומן הראוי
 18 לחזור לתכליות הרבות של החוק הזה שפורטו בתשובת הממשלה ואחזור עליהן בקצרה. אין
 19 שאלה שמטרת החוק המידית כפי שקובע סעיף 1 הוא להסדיר התיישבות ביהודה ושומרון
 20 (מצטט), לתת מענה לאותם מקומות שהם רבים, כעולה מדברי הכנסת ומנתונים שיש בידי
 21 הממשלה, אלפי יחידות דיור הטעונים הסדרה. החוק, באמצעות ההסדרה, מבקש להשיג מסי'
 22 יעדים ותכליות, הוא מבטא לקיחת אחריות שלטונים והדברים אינם בגדר סוד ועמדה עליהם
 23 טליה ששון והשופט ז"ל. בפרק זמן של 15 שנה, בשל סיטואציה מורכבת המדינה זיברה לפחות
 24 ב-2 קולות. מחד, עודדה וסייעה בהכשרה מימון ותשתיות הרחבת יישובים למרות שפעולות
 25 אלה היו נגועות בפגמים של אי חוקיות מדרגות שונות. מציאות זו הולידה סיטואציה בה אלפי
 26 משפחות במצב ביניים שאינו מאפשר את המשך חייהם. כולם זוכרים את הסיפור של יהודה
 27 יחיאלי, הפצוע הקשה מצוק איתן. המדינה רצתה להכשיר את ביתו לציוד רפואי אך לא ניתן
 28 היה לעשות זאת מכיוון שבעופרה מצויים על קרקע פרטית ולא ניתן היה להעניק לו סיוע.
 29 ממשלות ישראל לא הסדירו מחד ומנגד לא חשבו לפנות את עופרה. הדימוי הרווח כאילו החוק
 30 רוצה להסדיר מאחזים וזה לא החוק, במקרים כאשר יש בנייה מסיבית ויישובים וותיקים
 31 ביו"ש. החוק מבטא לקיחת אחריות שלטונית שאומר שלא יתכן כי ברעה זו והגנה של זכויות
 32 המחזיקים בקרקע מצד שני והמדינה נותנת מענה לסיטואציה לא מושלמת והמענה לא מושלם.
 33 גם שב ואל תעשה מבחינת המדינה והמדינה הכריעה באמצעות הכנסת החוק ואיזונו להסדיר
 34 בעיה זו. המדינה מכירה בתכלית השנייה שזו לא בעיה של 4,000 משפחות או יותר עם מצוקה
 35 אישית שיש לסייע להם. המדינה מבינה כי ללא הסדרה המשמעות היא ככל שיתרבו עתירות
 36 בבית המשפט הנכבד פינוי המוני של מאות ואלפי משפחות שיובילו למשבר ממדרגה ראשונה
 37 ולכן המדינה מעוניינת לאחוז את השור בקרניו ולפתור את המשבר הזה. החוק לא בא להפקעה

1 להתיישבות חדשה או להכשיר דברים שנעשו לאחר חקיקת החוק אלא החוק נועד לפתור
2 סיטואציה ייחודית.

3
4 כבוד השופטת ד' ברק-ארז: כלומר, סעיף התכלית לא מדויק! משום שכתוב "...לאפשר המשך
5 ביסוסו ופיתוחיו".

6

7 עו"ד ארנון: החוק הזה באופן מוחלק קובע בסעיף 3 האופרטיבי והחוק לא מאפשר מן אירוע
8 מתגלגל של פתרון בסיטואציה שהולכת ומתפתחת. אין נסיבות שמצדיקות גם אם החוק היה חל
9 מעתה ואילך. החוק גם נועד לפתור את המשבר של המשפחות האלה במעגלים הקהילתיים וגם
10 לכך המדינה צריכה לתת אחריות שלטונית כלפי אזרחיה. תכלית אחרת היא הבנה של ממשלת
11 ישראל, גם זה לא בגדר סוד, שבית המשפט נאלץ שלא בטובתו לדון בהיבטים משפטיים של
12 לוחמה שבעיקרה פוליטית. אין פסול בקידום אג'נדה פוליטית בכלים משפטיים. ברם, כנסת
13 ישראל באמצעות המחוקק וממשלת ישראל החליטו כי הצפת בית המשפט בעתירות שעניינן
14 התיישבות ביו"ש אינה דבר רצוי ורוצים לשים סוף לסיטואציה שהמדינה עצמה אחראית לה
15 במידה זו או אחרת. עיננו הרואות כי במקומות בהם בית המשפט הורה על פינוי עמונה, גבעת
16 האולפנה, גבעת הסף הקרקעות עומדות שוממות כאבן שאין לה הופכין מבחינת ייקוב הדין את
17 ההר. במציאות זו שאינה משרתת כל תכלית כלכלית ראוי לבחירה שהיא החלופה הרעה מבין
18 השניים, לא בבחינת גם אלה ואלה לא יקבלו, אלא אלה ואלה יקבלו. מנגנון של פיצויים שלא
19 רק ראשוני בישראל והוא ייחודי בעולם בנדיבותו לאלה שזכות החזקה בטלה מהם. זה מוביל
20 לתכלית נוספת, החוק מהווה הגינות שלטונית במובן של צדק חלוקתי. המשך הקפאת המצב
21 מוביל לסיטואציה שהבעלים לא נהנים מן התמורה, מצד שני מחזיקים בקרקע מתגוררים בה
22 ונמנע מהם לממש זכויותיהם בקרקע, כפי שקיבלו אותם מרשויות המדינה, ולפחות בחלק מן
23 המקרים. החוק מאפשר לראשונה לגשר בין הפער, האבסורדי בו הבעלים לא נהנה מן הקרקע
24 וגם המחזיק לא נהנה במובן המלא של המלא לתת פיצוי לבעלים ולאפשר הסדר ורי-סטראט של
25 המחזיקים בקרקע. כדי להשיג את כל אלה, זו תכלית נוספת של החוק, החוק מבקש להגשים
26 באמצעות מנגנון פשוט, יעיל וקל להפעלה. כלומר, המחוקק לא רצה שבשביל להסדיר את
27 המבנים נמצא עצמנו מתדיינים בהליך של 10-20-30 שנה על כל בית ועל כל סוגיה וביקש לייצר
28 הבחנה בחוק, קלה ליישום חותכת ומאפשרת הסדרה יחסית מהירה. אעבור למבחני המידתיות,
29 המבחן הראשון של הקשר הרציונלי קיים, מפנה לאמור בתשובת הממשלה. המבחן השני,
30 האמצעי, שפגיעתו פחותה את מבחן המידתיות כפי שבית המשפט פירש בשורת פסיקה, צריך
31 לתפוס כך: השאלה לא האם יש אמצעי אחר שמשיג תכלית אחת, אמצעי פוגעני פחות, או
32 אמצעי פוגעני פחות שמשיג את כל התכליות, משיגים את התכליות שהחוק מבקש להגשים
33 ותאמצעים האלה נמצאים במתחם המידתיות בבג"ץ 5329/ וכן בבג"ץ 6467/02. בסופו של דבר,
34 לכנסת יש פררוגטיבה לבחור אמצעים סבירים בעיניה להשיג את התכליות של החוק. לכן,
35 בהקשר מבחן המידתיות השני, טענה שנשמעה שחוק ההסדרה מיותר כי לכאורה יש כלים
36 אחרים הקיימים ביו"ש ומאפשרים הסדרה, העובדה שאולי יש פתרונות אחרים.

37

1 כבוד המשנה לנשיאה חי מלצר: אדוני צריך להגיד אם לדעתו יש אמצעים אחרים.

2

3

עו"ד ארנון: לדעתי אין.

4

5 כבוד המשנה לנשיאה חי מלצר: אדוני יתייחס לאמצעים שאותם מונה היועץ המשפטי, יש את
6 סעיף 5 להצעה שנותן פתרון לשליש מהבתים, יש את עבור הזמן שנותן פתרון לחלק אחר. אדוני
7 יסביר למה אין.

8

9 עו"ד ארנון: אם כבודו יותיר לי אתייחס לכך בהמשך. עובדה שנכון להיום על אף דיבורים על
10 פתרונות אחרים, לא יושם שום פתרון בפועל. יש מתווים, רעיונות והצעות, חלקם יושמו על ידי
11 בית המשפט, מדובר על ביצה שלא נולדה. פתרונות אלה לכאורה קיימים על המדף מאז
12 ומעולם, סעיף 5 על הרכוש הנטוש נמצא משנת '67 ולא נעשה בו שימוש ואסביר מיד מדוע. ספק
13 אם פתרונות אלה רלוונטיים, היועץ המשפטי מודה ואני מפנה לסעיף 160 כי אינם מגשימים את
14 התכלית המצומצמת, היועץ המשפטי מסדיר בנייה של אזרחים תמי לב והוא עצמו מודה כי
15 הכלים שהוא מציע לא אמורים לפתור את מה שהוא רואה כתכלית לחוק. זה המבחן האמתי
16 שבית המשפט צריך להגשים. מפנה לבג"ץ 8425/13 איתן נ' מדינת ישראל פסקה 66 (מצטט).
17 כלומר, צריך לבחון אם יש אמצעי שמגיע לאותה תוצאה. נניח, ארד לכל אמצעים, נניח
18 שקיימים אמצעים אחרים, הם אינם מידתיים יותר ולא ניתן לרבע את המעגל, באותם מקרים
19 צריך להפקיע שימוש במקרקעין, האמצעים האחרים עושים אותו דבר. הם קיימים והם לא
20 פוגעניים פחות ואין רבותא בהתעקשות, חוק ההסדרה עושה הרבה יותר. אגע במנגנונים
21 האחרים, אחד הפתרונות שדובר עליו הוא סעיף 5 הקובע בצו אלון, שכאשר נעשתה עסקה בין
22 הממונה לאדם העסקה תעמוד בתוקפה גם אם הממונה ימצא אח"כ קרקע ויתברר כי אינה
23 קרקע מדינה. סעיף זה על פניו אין בכוחו להסדיר חלק ניכר ממקרים בהם לא היתה הקצאה או
24 חוזה בין הממונה לגופי התיישבות. חלק לא מבוטל מהמקרים, אפתח הערת אגב, ביו"ש מרבית
25 הקרקע אינה מוסדרת וכשהקרקע מוסדרת המרשם חסוי ואינו פתוח לעיון הציבור. כאשר
26 הוקמו היישובים הטעונים הסדרה, לעתים, נעשו הדברים בלי שהיתה הקצאה מסודרת של
27 הקרקע, לעתים היתה תביעה ולא הקצאה, לעתים הקצאה ולא היתה תביעה. לפעמים הרחיבו
28 יישובים עם על סמך מידע שהיה מדובר בקרקעות לא מעובדות ולא מוסדרות, לכן הנחת המוצא
29 שהקרקע היא קרקע מדינה. במקרים כאלה סעיף 5 לא יחול, גם כשסעיף 5 כן חל, נמצאים כאן
30 נציגי היועץ ויתקנו אותי אם אני טועה, לכאורה כל אחד שטוען לסעיף 5 ייאלץ לרוץ לבית
31 המשפט, לתבוע את המדינה ולנהל הליך משפטי להוכיח כי סעיף 5 חל. אני מנהל תיק כזה,
32 מפנה לתשובת המשפחה ביישוב נילי משפחת אשכנזי שהגישה תביעה נזקית בגין החרגה מקו
33 כחול, המדינה לא הסכימה להחיל את סעיף 5 ואנחנו בשלב מתקדם של התביעה, והמדינה
34 אומרת שאם נזמן את כל תושבי האזור להצטרף להליך יתכן שבסוף הדרך יפעילו את סעיף 5.
35 מדובר בפתרון מקומי ומסורבל וגם אם יצלח מביא לאותה תוצאה, הפקעת זכות בעלות מאותם
36 בעלים. הפתרון האחר שהיועץ מרמז עליו השיהוי, הוא לא באמת מאפשר לתת מענה למשפחת

1 ישראלי מעופרה, כי מרבית הישוב אינו חוקי. סעיף 5 גם לא יעיל כי יצריך פנייה לערכאות על
2 ידי כל אחד ואחד.

3
4 כבוד המשנה לנשיאה חי מלצר: כשהיועץ מרמז על נושא של שיהוי, יש עניין של התיישנות
5 שאדם חי במקום זה כך וכך שנים?

6
7 עו"ד ארנון: ראשית, לפי פסיקת בית המשפט הנכבד, התיישנות לפי סעיף 88 לא חלה בד"כ ללא
8 מסמך או הוכחת בעלות. לכן, ספק אם תחול במקרים הללו. שנית, ככל שיש התיישנות היא
9 טענת מגן ולא חרב. בהתיישנות רוכשת לפי סעיף 88 מצריך דווקא עיבוד בקרקע, בתנאים
10 שהמלומדים בזמנו קבעו ורוב האוכלוסייה ביו"ש אינה חקלאית ולכן הוא לא יחול גם אם היה
11 מקום להחיל אותו.

12
13 כבוד השופט מי' מזוז: חשאלה למה לא רלוונטי, אם היא כן קיימת. נכון שהסדרה לא
14 פוזיטיבית.

15
16 עו"ד ארנון: עתירות הוגשו על ידי אנשים שלא נאלצו להתמודד עם טענת התיישנות רק בגלל
17 שהמדינה סבורה היתה כי מדובר בקרקע פרטית וכך התייחס בית המשפט והורה על פינוי, על
18 אף שבחליף אזרחי אותם עותרים היו צריכים לעמוד בסטנדרטים שלא היו צריכים במסגרת
19 עתירה זו, לכן לא תיתן מענה כפי שלא נתנה מענה באותם מקרים שבית המשפט הורה.

20
21 כבוד השופט עי' פוגלמן: במקרים שאדוני הזכיר בתשובה עכשיו, כאשר אמר שבית המשפט
22 הורה על פינוי, האם יש לאדוני דוגמא או שאדוני מתייחס רק לבנייה חדשה. לפי מיטב זכרוני
23 זו לא בנייה וותיקה, אדוני הזכיר את עופרה. או שכל המקרים הם בנייה חדשה.

24
25 עו"ד ארנון: אתן מקרה שאני מעורב בו, מצפה כרמים, שכונה של בנייה וותיקה מ-2001-2002.

26
27 כבוד השופט מי' מזוז: אם מדברים על התיישנות דיונית, לפי הכללים התיישנות דיונית היו
28 מקרים שניתן היה להעלות טענה זו ולמרות זאת נקבע פינוי.

29
30 עו"ד ארנון: טענת התיישנות דיונית עניינה מטריה אזרחית שלא נדונה כאן כי לא רלוונטית.
31 טענה אתרת, השיהוי, היא האח התאום, היא לכאורה הטענה האמורה להגן על אותם מקומות
32 וותיקים מאוד. לא מכיר מקרים שהורו על פינוי ביישובים וותיקים של 30 שנה כמו עופרה.
33 אולם אנו כן עדים לשיטת הסלמי, עתירות מוגשות פעם אחר פעם במקומות שהיה ברור
34 לכאורה שלא יעלה על הדעת להורות על הריסה, אך אנו נמצאים במקרים אלה. אנו מקווים
35 שלא נהיה כאן.

36
37 כבוד השופט עי' פוגלמן: אז אדוני מדבר על חשש עתידי.

מכיר, אני אומר ברמה קרובה של וודאות, באף אחד מהמקרים הללו בהם המדינה וודאי לא מתיישבים בידיעה ברורה הקימות התיישבות על קרקע פרטית או על קרקע שתפסו מפלוני. זו לא המציאות, המציאות שהקרקע לא מוסדרת והיא ברור שמדובר בקרקע מדינה, אין מציאות שגירשו את פלוני ומפקיעים ממנו את זכות השימוש.

כבוד השופטת ע' ברון: החוק מדבר על כך שכאשר מדובר על קרקע פרטית החוק לא חל?

עו"ד ארנון: החוק אומר או תום לב או הסכמת המדינה. החוק מאפשר לייצר מנגנון פשוט להפעלה, ויוצר חזקה שכאשר המדינה היתה מעורבת בהקמת היישוב/השכונה, חזקה על המתיישבים שמדובר בקרקע מדינה.

כבוד השופטת ע' ברון: אדוני דיבר על מעורבות.

עו"ד ארנון: כן, מעורבות יכולה להיות גם בדיעבד ועדיין יכולה להיחשב הסכמת. בכל החלטה שלטונית וחוק יכולים להיות מקרי קצה בהם תכליות החוק לא תוגשמה. למשל, אם תהא סיטואציה כפי שגברתי שואלת, פלוני ידע שמדובר בקרקע פרטית וכו', והוא עלול ליהנות מהסדרים שבחוק, התשובה שלי פשוטה – החוק ביקש לייצר מנגנון קל להפעלה, מבטא את העובדה שאם ניתן בכלל לדעת היום מה היה תום לב ספציפי של משפחה זו או אחרת, ביישוב זה או אחרת, לעתים לפני 15-20 שנה, ואם כך לא תהא הסדרה כי נמצא עצמנו בבירורים אינסופיים. כלומר, זה אולי אחד הדברים המטרידים לא מעט בשיח הציבורי, לכאורה דבר נותן פרס לעבריינים. התשובה בעיניי פשוטה, כדי לפסול את סעיף 3.2 במקרה זה, יש להוכיח שיש מקרים כאלה והם רבים והחברה משלמת מחיר בגינה ומצדיק את פסילת החוק. להערכתך, אין מקרים כאלה, שאנשים יודעים בוודאות שהם עולים על קרקע פרטית, אני מכיר את ההתיישבות, וזו גם מה שסבורה הכנסת.

כבוד השופט ע' פוגלמן: אם זו היתה ההנחה, לא היו צריכים הסדרים כאלה, הגדרה של המדינה ותום לב לא רק כחלופה אלא כקביעה. אם המציאות היתה כה פשוטה, לא היו צריכים הסדרים כאלה.

עו"ד ארנון: לא המצאתי, אלא טליה ששון כותבת זאת, המדינה דיברה ב-2 קולות תקופה ארוכה.

כבוד השופט ע' פוגלמן: מה זה "המדינה"? המדינה היא גם רשות מקומית, מבחינת פוטנציאל הפעלת הסמכות ואחריות יש פער גדול במונח הישן של המדינה לחוק הזה שהוא לא המדינה, רק קוראים לו המדינה. לרשות המקומית אין את הסמכויות שיש למדינה.

עו"ד ארנון: איני בטוח שאני יורד לסוף דעתו של אדוני.

1
2 כבוד השופט ע' פוגלמן : אדוני יורד לסוף דעתי, המדינה היא המדינה.
3

4 עו"ד ארנון : מבחינתו זו המדינה לכל דבר ועניין.
5

6 כבוד השופט ד' ברק-ארז : יש פה גישה חדשה שמעולם לא יושמה, אני מדברת על מצבים
7 הרבה פחות דרמטיים, כשאנשים מגיעים לבית המשפט, בית המשפט שואל: מי הבטיח לך?
8 האם היתה לו סמכות? לפעמים מבחינת הנוגע בדבר, אולי לא תמיד הבין, החשש הוא שבעלי
9 הסמכות יהיו מחויבים להבטחות של אנשים חסרי סמכות.
10

11 עו"ד ארנון : המציאות ביו"ש היא ייחודית ואחרת מאשר בשאר שטחי מדינת ישראל, כאשר אני
12 רוכש דירה ברעננה, אני יודע בדיוק, ביו"ש בגלל שהמדינה דיברה בכמה קולות, כפי שאומרת
13 טליה ששון, רצתה להרחיב אך לא רצתה להצהיר באופן פומבי, המקרה הוא ייחודי רק לנסיבות
14 אלה. אזרח מן השורה שמתגורר במקום אחר קשה לו להבין איך מתיישבים על קרקע בלי תוקף
15 או בלי תב"ע, הגיעה למסקנה כי אין מנוס מלעשות ניתוח שהוא כואב, ועדיין אני עומד על כך
16 שהוא מידתי מכל הסדר אחר. הפגיעה של הפקעת זכות ושימוש נעשית באופן הרי מרוכך ביחס
17 לאמצעים אחרים. לשאלה האם החוק יכול לחול, כן, יכולים להיות מקרים מסוימים כמו כל
18 חוק או כל החלטה מינהלית, זכורני כי לפני מסי שנים רשויות יצאו בהכרזה להחזיר נשק ל
19 צה"ל, יצא חוטא נשכר, אותו מבצע יצא לחוטאים, תכליות שונות שגם אם היו בשוליים, שם
20 לא בשוליים, כל מחזיר אמל"ח הוא חוטא, שעלולים אנשים בשוליים ליהנות ממנה, אני לא
21 בטוח שזוהי המצב וגם אם כן, בל נשכח שכל הפעלה קונקרטית של החוק, אם מישהו ייפגע
22 ממנה, תגיע לכאן, אם היה ראוי להפעיל או לא ראוי להפעיל אותו. בטרם החוק מיושם, בשל
23 ההסדר הדיוני בתיק זה לא הוחל להפעיל החוק הזה, לא רק שזה מנוגד להיגיון זה גם מנוגד
24 לפסיקת בית המשפט הזה ומפנה לבג"ץ 6427/02 (מצטט), שם נקבע כי נמתין ושם קבע בית
25 המשפט פוזיטיבי (מצטט). כאן המצב הפוך, על פי החוק על פניו נועד להסדיר נסיבות שהכנסת
26 סבורה כי הן מידתיות וכו', כפי שאמרת. ככל שנגלה שהחוק הופעל במקרים רבים מדי, יוכל
27 אז בית המשפט להחליט, כרגע לומר בגלל מקרים קשים, זו קפיצה בעיניי שקשה להתגבר עליה.
28 בעקבות החלטת כבוד הנשיאה א' חיות בעניין דנג"ץ זיאדה, עמדת ממשלת ישראל היא שהחוק
29 גם אם היה מאומץ בצו אלוף, הוא עומד בכללי המשפט הבינלאומי כפי שהכנסת וממשלת
30 ישראל מפרשות אותן ולא אחזור על מושכלות יסוד. לצורך העניין, אוכלוסייה מקומית, ככל
31 שהדבר היה עושה זאת המפקד הדבר היה מגיע לבית המשפט, בית המשפט ואומר זאת
32 בזהירות, כי החלטת זיאדה סותרת הלכות קודמות ובכל הכבוד, איני בטוח שזו קריאה נכונה
33 של הפסיקה וגם אם כן, רק ממשלת ישראל בסמכותה לקבוע הלכה חדשה ולקבוע שזה החוק,
34 המחוקק מסדיר כזה ראה וקדש. בעוד שכל מנגנון אחר שהוצע לכאורה כפוף יהא לביקורת
35 שיפוטית, למשפט בינלאומי, הכנסת היא זו שמעצבת ורק היא רשאית לעשות זאת. בדיונים של
36 הכנסת, כפי שאמר היועץ המשפטי הונחו בפניו כל הנתונים ואף על פי כן אמרה הכנסת
37 שהדברים עולים בקנה אחד וגם אם לא, כך אנו מכתובים כפי שעשינו במזרח ירושלים ובגולן,

לשיטתנו, זו העמדה הנכונה. למבחן המידתיות השלישי, השואל האם התועלת מול הנזק האם
 הצר שווה בנזק המלך. מה האלטרנטיבה? אין, כי בסופו של דבר אפשר למצוא פגם זה או אחר
 בסוף אין פתרון אחר שיכול להסדיר את שגרת חייהם של אלפי משפחות ביו"ש לתת מענה
 לעופרה, בית אל ועלי, ועוד יישובים שלמים שמצויים באיום של פינוי או אי הסדרה שמשתקת
 את החיים שם. הכנסת, בהחלטה ריבונית החליטה להסדיר. אנחנו מנציחים מציאות שאינה
 מועילה לאף אחד למעט אחלה שמעוניינים בהתנכלות להתיישבות ביו"ש, זכותה של הכנסת
 להכריע באופן היחיד שהיא מסוגלת, באמצעות חקיקה, לתת מענה לסוגיה מורכבת והסדרים
 אלה נכונים ומידתיים ביותר לתת פתרון טוב אחת ולתמיד.

כבוד השופט י' עמית - איך התכלית מתיישבת עם ההגדרה הרחבה של התיישבות הכוללת
 שטחים חקלאיים?

עו"ד ארנון: שטחים כאלה הכוונה לא מצב שטח חקלאי ואתה מעבד שטח ובוחן את החוק על
 גביו, מדובר בשטחים שהם נלווים וכך אני קורא את החוק, כאשר אותה התיישבות השביתה
 וזה העורק החמצן היחיד שלה, אמצעי ייצור, אז החול חל עליו.

כבוד השופט י' עמית: עופרה נסמכת?

עו"ד ארנון: עופרה לא, אך יישובים בבקעת הירדן שנסמכת על קרקעות שניתנו להם, קרקעות
 שהושקעו בהן השקעות כלכליות לאין ערוך לשווי הקרקע, חלק מהמקרים הגיעו לבית המשפט
 הזה.

עו"ד ינון: אפתח בהערה מקדימה, בחלקים גדולים בכנסת ובציבור רווחת הדעה כי חוק
 ההסדרה בא לעולם בשל בית המשפט ופסיקותיו. אני חש חובה לתקן את העיוות הזה, חוק
 ההסדר נועד בשל התנהלות בעייתית של ממשלות ישראל לדורותיהם, שיצרה פער בין הדין
 למציאות בשטח. הדין היה ידוע כי התיישבות ביו"ש חל איסור להקימה על קרקע פלסטינית,
 למעלה מ-3,000 מבנים מצויים בפוטנציאל הריסה על כל ההשלכות הנלוות לכך. מי צריך לשאת
 בתוצאות? רבים מחברי הכנסת חשים שאינם יכולים להיוותר אזישים והרעיון המסביר הוא
 רצון למנוע את אותו משבר הכרוך בפינוי משפחות ומתן פיצוי בכסף או בקרקע חלופית
 לפלסטינים שאינם נהנים מרכושם. במרבית המקרים הדבר לא יביא בפועל לזכות קניין שלהם.
 הפתרון לבעיה כרוך בהפעלת כלים משפטיים לא קונבנציונליים. השאלה הראשונה האם
 הכנסת רשאית לחוקק על שטח שאינו בריבונותה, עדם היום הכנסת נמנעה מלעשות זאת
 והותירה את החקיקה לידי של המפקד הצבאי, אך האם המפקד הצבאי הפועל מכוח הכנסת
 והשאלה השנייה האם הכנסת שהיא מחוקקת ביו"ש כפופה לדין הבינלאומי, ואם כן - האם
 הדין הבינלאומי יכול להחיל את פתרון חוק ההסדרה. האם חוק ההסדרה עומד בפסקת חוק
 ההסדרה, חוקי היסוד חלים על הפלסטינים המתגוררים ביו"ש. שאלות אלה ואחרות קיימו
 חכ"ים דיונים והיועמ"ש הציג את השלל הקשיים שמעלה החוק. היועץ המשפטי מסר את

1 עמדתו של היועץ המשפטי נגד חקיקת החוק. מומחים שונים המייצגים קשת דעות הביעו עמדה
 2 בכתב ובעל פה ובסופו של יום רוב הח"כים אמצו ועתה, משהגענו לשלב הביקורת החוקתית
 3 נאמר כי העותרים מבקשים לעורר מהומה על לא מאומה. באמצעות ב"כ היועץ המשפטי נאמר
 4 כי החוק פגום ואני מבקש ללכת בין שתי דעות אלה, איני מסכים כי מדובר במהומה על לא
 5 מאומה, החוק חריג ביותר. מצד שני, האם הוא מעוות שלא יוכל לתקון? האם לא נכון לעשות
 6 שימוש חריג לפתרון הבעיה האמתית שנוצרה? אם החוק ייפסל חבציה לא תיפתר וגם חבריי מר
 7 הרמן, פעם ב-22 שנה זוכה להיות בצד זה של המתרס, הרי מחר בבוקר נחזור לעמדתנו, חברי,
 8 עו"ד ארנון, יחזור לייצג את המתיישבים וכל משחק הכיסאות לא יקרה. ארגז הכלים, נשאל על
 9 כך נציגי הכנסת מסי פעמים בינתיים ארגז הכלים לא מופיע. גם מי שקורא את הדו"ח של עו"ד
 10 חייה זנדברג הוא רואה שאין את הכלים, וכן מפנה להחלטה שהפנה חברי שניתנה על ידי כבוד
 11 הנשיאה אי חיות. היות ואנחנו אחרי צו על תנאי, אבקש לשקול אחת מ-3: האחת לראות בחוק
 12 ההסדר מעין עת לעשות להי הפרו תורתך, חוק צופה פני עבר בלא מתן לגיטימציה להפרת הדין
 13 אלא בהכרה לא קונבנציונלי, משהו בדומה, לא שווה, לחוק החנינה למתנגדי ההתנתקות.

14
 15 כבוד השופטת די ברק-ארז: בחוק החנינה לא היו הבדלים מאשר הדוגמא שאדוני מתבסס
 16 עליה!

17
 18 עו"ד ינון: יש הבדלים, לכן סייגתי את עצמי. היתה הכרה בכך שיש אירוע טראומתי שמצדיק
 19 לחרוג בגינו, ואיני אומר שיש פה השוואה. לגבי הגורפות, שבצדק מטרידה את כבודכם וכן
 20 מטרידה אותנו, אפשר לטפל בכך באמצעות טכניקות של העיפרון הכחול. עלו פה סוגיות ובסופו
 21 של דבר מקיימת את הלבנה שהחוק בא להסדיר אותו. במקום בו בית המשפט סבור כי קיימת
 22 גורפות יתר.

23
 24 כבוד השופטת עי ברון: בהגדרת המדינה לכאורה, או תום לב או החלופות, בית המשפט לא
 25 מחוקק חוק חדש.

26
 27 עו"ד ינון: יש כמה דרכים לטפל באירוע מסוג זה, תלוי במידת הגורפות שכבודכם סבור כי
 28 מצוי, הדרך השלישית היא לתת למחוקק שהות לתקן את החוק תוך מתן קווים מנחים ביחס
 29 לטעון ותיקון, כמו ההטבות במס, לבסוף הכנסת לא עמדה והחוק בוטל, בסופו של דבר חכנסת
 30 כן תיקנה. כמו חוק הגיוס, חוק המסתננים באחת הפסילות, חלק מהשופטים נתנו קווים
 31 מנחים. אני מודע לכך שיש אסכולה, נדמה לי כבוד השופט עי פוגלמן שטוען שזה לא תפקידו של
 32 בית המשפט, רצוי לתת קוויט מנחים כלליים.

33
 34 כבוד השופט עי פוגלמן: האם באמת צריך קווים מנחים? אדוני קרא את עמדת היועץ המשפטי
 35 אדוני, כדרכו, יודע מבעוד מועד להצביע על הקשיים. הקשיים אינם נעלמים מעיני אף אחד
 36 ולכן מרמז החלופה הראשונה של אדוני, סיטואציה לא קונבנציונלי, לזהות את הבעיות, בכל
 37 הכבוד לא צריך אותנו. זיהו אותנו.

1
2 כבוד השופט נ' סולברג: מה עמדת אדוני לסעיף 5 לצו?
3
4 עו"ד ינון: איני מרגיש בנוח להתייחס לפתרונות החלופיים. הכנסת לא עסקה בסוגיה זו עשרות
5 שנים.
6
7 כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר: אבל לכנסת יש פונקציה לא רק לחוקק אלא גם לבקר את
8 הממשלה, מה אדוני אומר על זה? יכול להיות שבפתרונות חלופיים, אם הממשלה לא עשתה
9 מעשה, הכנסת צריכה לבקר אותה ולא דווקא בדרך של חקיקה.
10
11 עו"ד ינון: אותו ארגז כלים בו מדובר, הממשלה עד היום לפחות לא שכנעה.
12
13 כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר: כי לא הזמינו אותה לבירור בנושא. אדוני יראה מקרים
14 שהזמינו אותה לבירור, כפי שחברי אמר, יש את סעיף 5.
15
16 עו"ד ינון: חברי הכנסת גם התומכים בלב שלם לא היו נדרשים, אם הממשלה היתה יודעת, יש
17 להניח שהיועמ"ש והתנגדותו, הממשלה לא היתה תומכת בחקיקה זו על שלל הבעיות והשלכות
18 לו חשבה שיש באמתחזות היועץ המשפטי ואנשיו פתרון לסוגיה. בכנסת לא עסקנו בחקיקת סל
19 ביו"ש ואיני רוצה להתבטא בסוגיות שאין לנו מומחיות לגביהם.
20
21 כבוד השופט נ' סולברג: לגבי מה שיש לכם מומחיות, מציגים בפנינו תכלית מצומצמת ותכלית
22 רחבה יותר. מה עמדתכם?
23
24 עו"ד ינון: התכלית היא מה שעו"ד ארנון עמד עליה בדבריו.
25
26 כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר. המחלוקת היא כפי שהציג עו"ד ארנון שהיועמ"ש אומר שיש
27 תכלית אחת.
28
29 עו"ד ינון: אם אני מבין נכון, שיש בעיניו תכלית אחת ולעומתו, מציג עו"ד ארנון שיש לחוק זה
30 מס' תכליות.
31
32 עו"ד רוטמן: הרבה משאלות שעלו מבית המשפט במהלך הזמן שדיבר חברי עסקו בשאלות לגבי
33 יישום ספציפי, האם מה שנבנה ב-5 שנים האחרונות יחול עליו, סעיף 5 נותן מענה? שאלות של
34 יישום ספציפי של החוק, ראוי שהשאלות יעלו בשלב יישום החוק. אנו מדברים על עילת
35 הבשלות במובנה הברור ביותר ואחזק את האמירה הזו ממה שהיועמ"ש אמר וההסדר שבית
36 המשפט הזה נתן, שם נקבע כי בינתיים יושהה תוקפו של החוק ובסעיף 8 מטעם היועץ המשפטי
37 וחליכי המיפוי לא ייפסקו. היועץ המשפטי נתן תגובתו בנובמבר, אם לטענת כל הנוגע בדבר יש

1 מקרים שחוק ההסדר מסדיר אותם, מתווים שאיננו רוצים להכשיר אותם, מקרים רעים,
 2 שאנשים עשו אירועים שאינם בתום לב, איפה המקרים? צריך לפסול את כל החוק בגלל אותם
 3 מקרים שאולי יהיו. איפה הם? היועץ המשפטי לא הציג אותם ולא העותרים. עו"ד ינון נשאל
 4 ואמר שלדעתו אין מקרים, אני אומר שאני לא מכיר מקרים ולא ידוע לי מקרים שההסדר לא
 5 יחול. מקרים שאיננו כמדינה חברה לא רוצה להכשיר אותם, איפה אותם מקרים? בית המשפט
 6 צריך לצאת עם קביעה, משחררים את הצו על תנאי, אם במהלך יבוא אלמוני ויגיד, הרי סעיף
 7 3.1 לא יגיע אף אדם כי הוא לא פוגע בזכות, בסעיף 3.2 יבוא אדם שיגיד שמתנחל סילק אותי
 8 במקלות מהשטח שלי כדי לבנות את ביתו, יכול להיות שיהיה צורך בתיקון חקיקה או בפסיקת
 9 בית המשפט, אך הפעלת דעת שיש חוק היסוד מצד אחד, יש עוד המון תכליות שעלו בחוק, למה
 10 אנו דניס בכך היום? למה היועץ המשפטי לא הביא מקרים אלה? לא בעיקרי טיעון לא בתגובתו.
 11 איפה המקרים הללו? לכן, אנו בעילה קלאסית של בשלות. אתייחס לטענות הסכמת המדינה,
 12 שטחים חקלאית התייחסו. גם הסכמת המדינה ובייחוד הסכמת המדינה בדיעבד המעוררות
 13 שאלות קשות יותר. אני מצטרף למה שאמר חברי אנחנו לא יכולים לקחת מקרה קצה, פסק דין
 14 בנק המזרחי, הביקורת השיפוטית, המקרה שעליו הוא חל הוא הסדר חובות הקיבוצים. החוק
 15 המקורי, חוק גל, חל באותה מידה על מזכיר קיבוץ שלקח הלוואה להרחבת המשק שלו לעומת
 16 חברי קיבוץ שלקחו את הכסף והשקיעו בהימורים, החוק חל על שניהם. מניעת התדיינויות
 17 ויצירת וודאות משפטית היא תכלית ראויה שאנחנו כמדינה מוכנים לספוג מספר מצומצם של
 18 אנשים שאינם תמי לב, יש לנו תכלית גדולה מזה, כל פעם שעושים חנינה ועושים הסדרי חובות
 19 קיבוציים. אותו מקרה קיצון שלא ניתנה הסכמת מדינה וניתנה הסכמת גוף אחר, הדבר מעורר
 20 שאלות. אנחנו מדברים כאמור, החוק לא חל וכמעט לא יכול לחול על מאחזים המוקמים
 21 חדשות לבקרים, עולים ומפונים מיד, הוא לא חל עליהם לא מבחינת מבחני החוק ולא מבחינת
 22 המהות. מדובר על יישוב מלפני 15-20 של גרעין מייסד של 10-15 תושבים, ידעו שיש בעיה
 23 למעמד הקרקע, נניח שעשו זאת בכוונה, איני אומר כך, אך נניח. מדובר על 100 משפחות,
 24 שהגיעו ליישוב, שנה אח"כ, מגיעים לפגישה עם השר הרלוונטי שאומר להם כל הכבוד לכם
 25 שאתם יושבים פה, רוכשים את ביתם במשכנתא של המדינה כמו ביישוב עלי. נניח שאי אפשר
 26 להחיל בדיעבד, עכשיו נתפוס את אמצע היישוב, כך בד"כ מצויים הבתים היותר ישנים, נזהה
 27 ונגיד אתה ידעת, אתה לא, את ביתך נהרוס ואת ביתך לא נהרוס. ברור שזו לא תוצאה יותר
 28 נכונה או יותר צודקת, נעשו דברים לא בצדק על ידי אנשים ביישוב, מניעת התדיינויות היא
 29 תכלית מוצדקת. אמר חברי, עו"ד ינון, התנהלות הרשות המבוצעת המופיעה בדו"ח ששון ודו"ח
 30 אדמונד לוי, השאלה היא התוצאה של זה והאם אני מבקש כעת מהאזרח שרכש את ביתו בתום
 31 לב, לנהל הליך, לייצר עלויות עבור המערכת ועבור עצמו, הרי משך הזמן הוא תכלית ראויה
 32 המופיעה בחוק, החוק קבע תאריך, אנו הרבה אחריו, כדי לעשות יישור קו, לצמצם התדיינויות
 33 ויש אנשים שמחכים היום לתוצאות הדיון בשביל להתגרש, יש עגונות, יש אנשים שלא יכולים
 34 לחלק את הרכוש, הם לא יכולים לחלק את הרכוש, דבר בסיסי ביותר. מתן ביטוי לחוק, כפי
 35 שאמר כבוד השופט מי מזוז להרוס את הבית, יכולה להיות סיטואציה של התיישנות, שיהוי,
 36 להרוס לא יהיה, התוצאה היחידה היא לאמלל את האנשים גם מדחייה לסעיף 5 או אחר. לא
 37 לבלוע ולא לחקיא, הכנסת חייבת לפעול ולמנוע פגיעה באזרחים. הטענה של מתווים שמעלה

1 היועץ המשפטי אסור לה שתתקבל, המתווים קיימים יותר זמן ממה שהעניק החוק לתחולה
 2 ואנחנו בהמשך סיטואציה של מסר כפול של רשויות שנמנעות מלהרוס, לעתים משקיעים
 3 בתשתיות, ואנו מגיעים לשכונה חבאה, מה המעמד של היישוב? חוקי או לא חוקי, אין לנו
 4 אישורים ומצד שני אין כוונה להרוס, מתישהו אולי יוסדר. אותם בעלי קרקע לא קיבלו מענה
 5 לא בסעיף 5 ולא בסעיף אחר, החוק צודק ומידתי, והסבל שעצם הדיון גורם ואנחנו כבר באיחור
 6 על התכלית הזאת.

7
 8 עו"ד הלמן: באופן חריג היועץ המשפטי, אותה עמדה שהוצגה בפני הכנסת לפני חוק ההסדרה,
 9 בסופו של דבר בטלות ואגע בסוף גם להצעות שחברי הציע בסוף דבריו. המסגרת המשפטית,
 10 אנחנו בעתירה חוקתית ולא בעתירה מינהלית או כללי המשפט הבינלאומי באזור, אפשר על חוק
 11 ההסדרה לעשות תלי תלים של מאמרים, אנו קוראים לבית המשפט לזכור כי אנו בהליך חוקתי
 12 ולצמצם רק להכרעה חוקתית. אנו שומעים את ההמשלה, המתיישבים, ואין שום סיבה לדון
 13 בשום טענה שמעלים העותרים שלא מעלה הכרעה לדידו של היועץ המשפטי. מפנה להחלטת
 14 הנשיאה בפרשת זיאדה, ואין צורך לדון בשאלות מורכבות מאוד שיומם כנראה יגיע. בפסק דין
 15 זיאדה, ככל שהדבר ייעשה כבי הנשיאה יותר מרמזה וכתבה. מפנה לדברים שאולי נשכחו
 16 במהלך 23 השנים האחרונות וכבי השופט מזוז הזכיר לפני שבוע בפסק דין בשי"פ אשוונגר שבהם
 17 מכריעים שאלות חוקתיות, יש פה חוק, יש שאלה אחת שלא דנו בה עד עכשיו, תחולת חוק כבוד
 18 יסוד האדם וחירותו, בפרשת חוף עזה, יפה שהצדדים מסכימים, מכוח מה יש לבטל? צריך
 19 להיקבע שחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, לשיטת היועץ המשפטי יש שיטות שונות לקבוע שחוק
 20 חל בסיטואציה. עד היום חזקה אקסטרה טריטוריאלית נפסקה בחוק ההתנתקות רק ביחס
 21 לישראלים שנמצאים שטח מדינת ישראל ומה ביחס לישראלים שנמצאים מחוץ לשטח מדינת
 22 ישראל ומה ביחס ללא ישראלים ובית המשפט קבע שאין לו צורך להכריע בסוגיות אלה.
 23 מתעוררות שאלות ביחס למשפט הבינלאומי, נתחיל מנקודת המוצא כפי שנפסק בפרשת חוק
 24 עזה כי ממשלות ישראל לדורותיהם, בית המשפט הזה לדורותיו, הכנסת לדורותיה, הכנסת
 25 עצמה כשרצתה שלא תהיה חזקה טריטוריאלית למשל בפרשת הגולן קבעה זאת במפורש,
 26 פקודת מס הכנסה וכן חוקים אחרים. יש לכך השלכות גדולות ומשאיר אותם ב-צריך עיון.
 27 כאשר מופעלות ביו"ש סמכויות הרי המפקד על פי פטיקתו העקבית של בית המשפט הזה מזה
 28 51 שנים, הכנסת וכך מגיעה עמדת היועץ המשפטי שבכל הכבוד, כאשר יש סתירה בין חקיקת
 29 הכנסת לבין חוקי המשפט הבינלאומי, חקיקת הכנסת גוברת, כך בישראל וביתר מדינות העולם.
 30 אך לא יכול להיות מצב, שתהא ביקורת שיפוטית וכאשר הם קובעים חוקים הפוגעים בזכויות
 31 אדם מחוץ לשטחי מדינת ישראל, ככל שכנסת מחוקקת חוק הפוגע בזכויות אדם מחוץ לשטח
 32 המדינה מגיע גם חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, יש לפרש את היקף הזכויות שיכול להיות שונה
 33 בתוך שטח מדינת ישראל והפנינו בעניין ההתנתקות בחוף עזה, נפסק כי זכות הקניין של
 34 ישראלים, שחוק יסוד כבוד אדם וחירותו חל מחוץ לשטח מדינת ישראל, הזכות לקניין פחותה
 35 מזכות הקניין בשטח מדינת ישראל ובית המשפט הסביר זאת, משום שהזכויות נגזרות מהמפקד
 36 הצבאי, הוא לא יכול למכור קרקע.

1 כבוד הנשיאה אי חיות: כשאנו מדברים על חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, בחוק ההתנתקות
2 זכות הקניין נפגעה זכותם של המתיישבים. הניתוח של אדוני, פגיעה במי?

3
4 עו"ד הלמן: הכנסת פגעה בישראלים, חל עליו סעיף 3 חוק יסוד כבוד האדם וסעיף 8, מרבית
5 הפגיעה תהיה בתושבים פלסטינים, אי אפשר לשלול מצב, יש קרקע, המועצה המקומית סייעה
6 לו ולכאורה חוק ההסדרה חל גם בסיטואציה הזאת. החוק בשלב הראשון שלו קבע שהוא חל
7 רק על ההתיישבות הישראלית, הממשלה בסעיף 94 אינה חולקת על כך שחוק ההסדרה היא
8 בעיקר בזכות הפלסטינים, יש לבחון את היקף זכות הקניין, זכות נפגעת לפי סעיף 3, יש לזכור
9 כי שטח שנתון בתפיסה לא חוקית, נקבע כי לגבי ישראלים הוא זכות הקניין מצומצמת וכך
10 נקבע בפסיקה בית המשפט. לפלסטינים הזכות לקניין היא רחבה מאוד ובית המשפט קבע כי יש
11 לשמור על הקניין הפרטי של התושבים וזכות הקניין לפי סעיף 3 היא זכות קניין חזקה וחדבר
12 הזה משליך כמובן על המידתיות.

13
14 כבוד השופט מ' מזוז: זה בנוי על העובדה שלא חלים בסיטואציה החריגה כללי המשפט
15 הבינלאומי או שזה מבוסס על כך שחוק ההסדרה אמור לעבור דרך צו של המפקד הצבאי, או
16 שני הדברים או משהו אחר?

17
18 עו"ד הלמן: אמרנו, גם אם חוק ההסדרה סותר את כללי חוקי המשפט הבינלאומי החלים
19 ביו"ש, אנחנו בית המשפט ישראלי, גובר על ולא כפוף לחוק הבינלאומי.

20
21 כבוד השופט מ' מזוז: איך יסוד חוק ישראלי חל לא רק על טריטוריה שנתון בשטח, שם לא
22 חלים זכויות אדם ככלל אלא דרך המשפט הבינלאומי, האם מה שאדוני אמר בתחילה, כדי לא
23 לייצר ווקוס, אם חלים כללי המשפט הבינלאומי, או בגלל שזה המפקד הצבאי אמור להחיל את
24 זה, מה בעצם התזה?

25
26 עו"ד הלמן: אנחנו לא ביישום המפקד הצבאי, החוק מופנה כלפי רשויות והוא קובע כלפיהן,
27 לשיטתנו, חייבים להוציא צו כדי ליישם. חוק ההפקעה הירדני במהותו, יש לשים לחוק הזה
28 שברובו מטיל על המפקד הצבאי. יש שתי גישות במשפט הבינלאומי, האם הכנסת יכולה לחוקק
29 ויש את גישתו של פרופ' גילשטיין ויש גישות אחרות שאומרות שלא. אנחנו במשפט חוקתי.

30
31 כבוד הנשיאה אי חיות: בחרתם לא להביע עמדת חז משמעית בסוגיה זו, אמרתם הבה נניח, עם
32 כל הבעייתיות של ההנחה בעיניכם, כי אז אנו פונים לחוק היסוד ושם אנו מקיימים את ביקורת
33 חשיפוטיית.

34
35 עו"ד הלמן: בוודאי שחיקת הכנסת גוברת על החוק הבינלאומי.

1 כבוד הנשיאה אי חיות : אני מכוונת לשאלה הראשונה האם הכנסת מוסמכת לחוקק חוק שאינו
2 נוגע למתיישבים, שלאה שהוצבה גם על ידי היועץ המשפטי לכנסת ואתם עקפתם את השאלה
3 ללא מענה.

4
5 עו"ד הלמן : אין צורך להכריע בשאלה זו. עמדת היועץ היא כללית, היום זה ביו"ש, ומחר זה
6 יחול על מי שמסתובב ביום שישי בלונדון בלי כובע אדום. מפנה לפסק דין רבאח של כבי
7 השופט שטרסברג, במשפט הפלילי הישראלי ומרגע זה כל החקיקה הישראלית חלים גם
8 במזרח ירושלים. הסיטואציה שחוק רגיל גובר על חוק בינלאומי ומי שעשתה זו הכנסת שאמרה
9 למפקד הצבאי, על גב העניין הזה ושטר בצדו והביקורת היא חוקתית. דבר שני, נתנו אפשרות
10 אחרת שנדונה כבר, פתרון שבית המשפט הזה מצא בפרשת הפיצויים האזרחיים, אמר בית
11 המשפט כי הפגיעה בתביעה בישראל כי את תביעה אתה מממש בבתי המשפט בישראל.

12
13 כבוד השופטת ד' ברק-ארוז : לגבי התחולה לכאורה עיוורת על פלסטינית במקרה ראי, ככל
14 שיהיו. אני מסתכלת בסעיף 5, נושא הקצאה יכול לחול רק בהתיישבות ישראלית.

15
16 עו"ד הלמן : נגיע לזה במידתיות.

17
18 כבוד השופטת ד' ברק-ארוז : ככל שאדוני נתן דוגמא של רשות מקומית פלסטינית הדבר בוודאי
19 לא סימטרי.

20
21 עו"ד הלמן : לא כתוב שם רשות מקומית פלסטינית, כתוב הממשלה, המדינה, וכיו"ב. צריך
22 להגיע למסקנה כי חוק יסוד כבוד האדם וחירותו חל. השלב הבא, לשיטת היועץ המשפטי מרגע
23 שחוק היסוד חל.

24
25 כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר : עדיין לא הבנתי איך הוא חל, אדוני אומר אם יש סתירה, אדוני
26 אומר "אם", יש או אין סתירה?

27
28 עו"ד הלמן : כמו שאמרתי, היועץ המשפטי סבור שאפשר להכריע רק בדברים שצריכים הכרעה.

29
30 כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר : אני יכול להבין שאם יש סתירה, חוק הכנסת גובר אפילו הוא
31 סותר את המשפט הבינלאומי המינהלי. איך מגיע חוק היסוד לכאן?

32
33 עו"ד הלמן : ברגע שהכנסת מחוקקת חוק על סיטואציה מסוימת, חוק יסוד כבוד האדם וחירותו
34 שטר בצדו, אנחנו בבית המשפט ישראלי ולא בבית המשפט בהאג, לא יכול להיות שהכנסת
35 פטורה מביקורת שיפוטית. אמרנו ב-צריך עיון אופציה נוספת כי החוק עצמו פוגע בבית המשפט
36 הישראלי, כל אזרח פלסטיני יכול להגיש תביעה בבית המשפט השלום וכבוד השופט ע' פוגלמן
37 כתב על כך. אם בית משפט יחשוב שזה מכסה את כל האופציות לא צריך לדון בסוגיה העקרונית

1 ולכן אמרתי הכרעה במקרים שאין מנוס. הפגיעה בזכות, כיוון שהחוק הוא אקסטרה
2 טריטוריאלי, צריך להיגזר להיקף זכות הקניין למי שנפגעים והדבר חשוב ולדברי כבי' השופטים
3 מזוז ומלצר, שונה דרמטית, הזכות להחליף את השלטון, במדינה דמוקרטית בוודאי יש. מעלה
4 שאלות גדולות ואמרנו כי זכות הקניין של התושבים הפלסטינים היא זכות חזקה והדבר ישליך
5 על שאלת המידתיות והמבחן השלישי.

6
7 כבוד המשנה לנשיאה חי' מלצר: כשאומרים חזקה, אדוני אמר שבחוף עזה נאמר כי זכות
8 המתיישבים היא זכות הקניין שחלה שם בהשוואה לזכות תושב ישראל. בעמדת היועץ כתוב כי
9 הזכות הזו היא חזקה, כמו של אדם ישראלי, יותר?

10
11 עו"ד הלמן: חזקה יותר, לפחות כמו, בית המשפט הסביר בפסק דין וציטט מפסק דין חוף עזה
12 שזכות הקניין של הישראלים נובעת מזכויות המפקד הצבאי, כל התפיסה הלוחמתית, לכן,
13 מפקד צבאי מעביר זכויות חכירה, הוא לא יכול למכור. אין מחלוקת שיו"ש מעבירים את זכות
14 החכירה, לא זכות בעלות, המפקד הצבאי מעביר רק זכויות, מפנה לאדוני וציטטנו.

15
16 כבוד המשנה לנשיאה חי' מלצר: אדוני אומר שחוק יסוד כבוד אדם וחירותו חל, אז גם חוק
17 מקרקעין חל?

18
19 עו"ד הלמן: חוק מקרקעי ישראל חל בשטח מדינת ישראל, קוראים לזה בטרימנולוגיה עממית
20 אדמות מדינה, ובתגובה שלנו דאגנו לקרוא לכך רכוש ממשלתי. חברי דיבר על כך והממשלה
21 שחוק יסוד פוגע, רק סעיף 3.2 וממש לא. מפנה לסעיף 3.1 ויכול להיות שבו הפגיעה גדולה מ-
22 3.2 סעיף 3.1 אומר (מצטט), בפסק דין זיאדה שאל אותנו כבוד השופט סי' גיוראן אתם מכירים
23 שאפשר שם לגמור את ההליכים, שאל אם אנו סבורים שזה עניין של שנה, שנתיים, שלוש. החוק
24 נתן תקופה קצרה של שנה, שבסיומה המקרקעין יירשמו על שם הממונה. המשמעות היא בניגוד
25 ל-3.2 הבעלות כולה מועברת, סעיף 3.1 נכון שב-84 אם מסתבר כי הקרקע אכן היה זכאי
26 לרשום בה מישחו, כל הזכויות מועברות. אני שב לשאלת כבוד השופט יי' עמית על השטחים
27 החקלאיים, שטחים אלה יירשמו עכשיו, החוק מקפיד והמשמעות שהם רשומים על שם הממונה
28 ויש לעשות עליהם תכנית, רכוש ממשלתי. מאז חוות דעתו של היועמ"ש דאז, זמיר, ניתן להקים
29 עליה התיישבות ישראלית, אפשר להקים עליהם בנייה חדשה ולאחר 5-8 שנים הוכח
30 ואוטומטית על פי חוק ההסדרה זכויות השימוש עוברות והפגיעה בסעיף 3.1 קשה לא פחות מ-
31 3.2 ואולי אף יותר.

32
33 כבוד השופט מי' מזוז: שמענו הצהרה מחברך קודם שהחוק לא חל על מאחזים מהשנים
34 האחרונות וקשה לראות איפה זה מעוגן בחוק. מה עמדתכם?

35
36 עו"ד הלמן: מדינת ישראל עושה הכשרה למשל היום, כשהם מפנים את פרויקט עמיחי,
37 החשקעה גדולה מאוד, הממשלה משקיעה סכומים גדולים מאוד בהתאם לפסיקת בית המשפט

1 העליון ואדוני יסתכל בסעיף 3 איך מוגדר שווי קרקע, מי שמבין מה שווי קרקע ביו"ש לעומת 2
 2 קרוואנים, ההוצאות של קווי מים ותשמל, החוק גורם לכך שגם על בית פרטי, וודאי שניים
 3 שלושה בתים, ערך חבתיים גדול יותר מקרקע שהם תפסו והחוק חל על כל בנייה, מי שטוען
 4 אחרת שיראה מקרים שזה לא כך.

5
 6 כבוד הנשיאה אי חיות: לפי הסדר דיוני היתה הסכמה שיוקפאו צווים לאכיפה לבנייה לא
 7 חוקית, כמה צווים אדוני יכול לומר?

8
 9 עו"ד הלמן: כפי שכתבתי לכבוד השופט נ' הנדל, חצי שנה וכבי' השופט הנדל אמר שלאור זאת
 10 אין צורך בצו. צריך להבין, נתנו לו"זים, המשמעות שלהם שאין דרך לבדוק, נקודת המוצא
 11 שהדברים יירשמו ולא הוקמו במקביל יחידות גדולות, כל מקרה פרטני. אנחנו מכירים את
 12 הדו"ח שצורף, הערכה שנותנת קריאת כיוון, זה לא אומר שאלה הנתונים, מדובר ב-3,500
 13 בתים, כך לפי הדו"ח.

14
 15 כבוד הנשיאה אי חיות: שאלתי כמה צווים הקפאתם.

16
 17 עו"ד הלמן: אי אפשר לדעת, העבודה המינהלית היתה לבדוק מה אומר סעיף 3, השקעה עצומה
 18 שלא מצדיקה, זה לא נעשה וכתבנו זאת בבקשה לצו ארעי, כתבנו לכבוד השופט נ' הנדל וכידוע,
 19 ניתן צו ארעי. לגבי סעיף 3.1 לא נשמעה תשובה טובה מטעם המשיבים האחרים. פגיעה בזכות
 20 הקניין היא פגיעה קשה. לפסקת ההגבלה, היועץ המשפטי סבור והמבקשים להצטרף בעיקר
 21 מדברים על כך, אנו סבורים שאפשר להשאיר ב-צריך עיון, דבר זה לא הוכרע בפסיקות העליון,
 22 יש לבטל את חוק ההסדרה כי אינו מידתי וראוי להכריע מהו כשלא תהא ברירה, האם להכריע
 23 מבחינת חוקתית, ליתר הרכיבים החוק יצלח והמצב היום שונה. מבחן התכלית הראויה, כפי
 24 שקבע בית המשפט יותר מפעם, תכלית ראויה היא תכלית שנועדה להגשים מטרה ציבורית או
 25 חברתית חשובה מפנה לפסק דין חפרטת 2605/05 בג"ץ הפרטת בתי הכלא. לחוק ההסדרה יש
 26 תכלית ראויה להסדיר את אותה התיישבות, למשל, שהיתה על פני הדברים כדין, קרקע ותכניות
 27 אושרו, ובדיעבד אחרי עשרות שנים מגיע צוות ויוצא מצב שמדייקים את הקו חלק מהקווים
 28 יוצאים מהקו הכחול, אנשים שפעלו בתום לב לא בדיעבד, פעלו כדין. קנו קרקע שהמצג היה
 29 קרקע רכוש ממשלתי ולחוק ההסדרה יש תכלית ראויה. חברי פיצל את התכליות ל-5 תכליות
 30 משנה, אכן, אותם אנשים שפעלו כדין מוצאים עצמם שהבית שלהם על קרקע פרטית ולא על
 31 אדמות מדינה על כל המשתמע מכך. להסדיר את ההתיישבות הישראלית יהא אשר יהא, האיזון
 32 בסופו של יום יילקחו מהתושב הפלסטיני לטובת התושב הישראלי, אין פה הסדר. רוב הקרקע
 33 לא מוסדרת, הקרקע תילקח ותירשם על שם הממונה, שם יש ראשית ראייה להוכיח את זה
 34 והדברים מסובכים, עלויות, 50 שנה, דברים שלא לוקחים שנה. לחוק הזה תכלית דומיננטית
 35 שהיא לא רגישה לזכויות אדם של מי שזכויותיו מופקעות, התושבים הפלסטינים בין אם
 36 מוסדרים בין אם לאו. אפשר היה לעצור כאן ולומר שאין תכלית, כמוכן שזכות הקניין של
 37 הפלסטינית ושל הישראליים אינן מוחלטות. תכלית חוק ההסדרה לתת תמיד הסדרה לטובת

1 חתיישובות ישראלית בעיקרה. מפנה לסעיף 74 לתשובת הממשלה, זו היתה תכלית החוק. לחוק
 2 ההסדרה תכלית חברתית ראויה וחשובה, היועץ המשפטי סבור שיש לבחון את החוק גם
 3 במשקפי המתנגדים, לגבי התכלית השנייה שחברי הרחיב עליו. לשאלת גברתי, כבוד השופטת ד'
 4 ברק-ארז, כתבנו ולכן אמרתי בעדינו שהתכלית הראויה יש קשר רציונלי וגם לתכלית הלא
 5 הראויה, בפסק דין ערוץ 7 בית המשפט מצא תכלית ראויה ותכלית לא ראויה. יש פה גם תכלית
 6 ראויה ונגיד שזה צולח את המבחן הראשון. לגבי המבחן השני, הוא מדבר האם האמצעים
 7 החלופיים מגשימים את התכלית באותה מידה, היועץ המשפטי לממשלה לא מגשימים את
 8 התכלית באותה מדיה ובוודאי לא ויהיו מקרים, כי סעיף 5 מעביר זכות בעלות כפי שעברה ולכן
 9 אין בעיה. חשוב ליועמ"ש לומר זאת כאן, נאמר גם בכתב. האם יש חשש אמתי שיפוננו קהילות
 10 ויישובים! היועמ"ש בור שיאן לכך בסיס. עד היום הוגשו לא 100 וגם לא 10 עתירות לפינוי
 11 וניתן לראות באופן כמעט גורף שרוב העתירות הוגשו כנגד בנייה חדשה יחסית, ולא הוגשו נגד
 12 עופרה, בסוף שנות ה-70 ואפשר לשאול את חבריי שהגישו אתמול את העתירות, אך יש לי
 13 תחושה למה לא הוגשו עתירות אלה, אם תוגש עתירה שמטרתה לפנות את עופרה, מלבד עתירה,
 14 שבה שניים מכובדכם יושבים בה, עופרה יושבת על קרקע פלסטינית, המדינה היתה טוענת
 15 שיהוי, מפנה לפסק דין בר גיל, במסווה של עתירה קניינית מבקשים משהו אחר. עובדה שזה
 16 לא מה שעשו. ממשלת ישראל, מי שרוצה לפנות קניין מלפני 40 שנה, שיהוי כבד, נכון, שיהוי
 17 הוא טענת מגן ולא טענת חרב. נוכל להשתמש בקרקע ובוודאי שהדבר העיקרי הקונטקסט
 18 סביבו נחקק חוק ההסדרה, היועמ"ש סבור שאין חשש לאלפי בתים לערך, סעיף 5, חברי דיבר
 19 על הליך מדיני ובפני בית המשפט מתנהל הליך בעניין שטח מחנה צבאי ירדני, כבי השופטים
 20 הנדל וברק-ארז יושבים בו, המדינה טענה בין היתר שיהוי וגם סעיף 5, הקרקע הוקצתה
 21 במלואה בטעות.

22
 23 כבוד השופט נ' סולברג: זה באמת לאחרונה, למה עשרות שנים לא נעשה בו שימוש?
 24

25 עו"ד הלמן: מטבע הדברים, כאשר הסוגיה, צריך להגיד כי הטריגר הזה לא היחיד, בין היתר
 26 הוא פסקי דין של בית המשפט הנכבד ותחושה שפסקי דין, אם נסתכל היסטורית, פסק דין
 27 אמנה היה ב-2004 אז החלה הסוגיה להתעורר. עד אז הבנייה נבנתה, ככל שהסוגיה התעוררה
 28 מטבע הדברים היא עוררה שאלות ציבוריות שהביאו לחקיקה בסופו של דבר. כל דבר אפשר
 29 לשאול למה לא נעשה. סעיף 5 אחד הדברים המאפיינים.

30
 31 כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר: עדיין אתם אומרים, בהנחה שסעיף 5, הוא פותר רק שליש
 32 מהבעיות.

33
 34 עו"ד הלמן: היועץ המשפטי מציע לא תמיד נותן פתרון גם במקרים שאולי ראוי לתת להם
 35 פתרון. בחלק גדול מהמקרים נתנו לפחות לחלקם, המבחן השני אומר באותה מידה. סעיף 5 לא
 36 יכול לחסדיר את עופרה, עמדתנו כי שיהוי לאחר שיהוי היא טענה חזקה מאוד והמדינה תעמוד
 37 עליה כלפי כל מי שיטען שיש להפנות את עופרה ותפנה גם לפסק דין בר גיל. הגענו למבחן

1 החשוב לשיטת היועץ המשפטי במבחן השלישי ולו מן הטענם שהחוק יוצר הסדר גורף, לא
 2 מידתי, לא בודק שום אפקט פרטני ונותן הסדר כולל, גם הסדר שלא ראוי, החוק אינו צולח את
 3 המבחן השלישי. מדובר בחוק גורף, בדיני הפקעה בישראל ובאיו"ש, הפקעה היא עניין פרטני,
 4 כל מקרה יש לבדוק מה הפגיעה שתיגרם לצד הנפגע, מה הצורך לתת איזון בין שני המקרים,
 5 צריך לראות שכל הפקעה מידתית באופן פרטני. עניין דומה בעניין הגורפות שלו, החוק מזכיר
 6 את חוק רכישת מקרקעין, שהכשיר את כל התפיסות שעשתה מדינת ישראל בשטחה, ובית
 7 המשפט אמר בפסק דין זינר, שהוא לא היה עובר את המבחן בגלל הגורפות שלו. דבר נוסף
 8 שהחוק לא עובר, אתה גובר על זכות הקניין, היועץ המשפטי קובע כי החוק פוגע בזכות לכבוד.
 9 על פי פסיקת בית המשפט העליון אפליה תוצאותית ובישראל האפליה היא תוצאתית וברובה
 10 חמכרעיה תהא רק בתושבים הפלסטינים והיא תוצאה מפלה. אם כי עמת היועץ המשפטי
 11 הפגיעה הקשה היא הזכות לכבוד בכלל. חברי, היועץ המשפטי הציע למשל עיפרון כחול. הגדרה
 12 מהי התיישבות, היא כוללת לא רק בתים, פה האינטרס של אנשים המתגוררים שנים ביישוב,
 13 הם ילדיהם ולפעמים גם נכדיהם, האיזון בין קרקע שמעבדים האם החלופה לקרקע חקלאית,
 14 מי צריך? הפיצוי הוא בקרקע חלופית או בכסף, אולי מי שצריך לקבל את הקרקע החלופית הוא
 15 דווקא הצד הישראלית. התכלית העיקרית של החוק היא לא בוודאי הדומיננטית, הדומיננטית
 16 היא להסדיר מצוקה של אנשים שנקלעו לסיטואציה קשה.

17
 18 כבוד השופט ג' הנדל: עמדת היועץ שבכלים הקיימים ניתן לפתור את הבעיה?

19
 20 עו"ד הלמן: עמדת היועץ המשפטי שלא כל דבר ניתן להסדיר, יש כלים שונים ויכול להיות
 21 שההסדרה תהא חלקית, יש לך מגן, אי אפשר להוציא צו לבוא לבית המשפט הזה. בית המשפט
 22 יושב ונותן סעד לשיקול דעת, איננו בהליך אזרחי וניתן שיהוי.

23
 24 כבוד השופט י' עמית: האם משמעות מגן היא לא הקפאה? נשמעה טענה שאיני יכול להוסיף
 25 חדר ו/או מרפסת.

26
 27 עו"ד הלמן: לגבי כל מיני סוגיות סעיף 5 דורש הליכים משפטיים, מי ייזום את התהליך?
 28 המדינה מעצמה? בבג"ץ 419/14 טענה זו מועלית, אך סעיף 5 לא יש מאין, חברי טען ונתן
 29 דוגמא שכל אחד יצטרך לתת פנייה פרטנית לבית המשפט וניקה את פסק זיאדה.

30
 31 כבוד הנשיאה א' חיות - מעבר לזכות השימוש המידי והחזקה, יש גם שאלה מבחינה תכנונית
 32 העדר ואיך היועץ המשפטי חי בשלום שבשני שליש יישאר מצב לא מוסדר מבחינה תכנונית?

33
 34 עו"ד הלמן: הא בהא תליא, טענת השיהוי חלה, נכון שלכאורה תכנון היא הפרה נמשכת אך אנו
 35 מצויים בבנייה שנעשתה שלא כדין בחלקה ללא תכניות, בעקבות היועץ המשפטי כתבנו
 36 לכבודכם שאחרי שכתבנו, ואני מפנה לעמ' 14 בסעיף 37, בין אם פסק דין זיאדה הלכה או לא,
 37 אנו יודעים שבית המשפט סבר שזה עניין של סבירות, כך לפחות סבר הרכב אחד. היועץ

1 המשפטי בעקבות זיאדה קבע שאין להפקיע חלק קטן בדרך המובילה ליישוב שנמצא על רכוש
2 ממשלתי. אני מניח שאם תיעשה הפקעה, כפי שהיועמ"ש, יש לי הרגשה שזה יגיע לבית המשפט
3 וגברתי כתבה את שכתבה, בנסיבות מסוימות, דבר זה לא צריך להיבחן כאן והעתירה חוקתית
4 ומותר להפקיע מקרקעין לטובת אוכלוסייה ישראלית ולא רק לטובת אוכלוסייה מוגנת שהיא
5 פלסטינית.

6
7 כבוד השופט נ' סולברג: האם היועץ המשפטי סבור שיש היום די כלים?

8
9 עו"ד הלמן: מי שעוזר לחקיקה היא משמלת ישראל, הצעת חוק פרטית שאינה הצעת חוק
10 ממשלתית.

11
12 קלדנית: רינה

13
14 עו"ד הלמן: אומר כי חכלים של היועץ המשפטי לממשלה כיום הם קיימים באיו"ש.

15
16 כבוד השופט נ' סולברג: האם יש פתרון לבעיה שמעוררים את קיומה. אולי צריך ללכת
17 לחקיקה?

18
19 עו"ד הלמן: אם תסבור ממשלת ישראל שיש לתת פתרונות היא תגיש פתרונות. אם יוחלט כי
20 היא ראויה זה יוחלט.

21
22 כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר: זה יותר מורכב. אדוני אמר כי יש תכלית אחת ראויה ליועץ
23 המשפטי. הוא התקדם ואמר כי זה עונה למבחן הראשון של המידתיות וגם לשני. אז הוא צריך
24 לומר איזה מקרים מול התכלית הראויה אין להם הסדר באמצעים החילופיים ומה עושים
25 איתם?

26
27 עו"ד הלמן: נתתי דוגמה באה מדינת ישראל להסדיר את עופרה. כתבנו בתגובה שהפכה לתצהיר
28 ותשובה. אוכל לומר כי לפני מספר ימים הועבר לשולחנו של היועץ המשפטי בקשה של משהב"ט
29 נתמכת בחו"ד להסדיר את עופר בעקבות פס"ד זיאדה. אז בסופו של דבר אמרנו, זה רק ידיעה
30 חזרה הזה בעקבות פס"ד בעניין זיאדה זה היה לפני החלטת הנשיאה. העניין ייבחן.

31
32 כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר: אדוני אמר כי התכלית היא ראויה, היא עונה לבעיה באיזה סדר
33 גודל? הם אומרים כי זה בערך 3000 בתים. אתם אומרים כי הפתרון של סעי' 5 מכסה רק שליש.
34 אז איזה חלק זה בכלל לא מכסה? אני מוציא את עניין חוסר תום הלב.

35
36 עו"ד הלמן: זה יידרש בדיקה פרטנית. לבדוק מקום מקום מתי היתה הבניה, מה הנתונים. קשה
37 לראות מהי חלקה בשטח בלתי מוסדר, זו שאלה שלוקח שנים בבית משפט אזרחי וחוו"ד. דבר

1 זה יקח שנים רבות. בהנחה כי עמדת היועץ שטוען בבג"צ 419/14 מחנה ירדני כי זו תכלית
2 ראויה ועכשיו חוק ההסדרה פותר זאת. פס"ד זיאדה קבע כי זו שאלה של סבירות. שמו בקשה
3 על שולחן היועץ עליו להידרש לכך. לא אוכל לתת תשובה על כך. כבי הנשיאה קבעה את שקבעה.
4

5 כבוד הנשיאה אי חיות: מה שנאמר שאותה אמירה של פס"ד זיאדה שנאחזו בה היא הערת אגב
6 ולכן אין הצדקה לקיים עליה דיון נוסף. בקשה לדיון נוסף נדחתה תוך אמירה כי זו אמירת אגב
7 וזו איננה החלטה. מי שרוצה להיאחז בהערת אגב, זה בסדר. אנו שמחים על כך שגם הערת
8 האגב שלנו תופסת משקל.

9
10 עו"ד הלמן: כשביהמ"ש מכריע, הוא מכריע. אנו באים לומר כי עניין זה יתברר, זו שאלה של
11 סמכות. גבירתי כתבה את שכתבה. לגבי חצעות חברי, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי חוק
12 ההסדרה זה סוטה מכל הסכם מותר וזה לא מידתי. בסוף ביהמ"ש קבע כי 3 מבחני המשנה הם
13 מבחנים. החוק לא מידתי יש להסתכל על העניין הכולל. הערות לחברי – כפי שאמרתי לחברי
14 סעי' 3.1 מאפשר בניה חדשה על מקרקעין שיירשמו עד שיוחלט שהם לא מקרקעין של רכוש
15 ממשלתי. לגבי חברי עו"ד ינון, חוק החנינה פגע לפי פסה"ד בעקרון של שלטון החוק והשוויון.
16 לכן היתה תכלית חשובה לחוק זה וביהמ"ש דחה את העתירה. כאן אנו מדברים בפגיעה ישירה
17 פגיעה נגד פרטים מסויימים לטובת בעלים אחרים. אין אפשרות לעשות עפרון כחול (חוק חדש)
18 ליועץ. להוריד את זה לצרכי חקלאות, זה לא מספיק זו התוצאה של ההסדרים בחוק זה. לגבי
19 ההערה של השופטת ברון, אי אפשר לעשות חוק אחר. הכנסת סוברני תחוקק חוק הממשלה
20 תשקול זאת וזה תלוי ממה שיצא בפסה"ד.

21
22 כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר: מבחינתכם זה אפשרי להסדיר את הסוגיה שטעונה הסדר כאשר
23 אתם אומרים כי זה נופל רק על המבחן השלישי. אפשר להגיע לחוק שלא יפול במבחן השלישי?
24

25 עו"ד הרמן: זה פרטני לא אוכל להשיב. חלק גדול עתרו על פי הדין באזור. אם הכנסת היתה
26 עושה חוק שזהה לסעי' 5. אפשר לומר כי החוק לא חוקתי, למעשה הכנסת מורה לממשלה
27 לעשות משהו שתקל מאוד על התושבים אך זו לא פגיעה בקניין.
28

29 כבוד השופט מ' מזוז: חברך ב"כ המועצה חאזורית טען בעיקרי הטיעון שלו שמהות החוק זו
30 הוראה לכל הרשויות להפעיל את סמכותיהן, אפשר לעשות זאת בהחלטת ממשלה. הוא התייחס
31 לסמכויות קיימות.

32
33 עו"ד הרמן: בסדר, לגבי חברי עו"ד רוטמן, אני משיב כי ניתן צו החוק היה בתוקף. אנו לא
34 מדברים על החלטה מנהלית או של מפקד כוחות צה"ל. הרשויות כפופות לחוק, זה חוק של
35 הכנסת. כל התזה של דגל שחור זו תזה שנועדה בעיקר כאשר מקבלים הוראה מינהלית. במדינה
36 דמוקרטית מי שסבור כי החוק של הכנסת לא חוקתי מגיש עתירה לביהמ"ש וכך עשו העותרים.
37 לכן אין להיכנס לשאלות הבינלאומיות. העותרים נקטו בדבר שנוקטים בו במדינה דמוקרטית

1 והם הביאו את זה לבחינת כבודכם. המדינה צריכה לבצע את זה. לאור העובדה כי הפעלת חוק
2 תגרום להפעלתה אמרנו מה התוצאות שיכולות להיות בה למשל סעי' 3.1 אני מניח כי העותרים
3 לא מרוצים כי ההקפאה לא יכולות להיות לצד אחד בלבד. אם תסברו כי החוק חוקתי אין
4 מקום להרוס בתים שהחוק חל עליהם.

5
6 כבוד הנשיאה א' חיות: האם בדקתם על מה מדובר לגבי מצב המקרקעין בשטח ביישובים
7 נתונים, כאשר אנו יודעים במה מדובר. האם אפשר להימלט מכך? סעי' 3 מדבר על כך שבדיקה
8 כזו חייבת להיעשות. אחרת איך יודעים מהו בעל הזכויות, אם אנו בסעי' 3.1 או 3.2 איך ידעו
9 הרשויות לפי מה הן פועלות?

10
11 עו"ד הרמן: זו עמדת היועץ. אין מקום לבדוק סעי' שהם לא חוקיים.

12
13 כבוד הנשיאה א' חיות: בהנחה כי חוק זה בתוקף, מה מחר בבוקר אמורות רשויות האזור
14 לעשות כדי להפעילו? האם הן לא צריכות לבדוק מיהו בעל הזכויות במקרקעין?

15
16 עו"ד הלמן: בוודאי שעליהן לעשות זאת.

17
18 כבוד הנשיאה א' חיות: עליהן למפות את בעלי הזכויות.

19
20 עו"ד הלמן: כיוון שיידרשו משאבים גדולים מאוד וזה יקח זמן רב, הרי יש חוק וחצי שנה חלפה
21 לפני שנה והשנה חולפת בעוד כמה חודשים. המשמעות שעכשיו יצטרכו לשכור משפטנים
22 מתכננים וכיו, לבדוק בכל שטח שיש בו התיישבות ישראלית ויש הרבה כאלה, לגבי בפנים ובחוץ
23 וכבודכם יודעים זאת מתיקים אחרים, האם היתה הסכמה או לא.

24
25 כבוד הנשיאה א' חיות: ולו לצורך החוק הזה לא כדאי שחמדינה תזע מה מצב הדברים פעם
26 אחת ולתמיד אחרי כ"כ הרבה שנים?

27
28 עו"ד הלמן: הסתבר כי הרשות המקומית מתחה צינור מים.

29
30 כבוד השופט נ' הנדל: אדוני אמר כי הבדיקה קשה או בלתי אפשרית?

31
32 עו"ד הלמן: אין דבר כזה בלתי אפשרית. אין מחלוקת כי כאשר הסכמת המדינה, זו הסכמה של
33 רשות מקומית או גורם מיישב, המדינה יכולה לומר כי לא חל על זה סעי' 3.1 או 3.2 כי כן ניתנה
34 הסכמת המדינה. לא הסכמת המדינה ישנה כפי שאמר השופט פוגלמן. מי שידע את זה כבר
35 מזמן לא נמצא שם. צריך לבדוק זאת. האם ב – 2005 או 2010 הרשות מתחה חשמל שם? צריך
36 לבדוק אצלם וגם אם הם בודקים אצלם זה לא הסוף, צריך לבדוק עם היישוב שיודע יותר ממך.

1 כבוד השופט י' עמית: אפשר היה לנסח את הסכמת המדינה לרבות מקום בו לא ניתנה הסכמת
2 המדינה.

3
4 עו"ד הלמן: אני לא מסכים עם טענת עו"ד רוטמן.

5
6 עו"ד ג'בארין: למען היעילות אנו באי כח העותרים נציג את הטענות שלנו באופן הבא, לגבי
7 הסעד הראשון, על אי תחולת חוק הכנסת בגדה המערבית, על פלסטינים בגדה המערבית, אני
8 אטען. חבריי יתייחסו לסעד השני לגבי פסקת ההגבלה, תחולתה. כאן יש הסכמה. ועו"ד ספרד
9 יתייחס לנורמות של המשפט הבינלאומי לגבי שני הסעדים. אטען במשפט הישראלי מבחינת
10 מבטו של המשפט הישראלי, אנסה לשכנע את כבודכם כי למרות הפסיקה הרבה שהובאה על ידי
11 עו"ד ארנון בעניין של כוח חוק הכנסת שגובר על המשפט הבינלאומי אבקש להראות כי כל
12 פסה"ד שהובאו אף אחד מהם לא נוגע לסוגיה הרלוונטית. זו לא סוגיה של ירושלים, או רמת
13 הגולן או הישראלים. השאלה היא, האם אפשר להחיל חוק של הכנסת גם כאשר יש לו היבט
14 טריטוריאלי קרקע על פלסטינים בגדה שנמצאים לפי הפסיקה של ביהמ"ש העליון תחת שיטת
15 משפט אחרת ושיטת המשפט הישראלית, זוהי השאלה. כאן עו"ד ארנון הביא פסיקה רבה,
16 אתייחס לעיקרה. לא אעבור על כל פס"ד. הטיעון השני של עו"ד ארנון לגבי הסעד הזה הוא
17 הטיעון המהפכני. עו"ד ארנון ציין את שציין בצורה מעולה לגבי הטיעון הפילוסופי. הוא טוען כי
18 היה והמפקד הצבאי הוא בגדה זו פיקציה. כי הוא כפוף לחוק יסוד הצבא וזה ליסוד הממשלה
19 והממשלה כפופה לכנסת והכנסת כפופה לריבון. לכן הריבון הישראלי העם הוא מכתוב ולכן
20 הוא חל. זה טיעון מהפכני כי הוא רוצה לשנות את הנורמה הבסיסית גם בתוך המשפט הישראלי
21 לפי בנק מזרחי וגם בגדה. לפי הטיעון שלו אומר עו"ד ארנון כי תושבי ג'נין צריכים לדאוג יום
22 ולילה מה הכנסת תחוקק ולא המפקד הצבאי. אתייחס בהמשך לפי המתודולוגיה של פס"ד בנק
23 מזרחי, שם ביהמ"ש קבע איך מזהים נורמה בסיסית או שיטת משפט נפרדת. רוח הטיעון שלי
24 זה ההגיון של המשפט הישראלי. המשטר, לא השיטה. יש משטר ברמת הגולן, בירושלים וכו',
25 על כך אין מחלוקת. אך יש משטרים שמייצרים שיטות משפט בתוכם. המשפט הישראלי קבע 2
26 שיטות שונות. לכל אחת נורמה בסיסית. שיטה זו היא אושרה למרות שאני אהיה צמוד למשפט
27 הישראלי. היא אושרה בחוה"ד המייעצת של בית הדין לצדק שזו שיטה של כיבוש. למרות שהיו
28 חילוקי דעות לגבי היישומים. המשפט הישראלי מנהל את הכיבוש הארוך ביותר מאז משלחת
29 העולם השניה ונותן פס"ד דווקא פסיקת ביהמ"ש העליון גם קשה להתגבר עליה. ביהמ"ש
30 העליון לעצמו מייצר מנהל בינלאומי לגבי שיטת המשפט. עו"ד ארנון מבקש לשנות זאת. חברי
31 עו"ד ארנון יחריש את כל פסה"ד. גם היועץ המשפטי לממשלה מהסס ואומר, או יש לנו הלכת
32 אמסטרדם שזו הלכה שאנו רואים אותה בכמה עמודים בתגובת המדינה בעמ' 47, ואז כל
33 הטיעון מתחיל עד הסוף, עמ' 48-49 והלאה, אך לא צויין על הלכת אמסטרדם, לכל אחד מהם
34 היתה זיקה ישראלית. תושב ישראל או קנה מניות בתוך ישראל. כלומר יש זיקה לקו הירוק, יש
35 לקרוא את ההלכה שהיועץ קבע כי זו הלכה מחייבת והיא מחייבת למי שיש לו זיקה לקו הירוק.
36 אך לא משיבה על השאלה שאי אפשר לגבור על כך. לאחר מכן עזה, זה לגבי הישראלים ולא
37 הפלסטינים. יש פס"ד הפלילי הראשון שהובא בפני ביהמ"ש העליון עפ' 1/48 סילבסטר נ' היועץ

1 המשפטי לממשלה. זה דווקא פס"ד שלא כ"כ עוזר לממשלה. כי מה הוא קובע? שיהודי במערב
 2 ירושלים טען כי לא יכולים להגיש נגדו כתב אישום כי עדיין יש ממשל צבאי. מערב ירושלים
 3 היא תחת ממשל צבאי ישראלי ולכן רק המפקד הצבאי הוציא זאת. הוא גם הואשם בפקודת
 4 הסודות הרשמיים. מעניין כי בפסה"ד הנ"ל זו הפעם הראשונה שביהמ"ש השתמש בתקנה 43
 5 לתקנותיו. השופט זמורה ציין כי אין התנגשות. יש פסיקה המתייחסת לירושלים לא אפנה
 6 אליה, כי בירושלים אין את המצב שאנו מדברים עליו מצב של 50 שנה מאז פסה"ד. יש פס"ד
 7 הוא גם לא עובד לטובת הממשלה, חשבתי כי העותר ערבי אך שם העותר יהודי. אברהם שאער
 8 תושב קרית ארבע, יצא נגדו צו של המפקד הצבאי, הוא טען כי אסוף למפקד הצבאי להוציא
 9 צוים נגדו ונקבע אשר נקבע, וזה מחזק את הטענות. ישנם 3 פס"ד שהובאו אני חושב כי החזק
 10 ביותר מביניהם לטובת הממשלה הוא פס"ד סג"דייה קביעתו של השופט שמגר, העוסק בכליאת
 11 עצורים מנהליים במדינת ישראל. נטען כי אסור להביא עצירים מנהליים מהגדה אל מדינת
 12 ישראל לפי סעיף 76 לאמנת ז'נבה וסעי' 49. גם היתה תקנה והיא עדיין בתוקף תקנה 6, לתקנות
 13 שעת חירום יהודה ושומרון בחבל עזה, זו תקנה ישראלית. השופט שמגר קבע איך נפתור את
 14 הבעיה יש תקנה ישראלית ויש אמנת ז'נבה מי גוברת כאן? המבחן שלא היה כך בגלל שאנו
 15 מדברים על היבטים הסכמיים של האמנה, ובגלל שהתקנה הזו היא ישראלית ובישראל, לפי
 16 ההלכה בישראל יגבר החוק הברור. התקנה ברורה היא תגבור על המקרה הזה. אני טוען כי
 17 השופט שמגר לא במקרה הדגיש את התחולה "בישראל". כי הפסיקה המובילה ביותר לגבי דיני
 18 הכיבוש זה בגצ 69/81 אבו עייטא. לגבי הגדה, מי שקורא את פסה"ד ייכנס לבלבול מסויים,
 19 מדוע? כי השופט שמגר הביא פסיקה ישראלית בלא להדגיש כי הדין הישראלי גובר על דין אחר.
 20 לאחר שהביא השופט שמגר את הפסיקה, הוא ציין כי "למען הדיוק יש לאבחן בין בדיקתה
 21 המתעוררת בשטח שחל עליו ... לבין נושא העולה בשטחים המוחזקים" ... מקריא. כלומר,
 22 השופט שמגר הסביר לנו כי כאשר אני אומר לכם "דין מקומי" ואני עושה הקבלה על המשפט
 23 הישראלי אני מתכוון לדין בגדה המערבי שהוא גם ירדני ולפי הצויים של תקנה 43. פסה"ד כאן
 24 נותן לנו הסכמים ישראליים ובגדה רואים את ההבהרה הזו באופן ברור ביותר. פס"ד אחר שגם
 25 השופט שמגר ציין אותו בסג"דיה וגם עו"ד ארנון ציין אותו בע"פ אייכמן. ערעור זה יש לו 2
 26 פנים: האחד החזק וכך הוא נלמד בעולם והוא פס"ד לגבי סמכות אוניברסלית, הוא דווקא דחה
 27 וזה עיקר פסה"ד קבע כי דין חרוט מקומי של מדינה לא גובר על המשפט המנהלי, ולא החיפך.
 28 כלומר ההגנה של המערער היתה כי כל מה שעשיתי עשיתי לפי החוק הגרמני. ביהמ"ש הישראלי
 29 קבע כי יש דברים שגם אם הם מותרים לך לפי המשפט שלך אינך יכול לעשות כי יש מטריה. זה
 30 היבט אחד. ההיבט השני, הוא שביהמ"ש ציין 2 עמ' בלבד. שאכן המשפט המקומי הישראלי
 31 גובר על המשפט המנהלי, אך לפס"ד זה יש תפיפה בין המשפט הישראלי למנהלי. מעמידים לדין
 32 אנשים כאלה וזה מקובל על גם על העקרונות כך שאין התנגשות. פסה"ד האחר, והוא היחיד,
 33 שהובא שנוגע לגדה המערבית פס"ד חילו 302/72, זה פסה"ד הכמעט ראשוני שביהמ"ש דן
 34 בסוגיות אלה. זו פרשת רפיח הידועה בארץ. מי שעיגן את המשפט בספרות הישראלית היה אז
 35 השופט לשעבר שמגר, וב- 1968 היה היועץ המשפטי לממשלה. פרקליטות המדינה מופיעה בפני
 36 ביהמ"ש העליון וטוענת כי יש להחיל על הסוגיה הזו את תקנה 43. השופט לנדאו, מודה שהוא
 37 מתבלבל, שאל על מה אתם מדברים, איך יכול להיות דבר כזה מה זה תקנה 43 תגבר! אנו כולנו

1 למדנו הכנסת היא הכל יכול, אתם באים אלינו בדברים מסוג זה? מבחינתי המפקד הצבאי
 2 שאתם מדברים עליו שהוא הריבון, מבחינתי התקנות שלו בחוק הן של שר. על מה אתם
 3 מדברים, אני לא יכול לקבל טענות של הפרקליטות שיש לדון בזה. השופט ויטקון, העלה את
 4 הנורמה הבסיסית, הוא קבע כי "הריבון הוא המפקד הצבאי עובדה זו מחייבת גם אותנו ועל כן
 5 אם בכלל נתיימר להיות מוסמכים לדון בעניין זה..." מקריא. עדיין השופטים לא קיבלו את זה
 6 ולא עיכלו את זה שיש שיטת משפט חדשה. ועוד קבע כי יש לראות בהם כאילו הם בית המשפט
 7 הגבוה לצדק, מקריא. "...המפקד הצבאי הם חקיקה ראשית והם הנורמה הבסיסית שבלעדיה
 8 אין..." יצא מאמר של פרופ' ונשטיין שאמר כי השופט לנדאו בבג"צ איוב תיקן ואמר כי הוא
 9 טעה.

10
 11 כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר: גם בפסה"ד של חילו השופט ויטקון קבע כי הנורמה הזו היא
 12 הנורמה הראשית בשטחים. אך גם המפקד הצבאי, בהיררכיה לרשויות בישראל. את זה אדוני
 13 משום מה לא קרא.

14
 15 עו"ד ג'בארין: איש לא חולק כי המפקד הצבאי כפוף לממשלה, לרמטכ"ל וגם כפוף לביהמ"ש
 16 העליון. איש לא מכחיש זאת. ההבדל הוא כפי שציין פרופ' בנבניסטי ואכן יש דבר פקטיבי. אבל
 17 יש נורמות שחלות עליו והוא נעשה לא פקטיבי כי אפשר לשפוט אותו. המפקד הצבאי אינו
 18 הכנסת או המחוקק. המחוקק יכול בדיוק כפי שעו"ד ארנון טוען להחליט לפי רוב פוליטי כך
 19 וביום אחר יחליט אחרת לכן הממשל הצבאי יהיה כפוף למשתנה. המפקד הצבאי מנהל את
 20 השטח לפי נורמה מוסכמת. מדינת ישראל מסכימה לכך וביהמ"ש העליון מאשר את העובדה.
 21 כלומר אין כאן חלל ריק, אדם שעובד לבדו. עו"ד ארנון ציין 2 מלומדים בעמ' 54 שיתמכו
 22 בעמדתו, את המאמר של פרופ' ונשטיין שפורסם ב- 1973 – 1974 על הפרשה שהתייחסנו אליה
 23 קובע כי הכנסת היא עדיין הכל יכול. הציטוט הזה חוזר על עצמו. אם אתה מוצא את עצמך
 24 בסוגיה אחרת עו"ד ארנון יביא את זה שוב, וזה חוזר חלילה. המאמר של פרופ' ונשטיין הוא
 25 גם כתב מאמרים אחרים אפנה לפסקה 131-130 לפני שעו"ד ארנון מסר את תגובתו, הם הביאו
 26 את המאמרים של פרופ' ונשטיין שקובע כי המפקד הצבאי הוא הסמכות העליונה. בפסקה 216
 27 בתגובת הממשלה ציינו עוד סיפור שתמיד חוזר. כתוב "וכך גם מלומדת נוספת כותבת" וזו היא
 28 במקרה מבקשת 29 והיא גם טוענת לא בדיוק כפי שעו"ד מפרש אותה. זו פרופ' יעל. הציטוט
 29 שהובא בפסקה 216 ואנו מסכימים לכך שהכנסת יכולה לחוקק חוקים בגדה, וציינה את
 30 שציינה, מקריא. אני לא חושב כי מישחו יגיש עתירה לבג"צ אתם שוללים את הזכויות. גם
 31 המאמר שלה כפוף.

32
 33 כבוד הנשיאה א' חיות: השאלה אם הכנסת יכולה לעשות את זה לא האם מישחו יכול להגיש
 34 בג"צ.

35
 36 כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר: מה שנקבע בפס"ד חילו, המפקד הצבאי הוא כמו המחוקק
 37 הצבאי בשטחים אלו. אך הוא כפוף גם לרמטכ"ל ולשר הבטחון ושר הבטחון כפוף לכנסת. אני

1 לא חושב כי מה שהציג עו"ד ארנון זה חידוש, הוא נסמך על פס"ד קודמים ישנים, ועל המאמר
2 של פרופ' ורשטיין ואדוני צריך להראות למה זה לא נכון.

3
4 עו"ד ג'בארין זה לא נכון בגלל הפסיקה של כבודכם.

5
6 כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר: אדוני יפנה אותנו.

7
8 כבוד השופט מ' מזוז: אדוני עד כה התייחס לכל פסה"ד. נניח שאין בכלל פס"ד. בכל מקרה
9 בימ"ש זה לא כבול לפסה"ד. השאלה מה התזה שלכם קודם כל לפני שמגיעים לפס"ד
10 ולמאמרים. מה התזה שלכם, האם בכל מקרה אין סמכות? האם יש סמכות אך זו כפופה
11 למשפט הבינלאומי? לא ברור לי מה התזה שלכם.

12
13 כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר: לפני רגע אמר אדוני כי אם הכנסת היתה מכילה את חוק
14 המ"ל על השטחים זה היה בסדר. אז מה התזה שלכם?

15
16 עו"ד ג'בארין: העתירה שלנו היא האם הכנסת יכולה לקבוע למחוקק לחוקק את מה שהוא
17 מחוקק בכל הנוגע לפלסטינים כאשר חקיקה זו לא עומדת בתקנה 43! אנו טוענים שלא.

18
19 כבוד השופט מ' מזוז: כלומר אתם קושרים את 2 השאלות.

20
21 עו"ד ג'בארין: כן. יש לנו הסכמה עם היועץ המשפטי לממשלה לא להיכנס לסוגיה הגדולה.

22
23 כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר: ליועץ המשפטי יש טענה אחרת.

24
25 עו"ד ג'בארין: אפנה לבג"צ 693/82 שם נקבע כי תקנה האג 43 באה לקבוע הסדר נורמטיבי
26 למכלול שלם של מקרים, הוראה זו קבועה בתקנה 43 וכאן הוא קורא לזה "חוראת על" כמו
27 החוקה. יש שימוש בהיותה חוקה. בגצ 358/88 אגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד
28 המרכז, גם ביהמ"ש ציין את שציין מקריא "השומרת על הגבולות שהותוו במשפט
29 הבינלאומי..." מקריא. שינוי חדין המקומי בגדה המערבית ייעשה בהמשך לעקרונות של
30 המשפט הבינלאומי ולקביעת המפקד הצבאי. זו הלכה שהולכת וחוזרת על עצמה. זו היצירה של
31 שני שיטות משפט. שימו לב כבודכם, כאשר אנו עוה"ד של זכויות האדם רצינו ללכת לכיוון של
32 עו"ד ארנון, נחסמנו. באיזה מובן? עו"ד ארנון אמר כי הריבון הוא הכנסת. הנורמה חלה על
33 הכנסת. לפי גישת היועץ המשפטי אם זו עמדתך עליך לשלם לצד האחר. אם החוק הישראלי חל
34 אז אתה צריך לקבל את העקרון של החוקיות הישראלית. העתירות הנוספות כמו פס"ד ברבה,
35 היא נשענת על חקיקה ראשית. ביהמ"ש העליון דן בכך לפי תקנה 43. בעניין הירי לעזה פסה"ד
36 האחרון טענו העותרים כי להוראות אלה אין עיגון בחקיקה. נטען כי סיכון ממוקד צריך חקיקה

1 ראשית. מדוע ביהמ"ש הלך לכיוון המשפט הבינלאומי? יש הפרדה בין שיטות המשפט, לכן
2 הפסיקה של ביהמ"ש מדגישה נושא זה.

3
4 כבוד השופטת ד' ברק-ארז: אולי מה שעו"ד ארנון אומר כי כאשר אין חקיקה ראשית המשפט
5 הבינלאומי משמש מקור סמכות. אך כאשר יש חקיקה ראשית היא עדיפה על מקורות ההסמכה
6 של המשפט הבינלאומי כך הבנתי. אם אדוני מתבסס רק על פסיקה בהם המשפט הבינלאומי
7 משמש מקור סמכות זה לא מהווה טענה.

8
9 עו"ד ג'בארין: מי שקורא את פסה"ד מתקבל הרושם כי יש פס"ד אחד שמשרת את עו"ד ארנון
10 אך אין כזה.

11
12 כבוד השופט ע' פוגלמן: הפסיקה היתה עד היום שהמפקד הצבאי הוא המפקד על האזור, לכן
13 זה לא עלה כלל. זו היתה מוסכמה המקובלת על כולם. היום, במסגרת מחשבות אחרות יש
14 טיעון אחר. אני לא רוצה לומר דבר על מה שנחליט, וזאת למרות שאדוני אמר והיפנה לפסיקה
15 שקיימת.

16
17 עו"ד ג'בארין: עו"ד ארנון לא הצליח להביא פס"ד אף לא אחד, וגם לא מאמר מהספרות. הצד
18 השני של דבריו הוא אמר מה המשמעות של ההצעה או האקט המהפכני שמציע אותו ולכן הוא
19 מהלך מהפכני. לגבי פסה"ד, הוא מקבל את החוק של הכנסת שיחול על הגדה המערבית. אין
20 לפסה"ד אפשרות אלא לקבל את הטיעון הפילוסופי שהציג אותו עו"ד ארנון והטיעון שלו הוא
21 שהעם בישראל אזרחי מדינת ישראל הם הריבון, והכנסת היא הריבון והיא זו שתקבע לתושבי
22 הגדה המערבית מה טוב ומה רע, אף אם זה בניגוד לתקנה 43. אני טוען כי זה משנה את הנורמה
23 הבסיסית בישראל. אך מה שחשוב, יש שתי מערכות מוכרות במשפט הבינלאומי ואין שלישית
24 להם. יש את המשפט הלאומי של כל מדינה, ויש את דיני הכיבוש לפי המשפט הבינלאומי
25 האמריקאי. אין היבט שלישי, אין שיטת משפט שלישית שעט אחד קובע לעם אחר באופן כ"כ
26 חופשי לשיטה זו ידוע בספרות בהקשר לזה מגיעה שיטת המשפט לכל העניין הזה. מדוע? כי
27 בדיוק מה שאומר עו"ד ארנון, עד שלא יהיה עם אחר ללא מגבלות של המשפט הבינלאומי. מה
28 הבעיה עוד? מדוע זה נכנס למצב לא חוקי מבחינת כיבוש? הוא נהפך ללא לגיטימי גם בגלל
29 שהוא נכנס לאמנה. מה מאפיין את האמנה? חוק לא פרקטיקות. זה מאפיין אם אתה עושה את
30 זה בחוק זה אומרת כי התכוונת וזו המדיניות שלך ואתה הולך בעקביות על הפליה. לכן עניין
31 התקיקה זה לא דבר של מה בכך.

32
33 כבוד השופטת ד' ברק-ארז: יש כאן בכל זאת הבחנה בין הצד הפורמלי לערכי או הנורמטיבי.
34 עו"ד ארנון מציג טיעון פורמלי. לטענתו אפשר לחוקק. אדוני כעת אומר כי אם ניתן לזה את
35 התוקף המשמעות של זה היא כך וכך. האם אדוני עונה באותו מישור? האם לאדוני יש תשובה
36 ברמה הפורמלית?

37

1 עו"ד ג'בארין: ברמה הפורמלית אמרתי כי יש 2 מערכות משפט לגיטימיות בעולם: של כיבוש
 2 והלאומי. אין מערכת משפט מוכרת של עם אחד והריבון קובע לעם אחר. זה כמו לדמיין את
 3 הקונגרס מחוקק חוקים לתושבי עירק. איפה זה הופיע בחוה"ד המייעצת בעניין ידידיה. בדרום
 4 אפריקה החלו לחוקק חוקים ואמרה כי הכיבוש נהפך לבלתי חוקי כי הגעת למצב קולוניאלי.
 5 ביהמ"ש העליון קבע כי הוא מקבל את העקרונות שלה אלא חולק על חוה"ד ביישום לא
 6 בעקרונות. אחד העקרונות של חוה"ד זה עניין הסיפוח והריבונות. חוה"ד מציינת וביהמ"ש
 7 לא חלק על כך, שכיבוש הוא זמני. זה דבר בסיסי. הריבונות היא לתושבים אך מושעית. אסור
 8 לכבוש להחליף את הריבונות ויהפוך את עצמו לריבון כי כאן אתה הופך את זה לקבע. אתה
 9 נכנס במקרה כזה למצב אחר ואי אפשר להחיל את תקנה 43. מבחינת שיטת המשפט אנו נהיה
 10 במצב אחר לגמרי. אני מבקש לומר כי כל מה שציינתי מבחינת נורמה בסיסית כולנו מ כירים
 11 שנקבע לכל שיטת משפט יש רמה בסיסית אחת. בפס"ד בנק המזרחי היה מודל איך מזהים
 12 שיטת משפט! השופט ברק התייחס למה שמדבר על כלל ההכרה וכלל הזיהוי, עו"ד ארנון
 13 השתמש בזה. איך אנו מזהים מהו הכלל הבסיסי של מערכת המשפט? השופטים קובעים. אם
 14 קבעו לנו כי החוקה היא הכלל המשפטי אז זה כלל הזיהוי של המערכת. כאן, ביהמ"ש כבר קבע
 15 מה כלל הזיהוי של הגדה ומה כלל הזיהוי כאן. יש עוד מאפיין לקביעה זו, צריכה להיות
 16 מוסכמה על המשפטנים. היועץ המשפטי לממשלה מקבל את העתירות. כלומר יש מוסכמות
 17 בקרב על המשפטנים שבדקים את המערכת, אך גם צריך להיות לזה הגיון. מי שהגן עליה
 18 מהטענה שהמשפט הישראלי בגדה כבר הפך לקולוניאלי בגלל הפרקטיקות, אחד מהמדינאים
 19 העיקריים והמובילים של השיטה הוא השופט ברק, הוא נותן לנו תשובה מאוד רלוונטית לטיעון
 20 עו"ד ארנון. בספרו "שופט בחברה הדמוקרטית" עמ' 147-148 קבע השופט ברק שדווקא בגלל
 21 שהכנסת היא לא המחוקקת לתושבים, אתם לא יכולים לדבר על מצב קולוניאלי. אתם
 22 הביקורתיים, ואני אחד מהם, לא מבחינים שיש לנו 2 שיטות משפט: דמוקרטית שבותרים את
 23 הנציגים ויש לנו את השיטה הצבאית. השניה מבוססת על המשפט הבינלאומי והדמוקרטית על
 24 ידי שלטון העם. הוא לוקח את הטיעון של עו"ד ארנון והופך אותו. אך זו לא רק עמדת השופט
 25 ברק, יש גם הסכמה עליה במאמר של פרופ' יפה זילבשלץ, מקריא. היא קובעת כי אין חקיקה
 26 ראשית אנו לא החלנו את החוק. כשנקבל מה שעו"ד ארנון אומר שהאזרחי תל אביב יקבעו
 27 לתושבי נבלום מה נכון ומה לא, זה חלק מזה. סיימתי את טיעוניי.

28
 29 כבוד הנשיאה א' חיות: השעה כעת 12.30. נצא להפסקה של חצי שעה ואחריה, נמשיך לשמוע
 30 את יתר הטיעונים.

31 הפסקה ולאחריה.

32
 33
 34 עו"ד יקיר: חברי ביקש ממני כי אתחיל את הטיעון שלי. לגבי הפרטים הנוספים - אזכיר כי
 35 מדובר בישיבה אחת מהישיבות שדנה בחוק. ההשלכות שלה היו לגבי החוק. לאחר הדיון חלק
 36 מחפירוטי פורסם וחלקים ממנו נשארו חסויים. ביקשתי את הפרוטי המלא נאמר לנו כי החסיון
 37 הוא לפי תקנון הכנסת והוא מתנה את זה בהסכמת כל המשתתפים. סבורים כי יש הצדקה

1 לחסיון. יש פרפרזה כללית שהיתה בישיבה. אנו סבורים כי נושא הפרוטי וההשלכות המדיניות
2 של החוק, משום מה לא השתתף בישיבה אף מדינאי או דיפלומט. השתתפו בה אחרים.

3
4 כבוד השופט מ' מזוז: אפשר לנחש ולהעריך על מה דנו השאלה היא איך זה נוגע לגבי מדיניות
5 החוק?

6
7 עו"ד יקיר: מצאו לנכון לצרף את הפרוטי. כפי שהפרטים חסויים אי אפשר למנוע מביהמ"ש
8 לעיין בשיקולים שעמדו בפני הכנסת. אוכל לנחש, אם אמר שם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה
9 שהחוק יהווה סיכון זה לא עילה לפסול את החוק. אנו סבורים כי החוק הזה מורא למפקד
10 הצבאי להפר זאת.

11
12 כבוד הנשיאה א' חיות: עמדת היועץ המשפטי לממשלה נמצאת בפנינו. חזקה עליו כי כל מה
13 שהוא רצה לומר לנו כדי לבסס עמדתו, נאמר.

14
15 עו"ד יקיר: אסור כי הכנסת תחוקק חוק בהליך חסוי. המדינה הסכימה להציג את הפרוטי
16 המלא במעמד צד אחד. תקנון הכנסת איננו מקור בדין לחסיון. הוא מסדיר את היחסים
17 חפנימיים בתוך הכנסת ואינו מקור לחסיון בהליך משפטי. מה גם שאסור שהליך החקיקה
18 והבחינה החוקתית יסתמכו על חומר חסוי, זו עמדתנו מקדמת דנא. כל השיקולים שעמדו בפני
19 הכנסת צריכים לעמוד בפני ביהמ"ש. אם המשפטנים סברו כי אלו שיקולים חשובים יתכן כי יש
20 לכך השלכה על חוקיות החוק. אולי הציבו תמרוך של אי חוקתיות מבחינת המשפט הבינלאומי,
21 לכן אנו סבורים כי אלו שיקולים רלוונטים בהליך הבחינה החוקתית.

22
23 עו"ד ינון: לקרוא להליך החקיקה "הליך חסוי" זה מופרז. היו למעלה מ 20 זיוונים. רובם
24 המוחלט גם הישיבה החטויה ברובה הסרנו את החיסיון. זו היתה יוזמה של ח"כ ליבני לשעבר
25 שרת החוץ והמשפטים שסברה כי נכון יהיה שחברי הועדה ישמעו גם מעבר לדיוני החקיקה
26 הקלאסיים וזה לא היה דיון חקיקה קלאסי, אלא באמת בהשלכות וסיכונים מדיניים שכרוכים
27 בזה. בהחלט הכנסת רשאית להחליט, ואני תמכתי בזה, לא כל מה שהכנסת שומעת במסגרת
28 הליכי חקיקה בהכרח חייב לבוא בפני בימ"ש זה. ביהמ"ש בוחן את חוקיות החוק, כל מה שעלה
29 שם אין לו שום קשר לנושא החוקתי. הנזק שייגרם עולה לאין שיעור על התועלת של העותרים.
30 כל הטיעונים נמצאים על השולחן בפירוט רב ובעמיקות. איננו רוצים ליצור מצב כי הכנסת לא
31 תשמע בעתיד חו"ד שנוגעים לחינוניות המדינה. זה לא פוגע בפומביות החקיקה. אין מחלוקת
32 כי ישנם דברים שאמורים להיות גלויים אין מחלוקת על כך. היו מעט מאוד קטעים מושחרים.
33 החומרים בידינו אם כבודכם תרצו לעיין בהם אין בעיה. אין בהם שום תרומה לעניין החוקתי.
34 לא ייגרם נזק למדינת ישראל.

35
36 עו"ד יקיר: אפשר לקיים דיון בדלתיים סגורות או להטיל צו איסור פרסום.

37

1 כבוד הנשיאה א' חיות : אני מניחה כי אין לכם התנגדות כי נראה את הקטעים שהושחרו לצורך
2 החלטה בבקשה?

3
4 עו"ד יקיר : לצורך ההחלטה בבקשה, אין לנו בעיה.

5
6 עוד הלמן : לומר כי הכנסת תלויה בפקודת הראיות לדעתי אין זה נכון. אנו אחרי צו על תנאי.
7 יש לנו תעודת חסיון. אם כבודכם סבורים כי זה ראוי, נוכל להציג זאת בפני כבודכם במעמד צד
8 אחד. איננו סבורים שיש צורך בכך.

9
10 כבוד הנשיאה א' חיות : בשלב זה, נסתפק בעיון בפרוטוקול, ללא השתרה.

11
12 עו"ד ינון : הקטעים המושחרים מסומנים בצבע צהוב.

13
14 בית המשפט מעיין בפרוטוקול.

15
16 הפסקה ולאחריה.

17
18 ניתנת החלטה.

19
20 עו"ד בשארה : הנציג של היועץ המשפטי לממשלה דיבר גם על האימוץ של ההשוואה להכרה
21 משנת 1953 שלפיו היו אמרות נחרצות של ביהמ"ש הנכבד בדבר אי חוקתיות, הדרסטייות שלו,
22 פיצויים בעניין הכפוי וכו'. אני מצטטת מדברי עו"ד ארנון מהבוקר, הוא דיבר על מנגנון יעיל
23 פשוט וקל להפעלה, מקריאה. ההנחה היא שהכל בעייתי גם לפי סעיף 3.1 וגם לפי סעיף 3.2.
24 גבת אחת מחוקקים חוק שמביא לפגיעה גם בהליך הקודם. הטיעון שלי יתחלק לשניים :
25 בראשון אתמקד בזכויות ואדלג על הזכות לקניין, מדובר עליה רבות יש קונצנזוס, אסתפק במה
26 שטענו בעתירה ובמה שנטען היום בעניין זה. אתמקד בזכות לרבות בחלק השני אתמקד
27 בתכליות החוק כפי שנכתבו ונטענו על ידי עו"ד ארנון. בעתירה שלנו טענו לפגיעה ב - 2 זכויות.
28 אין זה מקרי, לדעתי לכל אורך תגובת המשיבה אין התייחסות לזה. זכות כזו אי אפשר לפצות
29 וזה לא עולה בקנה אחד עם טיעוני המדינה. לגבי זכות הקניין, ואני מניחה כי גם עו"ד ספרד
30 ירחיב בעניין זה לגבי ההבחנה בין הפקעה שאנו מדברים על תשלום פיצויים ולא בעלות וכו', זה
31 לא מאיין את הפגיעה של המשפט הבינלאומי. הניתוח היה לפי האמנה האירופאית. פסה"ד או
32 ההחלטה שניתנה לא ניתנה החלטה במובן של פס"ד. בסוף אמרה לתובעים אתם לא מיציתם
33 הליכים תחזרו לשם. כך שהקונטקסט הזה בעייתי. לגבי הזכות לכבוד האדם, נפגעת בקונספט
34 של חוק ההסדרה ב - 3 אלמנטים : הראשון הוא הקשר וההדוק בין זכות הקניין וכבוד האדם,
35 יפנה פסיקה רבה שדיברו בה על כבוד האדם. הפיצויים לא מפצים על כלל הפגיעה תוצאה
36 מחחרמה או הפקעה של רכוש ; האלמנט השני, הוא בולט לכל אורך הדרך ובלט במיוחד בטיעון
37 הארוך של עו"ד ארנון כאשר הפלסטיני נעדר. לא היה קיים בזיון בכלל. הפך להיות "שקוף"

1 זכויותיו לא קיימות וזה מלמד על אלמנט ההשפלה, על אלמנט שלוקחים ממני כי אני פלסטיני
 2 משפטית, אני נעלם. לוקחים ממני בכפיה כי אני תחת כיבוש. בדיון משפטי אני נעלם. גוזלים
 3 את הקרקע שלי לרווחת אחרים ובדיון המשפטי אני נעלם. זה הגרעין הצר ביותר לגבי כבוד
 4 האדם וצר לי שהמדינה לא התייחסה לזה. קונספט נוסף גם לגבי כבוד האדם וחירותו. לוקחים
 5 ממני את השטח שלי כדי לתת למישהו אחר. על פגיעות כאלה אי אפשר לפצות. לכן לא היה נוח
 6 לממשלה בנוסחת עלות תועלת להתמודד עם פגיעה כזו. מדובר בהפליה, ביזוי, זלזול.
 7 בקונטקסט הזה אבקש להעיר כי אנו ברמה הקונספטואלית חושבים ובמידה והחוק יצלח את
 8 המבחן כן סמכות לא סמכות, בהנחה שנעבור את השלב הזה ואני מקווה שלא, אנו סבורים כי
 9 החוק צריך לעמוד במבחני המשפט הבינלאומי בין היתר במיוחד תקנה 43 לתקנות האג. כאשר
 10 המקורות הם רבים שהבהירו כי מהותו של המשפט הבינלאומי ההומניטרי הוא כבוד האדם,
 11 מקריאה. פרופ' ברק גם התייחס לכך בספרו וקבע את שקבע לגבי כבוד האדם, מקריאה.
 12 אעבור לנושא התכלית ואני כמובן אתייחס ל- 5 התכליות כפי שהוצגו על ידי עו"ד ארנון. אטען
 13 במסגרת זה כי כל אחת מהן איננה תכלית ראויה המצדיקה פגיעה בזכויות האדם. אנו טוענים
 14 כי יש לבחון את תכלית החוק לא רק ברמה של היקף ההגנה על הזכויות אלא גם ברמה של
 15 תכלית לפי תקנה 43. אומר כבר כעת כי אין זה מקרי שלא הובאה שום פסיקה שתומך בתכליות
 16 כפי שהובאו על ידי הממשלה. לא אעבור על הפסיקה שמצביעה על תכלית ראויה, יש בהם הגנה
 17 על זכויות אדם והם תשתית של אנשים שמבקשים להגן על זכויותיהם. אזכיר כי יש מספר
 18 פסי"ד שביהמ"ש בחן את תכלית החקיקה לא רק החלטות מינהליות גם במבחן המשפט
 19 הבינלאומי. אפנה לבגצ 6659/06, בעניין המסתננים מקריאה. אעבור לבחינת התכליות אחת
 20 אחת:
 21 התכלית הראשונה לפי הממשלה, היא הכשרת מבנים אשר היו "פגמים חוקיים" בהקמתם
 22 לרבות חריגות בקרקעות פרטיות. הלכה למעשה זה בעצם מכשיר דברים לא חוקיים. הממשלה
 23 אם נתנה יד בצורה זו או אחרת ידה, זה לא הופך את העבריינות ללגיטימית. היא מכשירה
 24 פגיעה בשלטון החוק. ניתנה הוראה ופגיעה במאוזנים של פלסטינים. יש לנו אספקט של פגיעה
 25 בעקרון ההפרדה. זה בא על מנת לחכשיר גזל לפי המשפט הבינלאומי. זה מתנגש באופן חזיתי
 26 גם עם המסגרת המדינית וגם עם שלטון החוק ועקרונות שיטות המשפט הישראלי. התכלית
 27 השניה מדינית לאומית, בהגינותו אמר עו"ד ארנון כי זו שאלה פוליטית מדינית שנתונה
 28 למחלוקת ציבורית. בבוקר הוא ציין הלכה למעשה כי אין פסול בלקדם מטרות פוליטיות דרך
 29 המשפט, כך שאנו נופלים הישר לתכליות פוליטיות. אין פסי"ד אחד של ביהמ"ש הגורמים
 30 לפגיעה בזכויות אדם לגבי תכליות פוליטיות כאלה. הפוליטיקה יכולה להשעות זכויות אדם.
 31 כאשר כל המערכת אומרת לעשות ההיפך לשמור על האדם מהשלכות פוליטיות. כאן הקונטקסט
 32 לגמרי הפוך. עוד מבהיר עו"ד ארנון כי התכלית הפוליטית בקונטקסט כזה הופכת ללגיטימית כי
 33 היא חוקקה בחוק של הכנסת. ושוב, יש כאן הבנה מוטעית למשמעות של בחינת חוקתיות
 34 והמדרג שאנו עומדים בפתחו. הקונספציה הזו מרוקנת מתוכן גם את מבחן התכלית. כל תכלית
 35 הופכת לראויה וזו מסקנה שבלתי מתקבלת על הדעת. אם נרצה לשנות את כל הקונספציה
 36 הנוכחית הנוהגת. עניין לנו בתכלית חזיתית, יש פסיקה ענפה של ביהמ"ש כולל המשפט
 37 הבינלאומי. התכלית השלישית לפי הממשלה זה אחריות שלטון למותן פתרון למתנחלים או

1 לחלק מהם. נשאלת השאלה האם זה לגיטימי? אני משיבה שלילי. לגבי גזל הקרקעות גם
 2 התשובה שלי היא שלילית לכך. ייצגתי בתיק אחר של משפחה אחרת. לא ראיתי את האחריות
 3 השלטונית שם, אלא ההיפך. בגז נאסר 8300/03 בנושא הטבות מס לתושבי עזה, הוא פוגע
 4 בעקרון השוויון. ושוב, אין פס"ד וזה לא מקרי שלא היו הפניות לפס"ד שהכשירו עד כה הפקעת
 5 קרקע פרטית. אין פס"ד שקובע כי הקמת התנחלות משיקולים פוליטיים היא לגיטימית לצורך
 6 כל מעשה. הלכה למעשה עד כה באופן עקבי הפסיקה הלכה לפי תקנה 43 בכל הקשור לנושא
 7 הקרקעות. התכלית הרביעית, מטעמים כלכליים טוב למדינה להפר את התכלית בעניין
 8 הפלסטינים. זו התכלית שיכשיר גזל הקרקעות והתנהגות לא חוקית. הפסיקה קבעה כי שיקולי
 9 העלות הכלכלית והמינהלית חברי אמר מי צריך דיונים של שנים, זה גם אינו מהווה תכלית
 10 ראויה לפגיעה באנשים אלו. אם נקבל את ההגיון של הממשלה בעניין זה הרי גזל יכול להיות
 11 לתכלית ראויה אם הוא כדאי מבחינה חוקית. זה מרחיק לכת שלא נאמר מוגזם באופן חזיתי
 12 ביותר. אי אפשר להתעלם גם מתוך תכלית זו מהגישה המבזה המזלזלת והמשפילה. אני לוקח
 13 אני כופה אני אשלם לך ושלום לך, זה לא עובד. לא במבחן המשפט החוקתי ולא במבחן
 14 הבינלאומי. התכלית החמישית מה שנקרא בפי הממשלה "כשל שוק". הממשלה אומרת כי
 15 הפלסטיני לא יכול לגשת לקרקע שלו לא יכול להשתמש בה. יש מניעה חוקית ברשות
 16 הפלסטינית למכור קרקע בתנאים כאלה לכן אנו צריכים אותה. הריבון הישראלי מחליט בעניין
 17 זה.

18
 19 כבוד המשנה לנשיאה חי מלצר: גם בארה"ב. נניח שיש 2 חלקות בבעלות המדינה ויש ביניהם
 20 100 מטר בבעלות פרטית. אם אפשר לנהל מו"מ ומותר היה לפלסטיני למכור זאת ואפשר היה
 21 לעשות מו"מ מסחרי, לא היתה בעיה. אך הם טוענים כי מאחר ויש סנקציה נוראה נגדו אם הוא
 22 ימכור זאת, אז זה כשל השוק שהם מדברים עליו. בארה"ב ללא קשר לכך, בדיוק עלתה שאלה
 23 כזו, ביהמ"ש העליון שם קבע כי בסיטואציה כזו אם מסיבה כזו או אחרת משהו לא רוצה
 24 למכור בין 2 חלקות אפשר לכפות הפקעה ולשלם פיצויים עודפים מהרגילים. מה תשובת גבירתי
 25 על זה?

26
 27 עו"ד בשארה: בקונספט של הגדה המערבית זה לא פועל.

28
 29 כבוד המשנה לנשיאה חי מלצר: יש הוראה כזו שמי שמוכר קרקע ליהודי דינו מוות!

30
 31 עו"ד בשארה: לא, אין הוראה כזו.

32
 33 כבוד המשנה לנשיאה חי מלצר: אז איזו הוראה יש?

34
 35 עו"ד בשארה: לא יודעת לא אמרתי זאת. אני אומרת בזהירות אולי יש מגבלות. לא גזר דין
 36 מוות. הלכה למעשה, ולא משנה מה הסיבות שפלסטיני לא רוצה למכור למתנחל מסיבה חוקית

1 או אידיאולוגית או פרקטית, עצם זה שכשל שוק משמעו שאם פלסטיני לא רוצה למכור ולא
2 משנה למה אני כופה עליו לפי החוק הישראלי.

3
4 כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר: גבירתי לא עונה. למשל אם רוצים לפתח שדה תעופה למשל או
5 כביש או גן ציבורי, אומרים אני לא רוצה, למה? ככה. נקבע כי אדם כזה שלא רוצה לעשות זאת
6 אפשר לכפות עליו למכור. גבירתי תתייחס לזה.

7
8 עו"ד בשארה: אנו מדברים על משטר מערך נורמטיבי שונה. אנו לא מדברים על פלסטינים שהם
9 אזרחי המדינה וגרים בשטחה שאולי יש הצדקה ואולי לא. אנו כאן מדברים על דבר שונה, חוק
10 ישראלי שכופה עלי הפלסטיני. לפיל אותו הגיון של כשל שוק, ניתן יהיה להפקיע את רוב
11 הקרקעות במזרח ירושלים.

12
13 כבוד השופט י' עמית: גבירתי כל הזמן טוענת כאילו זה התייחסות פני עבר. ברור כי החוק הזה
14 לא טוב. אומרים כי החוק הזה הוא הברירה הפחות גרועה מכל הברירות הגרועות. הם אומרים
15 את הדבר הבא: אנו לא הולכים לגזול כי כבר עשינו את זה, אני אומר זאת בצורה בוטה. דהיינו
16 תבעלות של הפלסטיני רוקנה מתוכן כי אנו יושבים שם. זה קרה אך זה קרה לא בסדר. אנו
17 אומרים במצב כזה האם זה קשור לעוצמת הפגיעה הקניינית? האם במצב כזה כאשר החוקה
18 והשימוש של הפלסטיני רוקנה מתוכן האם זה לא מצמצם את עוצמת הפגיעה הקניינית?

19
20 עו"ד בשארה: לא, זה מוסיף חטא על פשע, או פשע על חטא, זה המצב.

21
22 כבוד השופט י' עמית: אין היבט פרגמטי בענין זה. אם לי לא יהיה גם לך לא יהיה?

23
24 עו"ד בשארה: קשה לי לדבר על זה כאשר אנו מדברים על הפרה בוטה, של זכויות חירותיות.
25 הפרגמטיקה לא יכולה לגבור על זה. בוודאי לא בקונטקסט הזה של הגדה המערבית. לפי אותו
26 הגיון קבלן בעפולה לא רוצה למכור לערבי אז מה נעשה נפקיע את הקרקע?

27
28 כבוד השופט י' עמית: אנו בעניין אחר כאן.

29
30 עו"ד בשארה: מה עושים בחוק הזה? אין תשובה. זה פועל אך ורק חז צדדי. חוט השדרה
31 שמאפיין כל הליך של היעון הזה זו השפלה וביזוי ולא אכפת לנו מכלום. אכפת לנו ואנחנו
32 יכולים. הנסיון של הממשלה להיתלות במצב שהיא יצרה אותו באופן בלתי חוקי וגוזל ולכן זה
33 לא מתקבל על הדעת. הלכה למעשה כל התכליות האמורות מלבד ולא אחזור שאין להן אחיזה
34 בפסיקה הישראלית או במשפט הבינלאומי אומרות באופן ברור, אני מכה מכה אחת והיא
35 תופסת הכל: דרסטיות, הפיכת הפלסטיני לאובייקט אני יכול לשלול ממנו, אין להם שום
36 אחיזה. תכליות אלה קיצוניות ביותר ואינן מוצדקות. קונספציה כפי שנטענה רק פה מייצרת
37 דומיננטי של קבוצה אחת על האחרת. זה מכניס אותנו למצב של מצבים שיכולים להגיע

1 לפשעי מלחמה. האם צריך לומר כי תכלית החוק היא לגיטימית? התשובה היא לא, בשום פנים
2 ואופן.

3
4 עו"ד יקיר: חוק זה הוא לא לגיטימי. במקרה הזה זה מקרה כה חריג שביהמ"ש צריך לעצור
5 בתכלית הראויה ובערכי מדינת ישראל מרכיבים שבד"כ הוא מדלג עליהם במהירות. תכלית
6 ראויה בד"כ נמצאת ברמת הפשטה שהיא, וחיי במדינת ישראל כפי שהדגישו, מעולם ביהמ"ש
7 לא העמיק בהם. חברתי הרחיבה לגבי התכלית הראויה, אוסיף כמה משפטים. חברי מציין 5
8 תכליות והוסיף עוד 2 בטיעונו היום. חברי עו"ד הלמן חילק את זה לתכלית ראויה ושאיננה
9 ראויה. הראשונה תכלית של מתן פתרון לבעיה של המתנחלים, אותם חילק עו"ד הלמן לתכלית
10 לגיטימית לגבי אלה שפעלו בתום לב, ולגבי תכלית לא לגיטימית באשר לאחרים. חברי הודה כי
11 לא ניתן להוכיח אם היה תום לב או לא, לכן התכלית הזו נופלת.

12
13 כבוד השופט מ' מזוז: מה לגבי השינויים שחללו. מי שכאשר רכש זכויות מדובר היה בקרקעות
14 מדינה החזקה היא שחוא רכש את זכויותיו, אם בבוא העת מסתבר כי היא מחוץ לקו כלומר לא
15 צריכה להיות קרקע ממשלתית, זה יותר לפחות חזקה מאוד חזקה כי זה בתום לב להבדיל
16 ממקרים אחרים שגם בזמן אמת קשה להוכיח כל שכן לאחר כ"כ הרבה שנים. שמענו כי זה
17 שליש המקרים.

18
19 עו"ד יקיר: זה מיעוט משמעותי, מיעוט לא מבוטל אך עדיין מיעוט. הרוב לא שייך לזה או חסר
20 תום לב באופן מובהק. שהמועצה המקומית והקבלנית אמרו הבה נתחכמה ונתיישרה. לכן ברור
21 כי הם אינם תמי לב. כפי שאמר עו"ד ארנון היה להם יסוד סביר להניח כי בבוא העת
22 ההתיישבות הזו תוסדר. התכליות האחרות לא רגישות כלל לזכויות אדם, התכלית של החסכון
23 הכלכלי. לאחר שביהמ"ש קבע כי זכויות אדם שוות כסף. כאן בא הטיעון כי זה ההיפך. עו"ד
24 ארנון אמר כי תכלית אחת זה הצפת בג"צ בעתירות זו תכלית ראויה אך איננה יכולה להצדיק
25 זכויות אדם, הגינות שלטונות וצדק חלוקתי זה חד צדדי והיא לא יכולה להוות תכלית ראויה
26 בפגיעה קשה. ההגינות מצד אחד ואי ההגינות כולה מופנית לצד השני. זה מקרה קיצון בו הדיון
27 החוקתי יכול להיעצר כאן או כפי שחרבנו בעתירות לגבי מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית,
28 כמדינה יהודית. קשה לדבר על ענין דמוקרטי כאשר אנו נמצאים בכיבוש ולמעשה זה מתייחס
29 גם לשטח הכבוש. לגבי דברי עו"ד הלמן כאילו יש הבדל בהיקף הזכויות גם אם חוק היסוד חל
30 בגדה המערבית היקף הזכות לקניין קטן יותר מאשר בישראל.

31
32 כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר: לא, חברך אמר בדיוק הפוך.

33
34 כבוד השופט מ' מזוז: הוא עשה השוואה לתושבי עזה שקיבלו את הזכויות מכח הזמניות.

35
36 עו"ד יקיר: בכל מקרה זו בעייתיות. הטיעון הזה הוא לטובת מרשי. במישור העיוני אני רואה
37 בזה בעיה. יש משטרים ודרגות שונות לגבי זכויות אדם. זה משנה את הזכויות בין ישראל לגדה.

1
2 כבוד השופט ע' פוגלמן : מה שעו"ד הלמן אומר כי התושבים מוגנים. הלכו ומשכו את התושבים
3 הישראלים כמו בזיאדה. אדוני טוען נגד זה?

4
5 עו"ד יקיר : לא, אני בוודאי לא טוען נגד זה.

6
7 כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר : אדוני מסכים כי חוק היסוד חל פה?

8
9 עו"ד יקיר : כן.

10
11 כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר : אם הוא חל וזכות הקניין אדוני מתווכח על הטענה כי לתושבים
12 אלה יש זכות קניין חזקה יותר כי הם מוגנים. איך אדוני מתנגד לזה?

13
14 עו"ד יקיר : אני לא מתנגד לזה בוודאי. חברי עו"ד ספרד גם יטען. יש קושי כאן בעניין מדרג
15 זכויות.

16
17 כבוד השופט מ' מזוז : לגבי ההתייחסות לזכויות המוקנות לתושבים בשטחים בין אם זה כתוב
18 או לא, חתנאי הוא זמני. לעומת זאת זכויות של תושבים מקומיים חן זכויות קבועות ולא
19 זמניות. לכן זה לא חייב להיות על בסיס קבוצות אלא על בסיס של מקור הזכות.

20
21 כבוד הנשיאה א' חיות : כדי לסגור את העניין הלא רלוונטי הזה בעיני, כל מה שעשה עו"ד הלמן
22 זה להזכיר מה נפסק בענין חוף עזה. הוא לא חידש דבר וזה לא רלוונטי בהכרח לענייננו. אדוני
23 יתקדם עם טיעונו.

24
25 עו"ד יקיר : לגבי עמדתיות נטענו הטענות ולא אחזור עליהן.

26
27 עו"ד ספרד : אתמקד באותו חלק שעו"ד הלמן וארנון סבורים שהוא מיותר, בכל זאת לדעתי
28 יש לו נגיעה מסויימת לדיון כאן. יש לי חבר שהיה לקוח הפך לחבר שמו מוחמד חטיב הוא בגילי
29 יותר צעיר ממני. אני השתתפתי בבחירות 8 פעמים והנורמות שחלות עלי ועל משפחתי. חברי לא
30 הצביע פעם אחת בחייו למחוקק ריבוני שיוכל להגן על זכויותיו שיוכל לקבוע באמצעות הנציגים
31 שלו את הנורמות בחייו. לי יש זכויות יש לי זכויות רבות שנקבעו בפסיקת בימ"ש זה ולו יש רק
32 דבר אחד, המשפט הבינלאומי. אם אנו נשים את הענף הזה בצד, כפי שמבקשים חבריי, אנו
33 חוטאים למצב הנוהג. לכן אומר משהו על סמכות הכנסת, תקנח 43 לתקנות האג לא מפרטת מי
34 היא המעצה הכובשת. אני סבור כי גם הכנסת יכול לשנות את הדין המקומי בשטח הכבוש, אבל,
35 ולזה יש רק 2 מודלים אפשריים : או שהכנסת נוטלת מהמפקד הצבאי את הסמכות הזו, והיא
36 רשאית לכך. אבל אז מקור הסמכות שלח לקבוע את הנורמות בשטח המוחזק זה המשפט
37 הבינלאומי. במקרה הנוכחי כדי להסדיר תחום מסויים ספציפי, אני אומר כי הכנסת כאשר היא

1 לוקחת מהמפקד הצבאי ועל פי המשפט הבינלאומי הוא אמור לעשות זאת, מסיבה פשוטה, כי
 2 למפקד הצבאי יש קשת של שיקולים מצומצמת. הוא רשאי לשקול בטחון לטובת האוכלוסיה
 3 הנכבשת אלו 2 הקטבים לעומת זאת למחוקק קשת רחבה יותר, ולכן המשפט הבינלאומי הוא
 4 אנטגוניסטי שמי שיטון את סמכות החקיקה יהיה המחוקק של המעצמה הכבושה. לכן כאשר
 5 הכנסת פועלת לא כריבון שלנו אלא כמחוקק בשטח התפוס המוחזק הכבוש, אז היא נוטלת על
 6 עצמה את המגבלות של תקנת האג ואמנת ז'נבה. היא לא יכולה ליטול לה את הסמכות. לפי
 7 פס"ד בנק מזרחי נקבע כי המודל שלנו לגבי מה מקור סמכות הכנסת? שהיא מחוקק כל יכול.
 8 היא לא מוגבלת אלא אם היא מגבילה עצמה. היא יכולה לומר שהיא משנה את כלל הזיהוי,
 9 אני משנה את נורמת הבסיס. אני קובעת כי מהיום אני זו שמחוקקת וקובעת את הנורמות
 10 בשטח הכבוש. הכנסת עשתה זאת ברמת הגולן. לא הכנסת עשתה זאת אלא הלקוחה של ד"ר
 11 ארנון עשתה את זה במזרח ירושלים, הוא לא צריך את הכנסת בשביל זה. הלקוחה שלו יכולה
 12 לקבוע כי היא משנה את נורמת הבסיס בשטח הכבוש, זה נקרא סיפוח. לכן אחת מהשתיים,
 13 בעניין זה אי אפשר להתחמק ועל ביהמ"ש להיכנס לזה. כי אחת מן השתיים, או שהכנסת פעלה
 14 כאן כמחוקק מכח הסמכות של תקנה 43 ונאמר בהמשך מה זה אומר והיא כפופה לדיני
 15 הכיבוש, או שהיא שינתה את נורמת הבסיס כפי שעשתה בחוק רמת הגולן. אלה 2 המודלים, אי
 16 אפשר לפסוח על הסעי'. לגבי חברי חטיב, נמצאים כאן ראשי מועצות שונות, כולם אנשים שאנו
 17 ייצגנו לאורך השנים, גם זה חייב להיאמר. נוצר מצב כי אנשים תמי לב פתאום בא צוות ושינה
 18 את העסק. הציבור של צוות קו כחול הוא תוספת מאוחרת לסיבה היחידה שבגללה נחקק חוק
 19 זה. חוק זה נחקק בגלל מה שקרה בכפי שצינו בעתירתנו מעמי' 11 או 12 לעתירתנו לא זוכר. זה
 20 מתקרב ל- 100 מקרים שראשי מועצות פנו אלינו עורכי הדין ואמרו כי מישהו ישב על אדמתם.
 21 הסיפור הזה לגבי המקרה הפרדיגמטי שהחוק אמור לחול עליו זה 100 מאחזים ושכונות שנבנו
 22 מחוץ לתחום השיפוט של מאחזים וזה נעשה בכוונה ולא פעם בשיתוף הפעולה של הרשויות.
 23 עו"ד רויטמן מייצג את העבריינית מסי' 1 שם נבנו עמונה ועופרה. הוא אומר בלי למצמץ כי
 24 הקרקעות עומדות שוממות. שגם במקרים בעמונה למשל האנשים לא חזרו לקרקע. למה לא
 25 חזרו לקרקע? כי לא נתנו להם זאת. ישנם כאלה שחזרו למשל בקדום, בסינגייל, בסילוואת,
 26 בגיאבא. יש מקומות שאנשים חזרו אליהם. גם אם יוכיחו לי באותות ובמופתים כי אנשים לא
 27 חוזרים האנשים הללו רוצים את הבעלות שלהם ואת זכויותיהם. גם אם הזכויות קובעות כי
 28 כרגע זה על הנייר, אין להם בעיה עם זה, זה מה שהם רוצים. כאשר אנו כופים עליהם את
 29 ההפקעה הזו, אנו פוגעים בהם. בהנחה כי אין כאן סיפוח ואין שינוי של נורמת הבסיס, אנו
 30 נמצאים במציאות שבה החוק חייב לעבור לא את מבחני החוקתיות של חוק כבוד האדם
 31 וחירותו אלא גם בראש ובראשונה של המשפט הבינלאומי או בדיני התפיסה הלוחמתית. כי אז
 32 יש שלטון איננו דמוקרטי אין הפרדת רשויות יש מפקד צבאי ששולט על חייהם של האנשים
 33 וזה יכול להמשיך 51 שנים כפי שנציין אותם בשבוע הבא. כל זה בנוי על 3: המטרה והתכלית
 34 של הדינים הללו לצד הצורך הבטחוני צבאי כמובן. הראשון, שמדובר במצב זמני והעקרון אומר
 35 שיש לשמר עליו. העקרון השני זה שמדובר במשטר נאמנות, המפקד הצבאי מחוייב לבטחון של
 36 אזרחיו אך מעבר לכך הוא מחוייב לטובת האוכלוסיה המקומית שהיא מוגנת בשטח הכבוש.
 37 לכן כל החלטתו חייבת לעבור את המבחן שאלה 2 השיקולים שנשקלו. כפי שנאמר בפס"ד

1 אסכאן פרופ' ברק כתב על כן את שכתב, מקריא. כך שמסגרת הדיון שלנו היא זו, וכאשר אנו
2 מגיעים אליה וכיוון שאנו במשפט בינלאומי כללי הפרשנות שלנו היא מדיני האמנות סעי' 31
3 הקובע כי הכלל הראשון הוא המטרה והתכלית של השדה המשפטי. לכן כאשר אנו באים לפרש
4 את מסגרת ההגנה שמעניקים דיני התפיסה הלוחמתיים לקניין של התושבים המוגנים שם אנו
5 רואים במלוא תפארתו את האופן שבו דיני התפיסה הלוחמתיים מבקשים למנוע מהמפקד
6 הצבאי לחרוג משתי תכליות אלה. ד"ר ארנון נשא מעל ליכולתו כדי לערפל ולעמעם בדברים
7 שכתב את המסגרת הזו שכוללת את תקנה 46 לתקנות האג אוסרות הפקעה באופן קטגורי, תקנה
8 52 ועוד מספר סעי' בהאמנת ז'נבה. הגשנו רשימת אסמכתאות לפי הנושאים שאני טוען.

9

10 כבוד השופט מ' מזוז: הגשתם עיקרי טיעון!

11

12 עו"ד ספרד: הגשנו עיקרי טיעון והפנינו למה שקראנו בתגובת המדינה. בדיני התפיסה
13 הלוחמתית אומר חברי שהם מאפשרים הפקעה בתמורה, ומה שתקנה 46 אומרת זה לא הפקעה
14 אלא החרמה שלא בתמורה. מה עוד אומר חברי? אלה מבצעות 2 הבחנות: שימוש ברכוש האם
15 הוא פרטי או ציבורי, והשניה האם הנטילה שהיא הכוללת לכל סוגי התפיסה החרמה היא
16 זמנית או קבועה? הדינים אוסרים על נטילת רכוש פרטי באופן קבוע נקודה. הם מתירים נטילת
17 רכוש פרטי באופן זמני רק לצרכי בטחון. דברים אלה הולכים אחורה עד לליבר, כפי שפורסם
18 במלחמת האזרחים בארה"ב. שם כל ההדגשים ואח"כ בחצרת בריסל מ-1984 ואח"כ בתקנות
19 האג ובספרות של וונג ושוורצנברג, או זמני. ברור כי כאשר מותר ליטול חזקה, צריך לשלם.
20 השאלה מתי אסור לקחת נגזרת מהרכיבים? מקריא. אותו דבר יש לנו בהצהרת בריסל,
21 ובתקנות האג תקנה 46. תמיד התקנה שלאחר מכן עוסקת בביזה. שלוקחים רכוש לא משלמים
22 עליו וזהו. אנו לא מדברים כאן על ביזה אלא על ההפקעה. אומר לנו בליין, שהוא הראשון שכתב
23 את הספר המקיף בשנת 1960 ומשחו, כתב את אשר כתב, מקריא. אלה דברים שהם א-ב. אני
24 עובר עליהם כי חברי הקדיש לזה מאמץ ואני חייב להשיב. הכללים ברורים מותר לקחת רכוש
25 לצרכי בטחון באופן זמני. פס"ד גיוחה, השופט שמגר אישר תפיסה לצורך שיכון חיילים שם
26 נקבע כי מדובר בצורך צבאי ולכן מותר לתפוס אבל בצו התפיסה לא היה תאריך תפוגה. לכן
27 ניתנה הוראה למפקד הצבאי לשנות את הצו באופן שיהיה לו תאריך תפוגה חייב להיות זמני.
28 אוסיף כי נכון שאסור להפקיע, אסור ליטול את הזכויות באופן קבוע, ובענייננו אופן קבוע זה
29 ללא תאריך פקיעה, אך יחד עם זאת מקובל, ועל זה רוב פסה"ד שחברי מפנה אליהם עוסקים
30 בכך. מקובל כי כאשר מפעיל המפקד הצבאי את הדין המקומי אם יש לו הפקעה שם לצרכי
31 ציבור מותר לו להשתמש בכך. אנו מכירים את התיקים של 443 וכו', אבל כאן, נכנסים לפעולה
32 אותן עקרונות יסוד מטרה ותכלית של דיני התפיסה הלוחמתית. את ההפקעה לצורכי ציבור
33 אפשר לעשות רק לצורכי הציבור הנכבש וזו היתה עמדת מדינת ישראל וביהמ"ש העליון עד
34 היום וזו עמדת היועץ המשפטי עד היום. לא אקריא יש הרבה, אם זה בפרשת כביש העוקף
35 בנביא אליאס, השופט סולברג בדק ואמר כי זה ישרת גם את האוכלוסיה הפלסטינית, גם לגבי
36 כביש 443 שאפשר להשתמש בשטח מופקע רק לצרכי האוכלוסיה הישראלית ולכן זה לא פוסל
37 את ההפקעה, אך זה בוודאי לא הציבור שהתכוון בית המשפט הבינלאומי. לדעתי אין בפנינו

1 הפקעה לצרכי ציבור בכלל, מה שיש בפנינו זו הפקעה לצרכי יחיד ולא לצרכי ציבור. לוקחים
 2 ממוטא כדי לתת למשה. לוקחים מאיברהים כדי לתת לאברהם, אלה אנשים שגרים שם. אנו לא
 3 עושים הפקעה כדי שהציבור בעתיד יוכל להתחרות על קניית הדירות. צויין פס"ד קלו לא
 4 מתאים לעניננו כי שם הסרבן הגיש את העתירה וזה הגיוני, אך שם בפסה"ד לא זוכר איזו
 5 מדינה היתה. שם הפקיעו שכונה שנמצאת במצב של הזנחה נוראית ופשיעה נוראית ונכסים שאי
 6 אפשר לשפץ אותם. היו אחד או שניים שנכסיהם היו בסדר והגישו עתירה. מסתכלים על החלטה
 7 שצריכים להיות זהירים בעניינה.

8
 9 כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר: בעברית תקנית זו הנסגה.

10
 11 עו"ד ספרד: כאן יש החלטה לבצע שידרוג של אזור העיר שמושך את כל העיר למטה, ולייצר שם
 12 את הפלטפורמה שתאפשר לאוכלוסיה חלשה זו לעלות. פסה"ד בעניין הוואי האווינג שם גם כן
 13 המצב היה שאוליגבול החזקה של אדמות ש – 22 בעלים מחזיקים באדמות החליט המחוקק
 14 לעשות מכירה כפויה לדיירים שגרים שם וביהמ"ש אישר זאת. אך זה כדי לפרק מצב של פגיעה
 15 חלשה. כאן אנו מדברים על אוכלוסיה אחרת, אנו נותנים לחזקים את הזכויות של הרכשו של
 16 החלשים. נכתב כי מסוכן מה שהם עשו בקאלו, זה נחתך ב – 5 מול 4. די לנו דעת הרוב כדי
 17 לומר כי כאן יש מקרה שאנו לוקחים מ – א' לנותנים ל – ב'.

18
 19 כבוד השופט ע' פוגלמן: אם היה זה כביש גישה להתיישבות ישראלית עם זה כן אדוני היה
 20 מסכים?

21
 22 עו"ד ספרד: התשובה היא כן. יש לנו את פקודת הקרקעות שקובעת לנו מהם צרכי ציבור, כאן
 23 זה אינטרס פוליטי, לגיטימי אך הוא לא עומד בכללים הבסיסיים של דיני ההפקעות. אחד
 24 מחבריי אמרו היום ככה זה בהפקעות, היום מפקיעים ממני לטובת הכלל מחר אני ארויח. זה
 25 נכון שכולנו ישראלים ויש בינינו סולידריות של חברה אחת אנו מחליטים מהם הכללים
 26 להפקיע אנו יחד שולחים את הנציגים שלנו יום אחד אני אתרום שכם ויום אחר אתה. כאן, לא
 27 מדובר באותו מצב. כאן ישלמו עליה האנשים שלא מצביעים לכנסת. גם פוליטית זה נוח אך זה
 28 לא מוסרי ולא חוקי מבחינת המשפט הבינלאומי. אומר את מה שלא השלמתי קודם כאשר
 29 אמרתי כי אם הכנסת מחוקקת מכח המשפט הבינלאומי היא יכולה לעשות זאת והיא כפופה לו
 30 נקבע כי הדין המקומי לא יכול לסתור את דיני התפיסה הלוחמתית, תקנה 43. חקיקה קיימת
 31 שפוגעת בזה נבצר לנו לקיים אותה. אם נניח בשטח הכבוש יש חוק שמפלה באופן ברוטלי וברור
 32 בין נשים לגברים. נניח נותן ענישה מקלה על רקע כבוד המשפחה המחוקק לא יכבד זאת.
 33 בוודאי אי אפשר לחוקק חוק חדש שיכול לסתור את הדין הבינלאומי. גם סעי' 64 לאמנת זינבח
 34 לגבי הכח בתיקים פליליים שאמורים להיות גם בבטחוניים אצלנו זה התרחב, ושם גם
 35 הקומנטר מדבר על כך שהחקיקה חייבת לעמוד בדרישות ובאיסורים ובמגבלות של דיני
 36 התפיסה הלוחמתית. המטגרת הנורמטיבית והתכליתית של דיני התפיסה הלוחמתית הם גם מה
 37 שחולשים על השאלה מי היא האוכלוסיה המקומית! לא אכנס לזה לאחר שכב' הנשיאה קבעה

1 את שקבעה בפרשת זיאדה. יש הלכות שקובעות כי המינוח אוכלוסיה מקומית איננו מינוח
 2 משפטי. אנו נותנים לו הסבר משפטי. ברור כי זה כולל גם את האנשים הישראליים וכל מי
 3 שנמצא שם. אך בהקשר של הפקעה, אנו נכנסים לעולם של טובת האוכלוסיה המקומית שהיא
 4 הנחלשת היא המוגנת. אמנת ז'נבה ואני יודע כי מ – 1993 אנו לא שואלים האם ההתנחלויות
 5 חוקיות אך אומר כי לא לקחו בחשבון את התושבים שנמצאים בשטח הכבוש. דבר נוסף הוא
 6 שחברתי עו"ד בשארה נגעה לגבי הסוגיה בקפריסין. חברי עט אליו כמוצא שלל רב, כפי שאמרה
 7 חברתי לא מדובר בתקדים אלא החלטה. המדברת על קבילות של תיק עסק בהפקעת נפקדים
 8 בשונה מאלה שנוכחים שם. הוא עסק בהפקעה שזה כמה שנים האזרחים שם לא היו במקום.
 9 המגוון שם בניגוד למגוון שלנו, כלל שימוע, טיעון ואת שיקול הדעת למי שמחליט על הפקעה
 10 או לא, לא להפקיע ולהחזיר בעין ולא לתת פיצויים. כלל גם איזה פיצויים. לכן כל פס"ד
 11 קפריסין לא שייך לענייננו חוץ מזה שהיא לא רחוקה מאיתנו כאן. אוסיף ואומר כי אי אפשר
 12 לסיים את הדיון הזה מבלי להזכיר וזה לא פרובוקציה להראות כמה האמנה מתייחסת למי
 13 שנמצא בשטח כבוש, ההתייחסות היא בעניין העבירות הבינלאומיות והן מבטאות את הסלידה
 14 מהנטילה הלא חוקית הזו. הזכרנו 3 עבירות שקיימות באמנת האג וז'נבה, הן נקבעו במסגרת
 15 קבוצה מצומצמת: ההחרמה – זו נטילה. היא המילה הנכונה, זה לא משנה איך זה נעשה. ברגע
 16 שהנטילה הזו נעשית באופן שאינו עומד בכללי המשפט הבינלאומי היא הופכת לעבירה פלילית.
 17 עבירה נוספת מתונה יותר של נטילה חד פעמית, לא נרחבת. אך החשוב בעיני הוא העבירה
 18 שנקבע בסעי' B 8.2 – 14 רומי. מקריא את הסעי' בתקנות האג. הדוגמה היחידה לפי הספרות זה
 19 חוק ההסדרה, חוק הקובע שיינטלו הזכויות של אזרחי השטח הכבוש. זה לא אנחנו שנוטלים
 20 בצורה כזו או באופן גורף את כבשת הרש. אנו לא אמורים להיות אלה שעושים זאת. אנו
 21 אמורים להיות אלה שמנסים להביא לסיום האנומליה הזו שאנשים חיים בצורה כזו כ"כ הרבה
 22 שנים. זה לא תפקידו של ביהמ"ש אך תפקידו של ביהמ"ש הוא להגן על האנשים הללו.

23
 24 עו"ד סוריא בשארה: אטען כי הטיעון יישמע מפי אחד המבקשים שנמצא כאן, פרופ' קשצ'מר.
 25 כונני הטענות של הממשלה והיועץ המשפטי לממשלה כללו טענות בצורה נרחבת.

26
 27 כבוד הנשיאה א' חיות: לא נוכל לאפשר זאת. כתבתם את הטענות בצורה ברורה. קראנו את
 28 החומר. אם גבירתי רוצה להוסיף ונוכל.

29
 30 עו"ד סוריא בשארה: אין לי מה להוסיף.

31
 32 עו"ד ארנון: אתייחס להערות לאו דווקא בצורה כרונולוגית. לגבי מה שאמר השופט מזוז,
 33 ביררתי זאת, ההתיישנות הדיונית לפי סעיף 20 היא של עשר שנים ולא כפי סעי' 78 היו 2 מקרים
 34 בעמותה ובגבעת האולפנה. זה הסעי' של התיישנות דיונית.

35
 36 עו"ד ספרד: התחלנו את העניין הזה לפני יותר מ – 10 שנים.

37

1 עו"ד ארנון: ביחס לדברים שאמר ב"כ היועץ המשפטי לממשלה ש – 2/3 מהמקרים לא נותנים
 2 פתרון ויש את טענת השיהוי וכביכול העניין אך יוסדר אך יונפק, סוג של פתרון, אני רוצה לומר
 3 כי הקפאת המצב זו הבעיה. אנו כמערכת נשלים עם מצב לא חוקי לעולמי עד. אנו גוזרים על
 4 אנשים אלה חוסר יכולת להתקיים לסגור מרפסת להתגרש או למכור הזכויות שלהם. השב ואל
 5 תעשה הזה למעשה הוא הבעיה, הוא מנצית זאת ומגלגל זאת הלאה. את זה הכנסת מבקשת
 6 לפתור. את העובדה כי דווקא המציאות של חוסר ההסדרה היא הבעיה. לגבי זכויות קניין
 7 בעלות זכויות מדרג שונה, לגבי טענות חברי עו"ד יקיר, אני לא בטוח כי יש לקבל את ההבחנה
 8 הזו זה גם לא מה שאומרת הפסיקה. למעשה הזכויות באיו"ש של האזרחים הישראליים
 9 פחותות זה לא בגלל שדיני הכיבוש מצביעות שם על כך שהזכויות שלהם פחותות. גם לא יעלה
 10 על הדעת לטעון כי זכויות הקניין של האוכלוסיה המוגנת באיו"ש זכויותיהם הן יותר ההגנה
 11 למעשה ניתנת לאזרחי ישראל. באיו"ש לא נוטלים מהם את ההגנה.

12
 13 כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר: ננית שזה אותו דבר בדיוק כמו במדינת ישראל.

14
 15 כבוד הנשיאה א' חיות: הדיון הזה לא מקדם אותנו לשום מקום. זה נאמר אך אין לכך שום
 16 משמעות.

17
 18 עו"ד ארנון: ביחס לסעי' 3.1 אומר חברי עו"ד הלמן כי סעי' זה הפגיעה בו חמורה יותר מסעי' 3.2.
 19 אני שואל מי בעלי הזכויות הנפגעים בסעי' 3.1? הוא קובע בהתאם לדין המהותי. תורת העבודה
 20 היתה כי כאשר יש ספק, למשל לפני 20 שנה זו לא קרקע פרטית. אמרה המדינה כי היא
 21 מתמירה שאין בדל של קרקע פרטית ולכן לא יכריזו עליה ככזו. אך כאשר מדובר בקרקע
 22 שהכריזו עליה, יש לבדוק זאת. אם הקרקע רשומה זה משהו אחר. לבדוק אם יש מישהו שטוען
 23 לזכויות. אין כאן פגיעה.

24
 25 כבוד השופטת ד' ברק-ארז: אתה לא צריך להוכיח זאת תוך שנה, הרי זה רף גבוה.

26
 27 עו"ד ארנון: אדם יוכיח ויראה כי יש לו זכות להירשם כבעלים. הוא מעלה טענה כי הקרקע
 28 שלו.

29
 30 כבוד השופטת ד' ברק-ארז: גם להוכיח זכאות תוך שנה זה מאוד קשה.

31
 32 כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר: אחת מהשתיים, אם זה לא פוגע באף אחד לא צריך את הסעי'.
 33 אם מישהו יטען כי יש לו פגיעה, ממילא הסעי' הזה לא יעזור לו. יש כשל לוגי בטענות אדוני.

34
 35 עו"ד ארנון: אפנה ליישוב עילי. המדינה נמנעה להכריז עליהם.

36

1 כבוד השופט מי מזוז: בשביל מה צריך חוק אם כך? לא מספיק ששר הבטחון יתן הנחיה לגבי
2 זה?

3
4 עו"ד ארנון - יתכן, אך זו לא עילה לשנות את החוק.

5
6 כבוד המשנה לנשיאה חי מלצר: אדוני שומע את הטענות שמועלות כאן. כאשר יש אפשרות כזו
7 לא צריך את כל הסע הזה ולהגיע לבעייתיות באשר למשפט הבינלאומי.

8
9 עו"ד ארנון: גם אם שר הבטחון היה צריך לעשות ולא עשה זה לא אומר שהחוק מיותר.

10
11 כבוד השופטת ד' ברק-ארז: יש בו פגיעה מידתית. כל מקרה לגופו.

12
13 עו"ד ארנון: מישהו צריך להוכיח כי החלופה האחרת פוגעת פחות.

14
15 כבוד השופט מי מזוז: אז הביקורת לא כפופה למגבלות הביקורת החוקתית. היא מאוד
16 מצמצמת את הביקורת.

17
18 עו"ד ארנון: כן אך בטופו של דבר אם חוק חל על דברים מסויימים והחוק לא מתיר שיקול דעת,
19 אם יוכח כי בכל אותם המקרים זה היה מוצדק, העובדה כי החוק למשל היה "קשיח" לא תביא
20 אותו ללא מידתי. השאלה היא מי המנגנון שעושה זאת, אני מתקשה לראות איך איפה זה
21 מוצדק. אנו סבורים כי אין זכות פרטית. אנו טוענים כי המחוקק מנחה את הרשויות.

22
23 כבוד השופט עי פוגלמן: נציג היועץ המשפטי לממשלה אומר והוא עובד במטריה שנים ארוכות
24 שבפרק הזמן של שנה החוק מייתר את הזכות לבדיקה. נטילה סיטונית. בעוד שאם לא חיתה
25 המגבלה לא היה צריך חוק. מי שמפעיל סמכויות מנהל עליו לעשות זאת תוך בדיקה וכפיפות
26 לכל המשפט המנהלי. כאשר מדובר בחוק כזה, אנו שומעים כי המשמעות היא נטילה סיטונאית
27 בלא שום מגבלה. אנו מכירים זאת בתיקים מה קורה עט ותיקים מסוג זה. קשה לנו לא לקבל
28 את החלטת היועץ המשפטי.

29
30 כבוד השופטת עי ברוך: במובן מסויים זה חמור יותר מסעי 3.2 לכאורה.

31
32 עו"ד ארנון: סעי' 8 לחוק קובע כי הוא יקבל את הפיצוי. ההנחה היא שבשנה זו כל מי שיש לו
33 טענה תיבדק.

34
35 כבוד השופטת עי ברוך: זה לא מכשיר את הפעולה מלכתחילה. זה שבדיעבד למשל יסתבר כי
36 קרתה טעות וינתן פיצוי.

37

1 כבוד המשנה לנשיאה חי מלצר : כל 5 התכליות ואדוני הוסיף עוד 2 איך הן מתיישבות עם סעי' 1
2 לחוק?

3
4 עו"ד ארנון : ברור כי אנו בוחנים חקיקה שמחלצת מהט את מה שהחוק מבקש להגשים. מטרת
5 החוק זו שרשומה בסעי' 1. נכון שבסוף האופרציה היא הסדרה של בניה. מה התכליות? לא
6 בהכרח כתובות בשחור לבן אלא צריך לחלץ אותן מהתכליות שהצבעתי עליהן. לגבי שאלת
7 המידתיות שדיבר עליה עו"ד הלמן, בסוף יש לבחון מה עומד על הפרק? יש מציאות שאם לא
8 נסדיר זאת רוב המקרים לא יהיו פתורים. אני חולק על כך שהפתרונות אמורים להסדיר זאת.
9 הכנסת סבורה שאין פתרון לזה. אין לה עניין לחוקק את החוק הזה אם חשבה שזה מיותר.
10 עובדה כי לא היה פתרון לא אז ולא היום. החלופה היא, כפי שאמרתי, הנצחת מצב שבו הבעלים
11 לא נהנים והתושבים לא נהנים. חברי מנסה לצייר את הסיטואציה בצבעים דרמטיים כאילו יש
12 כאן נסיון של גזילה ומנסה לצייר זאת בטעמים פוליטיים מאשר בימ"ש זה יכול להכיל. בסופו
13 של דבר עובדה היא כי תאבונם של חבריי לא יבוא על סיפוקו עם חוק ההסדרה ייפסל. אני נכנס
14 כעת לקראת סיום למשפט הבינלאומי, להערות חברי עו"ד ספרד, עם כל הכבוד, חברי מנסה
15 לייצר מודל חוקתי חדש למדינת ישראל.

16
17 כבוד השופט עי פוגלמן : השאלה כי מי שיצר את זה זה הוא או שיש כאן סיטואציה חדשה,
18 אינני מביע עמדה.

19
20 עו"ד ארנון : זו תפקידה של הכנסת להגדיר ולגדר את הנורמות. אם הכנסת רוצה לחוקק משהו
21 והיא סבורה שאין בכך חריגה היא תקבע מה הדין וכיצד הוא ייקלט, זה תפקידה. חברי כאילו
22 טען בבימ"ש הבינלאומי בהאג. הוא טוען ממקורות חיצוניים למערכת המשפט הישראלי, זה לא
23 עובד כאן.

24
25 כבוד השופט מי מזוז : אז למה היה צריך חוק ולא צו, כי הרי אז זה היה חוסך הרבה טענות
26 ונוקים פוטנציאליים. זה כאילו לירות במטח כאשר אפשר לירות באקדח. בבימ"ש זה יש
27 פסיקה של עשרות שנים ופחות או יותר הדברים העקרונית יחסים ברורים. אם אתם סבורים
28 כפי שאדוני טען גם בכתב וגם בעל פה, שהתכנים של החוק והמשפט הבינלאומי ולאורך 50 שנה
29 היה איסור מוחלט או מניעה מוחלטת והממשלה והכנסת נמנעו מזה. עולה השאלה איזה דין
30 יחולו כל מה שעלה בפרוטי החסוי ובוודאי אדוני יודע מה עלה שם, זה נראה מוזר. אם זו
31 גישתכם, תקבעו צו יתקפו אותו תגוננו עליו בדרך המלך. באותה הזדמנות תוכלו לעשות אולי
32 מקצה שיפורים בצו לאור מחשבות נוספות ולחסוך את כל הדיון המאוד לא פשוט הזה.

33
34 עו"ד ארנון : אענה ב- 2 פעימות : הראשונה אפנה לפס"ד עסקאן (ל"ז 4) עמ' 809. ביהמ"ש קבע
35 כי זו אוכלוסיה מקומית. אענה לשאלת אדוני אין שאלה שתיתכן אי בהירות.

36

37

- 1 עו"ד ארנון : גם אם הוא לא היה באותה שנה וביקשו שלכל מי שיש ראשית ראייה יתייצב הוא
2 יקבל את הפיצוי כאילו הקרקע היתה רשומה על שמו. מצבו לא רע.
3
- 4 כבוד השופטת ע' ברון : אני לא קוראת כך את סעי' 48.
5
- 6 עו"ד ארנון : סעי' זה קובע "נודע לממונה... לפי סעיף 3.1..." מקריא. כשהוא יתייצב ויגיע.
7
- 8 כבוד השופט י' עמית : ברגע שזה יירשם זה פלטפורמה לבנייה העתידית. מבחינה זו אולי זה
9 ישתלב עם התכלית.
10
- 11 כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר : אחת הבעיות ואדוני נתן את הדוגמה של הישראלי שצריך
12 לפתור כאשר רוצים תוספת בניה או להרחיב, אם מכח החוק מפעילים את 3.1 וזה הופך לרכוש
13 המדינה ואז עושים תוכנית ואפשר לפתח את זה זה צופה פני עתיד ולא העבר, אדוני צריך
14 להחליט.
15
- 16 עו"ד ארנון : זה מסדיר את העבר ומאפשר לאחרים לחיות קדימה. החוק פותר בעיה בעבר.
17
- 18 כבוד השופטת ד' ברק-ארז : אולי המצבים הם רבים.
19
- 20 עו"ד ארנון - נכון שאדם יכול להוסיף מרפסת.
21
- 22 כבוד השופטת ד' ברק-ארז : אולי במקום בית צמוד קרקע יהיה לא רק סגירת מרפסת.
23
- 24 כבוד השופט י' עמית : ההגדרה היא "לרבות".
25
- 26 כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר : זה הרבה מעבר לזה.
27
- 28 עו"ד ארנון : נכון מדובר ב - 4000 משפחות. הפתרון לפי החוק להסדיר את משפחותיהם של
29 עשרות ישראלים הוא צופה פני עתיד. באופן שהוא עושה זאת הוא מאפשר רק לפתור את
30 הבעיות שנוצרו עד יצירת החוק. זה שהחוק יהיו לו השלכות בעתיד, בוודאי. אך זה לא ירחיב
31 את ההתיישנות במובן זה שהוא לא יאפשר נטילת דברים חדשים.
32
- 33 כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר : לדוגמה, נניח שיעשו שם גורד שחקים יוכלו להביא עוד אנשים
34 ועוד מתיישבים.
35
- 36 עו"ד ארנון : נכון.
37

1
2
3
4
5 עו"ד ארנון והכנסת היא זו שאמונה על הכתבת כללי המשחק של הדין הישראלי הפלילי, וגם
6 אם יש ספק היא אומרת שאין ספק. בדיני הפקעות, הלכת קרטי וכו', יש בלבול או חוסר הבנה,
7 הדין הבינלאומי אינו שונה. הוא נורמה לכל דבר ועניין.

8
9 כבוד המשנה לנשיאה חי מלצר: אדוני אומר שיותר לטעון כאן מאשר בהאג, זה שונה ואדוני
10 צריך להיות מודע לכך. החקיקה של הכנסת יכולה להתפרש בפורומים אחרים וזה שונה.

11
12 עו"ד ארנון: תפקידו בית המשפט לבחון את החקיקה בכנסת וגם אם יש סתירה זו הנורמה
13 הראשית לדון על פיה.

14
15 כבוד השופט מי מזוז: המשפט הבינלאומי שנקלט בישראל ולא מה שנקלט שבשטחים.

16
17 עו"ד ארנון: גם המשפט הבינלאומי שנקלט בשטחים, מכוח מה שופטים במה שקורה ביו"ש;
18 מכוח הדין הישראלי, שקבע שנורמה הסכמתי תיקלט באמצעות חוק והנורמה המינהלית כי
19 הכנסת התירה זאת.

20
21 כבוד השופט מי מזוז: השאלה המפורסמת בהלכת רפית והסכמות שניתנה שם, ואין הסכמה
22 אנליטית פשוטה. גם לפי המשפט הישראלי והמשפט הבינלאומי שחל שם לא חל בישראל.

23
24 עו"ד ארנון: יכול להיות, לכן, גם אם יש הבדל, בסופו של דבר בתי המשפט דנים לא בגלל שהוא
25 משפט בינלאומי.

26
27 עו"ד רוטמן: אתייחס לשתי נקודות שעלו, הראשונה בהתייחס למה ששאל כבוד השופט מי מזוז
28 בקשר להאם היה מתאים לעשות פה צו או מנגנון אחר שאינו באמצעות חקיקה. עיינו הראות,
29 כבוד המשנה לנשיאה חי מלצר הזכיר בתחילה את הביקורת של הכנסת על הרשות המבצעת.
30 אנחנו ב-2018 והמתויבות לזכויות אדם לפי חוק יסוד כבוד אדם וחירותו חלות בשומרון, ואנו
31 דנים ולגבי אזרחי מדינת ישראל זה לא חדש. למרות שתושבי מועצה אזרחית מטה ישראלית
32 אזרחי מדינת ישראל, אנו רואים גרירת רגליים ארוכת שנים בהסדר מחדל שאין חולק שמדינת
33 ישראל אחראית לו, דו"ח טליה ששון. המשך התופעה פוגע דבר יום ביומו לא עשו דבר וגם
34 היום, גם חוות הדעת שהוגשו לפני שנה ושנה וחצי, גם התחייבות היועמ"ש לבית המשפט הזה
35 לנצל את משך הזמן לבצע בדיקה, זה עדיין לא קרה. זכויות אדם שעומדות פה על הפרק, בית
36 המשפט הזה פסק שהזכויות חלותו אנו דנים בביקורת מינהלית. אם הכנסת הגורם המפקח,
37 איזה כלי עומד לרשותה? בכל מיני סיטואציות שאלו את היועמ"ש מה עושים כדי לתת מענה

1 לזכויות אזרחי מדינת ישראל שאין חולק שהפגיעה היא בעטייכם, חלקם לא יכולים לסגור
 2 מרפסת או דברים אחרים והתשובה שמצהירים הצהרות ולא עושים דבר גם כשמבטיחים לבית
 3 המשפט. הרבה פעמים אומר בית המשפט לכנסת להסדיר, ואם לא ... אני אסדיר, אם לא, אומר
 4 בית המשפט שהחסדר שלנו תיערך בדרך פחות טובה, תדון אגב מקרה ולא הסדרה כוללת של
 5 העניין. הכנסת לא יכולה להגיד את זה ליועמ"ש או ליו"ש! תמיד המתווה רחב יותר מבדיקה
 6 פרטנית בצו, תמיד. מחוקק לא יכול להותיר תושבי מדינת ישראל ללא מענה. את הדבר הזה
 7 חוק ההסדרה עושה בדרך אם הייתי משוכנע שהיועמ"ש עושה בדרך טובה יותר, אני משוכנע
 8 שלא וזה המצב. נקודה נוספת שהעלה עו"ד ספרד, שאם יש נורמה לא תקינה, גם אם זה מנוגד
 9 דיני המשפט הבינלאומי לא מניח לכוח הכובש וזה מה שהוא מבקש מכם לעשות. שאל כבוד
 10 המשנה לנשיאה ח' מלצר ושאלתו נותרה ללא מענה, מתבקשת הכנסת או הממשלה לאשרר את
 11 חוקי הזיבור ולכן לא נסדיר מטעמנו כי יש את המשפט הבינלאומי.

12

13 כבוד השופט י' עמית: אדוני יוצא מנקודת הנחה שכולם רוצים למכור.

14

15 עו"ד רוטמן: אני לא יוצא מנקודת הנחה זו אלא מנקודת הנחה שהגוויות שרוצות למכור הוא
 16 גבוה, הכנסת והממשלה מנעה פעילות סבירה של רשויות. ב"כ היועמ"ש אמר שמחוקקים חוק
 17 שטר ושובר בצדו, אני לא חושב שהמילה שובר מתאימה, זו לא פעם ראשונה שהכנסת מחוקקת
 18 חוק חלוט להארכת תוקפן של תקנות, היה חוק לגבי מצבות, הכל הוזכר בכתבי הטענות, מצבות
 19 לטורוריסטים שהוא חל גם על ידי הכנסת. הגדיל לעשות היועמ"ש ואמר לא רק חוק יסוד כבוד
 20 אדם וחירותו, גם שוויון תוצאתי שאיני יודע איך בודקים אותו. שאלו בצדק מה עם חוק
 21 מקרקעי ישראל? אם מדברים על זה שכנסת ומדינת וממשלת ישראל מחויבים לצדק ושוויון
 22 תוצאתי ביו"ש ואני בוודאי לא מתנגד, איני מדבר בשם מועצות אחרות אך בוודאי כל מארג
 23 הדינים בוודאי שיוחלו גם על שטחי סי, התנדבתי, אין בעיה. גם אם לא נרחיק לכת עד כך,
 24 לפחות למען אזרחי המדינה, לו בשטח היו חלים דיני מדינת ישראל לא היינו פה היום. הרי
 25 מועצה אזרחית יכולה לבצע על שטחיה איחוד וחלוקה, דבר יום ביומו, באמצעות גופי תכנון
 26 ובנייה בנייה שנעשתה בניגוד לחוק באמצעות איחוד וחלוקה, מעשה של יום ביומו, תנו מסגרת
 27 חוקית מלאה, להחיל סטנדרטים אלה על המדינה והשטח. ראינו בתגובת המדינה, נכון להיום
 28 מוקפאים צווי הריסה שבנו ערבים שאינם אזרחי מדינת ישראל הכנסת שאלה עצמה האם אני
 29 רוצה לעשות חוק רק לאזרחים שלי? במהלך הליך החקיקה החליטה להגיד לא, כל מי שעונה
 30 לקריטריונים יקבל אותה הגנה, לא משנה מה יהודי, פלסטיני, ואנו יודעים שיותר מ-10,000
 31 צוויס הוקפאו. ההסדרה והותרת המצב הפגיעה בזכויות הקניין שהמצב הנוכחי מקיים, הדבר
 32 לא יכול להיסבל על ידי כנסת ובית המשפט ולא צריך להיות נסבל וצריך להחיל את חוק ההסדר
 33 בהקדם. דיברנו על המשפט הבינלאומית, האוכלוסייה המקומית ולא האוכלוסייה המוגנת,
 34 שציטט עו"ד ספרד, יש אנשים שנמצאים במועצה האזורית 3 ו-4 דורות. לעותרים ניתנה
 35 הזדמנות, הם ביקשו מידע רחב, אמרנו להם, תגידו ספציפית נעשה בדיקה ואנחנו כרשות מעין
 36 שלטונית קטנה, הכפפה לא הורמה והפגיעה כתוצאה מהסיטואציה הזו מייצר מצב אבסורדי,
 37 יש המון אנשים ביו"ש שהגיעו במסגרת הסכמי אוסלו, מתוניס, וכוי ההגנה של דור שלישי

1 ורביעי לאוכלוסייה מקומית, הם לא בני המקום. אך אדם שהגיע מתוניס במסגרת הסכמי
 2 אוסלו הוא זכאי לכל ההגנה. כבוד השופט מי מזוז שאל ודיבר האם מאחזים חדשים אם לאו,
 3 חל או לא חל, טענתי שזה לא יחול על מאחזים חדשים, חתול ועכבר, אליהם לא נטענת תוס לב,
 4 ענה היועמ"ש גבעה 91 ועמיחי, דוגמא למשהו שעליו חוק ההסדרה יכול לחול.

5
 6 עו"ד הלמן: דיברתי על שווי.

7
 8 עו"ד רוטמן: המינהל האזרחי וכל הגורמים, לא מקימים עוד יישובים באותה דרך שקדמה
 9 לדו"ח, דבר שלא קורה.

10
 11 כבוד השופט יי עמית: נגד מי הוציאו צווים מינהליים? זה אינהרנטי.

12
 13 עו"ד רוטמן: בגלל הפרות בתכנון ובנייה. בוודאי שפלישות חקלאיות שיצאו לא בתום לב חוק
 14 ההסדרה לא יחול עליהם, זה כתוב בחוק ולא צריך אותי להגיד את זה.

15
 16 כבוד השופט מי מזוז: לגבי לשון כפולה, מצבים של צווים מינהליים ומצד שני היה סיוע של
 17 גורמים שונים לאותם מבנים.

18
 19 עו"ד ארנון: : צווים אלה הוצאו בשל

20
 21 כבוד השופט עי פוגלמן: אי אפשר לקבל היתרים בגלל זכות קניינית, הכל קשור אותו בשני.

22
 23 עו"ד ארנון: לא מדויק ואסביר למה, הרחיב על זה גם עו"ד ארנון. העובדה שהיועמ"ש לא מוכן
 24 להגדיר קרקע כאדמת מדינה משיקוליו, לא בהכרח אומרת שעומד אדם שיש לו זכות קניין
 25 בקרקע וזכותו נפגעת, זה לא חד ערכי. יש הרבה מקרים כאלה, כולל מקרים של גריעה. כאשר
 26 משטח יישוב קיים שנעשתה בו בנייה ואח"כ נגרע שטח, צריכים לעשות שם מבנה לביה"ס,
 27 חיים שם אנשים, הרחבת מרפסת, גם אם בנו בית ורוצים להרחיב אותו רחמנא ליצלן, זה
 28 שיקול לגיטימי, מוציאים צו הפסקת עבודה כי אין תב"ע. שדות סמנטיים שונים לחלוטין
 29 שבגלל בבירוקרטיה שנועדה להגן אולי על מחסור בכוח אדם, אולי, כשרצו לעשות פינוי
 30 בתקופה של שנה הקימו מינהלת ופתרו את הבעיה. אני מצפה מיועמ"ש שאומרת שמתוך כבוד
 31 למחוקק אני צריך לחקים מינהלת.

32
 33 עו"ד רוטמן: ההגנה שהיועמ"ש מבקשים הגנה כאילו בבירוקרטיה וזה חוסר מוטיבציה לפעול,
 34 בית המשפט לא צריך לתת לזה יד.

35
 36 קלדניות: רינה/רונית