

מדינת ישראל
משרד המשפטים

היועץ המשפטי לממשלה

ירושלים, ה' באדר תש"ם
25 בסברואר 1980

לכבוד
מר מנחם בגין
ראש הממשלה
ירושלים

אדוני ראש הממשלה,

הנדון: חוות דעה בדבר המעמד המשפטי של הישובים הישראליים ביהודה ושומרון.

אני מצרף חוות דעתי בדבר המעמד המשפטי של הישובים הישראליים

ביהודה ושומרון.

בכבוד רב,
יליג
יצחק זמיר
היועץ המשפטי לממשלה

העחק: שר המשפטים

המעמד המשפטי של הישובים הישראליים
ביהודה ושומרון

חות-דעת מאת היועץ המשפטי לממשלה

1. הממשלה החליטה, בישיבתה ביום כ"א בחשוון חש"ס (11.11.79), כדלקמן:

"היועץ המשפטי לממשלה יסקור את ההצעות השונות שהועלו כדי להבטיח מבחינה משפטית את מעמדם של היישובים הישראליים שהוקמו או יוקמו ביהודה ושומרון".

2. (א) הסקירה שלהלן מבקשת להשיב על שאלות והצעות שהועלו לאחרונה בממשלה, בכנסת ובמסגרות אחרות, בשאלת המעמד המשפטי של היישובים הישראליים ביהודה ושומרון. היא סוקרת תחילה את המצב המשפטי הקיים, ולאחר מכן בודקת הצעות לשינוי המצב המשפטי, ובכלל זה רעיונות שהועלו מחוץ למערכת הממשלתית. החלק הראשון, הסוקר את המצב הקיים, עוסק במעמד המשפטי של היישובים הקיימים וכן באפשרות המשפטית להקים יישובים חדשים.

(ב) הדברים, האמורים על יהודה ושומרון, חלים בעיקרם גם על חבל עזה.

(ג) הניחות והמסקנות מובאים בלשון חמציתית, ללא פירוט של כל האסמכתאות והסעונים המשפטיים, בעיקר כדי לפשט את הצגת הדברים.

חלק א': המצב המשפטי הקיים

המעמד המשפטי של היישובים הקיימים בעקבות משפט אלון מורה

3. הדאגה למעמד של היישובים הקיימים ביהודה ושומרון נובעת בעיקר מפסק הדין של בית המשפט העליון בענין אלון מורה (בג"צ 390/79). כידוע, בפסק דין זה טבע בית המשפט כי הצו לחפיסה הקרקעות באלון מורה הוצא שלא כדין, ולפיכך ציווה בית המשפט לפנות את קרקעות העותרים ולהחזירן לבעליהן. מכאן החשש שהתדינוות משפטית לגבי יישובים אחרים עלולה אף היא להסתיים בצו של בית המשפט המחייב פינוי היישוב.

4. חשש זה נובע במידה מסויימת מחפיסה בלתי-מדוייקת של פסק הדין בענין אלון מורה. כדי להעמיד דברים על דיוקם ראוי להציג בקיצור את עיקרו של פסק הדין:

(א) פסק הדין מחייח רק למקרה של חפיסה קרקע פרטית לצורך הקמת יישוב, ואין הוא עוסק במקרה של הקמת יישוב על קרקע ממשלתית או קרקע שנרכשה מבעליה והועמדה לרשות המחיישבים.

(ב) פסק הדין, המחבט על הכלל לפיו אין לחפוס קרקע פרטית אלא לצרכי הצבא, חוזר וקובע כי בנסיבות מסויימות הקמת יישוב אזרחי משרחח את צרכי הצבא, ובהחלט לכך אף מצדיקה חפיסה קרקע פרטית.

(ג) בנסיבות המיוחדות של פרשה אלון מורה הגיע בית המשפט למסקנה כי השיקול העיקרי להקמת הישוב באלון מורה, במקום בו הוקם, לא היה השיקול של צרכי הצבא, ולפיכך לא היחה הצדקה במקרה זה לחפיסחה של קרקע פרטית.

5. מכאן שפסק הדין בענין אלון מורה אינו חל כלל על שני סוגים של ישובים. ראשית, אין הוא חל על ישובים אשר הוקמו ללא חפיסה של קרקע פרטית על-ידי צו צבאי, כלומר, אותם ישובים אשר הוקמו על קרקע ממשלחית או על קרקע פרטית שהועמדה לרשות המחיישבים על-ידי בעליה. שנית, אין בפסק הדין כדי לפגוע במעמדם של ישובים אשר הוקמו על קרקע פרטית שנחפסה על-ידי צו צבאי, כאשר החפיסה שנועדה לשרת בעיקר צרכים צבאיים. בהקשר זה, צרכים צבאיים אינם בהכרח צרכים של הצבא עצמו, אלא הם כוללים, כפי שביח המשפט קבע, צרכים של שמירת הבטחון הפנימי, הגנה מרחבית, ועוד. בהחאס לכך, אישר ביח המשפט במקריכ אחדים חפיסה של קרקע פרטית על-ידי צו צבאי לצורך הקמה של ישוב אזרחי. כאמור, גם כמשפט אלון מורה אישר ביח המשפט עקרון זה. והדברים יובהרו להלן.

6. אולם, עולה השאלה, האם אין פסק הדין כמשפט אלון מורה מסכן אה מעמדם של ישובים אחרים? לאחרונה הושמעה דעה כי יש ביהודה ושומרון ישובים שהוקמו על קרקע פרטית בלי שניחן יהיה לבסס אה חפיסה הקרקע על צורך בסחוני, ולפיכך קיומם של ישובים אלה נחון בסכנה, בעקבות פסק הדין כמשפט אלון מורה. דעה זאה יש להסתייג ממנה. הנסיבות בהן הוקם הישוב באלון מורה היו מיוחדות במינן. לגבי ישובים אחרים פסק ביח המשפט, כאוחס מקריכ שהובאו בפניו, שהוא מקבל אה החצהירים של רשויות הבטחון בדבר הצורך הצבאי שהביא להקמת הישובים, ולכן דחה אה העחירות. ניתן להניח כי בנסיבות דומות יפסוק ביח המשפט באופן דומה. יחירה מזאת, ניחן להניח שביח המשפט לא יהיה מוכן כלל לבדוק כיוס אם ישוב, אשר הוקם לפני שנים רבות או מעטות, אכן הוקם לצרכי בטחון. לפיכך, גם אם היה מקרה בו ישוב הוקם כשעחו בנסיבות דומות לאלה בהן הוקם הישוב באלון מורה, סביר לצפות כי ביח המשפט לא יפסוק בסקרה כזה כפי שפסק כמשפט אלון מורה. ההסבר נעוץ באחד הכללים המנחים אה ביח המשפט הגבוה לצדק, הוא הכלל בדבר שיהוי כלל זה מחייחם למקרה בו אדם, הסוען כי זכותו נפגעה על-ידי מעשה מינהלי, משהה אה הגשח עחירחו אל ביח המשפט לביסול המעשה. במקרה כזה ניחן להניח, כמהלך הדברים הרגיל, כי אוחו אדם קיבל אה המעשה כחוקי, או לפחות השלים עם המעשה, ולא ראה מקום או מעס להתנגד לו. בהחאס לכך, יכול היה צד שלישי להניח כי המעשה אכן חוקי, לפעול על יסוד הנחה זאה ואף לשנוח אה מצבו בהחאס לכך. בנסיבות כאלה, בדרך כלל, לא יורשה האדם שנפגע מן המעשה, אך לא פעל במהירות סבירה לביסול המעשה, לבוא לאחר זמן אל ביח המשפט ולהעלות טענה של אי-חוקיות המעשה, כמגמה להחזיר אה המצב לקדמתו. לשון אחר, ביח המשפט הגבוה לצדק אינו נוסה לעשות צדק עם אדם הסוען כי נפגע בזכותו על-ידי מעשה מינהלי, אך ישן על

סענתו ועל זכותו, כאשר יהיה בכך כדי לעשות אי-צדק עם אדם אחר שסמך בחוס לב על אותו מעשה מינהלי. ישום הכלל הזה על השאלה שלפנינו יקנה, ככל שניתן להעריך, הגנה משפטית טובה לישוב אשר הוקס מזה זמן על קרקע פרטיה, אם יבוא עכשיו מי שטוען לבעלות על קרקע זאת, ויפנה אל בית המשפט בטענה שהקרקע נחפסה בשעתו שלא לצורך בטחוני.

7. מטעמים אלה נראה לי כי אין צורך מעשי בחקיקה שחליתה לקדם פני סכנה שבית המשפט הגבוה לצדק יצווה לסלק את הישובים הקיימים ממקומותיהם. לא זו בלבד שסכנה כזאת אינה נראית מוחשית, אלא שחקיקה כזאת תעורר בעיות וקשיים רבים, הן מבחינה משפטית והן מבחינות אחרות, כפי שיוסבר להלן. מעבר לכך, חקיקה כזאת, שחשבע כי ינתן חוקף חוקי למפרע לישובים הקיימים, עלולה להחפרש כהודאה רשמית בכך שהישובים ביהודה ושומרון הוקמו על קרקע פרטית בניגוד לחוק. משמע, חקיקה שחיה מכוונת להגן על המעמד המשפטי של ישובים אלה, בלי שקיים צורך ברור בהגנה כזאת, עלולה לפגוע במעמדם מבחינה ציבורית ומדינית.

8. מכל מקום, אפילו היה יסוד של ממש לדאגה למעמד המשפטי של הישובים שהוקמו ביהודה ושומרון, וגם אם אין נרתעים מן הקשיים הכרוכים בחקיקה כזאת, עדיין שאלה היא אם ראוי לחוקק חוק כזה עכשיו, כשהסכנה אינה מוחשית ויש מקום להניח שלא חממש, שעה שניתן להמתין ולחוקקו אם וכאשר הסכנה חיעזה מוחשית. ועל כך כבר נאמרו דברים בממשלה.

האפשרות להקים ישובים חדשים לאור מצפוט אלון מורה

9. לאחר שניתן פסק הדין בענין אלון מורה, הושמעה הדעה שפסק הדין עלול למנוע או להפריע באופן רציני להקמתם של ישובים חדשים. עד כמה נכונה דעה זאת? כאמור, פסק הדין בענין אלון מורה אינו חל על ישוב שהוקם על קרקע ממשלתית, אלא רק על ישוב שהוקם על קרקע פרטית שנחפסה מכוח צו צבאי. לפיכך אין בפסק הדין כדי למנוע הקמתם של ישובים חדשים על קרקע ממשלתית. מסקנה זו, יש לה חשיבות מרובה, שכן מדיניות הממשלה היא שישובים חדשים יוקמו בדרך כלל על קרקע ממשלתית, ולא על-ידי חפיסה של קרקע פרטית. השאלה הקובעת היא, לכן, אם מצוייה קרקע ממשלתית בהיקף הנדרש, ובמקומות הרצויים, כדי לממש את מדיניות הממשלה להקמת ישובים חדשים. לפי הערכות שהושמעו בישיבות הממשלה מצויים ביהודה ושומרון מאות אלפי דונמים של קרקע ממשלתית, ואילו השטח שידרש לתכניות ההתיישבות בשנה הקרובה לא יעלה על אלפי דונמים. לאחרונה החלה מערכת הבחון, בשיתוף עם מינהל מקרקעי ישראל, בפעולה שימתיח ומזרזת לאיתורן של הקרקעות הממשלתיות ביהודה ושומרון. בלי להמתין לסיומה של פעולה זאת, ניתן לומר, על יסוד הנסיון, שלא היה כמעט מקרה בו הוחלט להקים ישוב באזור מסויים, ולא נמצאה באותו אזור קרקע ממשלתית שאיפשרה הקמת הישוב. הדברים אמורים במספר ניכר של ישובים שעל

הקמתם הוחלט בחודשים האחרונים, יש יסוד להניח שגם להבא ניחן יהיה בדרך כלל למצוא קרקע שמסלחית לצורך הקמתם של ישובים חדשים בהתאם לתכנית ההתיישבות של הממשלה. אמנם ההימנעות מחפיסה קרקע פרטית גורמת קשיים במקרים מסויימים, אם בשל הצורך להקים ישוב במקום מרוחק מעט מן המקום שנבחר מלכחילה ואם בגלל ההכרח להסתפק בשטח קטן מן השטח שנחבקש. אולם בפועל נגרמו קשיים של סמם במקרים מעטים בלבד, ובסך הכל לא היה בכך כדי למנוע את הביצוע של חכניות ההתיישבות כפי שאושרו על ידי הממשלה.

10. ביהודה ושומרון מצויים גם אלפי דונמים של קרקע שנרכשה על-ידי יהודים לפני שנת 1948. מאז שנת 1948 ועד היום נחשבה קרקע זו ברובה כרכוש נטוש או כרכוש ממסלחית, ואין היא עומדת לרשות בעליה. בחנאים מסויימים ניחן להשתמש בקרקע זאת לצרכי התיישבות.

11. ביום 16 בספטמבר 1974 החליטה הממשלה לאפשר לישראלים לרכוש קרקע ביהודה, שומרון ועזה. בעקבות החלטה זאת הוכנו ואושרו הנחיות לענין זה, על ידי ועדת השרים לענייני בטחון, ביום 6 בנובמבר 1974. קרקע שהירכש על-ידי ישראלים תוכל במקרים מסויימים לשמש גם לצורכי התיישבות.

12. קיימת גם, כאמור, האפשרות המשפטית לחפוס קרקע פרטית לצורך הקמת ישוב. לפי המשפט הבינלאומי חפיסה כזאת יכולה להעשות כאמצעות צו המוצא על-ידי המפקד הצבאי לצרכים צבאיים. לענין זה, צרכים צבאיים אינם רק הצרכים של הצבא החונה בשטח, אלא הם כוללים גם מה שדרוש לצבא כדי למלא את תפקידו להגן על השטח המוחזק בפני מעשי איבה העלולים לבוא מבחוץ, כולל צרכי ההגנה המרחבית וההגנה של צירי התנועה לשם החפרסוח בלתי-מופרע של כוחות המילואים בעת מלחמה, וכן הצורך להשליט סדר ובטחון, ובכלל זה נקיטת האמצעים הדרושים למניעתם של מעשי חבלה. ההחלטה לחפוס קרקע מסויימת לצרכים צבאיים מופקדת בידי הצבא, וביח המשפט לא יהיה נוטה להתערב בשיקולים של רשויות הצבא, אלא אם יוצגו בפניו ראיות משכנעות מאד לכך שהטעמים אשר ניתנו על-ידי הצבא אינם כנים. העובדה שבמקרה מסויים חפיסת הקרקע התבססה לא רק שיקולים בטחוניים, אלא נועדה לשרת גם מטרה אחרת, כגון מטרה מדינית, אין פירושה בהכרח כי השיקולים של רשויות הצבא לא היו כנים וכי החפיסה לא היתה חוקית. חפיסת הקרקע תהייה חוקית אם הצורך הצבאי היה הגורם המניע והשיקול העיקרי לחפיסה. עקרונות אלה נקבעו על-ידי בית המשפט העליון במסקי דין אחדים. מכוח עקרונות אלה ניתן לחפוס קרקע פרטית, אם יש בכך צורך מבחינה צבאית, להקמת האחזות נח"ל או ישיבת הסדר. מכוח עקרונות אלה, ניתן לחפוס קרקע פרטית אף לצורך הקמת ישוב אזרחי, כאשר החפיסה מכוננת לענות על צורך צבאי. "מבחינת השיקול הבטחוני הטהור" אמר השופט ויחקון במשפט ביח אל, "אין לפקפק בכך שנוכחותם בשטח מוחזק של ישובים - אפילו "אזרחים" - של אזרחי המעצמה המחזיקה תורמת תרומה נכבדה למצב הבטחוני שבאותו שטח ומקילה על הצבא את מילוי תפקידו" (בג"צ 606/78, פ"ד ל"ג (2), 113, 119).

בהחלט לכך אישר בית המשפט חפיסת קרקע פרטית לצורך הקמת בית אל בשומרון ומתייתו שליד מודיעין ולצורך הרחבת הישוב ברועי אשר בנקעת הירדן. גם במשפט אלון מורה חזר בית המשפט ואישר עקרונות אלה ואף אמר כי היה מצדיק חפיסת הקרקע לו הוכח בפניו כי צרכי הצבא הם שהביאו לידי ההחלטה להקים את הישוב באוחו אחר. אולם במשפט זה מצא בית המשפט, על פי העובדות שהוצגו בפניו, כי השיקול הקובע להקמת הישוב באוחו אחר לא היה השיקול הצבאי או הבטחוני, ולפיכך נפסלה החפיסה על-ידי בית המשפט. מפסק הדין במשפט זה נובע כי יש חשיבות מרובה לשאלה אם היוזמה לחפיסת הקרקע יצאה מרשויות הצבא או מן הדרג המדיני. על יסוד פסק הדין ניחן לקבוע נוהל ראוי לחפיסת קרקע פרטית לשם הקמת ישוב כאשר הדבר נדרש על-ידי צרכים צבאיים, כמובן הרחב שניחן לביטוי זה על-ידי בית המשפט. נוהל כזה יוכל להבטיח שהחפיסה אכן היעשה, במקרים הראויים, לצורך צבאי, כנדרש על-פי הדין.

13. בפסקי הדין בענין בית אל ובענין אלון מורה החעוררה שאלת "הזמניות" של הישובים. בפסק הדין בענין אלון מורה ציין בית המשפט "כי אין ממשל צבאי יכול ליצור בשטח עובדות לצרכיו הצבאיים שנועדו מראש להתקיים גם אחרי גמר השלטון הצבאי באוחו שטח, כאשר עדיין אין יודעים מה יהיה גורל השטח אחרי סיום השלטון הצבאי". מכאן השאלה: כיצד ניחן להקים ישוב של קבע על אדמה אשר נחפסה רק לשם שימוש זמני? שאלה זאת החעוררה כבר במשפט בית-אל, ושם ניחנה לה חשובה שנחקבלה על-ידי בית המשפט (בג"צ 606/78, פ"ד ל"ג (2) 113, 131), כלומר, "שהישוב האזרחי יוכל להתקיים באוחו מקום רק כל עוד מחזיק זה"ל בשטח בחוקף צו החפיסה. החזקה זו עצמה יכולה לבוא לידי גמר באחד הימים, כתוצאה ממשא ומתן בינלאומי העשוי להסתיים בהסדר חדש שיקבל חוקף לפי המשפט הבינלאומי והוא אשר יקבע את גורל הישוב הזה, כמו של ישובים אחרים הקיימים בשטחים המוחזקים". (ראה גם שם, 134).

פירושו של דבר, שמבחינה זאת אין מניעה להקמת ישובים חדשים, אולם צריך להיות ברור, כפי שנאמר בפסק הדין, כי אם השליטה של זה"ל בשטח תבוא לידי גמר, יקבע גורל הישובים בהסדר שיוסכם עליו בעקבות משא-ומתן. לשון אחרת, אף כי הממשלה מבקשת להקים ישובים של קבע, עליה להיות מודעת לכך שמבחינה משפטית אין בידיה להבטיח את מעמד הישובים אלא כל זמן שהיא מקיימת שליטה בשטח. אם חיפסק שליטה זאת, ובמקומה יקבע הסדר חדש בשטח, יהיה המעמד המשפטי של הישובים חלוי בהסדר שיקבע לענין זה. ממשלת ישראל יכולה לחזור ולהבהיר, אם תראה לנכון, כי לא תיחן הסכמתה להסדר כלשהו, אם לא יהיה בו כדי להבטיח את מעמדם וקיומם של הישובים ללא הגבלה בזמן.

כך הדבר גם מן הבחינה המעשית, ומבחינה זאת אין הוא ניחן לשינוי על-ידי הצהרה של הממשלה או חוק של הכנסת. ברור שאם חיפסק השליטה של זה"ל (אפשר לומר, של הממשלה) על יהודה ושומרון, לא תיחן יהיה להבטיח את מעמדם של הישובים הישראליים על-ידי חוק ישראלי או צו צבאי, שבהעדר שליטה לא יהיה להם חוקף באזור, אלא רק מכוח הסכם

עם מי שיקיים אח השליטה באזור. חשיבות יחירה נודעת לכך בקשר למשא ומחן על הסמת האוטונומיה ביהודה, שומרון ועזה.

מעמד הישובים במסגרת האוטונומיה

14. אם תקום האוטונומיה ביהודה, שומרון ועזה, יהיה המעמד של הישובים הישראליים באזורים אלה תלוי, בראש וכראשונה, בהסכם האוטונומיה. הסכם זה אפשר שיקבע מה יהיה המעמד המשפטי של הישובים ויושביהם, מה חהיה מערכת הדינים שתחול עליהם, ומה יהיו האפשרויות והדרכים להקמת ישובים חדשים. באופן עירוני ניתן לתאר הסדרים שונים, ויש מי שכבר נתן דעתו לכך. כל הסדר ידרוש, לפי הסכם קמפ דייוויד, גם הסכמה של ישראל. ישראל חוכל לתבוע, כחנאי להסכמה, שההסדר אשר יקבע יהיה תואם את מדיניות הממשלה בענין ההחשבות ביהודה ושומרון. אך זהו ענין מדיני לעסוק בו ולא ענין לחוות דעת זאה.

ולק ב': הצעות לשינויים במצב המשפטי הקיים

15. לאחרונה הועלו הצעות רבות לנקיטת צעדים שחליתם לשנות את המצב המשפטי הקיים לגבי ההתישבות הישראלית ביהודה, שומרון ועזה. הצעות אחדות גובשו במסמך שהוכן מטעם גוש אמונים; מהן שהוגשו כהצעת חוק פרטית לכנסת; ואחרות הועלו בכחב וכע"פ בדרכים שונות. בדרך כלל הועלו ההצעות לאחר שניחן פסק הדין בענין אלוך מורה, וכחגובה לפסק הדין הזה, מחוך חשש למעמד של הישובים, הן אלה הקייסים והן אלה האמורים להיות מוקמים. אולם, כפי שהוסכר, חשש זה נובע בעיקרו מתפיסה מוסעית של פסק הדין. כאמור, ההצעות שהועלו לשינוי המצב המשפטי הקיים בחחום זה, אינן דרושות לצורך הגנה על הישובים הקיימים, או לצורך הקמת ישובים חדשים על קרקע ממשלתית, ואף לא לצורך הקמת ישובים חדשים על קרקע פרטית שנחפסה לצרכים צבאיים. הווי אומר, ההצעות יש להן תכלית מוגבלת, כדלקמן: ראשית, הן מכוונות לאפשר תפיסת קרקע פרטית לשם הקמת ישובים או הרחבת שחם של ישובים קיימים אף כשאין לכך הצדקה מבחינת הצרכים הצבאיים, כמובן הרחב של ניסוי זה, כפי שנקבע על-ידי בית המשפט; ושנית, במקרים אחרים, בהם ניחן להקים ישובים אף לפי המצב המשפטי הקיים, מכוונות ההצעות, ככל הנראה, למנוע את אי-הנוחות הכרוכה בהחדינות אפשרית בפני בית המשפט. אכן, המצב המשפטי הקיים מכביד לעתים על ביצוע התכנית להקמת או הרחבה של ישוב מסויים במקום ובהיקף המבוקשים, אם כי, כאמור, אין הוא מונע, באופן כללי, מימוש מדיניות ההתישבות של הממשלה. ומכאן השאלה הכפולה: האם יש בהצעות שהועלו כדי לשרת את התכלית האמורה, והאם החועלת הצפויה מקבלת הצעה זו או אחרת שקולה כנגד הנזק שעלול להיגרם מקבלת ההצעה. נבדוק, איפוא, אח ההצעות העיקריות, אחת לאחת, לאור השאלה הזאת. ואלה ההצעות שהיבדקנה: מתן עזרה על-ידי שר החוץ שתאמר כי אזור יהודה ושומרון אינו "שטח כבוש";

הגבלת הסמכות של בית המשפט הגבוה לצדק לדון בעתירות של תושבי יהודה ושומרון בקשר להקמתם של ישובים ישראליים; הפקעת מקרקעין לפי החוק הירדני לצורך הקמת ישובים ישראליים; החלת החוק הישראלי בדבר רכישת מקרקעין לצורכי ציבור, או חוק רומה, על יהודה ושומרון; סיפוח יהודה ושומרון למדינת ישראל.

מתן תעודה שאזור יהודה ושומרון אינו "שטח כבוש"

16. אמנת האב הרביעית משנת 1907 קובעת, בין היתר, כי אסור למפקד צבאי לחפוס רכוש פרטי אלא אם הדבר דרוש לצרכים צבאיים (סעיף 52). בית המשפט העליון קבע בפסקי הדין בענין בית אל ובענין אלון מורה כי הוראה זו מבטאת כלל של המשפט הבינלאומי המנהגי. בחור שכזה נקלט הכלל בישראל, בלי צורך בחוק שיקבע זאת, ונעשה חלק מן המשפט המקומי. בהתאם לכך בדק בית המשפט בעניינים אלה אם הקרקע הפרטית שנחפסה על-ידי המפקד הצבאי ביהודה ושומרון לצורך הקמת ישוב אכן נחפסה לצרכים צבאיים.
17. כיוון שהכלל האמור של המשפט הבינלאומי מסיל מגבלה על כוחו של המפקד הצבאי ביהודה ושומרון לחפוס קרקע פרטית לצורך הקמת ישובים, הועלו הצעות שונות במגמה להתגבר על מגבלה זאת. אחת ההצעות כוונה נגד העמדה שמשלת ישראל גיבשה ומציגה בפני בית המשפט מאז מלחמת ששת הימים. לפי עמדה זאת נוהגת הממשלה לכבד ביהודה ושומרון את הכללים ההומניטריים של דיני המלחמה במשפט הבינלאומי, בלי להציג עמדה בשאלת החחולה של המשפט הבינלאומי על אזור זה. ברוח עמדה זאת, נוהג בית המשפט העליון לבדוק אם אכן קויימו במקרה הנדון בפניו הכללים ההומניטריים של דיני מלחמה במשפט הבינלאומי, ובהם אף הכלל המגן על הרכוש הפרטי. כנגד עמדה זאת נסען לאחרונה כי היא מוטעית, כיוון שיהודה ושומרון אינם "שטח כבוש" ולפיכך הכללים האמורים של המשפט הבינלאומי אינם חלים על שטח זה, וכי יש להניח שאם הפרקליטות חעלה סענה זאת בפני בית המשפט, די יהיה בכך כדי שבית המשפט יסיר את המגבלה האמורה מעל כוחו של המפקד הצבאי. אולם עד מהרה נחברר שאין יסוד להנחה זאת. במשפט אלון מורה סען בא-כוח המחייבים בפני בית המשפט כי הטענות המתבססות על המשפט הבינלאומי, ובכלל זה האמנות הבינלאומיות, אין להם שום רלבנסיות, מפני (כפי שהדברים הוצגו בפסק הדין) "שהסכסוך הוא סכסוך פנימי בין עם ישראל השב לארצו לבין חושביה הערביים של ארץ ישראל ושאינן המדובר ב"שטח כבוש" ולא ב"שטח מוחזק" אלא בלב לבה של ארץ ישראל שזכוחנו עליה אינה מוטלת בספק, ושנית, משום שגם עובדהית, היסטורית, המדובר ביהודה ושומרון שהיו חלק מהמנדט הבריטי והם נכבשו בכח הזרוע על ידי שכנתנו המזרחית - כיבוש וספוח שלא הוכרו מעולם על ידי מאן דהוא (זולת אנגליה ופקיסטן)". "אולם טענות אלה של בא-כוח המחייבים לא היה בהן כדי לשכנע את בית המשפט לפסוק שאין חחולה לכללים האמורים של המשפט הבינלאומי. בית המשפט, אף שנמנע מלהכריע בשאלת המעמד של יהודה ושומרון, דיבר על "כללי האב המחייבים את הממשל הצבאי ביהודה ושומרון, בהיותם דין בינלאומי מינהגי", ציין כי המשפט שהונהג על-ידי המפקד^{הצבאי} הישראלי באזור יהודה ושומרון מחבסס על דיני המלחמה במשפט הבינלאומי, ואמר כי צו החפיסה שהוציא מפקד האזור לחפיסת

הקרקע באלון מורה "מקורו הישיר לכל הדעות בסמכויות שהמשפט הבינלאומי מקנה למפקד הצבאי בשטח שנכבש על-ידי כוחותיו במלחמה". (ראה גם פסק הדין בעניין בית אל, בג"צ 606/78, פ"ד ל"ג (2) 113, 120, 122, 129).

18. משנתברר כי בית המשפט העליון רואה לנכון להחיל על אזור יהודה ושומרון את הכללים והמגבלות של המשפט הבינלאומי המינהגי, הועלתה הצעה לשנות את המצב הקיים בנושא זה, על-ידי חקירה רשמית שתאמר כי אזור יהודה ושומרון אינו "שטח כבוש". על-פי ההצעה, שר החוץ יחזק חקירה כזאת, ובכל מקרה בו חוגש לבית המשפט עתירה נגד ההקמה או הקיום של ישוב ביהודה או שומרון, חגיש פרקליסות המדינה את החקירה לבית המשפט, והחוצאה הצפויה היא שביח המשפט לא ידון כלל בעתירה או, לפחות, ידחה אותה לגופה. הכיצוד? ההנחה שביסוד ההצעה האמורה היא, שכללי המשפט הבינלאומי המטילים הגבלות על כוחו של המפקד הצבאי חלים רק על "שטח כבוש", ודי בחקירה של שר החוץ האומרת כי שטח מסויים איננו "שטח כבוש" כדי למנוע חחולה של דיני המלחמה של המשפט הבינלאומי על אותו שטח. ההצעה מחבטת גם על טעמים היסטוריים-לאומיים. אולם בהקשר זה אבדוק את ההצעה מן הבחינה המשפטית בלבד.

19. יש הסומכים הצעה זאת על דברים שאמר השופט ויחקון בפסק הדין בעניין אלון מורה. וכך אמר השופט ויחקון: "אילו נתעורר כאן פסק רציני בדבר מעמדו של השטח הנדון, היינו חייבים לפנות למשרד החוץ ולבקש ממנו חקירה רשמית המגדירה את מעמד השטח. שאלה זו אינה "שפיטה" ובכגון דא יפעל בית המשפט על פי החלטת הממשלה". אולם דברים אלה, אם מדייקים בהם, אינם תומכים כלל בהצעה האמורה. הם נאמרו בחשובה לטענה של בא-כוח המחייבים כי "איך לראות את יהודה ושומרון כ"שטח מוחזק" הנחזק לשלטון זה"ל, אלא כחלק ממדינת ישראל". ומשמעות דבריו של השופט ויחקון, בחשובה לטענה זאת, כפולה: ראשית, אין ספק רציני בכך שיהודה ושומרון אינם חלק ממדינת ישראל; ושנית, לו היה ספק רציני בכך, צריך היה לקבל חקירה ממשרד החוץ שתאמר אם השטח מהווה חלק ממדינת ישראל. אכן, זו הלכה מקובלת על בית המשפט מימים ימימה שהשאלה אם שטח מסויים נכלל בחחומה של מדינת ישראל, מוכרעת על-ידי חקירה של משרד החוץ. אך אין להסיק מדבריו של השופט ויחקון, בהקשר בו נאמרו, שמשרד החוץ מוסמך לפסוק בחקירה כי שטח מסויים, מחוץ למדינת ישראל, איננו "שטח כבוש", ולחייב בחקירה כזאת את בית המשפט.

20. אולם עדיין יש צורך לבדוק את ההצעה בדבר חקירה כזאת לגופה. ההצעה נבדקה, על-פי בקשתו של ראש הממשלה, על-ידי היועצת המשפטית למשרד החוץ. בחוות הדעת של היועצת המשפטית למשרד החוץ (מיום 8 בנובמבר 1979) מוצגים הכללים המחייבים להעודה של שר החוץ, ובין היתר הכלל הקובע שחקירה כזאת עוסקת רק בשאלות שבעובדה, ואין היא קובעת בשאלות משפטיות. וטכאן המסקנה הבאה של היועצת המשפטית למשרד החוץ: "לאור הכללים האלה נראה שחקירת שר החוץ תוכל להעיד שאין ישראל מכירה בריבונות זרה על יו"ש ועזה, וכך כי הממשל הצבאי מנהל את האזור בעקבות מלחמת ששת הימים שהיחה מלחמת הגנה עצמית של ישראל. אולם השאלה אם שטחים אלה הם בבחינת שטחים כבושים

(OCCUPIED בלע"ז) ואם תקנות האג משנת 1907 חלות על פעולות הממשל הצבאי הינן שאלות משפטיות אשר בהן בית המשפט יפסוק בעצמו". אני מסכים עם דעה של היועצת המשפטית למשרד החוץ כי שאלת המעמד של אזורי יהודה ושומרון, וכפועל יוצא אף שאלת התחולה של דיני המלחמה במשפט הבינלאומי על אזור זה, הינה שאלה משפטית שאינה נתונה להכרעה על-ידי משרד החוץ. בית המשפט יפסוק בשאלה זאת על-פי כללי המשפט כפי שהוא מכיר ומפרש אותם. למעשה, בית המשפט כבר פסק ואמר (בלי שראה צורך להכריע בשאלה אם אזור יהודה ושומרון הינו "שטח כבוש") כי דיני המלחמה של המשפט הבינלאומי המנהגי חלים על אזור זה. לפיכך אין מקום מבחינה עיונית, ואף אין חועלת מבחינה מעשית, במחן תעודה על-ידי שר החוץ, כפי שהוצע.

21. בהקשר זה יש מקום להצביע על שאלות נוספות שעשויות להחפורר אם בכל זאת יוחלט לתח תעודה של שר החוץ, כפי שהוצע:

- (א) אם חינוח תעודה שתאמר כי אזור יהודה ושומרון אינו "שטח כבוש", תחפורר השאלה מה הוא, לפי עמדת ישראל, המעמד של שטח זה ומה המשפט החל בו.
- (ב) אם אמנם תעודה כזאת יהיה בה כדי למנוע תחולה של המשפט הבינלאומי המנהגי על יהודה ושומרון, מה יהיה הבסיס המשפטי של כל הצווים שהוצאו או יוצאו על-ידי המפקד הצבאי ביהודה ושומרון, כולל צווים לתפיסת קרקע פרטית לצרכים בטחוניים?
- (ג) כיוון שמטרת ההצעה בדבר מתן התעודה הינה לבטל את התחולה של הכללים ההומניטריים במשפט הבינלאומי המנהגי, ובמיוחד הכלל בדבר ההגנה על רכוש פרטי, האם לא תחפורר התעודה כהצהרה רשמית שמכאן ולהנא אין ישראל מתכוונת לכבד את הכללים ההומניטריים האמורים ביהודה ושומרון?
- (ד) אם התעודה אכן תביא לביטול התחולה של הכללים ההומניטריים האמורים, האם יניח בית המשפט בישראל למפקד הצבאי ביהודה ושומרון לפעול ללא מגבלות משפטיות, ובכלל זה לחפוס או להפקיע קרקע פרטית כפי שיראה לו?
- (ה) האם תעודה כזאת מחייבת עם הסכם קמפ דייוויד בדבר האוטונומיה ביהודה ושומרון וכדבר קביעת המעמד הסופי של אזור זה בדרך של משא-ומתן?

הגבלת סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק

22. כאמור, ההצעה בדבר תעודה שר החוץ מכוונת בעיקרה למנוע ביקורת של בית המשפט הגבוה לצדק בשאלה החוקיות של הקמת יושבים ביהודה ושומרון. לאותה תכלית מכוונות הצעות שונות, שהועלו לאחרונה, בדבר הגבלת הסמכות של בית המשפט הגבוה לצדק, באופן ישיר ומפורש או באופן עקיף ומשחמע, כדי למנוע בעדו את עצם הדיון בשאלה זאת. להלן אדון בהצעות העיקריות בכיוון זה.

23. טענה אחת בכיוון זה גורסת כי בית המשפט איננו אמור לדון בענין שהינו בעיקרו מדיני, וכי ההתישבות ביהודה ושומרון הרי היא, בעיקרה, ענין מדיני. טענה זאת הועלתה בפני בית המשפט אך לא נחקלה על ידו. במשפט אלון מורה חזר בית המשפט על דברים שנאמרו על ידו בענין זה במשפט ביח אל, לאמור, בהנחה "שרכושו של אדם נפגע או נשלל ממנו שלא כדין, קשה להאמין שבית המשפט יקפוץ אח ידו מאוחו אדם כיוון שזכותו של זה עשויה לעמוד לוויכוח כמסא ומחן פוליטי".
24. טענה אחרת אומרת שבית המשפט הגבוה לצדק אינו מוסמך, או אינו צריך, לדון בעחירות של אנשים שאינם חושבי ישראל, אלא חושבי יהודה ושומרון. בפועל דן בית המשפט במספר ניכר של עחירות כאלה, מאז מלחמת שש הימים ועד היום, ועובדה זאת כשלעצמה יש בה ראייה לסמכותו של בית המשפט. ואם נותר ספק בדבר, בא בית המשפט עצמו וקבע במשפט ביח אל "שנושאי החפקידים בממשל הצבאי שייכים לרשות המבצעת של המדינה ומכאן סמכותו של בית משפט זה לבקר את פעולותיהם, לפי סעיף 7(ב)(2) של חוק בתי המשפט, חשי"ז-1957" (בג"צ 606/78, פ"ד ל"ג (2) 113, 126). ודברים ברוח זאת נאמרו על-ידי בית המשפט גם במשפט אלון מורה.
25. כיוון שחוק בתי המשפט, חשי"ז-1957, מסמיך את בית המשפט הגבוה לצדק לדון בעחירות נגד המפקד הצבאי של יהודה ושומרון, הועלתה לאחרונה הצעה כי הכנסת תחקק חוק שישלול או יגביל את סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק לדון בעחירות של חושבי יהודה ושומרון בקשר להקמה או הרחבה של ישובים ביהודה ושומרון. אכן, הסמכות נחונה בידי הכנסת לבטל או לחקן כל חוק. אולם יש לתח את הדעת למשמעות של חוק המצמצם את סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק. עד כה לא נעשה שום נסיון לצמצם באמצעות חוק את סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק שלא על דעתו. נסיון כזה יהיה בו משום חקדים מסוכן, ויש לצפות שיעורר התנגדות עזה בציבור. בהחשב במעמד המיוחד של בית המשפט הגבוה לצדק, ובחפקיד החשוב שנועד לו, וכן במדיניות הרצויה לגבי הבקורת המשפטית על עובדי ציבור, דעתי היא שאין זה ראוי להציע חקיקה שתגביל את סמכותו של בית המשפט. ואין להחלים גם מן השאלה אלו פירושים ותגובות מחוץ לישראל חסורר חקיקה ששלול מחושבי יהודה ושומרון את האפשרות אשר הוקנתה להם מזה שנים להביא עחירותיהם בפני בית המשפט הגבוה לצדק.
26. לשי הצעה נוספת, באוחו כיוון, יוציא המפקד הצבאי של אזור יהודה ושומרון צו האוסר על חושב האזור לעחור אל בית המשפט הגבוה לצדק, אם בדרך כלל ואם בנוגע להתישבות ישראלית בלבד. אולם צו המוצא על-ידי מפקד צבאי אינו עדיף על חוק של הכנסת. לפיכך צריך להניח שצו כזה לא יהיה בכוחו להגביל את סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק כפי שנקבעה בחוק בתי המשפט, חשי"ז-1957.

הפקעת מקרקעין לצרכי התישבות לפי החוק הירדני

27. חפיסת קרקעות פרטיות לצרכי התישבות ביהודה ושומרון נעשתה עד כה באמצעות צווי חפיסה שהוצאו על-ידי מפקד האזור לצרכים בסחונניים מכוח הסמכויות המוקנות לו לפי

המשפט הבינלאומי. סמכותו של המפקד הצבאי לחפוס רכוש פרטי מוגבלת, כפי שנאמר, למקרים של צורך בטחוני. לפיכך הועלתה הצעה לחפוס קרקע פרטיה לצרכי החישובות, לפחות כאשר אין להצדיק חפיסה כזאת בצורך בטחוני, בדרך אחרת, היא הדרך של החוק הירדני. כידוע, המשפט הירדני עדיין עומד בתוקפו ביהודה ושומרון, בשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צה"ל באזור, ובמידה שאין בו משום סחירה לחתימת הבכחון. במסגרת המשפט הירדני החל באזור יהודה ושומרון מצוי חוק המאפשר הפקעה של רכוש פרטי לצורך ציבורי שיקבע על-ידי הממשלה, הלא הוא חוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) משנת 1953, הדומה בעיקרו לפקודה הישראלית המקבילה משנת 1943. ומכאן השאלה אם ניתן לעשות שימוש בחוק הירדני משנת 1953 כדי להפקיע קרקע פרטיה לצורך החישובות.

כאמור, בית המשפט קבע כי דיני המלחמה של המשפט הבינלאומי המנהגי חלים על יהודה ושומרון. בהחלט לכך יש להניח כי בית המשפט הגבוה לצדק יהיה מוכן לבדוק אם החלטה של המפקד הצבאי להפקיע קרקע מכוח החוק הירדני חואמת את הכללים של המשפט הבינלאומי המנהגי. לפי כללים אלה, המפקד הצבאי רשאי להפעיל סמכויות המוקנות במשפט המקומי רק אם הדבר דרוש לרווחתם של החושבים המקומיים של השטח המוחזק, להבדיל מאזרחי המדינה המזמיקה בשטח. כלל זה הוחל גם על הפקעת קרקע. מכאן שהמפקד הצבאי של יהודה ושומרון רשאי להפקיע קרקע פרטיה כדי לענות על צרכים של "החושבים המקומיים", כגון, סליחה כביש, מחיחת קווי חשמל, או בניית בתי חולים ומוסדות ציבוריים אחרים. אכן, הלכה למעשה, המפקד הצבאי פועל לפי החוק הירדני בדבר רכישה לצרכי ציבור ומפקיע קרקע פרטיה לצרכים מעין אלה, ובית המשפט אף אישר חוקייתה של הפקעה כזאת. אולם עדיין שאלה היא אם בית המשפט יאשר גם הפקעה של קרקע פרטיה מכוח החוק הירדני במטרה להקים או להרחיב ישוב של אזרחי ישראל.

החלת החוק הישראלי בדבר רכישה לצרכי ציבור על יהודה ושומרון

28. בגלל הבעייתיות הכרוכה בהפעלת החוק הירדני לצורך הפקעת קרקע פרטיה עבור ישוב ישראלי ביהודה ושומרון, הועלתה הצעה להחיל על אזור זה חקיקה ישראלית אשר תאפשר הפקעה כזאת. הצעה זאת הרבה גוונים לה, החל מהחלת חוק ישראלי קיים על יהודה ושומרון, דרך חקיקת חוק חדש ומיוחד לענין זה, וכלה בהחלת המשפט הישראלי כולו על יהודה ושומרון. נבדוק את ההצעות העיקריות בכיוון זה.

29. מן הראוי לבדוק, ראשית, את האפשרות להחיל על יהודה ושומרון את החוק הישראלי המאפשר הפקעה לצרכי ציבור, הלא היא פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943. מכוח פקודה זו מוסמך שר האוצר (או מי שהוסמך על ידו) להפקיע קרקע פרטיה בישראל לכל צורך ציבורי, כפי שיראה לו, כולל הקמת ישובים חדשים. אולם, כמוכן, פקודה זאת חלה כיום, כפי שחלה החקיקה הישראלית בדרך כלל, רק בשטח מדינת ישראל. ושאלה היא אם ניתן, מבחינה משפטית, להחיל פקודה זאת גם על יהודה ושומרון.

30. שחי דרכים נקבעו בחקיקה הישראלית המאפשרת להחיל חוקים ישראליים אף מחוץ לשטח ישראל על-ידי החלטה מינהלית. הדרך הראשונה נקבעה בפקודה שטח השיפוט והסמכויות, חש"ח-1948. סעיף 1 לפקודה זאת קובע כי "כל חוק החל על מדינת ישראל כולה מראה כחל על כל השטח הכולל גם את שטח מדינת ישראל וגם כל חלק מארץ-ישראל אשר שר הבטחון הגדיר אותו במנשר כמוחזק על ידי צבא הגנה לישראל". מכוח סעיף זה פרסם שר הבטחון שני מנשרים אשר החילו את משפט ישראל על "שטח מוחזק", האחד על ירושלים והשני על שאר "השטחים המוחזקים", שניהם בשנת חש"ח. אך נראה שאין להפעיל סמכות זאת על-ידי שר הבטחון להחלת החוק הישראלי המאפשר הפסקה לצרכי ציבור על יהודה ושומרון. בלי להיכנס לניחוח מפורט של סמכות זאת, יש לומר שסמכות זאת מאפשרת החלת כל החקיקה הישראלית על "שטח מוחזק", אך ספק אם היא מאפשרת החלת חלקית של החקיקה הישראלית, כגון, החלת חוק אחד בלבד. גם לגבי החלת החקיקה הישראלית כולה לא נעשה שימוש בסמכות זאת מאז שנת חש"ח. ואף כאשר הוחלט להחיל את המשפט הישראלי על מזרח ירושלים, לאחר מלחמת ששת הימים, לא נעשה שימוש בסמכות זאת, אלא נחקקה הוראה מיוחדת, הלא היא סעיף 11ב לפקודת סדרי השלטון והמשפט, חש"ח-1948.

31. סעיף 11ב לפקודת סדרי השלטון והמשפט, חש"ח-1948, אשר כאמור נחקק בשנת 1967, קובע כך: "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בכל שטח של ארץ-ישראל שהממשלה קבעה בצו". מכוח סעיף זה הוציאה הממשלה צו, באותה שנה, אשר החיל את המשפט, השיפוט והמינהל של ישראל על מזרח ירושלים. מאז לא נעשה יותר שימוש בסמכות זאת. מבחינת המשפט הישראלי ניחן אמנם לשוב ולהפעיל סמכות זאת כדי להחיל את המשפט, השיפוט והמינהל על יהודה ושומרון או על חלק מאזור זה, ועל כך עוד ידובר להלן. אך נראה שלא ניחן להפעיל סמכות זאת כדי להחיל על יהודה ושומרון חוק אחד בלבד, תהא זאת פקודה הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, או כל חוק אחר.

32. האם אפשר שהכנסת לחוק חוק אשר יקבע כי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, תחול גם על יהודה ושומרון? אכן, זה לא מכבר הוגשה לכנסת הצעת חוק פרטיח ברוח זאת. חוק מעין זה כמוהו, להלכה ולמעשה, לחוק של הכנסת הקובע בפירוט מלא את הסמכות להפקיע קרקע לצרכי ציבור ביהודה ושומרון. הסכניקה של חקיקה על-ידי אזכור, כלומר, על-ידי הפנייה לחוק ישראלי קיים, אין בה כדי לשטש את העובדה שמדובר בחקיקה אכסטריוטוריאליה, כלומר, בחקיקה האמורה לחול מחוץ לשטח מדינת ישראל. אין זה מקובל, בישראל או במדינות אחרות, לחוקק חוק המתייחס למקרקעין שמחוץ לחחום המדינה. יתירה מזאת, שאלה היא אם קיימת סמכות לחוקק חוק כזה. בשל כך, בדרך כלל לא ינחן חוקף לחוק כזה מחוץ לחחומה של המדינה המחוקקת, למשל, בחביעה לסילוק יד שחחנהל בפני בית משפט בשטח בו נמצאים המקרקעין. כיוון שבישראל טרם הוכרעה השאלה, נניח כי הכנסת אינה מנועה מלחוקק חוקים אכסטריוטוריאליים, הקובעים זכויות וסמכויות לגבי מקרקעין שמחוץ למדינה, וכי בית המשפט בישראל יתן חוקף מלא לחוקים כאלה. עם זאת, חקיקה חוק כזה עשויה לעורר בעיות במישורים אחדים. אציין חלק מבעיות אלה שיש להן היבט משפטי:

(א) השאלה חלה אם חקיקה כזאת חהיה חואמח אח המשפט הבינלאומי. בין היחר עשויים גופים בינלאומיים שונים, ובכלל זה אולי גם ביח הדין הבינלאומי בהאג, להחבקש לדון ולהחליט בשאלת החוקיות של חקיקה כזאת, על רקע המעמד של יהודה ושומרון.

(ב) עלולה להישמע הטענה כי החלה של חקיקה ישראלית על יהודה ושומרון, ולו רק החלה חלקית, יש בה משום סיפוח חלקי של יהודה ושומרון, או צעד לקראת סיפוח כזה, ומבחינה זאת אין היא מחייבת עם הסכמי קמפ דייוויד.

(ג) בין אם החוק יקנה אח סמכות ההפקעה לשר האוצר או לשר אחר, ובין אם יקנה אוחה לספקד הצבאי, חהיה הסמכות נחונה לבקורת משפטית של ביח המשפט הגבוה לצדק. אמנם הבקורת המופעלת על-ידי בג"צ על הפקעה לצרכי ציבור בישראל הינה מצומצמת ביוחר. אך היקף הבקורת נקבע, במידה רבה, על ידי ביח המשפט עצמו. אין בסחון בכך שביח המשפט יפעיל בקורת מצומצמת באוחה מידה כאשר ידון בהפקעה ביהודה ושומרון. אי אין להוציא מכלל אפשרות שביח המשפט יכפוף אח שיקול הדעה של הרשות הכפיקעה לכללים של המשפט הבינלאומי, המאפשרים הפקעה סרקע רק אם הדבר נדרש לצורכי בסחון או לרווחח האוכלוסייה המקומית, או לכללים דומים שיקבעו על-ידי ביח המשפט עצמו. אם כך יהיה לא חביא החקיקה שינוי של ממש במצב הקיים. אפשר אמנם למנוע חוצאה כזאת על-ידי הוספת הוראה בחוק שחשלול או חגביל אח סמכות הבקורת של ביה המשפט הגבוה לצדק. אך כאן מחעוררת השאלה אם דבר זה רצוי ומוצדק, מבחינת המדיניות המקומית, ולשאלה זאת כבר החייחסיקודם לכן.

(ד) החלה חוק ישראלי על אזור יהודה ושומרון עשויה לעורר בעיות של תיאום והשחלבות בין חוק זה לבין החוקים האחרים החלים באזור זה. לדוגמא, מה יהיה היחס בין החוק הישראלי לבין חוקים מקומיים המסדירים אוחו נושא בדרך שונה, והאם הסכסוכים הנובעים מהפעלת החוק, כגון סכסוכים בקשר לחפיסח החזקה בקרקע שהופקעה, ידונו בפני ביח משפט מקומי או בפני ביח משפט בישראל?

33. הצעה חוק פרטיה שהוגשה לאחרונה לכנסח אומרת כי המדינה חהיה הבעלים של כל המקרקעין ביהודה ושומרון שאינם בבעלות אדם, חאגיד או חחדש כלשהם. חקיקה כזאת עשויה לעורר בקורת מבחינת המשפט הבינלאומי ומבחינות נוספות, כמו חקיקה המחילה על יהודה ושומרון אח החוק הישראלי להפקעת מקרקעין לצרכי ציבור, עליה דובר לעיל (סעיף 39). מן הצד השני, מבחינה מעשית, חקיקה כזאת לא חביא לידי שינוי גדול במצב הקיים כיום, שהרי גם ללא חקיקה כזאת נוהגח המכשלה להשחמש במקרקעין כאלה לצרכי החישובוח.

34. ניחן לחאר צורוח נוספות של חקיקה ישראלית שחהיה מכוונח לאפשר שימוש במקרקעין ביהודה ושומרון לצרכי החישובוח. כך, לדוגמא, הוצע כי הכנסח חחוקק חוק אשר יקבע כי גורם ישראלי (שר או רשוח אחרח) יהיה מוסמך להפקיע קרקע פרטיה ביהודה ושומרון

לפי החוק הירדני על הפקעת מטרקעין. חוק כזה, אף שלכאורה אין הוא אלא מחקן חוק ירדני, להלכה ולמעשה הרי הוא חוק ישראלי, שאינו שונה מבחינה עקרונית מחוק המחיל על יהודה ושומרון את החוק הישראלי בדבר הפקעת מטרקעין לצרכי ציבור או מחוק המסדיר באופן נפרד ומפורט הפקעת מטרקעין לצרכי ציבור ביהודה ושומרון. על הבקורת האפשרית נגד חוק כזה כבר דובר. ודברים דומים ניחן לומר לגבי צורות דומות של חקיקה ישראלית.

35. לגבי ההצעות השונות לחקיקה ישראלית בקשר למטרקעין ביהודה ושומרון עשוייה להתעורר שאלת היחס להסכם קמפ דייוויד. לדוגמא, האם חוק ישראלי שיקנה למדינת ישראל בעלות על מטרקעין ביהודה ושומרון שאינם בבעלות פרטית, יחייב עם הסכם קמפ דייוויד?

36. חקיקה ישראלית בקשר להחישבות ביהודה ושומרון מעוררה גם את שאלת האפשרות להפעיל חקיקה כזאת לאחר הקמת האוטונומיה. האם אפשרות זאת אינה מותנית, מבחינה עקרונית ומעשית, בהסכמה מראש של הצדדים להסכם האוטונומיה? ואם כן, האם לא יהיה קל יותר לקבל הסכמה של הצד הערבי בכל הנוגע להחישבות ביהודה ושומרון בדרך אחרת, ולא על-ידי מחן חכרה וחוקף לחוק ישראלי מעין זה בהחום האוטונומיה?

ס י ט ו ח

37. ישראל יכולה לחוקק חוק המספח את יהודה ושומרון, או חלק מאזור זה, למדינת ישראל, לכל ענין ודבר. הדבר יכול להעשות גם על-ידי צו של הממשלה לפי סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, חס"ח-1948, כפי שנעשה בשנת 1967 לגבי מזרח ירושלים. אמנם יחזן שמבחינה עיונית סהורה החלת המשפט, השיפוט והמינהל של ישראל על שטח כלשהו אין פירושה בהכרח סיפוח של אותו שטח. אולם מבחינה מעשית לפחות הרי זה סיפוח ממש. אם כך יעשה, יחולו על השטח שסופח כל החוקים הישראליים, ובכלל זה פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, והכנסת תוכל לחוקק חוקים אחרים שיחולו גם על השטח שסופח. מבחינה המשפט הישראלי יהיה בכך כדי לאפשר הקמת ישובים בשטח שסופח כמו בכל שטח אחר של מדינת ישראל. אולם סיפוח מעורר, כמובן, בעיות בתחומים אחרים. בעיה אחת נעוצה בחחום המשפט הבינלאומי הקובע כללים לענין הסיפוח. בעיה אחרת נובעת מהסכם קמפ דייוויד האומר כי לאחר שתקום האוטונומיה תחל תקופת מעבר של חמש שנים, ובמהלך התקופה הזאת יתנהל משא-ומתן כדי לקבוע את "המעמד הסופי" של יהודה ושומרון ועזה. בעיות נוספות, בעלות חשיבות רבה, מצויות בחחום המדיני, ואין הן נושא לחוות דעה משפטית, אלא ענין לדרג המדיני. דעו של ראש הממשלה בענין זה כבר הושמעה בפני הכנסת.

ס י כ ו ס

38. (א) מדיניות הממשלה היא להקים את הישובים ביהודה ושומרון, ככל שהנסיבות מאפשרות, על קרקע ממשלתית, ללא חפיסה של קרקע פרטית. לעתים נגרמים קשיים בשל מדיניות זאת, כאשר אי-אפשר לאחר קרקע ממשלתית במקום או בהיקף המבוקש עבור ישוב מסויים. אולם, בדרך כלל, המצב המשפטי הקיים מאפשר לבצע את מדיניות ההתיישבות של הממשלה. עד כה לא נגרמו קשיים משפטיים לגבי ישובים שהוקמו על קרקע ממשלתית. בעת האחרונה החליטה

הממשלה להקים ולהרחיב מספר ניכר של ישובים ביהודה ושומרון, ובדיקת המצב המשפטי של הקרקעות במקרים אלה העלחה, כמעט ללא יוצא מן הכלל, שקיימת אפשרות להוציא את ההחלטה אל הפועל על קרקע ממשלתית, אם כי במקרים אחדים חוץ שינויים מבחינת המקום או ההיקף. סביר להניח כי מצוייה ביהודה ושומרון קרקע ממשלתית בהיקף שיספיק לביצוע מדיניות ההתיישבות של הממשלה בעתיד הקרוב.

(ב) פסק הדין בענין אלון מורה לא הגביל את האפשרות המשפטית להקים ישובים על קרקע ממשלתית. יתירה מזאת, פסק הדין חזר וקבע כי מבחינה משפטית ניתן לחפוס קרקע פרטית לצורך הקמת ישוב אזרחי, אם צרכי הבטחון דורשים זאת. צרכי הבטחון, לענין זה, כוללים את צרכי ההגנה המרחבית, השלטה סדר לבטחון, ובכלל זה מניעתם של מעשי חבלה. בהתאם לעקרון זה אישר בית המשפט הגבוה לצדק, במקרים קודמים, חפיסת קרקע פרטית לצורך הקמת ישובים ביהודה ושומרון.

(ג) פסק הדין שציווה על פינוי אלון מורה עורר חשש לגורלם של ישובים אחרים הקיימים מזה זמן ביהודה ושומרון, שמה יבוא עכשיו בית המשפט הגבוה לצדק ויצווה לפנות אף אותם. אולם חשש זה נראה ללא יסוד, לאור פסקי הדין הקודמים של בית המשפט הגבוה לצדק בחאוס זה, ובעיקר לאור הכלל בדבר שיהוי, לפי כלל זה, מי שכוען כי נפגע בזכויותיו, אך השתהה ולא הביע עתירתו לבית המשפט חוץ זמן סביר, לא יענה לו בית המשפט.

(ד) מכל האמור עולה המסקנה כי מבחינה מעשית אין צורך ממשי בשינוי המצב המשפטי הקיים כדי להגן על הישובים הקיימים או כדי להקים ישובים חדשים ביהודה ושומרון בהתאם למדיניות ההתיישבות של הממשלה.

(ה) אם חרצה הממשלה להבהיר ולהדגיש את מדיניותה לגבי הישובים הקיימים ביהודה ושומרון, ולגבי הקמתם של ישובים חדשים ביהודה ושומרון, אין מניעה, מבחינה משפטית, שחעשה זאת בדרך של החלטה ממשלה.

(ו) הצעות שונות הועלו לאחרונה לנקיטת צעדים שונים במגמה לשנות את המצב המשפטי הקיים בנוגע להתיישבות ביהודה ושומרון. הצעות העיקריות הן אלה: מתן חעודה על-ידי שר החוץ בה יאמר כי אזור יהודה ושומרון אינו "שטח כבוש"; הגבלת סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק לדון בעניינים הנוגעים להתיישבות ביהודה ושומרון; הפקעת מקרקעין לצרכי התיישבות לפי החוק הירדני; תיקוח חוק ישראלי שיאפשר הפקעת מקרקעין לצרכי התיישבות ביהודה ושומרון; וכלה בסיפוח של יהודה ושומרון למדינת ישראל. הצעות אלה, כל אחת מהן מעוררת בעיות וקשיים, כפי שהוסבר, ואין צורך לחזור על הדברים.

(ז) חאה ההכרעה אשר חאה, עתידם של הישובים ביהודה ושומרון במסגרת האוטונומיה, אם חקום, יהיה חלוי בראש ובראשונה בהוראות שיקבעו בהסכם האוטונומיה לענין זה.