

**היתכנות החלתו של מנגנון לבירור תביעות בדבר שימוש במקרקעין בבעלות  
פרטית באזור יהודה והשומרון**

	<b>תוכן</b>
2.....	<b>I. הקדמה</b>
5.....	<b>II. המצב העובדתי בצפון קפריסין ומנגנון הבירור בנושא קרקעות</b>
5.....	<b>א. כללי – הקמת צפון קפריסין</b>
	<b>ב. הוועדה לבירור טענות קנייניות בצפון קפריסין ( Immoveable Property Commission )</b>
7.....	<b>III. פסיקת בית הדין האירופי בעניין דמופולוס (Demopoulos et al v. Turkey) .....</b>
10.....	<b>IV. עיקרי חוות הדעת של פרופסור ויילר</b>
13.....	<b>א. הבחנות רלוונטיות בין המצב בצפון קפריסין לבין איו"ש</b>
14.....	<b>ב. עמדתו של פרופסור ויילר בנוגע ליישום "המודל הקפריסאי" ביחס לאיו"ש</b>
15.....	<b>V. ניתוח הצוות</b>
17.....	<b>א. הקמת מנגנון למתן סעד בגין פגיעה בזכות הקניין</b>
17.....	<b>ב. אתגרים ביישום המתווה ומשמעויות אפשריות</b>
20.....	<b>ג. צעדים מעשיים ליישום המנגנון ביחס לאיו"ש</b>
23.....	<b>(1) המנגנונים הקיימים לטיפול בסכסוכי קרקעות באיו"ש כיום</b>
24.....	<b>(2) מאפייניו של מנגנון למתן סעד במקרה של סכסוכי קרקעות באיו"ש</b>
27.....	<b>VI. סיכום</b>
<b>3331</b> .....	

**היתכנות החלתו של מנגנון לבירור תביעות בדבר שימוש במקרקעין בבעלות  
פרטית באזור יהודה והשומרון**

**I. הקדמה**

1. מדיניותה של מדינת ישראל מזה שנים רבות הינה כי הרחבת ההתיישבות הישראלית באזור יהודה והשומרון (להלן: "איו"ש" או "האזור") תבצע על אדמות מדינה<sup>1</sup> ולא על קרקע פרטית של תושבים פלסטיניים. בפועל, למרות מדיניות זו, מסיבות ובנסיבות שונות, בוצעה לאורך השנים בנייה של ההתיישבות הישראלית באיו"ש על קרקע אשר אינה בגדר "אדמות מדינה". חלקה של בנייה זו אף בוצע בהיקפים שונים של תמיכה וסיוע מאת מוסדות המדינה. אין חולק כי מציאות זו מהווה פגיעה קשה ומתמשכת בזכות הקניינית של בעלי הקרקע הפלסטיניים. לצד האמור לעיל, רבים מהמתיישבים הישראלים מתגוררים על קרקעות אלה שנים רבות, ולפחות בחלק מהמקרים, בנסיבות שבהן סברו כי הבנייה על הקרקע מותרת. בנסיבות אלה, פינוי והסרת הבנייה יגרמו לפגיעה קשה גם באותם מתיישבים.
2. על רקע מציאות מורכבת זו, ביום 11 בספטמבר 2016 פנה פרופסור יוסף ויילר לשרת המשפטים, הגב' איילת שקד, והציע כי המדינה תבחן את המנגנון הקיים לבירור תביעות רכוש של יוונים-קפריסאים כלפי תורכיה בנוגע לנכסיהם שננטשו בצפון קפריסין, ואת הישימות של מנגנון זה ביחס למקרים של בנייה על קרקעות בבעלות פרטית פלסטינית באזור יהודה והשומרון (להלן: "איו"ש) (מכתבו של פרופסור ויילר מצורף לחוות דעת זו **כנספח "א"**). פרופסור ויילר הוא משפטן בעל שם עולמי בתחום המשפט הבין-לאומי, אשר מעורה בפרטי הקמת המנגנון הנוכח לעיל. במכתבו לשרת המשפטים הציע לבחון האם ניתן להקים מנגנון דומה בהקשר הישראלי, אשר יוכל להעניק סעד למי שזכותו הקניינית נפגעה עקב בנייה בלתי-חוקית על קרקע פרטית של פלסטיניים באיו"ש.
3. בהמשך למכתבו של פרופ' ויילר, ביום 15 בספטמבר 2016, החליטו ראש הממשלה בנימין נתניהו, שר הביטחון אביגדור ליברמן ושרת המשפטים איילת שקד, על מינויו של "הצוות לבחינת היתכנות החלתו של מנגנון לבירור תביעות בדבר שימוש במקרקעין בבעלות פרטית באזור יהודה והשומרון." (להלן: "הצוות"). כנציגו של ראש הממשלה בצוות מונה אל"מ (מיל.) עו"ד דניאל רייזנר, בעבר ראש מחלקת הדין הבין-לאומי בפרקליטות הצבאית; נציגו של שר הביטחון לצוות, היועץ המשפטי למערכת הביטחון, עו"ד אחז בן-ארי; ונציגו של שרת המשפטים, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי), ד"ר רועי שיינדורף.
4. בראשית אוקטובר 2016 קיים פרופסור ויילר פגישות עם ראש הממשלה ועם שרת המשפטים, במהלכן הציג את המתווה שפועל בצפון קפריסין ואת המשמעויות הפוטנציאליות של מתווה זה ביחס למצב הדברים באיו"ש. בעקבות פגישות אלה גיבש

<sup>1</sup> הכוונה היא למקרקעין הרשומים על שמו של הממונה על הרכוש הממשלתי באזור יהודה ושומרון. אלו כוללים: קרקעות שנרשמו על שם ירדן או רשות מרשויותיה בתקופת השלטון הירדני באיו"ש; קרקע שהוכרזה כאדמות מדינה בתקופת השליטה הישראלית באיו"ש; וכן קרקעות שנוהלו על ידי האפוטרופוס הירדני לנכסי אויב; ראו: **חוות דעת (ביניים) בנושא מאחזים בלתי מורשים** (2005), עמ' 13 (להלן: "דו"ח ששון"), <http://www.pmo.gov.il/SiteCollectionDocuments/PMO/Communication/Spokesman/sason2.pdf>

פרופסור ויילר חוות דעת משפטית בשאלה האם ניתן להקים מנגנון דומה ביחס לאיו"ש, באופן שיעלה בקנה אחד עם הוראות הדין הבין-לאומי. בחוות דעתו שהועברה לעיונו במהלך חודש נובמבר 2016 פרש פרופסור ויילר את הרקע להקמת המנגנון האמור במסגרת הסכסוך הטריטוריאלי בצפון קפריסין וכן את פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם (להלן: "בית הדין האירופי" או "בית הדין") בסוגיה זו (חוות דעתו של פרופסור ויילר מצורפת כנספח "ב"). נקדים את שיתואר בהרחבה בהמשך ונציין כבר עתה, כי סוגיית הפגיעה בקניינם של יוונים-קפריסאיים בצפון קפריסין נדונה בפני בית הדין האירופי לזכויות אדם במספר הזדמנויות במשך כשני עשורים, ובשנת 2010 סמך בית הדין את ידיו על המנגנון שפועל בה בנושא האמור.

5. סיכומה של חוות הדעת הוא, כי לאור הפסיקה האמורה של בית הדין האירופי לזכויות אדם, וחרף ובשים לב לשוני בין המצב העובדתי והמשפטי בצפון קפריסין לבין זה הקיים באיו"ש, ניתן להקים טריבונל אשר יהיה בעל סמכות להעניק סעד של השבה, פיצוי או קרקע חלופית לפלסטיניים לבעלי זכויות בקרקעות, אשר זכות השימוש שלהם במקרקעין נפגעה שלא כדין; זאת, בנפרד וללא קשר להסדרה מדינית עתידית של הסכסוך בין ישראל לפלסטיניים. עמדתו של פרופסור ויילר היא כי הקמתו והפעלתו של מנגנון כזה ברוח העקרונות שנקבעו בפסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם, עולה בקנה אחד עם הדין הבין-לאומי.

האם יש סיבה לכך שבחלק מהמקרים נכתב הדין הבינ"ל ובאחרים המשפט הבינ"ל? זה לא נורא כמובן אבל נראה לי שעדיף לשמור על נוסח אחיד.

6. בחנו לעומק את חוות הדעת של פרופסור ויילר ואת פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם עליה נסמכת חוות הדעת. לאחר בחינה זו, אנו סבורים כי קיימים הבדלים משמעותיים, אשר יפורטו בהרחבה בהמשך, בין המצב שחל בצפון קפריסין, עליו התבסס בית הדין האירופי בפסיקתו, לבין המצב החל באיו"ש. עם זאת, אף אנו סבורים כי הקמת מנגנון למתן סעדים בגין הפרה של זכות הקניין, ברוח המודל שנקבע בצפון קפריסין ואושר על ידי בית הדין האירופי לזכויות אדם, מתיישבת עם חובותיה של מדינת ישראל לפי המשפט הבין-לאומי. לפיכך, עמדתנו היא שניתן להקים מנגנון אשר יעניק סעד לפלסטיניים בעלי זכויות במקרקעין שזכות הקניין שלהם נפגעה, עד להכרעה מדינית של הסכסוך בין מדינת ישראל לפלסטיניים. מנגנון זה, אם יוקם, יאפשר לאזן במקרים קונקרטיים בין הזכויות של בעל המקרקעין לבין הזיקה לקרקע של אלה המחזיקים בה; ייתן מענה למצוקתם הן של בעלי המקרקעין והן של מחזיקים בקרקע אשר יושבים עליה שנים ארוכות; ואולי יאפשר לשני הצדדים מעט וודאות, תוצאה שאין לזלזל בחשיבותה.

7. יודגש כבר עתה, כי ככל שיוקם מנגנון כזה ביחס לאיו"ש, לא יהיה בכוחו להעניק היתר להפקיע קרקע פרטית או לאפשר בנייה נוספת על קרקע זו.

8. זאת ועוד. אנו מעריכים כי נוכח המורכבות הפוליטית המאפיינת את הסכסוך הישראלי-פלסטיני ובפרט את פעילותה ארוכת השנים של מדינת ישראל לקידום ההתיישבות הישראלית באיו"ש, הקמת מנגנון כאמור לעיל תהיה מהלך סבוך ורגיש, שאינו נטול קשיים וסיכונים, לרבות סיכונים משפטיים. אלו יידונו בפירוט בגוף חוות הדעת. מעבר לסוגיות מרכזיות אלה, הסדריו הפרטיים של מנגנון כאמור דורשים המשך בחינה וליבון מעמיקים.

לשם כך אנו מציעים כי יוקם צוות ייעודי בנושא בראשות משרד הביטחון לשם גיבוש תכנית יישום פרטנית באשר למנגנון עצמו, תוך מתן תשומת לב מיוחדת למספר סוגיות המנויות בשלהי חוות דעתנו.

9. מבנה חוות הדעת הינו כדלקמן: נפתח תחילה (בפרק II) בתיאור העובדות הרלוונטיות הנוגעות לסכסוך הטריטוריאלי בצפון קפריסין והמנגנון שהוקם שם על-מנת לדון בתביעות של בעלי רכוש שננטש עקב כיבושה של צפון קפריסין בשנת 1974. בפרק III נסקור את פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם בסוגיה, ובפרט נתאר את פסיקתו משנת 2010 בעניין דמופולוס, אשר נתנה תוקף למנגנון זה. בפרק IV נתאר את עיקרי חוות דעתו של פרופסור ויילר, ובהמשך (בפרק V) ניח את היסודות להקמת מנגנון שיבחן טענות לפגיעה בזכות הקניין של פלסטיניים באיו"ש, ככל שיוחלט על הקמת מנגנון כזה, תוך הצגת האתגרים הכרוכים בכך. כן נציע צעדים להמשך לקביעת קווי המתאר של מנגנון כאמור.

סדרת  
מסמכים

## II. המצב העובדתי בצפון קפריסין ומנגנון הבירור בנושא קרקעות

10. פרק זה מחולק לשניים: חלקו הראשון יסקור את המצב העובדתי בצפון קפריסין, וחלקו השני יתאר את המנגנון שפועל שם לבירור טענות קנייניות של יוונים קפריסאיים.

### א. כללי – הקמת צפון קפריסין

11. בשנת 1974, בעקבות הפיכה צבאית בקפריסין שלוותה בכוונה לאחדה עם יוון, יצאה תורכיה למבצע צבאי בשטח קפריסין, שהסתיים בהשתלטות תורכית על שטח נרחב בצפון המדינה וכינון משטר צבאי תורכי בשטח זה.<sup>2</sup> פלישה זו הובילה לבריתם של יוונים קפריסאיים רבים מבניהם. בשנת 1975 הכריזו התורכים על הקמתה של הפדרציה התורכית של קפריסין. כעבור שמונה שנים, בשנת 1983, הוכרז על הקמה של מדינה עצמאית – "הרפובליקה התורכית של צפון קפריסין" (להלן: "צפון קפריסין"). צפון קפריסין לא הוכרה מעולם על ידי הקהילה הבין-לאומית,<sup>3</sup> ובית הדין האירופי אף קבע כי תורכיה שולטת בפועל בממשלת צפון קפריסין, וכי למעשה מדובר בכיבוש תורכי לא חוקי.<sup>4</sup> לאורך השנים, כוח ייעודי לשמירת שלום של האו"ם שמר על אזור חיץ בין צפון קפריסין לבין שאר האי.

12. סעיף 159 לחוקת צפון קפריסין משנת 1985 קובע כי רכוש שנמצא נטוש או ללא בעלים בשנת 1975 (מועד הקמת הפדרציה התורכית של קפריסין) יהפוך להיות רכוש של צפון קפריסין ומרשם המקרקעין יעודכן בהתאם. עוד נקבע בסעיף זה כי טענות בנוגע לבעלות על רכוש זה יידונו במסגרת מנגנון בירור שיוקם על-פי חוק (להלן: "מנגנון הבירור").<sup>5</sup>

13. בשני הליכים שהתנהלו בפני בית הדין האירופי, האחד תביעה בין-מדינית של קפריסין נגד תורכיה והשני עתירה פרטנית,<sup>6</sup> הגיע בית הדין למסקנה כי המשמעות המעשית של סעיף 159 לחוקה היא שלילת זכויות הקניין של יוונים קפריסאיים. מכיוון שליוונים קפריסאיים

<sup>2</sup> *Demopoulos and Others v. Turkey* (dec.) [GC], nos. 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04 and 21819/04, para. 4 ECHR 2010 <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=46113/99&sessionId=57330095&skin=hudoc-en>. (להלן: עניין דמופולוס).

<sup>3</sup> כך למשל, בהחלטה 541 של מועצת הביטחון של האו"ם נקבע שההכרזה על הקמת הרפובליקה התורכית של צפון קפריסין אינה חוקית. 18 [Cyprus], UN Security Council, Security Council resolution 541 (1983) [Cyprus], 18 UN Security Council, Security Council resolution 541 (1983), available at: <http://www.refworld.org/docid/3b00f16528.html>

<sup>4</sup> עניין דמופולוס, פסקאות 4, 89.

<sup>5</sup> נוסח סעיף 159 לחוקת צפון קפריסין:

"(b) All immovable properties, buildings and installations which were found abandoned on 13 February 1975 when the Turkish Federated State of Cyprus was proclaimed or which were considered by law as abandoned or ownerless after the above-mentioned date, or which should have been in the possession or control of the public even though their ownership had not yet been determined ... and

(c) ... shall be the property of the TRNC notwithstanding the fact that they are not so registered in the books of the Land Registry Office; and the Land Registry Office shall be amended accordingly."

<sup>6</sup> *Loizidou v. Turkey* (merits), 18 December 1996, p.2223, Reports of Judgments and Decisions 1996-6 Cyprus v. Turkey [GC], no. 25781/94, ECHR 2001-IV, para. 162-; (להלן: עניין לואיזידו); VI, para. 16-17 199 (להלן: התיק הבין-מדינתי). בהחלטה זו משנת 2001 נקבע כי תורכיה הפרה את חובתה על פי האמנה לספק סעד אפקטיבי. שם, בפסקאות 199-162.

לא הייתה אפשרות להעלות טענות בדבר פגיעה בזכות הקניין בפני ערכאות שיפוטיות בצפון קפריסין, קבע בית הדין כי אין מקום לדרוש מהם למצות הליכים מדינתיים, כפי שמתחייב מהאמנה האירופית לזכויות אדם (להלן: "האמנה"), וכי הוא יכול לדון בעניינם ישירות.<sup>7</sup>

14. במקביל להליכים משפטיים אלו, ראוי לציין את יוזמת השלום הבולטת ביותר שעסקה בצפון קפריסין, היא תכניתו של מזכ"ל האו"ם דאז, קופי אנאן (להלן: "תכנית אנאן").<sup>8</sup> תכנית אנאן, אשר גרסתה הסופית הוגשה לצדדים בשנת 2004, קראה להקמת רפובליקה קפריסאית מאוחדת שתכלול שתי מדינות ריבוניות – קפריסין היוונית בדרום וקפריסין התורכית בצפון. על פי תכנית זו, היה אמור לקום מנגנון מורכב לטיפול בתביעות רכוש של שני הצדדים שנפגעו כתוצאה מהפלישה התורכית, ובין היתר, בדומה לסעיף 159 לחוקה של צפון קפריסין, על המנגנון היה לאזן בין זכויותיהם של היוונים קפריסאים שהיו הבעלים המקוריים של הרכוש לבין זכויותיהם של אלו המתגוררים כיום בבתיים שננטשו ועושים שימוש בקרקע.<sup>9</sup> בשנת 2004 התוכנית הועלתה למשאל עם בשתי המדינות. היא אושרה על ידי אזרחי צפון קפריסין, אך נדחתה על ידי אזרחי הרפובליקה הקפריסאית.<sup>10</sup>

15. בשנת 2003, הקימו רשויות צפון קפריסין מנגנון לביורור טענות בנוגע לרכוש הנמצא בשטחן (להלן: "מנגנון הביורור הראשון"). עתירות רבות הוגשו לבית הדין האירופי בגין הפגיעה בזכות הקניין של היוונים הקפריסאיים ובית הדין החליט לדון באחת מהן (עניין Xenides-Arestis) ולהקפיא את הטיפול בשאר על רקע תכנית אנאן. במסגרת הדיון בעתירה בחן בית הדין האם דרישת מיצוי ההליכים מחייבת את העותרים לפנות למנגנון הביורור הראשון עובר לפנייה לבית הדין. במרץ 2005 בית הדין קבע, בהחלטה לעניין קבילות העתירה, כי לא ניתן לדרוש מהעותר למצות הליכים מדינתיים מאחר שהמנגנון שהוקם אינו מהווה מנגנון פיצוי הולם. קביעה זו התבססה על כך שמנגנון הביורור הראשון הוגבל למתן פיצויים כספיים בלבד, ורק בגין נזק ממוני; לא כלל סעד של השבה; ולא דן בטענות שהועלו ביחס לאפליה או מניעת הזכות לבית. זאת ועוד – סמכותו הטמפורלית לא הייתה ברורה, ואף הרכבו היה בעייתי – מרבית חברי המנגנון התגוררו בעצמם בנכסים נטושים של יוונים קפריסאים בצפון קפריסין. נוכח זאת, נפסק כי המנגנון אינו מהווה מנגנון פיצוי הולם ואפקטיבי.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> הדרישה למיצוי הליכים במישור המדינתי לפני פנייה לבית הדין מעוגנת בסעיף 35 לאמנה האירופית: Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5.

<sup>8</sup> The Comprehensive Settlement of the Cyprus Problem: [http://www.hri.org/docs/annan/Annan\\_Plan\\_April2004.pdf](http://www.hri.org/docs/annan/Annan_Plan_April2004.pdf).

<sup>9</sup> חלקם פליטים טורקים-קפריסאים שנמלטו מדרום האי וחלקם מתיישבים טורקים.

<sup>10</sup> עניין דמופולוס, פסקה 15.

<sup>11</sup> Xenidas-Arestis v. Turkey no. 46347/99 Decision on admissibility of 14 March 2005, Judgment on the merits of 22 December 2005. (להלן: עניין קסנידס-ארסטיס).

16. בעקבות החלטה זו, בשנת 2005 נחקק בצפון קפריסין חוק מספר 67/2005 אשר תיקן את המנגנון על ידי הקמת ועדה חדשה לבירור טענות קנייניות בצפון קפריסין (Immovable Property Commission), להלן: "IPC" או "הוועדה"<sup>12</sup>, אשר תתואר להלן.

### ב. הוועדה לבירור טענות קנייניות בצפון קפריסין (Immovable Property Commission)

17. כאמור לעיל, הכללים המתווים את אופן הפעלתה של הוועדה נקבעו בחוק 67/2005. להלן נסקור את עיקריהם:

17.1. נטל ההוכחה - בהליך בפני הוועדה נטל ההוכחה מונח על כתפי המבקש, אשר נדרש להוכיח מעבר לספק סביר, בין היתר, כי הנכס היה רשום על שמו בתאריך ה-20.7.1974 ("המועד הקובע" אשר משקף את המועד בו הנכס ננטש) או כי הוא יורשו החוקי של בעל הנכס. בנוסף, עליו להראות כי לפי מרשם המקרקעין אין טוענים נוספים לבעלות על הנכס הנדון.<sup>13</sup>

17.2. הליך הבירור - לוועדה סמכות לזמן עדים להעיד או להמציא מסמכים שברשותם.

17.3. אכיפת החלטות הוועדה - החלטת הוועדה מחייבת את רשויות צפון קפריסין בדומה לפסק דין. על פי החוק, נתח מהתקציב השנתי יוקצה לשם יישומו (פיצויים והוצאות נלוות).<sup>14</sup>

17.4. הרכב הוועדה - בין חמישה לשבעה חברים (מלבד נשיא וסגן נשיא), מתוכם לפחות שניים לא יהיו אזרחי צפון קפריסין, תורכיה, בריטניה, יוון או רפובליקת קפריסין (כלומר, שני נציגים בין-לאומיים). אין למנות חבר בוועדה אדם בעל עניין בנכסים שננטשו, ועל נשיא צפון קפריסין להציג רשימת מועמדים שמספרם כפול ממספר חברי הוועדה הנדרשים, שמתוכה תמנה מועצת השופטים העליונה את חברי הוועדה.<sup>15</sup>

17.5. ביקורת שיפוטית - על פי החוק, הצדדים רשאים לערער על החלטת הוועדה לבית המשפט העליון של צפון קפריסין, ועל פסיקתו ניתן לערער לבית הדין האירופי לזכויות אדם.<sup>16</sup>

18. לעניין הסעדים האפשריים: הוועדה יכולה להעניק מספר סעדים: השבה, נכס חלופי ופיצויים.<sup>17</sup> לעניין זה החוק מבחין בין נכסים שהועברו לידיים פרטיות לבין נכסים שנתרו

<sup>12</sup> Law for the Compensation, Exchange and Restitution of Immovable Properties Which Are Within the Scope of Sub-Paragraph (B) of Paragraph 1 of Article 159 of the Constitution (Law 67/2005), online: <http://www.tamk.gov.ct.tr/dokuman/67-2005yasaING.pdf> (להלן: חוק 67/2005).

<sup>13</sup> סעיף 6 לחוק 67/2005. יצוין כי עובר לכיבוש התורכי והקמת צפון קפריסין, המקרקעין באי כולו היה מוסדר.

<sup>14</sup> עניין דמופולוס, פסקה 36.

<sup>15</sup> סעיף 11 לחוק 67/2005. מועצת השופטים העליונה (Supreme Council of Judicature) מורכבת מנשיא ושופטי בית המשפט העליון, נציג הממונה על ידי נשיא רפובליקת צפון קפריסין, נציג הממונה על ידי הפרלמנט, היועץ המשפטי לממשלה ונציג הממונה על ידי לשכת עורכי הדין. מועצת השופטים העליונה מוסמכת לדון בכל הקשור במינוי, העסקה, סיום העסקה ודין משמעתי של שופטים ביתר הערכאות.

<sup>16</sup> סעיף 9 לחוק 67/2005.

ברשות המדינה. נקבע, כי ככל שנכסים הנמצאים ברשות המדינה לא הוקצו לטובת הציבור או לשימוש צבאי, ניתן להשיבם לבעליהם תוך זמן סביר (זאת, למעט נכסים אשר עקב מיקומם או מצבם הפיזי השבתם תסכן את ביטחון הציבור או הסדר הציבורי).<sup>18</sup> בשנת 2008 בחוק נוסף שעסק בעניין זה **נוספה אפשרות לבעל הנכס המקורי, גם אם אינו מחזיק בנכס, להעביר את זכויותיו בנכס לצד ג'.**<sup>19</sup>

Commented [GR2]: לברר

19. לגבי נכס שעבר לידיים פרטיות, ככל שלא הוקצה מטעמי אינטרס הציבור או צדק חברתי, יחולו הכללים הבאים:<sup>20</sup>

19.1. **השבה** - במקרה בו ערך הנכס לא עלה או שעליית ערכו נמוכה מערכו בעת שננטש,<sup>21</sup> ניתן להורות על השבת הנכס. החלטה על השבה תקבל תוקף רק לאחר הסכם מדיני לפתרון "בעיית קפריסין" בהתאם לאמור בהסכם. נקבע, כי אין לאלץ את המחזיק בנכס לעזוב את הנכס עד למתן פיצוי או דיור חלופי כפי שייקבע בהסכם. מעבר לכך, המחזיק בנכס המיועד להשבה יהיה זכאי לפיצוי על הנוק שייגרם לו בעקבות החלטת הוועדה, או לחילופין באפשרותו לפנות לרשויות בבקשה לרכוש את הנכס. במקרה שזכאות זו לא מומשה טרם מועד ההשבה, הנכס יופקע. מעבר לכך, מרגע ההכרזה על החלטת הוועדה, לא תותר בניה בנכס המיועד להשבה. לא ניתן להשביח, לקנות או למכור נכס המיועד להשבה. עם זאת, הרשות המנהלית רשאית להתיר השבחה של הנכס במידה שגם הבעלים המקורי נהנה מהדבר.

Commented [GR3]: תם - אנא בדקי האם במקרה כזה נפסקים דמי שימוש עד למועד ההשבה בפועל

19.2. **פיצויים או קרקע חלופית** – אם ערכו של הנכס עלה בין מועד נטישתו לבין מועד הגשת הבקשה לוועדה,<sup>22</sup> ניתן להציע למבקש קרקע חלופית או להעניק פיצויים.

○ **פיצויים:** לוועדה סמכות לקבוע את גובה הפיצויים. קביעת סך הפיצויים תתבסס על ערך הנכס בתאריך ה-20.7.1974 (המועד הקובע לעניין הנטישה). הוועדה יכולה להעניק פיצויים גם בגין נזק ממוני או מניעת שימוש וכן פיצויים בגין נזק לא ממוני על הפגיעה בזכות של כל אדם להגנה על ביתו (respect for home). החוק קובע גם את הקריטריונים לחישוב גובה הפיצוי.<sup>23</sup>

<sup>17</sup> סעיף 8 לחוק 67/2005.

<sup>18</sup> סעיף 1(8) לחוק 67/2005.

<sup>19</sup> Law for Transfer and Registration of Rights to Immovable Properties that are within the Scope of Article 159 of the Constitution, and Which, Under the Turkish Republic Of Northern Cyprus Law, are Not Owned By Any Real Person or Legal Person Apart From the State, and Which are Currently in the Possession of A Real or Legal Person or the State (Law 13/2008).

<sup>20</sup> סעיף 2(8) לחוק 67/2005.

<sup>21</sup> עקב סיבות שונות: העלייה בערכו עקב פעולות להשבחתו שנקטו בין מועד נטישתו לבין מועד הגשת הבקשה ל-IPC נמוכה מערכו בזמן הנטישה; במקרה שערך הנכס לא עלה בתקופה זו; שלא אושרה על ידי הרשויות כל פעולת השבחה בנכס; הנכס אינו שווה ערך לערכו בעבר בהתאם לחקיקה מכיוון שנמסר לאדם כלשהו בתמורה לנכס שנאלץ לנטוש בהימלטו מדרום האי לצפונה. סעיף 2(8) לחוק 67/2005.

<sup>22</sup> כתוצאה מפעולות השבחה שנקטו בין מועד נטישתו לבין מועד הגשת הבקשה; ערך הנכס עלה בתקופה זו; במידה שאושרה תכנית בניה אשר תביא לעלייה כאמור בערכו של הנכס. סעיף 2(8) לחוק 67/2005.

<sup>23</sup> סעיף 4(8) לחוק 67/2005.



24.01.17

○ קרקע חלופית: במידה שהוועדה החליטה להציע למבקש נכס חלופי, הערך הנוכחי של הנכס החלופי המוצע צריך להיות שווה בערכו לערך הנוכחי של הנכס שבו יש למבקש זכות קניינית.<sup>24</sup> ככל שקיים פער בשווי, הוועדה תשלם את ההפרש או שיהיה עליו להשלים את הסכום, בהתאם לנסיבות. אם הוועדה הציעה למבקש קרקע חלופית, תישמר זכותו לקבל פיצויים בגין נזקים בלתי ממוניים.

20. על פי אתר האינטרנט של הוועדה, נכון ליום 29.11.2016 הוגשו לוועדה 6,307 בקשות, מתוכן הסתיימו ההליכים לגבי 970 תיקים (945 מתוכם הסתיימו בהסדר פשרה ו-25 אחרים הסתיימו לאחר הליך בירור).<sup>25</sup> מתוך סך ההליכים שהסתיימו, במקרים בודדים התוצאה של ההליך בפני הוועדה הייתה השבה.<sup>26</sup>

טורסט

<sup>24</sup> סעיף 58(5) לחוק 67/2005.

<sup>25</sup> הנתונים נלקחו מאתר הוועדה - <http://www.tamk.gov.ct.tr/index.html>. נכון ליום 29.11.16, במסגרת התיקים שהסתיימו (כ-15% מהתיקים הפתוחים), שולמו פיצויים בסכום כולל של 227,954,904 ליש"ט ראו [http://www.tamk.gov.ct.tr/dokuman/istatistik\\_ara%C4%B1%C4%B1%C4%B1%C4%B1%C4%B1%C4%B1%C4%B1%2016.pdf](http://www.tamk.gov.ct.tr/dokuman/istatistik_ara%C4%B1%C4%B1%C4%B1%C4%B1%C4%B1%C4%B1%C4%B1%2016.pdf)

<sup>26</sup> על פי הנתונים המופיעים באתר הוועדה, מתוך ההליכים שהסתיימו בפשרה בין הצדדים, ב-80% מהמקרים הצדדים הסכימו על פיצויים בלבד. רק בשמונה מקרים הצדדים הסכימו על הסדר שכולל השבה (בין אם השבה בלבד או השבה לצד פיצויים). מתוך 25 ההליכים שבהם הוועדה קיימה הליך בירור וקיבלה החלטה, ב-84% מהמקרים הוועדה החליטה על מתן פיצויים בלבד ורק במקרה אחד הוחלט על השבה חלקית של הנכס.

### III. פסיקת בית הדין האירופי בעניין דמופולוס (Demopoulos et al v. Turkey)

21. בין השנים 1999-2004 הוגשו שמונה עתירות נגד תורכיה לבית הדין על-ידי יוונים קפריסאים אשר נמלטו מבתיהם בשנת 1974 (להלן: "עניין דמופולוס"). עיקרן של העתירות בטענה כי נשללה גישתם לרכושם, ועל כן נפגעו זכויותיהם המעוגנות באמנה האירופית לזכויות אדם: הזכות לפרטיות ולחיי משפחה, בפרט הזכות ל"בית"<sup>27</sup>, והזכות לקניין.<sup>28</sup> מנגד, ממשלת תורכיה טענה כי העותרים לא עמדו בדרישת האמנה למיצוי הליכים, היות שלא פנו לוועדה טרם הפנייה לבית הדין, וזאת על אף שבית הדין קבע בפסק הדין הסופי בעניין Xenides-Arestis משנת 2006 כי באופן עקרוני המנגנון המדינתי החדש, ה-IPC, הולם את דרישותיו, אשר פורטו בהחלטתו משנת 2005 בעניין קבילות העתירה.<sup>29</sup> בתגובה לטענות אלו, העותרים טענו, בין היתר, כי המנגנון אינו אפקטיבי מכיוון שאינו מציע סעד ראוי (שכן זכות הבעלים המקורים צריכה לגבור על זכותם של המחזיקים בפועל, בעוד שבפרקטיקה רק במקרים נדירים הוחלט על השבה; החלטות מתקבלות ללא שקיפות ופיקוח; והמנגנון פועל באיטיות ובמשוא פנים).<sup>30</sup>

22. לצורך הכרעה בסוגיית מיצוי ההליכים, בית הדין נדרש לבחון האם המנגנון שהוקם מתוקף חוק 67/2005 יכול להעניק מעניק סעד הולם. בפסק הדין, שניתן בשנת 2010, בית הדין קבע כי המנגנון הצפון קפריסאי אכן עשוי להעניק סעד הולם באופן שמחייב את העותרים לפנות אליו תחילה לצורך מיצוי ההליכים המדינתיים, ולפיכך דחה את העתירות בשל חוסר-קבילות. להלן תובאנה מספר קביעות מתוך פסק הדין הרלוונטיות לעניינו.

23. תחילה, בית הדין ציין כי למציאות המדינית-פוליטית, כמו גם לחלוף הזמן ולהתפתחויות של הסכסוך, השפעה על אופן פרשנות ויישום האמנה על ידי בית הדין.<sup>31</sup> בהקשר זה בית הדין ציין כי חלפו למעלה מ-35 שנים מאז איבדו העותרים את החזקה בנכסיהם וכי חלו שינויים באוכלוסייה המקומית. רכוש רב של יוונים קפריסאים החליף בעלים לפחות פעם אחת, בין אם במכירה, בתרומה או בירושה.<sup>32</sup>

24. לאחר מכן, בית הדין דן בטענות העותרים וקבע שעצם העובדה כי הסעד העיקרי שניתן על ידי הוועדה הוא פיצויים, ורק במקרים בודדים הוחלט על השבה של הרכוש לבעלים המקורי, איננה מצביעה על כך שהסעד אינו נאות. זאת, בין היתר, כיוון שבחלוף הזמן, עשורים רבים לאחר אובדן החזקה ברכוש, הזכות הקניינית עשויה להתרוקן מהשלכות מעשיות, נוכח הזיקה החזקה בין בעלות לבין החזקה (מבחינה חוקית ועובדתית).<sup>33</sup> בית הדין ציין כי ייתכן שאלו הטוענים לבעלות מעולם לא ראו את הנכס הנדון ולא עשו בו שימוש.

<sup>27</sup> סעיף 8 לאמנה.

<sup>28</sup> סעיף 1 לפרוטוקול הראשון של האמנה.

<sup>29</sup> עניין דמופולוס, פסקאות 57-50. ראו גם Xenidas-Arestis v. Turkey (just satisfaction), no. 46347/99, 37 December 2006, para. 37.

<sup>30</sup> שם, פסקאות 58-62.

<sup>31</sup> עניין דמופולוס, פסקה 85.

<sup>32</sup> שם, פסקה 84.

<sup>33</sup> שם, פסקה 111.

בית הדין הבהיר כי אמירה זו לא שוללת את הזכות הקניינית של העותרים (כיוון שהמשטר הצבאי בצפון קפריסין לא יכול להעביר בכוח את זכויותיהם הקנייניות של בעלי הנכסים); אך לצד זאת ציין שלא מציאותי לצפות כי בית הדין, כמנגנון על-מדינתי, יוכל או צריך להורות לממשלת תורכיה לאפשר לעותרים גישה והחזקה מלאה בנכסיהם, ללא התחשבות בדיירים הנוכחיים או בשימוש הנוכחי של הנכס.<sup>34</sup> להיחלשות הזיקה בין זכות הקניין לבין ההחזקה והשימוש בנכס יש השלכות על אופי הסעד שיחשב כהולם לפי האמנה.<sup>35</sup> במקרים בהם ניתן ליישם השבה בעין, יש לעשות כן. אם לא ניתן להשיב המצב לקדמותו, נוהג בית הדין לחייב את המדינה המפרה לשלם פיצויים.<sup>36</sup>

25. על-פי בית הדין, עצם העובדה שהכיבוש התורכי נתפס כבלתי-חוקי במשפט הבין-לאומי איננה משליכה על תוקפם של המנגנונים שהוקמו על-ידי הכוח הכובש לשם מתן סעד על הפרות זכויות אדם (אחרת ייווצר מעין ואקום שיותיר את העותרים ללא כל סעד לפגיעה בזכויותיהם). בית הדין ציין בהקשר זה את מגבלותיו המוסדיות ואת אופיו המיוחד כגוף המוקם מכוח אמנת זכויות אדם, המוסמך לדון בעתירות על הפרת זכויות של אינדיבידואלים. לכן, מאחר שמנקודת המבט של האמנה מקרקעין הינו סחורה (material commodity) אשר בהתאם לנסיבות ניתן להעריך ולהעניק פיצוי בגינה, פיצוי שישולם בהתאם לפסיקת בית הדין ומתן נכס חלופי הינן דרכי פיצוי מקובלות.<sup>37</sup>

26. בית הדין דחה את הטענה כי המדינה שנגדה הוגשה העתירה אינה רשאית לשקול שיקולים מעבר לזכויות העותר, ובעיקר שיקולים הנוגעים לצדדים שלישיים, בבואה להחליט על אופן הפיצוי. בית הדין קבע כי אינו יכול לכפות על מדינה פעולה במסגרתה יתבצע פינוי כפוי של מספר גדול של גברים, נשים וילדים, גם אם מטרת הפעולה היא מתן סעד בגין הפרת האמנה. יש לוודא שהסעד לעוול שנגרם לא ייצור עוול חדש ובלתי-מידתי<sup>38</sup> ולהותיר את בחירת אמצעי הפיצוי בידי המדינה, אשר נמצאת בעמדה הטובה ביותר להעריך את ההשלכות המעשיות, סדר העדיפויות והאינטרסים המתנגשים ברמה המדינית.

27. מעבר לכך, בית הדין קבע כי הרכב הוועדה עולה בקנה אחד עם דרישותיו, שכן בוועדה מכהנים שני חברים חיצוניים (שלא קשורים לתורכיה או לצפון קפריסין) ותנאי המינוי וההעסקה של חבריה זהים לאלו של שופטים בכירים בצפון קפריסין.<sup>39</sup> בית הדין דחה את טענות העותרים על כך שנטל ההוכחה שנקבע - מעל לספק סביר - גבוה מדי,<sup>40</sup> ואף דחה מספר טענות נוספות הנוגעות ליעילות הוועדה.<sup>41</sup>

<sup>34</sup> שם, פסקה 112.

<sup>35</sup> שם, פסקה 113.

<sup>36</sup> שם, פסקה 114.

<sup>37</sup> שם, פסקה 115.

<sup>38</sup> שם, פסקה 117.

<sup>39</sup> כמו כן, אין בעצם העובדה כי עם חברי הוועדה נמנים טורקים קפריסאים כדי להעיד על היותם בעלי אינטרס הנעדרים משוא פנים. על העותרים להוכיח קונקרטי כי לעובדה זו היו השלכות בפועל. שם, פסקה 120.

<sup>40</sup> שם, פסקה 124.

<sup>41</sup> שם, פסקה 125.

28. סיכומו של דבר, בנוגע לטענה להפרת הזכות לקניין, בית הדין מצא כי חוק 67/2005 מספק מענה יעיל ונגיש לטיפול בתביעות רכוש של יוונים קפריסאים בצפון קפריסין ועל כן נפסק כי נוכח הדרישה למיצוי הליכים, על העותרים לפנות לוועדה.

29. בנוגע לטענה להפרת הזכות לבית ולחיי משפחה, בית הדין דן בעניינה של עותרת אחד בלבד, אשר לא הייתה בעלים של קרקע אלא הייתה עתידה לרשת את הקרקע בעתיד, ועל כן לא ניתן היה לקבוע כי עומד לה סעד חלופי מכיוון שלא הייתה רשאית לפנות לוועדה.<sup>42</sup> לעניין זה בית הדין קבע כי על העותרת להראות קיומה של זיקה מוחשית ומתמשכת לנכס הנדון, בדגש על תקופת השהייה בנכס. הזיקה ה"ביתית" בין המבקש לבין נכס שבו הוא לא שהה מעולם או שהה לתקופה קצרה בלבד, או ביחס לנכס אשר עבר פרק זמן משמעותי מאז שהמבקש שהה בו, הינה זיקה מוחלטת, עד כדי כך שלא ניתן להעלות תביעות בנוגע לנכס זה תחת הזכות הקבועה בסעיף 8 לאמנה. בנוסף, בעוד שסעיף 8 לאמנה לא מחייב כי הטוען להפרה יהיה בעליו של ה"בית", פרט זה עלול להיות רלוונטי בבחינת טענה ל"בתים" מן העבר בהם אין למבקש זכות חוקית לשהייה, או בתים שעבר זמן רב מאז השהייה בהם. בהיעדרה של זכות חוקית בנכס, לא יכולה להיות ציפייה ממשית של המבקש לחזור ל"בית". לא ניתן לפרש את המונח "בית" כשם נרדף למושג "שורשים משפחתיים", שהוא רעיון עמום ורגשי.<sup>43</sup> בעקבות זאת, לאחר דיון לגופו של עניין, בית הדין דחה את טענת העותרת.

30. בהחלטה מאוחרת יותר שניתנה בשנת 2014 במסגרת התביעה של קפריסין נגד תורכיה,<sup>44</sup> בית הדין הבהיר כי אין בדחיית העתירות בעניין דמופולוס על-בסיס אי-מיצוי הליכים כדי לקבוע כי תורכיה לא הפרה את זכויותיהם של יוונים-קפריסאים לרכושם בצפון קפריסין. בית הדין חזר על הקביעה העקרונית לפיה תורכיה הפרה את הזכות לרכוש של בעלי רכוש יוונים קפריסאים בצפון קפריסין, בכך שמנעה מהם גישה, שימוש והנאה בנכס. בית הדין הבהיר כי היות שהוועדה מאפשרת סעד בגין הפרות אלו רק עבור פרטים המעוניינים בכך, היא רלוונטית לעניין דרישת מיצוי ההליכים בפני בית הדין בלבד.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> שם, פסקה 135.

<sup>43</sup> שם, פסקה 136.

<sup>44</sup> *Cyprus v. Turkey (Just Satisfaction)*, no. 25781/94, 12 May 2014

<sup>45</sup> שם, דעת היחיד של השופטים Vucinic ו-Pinto de Albuquerque, פסקאות 22-23.

#### IV. עיקרי חוות הדעת של פרופסור ויילר

31. חוות דעתו של פרופסור ויילר בוחנת האם ניתן לגזור מפסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם עקרונות למתן סעד הולם והוגן לפלסטינים באיו"ש אשר זכות הקניין שלהם נפגעה על-ידי החזקה שלא כדין במקרקעין שבבעלותם לצורכי התיישבות. הנחת המוצא לחוות הדעת היא שקיימת הסכמה שתפיסה או הפקעה של קניינם הפרטי של תושבים מוגנים אסורה, להוציא מקרים חריגים המוכרים בדין הבין-לאומי.<sup>46</sup>

Commented [GR5]: seizure ויילר כותב:

32. למרות מדיניותה הרשמית של ישראל המתירה הקמת התיישבות על קרקע ציבורית בלבד, במקרים ובנסיבות שונים הוקמו ישובים על קרקעות פרטיות של פלסטינים. תהייה הנסיבות אשר תהייה, חובתו של הכוח הכובש תחת המשפט הבין-לאומי – אליבא דויילר – למנוע מקרים כאלו בעבר ובעתיד, ולהעניק סעד הולם לפרטים שזכות הקניין שלהם נפגעה בעבר.<sup>47</sup> יובהר, כי במקומות מסוימים, העמדות המובעות בחוות הדעת אינן בהכרח משקפות את עמדותיה הרשמיות של מדינת ישראל. עם זאת, חוות הדעת עשויה לתת אינדיקציה טובה באשר לאופן שבו תפורשנה חובותיה של מדינת ישראל להעניק סעד בגין פגיעה בזכות הקניין באיו"ש.

Commented [TWK6]: ניסוח קצת מוזר. נדבר:

33. פרופסור ויילר כותב כי העמדה העדכנית, המפורטת והמוסמכת ביותר לגבי מהות הסעד בנסיבות אלו ניתנה על ידי בית הדין האירופי לזכויות אדם בהקשר לצפון קפריסין. באופן ספציפי, פסק הדין בעניין דמופולוס משנת 2010 מתייחס לסוגיית הסעד בעקבות תפיסת רכוש פרטי על-ידי הכוח הכובש. נוכח מעמדו הרם של בית הדין האירופי, ובפרט לאור הכתיבה הנרחבת על פסק הדין, העקרונות המהותיים והפרוצדורליים העולים ממנו הינם רלוונטיים לעיצוב סעד הולם והוגן בנסיבות שבענייננו.<sup>48</sup>

34. חוות הדעת סוקרת את עובדות הסכסוך בצפון קפריסין ואת תפיסת הקניין הפרטי בשטח הכבוש שם, כמו גם את הקמת מנגנון ה-IPC בעקבות פסיקות בית הדין האירופי בנושא בין השנים 2005-1996. פרופסור ויילר כותב בחוות דעתו כי בית הדין דחה למעשה את הטענה לפיה בעלי המקרקעין יכולים לאבד את זכות הבעלות באמצעות מתן פיצוי או קרקע חלופית. אין בכוחם של אלה לרפא את אי-חוקיות ההפקעה, וגורלם של הנכסים ייקבע בהסדר פוליטי סופי, שבמסגרתו יתכן שנכסים אלו יוחזרו לבעליהם המקוריים.<sup>49</sup> בית הדין קבע בבירור כי הוא רואה את הפתרון שמציע הטריבונל כזמני, ואינו מעניק תוקף או לגיטימציה לכיבוש התורכי בצפון קפריסין.<sup>50</sup>

35. לצד זאת, מצוין פרופסור ויילר כי פסיקת בית הדין, אשר אינה מטילה חובה גורפת להורות על השבה מהווה יישום, הלכה למעשה, של העקרונות המגולמים בטיוטת כללי אחריות

<sup>46</sup> חוות דעת פרופסור ויילר מיום \_\_\_\_\_, פסקה 5.

<sup>47</sup> שם, פסקה 7.

<sup>48</sup> שם, פסקה 8.

<sup>49</sup> שם, פסקה 25.

<sup>50</sup> שם, פסקה 26.

מדינה של ה-ILC, המבטאים את הדין המצוי (*lex lata*), לפיהם סעד הולם הוא השבה, אך בנסיבות מסוימות פיצויים עשויים להוות סעד הולם יותר.<sup>51</sup>

36. פרופסור ויילר מבהיר כי השאלה האם צדק בית הדין כאשר נתן תוקף למנגנון המדינתי תלויה בפרקטיקה של הטריבוונל – השיקולים שישקול והאיזון שיבצע בקבלת החלטותיו האם להורות על השבה או על סעד חלופי.<sup>52</sup> בית הדין ביקש להבטיח שהתוצאה הסופית תהיה ראויה בשתי דרכים: ראשית, הוא בחן את הפרקטיקה של הטריבוונל בנוגע לגובה הפיצויים והאיזון בין השבה לבין מתן פיצויים בארבע השנים שקדמו למתן פסק הדין.<sup>53</sup> שנית, היות שכל החלטה פרטנית של הטריבוונל כפופה לביקורת שיפוטית של בית הדין, הדבר יאפשר לא רק מתן סעד הוגן לטוען בזכות במקרה פרטני, אלא אף יסייע להבהיר את הקריטריונים שיהיה על הטריבוונל להפעיל.<sup>54</sup>

#### א. הבחנות רלוונטיות בין המצב בצפון קפריסין לבין אי"ש

37. בהמשך חוות הדעת, עומד פרופסור ויילר על ההבחנות המשפטיות והעובדתיות הרלוונטיות בין הסיטואציה שנבחנה על-ידי בית הדין לבין הסיטואציה באי"ש, תוך שהוא מצייין כי מטבע הדברים לא ניתן להחיל את המודל הקפריסאי על ההקשר הישראלי כפי שהוא.<sup>55</sup> עם זאת, מההחלטה בעניין דמופולוס, לדעת פרופסור ויילר, עולים עקרונות וסטנדרטים של המשפט הבין-לאומי, שהטמעתם ויישומם בתום לב עשויים להציע סעדים הוגנים וראויים לפרטים פלסטיניים באי"ש שזכות הקניין שלהם נפגעה באופן בלתי חוקי, וזאת עד לפתרון הקבע.<sup>56</sup> חוות הדעת נועדה להתוות עקרונות מהותיים שיש להטמיע על-מנת שיישום מודל כזה באי"ש יעמוד בסטנדרטים משפטיים בין-לאומיים.

38. לעניין ההבחנות הרלוונטיות בין שתי הסיטואציות – ראשית, המסגרת המשפטית בה ניתן פסק דין דמופולוס הינה של דיני זכויות אדם, בעוד שהמסגרת המשפטית המוחלת באי"ש היא של דיני התפיסה הלוחמתית. פרופסור ויילר מצייין בהקשר זה, כי באופן מסורתי, דיני זכויות האדם מטילים סטנדרטים מחמירים יותר על מדינות לעומת דיני התפיסה הלוחמתית, אך בהקשר של זכות הקניין הפרטית המעוגנת בתקנות האג משנת 1907, נראה שאין סיבה לדחות את הסטנדרט שהציב בית הדין מכוח דיני זכויות האדם.<sup>57</sup> פרופסור ויילר מעלה את האפשרות הפוכה, שמא דיני התפיסה הלוחמתית הם שמטילים סטנדרט גבוה יותר בהקשר זה מדיני זכויות האדם. הוא מצייין כי בית הדין בעניין דמופולוס היה מודע לכך שמדובר בקונטקסט עובדתי של כיבוש צבאי. הפרקטיקה של בית הדין מלמדת שהוא אינו מבודד את עצמו מהמשפט הבין-לאומי הכללי. לפיכך, בית הדין לא היה מאשר

<sup>51</sup> שם, פסקה 30.

<sup>52</sup> שם, פסקה 32.

<sup>53</sup> שם, פסקה 33.

<sup>54</sup> שם, פסקה 34.

<sup>55</sup> שם, פסקה 36.

<sup>56</sup> שם, פסקה 37.

<sup>57</sup> שם, פסקה 40.

מנגנון שנופל מהסטנדרט של דיני התפיסה הלוחמתית, אף אם עומד בסטנדרטים של דיני זכויות האדם.<sup>58</sup>

39. שנית, המשפט הבין-לאומי מבחין בין כיבוש צבאי כתוצאה מהפרה של דיני השימוש בכוח, לבין כיבוש צבאי כתוצאה מלחימה שנועדה להגנה עצמית (אשר עולה בקנה אחד עם דיני השימוש בכוח), קרי: בין כיבוש חוקי לכיבוש לא חוקי. כזכור, בית הדין האירופי היה מוכן להתעלם מאי-חוקיות הכיבוש התורכי במטרה לאפשר סעד הוגן לפרטים. לכן, לשיטתו של פרופסור ויילר, מנגנון שיאפשר להבטיח סעד הוגן בהתאם לעקרונות ולסטנדרטים שנקבעו בעניין דמופולוס, בהקשר של כיבוש צבאי חוקי (שכן עמדתו היא שנוכחות ישראל בשטחי איו"ש מהווה כיבוש צבאי חוקי), ראוי שייתפס כלגיטימי אף יותר.<sup>59</sup>

40. הבדל משמעותי שלישי הינו עובדתי. בקפריסין, לרוב בעלי הנכסים שנלקחו באופן בלתי-חוקי אין גישה פיזית לקניינם, בהינתן המבוי הסתום בזירה הפוליטית. באיו"ש, לעומת זאת, בעלי המקרקעין נמצאים לרוב בקרבת מקום למקרקעין. ככל שמדינת ישראל תחליט ליישם מנגנון דומה ל-IPC, בראייתו של פרופסור ויילר אין ספק שהבדל מהותי זה תהיה משמעות בשיקולי הטריבוטל בבואו להכריע האם בנסיבות הנדונות הסעד ההולם יהיה השבה או פיצוי.<sup>60</sup> בנוסף, פרופסור ויילר מציין כי כ-70% מהמקרקעין באיו"ש אינם מוסדרים, ולכן הוכחת הבעלות הינה סוגיה מורכבת. לשיטתו, בנסיבות אלה, רף ההוכחה ההוגן ראוי שיהיה מאזן ההסתברויות (ולא "מעבר לספק סביר" כבמודל של צפון קפריסין).<sup>61</sup>

## ב. עמדתו של פרופסור ויילר בנוגע ליישום "המודל הקפריסאי" ביחס לאיו"ש

41. לפי חוות הדעת, יישום המודל "הקפריסאי" בהקשר לאיו"ש ימצא את ביטויו בהקמת טריבוטל שיהיה מוסמך להעניק סעד לפלסטינים בגין פגיעה בלתי חוקית בקניינם – השבה, פיצויים או קרקע חלופית.<sup>62</sup> בשל העובדה שלא ניתן להתעלם מהמחלוקת החרिפה בקרב שתי האוכלוסיות בנושא ההתיישבות באיו"ש, הנחת המוצא של פרופסור ויילר היא שאם המנגנון יאומץ, מטרתו המרכזית תהיה הענקת סעד הוגן, צודק וחוקי לפרטים שזכות הקניין שלהם נפגעה, עד לפתרון הקבע. על כן, בראייתו של פרופסור ויילר, מנגנון כזה לא יכול להיתפס כנקיטת עמדה ביחס לשאלה הרחבה יותר לעניין חוקיותן של ההתנחלויות שנבנו על קרקע ציבורית ("אדמות מדינה").<sup>63</sup>

42. יתר על כן, מנגנון כזה לא יכול להכשיר פגיעה בעתיד בזכויות קניין פרטיות, באמצעות חקיקה או באופן אחר, בצורה מפורשת או משתמעת על-ידי מדינת ישראל, מלבד במקרים

<sup>58</sup> שם, פסקאות 41-42.

<sup>59</sup> שם, פסקאות 43-45.

<sup>60</sup> שם, פסקה 46.

<sup>61</sup> שם.

<sup>62</sup> שם, פסקה 48.

<sup>63</sup> שם, פסקה 49.

קיצוניים המוכרים על-ידי המשפט הבין-לאומי.<sup>64</sup> בהקשר זה, פרופסור ויילר דוחה את התזה לפיה המתישבים הישראלים באיו"ש עשויים להיחשב לתושבים מוגנים באופן המאפשר להפקיע רכוש פרטי לצורך בנייה או הרחבה של ישובים ישראלים, וקובע כי היא מנוגדת למשפט הבין-לאומי.<sup>65</sup>

43. באופן יותר ספציפי, מצוין פרופסור ויילר כי בהתאם לפסיקת בית הדין האירופי, הטריבוונל צריך לכלול גם שופטים חיצוניים לסכסוך, שעצמאותם ומומחיותם מבוססות היטב.<sup>66</sup> המנגנון זקוק לתמיכה הלוגיסטית הנדרשת על-מנת לאפשר הליכים יעילים, ויש להבטיח אכיפה נאותה של החלטות הטריבוונל.<sup>67</sup>

44. עוד סבור פרופסור ויילר כי ניתן לדרוש מעותרים פוטנציאליים לסעד למצות הליכים במסגרת טריבוונל זה, אך אין להכריח אותם לפנות אליו או להגבילם בזמן להגשת בקשה לסעד.<sup>68</sup> עוד הוא מבהיר כי בשום נסיבות אין לאלץ את העותרים לוותר על זכויותיהם בקניינם.<sup>69</sup> לשיטתו של פרופסור ויילר, הפיצויים שייפסקו יהיו עבור שימוש מתמשך וקודם בנכס על-ידי המחזיק הנוכחי, ובמקרים המתאימים, גם עבור נזק לא-ממוני. אם הבעלים מתנדב לוותר על זכויותיו בנכס, יש לאפשר לו זאת ולתת לכך ביטוי בגובה הפיצויים שייפסקו לו. על הטריבוונל לפתח פרוצדורה הוגנת ושקופה לקביעת סכום הפיצויים.<sup>70</sup>

45. הטריבוונל צריך להיות בעל הכשרה להחליט בענייני בעלות, ככל שהדבר נדרש, ובהתאם לקביעתו בנושא הבעלות, להכריע לגבי הסעד הראוי.<sup>71</sup> על הטריבוונל לקחת בחשבון בכל מקרה לגופו את כל הנסיבות שהובילו להחזקה בנכס, כולל שיקולים של תום לב, הסתמכות, או לחילופין – ידיעה או בדיקה של סטטוס הנכס כפרטי, מעורבות הרשויות, משך התפיסה והנזק הפוטנציאלי שיגרם לצדדים שלישיים במקרה של השבה.<sup>72</sup> באופן כללי, עליו לשקול את מאזן הנזק והתועלת אם ייפסקו פיצויים/ מתן קרקע חלופית לעומת השבה.<sup>73</sup> אף במקרים של השבה או מתן קרקע חלופית, הטריבוונל יוכל לפסוק פיצויים בגין נזק לא-ממוני וכן בגין שימוש קודם.<sup>74</sup>

46. עוד ממליץ פרופסור ויילר שמנגנון הביורור שישראל תאמץ ייבחן על-ידי בית המשפט העליון על-מנת שיקבל גושפנקא ושתבוצענה בו התאמות ככל שנדרש – כפי שנעשה על ידי בית הדין האירופי במקרה הקפריסאי. בכל מקרה, החלטות סופיות של הטריבוונל צריכות להיות

Commented [TWK7]: הוא התייחס ספציפית לבג"ץ?

<sup>64</sup> שם, פסקה 50.

<sup>65</sup> שם.

<sup>66</sup> שם, פסקה 51.

<sup>67</sup> שם, פסקה 55.

<sup>68</sup> שם, פסקה 52.

<sup>69</sup> שם.

<sup>70</sup> שם, פסקה 56.

<sup>71</sup> שם, פסקה 52.

<sup>72</sup> שם, פסקה 53.

<sup>73</sup> שם.

<sup>74</sup> שם, פסקה 54.



נתונות לביקורת שיפוטית של בית המשפט העליון, הצפוי להנחות את הטריבונל כיצד להפעיל את סמכויותיו ואת שיקול דעתו.<sup>75</sup>

## V. ניתוח הצוות

### א. הקמת מנגנון למתן סעד בגין פגיעה בזכות הקניין

47. כפי שצוין בפתח חוות הדעת, צוות זה נתבקש לבחון את היתכנות החלתו של מנגנון לבידור תביעות בדבר שימוש במקרקעין בבעלות פרטית באיו"ש, בהשראת המנגנון הפועל בצפון קפריסין.

48. כידוע, בעקבות כניסת כוחות צה"ל לשטחי איו"ש בשנת 1967, מכוח המסגרת המשפטית שמדינת ישראל קיבלה על עצמה, מנוהלים שטחי איו"ש בהתאם לדיני התפיסה הלוחמתית במשפט הבין-לאומי.<sup>76</sup> מסגרת משפטית זו מצאה את ביטוייה מקדמת דנא גם בפסיקתו העקבית של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, אשר בחן וממשיך לבחון את התנהלות המדינה במשך כמחצית המאה לאורך של הוראות דיני התפיסה הלוחמתית הרלוונטיות.<sup>77</sup>

49. נזכיר כי מאז שנת 1979 מדיניותה של ישראל היא שהרחבת ההתיישבות באיו"ש תתבצע על אדמות מדינה בלבד.<sup>78</sup> בפועל, למרות מדיניות זו, מסיבות ובנסיבות שונות שלא כאן המקום לפרט, בוצעה לאורך השנים בנייה באיו"ש על קרקע אשר אינה בגדר "אדמות מדינה". חלקה של בנייה זו בוצע בהיקפים שונים של תמיכה וסיוע מאת מוסדות המדינה.<sup>79</sup> מציאות זו מהווה פגיעה קשה ומתמשכת בזכות הקניינית של בעלי הקרקע הפלסטינים. המדובר בזכות מרכזית הן בדין הישראלי והן במשפט הבין-לאומי,<sup>80</sup> הזוכה להגנה גם במסגרת דיני

האם מדויק? מה בדבר הרחבת Commented [GR8]:  
ישובים קיימים שנבנו על קרקע שנתפסה בצווי תפיסה לפני  
1979?

<sup>75</sup> שם, פסקאות 58-59.

<sup>76</sup> מעבר לכך, חלים באזור גם הדין המקומי, חקיקת הביטחון של המפקד הצבאי, וכן עקרונות היסוד של המשפט המנהלי הישראלי, המחייבים את כוחות צה"ל בפעילותם. ראו למשל: בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח', פד"י נייט (2) 481, פסקה 5 לפסק הדין (להלן: עניין חוף עזה); ראו גם בג"ץ 393/82 אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יו"ש, פד"י לז(4) 785 (1983).

<sup>77</sup> עניין חוף עזה, ה"ש 76 לעיל, פסקה 3 לפסה"ד:

ההסדר המשפטי השלישי חל באזור יהודה ושומרון ובחבל עזה... על פי תפיסתן המשפטית של ממשלות ישראל לדורותיהן כפי שהוצגה בפני בית המשפט העליון – תפיסה שנתקבלה על ידי בית המשפט העליון לדורותיו – מוחזקים אזורים אלה על ידי מדינת ישראל בדרך של "תפיסה לוחמתית" (Belligerent Occupation). משמעותה של תפיסה משפטית זו היא כפולה: ראשית, המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל אינם חלים באזורים אלה. ממשלת ישראל לא הוציאה כל צו להחלת המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה על אזורי יהודה, שומרון וחבל עזה, ושר הביטחון לא הוציא מנשר לעניינם על פי פקודת שטח השיפוט והסמכויות, תשי"ח-1948... (ראו בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, (להלן – פרשת דויקאת); ראו גם ע"א 54/82 לוי נ' עיזבון המנוח עפאנה מחמוד מחמוד (אבו-שריף), פ"ד מ(1) 374, 389. אזורים אלה לא "סופחו" לישראל, והם אינם חלק ממנה. בהיעדר הוראה בחקיקה (מפורשת או משתמעת) אין חוקי הכנסת חלים באזורים אלה (ראו רובינשטיין ומדינה, שם, עמ' 1180; בג"ץ 2612/94 שעאר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(3) 675, 681; להלן – פרשת שעאר). שנית, המשטר המשפטי החל באזורים אלה נקבע על ידי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי ובמרכזם הכללים העוסקים בתפיסה לוחמתית.

<sup>78</sup> ראו: החלטת ממשלה מסי' 145 מיום 11.11.1979. לסקירה מפורטת של החלטות הממשלה במשך השנים בנוגע להתיישבות באיו"ש, ראו: דו"ח על מעמד הבניה באזור יהודה ושומרון, 21.06.2012 (להלן: "דו"ח לוי"), עמ' 23-19.

<sup>79</sup> לעניין זה ראו: דו"ח ששון, ה"ש 1 לעיל, עמ' 25.

<sup>80</sup> בדין הישראלי זכות הקניין הינה בעלת מעמד חוקתי, ומעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, עניין חוף עזה, ה"ש 76 לעיל, פסקה 127 לפסק הדין. ראו אף יי אדרעי, "על חוקה דקלרטיבית וחוקה קונסטיטוטיובית – מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם", משפטים כח (תשנ"ז) 461. בדין הבין-לאומי זכות הקניין הינה זכות

התפיסה הלוחמתית במסגרת בתקנה 46 לתקנות האג.<sup>81</sup> בג"ץ שב ועיגן את חובת המפקד הצבאי מכוח תקנה 46 בפסיקותיו, ואף קבע כי ההגנה על קניינם של התושבים המוגנים היא "אחת מחובותיו הבסיסיות ביותר של המפקד הצבאי".<sup>82</sup> כך גם החובה לשמור על כיבוד החוק באיו"ש.<sup>83</sup>

50. יש להצטער, לפיכך, על מציאות עגומה זו של בנייה על קניין הפרט במשך שנים, לעתים במעורבות של רשויות המדינה. מצב זה אינו עולה בקנה אחד עם החובה המוטלת על המפקד הצבאי להגן על קניין הפרט בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. הדבר גם אינו מתיישב עם חובתן הכללית של רשויות המדינה להבטיח את השמירה על שלטון החוק בשטח הנתון לשליטתה.

51. פגיעה קשה זו בזכות הקניין מוטב שלא הייתה נגרמת כלל, וודאי שלא ניתן יהיה להשלים עם מקרים של בנייה שלא כדין על קרקע פרטית בעתיד. עקרונות היסוד של שיטת המשפט שלנו – ובראשם שלטון החוק, כמו גם חובת המדינה לשמור על ביטחונם של מי שנתון למרותה, על הסדר הציבורי ועל המנהל התקין – כל אלה מחייבים כי מקרים כגון אלו המתוארים לעיל לא יישנו בעתיד. כך גם מושכלות יסוד של צדק והגיונות. לשם כך, על המדינה להקדיש את כל המשאבים הנדרשים על-מנת לנקוט בצעדים אפקטיביים כדי למנוע פלישה שלא כדין לקרקע פרטית; ומקום שזו בכל זאת התרחשה, להביא לסילוקה ללא דיחוי. עמד על כך גם בית המשפט העליון בבג"ץ 8887/06 אל-נאבות נ' שר הביטחון (להלן: "עניין מגרון"), בציינו כי "הדין מחייב את המדינה שלא לנהוג בגרירת רגליים מתמשכת בנסיבות בהן עליה לפעול לאכיפת החוק, במיוחד כך כשהיא עצמה אינה חולקת על חובתה זן".<sup>84</sup>

52. אולם לא די באכיפת החוק מכאן ואילך. מהחובה המוטלת על המפקד הצבאי להגן על קניין הפרט בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית נגזרת גם החובה לוודא קיומו של סעד אפקטיבי מקום בו נפגעה זכות הקניין בעבר. על פני הדברים, דרך המלך במקרה של פלישה או החזקה שלא כדין בקרקע פרטית הינה מתן סעד של השבה.<sup>85</sup> אולם ניתן לטעמנו למצוא במשפט

מבוססת בדיני זכויות האדם, למשל בסעיף 17 בהכרות האו"ם לכל באי עולם בדבר זכויות אדם, UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, 217 A (III) זכות הקניין אף מבוססת בהוראות שונות בדיני הלחימה, למשל בכללים 49-52 לכללי המשפט המנהגי של הצ"א, International Committee of the Red Cross (ICRC), Customary International Humanitarian Law, 2005, Volume I: Rules.

<sup>81</sup> לשון תקנה 46 לאמנה בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה לרבות תקנות בקשר לדיני ומנהגי המלחמה ביבשה (האג 1907); "יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות-הדת ומנהגי הפולחן. אין להחרים רכוש פרטי."

<sup>82</sup> בג"ץ 5439/09 עבדאלקאדר נ' ועדת העררים הצבאית, פסקה 11 (20.03.2012) (להלן: עניין עבדאלקאדר). ראו גם: בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1), 14-15 (1979); בג"ץ 5665/11 כפר אדומים כפר שיתופי להתיישבות קהילתית בע"מ נ' שר הביטחון, פ"ס 13-14 (10.10.2012).

<sup>83</sup> בג"ץ 9593/04 ראשד מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד סא(1) 844, פ"ס 30 לפסק הדין (2006).

<sup>84</sup> בג"ץ 8887/06 אל-נאבות נ' שר הביטחון, פסקה 16 לפסק דינה של הנשיאה בדימוס ביניש (2.8.2011).

<sup>85</sup> ראו: סעיף 35 לטיוטת הכללים בדבר אחריות מדינה של הוועדה למשפט בין-לאומי של האו"ם, International Law Commission Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries 2001 (A/56/10) (להלן: "הכללים בדבר אחריות מדינה") ("A state responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to make restitution"); כלל 150 לכללי המשפט המנהגי של

הבין-לאומי גם תימוכין למתן סעד שאינו השבה בנסיבות מסוימות, הכוללות, בין היתר, אינטרסים של צדדים שלישיים.<sup>86</sup> כפי שעולה מחוות דעתו של פרופסור ויילר, הדבר נלמד גם מפסק דינו של בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין דמופולוס.<sup>87</sup>

53. יצוין, כי גם בפסיקותיו של בג"ץ בעתירות שעסקו בבנייה בלתי-חוקית באיו"ש הובעה העמדה לפיה בנסיבות מסוימות, לצד הבעלות בקרקע, יכולים להתקיים שיקולים רלוונטיים נוספים שיש לקחת בחשבון לצורך הכרעה בדבר ביצוע צווי הריסה בגין בנייה בלתי-חוקית.<sup>88</sup> בנוסף, בהקשרים שונים בהם הועלתה טענת שיהיו מטעם המדינה, בית המשפט הכיר בכך שחלוף הזמן עשוי גם הוא להיות שיקול רלוונטי בעת שקילת מתן סעד.<sup>89</sup> בפסיקה הדנה בטענות לשיהוי הבהיר בית המשפט כי חלוף הזמן כשלעצמו אינו מהווה בסיס להעדפת אינטרסים אחרים על-פני האינטרס של מבקש הסעד, אלא השינוי שחל במהלכו בנקודת האיזון בין מידת הפגיעה באינטרסים של בעלי הדין השונים, כמו גם של צדדים שלישיים.<sup>90</sup> איזון זה, אשר משפיע על מתן הסעד, נערך על פי העובדות והנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה, כאשר במסגרת בחינת האיזונים נבחן גם אינטרס ההגנה על שלטון החוק.<sup>91</sup>

הצ"א, המפנה גם הוא לכללים בדבר אחריות מדינה; International Committee of the Red Cross ; Customary International Humanitarian Law, 2005, Volume I: Rules of International Law, רשויות התכנון והבניה קבעו סדרי עדיפויות ולוחות זמנים המכתיבים את אופן קיום פעולות האכיפה המבוצעות על ידן. ביום 28.2.2011 כינס ראש הממשלה ישיבה בראשותו, וזאת על מנת לדון באפשרויות השונות העומדות על הפרק ביחס לסוגיות המתעוררות בעתירות הנוגעות לאכיפה תכנונית באיו"ש. בסיכום הישיבה הונחה תשתית למדיניות משולבת בעניין הריסות הבנייה הבלתי חוקית על אדמה פרטית ובעניין הסדרת הבנייה באדמות מדינה, כך שככלל, בנייה בלתי חוקית אשר ממוקמת על קרקע פרטית – תוסר, ובמקביל, הונחו הדריגים המקצועיים המתאימים לפעול להסדרת המעמד התכנוני של מבנים המצויים באדמות מדינה; וזאת באותם מקומות בהם יוחלט על הסדרה. ראו: בג"ץ 9669/10 קאסם נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 08.09.2014) - כתב תשובה מטעם משיבים 1-4 מיום 07.04.2011. לא למותר לציין, כי במספר פסקי דין שניתנו לאחרונה, הדגיש בית המשפט את החשיבות שבאכיפת דיני התכנון והבניה, אף כשלא ניתן לקבוע כי אין תוחלת הסדרה קניינית בעתיד הרחוק. זאת, בעיקר ביחס למקרקעין שנכון לכתיבת פסק הדין, לא נכללו בתחום אדמות המדינה או צווי תפיסה תקפים; ר' בג"ץ 9669/10 קאסם נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 08.09.2014), בפסקה 31 לפסק דינו של הנשיא (דאז) א' גרוניס, בעניין שני שלדי מבנים במערב הישוב בית-אל, שכינו "מבני דריינוף"; בג"ץ 7292/14 עלי מוסא נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 01.09.2016), בעניין המאחז "נתיב האבות".

<sup>86</sup> הכללים בדבר אחריות מדינה, הי"ש 85 לעיל, עמ' 98 ("In certain cases, the position of third parties may have to be taken into account in considering whether restitution is materially possible...whether the position of a third party will preclude restitution will depend on the circumstances, whether the third party at the time of entering into the transaction or assuming the disputed rights was acting in good faith and without notice of the claim to restitution).

<sup>87</sup> ראו פרק \_\_ לעיל.

<sup>88</sup> בג"ץ 7292/14 עלי מוחמד עיסא מוסא נ' שר הביטחון (01.09.2016), פסקה 34 ("ככלל, מקובלת עלי העמדה שלפיה לצד הבעלות בקרקע יכולים להתקיים שיקולים רלוונטיים נוספים שיש לשקללם בהכרעה (והשוו לדעת המיעוט שלי בעניין קאסם ולהחלטתי בעניין תושבי מגרון; כן ראו: ע"מ 2847/13 איסמעילוף נ' ראש ממשלת ישראל (23.3.2016)). [האם יש צורך לחדד שבמקרה אחד מדובר היה בדעת מיעוט ובמקרה אחר באמירה in dictum].

<sup>89</sup> בג"ץ 2164/09 יש דין – ארגון מתנדבים למען זכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם באר"ש, 26.12.11); בג"ץ 332/11 קבהא נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 30.9.13); בג"ץ 3626/14 יורשי אניסה סלים נקד נ' מנהל מקרקעי ישראל (פורסם באר"ש, 26.1.15); בג"ץ 3984/13 בורג נ' שר האוצר, (פורסם באר"ש, 31.7.14).

<sup>90</sup> לעניין זה ראו 453/84 איתורית שירותי תקשורת בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד לח(4) 617, 621 (1985); בג"ץ 7053/96 אמקור בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד נג(1) 193, 202 (1999). להרחבה על רכיב השיהוי האובייקטיבי, ראו ע"מ 867/11 עיריית תל אביב-יפו נ' אי.בי.סי ניהול ואחזקה בע"מ (פורסם בנבו, 28.12.14), פסקה 24 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

<sup>91</sup> לעניין זה, ראו בג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קריית-גת, פ"ד מב(1) 678, 694 (1988); במידה שהפעולה המינהלית מהווה פגיעה חמורה בשלטון החוק, יוענק סעד למרות הנזק שייגרם לצדדים שהסתמכו על החלטת המינהלית; ראו ע"מ 7142/01 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה-חיפה נ' החברה להגנת הטבע, פ"ד נו(3) 673 (2002). בהקשר לאיו"ש, ראו בג"ץ 281/11 ראש מועצת בית איכסא נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 6.9.11), שם נדחתה [להסביר באיזה עניין. לאור המשפט האחרון שמוכיר את הכרבת]. העתירה מהטעם שלקתה בשיהוי, וזאת

54. דברים אלה מקבלים משנה תוקף נוכח מצב הדברים כיום באיו"ש. לצד הפגיעה בבעלי הזכויות בקרקעות אשר בוצעה עליהן בנייה שלא כדין, לא ניתן להתעלם מכך שחלק לא מבוטל מהמתיישבים הישראלים מתגוררים על קרקעות אלה שנים רבות, ולפחות בחלק מהמקרים, בנסיבות שבהן סברו כי הבנייה על הקרקע מותרת.<sup>92</sup> בנסיבות אלה, פינוי והסרת הבנייה יגרמו לפגיעה קשה באותם מתיישבים.

Commented [TWK9]: האמירה הזו מופיעה במסמך מספר פעמים. האם היא מתיישבת עם הנתונים העובדתיים שהועברו אלינו על ידי לשכת היועץ? הדבר תלוי כמובן בפרשנות של המונחים "חלק לא מבוטל" ו"שנים רבות"

55. לפיכך, ניתן לטעמנו להקים מנגנון אשר יבחן בקשות למתן סעד של בעלי מקרקעין הטוענים שזכות הקניין שלהם נפגעה. מנגנון זה יבחן כל מקרה ומקרה לגופו, תוך שקילת נסיבותיו. בתוך כך, ניתן יהיה לשקול, בין היתר, את ההשפעה הצפויה על צדדים שלישיים במקרה של השבה, את תם ליבם וכן את סוגיית השיהוי. מנגנון כזה, אשר יפעל למתן סעד עד להכרעה מדינית של הסכסוך בין מדינת ישראל לפלסטיניים (אשר צפויה לכלול התייחסות לנושא הטריטוריאלי, וכנגזרת אפשרית מכך – גם לנושא הקנייני), עשוי להיות במקרים קונקרטיים כלי ראוי לאיזון בין הזכויות של בעל המקרקעין לבין הזיקה שנוצרה למחזיקים בקרקע במרוץ השנים, אשר ייתן מענה מחד גיסא למצוקתם של בעלי המקרקעין; ומאידך גיסא, לאותם צדדים שלישיים אשר יושבים על הקרקע.

56. חשוב להדגיש, כי הקמתו של מנגנון כאמור, אין בה כדי להכשיר פגיעה מהעבר בזכות הקניין, או לאפשר פגיעה עתידית. הקמת המנגנון מיועדת לתת סעד בגין פגיעות בקניין הפרט שהתרחשו בעבר. כפועל-יוצא, המנגנון אינו יכול להורות על שינוי בבעלות במקרקעין שידונו בפניו (למעט בהסכמת הבעלים)<sup>94</sup>.

## ב. אתגרים ביישום המתווה ומשמעויות אפשריות

57. כפי שצוין לעיל, קיימים הבדלים משמעותיים בין המסגרת הנורמטיבית שחלה בצפון קפריסין לעומת זו החלה באיו"ש. הבדל מרכזי ראשון הוא העובדה שבית הדין האירופי אמון על הבטחת יישום המחויבויות הקבועות באמנה האירופית לזכויות אדם על-ידי המדינות החברות לאמנה. האמנה האירופית לזכויות אדם אינה חלה על ישראל. יתרה מכך, עמדתה הרשמית של מדינת ישראל עד היום היא כי דיני זכויות האדם במשפט הבין-לאומי,

חרף אמירתו של בית המשפט כי יתכן שהתקיימה פגיעה בשלטון החוק. זאת, כיוון שאין מדובר בפגיעה שעומתה גוברת באיזון הכולל, על הנזק שייגרם לאינטרסים של הרכבת, של צדדים שלישיים וכן לאינטרס הציבורי, במידה המצדיקה דיון בעתירה חרף השיהוי בהגשתה. שם, פסי' 32 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

<sup>92</sup> במקרים מסוימים נבע הדבר מסימון שגוי של "אדמות מדינה" שבוצע על-ידי רשויות המדינה בעבר, באחרים בשל כך שמדובר ביישובים שהוקמו מכוח צווי תפיסה עובר להחלטת ממשלה מס' 145 והורחבו מעבר לגבולות צווי התפיסה, וכן במקרים מסוימים בשל סיוע כזה או אחר שהגישו מוסדות המדינה לצורך הקמת אותם יישובים.

<sup>93</sup> בהקשר זה, ראו גם חוות דעתו של פרופסור ויילר, עמ' 13:

In no circumstances should the petitioner be required or coerced to relinquish title to his or her property. Where compensation is indicated it should be for prior and continuous use of the property by the current occupier. If the petitioner, to the satisfaction of the Tribunal, voluntarily wishes to relinquish title, such should be permitted and reflected in the quantum of compensation.

<sup>94</sup> ניתן ללמוד על כך גם מחוות דעתו של פרופסור ויילר, המציין שהמנגנון לא יעסוק במישור התכנוני כלל; חוות דעת פרופסור ויילר, עמ' 12. עם זאת, נוכח הדגש המושם במסגרת מדיניות האכיפה של דיני התכנון והבנייה על נושא הבעלות הפרטית בקרקע, יש מקום לבחון האם עשויה להיות זיקה מסוימת בינה לבין עבודת המנגנון.

המחייבים את ישראל מכוח אמנות זכויות האדם אחרות להן היא צד, אינם חלים מחוץ לשטחה הריבוני ומשום כך אינם חלים באיו"ש.<sup>95</sup>

58. זאת ועוד. במסגרת הכיבוש הצבאי בצפון קפריסין תמכה תורכיה בהקמת מדינה חדשה על שטחה של קפריסין (לאמור: תורכיה ביצעה בעבר אקט שנתפס כלא חוקי על-פי המשפט הבין-לאומי). מדינת ישראל לא נהגה בדרך דומה באיו"ש, ומעולם לא סיפחה שטחים אלה או החילה את ריבונותה שם.<sup>96</sup>

59. בנוסף, רשויות צפון קפריסין הפקיעו את כל הקרקעות שהיו בבעלות פרטית יוונית בשטח. כפועל-יוצא, על-פי הדין המקומי, זכות הבעלות בקרקעות אלה היא של המדינה הצפון קפריסאית או של המחזיקים. בשונה מתורכיה, מדינת ישראל מנהלת את שטחי איו"ש בהתאם לדיני התפיסה הלוחמתית. כפועל יוצא מהבדל זה, לא התעורר כל קושי מבחינת הדין הפנימי בצפון קפריסין במישור התכנוני עקב שימוש או בנייה במקרקעין על-ידי צדדים שלישיים, ופסק הדין בעניין דמופולוס לא עסק בסוגיה זו כלל, אלא אך ורק במישור הקנייני.

Commented [TWK10]: האם המילה נחוצה? ?

60. הבדל משמעותי נוסף מצוי בעובדה שבקפריסין, לרוב בעלי הנכסים אין גישה פיזית לקניינם, בהינתן המבוי הסתום בזירה הפוליטית. לפיכך, ניתן לומר כי פסק הדין בעניין דמופולוס עסק למעשה בעניינם של נכסי נפקדים.<sup>97</sup> באיו"ש, לעומת זאת, במרבית המקרים בעלי המקרקעין הם תושבים מוגנים הנמצאים באזור.

Commented [TWK11]: אנחנו סגורים על כך שזה נכון מבחינה עובדתית, נכון? ?

61. למרות ההבדלים המשמעותיים הללו, אנו סבורים כי ככל שיוחלט על הקמתו של מנגנון למתן סעד, ניתן בהחלט להסתייע בעקרונות שנקבעו בעניין דמופולוס באשר לעקרונות פעולתו של המנגנון. כך סבור גם פרופסור ויילר, אשר כותב ברוח זו:

*Given the widely recognized stature of the Court, it is respectfully submitted that, despite some notable differences between the situation in Cyprus and the Territories occupied by Israel...the substantive and procedural principles and standards enunciated in that case would be relevant in the context of establishing adequate and equitable redress,*

<sup>95</sup> לפיכך, הקמת מנגנון באיו"ש בהתבסס על פסיקת בית הדין, אשר פוסק בהתאם לדיני זכויות האדם, עלולה להימצא במתח נורמטיבי עם עמדתה זו של מדינת ישראל ביחס לתחולת דיני זכויות האדם באיו"ש. לעמדתנו, הדבר אף יחייב בחינה מחודשת האם ניתן להמשיך להישען על עמדתה האמורה של המדינה. הותרת העמדה על כנה אף עלולה לעורר ביקורת לפיה מדינת ישראל בוחרת לעשות שימוש סלקטיבי ביחס להחלת דיני זכויות האדם באיו"ש. **[האם להכניס לטקסט העיקרי?]**

<sup>96</sup> בנוסף, כפי שמציין אף פרופסור ויילר בחוות דעתו, הכיבוש התורכי בצפון קפריסין אינו חוקי בראיית המשפט הבין-לאומי; חוות דעת פרופסור ויילר, פסקה 43. לעומת זאת, לשיטתו של פרופ' ויילר, נוכחות ישראל בשטחי איו"ש מהווה כיבוש צבאי חוקי; שם, פסקה 44.

<sup>97</sup> בהקשר זה יוער, כי הישענות של מדינת ישראל על מודל ה-IPC, שעוסק במתן פיצוי ליוונים-קפריסאים אשר נמצאים מחוץ לשטחה של צפון קפריסין ושאינם צפויים לחזור לשם, ותובעים מהמדינה (תורכיה) את זכות הבעלות שנשללה מהם, עלולה לחזק את הטענה לפיה לישראל חובת השבה או פיצוי כלפי בעליהם הנפקדים של נכסים שנמצאו בשטח ישראל לאחר הקמת המדינה בשנת 1948. אמנם הקמתה של הרפובליקה התורכית של צפון קפריסין נתפסת כבלתי-חוקית לפי המשפט הבין-לאומי, בעוד שלא כך ביחס להקמת מדינת ישראל; אולם שוני זה, על אף שעשוי כמובן להיות משמעותי בהקשרים מסוימים, אינו בהכרח משפיע על טענותיהם הקנייניות של בעליהם של נכסים אלה.

*compatible with international law, to the issue under consideration in this Opinion.*<sup>98</sup>

בפרק V. להלן נתייחס למאפייניו הפרטניים של מנגנון זה בהקשר לקרקעות בשטח איו"ש.

62. על-אף שלטעמנו ניתן למצוא במשפט הבין-לאומי תימוכין למתן סעד חלופי להשבה בגין פגיעה בזכות הקניין של תושבים פלסטיניים באיו"ש, אנו מעריכים כי נוכח המורכבות הפוליטית המאפיינת את הסכסוך הישראלי-פלסטיני, ובפרט את פעילותה ארוכת השנים של מדינת ישראל לקידום ההתיישבות הישראלית באיו"ש, הקמת מנגנון כאמור לעיל תהיה מהלך סבוך ורגיש, שאינו נטול קשיים וסיכונים מדיניים, ציבוריים ומשפטיים.

63. כאמור לעיל, החובה להגן על קניין הפרט בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית היא מהחובות המרכזיות המוטלות על המפקד הצבאי תחת דיני התפיסה הלוחמתית. ידוע לכל כי קיימת רגישות גדולה בזירה הבין-לאומית בכל הנוגע להתיישבות באיו"ש בכלל ולבנייה על קרקע פרטית בפרט. לאור זאת, הקמת מנגנון למתן סעד ביחס לשטחי איו"ש עלולה להתפס בזירה הבין-לאומית כניסיון לחתור תחת זכויות הקניין של הפלסטיניים תושבי איו"ש.

64. כפי שצוין לעיל, בית הדין האירופי בפסיקתו בעניין דמופולוס עסק במצב שבו מבחינה מעשית, למרבית בעלי המקרקעין לא הייתה גישה פיזית לקניינם (ולא הייתה צפויה כזו בעתיד הנראה לעין). ייתכן כי היה בכך כדי לתרום לגיטימציה שניתנה למנגנון ה-IPC, נוכח הסיכוי הנמוך שאותם נפקדים ישובו לצפון קפריסין ויוכלו מבחינה מעשית להחזיק שוב בנכסיהם. לעומת זאת, ביחס למקרקעין באיו"ש, במרבית המקרים בעלי המקרקעין הם תושבים מוגנים הנמצאים באזור. הבדל זה עשוי להשליך על התמיכה שבו יזכה מנגנון למתן סעד בהקשר לקרקעות באיו"ש.

65. בהקשר זה יוזכר, כי ברקע לפסק הדין בעניין דמופולוס הייתה יוזמת השלום של מזכ"ל האו"ם דאז אנאן,<sup>99</sup> אשר גם במסגרתה נכלל מנגנון המאפשר תשלום פיצויים תמורת ויתור על בעלות במקרקעין. אמנם במועד מתן פסק הדין כבר היה ידוע כי משאל העם בנושא התכנית נכשל, אולם קיומה של תכנית זו בחסות מזכ"ל האו"ם מהווה אינדיקציה לתמיכה הבין-לאומית שהייתה קיימת באותה שעה למתווה של מתן סעד חלופי להשבת הקרקעות. ייתכן שהדבר אף השפיע על נכונות בית הדין להכשיר את מנגנון ה-IPC. ההקשר המדיני של הקמת מתווה בעת הזו בעניין איו"ש הוא כמובן שונה.

66. לאור האמור לעיל, מוצע כי מהלך זה של הקמת המנגנון ילווה בהצהרה ברורה של ממשלת ישראל אודות מחויבותה להגן על הקניין הפרטי של האוכלוסייה המוגנת בשטחי איו"ש, ואשר תבהיר כי מדינת ישראל לא תשלים עוד עם פלישה שלא כדין לקרקע פרטית.<sup>100</sup>

האם משתמע מכך כי המדינה תיישם את מדיניות האכיפה רק מעתה ואילך? **70:** בעיני לא. צריך שיהיה ברור שגם לגבי פלישות לקרקע פרטית מהעת האחרונה וכו' מדיניות האכיפה צריכה להיות ברורה. הקמת המנגנון לכשעצמה לא יכולה להכשיר התנהלות עבריינית.

<sup>98</sup> חוות דעת פרופסור ויילר, בפסקה 9.

<sup>99</sup> ראו פרק \_\_ לעיל.

<sup>100</sup> בהקשר זה, ראו גם חוות דעתו של פרופסור ויילר, בפסקה 50.

בנוסף, על-מנת לתת ביטוי למחויבות זו, יש לתמוך את ההצהרה האמורה בצעדים ממשיים ומעשיים למימושה. לעניין זה נדרש קיומו של גוף, אשר יפקח ביעילות ובמקצועיות על הבנייה באיו"ש ויפעל להסרתה באופן מידי של בנייה שלא כדין על קרקע פרטית.

67. לפיכך, אנו ממליצים לפעול לאלתר לקיומו של גוף שיוכל לממש את החובה לחקור עבירות תכנון ובניה באיו"ש. בעניין זה נפנה להחלטתו של שר הביטחון הקודם מיום 26.12.13 להקים יחידת אכיפה מקצועית ייעודית של דיני התכנון והבניה באיו"ש במסגרת המנהל האזרחי, שתפקידה יהיה לחקור עבירות תכנון ובניה באיו"ש. על-אף הזמן הרב שחלף מאז, טרם מומשה החלטה זו (כאשר עתירה בעניין זה תלויה ועומדת כעת בפני בג"ץ, שניתן בה לאחרונה צו על-תנאי, לו יש להשיב עד ליום 15.1.17<sup>101</sup>).

רועי - דורש ליבון של חברי הצוות: Commented [GR13]:

האם אין מקום להתייחס לגופים הקיימים העוסקים כיום בנושא זה? Commented [TWK14]:

רועי - דורש ליבון של חברי הצוות: Commented [GR15]:

למה לא "הישראלית", כפי שכתבת בהמשך הפסקה? Commented [TWK16]:

68. עוד ראוי לציין כי הקמתו של מנגנון כמתואר לעיל מהווה כאמור הכרה בכך שבניסיונות מסוימות עשויות לקום חלופות ראויות לסעד של השבה במקרה של פגיעה בזכות הקניין. לפיכך, יש להידרש לשאלה כיצד הדבר עשוי להשפיע במקרים בהם המחזיקים במקרקעין נמנים עם אוכלוסיות אחרות מלבד ההתיישבות היהודית. הבסיס הנורמטיבי למתן סעד חלופי להשבה הינו ההכרה בפגיעה שצפויה להיגרם למי שמחזיק בנכס תקופה ממושכת אם המקרקעין יוחזר לבעליו. הגיון זה תקף לא רק ביחס למקרקעין המשרת את ההתיישבות הישראלית באיו"ש, אלא גם ביחס למקרקעין המשרת את האוכלוסייה הפלסטינית או הבדואית; לא כל שכן כאשר מדובר בשימוש או בהחזקה באדמות מדינה ולא בקרקע פרטית. הדבר מתחייב מעקרון השוויון, אשר הינו עקרון יסודי בשיטת המשפט שלנו כמו גם בדין הבין-לאומי.<sup>102</sup> לפיכך, ככל שיוקם המנגנון באיו"ש, על הממשלה יהיה לוודא כי מדיניות האכיפה באיו"ש בכללותה מופעלת באופן שמשלב בצורה הרמונית עם העקרונות שבבסיס הקמת המנגנון.

69. לבסוף, יש לזכור שבעוד שבית הדין האירופי היה נכון לקבל את מנגנון ה-IPC ככשיר להעניק סעד ראוי בהקשר של תביעות נגד תורכיה (שנגדה הופנו), מעמדו ותפקידו של בית הדין כטריבונל בין-לאומי שונים מאלו של בית המשפט העליון במדינת ישראל בשבתו כבג"ץ. בג"ץ אינו רק דן בפגיעה בזכותו של הפרט בידי השלטון, אלא מפקח גם על חוקיות פעולות השלטון. כפועל-יוצא מהיותו ערכאה מדינתית, גם קשת הסעדים האפקטיביים שיש ביכולתו להעניק היא שונה.<sup>103</sup> לכן, אין להוציא מכלל אפשרות שבג"ץ יאבחן את הפוזיציה שלו מזו של בית הדין האירופי בעניין דמופולוס, ככל שיידרש לדון בחוקיותו של המנגנון.

### ג. צעדים מעשיים ליישום המנגנון ביחס לאיו"ש

...the establishment of such a scheme should not be seen as license for any future dispossession of private property, through legislation or otherwise, by the Occupying Power or with its explicit or tacit consent except in the extreme circumstances recognized by international law.

<sup>101</sup> בג"ץ 5528/12 נרדי מילר נ. המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (...)

<sup>102</sup> לעניין עקרון השוויון בהקשר למדיניות האכיפה בנושא התכנון והבניה בפרט, ראו: בג"ץ 5377/09 רגבים נ' הביטחון, פסקה יב' (10.8.2011); בג"ץ 7292/14 עלי מוחמד עיסא מוסא ואח' נ' שר הביטחון ואח', פסקה 35 (1.9.2016).

<sup>103</sup> ראו לעניין זה סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה.

1) המנגנונים הקיימים כיום לטיפול בסכסוכי קרקעות באיו"ש

71. כידוע, רק מיעוטם של המקרקעין באיו"ש מוסדרים כיום.<sup>104</sup> הליכי הסדר באיו"ש התקיימו בתקופת המנדט הבריטי וכן במהלך השנים בהן היה האזור נתון לשליטה ירדנית, אולם לאחר כניסת כוחות צה"ל לאזור הותלו הליכי ההסדר על-ידי מדינת ישראל.<sup>105</sup> כך נוצר מצב בו רק כשליש מהמקרקעין באיו"ש הוסדרו. לגבי יתר המקרקעין קיימים רישומים חלקיים בלבד, אם בכלל.

72. הגם שהסדר המקרקעין הותלה, קיימת עדיין אפשרות לבצע רישום של מקרקעין לא מוסדרים באיו"ש באמצעות הליך "רישום ראשון". הליך זה הינו הליך משפטי המתקיים בפני ועדה לרישום ראשון באיו"ש, ובמסגרתו נבחנות ומוכרעות הזכויות בחלקה מסוימת לפי דיני הקרקעות המהותיים החלים באזור. בסופו של ההליך רשאי בעל הזכויות במקרקעין להירשם כזוה, בכפוף להליכי ערר.<sup>106</sup> ככלל, הליך זה מתאים למקרים שבהם אדם פרטי מבקש לרשום חלקה מסוימת על שמו במקום שהקרקעות לא עברו הסדר מקרקעין. בקשה לרישום ראשון עשויה להיות מוגשת גם על ידי המדינה.<sup>107</sup> כך, למשל, כאשר הממונה על הרכוש הממשלתי מבקש לרשום קרקע שעברה הליך הכרזה על אדמת מדינה, עליו לעבור לכאורה הליך של רישום ראשון.

73. ההליך כרוך בפרסום הודעה על הבקשה בעיתונות, הזמנה להגשת התנגדויות, עריכת סיור בשטח (המכונה "כאשף") וקיום דיון מעין-שיפוטי בפני הוועדה לרישום ראשון, שכוונה על פי החוק הירדני והייתה בתוקף עובר לשנת 1967.<sup>108</sup> על-כן, הליכים אלה עשויים להימשך זמן רב והניסיון בפועל מלמד על כך שהליכים אלה נמשכים מספר שנים. מרגע שהוגשה בקשה לרישום ראשון, לוועדה קיימת סמכות ייחודית לדון בזכויות באותם מקרקעין.<sup>109</sup> ניתן לערער על החלטותיה של הוועדה בפני ועדת העררים הצבאית, והחלטת ועדת העררים מחייבת (בניגוד לתחומים אחרים, שבהם ועדת העררים הצבאית משמשת כגוף ממליץ בלבד).

קצת מבלבל כיוון שההליך לא לגמרי שיפוטי. אולי הליך מינהלי מעין שיפוטי?

כיוון שזה לא נעשה בפועל, ומדובר פשוט בקרקעות לא רשומות. הייתי שוקלת לנסח כך: כך, למשל, קרקע שעברה הליך הכרזה על אדמת מדינה איננה רשומה על שם הממונה על הרכוש הממשלתי, אך ביכולתו לפנות לוועדה לרישום ראשון ולבקש לעשות כן.

הניסוח לפיו "הוועדה הייתה בתוקף" נשמע מעט מוזר – האם כוונתך שהוועדה כוננה על ידי הדין הירדני שהיה בתוקף בחודש יוני 1967?

ככל שזה נכון. יתכן שצריך לומר "במקרים מסוימים" או "לעיתים". צריך לשאול את להט.

אפשר לעתור לבג"ץ על החלטותיה? אם כן – לציין זאת, כי זה עוד שלב שיכול לגרום להימשכות ההליכים.

<sup>104</sup> דו"ח לוי, הי"ש לעיל, עמ' 23.

<sup>105</sup> ראו: הצו בדבר הסדר קרקעות ומים (יהודה והשומרון) (מס' 291), תשכ"ט-1968. אחד מהרציונלים שהועלו להתליית הסדר הקרקעות היה החובה של המפקד הצבאי לשמור על הנכסים הנטושים, אשר בעליהם לא היו נוכחים כדי להשתתף בהליכי ההסדר. רציונל נוסף היה חוסר הנגישות של רשויות הממשל הישראליות לספרי הרישום בעמאן; ראו: עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לצו בנייים, בג"ץ 9296/08 מפקד כוחות צה"ל באיו"ש נ' ועדת העררים הצבאית, פסקה 10.

<sup>106</sup> סעיף 8(ב) לצו בדבר תיקון חוק רישום נכסי דלא נידי אשר טרם נרשמו (יהודה והשומרון) (מס' 1621), התשס"ט - 2008; ראו גם: בג"ץ 189/99 עאמר נ' אדם, פ"ד נד(2000) 512-506 (1) 498; בג"ץ 1299/11 צורים 2000 בע"מ נ' ראש המינהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון, פסקה 3 (5.4.2012).

<sup>107</sup> תקנה 6 לתקנות רישום נכסי דלא נידי אשר טרם נרשמו (בקשות לרישום) (יהודה והשומרון), התשס"ט-2008.

<sup>108</sup> חוק רישום נכסי דלא נידי אשר טרם נרשמו, מס' 6 לשנת 1964. ראו גם: הוועדה לרישום ראשון של נכסי דלא נידי שטרם נרשמו, אתר משרד המשפטים, <http://www.justice.gov.il/Units/LawRegistration/About/Pages/Commite.aspx>

<sup>109</sup> סעיף 7 לחוק רישום ראשון, כפי שתוקן בצו בדבר תיקון חוק רישום נכסי דלא נידי אשר טרם נרשמו (יהודה והשומרון) (מס' 448), התשל"ב-1971.



74. סעיף 8(ג) לחוק רישום ראשון קובע כי לא ניתן להכחיש תוקפו של רישום ראשון, אלא על ידי מי שבעת ההליכים היה נפקד, בלתי שפוי או קטין. לכן, מעמד הרישום הראשון מעט נמוך מהסדר קרקעות, אבל עדיין משמעותי מאד.

75. מעבר לכך, במקרה של פלישה למקרקעין פרטיים (או כאלה שנטען לגביהם שהם בבעלות פרטית), קיימים כיום מספר כלים משפטיים ו/או מנהליים להתמודדות עם תופעה זו. הצו בדבר מקרקעין (סילוק פולשים)(יהודה והשומרון)(מס' 1472), התש"ס-1999 קובע מנגנון של עשיית דין עצמית, לטיפול בפלישה "טרייה". סילוק הפלישה על ידי המחזיק כדין, מותר רק אם נעשה בתוך 30 יום ממועד התפיסה, תוך שימוש בכח במידה סבירה (לאחר אישור מפקד משטרה ומפקד צבאי).

76. נוסף על כך, צו שימוש מפריע, הקבוע בצו בדבר מקרקעין (שימוש מפריע במקרקעין פרטיים)(יהודה והשומרון)(מס' 1586), התשס"ז-2007, מאפשר לממונה לחתום על דרישה לפיה על מי שחשוד כפולש למקרקעין פרטיים להסביר מדוע אין הוא פולש, וככל שלא חלפו למעלה מחמש שנים מהמועד בו החלה הפלישה (או מרגע שחל שינוי מהותי באופי הפלישה), להורות על סילוקה.<sup>110</sup> פרק זמן זה של חמש שנים הינו ארוך משמעותית ממגבלת הזמן הקבועה בדין בישראל לסילוק מנהלי של פולשים. הסדר ייחודי זה נועד לאפשר מילוי חובותיו של המפקד הצבאי לפי דיני התפיסה הלוחמתית, להגן על ביטחונם וקניינם של התושבים המוגנים באזור, ומתוקף כך למנוע פלישות ושימוש מפריע במקרקעיהם הפרטיים.<sup>111</sup> החלטת הממונה נתונה לערר בפני ועדת העררים הצבאית.

77. צו נוסף שניתן לעשות בו שימוש הוא צו סגירת שטח, לפיו המפקד הצבאי יכול להכריז על שטח מוגדר כשטח שהכניסה אליו טעונה היתר.<sup>112</sup> הדבר נעשה כאשר יש לכך טעמים שבסדר הציבורי או בביטחון האזור. ניתן לסייג את צו סגירת השטח כך שיאפשר, לדוגמה, לצד שלו זכות ההחזקה במקרקעין להמשיך ולעבד את המקרקעין.

78. מטבע הדברים, לא מעט מקרים של סכסוכי קרקעות עניינם במקרקעין שאינם מוסדרים או רשומים. לכן, נדרש בירור כלשהו בשאלת הזכויות במקרקעין בטרם ניתן יהיה לנקוט באחד הצעדים שהוזכרו לעיל. הדבר נעשה, כאמור לעיל, מקום שאדם (או המדינה) פונה לוועדה לרישום ראשון לצורך רישום זכויותיו במקרקעין. אולם, קיים גם ערוץ מנהלי לבירור הזכויות במקרקעין במקרה של סכסוך בין שני צדדים, הוא "נוהל לטיפול בסכסוכי קרקעות במקרקעין פרטיים", שגובש ומופעל על-ידי היועץ המשפטי לאיו"ש בפרקליטות הצבאית.<sup>113</sup> בירור זה אינו נעשה לצרכי רישום, ועל-כן הוא מתבסס על ראיות מנהלתיות.

Commented [TWK22]: 8. ניתן צו לרישום מקרקעין לפי 8. חוק זה, ואין עוד ערר עליו, תעבירו ועדת העררים או ועדת הרישום, לפי הענין, לידי קצין מטה רישום מקרקעין. קצין לפי הענין, כדי לקבל הבהרה לפני העברתו לידי הרשם. לשם רישומו, רשאי הוא לפנות בכתב לוועדת העררים או לוועדת הרישום, (א) היה קצין מטה רישום מקרקעין סבור שצו לרישום מקרקעין טעון הבהרה בהתאם להוראות הצו, ועל פי כל דין ותחיקת בטחון. מטה רישום מקרקעין יעביר (ב) אם הנכס (הצו לידי הרשם, אשר ירשום את המקרקעין נרשם בספרי המקרקעין, יחשב הרישום כסופי ולא ניתן לערר עליו בפני בתי המשפט; ואולם לנפקד, למשוגע, ללקוי בשכלו או לקטין, תהיה ביצוע

Commented [TWK23]: בטקסט שאני ראיתי נבנו זה ס' (ב) שבא אחרי 8(א) ו-8(א1)

Commented [TWK24]: האם הכוונה לצו בדבר תיקון חוק? רישום...? אם כן – צריך להגדירו כך בהערת השוליים שבה התייחסת אליו (106)

Commented [TWK25]: הנוסח בצו הוא "לערר עליו". האם יש סיבה לכך שהשתמשת פה במילה "להכחיש"?

Commented [TWK26]: לפי אתר האקדמיה אין דבר כזה "באם".

Commented [TWK27]: לא מנהליות? לראות מנהליות?

<sup>110</sup> בנוסף, הצו בדבר העברת טובין (יהודה והשומרון)(מס' 1252), התשמ"ח-1988 והתקנות בדבר העברת טובין (הובלת מבנים יבילים)(יהודה והשומרון), התשנ"ג-1993, מקימים חובה לקבל היתר טרם שינוע מבנים יבילים, וכן מאפשרים תפיסתם של מבנים אשר לא קיבלו היתר כאמור בתוך 60 ימים, וזאת, לצד כלי האכיפה התכנונית מכוח חוק התכנון הירדני.

<sup>111</sup> בג"ץ 3373/14; בג"ץ 9593/04 ראש מועצת הכפר יאנון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד (א1) 844, 876 (2006); ענין עבדאלקאדר, פסקה 11.

<sup>112</sup> סעיף 318 לצו בדבר הוראות ביטחון (נוסח משולב) (יהודה והשומרון (מס' 1651), התש"ע-2009

<sup>113</sup> מראה מקום. הנוהל פומבי ומפורסם באתר הפרקליטות הצבאית, ראו להלן: <http://www.mag.idf.il/510-he/Patzar.aspx>

עם זאת, ניתן להסתמך עליו לשם ביסוס זיקה למקרקעין, אשר תצדיק שימוש באחד מהכלים המנהליים שתוארו לעיל.

79. על-פי הנוהל, כאשר מתעורר סכסוך קרקעות במקרקעין פרטיים, שבו שני הצדדים טוענים לזכות חזקה במקרקעין, נבחנות טענות הצדדים על-ידי יועמ"ש איו"ש ומגובשת חוות דעת בנוגע לזהות המחזיק בפועל במקרקעין והסבירות שהחזקה היא כדן.<sup>114</sup> חוות הדעת מועברת לצדדים לסכסוך או לבאי כוחם, אשר רשאים להציג את טענותיהם ביחס לאמור בחוות הדעת בכתב<sup>115</sup> ובנוסף, במקרים מסוימים, גם בעל-פה.<sup>116</sup>

80. בסופו של התהליך, יועמ"ש איו"ש מגבש עמדה בדבר זכות החזקה במקרקעין. כפועל יוצא מהחלטה זו, ניתן כאמור להפעיל סמכויות שונות הקבועות בתחיקת הביטחון. מכיוון שהבירור הוא מנהלי באופיו, הוא אינו מונע מאדם פנייה לערכאות שיפוטיות או לוועדת הערר הצבאית כדי לממש את זכויותיו על-פי כל דין.

81. נוסף על כל אלו, אדם אשר טוען לזכות בקרקע מסוימת יכול לפנות להליך משפטי אזרחי בישראל של סילוק יד.<sup>117</sup> תנאי לכך הינו שהמקרקעין רשומים. כמו כן, פתוחה בפניו הדרך לעתור לבג"צ נגד כל אחת מהחלטות הרשויות המנהליות שהוזכרו לעיל וכן לעתור נגד רשויות המדינה בנוגע לאכיפת דיני התכנון והבנייה באיו"ש, מקום שהדבר רלוונטי.

82. **אם כך, כיצד עשוי מנגנון חדש למתן סעד להשתלב עם הכלים הקיימים כיום באיו"ש?** במה מוסיף המנגנון הנבחן על האמצעים העומדים לרשות הטוען לזכויות במקרקעין כיום? הדבר תלוי, מטבע הדברים, בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, ובפרט במעמד הקרקע – רשומה או לא רשומה – ובמשך הפלישה אליה. לא מן הנמנע כי בפני בעל הזכויות בקרקע יעמדו מספר ערוצי פעולה אפשריים.

83. כך, למשל, כפי שצוין לעיל, ביחס לפלישה טרייה או לפלישה בת פחות מחמש שנים, יכול בעל מקרקעין לבקש לעשות שימוש בצו בדבר מקרקעין (סילוק פולשים) או בצו שימוש מפריע, בהתאמה. יש להניח כי גם לאחר הקמת מנגנון כמתואר בדו"ח זה, במקרים של פלישה חדשה יחסית, יעדיף בעל המקרקעין ערוצים אלה. עם זאת, אין בכך בהכרח כדי למנוע פנייה למנגנון, מקום שיקש לעשות זאת. **האם יש עניין למנוע פנייה למנגנון ולקבוע כי יעשה שימוש רק בצווים המנהליים ביחס לפלישה בת פחות מחמש שנים?**

84. לעומת זאת, בעליו של מקרקעין רשומים יכול כיום לפנות לבתי המשפט האזרחיים בישראל בתביעה לסילוק יד. עם זאת, ייתכן כי לאחר הקמת המנגנון האמור, בעל מקרקעין יעדיף שימוש במנגנון שיוקם על-פני הגשת תביעה בפני ערכאה ישראלית מטעמים שונים, ביניהם: נגישות פיזית, ההוצאות הכרוכות בניהול כל הליך, הימשכות ההליכים ועוד (זאת בהנחה,

Commented [TWK28]: האם הכוונה היא שביכולתו של אחד הצדדים לפנות לוועדת הערר על ההחלטה הזו של יועמ"ש איו"ש? ואז לבג"צ? או לדברים נוספים?

Commented [TWK29]: אבל אם הם רשומים, או שיש לו? או לאדם אחר טענה חזקה מאוד לזכות בקרקע או, לא? הרי הקושי המרכזי הוא לגבי הקרקעות שאינן רשומות, שבהן עסקו הפסקאות האחרונות.

Commented [TWK30]: לא בטוחה, כי בעל הקרקע צריך לעשות את השיקולים שלו של מה עדיף לו. ייתכן שיהיו מקרים שבכל זאת יעדיף לקבל פיצויים, למרות שתיאורטית המנגנון יכול להורות אף הוא על השבה.

Commented [SG31]: וגם – אולי שווה לשקול אמירה: ברורה שנראה לנו נכון כי יוכל להמשיך לפנות לערוצים אלו **טל**: מסכימה

Commented [TWK32]: לעומת מה?

<sup>114</sup> סעיף 3 לנוהל.

<sup>115</sup> סעיף 5 לנוהל.

<sup>116</sup> סעיף 7 לנוהל.

<sup>117</sup> **המקור החוקי + דוגמאות לפסיקה.** קיימת גם אפשרות לפנות לערכאות של הרשות הפלסטינית הפועלות בשטח A ו-B בהסכמת הצד הישראלי לסכסוך.

כמובן, שהפנייה למנגנון לא תהיה כרוכה בעלויות גבוהות או בהתדיינות ארוכת-שנים).  
**[האם יש צורך בביטול האפשרות לפנות לערכאות הישראליות על-מנת לעודד פנייה למנגנון או שניתן לעשות זאת באמצעים אחרים:]**

85. אם כך, במנגנון עשויים להיות גלומים מספר יתרונות. האחד הוא קיומו של גוף מעין-שיפוטי מקומי באיו"ש, אשר יוכל להוות תחליף לפנייה לערכאות בישראל, ויהא מוסמך להורות על סעד של השבה של מקרקעין לבעל הזכויות בו.<sup>118</sup> מאפיין נוסף של המנגנון, בשונה מיתר הכלים שתוארו לעיל, הוא שגוף זה יהא בעל סמכות לשקול גם שיקולי צדק ולהורות, במקרים המתאימים, על מתן סעד חלופי בהתחשב בנסיבותיו של המקרה שבפניו; **[לרבות מתן סעד במקרים שבהם המבקש לא עמד ברף ההוכחה הנדרש בוועדה לרישום ראשון לצורך רישום זכויותיו בנכס ("מאזן ההסתברויות") כפי שידון להלן. [האם אפשר/רצוי:]**

**Commented [SG33]:** ההכרעה בשאלה זו יכולה להיות מבוססת על נתונים – האם רוב הקרקעות הפרטיות בעפרה/בית אל וכו' הן רשומות? אולי להט יודע **טל:** למיטב ידיעתי, החלקים שרשומים הם בשומרון. עפרה ובית אל נמצאים באזור בנימין. בכל מקרה, בעיני ההכרעה צריכה להיות ערכית – האם נכון למנוע גישה לערכאות ישראליות או לא, ולדעתי התשובה צריכה להיות שלילית, נוכח העובדה שהסעדים שהוועדה מוסמכת להעניק אינם כוללים השבה בלבד.

**Commented [SG34]:** למה לא לציין פה גם את הפיצויים? אמרנו שתאורטית אולי מישוה יעדיף לקבל פיצויים

86. קיומו של המנגנון גם יאפשר לקיים בירור עובדתי, מקום שהדבר נדרש, בפני גוף הולם, שכן כיום, בירור זה נערך לעיתים במסגרתן של עתירות המוגשות לבג"ץ לאכיפת דיני התכנון והבנייה באיו"ש. אגב עתירות אלה מתעוררות לא אחת שאלות אודות הזכויות במקרקעין נשוא העתירה, אשר מוטב היה לו היו מתבררות בפני גוף מקצועי ייעודי. על-כן, לאחר הקמת המנגנון, מקום שתוגש עתירה לבג"ץ שעניינה פלישה למקרקעין פרטיים שטרם הוסדרו, לטעמנו תוכל המדינה לבסס עמדה לפיה על העותר, במסגרת חובתו למיצוי הליכים, לפנות קודם לכן למנגנון הייעודי שהוקם לצורך ההכרעה בזכויות במקרקעין. אולם לשם כך, המנגנון יצטרך להוות פורום מקצועי ואובייקטיבי שביכולתו להכריע בעניין זה. נוסף על כך, ככל שתוגש עתירה לבג"ץ שעניינה פלישה למקרקעין פרטיים רשומים, אנו סבורים כי ניתן יהיה לטעון כי למבקש עומד פורום שיכול להעניק לו סעד חלופי. לשם כך, על המנגנון להיות מסוגל להעניק סעד ראוי ואפקטיבי, ובתוך כך, בין היתר, להכריע בעניינים המובאים בפניו במהירות וביעילות. מאפיינים אלה ונוספים הדרושים בראייתנו למנגנון ידונו להלן.

**Commented [SG35]:** פורום?

## 2) מאפייניו של מנגנון למתן סעד במקרה של סכסוכי קרקעות באיו"ש

87. כפי שפירטנו בהרחבה לעיל, ניתן לדעתנו להקים מנגנון לבחינת הסעד הראוי במקרים של פגיעה בזכות הקניין של תושבים פלסטינים באיו"ש, באופן שיעלה בקנה אחד עם עקרונות המשפט הבין-לאומי. הסדריו הפרטניים של מנגנון כאמור דורשים המשך בחינה וליבון מעמיקים, הלוקחים בחשבון את המציאות העובדתית והמשפטית באיו"ש. לשם כך **אנו מציעים כי יוקם צוות ייעודי בנושא בראשות משרד הביטחון לשם גיבוש תכנית יישום פרטנית למנגנון עצמו.**

88. לצורך קביעת קווי המתאר של מנגנון זה, לטעמנו ניתן (ואף מומלץ) לשאוב השראה מפסיקת בית הדין האירופי, אשר נדרש לבחינה דקדקנית של מאפייני מנגנון ה-IPC בפסיקותיו השונות. פסק הדין בעניין דמופולוס אמנם ניתן במסגרת נורמטיבית ובהקשר עובדתי שונים מאשר מצב הדברים באיו"ש.<sup>118</sup> יחד עם זאת, הניסיון של תורכיה בפני בית

<sup>118</sup> ראו פסקאות 6161-5757 לעיל.

הדין (כנציגתה של צפון קפריסין) עשוי לסייע בבניית מנגנון הולם, אשר יעמוד בפני בחינה שיפוטית וציבורית.

89. כבר בשלב זה ניתן להצביע על מספר מאפיינים, המנויים בחוות דעתו של פרופסור ויילר, אשר נדרשים בראייתו על-מנת שמנגנון לעניין איו"ש יעלה בקנה אחד עם עקרונות המשפט הבין-לאומי. אנו שותפים לעמדתו של פרופסור ויילר בדבר חשיבותם של המאפיינים שמנה בחוות דעתו, ככל שיוחלט להקים מנגנון ביחס לקרקעות באיו"ש. נחזור על אלו בקצרה להלן:

89.1. המנגנון צריך להיות בעל סמכות להעניק שלושה סוגים של סעד: השבה, פיצויים או קרקע חלופית.<sup>119</sup>

89.2. המנגנון צריך להיות בעל המומחיות והסמכות להכריע בשאלות של הזכויות במקרקעין.<sup>120</sup> נוכח מורכבותו של נושא זה, נדרש אליו בהרחבה בהמשך.<sup>121</sup>

89.3. פנייה למנגנון צריך שתעשה על-ידי בעל הקרקע באופן **ולונטארי**, ואין להגביל את פרק הזמן שבמהלכו ניתן לפנות אליו.<sup>122</sup>

89.4. למנגנון לא תהיה אפשרות לכפות העברת בעלות בנכס, אך בעל הנכס רשאי להסכים לכך.<sup>123</sup>

89.5. גם במקרים של השבה או מתן קרקע חלופית, המנגנון יוכל להעניק פיצויים לא-מומוניים וכן דמי שימוש (ביחס לעבר) מקום שאלו מוצדקים לטעמו.<sup>124</sup>

89.6. ניתן יהיה לדרוש מפונים פוטנציאליים למצות הליכים במסגרת המנגנון טרם הפנייה לערכאות שיפוטיות.<sup>125</sup>

89.7. יש להבטיח את קיומה של התמיכה הלוגיסטית והתקציבית הנדרשת למנגנון על-מנת לאפשר הליכים יעילים, ויש להבטיח אכיפה נאותה של החלטות המנגנון.<sup>126</sup>

89.8. על המנגנון לפעול בשקיפות ובהגינות, ולשקול את נסיבותיו של כל מקרה לגופו.<sup>127</sup>

**Commented [TWK36]:** יכול להיות שהתייחסת אחר כך אבל אני כותבת כאן ליתר ביטחון: צד ג' או המדינה לא יכולים לפנות למנגנון לצורך מתן החלטה לגבי הזכויות בקרקע.

**Commented [GR37]:** האם להכניס את תוכן הערת השוליים לטקסט הראשי?

שרון: לדעתי כדאי להוסיף את המשפט האחרון לתוך הטקסט (בנסיבות של איו"ש, ...)

**Commented [GR38]:** האם להכניס התייחסות להיערכות תקציבית לטקסט הראשי?

לדעתי מספיק לציין את זה, הוספתי במילה

<sup>119</sup> חוות דעת פרופסור ויילר, פסקה 48.

<sup>120</sup> שם, פסקה 52.

<sup>121</sup> ראה פסקאות 98106-9092 להלן.

<sup>122</sup> שם, פסקה 57.

<sup>123</sup> שם, פסקה 52. יוער, כי בפני ה-IPC לא נדרשת הסכמתו של הפונה לקבלת הסעד שפוסקת הוועדה; זאת, מכיוון שזכות הבעלות בקרקעות הנדונות הופקעה על-ידי צפון קפריסין. לפיכך, גם בהעדר הסכמה, זכות הבעלות בקרקע ממילא מצויה כבר בידי המדינה (או צד ג' אליו הועברה על-ידי המדינה). לעומת זאת, ביחס לאיו"ש כידוע, המנגנון המוצע נועד להתמודד עם מצבים בהם בוצעה בנייה על קרקע שעודנה בבעלות פרטית, ואשר הבעלות בה לא הופקעה. על-כן, לשיטתנו, במצב דברים זה, העברת הבעלות בקרקע מחייבת את הסכמת הבעלים, ולא, יהיה הדבר משול להפקעה.

<sup>124</sup> שם, פסקה 54.

<sup>125</sup> שם, פסקה 57.

<sup>126</sup> שם. בהקשר זה תיחדר גם הקצאת המשאבים המתאימה הן לפעילות המנגנון והן למימוש פסיקותיו. בצפון קפריסין הונשו ל-IPC אלפי תביעות, ועד כה נפסקו פיצויים בשווי של למעלה ממיליארד ₪, ראו: הנתונים באתר האינטרנט של הוועדה: <http://www.tamk.gov.ct.tr/english/index.html>.

89.9. החלטות המנגנון תהיינה נתונות לביקורת שיפוטית של בית המשפט העליון.<sup>128</sup>

90. אלמנט נוסף שעולה בבירור מפסיקת בית הדין בעניין דמופולוס, אותו מדגיש פרופסור ויילר בחוות דעתו,<sup>129</sup> הוא הכללתם של חברים זרים במנגנון, שאינם קשורים לסכסוך.<sup>130</sup> ב-IPC מדובר בלפחות שניים מבין שבעת חבריו. נוכח עמדתו של פרופסור ויילר, אנו סבורים כי ככל שיישם מודל שלא ייטלו בו חלק שופטים זרים, הדבר יפגע ביכולת לחסות תחת פסיקת בית הדין בעניין דמופולוס. עם זאת, יש לשקול את המשמעויות הרחבות של הכללת שופטים זרים בגוף שלטוני מעין-שיפוטי. **[האם נדרשת הרחבה?]**

91. **[להוסיף פסקה אודות הרכב הוועדה באופן כללי, דרישות סף, אופן בחירת חבריה וכד?]**

92. נוסף על אלה, לאור המאפיינים הייחודיים הנוגעים למצב העובדתי והמשפטי באיו"ש, ישנן מספר סוגיות נוספות הדורשות לטעמנו ליבון והכרעה עובר להקמת המנגנון. נידרש לראשיתן של סוגיות אלה להלן.

#### א) בירור עובדתי של הזכויות במקרקעין

93. כפי שפורט לעיל, רק מיעוטם של המקרקעין באיו"ש מוסדרים כיום (כשליש). לפיכך, בשונה מההליכים בפני ה-IPC, וכפי שציין פרופסור ויילר בחוות דעתו, במסגרת בירור שיערך בפני מנגנון באיו"ש ישנה סבירות גבוהה שתידרש הכרעה בשאלת הזכויות בקרקע עובר לקבלת החלטה בשאלת הסעד הראוי; זאת, מקום שמדובר במקרקעין לא מוסדרים. מתעוררת השאלה כיצד ראוי שבירור זה יבוצע.

94. אפשרות אחת היא לקבוע כי הכרעה בסוגיית הזכויות בקרקע, ככל שתידרש לצורך קבלת החלטה של המנגנון, תעשה באמצעות הוועדה לרישום ראשון. היתרונות הגלומים במסלול זה ברורים: הליך הרישום הראשון כבר קיים ומעוגן בחקיקה המקומית. לוועדה ניסיון ומומחיות בבחינת טענות לזכויות במקרקעין באיו"ש. העברת ההכרעה בסוגיה לוועדה לרישום ראשון תשמר את אחריותו של גוף אחד בלבד באיו"ש לרישום זכויות במקרקעין.

95. עם זאת, משמעות הדבר תהיה יצירת תלות של המנגנון בגוף חיצוני ונפרד על-מנת שיוכל להכריע במחלקות המונחות לפיו. כפי שהוזכר, הליכי הרישום הראשון עשויים להימשך זמן רב. להבנתנו, הדבר נובע מאופיו של הבירור שנערך, אשר עשוי לכלול מספר רב של מתנגדים ומחייב, בין היתר, מדידות בשטח ושמיעת עדים; אך בנוסף, גם ממשאבים מוגבלים. במצב

Commented [GR39]: האם להכניס את תוכן הערת השוליים לטקסט הראשי?

שרון: לדעתי כן  
טל: גם לדעתי. אני לא מכירה את ועדת העררים הצבאית, מי חבריה ומה רמת בכירותם, אבל על פניו נראה לי בעייתי שזו תהיה ערכאת הערעור.

Commented [TWK40]: בהחלט, מאוד נחוץ.

Commented [TWK41]: ?

<sup>127</sup> שם, פסקה 56.

<sup>128</sup> שם, פסקה 59. בנושא זה יצוין, כי אנו מציעים לבחון האם נכון שזכות הערעור תהיה לערכאה אחרת **[האם ועדת העררים הצבאית היא אופציה?]**, אשר על החלטתה ניתן יהיה לפנות לבג"ץ, או שמא זכות הערעור תהיה בפני בית המשפט העליון. הדבר תלוי לטעמנו, בין היתר, בסוג הבירור שיהיה המנגנון והבחינה אליה תידרש ערכאת הערעור (עובדתית או משפטית בעיקרה).

<sup>129</sup> חוות דעת פרופסור ויילר, פסקה 51.

<sup>130</sup> בית הדין קבע בהחלטה שקדמה לעניין דמופולוס כי מנגנון ה-IPC אינו עומד בדרישות למיצוי הליכים מדינתיים, בין היתר, מכיוון שמרבית שופטיו התגוררו בבתים שהיו בבעלותם של יוונים קפריסאיים או שנבנו על-ידם. בית הדין הציע באותו עניין על שילוב שופטים בין-לאומיים כדי להגביר את אמינות ואת מהימנות המנגנון; עניין דמופולוס, פסקה 73.

דברים זה, הפניית הפונה לוועדה לרישום ראשון לבירור זכויותיו במקרקעין עובר להשלמת ההליך בפני המנגנון עלולה לסרב ולעכב את עבודת המנגנון, ואף להקשות במידה משמעותית על המבקש להסדיר זכויותיו כדין שכן עליו לפעול מול שני גופים שונים.

96. יתרה מכך, יש לזכור כי על-פי המוצע, גם במקרים בהם יבסס הפונה את זכויותיו במקרקעין, המנגנון עשוי, בנסיבות מסוימות, להורות על סעד שאינו השבה (ראו פסקה 55 לעיל). במצב דברים כזה, הפניית המבקש להליכי רישום ראשון, כאשר אין ערובה לכך שיזכה להשבת המקרקעין לידי אף אם טענותיו לגבי זכויותיו בקרקע תתקבלנה, עשויה לעורר שאלה בנוגע לאפקטיביות הסעד שניתן על ידי המנגנון ואף להשפיע על עמדת המדינה בדבר סעד חלופי שניתן על ידי המנגנון.

97. הדברים נכונים ביתר שאת נוכח העובדה שניהול הליך לרישום זכויות בפני הוועדה לרישום ראשון כרוך בהשקעה משמעותית של כסף ומשאבים על-ידי המבקש. הטלת נטל זה על המבקש עלולה להוות חסם מעשי מפני פנייה למנגנון על-ידי פלסטיניים, אשר עשוי גם הוא להקשות על המדינה לבסס טענה בדבר חובת מיצוי ההליכים בפני המנגנון עובר לפנייה לערכאות.

98. ניתן לפתור קושי זה במידה מסוימת על-ידי מתן סיוע כלכלי מהמדינה (לרבות ייצוג) לפלסטיניים אשר פונים למנגנון, ומופנים משם להליך של רישום ראשון. ככל שיוחלט לעשות שימוש באפשרות זו של פנייה לוועדה לרישום ראשון על-ידי המנגנון, אנו מציעים לבחון את ההיתכנות של מימון ההוצאות הכרוכות בהליך הרישום הראשון על-ידי המדינה.

99. אפשרות שנייה היא לקבוע כי ככל שתידרש הכרעה בסוגיית הזכויות בקרקע, זו תעשה בפני המנגנון עצמו. היתרון המובהק בכך הינו שהליך הבירור כולו – הן לעניין הזכויות בנכס והן לעניין הסעד – יערך באופן רציף ומרוכז בפני אותו הגוף. בכך תימנע התלות של המנגנון בוועדה לרישום ראשון.

100. לצד זאת, מתן סמכות עצמאית למנגנון לערוך בירור של הזכויות במקרקעין משמעותו תהיה יצירת מסלול מקביל לבירור זכויות בפני הוועדה לרישום ראשון. גם בחירה באפשרות זו אינה נקייה מקשיים. ראשית, הדבר מחייב תיקון הדין המקומי על-מנת להקנות את סמכות הרישום, הנתונה כיום לוועדה לרישום ראשון, גם למנגנון; או לחלופין, לקבוע כלל המחייב את הוועדה לרישום ראשון לכבד את קביעות המנגנון לעניין הזכויות במקרקעין. שנית, חברי המנגנון יידרשו למומחיות בדיני מקרקעין של האזור של או לחלופין להקצאת כוח אדם ייעודי שיוכל לגבש חוות דעת מקצועית עבור המנגנון בשאלת הזכויות במקרקעין. שלישית, תידרש הקצאת משאבים משמעותיים לצורך עריכת בירור עובדתי זה. רביעית, יצירת מסלול מקביל לבירור זכויות קנייניות עלול לייצור מרוץ סמכויות בין המנגנון לבין הוועדה לרישום ראשון. חמור מכך, הדבר עלול לייצור פתח לטעויות ואף לניסיונות מרמה ברישום.

101. אפשרות שלישית הינה להקנות למנגנון סמכות להכריע בשאלת הזכויות במקרקעין, אולם ללא סמכויות סטטוטוריות של רישום זכויות. חלופה זו מעוררת את השאלה האם ראוי

Commented [TWK42]: לרבות מנגנוני הערעור והפנייה לבג"ץ

Commented [TWK43]: אני לא בדיוק מבינה למה כוונתך. מי שרוצה להסדיר זכויות בלבד יכול פשוט לפנות לוועדה לרישום ראשון, לא?

Commented [SG44]: או משהו ברוח הזו

Commented [TWK45]: אני מבינה את הדברים כפי שגלית כתבה, בהקשר של טענת המדינה בדבר העמידה בתנאי של מיצוי ההליכים.

Commented [SG46]: לא הבנתי עד הסוף.

אם יש לו קרקע על שמו – הוא יכול לפנות לקבל סעד מהמנגנון

כך גם אם יש לו קרקע על שמו כי פנה אתמול לוועדה לרישום ראשון והליך הרישום צלח, מה ההבדל?

וגם – נדמה לי שההתייחסות פה צריכה להיות לסעד, אבל דבר בעל פה, אולי אני טועה

Commented [SG47]: כנל

Commented [TWK48]: אני כבר רואה את טענות הנגד, שזו תהיה דרך לעקוף את העליות של ההליך של רישום ראשון...

Commented [TWK49]: בעיניי חייבת להיות להם מומחיות, לא מספיק שמישהו ייתן להם חוות דעת.

להקים מנגנון כזה, אשר יהא בעל סמכות עצמאית ובלתי-תלויה לערוך בירור בשאלת הזכויות במקרקעין הנדונים בפניו לצורך הכרעה בשאלת מתן סעד לפונה, כאשר הכרעתו תעשה במישור המנהלי בלבד ולא במישור הקנייני, ותהווה בסיס למתן סעד למבקש?

102. קיומו והפעלתו בשנים האחרונות של הנוהל לטיפול בסכסוכי קרקעות במקרקעין פרטיים (להלן: "הנוהל לטיפול בסכסוכי קרקעות" או "הנוהל") (ראו פסקאות 78-80) מלמדים כי עשויים להתקיים באיו"ש מספר מנגנונים נפרדים לבירור זכויות במקרקעין, כאשר כל אחד מהם פועל לתכלית שונה. נחזור ונזכיר שמעצם טבעו, קביעות ביחס לזכויות במקרקעין שנקבעות במסגרת הפעלת הנוהל אינן מחייבות את הוועדה לרישום ראשון או כל ערכאה שיפוטית אחרת. עם זאת, כתוצאה מהצווים המנהליים אשר מוצאים על-סמך הנוהל, אדם שנקבע כי הוא פולש למקרקעין עשוי להיות מסולק מהם. אם כך, על-אף שאין מדובר בהכרעה במישור הקנייני, לבירור זה עשויה להיות נפקות מעשית משמעותית עבור הצדדים לסכסוך.

103. האם יש מניעה, אם כך, שגם המנגנון יכריע הכרעה מנהלית בדבר הזכויות במקרקעין? היתרונות שבאפשרות זו: מניעת התנגשות חזיתית בין סמכויות המנגנון לאלו של הוועדה לרישום ראשון; קיצור משך הבירור ועלותו היות שאין מדובר בהליך רישום; והאפשרות לבסס זכויות במקרקעין בהתבסס על ראיות מנהליות, אשר תקל על הוכחת הזיקה למקרקעין.

104. הקושי באפשרות זו: המנגנון עשוי, במקרים המתאימים, להורות על מתן סעד של השבה או של פיצויים בהתבסס על ראיות מנהליות, אשר הינן בעלת מעמד חלש יותר מאשר זכויות קנייניות רשומות. אולם יש לזכור כי גם במצב הדברים כיום, רישום זכויות אינו תנאי למתן סעד במסגרת ההליכים שמתנהלים בפני בג"ץ. אלו אמנם אינם הליכים אזרחיים לסילוק יד, כי אם עתירות במסגרתן בוחן בית המשפט את שיקול דעת הרשות המנהלית. אולם ניתן לטעמנו להסיק מכך כי אין כל מניעה כי גם המנגנון יוכל להסתמך על ראיות מנהליות במסגרת הבירור שהוא עורך, מקום שזו תהא נתונה לערר ו/או לביקורת שיפוטית.

105. אפשרות רביעית – לעבות את סמכויות הוועדה לרישום ראשון באופן ברוח העקרונות שנקבעו בעניין דמופולוס כך שהיא תשמש, הלכה למעשה, תחליף למנגנון חדש. [לפרט]

106. לכל אחת מהחלופות שתוארו לעיל באשר לאופן שבו יערך בירור באשר לזכויות במקרקעין בפני המנגנון עשויות להיות משמעויות שונות.<sup>131</sup> סוגיה נוספת שנגזרת מהצורך בבירור הזכויות במקרקעין היא נטל הראיה שיוטל על כתפי המבקש בפני המנגנון. כפי שהוסבר לעיל, ניתן ליישם חלופות שונות, אשר בצדן דרישות ראייתיות שונות (הרף הראייתי הדרוש

**Commented [SG50]:** נראה לי שאני מעדיפה נוסח קצת פשוט יותר, משהו כזה:

**אפשרות שלישית** הינה להקנות למנגנון סמכות להכריע בשאלת זכויות המקרקעין, אולם ללא סמכויות סטטוטוריות של רישום זכויות, כפי שיועמ"ש איו"ש מכריעים במסגרת הנוהל לטיפול בסכסוכי קרקעות.  
ואז לפרט יתרונות וחסרונות בפסקאות הבאות.

משהו על כך שזה עומד יותר **Commented [SG51]:** בעקרונות של תפיסה לוחמתית? בלי שינוי זכויות מהותי בקרקע

כל עוד זה למתן פיצויים זה נראה **Commented [TWK52]:** לי פחות בעייתי, אבל במקרה של השבה או מתן קרקע חלופי זה נראה לי באופן אינטואיטיבי בעייתי יותר, אבל חייבים להתייעץ עם יועמ"ש איו"ש והמחלקה האזרחית בעניין הזה.

נראה לי שאפשר לשלב את זה **Commented [SG53]:** בטקסט

הפסקה הזו נראית קצת תלושה **Commented [TWK54]:** כרגע, לא?

<sup>131</sup> יש לבחון, בין היתר, כיצד הבחירה בכל אחת מהחלופות האמורות תשפיע על מעמדה ועל תפקידה של הוועדה לרישום ראשון. במסגרת בחינה זו, יש לקחת בחשבון את מעמדה הסטטוטורי של הוועדה, בשים לב, בין היתר, להוראות תקנה 43 לתקנות האג.



לצורך רישום זכויות קנייניות על-ידי הוועדה לרישום ראשון לעומת רף ראיות מנהלי).<sup>132</sup> סוגיות מהותיות אלו מחייבת המשך ליבון מעמיק והכרעה בטרם יוקם המנגנון.

ב) *ההשלכות של עבודת המנגנון על יישום מדיניות האכיפה של דיני התכנון והבנייה באיו"ש*<sup>133</sup>

107. בירור הזכויות במקרקעין באיו"ש הינו תהליך סבוך ומורכב מסיבות שונות, ועשוי להימשך זמן רב. כפי שפורט לעיל, תהליך זה עשוי להוות נדבך בלתי-נפרד מהכרעת המנגנון. על-כן, יש לבחון כיצד הדבר ישפיע על יישום מדיניות האכיפה ביחס לבנייה ו/או שימוש לא חוקיים במקרקעין שאינם מוסדרים באיו"ש כל עוד הדיון בעניינים תלוי ועומד בפני המנגנון. כמו כן, יש לקחת בחשבון שבמקרים רבים הטוענים לזכות במקרקעין עשויים להימנע מלפנות למנגנון בשל רתיעתם מלשתף פעולה עם מנגנונים של המדינה. לפיכך, יש לבחון כיצד העדר פנייה למנגנון של הטוען לזכויות במקרקעין – בין אם היא נובעת מחוסר-רצון ובין אם מחוסר-יכולת (למשל, במקרה של נפקדים) – עשויה להשפיע על מדיניות האכיפה התכנונית של המדינה.

ג) *קריטריונים למתן סעד על-ידי המנגנון*

108. תחת מתווה ה-IPC של צפון קפריסין, הכרעה בשאלת הסעד מתבססת על שני מאפיינים מרכזיים: הבעלות הנוכחית במקרקעין (ציבורית או פרטית) ושווי המקרקעין העדכני.<sup>134</sup> ביחס למקרקעין בבעלות ציבורית, הכלל הינו השבה תוך זמן סביר. ביחס למקרקעין שהועברו לצד ג', ככל שערך הנכס לא עלה ממועד עזיבתו של בעליו המקוריים, הכלל הינו השבה לאחר שיגובש הסכם מדיני בין הצדדים לסכסוך. אם חלה עליית ערך בנכס, ניתן להציע למבקש קרקע חלופית או להעניק פיצויים.

109. מאפיינים אלה אינם מתאימים לצורך הכרעה בנוגע למקרקעין באיו"ש, שכן מדובר בנסיבות שונות בשני המקרים (לדוגמא, ביחס לאיו"ש אין מדובר בהכרח בנכסי נפקדים, אלא גם במקרקעין שבעליהם נמצאים באזור).

110. כמו כן, בהקשר לאיו"ש יש לבחון היבטים נוספים שנוגעים לנסיבות תפיסתם של המקרקעין, ביניהם: המידע שהיה ברשות צדדים שלישיים (לרבות רשויות המדינה) אודות הבעלות (הפוטנציאלית) בקרקע; משך השימוש בקרקע; צעדים שנקט בהם הבעלים לסילוק הפלישה, וכיו"ב. נתונים אלה ואחרים בהחלט עשויים להשפיע על קביעת הסעד הראוי במקרה נתון.

צריך להדגיש שבמקרים שבהם **Commented [TWK55]:** אין מחלוקת על הבעלות בקרקע, או כשהיא מוסדרת, ברור שהפנייה לא צריכה לעכב את פעילות האכיפה התכנונית של המדינה.

יש לעבות חלק זה ולשקול לקבוע: **Commented [GR56]:** מוסכמות ביחס לקריטריונים שצריכים להנחות את הוועדה לפחות ביחס לחלק מהפרמטרים המוזכרים

<sup>132</sup> ממילא, רף ההוכחה בפני ה-IPC של מעבר לספק סביר (beyond reasonable doubt) אינו ישים ביחס לאיו"ש בהינתן שמרבית המקרקעין באיו"ש אינם מוסדרים. ציין זאת גם פרופסור ויילר בחוות דעתו, תוך שהמליץ שנטל ההוכחה בפני המנגנון יעמוד על מאזן ההסתברויות. ראו פסקאות \_\_\_ לעיל.

<sup>133</sup> כזכור, בהליכים משפטיים שונים שהתבררו בפני בית המשפט העליון בשנים האחרונות, המדינה ציינה כי בנייה בלתי חוקית על קרקע בבעלות פרטית פלסטינית הוצבה במקום גבוה בסדר העדיפויות שגובש לאכיפת דיני התכנון והבנייה באיו"ש. ראו בג"ץ 7292/14 **עלי מוחמד עיסא מוסא נ' שר הביטחון** (01.09.2016), פסקה 24 לפסק הדין.

<sup>134</sup> ראו פסקאות 1818-1919 לעיל.



111. לפיכך, יש לקבוע קריטריונים מנחים למנגנון בנושאים אלה וכן מהי האכסניה המתאימה לקביעת קריטריונים אלה, ובפרט בשאלת תם ליבו של המחזיק בנכס, ככל שהדבר רלוונטי; משך ההחזקה בקרקע ונסיבותיה; צעדים בהם נקט בעל הקרקע לסילוק הפלישה; וכיו"ב. כך עולה בבירור גם מחוות דעתו של פרופסור ויילר.<sup>135</sup> במסגרת בחינת נושא זה, יש לקבוע האם קריטריונים אלה ייקבעו על-ידי הוועדה עצמה או שיוגדרו מראש במסגרת כללי עבודתה.

#### ד) סוגיות נוספות

112. סוגיה נוספת היא בחינת היתכנות מתן בעלות בקרקע חלופית כסעד. כזכור, ויתור על הבעלות במקרקעין יכול שתעשה רק בהסכמת הבעלים.<sup>136</sup> תקנה 55 לתקנות האג קובעת כי המפקד הצבאי נחשב לנאמן של למקרקעין הציבוריים שנמצאים באזור.<sup>137</sup> לפיכך, יש לבחון כיצד עשוי להתאפשר מתן קרקע חלופית לבעל הקרקע הפלסטיני, באופן שעולה בקנה אחד עם הוראה זו. מן הפן המעשי, נדרשת בדיקת היתכנות של הענקת קרקע חלופית מבחינה מעשית בשטח.

113. סוגיה אחרונה היא קביעת הגורם אשר יישא בתשלום פיצויים ו/או דמי שימוש בגין הפגיעה בזכות הקניין. ככל שהמנגנון ימצא לנכון לפסוק לבעלים סעד חלופי להשבה, יש לבחון מיהו הגורם אשר ישא בתשלום זה, ואילו משמעותיות משפטיות עשויות להיות לכך. בהקשר זה יוזכר, כי בעוד שבצפון קפריסין, ההחזקה במקרקעין על-ידי צדדים שלישיים נעשתה בהתאם לדין הפנימי, בהקשר לאיו"ש עמדת המדינה היא שההחזקה במקרקעין אינה כדו"ן. בנסיבות אלה מתעוררת השאלה האם על המדינה לשאת בנטל תשלום הסעד או שמא על המחזיק, אשר נהנה מהמקרקעין.

Commented [TWK57]: בכל המקרים? ?

114. בסופו של יום, העמדה האם המנגנון עולה בקנה אחד עם עקרונות המשפט הבין-לאומי, כמו גם העקרונות שלאורם פועלת מערכת המשפט של מדינת ישראל, תהא תלויה במידה רבה באופן יישומו בפועל. ההכרעות שתתקבלנה בכל אחת מהשאלות שהזכרנו בקצרה לעיל תשפיענה גם הן על איתנותו של המנגנון שיוקם ועל מידת התמיכה שלה יזכה גם במישור המדיני וגם במישור המשפטי בישראל ובזירה הבין-לאומית. כפי שציין פרופסור ויילר בחוות דעתו, יישום הגון בתום לב של היסודות שהונחו בעניין דמופולוס יכול שיעשה בהתאם לכללי המשפט הבין-לאומי. אנו מלאי תקווה כי כך יהיה הדבר.

Commented [TWK58]: הזכרת למעלה את העובדה שרק הטוען לפגיעה בזכות בקרקע יכול לפנות לוועדה. אני לא בטוחה שמספיק ברור מהמסמך הזה שהוועדה לא תוכל להוות מכשיר בידי גורמים אחרים, כפי ששוחחנו. תוהה אם צריך לחדד את זה בכלל במסמך הזה – אולי עדיף בעל פה בישיבה.

## VI. סיכום

<sup>135</sup> חוות דעת פרופסור ויילר, עמ' 13.

In considering the most appropriate remedy the Tribunal should take into account, on a case by case basis, all the relevant circumstances which may comprise the circumstances of the seizure **including considerations of good faith and reliance or otherwise, knowledge and due diligence of the status of the property as private, the involvement or otherwise of public authorities, the duration of the seizure and the potential damage to other parties of restitution**, and generally the balance of equities and the tradeoff of harm and benefit as between restitution and compensation/exchange. **[לבדוק טקסט מול גרסה סופית של חוות הדעת]** (ההדגשה הוספה)

<sup>136</sup> ראו פסקה 5656 לעיל.

<sup>137</sup> הפנייה (וגם האם יש צורך לסייג זאת, נוכח העובדה שהוראות הסעיף מדברות על נכסים של מדינת האיובי?)

115. כפי שצוין לעיל, במרוצת השנים, מסיבות שונות, בוצעה באיו"ש בנייה של ההתיישבות היהודית על קרקע פרטית פלסטינית. זאת, בניגוד למדיניותה של ישראל משנת 1979 לפיה הרחבת ההתיישבות באיו"ש תיעשה על קרקעות מדינה בלבד. כאמור, מציאות זו אינה עולה בקנה אחד עם חובתו של המפקד הצבאי להגן על קניין הפרט של התושבים המוגנים. לאור האמור, **עמדנו על כך שחובתה של המדינה היא לוודא כי הנסיבות שהובילו לבנייה על קרקע פרטית לא יישנו** ולהקצות את המשאבים הדרושים לנקיטת צעדים אפקטיביים לשם כך.

116. לצד חובתה זו של המדינה, קיימת החובה לוודא כי התושבים המוגנים, אשר כתוצאה מהמציאות המתוארת לעיל נפגעה זכותם לקניין, יקבלו סעד אפקטיבי. לפיכך, אנו סבורים כי ניתן להורות על הקמת מנגנון שיבחן פניות של מי שטוען שזכות הקניין שלו נפגעה. מנגנון זה יבחן כל מקרה לגופו ויורה על מתן סעד הולם בהתאם לנסיבות. כמפורט לעיל, הן על פי המשפט הישראלי והן על פי המשפט הבין-לאומי, דרך המלך במקרה של פלישה לקרקע פרטית היא השבה, אך האפשרות להעניק סעד חלופי, בנסיבות המתאימות, מוכרת אף היא במשפט הישראלי והבין-לאומי.

117. הוצגו לעיל העקרונות המרכזיים אשר לאורם, לעמדתנו, נכון שהמנגנון יכריע בשאלת הסעד ההולם. כפי שהודגש לעיל, חשוב לציין כי אין בהקמת מנגנון, אשר יוסמך להעניק סעדים, משום הכשרה של הפגיעה שבוצעה בזכות הקניין של התושבים המוגנים, וממילא אין בה כדי לאפשר פגיעה נוספת בשלב זה או בעתיד לבוא. בנוסף, הצבענו על נושאים נוספים הטעונים ליבון, ככל שיוחלט על הקמת מנגנון כאמור.

118. הקמת מנגנון כאמור מצריכה בחינה מעמיקה של היבטים מעשיים הנגזרים מכך וכן ליבון אתגרים משמעותיים ביישום המתווה. לפיכך, המלצתנו היא שכל שהממשלה תחליט על הקמת מנגנון היא תורה על מינויו של צוות, בהובלת משרד הביטחון, שיכין תכנית ליישום המתווה.