

1. ראש מועצת הכפר אל-חאדר, אסחק מחמוד אסחק
צביח,

2. יש דיין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם (ע"ר 0442622-58)

העותרים

באמצעות עו"ד שלומי זכריה ו/או מיכל זיו ו/או מוחמד שקיר
כולם מרח' דוד חכמי 12, תל-אביב 65157, טל' 03.5275273, פקס':
03.5275274

-- נ ג ד --

מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית – אלוף רוני נומה

באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, משרד המשפטים,

רח' סלאח א-דין, ירושלים

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים, לבוא ולתת טעם:

(א) מדוע לא תפורסם לציבור כל כוונה על הכרזה או שינוי או עדכון או תיקון תחומי מרחבי השמירה בגדה המערבית המגדירים את גבולות סמכותם של רכזי הביטחון השוטף בהתנחלויות ובסביבתן (להלן: "רבש"צים"), באופן ובמועד שיאפשרו למי מהציבור שיש לו השגות או נגיעה לעניין להביאו בפני הרשויות המתאימות ולהביע את עמדתו ביחס לשינוי זה, כמו גם להיערך מבעוד מועד לשינויים המתוכננים.

(ב) מדוע לא תיגרענה אדמות פרטיות של פלסטינים מתחומי מרחבי השמירה וכן תימנע הכללה עתידית נוספת של אדמות פרטיות.

1. עתירה זו מבקשת מבית המשפט לשים קץ להתנהלות בלתי סבירה של המשיב, בכל הנוגע לאופנים מסוימים של אצילת סמכויות מטעמו לגורמים פרטיים, הפועלים ברחבי הגדה המערבית והמסייעים בעדו לצרכי ביטחון. המדובר ברכזי הביטחון השוטף הציבוריים (להלן: "רבש"צים"), אשר פועלים ברחבי ההתנחלויות והמאחזים הבלתי מורשים בגדה המערבית, ברשות ובהסמכה של חליף הריבון באזור, הוא מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית.
2. הגם שיייתכן שלידתו של מוסד הרבש"צים ברחבי הגדה המערבית הינה באילוצים ובכורח נסיבות הכרוכים בהקצאת משאבים ובשימוש בהם, הרי שכיום המדובר בגורם אשר נוכחותו בשטח דומיננטית ולא אחת מהווה עבור חיילי צה"ל, המשרתים באזור, כסמכות העליונה בכל הנוגע לשטח.
3. גלגוליו של מוסד זה הובילו ברבות השנים להאצלת סמכויות שיטור רבות מצד המשיב אל הרבש"צים השונים ואל הגורמים העובדים תחתם. ברם, הדבר החשוב ביותר, קרי, מרחבי הפעולה של הרבש"צים הללו, דבר אשר משתנה לא אחת בהחלטות מפקדי הגזרות השונות הפועלים תחת פיקודו של המשיב, אינו מפורסם באופן סדיר, רצוף וברור. שינויים אלה אינם מובאים כלל לידיעתם של התושבים הפלסטינים בגזרה, והדבר יוצר לא אחת תקלות ומהווה עילה למוקדי חיכוך בין חקלאים פלסטינים ובין רבש"צים באשר למישור הפעלת סמכויותיהם של אלה האחרונים.
4. מעבר לכך, בעוד שעד לשנים האחרונות, תחומי הפעילות של הרבש"צים היו מתוחמים לשטחים המוניציפליים של ההתנחלויות, כפי שאלה נקבעות בצו על ידי המשיב, הרי שלאחרונה החליט המשיב על שינוי, והורה לכלול במספר תחומי פעילות של רבש"צים גם שטחים מעבר לתחומי השיפוט של ההתנחלויות. החלטה זו הובילה לכך שמרחבי שמירה רבים כוללים גם אדמות פרטיות של פלסטינים אשר נאלצים להתמודד עם הפרטת סמכויות הכוח הכובש לגורמים, אשר לא אחת מייצגים קהילות בעלות אינטרסים המנוגדים לעיתים לאינטרסים של אכיפת חוק, באופן אשר עשוי לעורר ניגוד עניינים מהותי ומשמעותי, וכן ליצור ממד נוסף של חיכוכים בין הצדדים. העובדה כי המשיב החליט להפריט סמכויות שיטור משמעותיות לידי גורמים פרטיים ולאפשר את ביצוען באדמות פרטיות של תושבים מוגנים, מוסיפה נדבך נוסף של חוסר סבירות ביחס לפועלו של המשיב.
5. עתירה זו אינה מבקשת לבטל כליל את מוסד הרבש"צים ברחבי הגדה המערבית. ייתכן כי יש לו הצדקה ביטחונית או אחרת. יחד עם זאת, גם אם קיימות ההצדקות האמורות, הרי שאופן הפעלתן אמור להתבצע באופן שקוף, נטול פניות וניגודי עניינים פוטנציאליים, ותוך מזעור הפגיעה בזכויות יסוד של תושבים מוגנים. תחת זאת, המשיב בוחר באמצעים אשר מגבירים את הפגיעה האמורה ומשקפים באופן בו מעוצבים מתחמי השמירה, דווקא התעלמות מאינטרסים של תושבים פלסטינים, המהווים אוכלוסייה מוגנת.

א. הצדדים לעתירה

6. העותר 1, הוא ראש מועצת הכפר אל-חאדר, שתושביו הם בעלי האדמות המצויות בסמיכות להתנחלויות אפרת, אלעזר (לרבות המאחז הבלתי מורשה "דרך האבות") ונווה דניאל. אדמות אלו נכללות בחלקן בתוך מרחבי השמירה של התנחלויות אלו, בחלקים המצויים מחוץ לשטחי השיפוט שלהן. בעלי האדמות תושבי הכפר אל-חאדר מדווחים על מקרים רבים של חיכוכים בין תושבי הכפר לבין הרבש"צים של ההתנחלויות והמאחזים הסמוכים, הנובעים בעיקר ממצב של חוסר-בהירות ביחס לגבולות מרחבי השמירה אשר אינם מתפרסמים לציבור.

7. העותר 2, ארגון "יש דין", הינו עמותה רשומה בישראל, העוסקת בהגנה על זכויות התושבים המוגנים בשטח הכבוש הנתון למרות מדינת ישראל ורשויותיה השונות, ובביצור זכויות האדם ושלטון החוק בשטחי הגדה המערבית. זאת, בין היתר באמצעות חיזוק והעצמה של הליכי אכיפת החוק על אזרחים ישראלים ואנשי כוחות הביטחון, תוך מתן סיוע משפטי לתושבים המוגנים המתגוררים בגדה המערבית.

8. העותר 2 בחן במהלך השנים האחרונות סוגיות ונושאים שונים העוסקים ברבש"צים הפועלים בגדה המערבית, כמו גם את השפעת פעילות זו על זכויות האדם של הפלסטינים בכפרים הסמוכים לאותם מרחבי פעולה. עיקרי הממצאים המדאיגים פורסמו בשנת 2014 בדו"ח מקיף, הסוקר את הסמכויות שנמסרו לרבש"צים בתחום אכיפת החוק בשטחים הנרחבים שנמסרו לשליטתם, המכונים "מרחבי שמירה".

הדו"ח "המרחב הפרוע" מצורף לכתב העתירה ומסומן כנספח 1.

9. המשיב הינו מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ובידו מצויות כל סמכויות הניהול, המינהל והחקיקה של השטח המוחזק על-ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית, וזאת בהתאם לכללי המשפט ההומניטרי הבינלאומי ולדיני התפיסה הלוחמתית. בפרט, אמון המשיב על שמירה על הסדר הציבורי והגנה על זכויות התושבים המוגנים באזור הנתון לתפיסה לוחמתית, כפי שיוסבר בהמשך העתירה.

א. הרקע העובדתי לפועלם של הרבש"צים

(1) הרקע המשפטי-היסטורי לפעולת הרבש"צים בתחומי הגדה המערבית

10. בשנת 1971 אימץ המשיב את תפיסת ההגנה המרחבית ששררה בישראל למן קום המדינה, והחיל אותה בהתנחלויות שהוקמו בשטחי הגדה המערבית באמצעות צו צבאי – הצו בדבר הסדרת השמירה ביישובים (יהודה ושומרון) (מס' 432), תשל"א-1971 (להלן: "הצו בדבר הסדרת השמירה" או "הצו"). מערכת ההגנה המרחבית נשענה על התפיסה כי יישובי הספר, ובעשורים האחרונים גם ההתנחלויות, הם חלק ממערך צבאי אסטרטגי כולל שתפקידו לתמוך בכוחות הצבאיים ולספק עומק ומרחב התרעה מפני פלישה של כוחות אויב. בעבר, נועדה תפיסת ההגנה המרחבית לסייע לצה"ל בהגנה על גבולות המדינה, והצדיקה את הקמת ההתנחלויות בשטחים הכבושים ככאלו אשר מקיימות צורך

צבאי (פרקטיקה אשר נגדעה בשנת 1979 עם פרסום פסק הדין בעניין בג"ץ 390/79 עזת מוחמד מוסטפה דויקאת ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', 22.10.79). אולם מטרתו של צו השמירה השתנתה במהלך השנים וכיום הוא כבר אינו מקיים את תפיסת ההגנה המרחבית שנועדה להגן על מדינת ישראל מפני פלישת אויב, אלא נועד לסייע בהגנה על ההתנחלויות – ולימים גם על המאחזים הבלתי מורשים – ועליהם בלבד.

העתק מנוסחו המעודכן של הצו בדבר הסדרת השמירה מצ"ב ומסומן כנספח 2.

11. הצו בדבר הסדרת השמירה מאפשר למשיב להטיל על תושבי ההתנחלויות חובת שמירה. על-פי סעיף 3א לצו, סמכויותיהם של שומרים שהוטלה עליהם חובת שמירה כוללות סמכויות המקבילות לאלו המוענקות לשוטרים, ובהן סמכויות עיכוב, חיפוש ומעצר, לרבות שימוש בכוח במסגרת מילוי תפקידם. כך, הסעיף מסמיך את השומרים לבצע את הפעולות הבאות:

י(1) לדרוש מכל אדם למסור לו ידיעות מלאות המאפשרות את זיהויו ולהציג בפניו כל תעודה שברשותו המאפשרת זיהויו ;

2(2) לדרוש מכל אדם להתלוות אליו לתחנת המשטרה או עד לבואו של שוטר או חייל אם לא הזדהה בפניו כאמור או אם יש לשומר יסוד סביר להניח שאותו אדם עבר עבירה זה מקרוב או אם יש לשומר יסוד סביר להניח שאותו אדם עבר עבירה שהעונש הקבוע בצידה הוא מעל לשלוש שנות מאסר ;

3(3) לערוך חיפוש בכליו או בגופו של אדם או בכלי רכבו אם יש לו חשד סביר כי אותו אדם נושא איתו, שלא כדין, סכין, כלי יריה או חומר נפיץ או מבעיר או אם יש לו יסוד סביר להניח, כי החיפוש דרוש למנוע סיכון חיי אדם ;

4(4) לתפוס חפץ, אם יש לו יסוד סביר להניח כי באותו חפץ נעברה, או עומדים לעבור עבירה, או שהוא עשוי לשמש ראיה בהליך משפטי בשל עבירה, או שהוא עשוי לשמש ראיה בהליך משפטי בשל עבירה, או שניתן כשכר בעד ביצוע עבירה או כאמצעי לביצועה ; עשה השומר שימוש בסמכות זו, ימסור מיד את החפץ אשר תפס לידי של שוטר או חייל ;

5(5) לעצור אדם, בלא צו מעצר, אם –

א(א) המעצר נעשה לצורך סיוע לחייל או לשוטר בעת מילוי תפקידו לפי דרישתו ובנוכחותו ;

ב(ב) האדם מבצע בפניו, או שיש לו יסוד סביר להניח שהאדם עבר, זה מקרוב, עבירה שהעונש הקבוע בצידה הוא מעל 3 שנות מאסר, ובלבד שקודם המעצר נדרש אותו אדם להילוות אל השומר אל תחנת משטרה או עד לבואו של שוטר או חייל או נדרש לעצור באם הינו בורח, והוא לא ציית לדרישה זו ;

ג(ג) האדם סירב להתלוות אליו לאחר שנדרש לכך לפי סעיף קטן (2) ;

(6) [...]

(7) בנסיבות בהן הוסמך שומר בצו זה לעצור אדם, רשאי הוא להשתמש בכל אמצעי סביר הדרוש לביצוע המעצר, אם האדם מתנגד למעצר או מנסה להתחמק ממנו. עשה השומר שימוש בסמכות כאמור, יודיע על כך מיד לחייל או לשוטר שלידו מסר את העציר;

(8) [...]"

12. הצו מאפשר לממונה על השמירה – מפקד החטיבה המרחבית – למנות בכתב מינוי רכז ביטחון שוטף צבאי (להלן: "רבש"ץ"), המכונה בצו "רשות שמירה", שיעמוד בראש כיתות השמירה. הרבש"ץ אחראי על כל היבטי הביטחון ביישוב, ובכלל זה הסדרת השמירה, ביקורת על ביצועה, פיקוח על השומרים, בדיקת סידורי הביטחון, מסירת נשק לתושבי ההתנחלות או המאחז והבטחת היותם מאומנים להשתמש בו, גיוס חיילי הגנה מרחבית וציודם בתקופות כוננות והפעלת מאבטחים אזרחיים.

13. יודגש, רוב הרבש"צים הם אזרחים תושבי התנחלויות ו/או מאחזים, אשר קיבלו לידיהם סמכויות שיטור נרחבות הכרוכות בפגיעה פוטנציאלית בזכויות אדם, אותן הם מוסמכים להפעיל כנגד האוכלוסייה הפלסטינית. בכוחם לעכב פלסטינים, לערוך עליהם חיפוש, לתפוס את חפציהם ואף לעצור אותם ממש בלא צורך בצו מעצר. בנוסף, בכוחם של רבש"צים "להשתמש בכל אמצעי סביר" לפי שיקול דעתם כלפי פלסטינים לצורך ביצוע מעצר ובכלל זה גם בכוח. ראוי לציון העובדה, כי בתפקידם של הרבש"צים טמון ניגוד עניינים מובנה בהיותם מצד אחד מופקדים על אכיפת החוק ומצד שני מגינים על מאחזים בלתי מורשים. ביטוי נוסף לניגוד עניינים מצוי בעובדה כי הרבש"צים מצד אחד כפופים לצבא, ומצד שני מועסקים על-ידי ההתנחלות עצמה. סוגיה זו תידון בהרחבה בחלק המשפטי.

(2) תיקון מס' 23 לצו – קביעת מרחב שמירה בשטח החורג מתחומי המוניציפאלי של היישוב באופן

המאפשר לכלול בו גם אדמות פרטיות של פלסטינים

14. עד לתיקון 23 לצו בדבר הסדרת השמירה, שנערך בשנת 2009, הרבש"צים היו רשאים להפעיל את סמכויותיהם בתחום שטחה המוניציפאלי של ההתנחלות או בגבולות אזור תעשייה ישראלי שבגדה המערבית, קרי – אזורי שיפוט רשמיים, מוגדרים ומתוחמים.

15. אולם בשנת 2009 תוקן הצו והוסף לו סעיף המגדיר מחדש את גבולות הסמכות הגיאוגרפיים של הרבש"צים. סעיף זה קובע "מרחבי שמירה" שיעוגנו במפה חתומה על-ידי מפקד החטיבה המרחבית, אשר בתוכם יהיו רשאים הרבש"צים לפעול. סעיף זה מאפשר לקבוע "מרחבי שמירה" שאינם כוללים תחומי יישוב, ולמעשה לחרוג מעבר לשטח המוניציפאלי של ההתנחלות באופן המכניס לגדרי "מרחב השמירה" גם אדמות פלסטיניות פרטיות.

16. ואכן, במקרים רבים, "מרחבי השמירה" כוללים אדמות פרטיות של פלסטינים שאינן מוחזקות בצווי תפיסה. משמעות הדבר היא כי רבש"צים רשאים להפעיל את סמכויות השיטור והאכיפה הרחבות הניתנות להם גם על אדמותיהם הפרטיות של תושבים פלסטינים שנגדם מופעלות סמכויות אלו.

17. להלן מספר דוגמאות למרחבי שמירה החורגים מתחום היישוב המוניציפאלי והכוללים אדמות פרטיות של פלסטינים:

א. גבעת אסף – למאחז הבלתי מורשה גבעת אסף, הבנוי על אדמות פלסטיניות פרטיות,¹ קבוע מרחב שמירה המנותק מתחומי מרחב השמירה שנקבע להתנחלות בית אל, אליה הוא סמוך.

ב. דרך האבות/אלעזר – מרחב השמירה של ההתנחלות אלעזר כולל את שטח המאחז הבלתי מורשה "דרך האבות" הבנוי על אדמות פלסטיניות פרטיות של תושבי הכפר אל-ח'אדר, ונמצא מחוץ לתחום השיפוט המוניציפאלי של היישוב.² גם סביב ההתנחלות אלעזר, גבולות מרחב השמירה רחבים יותר מגבולות שטח השיפוט המוניציפאלי, באופן הכולל בתוכם אדמות פלסטיניות פרטיות.

ג. כוכב השחר – מרחב השמירה הקבוע להתנחלות כוכב השחר חורג אף הוא מתחום השיפוט המוניציפאלי שלה ומכניס לתחומי את שני המאחזים הסמוכים אליו, "מצפה כרמים" ו-"אהבת חיים", הבנויים על אדמות פלסטיניות פרטיות. כמו-כן, הוא כולל גם קרקע פלסטינית פרטית מצפון להתנחלות שאינה בתחומי תחום השיפוט של ההתנחלות.

ד. כרמי צור – מרחב השמירה שנקבע להתנחלות כרמי צור מקיף שטח רחב יותר מתחום השיפוט המוניציפאלי של ההתנחלות, אשר רובו אדמות פלסטיניות פרטיות.

ה. נווה דניאל צפון – מאחז בלתי מורשה הממוקם צפונית להתנחלות נווה דניאל. המאחז ממוקם הרחק מתחום השיפוט המוניציפאלי של ההתנחלות ועל אדמות פרטיות פלסטיניות של תושבי הכפר אל-ח'אדר. לצורך הכללת המאחז בתוך גבולות מרחבי השמירה של ההתנחלות, הוגדר הכביש המוביל מההתנחלות למאחז כחלק ממרחב השמירה של ההתנחלות. הכביש, שאורכו כקילומטר וחצי, מצוי על אדמות פלסטיניות פרטיות, והכללתו בגבולות מרחב השמירה מונעת מעבר בין החלקות הפלסטיניות הפרטיות המצויות משני צדיו.

ו. פלגי מים – מאחז הממוקם צפונית להתנחלות עלי. המאחז ממוקם מחוץ לתחום השטח המוניציפאלי של ההתנחלות והוא בנוי בחלקו על אדמה פרטית פלסטינית. בדומה למקרה של המאחז נווה דניאל צפון, גם כאן, על מנת לכלול את המאחז פלגי מים במרחב השמירה הקבוע להתנחלות עלי, נקבע מרחב שמירה הכולל דרך באורך של כקילומטר, המובילה מן

¹ יוער, כי טענות רכישה לכאורה שהועלו על ידי גורמים ישראלים ביחס למאחז הוכחו כלא-אותנטיות ובשנת 2016 הוגש כתב אישום נגד חלק מהמעורבים בפעולות הזיוף שהובילו לטענות רכישה אלה.

² על פי פסיקת בית המשפט העליון בבג"ץ 7292/14 מוסא ואח' נ' שר הביטחון ואח' נקבע כי יש להסיר את 17 המבנים במאחז שהוקמו על אדמות פרטיות עד לאמצע שנת 2018. לגבי שאר האדמות שעליהן ממוקם המאחז, תלוי ועומד מזה תקופה ארוכה ערר כנגד ההכרזה שבוצעה על ידי גורמי המנהל האזרחי, בפני וועדת העררים הצבאית המוסמכת על פי תחיקת הדין הצבאי לבחון את ההכרזות האמורות (ערר 50/14 מוסא נ' הממונה על הרכוש הממשלתי בגדה המערבית).

ההתנחלות אל המאחז, אשר נמצאת כולה על אדמה פרטית ויוצרת חיץ בין שתי החלקות הפרטיות באופן המונע מהפלסטינים בעלי האדמות לעבור בין החלקות.
מפות תצלומי אויר של האזורים המוזכרים לעיל ועליהן סימוני מרחבי השמירה ותחומי השיפוט המוניציפאלי מצורפות ומסומנות כנספח 3.

18. מצב זה, שבו גורמים בעלי תפיסת עולם המקדמת השתלטות על אדמות פרטיות בגדה המערבית על חשבונם של התושבים הפלסטינים, אשר מונו לתפקיד רבש"ץ, רשאים לעכב, לערוך חיפוש, לעצור ולעשות שימוש בכוח כלפי פלסטינים, בעודם מצויים בתוך השטח הפרטי של אותם פלסטינים – היא סיטואציה החורגת מתחום הסביר בכל קנה מידה אפשרי. בפועל, הסמכה זו יוצרת "אפקט מצנן" והגבלה מובנית על חופש התנועה של תושבים פלסטינים לאדמותיהם הכלואות בסמוך למאחזים בלתי מורשים, והכל בהרשאה והסמכה מטעם המשיב.

19. נוסף על כך, מנתונים שנאספו על ידי העותר מסי' 2 וכן מדיווחים רבים בתקשורת עולה, כי לא אחת חורגים הרבש"צים מסמכויותיהם ועושים בהן שימוש לרעה המתבטא בהתנכלויות ובהטרדות כלפי התושבים הפלסטינים.

כך למשל, כנגד רבש"ץ מעלה שומרון הוגשה תלונה במשטרה על שסילק רועה צאן פלסטיני מאדמתו תוך שהוא אווזו בנשקו וצועק עליו שהוא אינו רוצה לראות שם ערבים. בעקבות התלונה, הוזהר הרבש"ץ על-ידי המשטרה לבל יאיים על רועה הצאן הפלסטיני שוב, ונדרש לאפשר לו לעבד את אדמתו;

כך למשל, כנגד רבש"ץ מעלה מכמש נערך בירור בעקבות מספר אירועים שבהם סילק פלסטינים מאדמתם והפריע לעבודתם בניגוד לסמכותו. בסופו של הבירור נערכה לו שיחת הבהרה שבה הובהרו לו סמכויותיו;

באירוע אחר, רבש"ץ מעלה מכמש פעל בניגוד לסמכותו כאשר דרש מנציגי העותר 2 להזדהות בפניו מחוץ לתחומי מרחב השמירה, תוך שהוא חוסם ברכבו את מכוניתם. כאשר סירבו להזדהות בפניו בשל כך שהוא חורג מסמכותו, עיכב אותם הרבש"ץ עד להגעת המשטרה. השוטרים שהגיעו למקום יעצו לנציגי העותר 2 להגיש נגד הרבש"ץ תלונה במשטרה;

כך למשל, רבש"ץ המאחז אביגיל זומן לבירור וננזף בעקבות שימוש ברכב הביטחון לצורך העברת ציוד בנייה לחידוש בנייה בלתי חוקית במאחז;³

כך למשל, בשנת 2010 הודח רבש"ץ היישוב טלמון על-ידי מח"ט בנימין בגין אירוע שבו פתח הרבש"ץ בירי לכיוון מספר תושבים פלסטינים בניגוד להוראות הפתיחה באש;⁴

כך למשל, לפני כשנתיים, רבש"ץ היישוב בית חג"י נעצר על-ידי המשטרה בחשד לירי בקטין פלסטיני;

³ גילי כהן, אחראי ביטחון במאחז בגדה השתמש ברכב צבאי לבנייה בלתי חוקית, הארץ 04.11.12:

<http://www.haaretz.co.il/news/politics/1.1856830>

⁴ נתנאל כ"ץ, מח"ט בנימין הדיח את רבש"ץ טלמון, ערוץ 7 02.11.10: <http://www.inn.co.il/News/News.aspx/211009>

20. לדוגמאות אלו של חריגה מסמכות ושימוש לרעה בכוח המשרה יש להוסיף את המורכבות המובנית שבמערכת היחסים שבין הצבא לרבש"צים, ואת חוסר הבהירות בפועל של היררכיית היחסים ביניהם. מצד אחד, הרבש"צים ממונים על-ידי הצבא ומקבלים את סמכויותיהם מתוקף כתב מינוי שניתן להם על-ידי הצבא, ועל-כן כפופים לו וחייבים לפעול על-פי הנחיותיו. מצד שני, המציאות מראה כי המצב בשטח הוא הפוך. במקרים רבים, אלו הם החיילים המוצבים לשמירה בהתנחלויות המקבלים את הוראותיהם מן הרבש"צים. יש לזכור כי הרבש"ץ הוא לרוב תושב ההתנחלות שעליה הוא שומר, ממלא תפקיד זה כל שעות היממה ולאורך זמן ומכיר את השטח היטב. לעומת זאת, החיילים הם לרוב חיילי שירות סדיר, המוצבים לשמירה בהתנחלויות באופן זמני, בדרך כלל צעירים יותר מן הרבש"ץ, מנוסים פחות ממנו ומכירים פחות טוב את השטח. נסיבות אלו הופכות את מערכת היחסים בין הרבש"ץ לחיילים לכזו שבה הוא זה שנותן את ההוראות, והחיילים הם אלו שממלאים אחריהן. כך, שבעוד שמבחינה רשמית הרבש"צים כפופים לצבא, הלכה למעשה אלו הם החיילים בשטח החשים כפיפות וחובת ציות לרבש"צים.

21. דינמיקה מורכבת זו יוצרת מצב שבו החיילים אשר נמצאים בשטח אינם מסוגלים להפעיל את מרותם על הרבש"צים בעת הצורך, למשל כאשר הם חורגים מסמכותם. מנגד, הרבש"צים פועלים כמי שעליהם מוטלת האחריות המרכזית לשמירה על ביטחון האזור וכי החיילים שם כדי לסייע להם ולסור למרותם במקום להיפך.

22. כאשר בנוסף על כל המורכבות הזאת היא גם מתרחשת על אדמות פלסטיניות פרטיות ומחוץ לשטח השיפוט המוניציפאלי של ההתנחלות, נוצרת סיטואציה פוגענית ביותר כלפי התושבים הפלסטינים של האזור שאין לה שום הצדקה ושלא ניתן להשלים עימה.

(3) היעדר פרסום שינוי בגבולות "מרחבי השמירה"

23. נכון להיום, המפות המגדירות את השטחים שבהם הרבש"צים רשאים להפעיל את סמכויותיהם המיוחדות, אינן מתפרסמות עובר ליצירת השינוי בגבולות "מרחבי השמירה" ואינן מובאות לידיעת התושבים הפלסטינים המושפעים מכך והנפגעים מכך. לא זו בלבד, אלא שאפילו הכוונה לבצע שינוי במפות השמירה אינה מתפרסמת וכתוצאה מכך לתושבים הפלסטינים אין כל דרך לדעת שחל שינוי, לא כל שכן את טיבו.

24. היעדר פרסום מבעוד מועד, לא זו בלבד שמונע מהתושבים הפלסטינים לטעון נגד ההחלטה הפוגעת בהם, אלא גם אינו מאפשר להם להיערך לשינוי ולתכנן את צעדיהם בהתאם.

25. כמו-כן, היעדר הפרסום מוביל לכך שתושבים פלסטינים, הנחשדים על-ידי הרבש"צים המבקשים להפעיל נגדם סמכויות מעצר ושימוש בכוח, אינם יודעים אם סמכויות אלו מופעלות נגדם כדין אם לאו. זאת ביתר שאת, לאור העובדה כי השינוי ב"מרחבי השמירה" אינו מתפרסם גם לאחר מעשה, וכי לציבור המעוניין בכך אין גישה חופשית למפות "מרחבי השמירה", כפי שיוצג להלן.

III. מיצוי הליכים

26. תיקון 23 לצו בדבר הסדרת השמירה בישובים נחתם ביום 29.07.09 ונכנס לתוקף כעבור 60 ימים.

27. ביום 24.12.09 פנה ב"כ העותר 2 ליועץ המשפטי לאיו"ש, במכתב שבו ביקש, בין השאר, כי תיקבע חובת פרסום למפות מרחבי השמירה. העותרים טענו בפנייתם כי היעדר פרסום עלול להפוך את קביעת המרחב ללא חוקית באשר לא מתאפשר לאדם החשוד בעיני הרבש"ץ לדעת אם הוא זכאי להתנגד להפעלת הסמכות של השומרים נגדו. בנוסף ביקשו העותרים לקבל עותק ממפות אלו לכשאלו תיחתמנה.

עותק ממכתב זה מצורף ומסומן כנספח 4.

28. במקביל לכך, ביום 28.12.09 פנה העותר 2 בבקשת חופש מידע אל המנהל האזרחי לצורך קבלת המפות המעודכנות שנחתמו במסגרת תיקון מס' 23 ומרחבי השמירה המעודכנים.

עותק מבקשת חופש המידע מצורף ומסומן כנספח 5.

29. לאחר שבמשך חודש לא התקבלה שום תגובה מיועמ"ש איו"ש, ביום 28.01.10 נשלחה תזכורת מטעם ב"כ העותרים וביום 07.02.10 התקבלה תשובתה של קצינת ייעוץ מדור ביטחון ופילי ביועמ"ש איו"ש, סרן סנדרה אופינקרו. בתשובתה זו, בכל הנוגע לפרסום הפומבי של מרחבי השמירה המשתנים מעת לעת, נמסר כי מפות אלו יעתידות להתפרסם, כמקובל, במסגרת קובץ המנשרים, הצווים והמינויים הקרוב". כן צוין, כי קובץ זה מועלה לאתר האינטרנט של הפרקליטות הצבאית ומפורסם במאגרים המשפטיים השונים "לשם הגברת הנגישות אליהם ע"י הקהל הרחב". יצוין, כי קובץ המנשרים והצווים מתפרסם באופן לא סדיר, וזמן רב לאחר שהצווים והמנשרים המופיעים בו נכנסים לתוקף, ועל-כן אינו יכול להוות תחליף למסירת הודעות בזמן אמת.

העתק מכתבו של ב"כ העותרים מיום 28.01.10 מצורף ומסומן כנספח 6.

העתק מתשובת היועמ"ש מיום 07.02.10 מצורף ומסומן כנספח 7.

30. ביום 11.01.11 פנה העותר 2 פעם נוספת לנציגת יועמ"ש איו"ש, בבקשה לקבל לידי את מפות מרחבי השמירה, זאת לאחר שבניגוד למובטח ולמתחייב על ידי נציגת היועמ"ש, מפות מרחבי השמירה לא היו נגישות על גבי המרשתת או באופן אשר מאפשר את העיון בהם באופן פומבי. בפנייה זו, חזר ב"כ העותר והדגיש את נחיצות פרסום המפות לצורך יידוע הציבור הרלוונטי האם והיכן יש לרבש"ץ סמכויות. זאת במיוחד לנוכח תלונות רבות מצד פלסטינים על עבירות לכאורה שביצעו בהם רבש"צים של התנחלויות ומאחזים. כפי שיפורט בהמשך, לידיעה של גבולות מרחבי השמירה ישנה חשיבות גדולה משום שמה שמותר לרבש"ץ בתוך מרחב השמירה, עלול להיות עבירה כשהוא נעשה מחוץ לתחום זה.

העתק ממכתבו של העותר 2 מיום 11.1.11 מצורף ומסומן כנספח 8.

31. לאחר שלא התקבל כל מענה לפנייה זו, נשלחה ביום 22.02.11 תזכורת מטעם ב"כ העותרים.

העתק מתזכורת זו מיום 22.02.2011 מצ"ב ומסומנת כנספח 9.

32. ביום 10.03.11 התקבל מענה מלשכת היועמ"ש לפיו "בימים האחרונים הסתיימה עבודה לסריקתן והעתקתן של המפות לדיסקים" וכי אלו יימסרו לעותר 2 בימים הקרובים. לא ניתנה כל התייחסות

במענה זה לדרישתו הכללית של העותר 2, הצופה פני עתיד, לקביעת חובת פרסום למפות אלו, והתשובה התייחסה אך ורק לבקשתו הקונקרטית.
העתק מתשובת היועמ"ש מצורף ומסומן כנספח 10.

33. בעקבות תכתובת זו, הועברו לעותר 2 מפות מרחבי השמירה המבוקשות שעודכנו בשנת 2009 על גבי דיסקים, למעט מפותיהם של מספר התנחלויות. יודגש, כי משמעותו של פער הזמנים מיום עדכון מרחבי השמירה בשנת 2009 ועד למסירתן לידי העותר 2 בשנת 2011, היא כי לתושבים הפלסטינים לא הייתה כל ידיעה לגבי המצב החוקי השורר באזור במשך תקופה זו, ולא הייתה להם שום דרך להבחין בין סיטואציה של פעולה בסמכות לבין סיטואציה של התנכלות ושימוש לרעה בכוח. בוודאי לא הייתה להם כל אפשרות להציג את עמדותיהם ביחס למרחבי השמירה האמורים, להציג מניסיונם וחוויותיהם בפני מפקדי החטיבות המרחביות על מנת שאלה ישקלו את עיצוב מרחבי השמירה באופן פחות פוגעני.

34. ביום 08.12.13 ולאור הזמן שחלף מאז הוגדרו תחומי השמירה בשנת 2009, פנה העותר 2 למשיב באמצעות ראש מדור פניות הציבור בחטיבת דובר צה"ל, בבקשה לברר אם חלו מאז שינויים במפות השמירה והאם הוצאו מפות המגדירות את מרחבי השמירה של היישובים שלא ניתנה לגביהם התייחסות בתשובת היועמ"ש מחודש מארס 2011. במקביל, פנה העותר 2 ליועמ"ש איו"ש באותה בקשה ביום 13.1.14, זאת לאחר שהופנה אליו על-ידי ראש מדור פניות הציבור, רס"ן זוהר הלוי לצורך קבלת המידע המעודכן. ביום 19.3.14 חזר העותר 2 ופנה שוב ללשכת יועמ"ש איו"ש בתזכורת, לאחר שלא התקבלה כל תגובה לפנייה הראשונה.

העתקי פניותיו של העותר 2 מיום 8.12.13, 13.1.14 ו-19.3.14 מצורפים ומסומנים כנספח 11.

35. ביום 30.3.14, בעקבות שיחה טלפונית עם נציג המשיב, במסגרתה נמסר לעותר 2 כי בחלק מהמפות אכן נעשו שינויים וכי הבקשה תטופל על-ידי משרד דובר צה"ל, פנה העותר 2 למדור פניות הציבור בחטיבת דובר צה"ל בבקשה לפי חוק חופש המידע, לקבל את מפות מרחבי השמירה העדכניות של כל ההתנחלויות והמאחזים שנעשו בהן שינויים מאז שהוגדרו בשנת 2009. כמו-כן, ביקש העותר 2 לקבל לידי את מפות תחומי השמירה של היישובים שלגביהם לא התקבלה התייחסות בעבר.

העתק פנייתו של העותר 2 מיום 30.3.14 מצורף ומסומן כנספח 12.

36. כעבור כחודשיים התקבלה תשובת מדור פניות הציבור בחטיבת דובר צה"ל במכתב מיום 28.5.14, שבה צוין כי מאז שנת 2009 לא חלו שינויים במרחב השמירה, זאת בניגוד למידע שנמסר לעותר 2 בשיחה הטלפונית. בכל הקשור למפות השמירה בהתנחלויות שלא ניתנה לגביהם התייחסות בעבר, נכתב במכתב התשובה כי מכל אותן התנחלויות, נקבעו מרחבי שמירה לשני מאחזים: מאחז חוות גלעד, הכלול במרחב השמירה של ההתנחלות קדומים, ומאחז להבת יצהר, הכלול במרחב השמירה של ההתנחלות יצהר. למכתב לא צורפו מפות השמירה של שני המאחזים הללו.

העתק תשובת מדור פניות הציבור בחטיבת דובר צה"ל מיום 28.5.14 מצורף ומסומן כנספח 13.

37. ביום 26.5.15 פנה העותר 2 פעם נוספת לחטיבת דובר צה"ל בבקשה לפי חוק חופש המידע לקבל את מפות מרחבי השמירה המעודכנות, זאת לאחר שנודע לו כמעט במקרה משיחה טלפונית, כי נחתמו צווים חדשים של מרחבי שמירה בגדה המערבית וכי מפות מרחבי השמירה עודכנו.

העתק פנייתו של העותר 2 מיום 26.5.15 מצורף ומסומן כנספח 14.

38. ביום 26.7.15 העביר מדור פניות הציבור של חטיבת דובר צה"ל לידי העותר 2, 16 מפות מרחבי-שמירה עדכניות של היישובים שבהם נערכו שינויים. ראוי לציין, כי מן התאריך המופיע על גבי המפות עולה כי שש מתוך המפות המצורפות נחתמו ביום 26.5.14, קרי יומיים לפני שחטיבת דובר צה"ל הצהירה במכתב כי לא בוצעו כל שינויים במפות השמירה. עשר המפות האחרות נחתמו ביום 19.03.15.

העתק תשובת מדור פניות הציבור בחטיבת דובר צה"ל מיום 26.7.15 מצורף ומסומן כנספח 15.

39. אף כאן, יש לחזור ולהדגיש את הנאמר לעיל, כי משמעות פערי הזמנים בין עדכון המפות לבין העברתן לעותר 2 היא כי במשך כשנה וחודשיים (ביחס לשש מפות) ובמשך כארבעה חודשים (ביחס לעשר מפות) לתושבים הפלסטינים המתגוררים בכפרים הסמוכים ליישובים שהורחבו בהם מרחבי השמירה, לא הייתה שום ידיעה לגבי המצב החוקי השורר בשטח, וכל הפעלת סמכות של הרבש"צים במרחבים החדשים, נחשבה מבחינתם, להתנכלות ולשימוש לרעה בכוח הסמכות. הדבר בוודאי לא הוסיף ל"סדר הציבורי" באזור.

40. בעקבות ריבוי התלונות שהצטברו אצל העותר 2 מאז תחילת התכתובת המפורטת לעיל, וכן לאור השינויים במרחבי השמירה השונים אשר הובילו לא אחת לחיכוכים בין תושבים פלסטינים ובין רבש"צים, בפרט באדמות פרטיות של התושבים הפלסטינים ובסמוך אליהן, ביום 10.7.16 פנה העותר 2 למשיב בדרישה לפרסם מבעוד מועד את השינויים השונים שנערכים בגבולות מרחב השמירה. זאת, על-מנת שהתושבים הפלסטיניים המושפעים מכך יהיו מודעים לשינוי וכדי לאפשר להם הן להגיש השגות בעניין, ככל שישנן כאלה, והן להיערך למציאות החדשה בשטח המשפיעה על התנהלותם ותנועתם באזור. כמו-כן, ביקש העותר 2 לגרוע מתחומי מרחבי השמירה אדמות פלסטיניות פרטיות, וזאת מן הטעם הפשוט, כי העברת סמכויות השיטור ואכיפת החוק ביחס לאדמות פרטיות של תושבים מוגנים, כאשר לא אחת הפולשים לאדמות הפרטיות הינם גורמים מקהילתו של הרבש"ץ, אינה סבירה. זאת גם לאור התגבשות המסד העובדתי אצל העותר 2 המוכיח כי הדבר מוביל לא אחת להימנעות של פלסטינים להגיע לאדמותיהם כלל.

העתק מפניית ב"כ העותרים מיום 10.7.16 מצורף ומסומן כנספח 16.

41. ביום 25.08.16 התקבלה תשובתו של היועץ המשפטי הדוחה את כל דרישותיו של העותר 2. לעניין הדרישה לפרסם מראש את השינויים המתוכננים במרחבי השמירה, השיב היועמ"ש כי לדידו אין חובת פרסום לתיקונים במרחב השמירה. במילותיו:

"כפי שאין הצדקה או צורך בפרסום מוקדם של מינויים או שינויי תחום פעולה של גופי ביטחון אחרים, לרבות "גבולות גזרה" או מינויים הנדרשים לפעילותן של רשויות שונות, הן בישראל, הן באזור יהודה ושומרון, כך אף לא מצאנו הצדקה או צורך בפרסום של תיקונים במרחבי השמירה".

העתק תשובת היועץ המשפטי מיום 25.08.16 מצורף ומסומן כנספח 17.

42. מבלי להיכנס לשאלה האם הדוגמאות להחלטות שמנה היועמ"ש לאיו"ש בתשובתו חייבות בפרסום אם לאו, דוגמאות אלו מלמדות כי היועמ"ש אינו רואה הבדל בין הפעלת סמכויות שיטור ואכיפה על-ידי נציגי הצבא לבין הפעלת סמכויות אלו על-ידי אזרחים שסמכויות אלו הואצלו להם. החלטה על מינוי אדם מסוים לבצע פעילות כנציג הרשות המינהלית, אשר לרוב מבצע את תפקידו על מדים באופן שהציבור יכול לזהותו כנציג הרשות, וככזה שפעילותו נתפסת כלגיטימית בעיני הציבור בכל תחום שיפוט שהוא באשר הוא נציג השלטון, אינה זהה להחלטה על שינוי תחום השיפוט של רבש"ץ – אזרח שקיבל מן הרשות סמכויות ספציפיות ורשאי להפעילן במקומות ספציפיים ובנסיבות ספציפיות, ושפעולתו חוקית רק כאשר היא מתבצעת בגדריהן התחומים ולא מעבר לכך. נרחיב על כך בחלק המשפטי להלן.

43. כך גם לגבי החלטה על שינוי תחום פעולה של גופי ביטחון שמנה היועמ"ש בתשובתו לעיל. לא ניתן להשוות בין שינוי תחום פעולה של גופי ביטחון, אשר מרותם מובנת מאליה בכל חלקי הארץ, לתיקון מרחבי שמירה, המגדירים את גבולות סמכותם של רבש"צים – אזרחים בעלי סמכויות אכיפה באזור תחום שהוגדר על-ידי הצבא.

44. דומה כי היועמ"ש לאיו"ש אינו מבחין בין פעולת השלטון, שברירת המחדל לגביה היא כי היא חוקית בכל חלקי הארץ, לבין פעולת הרבש"צים, שברירת המחדל לגביה היא הפוכה – אינה חוקית אלא בטריטוריה המוגבלת שבתוכה הם הוסמכו לפעול, קרי, מרחב השמירה.

45. בהמשך מכתבו ציין היועמ"ש, כי אין להשוות בין הסמכה שאין עימה פגיעה אינהרנטית בזכויות, ועל כן אין חובה לפרסמה, לבין כזו אשר יש בה פגיעה קונקרטיה בזכויות גישה או שימוש במקרקעין, המחייבת הוצאת צו הדורש פרסום.

46. תשובה זו היא מקוממת במיוחד משתי סיבות. ראשית, בשל הקביעה כי תיקון מרחבי השמירה אינו פוגע בזכויות, תוך התעלמות מהפגיעה הקשה בזכויות היסוד של התושבים הפלסטינים, כגון חופש התנועה, הזכות לאוטונומיה, הזכות לכבוד ובמקרים מסוימים אף זכות הקניין, הנגרמת כתוצאה ממתן סמכויות לרבש"צים בתוך מרחבי השמירה.

47. שנית, תשובה זו מקוממת בשל העמדה לפיה רק פגיעה בזכות גישה או שימוש במקרקעין מצדיקה פרסום של החלטה. אין היגיון בעמדה זו המכירה בחובת פרסום החלטה כאשר נפגעות זכויות הגישה והשימוש במקרקעין, ובאותה נשימה מסרבת להכיר בחובת פרסום החלטה הפוגעת בזכויות יסוד של הפרט.

48. יועמ"ש איו"ש הוסיף במכתבו ביחס לדרישת הפרסום של העותר 2, כי כל המעוניין יכול לפנות למפות מרחבי השמירה המצויות במינהל האזרחי, שלדבריו הן פומביות וזמינות לעיונו של כל דורש. תשובה זו אינה נותנת מענה לקושי המרכזי שהעלה העותר 2 במכתבו, והוא היעדר היכולת להיערך לשינוי ולהשיג נגדו – המצריך **ידיעה** על עצם קיומו של השינוי. צפייה במפות בדיעבד, אינה מונעת את הפגיעה שנגרמת לתושב פלסטיני שהמפגש עם הרבש"ץ מפשיט אותו מזכויותיו מבלי שיידע בזמן אמת אם הדבר נעשה כדין אם לאו. במאמר מוסגר יצוין, כי העובדה שהעותר 2 נדרש לפנות פעמים רבות על-מנת לקבל את מפות מרחבי השמירה מעידה על כך שהמידע איננו נגיש.

49. זאת, כמובן, מעבר לעובדה כי טענות אלה של יועמ"ש איו"ש סותרות מניה וביה את ההתחייבויות הקודמות שניתנו על ידי נציגיו בעבר, כפי שעולה מהתכתובת שקוימה בין השנים 2009-2011 בנושא מטעם העותר 2.

50. דרישת פרסום התיקונים במרחב השמירה מראש, כפי שמבוקש על ידי העותרים, נשענה בין היתר על המסד העובדתי המצוי אצל העותר 2, אשר הוביל למסקנה המתבקשת, כי הפרסום נדרש בין השאר בשל תופעה של רבש"צים הפועלים מחוץ לתחומי הפעילות המותרים להם. תשובת יועמ"ש איו"ש לכך הייתה כי כל אדם שזכותו נפגעה מפעולה של גורם ביטחוני, ובכלל זה רבש"צים, רשאי להגיש תלונה למשטרה ואף למשרד היועמ"ש "כפי שנעשה במקרים שונים".

51. אכן, במסגרת פעילותו של העותר 2, הוא מלווה פלסטינים רבים שנפגעו על-ידי אנשי כוחות הביטחון או על-ידי אזרחים ישראלים בהגשת תלונה למשטרה, ועוקב אחר החקירה שמנהלות רשויות האכיפה. מניתוח הנתונים שהצטברו אצל העותר 2 במשך השנים עולה כי תלונות רבות בגין אלימות של מתנחלים, בכלל זה הרס של יבולים, חבלה ברכוש ואף אלימות פיזית, אינן מבשילות לכדי כתב אישום, ובמקרים רבים אף אינן נחקרות באופן תקין ויעיל (ראו פרסום הדו"ח "יש דין": "עקיפת חוק – כישלון אכיפת החוק על אזרחים ישראלים בגדה המערבית", מאי 2015).

52. ניסיונו של העותר 2 מלמדו כי גם הגשת תלונות ליועמ"ש על חריגה מסמכות של רבש"צים אינה מניבה תוצאות, בעיקר משום שחקירת היועמ"ש מתבססת על תוצאות החקירה המשטרתית, וכאשר המשטרה סוגרת את התיק הפלילי נגד המפירים, כפי שקורה ברוב המקרים, הדבר מוביל לסגירת התיק המינהלי בלשכת היועמ"ש, כמעט באופן אוטומטי ומבלי שתבצע חקירה עצמאית של ממש. לעיתים, התלונות מובילות להחלטת המשיב והיועמ"ש על סיום תפקידו של הרבש"ץ הרלוונטי, מבלי לנקוט נגדו באמצעים אחרים. זאת מבלי שזכיר את העובדה כי מלכתחילה פלסטינים רבים חוששים להתלונן נגד רבש"צים, בשל החשש שאם יתלוננו, הרבש"ץ שנגדו התלוננו – הממשיך להסתובב בשטח – יתנכל להם בעקבות הגשת התלונה.

53. אולם עמדת העותרים, המבקשת לפרסם מראש את מרחבי השמירה, לא נועדה להתמודד עם בעיות הנגרמות על ידי הרבש"צים בעת היווצרותן, אלא במתן אפשרות זכות שימוע בטרם ישונה מרחב השמירה האמור. זאת, **ראשית** על מנת שקהילות או פרטים במרחב השמירה העתיד להשתנות יוכלו לדעת על השינויים העתידיים לבוא, **ושנית**, כדי שיוכלו להעלות טענות אפשריות נגד שינוי תחום הפעילות, להצביע על בעיות קיימות באזור מתחם השמירה ובמתחם הרחב בכלל, ולאפשר למשיב לשקלל גם את זכויותיהם והאינטרסים של התושבים הפלסטינים במרחב, ולא רק את אלה של תושבי ההתנחלויות והמאחזים.

54. לא רק דרישת הפרסום סורבה אלא גם דרישתו של העותר 2 כי ייגרעו מתחום מרחב השמירה אדמות פרטיות של פלסטינים. על כך השיב היועמ"ש, כי מרחבי שמירה נקבעים לפי צורך ביטחוני שאינו מאפשר התחשבות בזכויות קנייניות של פלסטינים, וכי קביעת כלל גורף המונע מגורמי שמירה להפעיל סמכות על אדמות פרטיות תפגע ביכולת של הרבש"צים למלא את תפקידם. וכך הוא הסביר זאת:

ייתפקידם של מי שמונו לפעול במערך השמירה, כתפקידם של גורמי שיטור וביטחון אחרים, כרוך אינהרנטית בהפעלת סמכויות במקרקעין מסוגים שונים, לרבות אדמות מדינה, מקרקעין של ישראלים ומקרקעין של פלסטינים, בדגש על שטחים פתוחים, וזאת בשים לב למידת האיום הביטחוני הנשקף מתאי השטח ביישובים הישראליים באזור יהודה ושומרון ובסמוך להם".

55. העותרים חולקים על עמדה זו. יובהר, אין העותרים חולקים בעתירה זו על הצורך הביטחוני אשר עלול להתעורר ולהוביל להפעלת סמכויות אכיפה על אדמות פלסטיניות פרטיות ואין הם עותרים נגד סמכויות הרבש"צים על אדמות שאינן בבעלות פרטית פלסטינית. טענתם של העותרים מתמקדת בסבירות ההחלטה לחבר בין השניים, היינו, להרחיב את סמכויות הרבש"צים כך שיחולו גם על אדמות פלסטיניות פרטיות. לעמדתם של העותרים, ההחלטה להעניק לגורם פרטי סמכות לשמש כגורם ביטחוני על שטח פרטי, במיוחד לאור מורכבות מערכת היחסים המתוחה ממילא בין הפלסטינים למתנחלים, ולאור הרגישות המיוחדת של סוגיית האדמות בגדה המערבית, ובהתחשב בכך שהתכלית הביטחונית ניתנת למימוש על-ידי הצבא שממילא הינו הגוף השלטוני שאחראי על הביטחון, היא החלטה בלתי-סבירה בעליל.

56. מכאן העתירה.

ג. הטיעון המשפטי

הילך הטיעון המשפטי של העותרים בעתירה זו יהיה כדלקמן: **דאשית**, תוצג בקצרה המסגרת המשפטית הנורמטיבית החולשת על השטח וכפועל יוצא, על פעולות המשיב; **שנית**, ייבחנו המסגרות הנורמטיביות וכללי המשפט הבינלאומי לצד כללי המשפט המנהלי, במסגרתם ייטען כי המדובר בהחלטה אשר מנוגדת לכל הגיון סביר, בוודאי על רקע פרקטיקות מקבילות הננהגות על ידי המשיב בסוגיות דומות, וכן מנוגדת להתחייבות מנהלית מפורשת.

1. המסגרות הנורמטיביות החלות על המשיב

א. הדין ההומניטארי הבינלאומי

57. "מרחבי השמירה" נמצאים בשטחי הגדה המערבית הנתונה לתפיסה לוחמתית ולדיני התפיסה הלוחמתית (דיני הכיבוש). דינים אלו מעוגנים בעיקר באמנת האג בדבר דיני המלחמה משנת 1907 והתקנות הנלוות לה, בהוראות אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בעת מלחמה משנת 1949, בהוראות המנהגיות הקבועות בפרוטוקולים הנלווים לאמנות ג'נבה משנת 1977, ובעקרונות הכלליים של המשפט הבינלאומי. אמנות אלה חלות על פעילות צה"ל בשטחים ומחייבות את רשויות מדינת ישראל, ובכלל זאת את המשיב (ראו: בג"ץ 606/78 **סולימאן תאופיק איוב ו-11 אחרים נ' שר הביטחון ו-2 אחרים**, פ"ד לג(2) 113 (1979), בעמ' 121-120); בג"ץ 7957/04 **זהראן יונס מחמד מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל ואח'**, תק-על 2005(3), 3333, בו הוחלו לכל הפחות ההוראות ההומניטאריות של אמנת ג'נבה הרביעית (להלן: "עניין מראעבה"); וכן ראו גם בג"ץ 3969/06 **ראש מועצת הכפר דיר**

סאמט ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 2009(4), 714 (2009) (להלן: "פרשת דיר סאמט"), בעמ' 719)).

58. תקנה מס' 43 המופיעה בתקנות הנספחות לאמנת האג, ואשר זכתה לכינוי "חוקה בזעיר אנפין" של הכיבוש, קובעת את המסגרת הכללית לפעילות כוח כובש בשטח כבוש ומהווה "כלל-על" ליחסי שלטון-אזרח (ראו בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פד"י לו (2) 197 (1983)). תקנה זו מעניקה לצבא הכיבוש סמכויות וכוחות שלטוניים ומתווה את השיקול המרכזי להפעלתם והוא: טובתה של האוכלוסייה המקומית של השטח הכבוש ועיקרון שימור הקיים. למען הסדר הטוב, נביא את נוסח התקנה בשלמותה:

יתקנה 43:

בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, ינקוט הלה בכל האמצעים שברשותו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין."

59. הפרשנות שהוענקה לתקנה זו הוסיפה על החובות לעיל גם את השמירה על האינטרסים הביטחוניים של המעצמה הכובשת. שני קטבים אלה, טובת הנכבשים מחד וביטחון הכובש מאידך, הם שמניעים את דיני הכיבוש ויוצרים את מקבילית הכוחות – מארג השיקולים ה"חוקיים" שיכולה המעצמה הכובשת לשקול עת עושה היא שימוש בכוחות שלטוניים ומנהלת את השטח הכבוש (לדיון מקיף ב"שני הקטבים" של דיני הכיבוש ראו: בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פד"י לו(4) 785 (1987)).

ב. תחולת דיני זכויות האדם הבינלאומיים והמשפט החוקתי והמנהלי הישראלי

60. משפט זכויות האדם הבינלאומי כולל בין היתר גם את אמנת האו"ם הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות (1966) ואמנת האו"ם בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966), אמנות שמדינת ישראל אשררה בשנת 1991.

61. בעבר, הביעה מדינת ישראל את עמדתה כי שדה משפטי זה חל רק בתוך תחומי המדינה ורק בימי שלום. העותרים, וכך גם הקהילייה המשפטית הבינלאומית, אינם מקבלים עמדה זו. גם בית המשפט הבינלאומי לצדק שמושב בהאג, אשר כפי שציין בית משפט נכבד זה בבג"ץ **מראעבה** הנזכר לעיל, מהווה את הגורם השיפוטי העליון במשפט הבינלאומי, קבע בשתי חוות דעת מייעצות (Advisory Opinions) כי יש תחולה של דיני זכויות האדם גם במסגרת דיני העימות המזוין בכלל ודיני הכיבוש בפרט.⁵

⁵ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* ADVISORY OPINION OF 9 JULY 2004, I.C.J. Reports 2004, p. 136, at pp. 177-181; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 240.

62. חוות דעת אלו קבעו במפורש כי דיני זכויות האדם אינם מושעים בשל קיומו של מצב לחימה, אלא הם חלים במלוא עוזם, במגבלות הקיימות. קביעה חד-משמעית זו מצטרפת גם לשורת החלטות בית המשפט האירופי לזכויות אדם שקבע את מבחן "השליטה האפקטיבית" כמבחן המכריע לקביעת הגבולות הגיאוגרפיים של תחולת האמנה האירופאית בדבר זכויות האדם וחירויותיו הבסיסיות, מבחינתה של מדינה חברה.⁶

63. אף בית המשפט הנכבד הכיר בתחולתן של זכויות יסוד מכוח משפט זכויות האדם הבינלאומי בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. לא אחת נקבע כי זכויות יסוד של אדם או של קבוצת בני אדם חלות גם בעת מלחמה (וראו למשל דברי השופטת אי' פרוקצ'יה, בפסק הדין בבג"ץ 10356/02 **יואב הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (פורסם בנבו, פסק דין מיום 4.3.04) (להלן: **בג"ץ יואב הס**) בפסקה 17, שם נקבע כי **"זכות הקניין של הפרט אינה פוקעת גם בעת מלחמה"**; וכן את קביעות בית המשפט הנכבד ב**פרשת דיר סאמט** :

"[...] סמכויותיו של המפקד הצבאי יונקות מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי החלים על תפיסה לוחמתית [...] ניתן, לעיתים, להשלים את ההוראות ההומניטריות מתוך משפט זכויות האדם הבינלאומי (ה-Human Rights Law) (פסקה 10 לפסק דינה של הנשיאה בייניש).

וכן בהמשך פסק הדין, בפסקה 17 לפסק דינה של כב' הנשיאה דאז, השופטת בייניש :

"יבאשר לזכויות האדם של האוכלוסייה המקומית, אין חולק כי העל המפקד הצבאי לכבד, להגן ולאפשר את מימושו של מגוון זכויות האדם המוקנות לתושבים המקומיים, בכפיפות לצרכי ביטחון חיוניים (ראו, למשל, סעיף 27 לאמנת גינבה הרביעית; תקנה 46 לתקנות האג. כן ראו העקרונות המנחים את פסיקתנו על-פי האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (International Covenant on Civil and Political Rights), 1966, להלן: האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות)."

64. עולה מכל אלו, כי משפט זכויות האדם הבינלאומי ועקרונותיו הכלליים חלים בכל שטח שבו יש למדינת ישראל (באמצעות המשיב) שליטה אפקטיבית.

65. לצד מערכות הדינים הבינלאומיות, מחויבת מדינת ישראל על רשויותיה, לרבות המשיב, בעקרונות החוקתיים והמנהליים של מדינת ישראל, ובכלל זאת בכיבוד זכויות היסוד שעוגנו בחוקתה החלקית.

66. הגם שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו חלק מדיני הגדה המערבית, העקרונות החוקתיים והמנהליים של מדינת ישראל מטילים חובות על כל רשויות השלטון הישראליות גם בפועלן מחוץ לגבולותיה הריבוניים של מדינת ישראל. בית המשפט קבע לא אחת, כי עקרונות חוקתיים ועקרונות

⁶ ראו למשל: *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections), Decision of the 23rd of February 1995, Paragraph 62.*; *Behrami v. France, Saramati v. France, Germany and Norway (Application Nos 71412/01 and 78166/01 (unreported), 2 May 2007)*

המשפט החוקתי הישראלי יחולו על פעילות המשיבים בגדה המערבית וכך גם לעניין כללי הצדק הטבעיים (ראו בג"ץ 69/81 באסיל אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, (1983) בעמ' 226-227; בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529, (1989), בעמ' 539-540; בג"ץ 7015/02 כיפאח מחמד אחמד עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', תק-על 2002(3) 1021 (2002), בעמ' 1025; בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1), 267 (1993); בג"ץ יואב הס).

67. חרף הימנעות מהחלה מלאה של חוקי היסוד בשטח הכבוש, בית המשפט הנכבד בחן לא פעם את הפגיעה בזכויות חוקתיות על-פי אמות המידה שנקבעו בחוק היסוד ושיושמו במסגרת מבחני המידתיות. כך למשל, בפסקי הדין אשר עסקו בבניית גדר ההפרדה ובפגיעה בזכויות חוקתיות של תושבים פלסטינים, אשר בוצעו בהתאם לצווי תפיסה שהוצאו לצורך הקמת תוואי גדר ההפרדה, נקבעו הדברים הבאים:

י[...]. בניית גדר טומנות בחובן פגיעה בזכויות הפרט. יש בהן כדי לפגוע בזכויות הקניין, בחופש התנועה, בחופש העיסוק ובזכויות אדם נוספות. הפעלת סמכויות הפוגעות בזכויות יסוד חוקתיות תיעשה על פי אמות המידה הקבועות בפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד בעניין זכויות אדם."

(ראו בג"ץ 1073/04 עומר סלאמה נ' אלוף פיקוד מרכז, תק-על 2006(3) 1874, 1878 (2006), וכן ראו גם הניתוח בעניין מראעבה שהוזכר לעיל; בג"ץ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (פד"י נט(5) 2005, 368, בעמ' 377), בו נקבעה האחריות של מפקד כוחות צה"ל באזור להבטיח את זכויות הפרט ובכלל זה זכות הקניין).

68. אם כן, המשפט החוקתי הישראלי מכיר בקיומן של זכויות היסוד של האדם ובנגזרת המינהלית הנובעת מהכרה בהן, כחלות בכל שטח הנתון לשליטתן של רשויות ישראליות, ובכלל זה בשטח הגדה המערבית, ומטיל על הרשויות את החובה להגן עליהן.

II. חובת פרסום של החלטות – עקרונות יסוד של המשפט המינהלי

69. לשיטת העותרים, חובה על המשיב לפרסם כל החלטה על שינוי תחומי "מרחב השמירה", זאת בהיותו רשות מינהלית ובהיותה של חובת הפרסום לב ליבו של המשפט המינהלי. עמדתם העקרונית של העותרים, שאותה יפרשו להלן, היא כי החלטות מסוג זה, המשנות את הגבולות הגיאוגרפיים שבתוכם פגיעה בזכויותיהם של תושבים פלסטינים על-ידי מתנחלים עשויה להיחשב ככזו הנעשית על פי דין, הן בבחינת חקיקה המחייבת פרסום רשמי, בשל היותן כלליות ונורמטיביות.

70. לחילופין יטענו העותרים, כי גם אם ההחלטה על שינוי גבולות מרחב השמירה תסווג כהנחיה פנימית, חובה על המינהל לפרסמה בשל פגיעתה הפוטנציאלית בזכויות אדם והשפעתה על תכנון פעולותיו של הפרט וכן מכוח עקרונות שלטון החוק והמינהל התקין.

71. לצד זאת ייטען, כי לאור התחייבות המשיב בעבר, באמצעות היועץ המשפטי לאזור, לפרסם באופן נגיש ופומבי את מרחבי השמירה, ולאור אי יישום התחייבות זו, מקבלת חובה זו ממד משמעותי עוד יותר.

72. להלן יפרשו העותרים את טיעוניהם.

א. החלטה על שינוי מרחבי השמירה מהווה נורמה משפטית מסוג חקיקת משנה המחייבת פרסום ברשומות

73. הדין הישראלי מחייב לפרסם ברשומות החלטות של הרשות המינהלית שהן בבחינת תקנות (סעיף 17 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש]). סעיף 3 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981 מגדיר את המושג "תקנה" כ- "הוראה שניתנה מכוח חוק והיא בת-פעל תחיקתי". תקנה בת-פעל תחיקתי מוגדרת כ"החלטה של רשות מינהלית מכוח סמכות סטטוטורית, אשר – מבחינת תוכנה – קובעת נורמה חדשה שהיא בעלת תוקף כללי" (דפנה ברק-ארז) **משפט מינהלי**, כרך א', עמ' 331; ראו גם: ע"פ 213/56 **היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ'**, פ"ד י"א 695 (1975)). מכאן, שנורמה משפטית המופנית לכלל הציבור והמשנה את המשפט הנוהג היא במהותה חקיקת משנה המחייבת פרסום ברשומות.

74. לא יכול להיות ספק בכך שהחלטה על שינוי "מרחב שמירה" משנה את המשפט הנוהג. גבולות "מרחב השמירה" מבחינים בין שטח שבו פגיעה בזכויות התושבים הפלסטינים על-ידי אזרחים יהודים היא בסמכות, לבין שטח שבו אותה ההתנהגות על-ידי אותם האנשים מהווה עבירה פלילית חמורה. כך, שינוי הגבולות משנה את מעמדם של הצדדים האחד ביחס לשני ואת כל מערכת היחסים ביניהם: בתוך גבולות "מרחב השמירה" התושב הפלסטיני כפוף למרותם של הרבש"צים ומחוץ לגבולות אלו הוא שווה מעמד להם. אמנם, כפי שנקבע בפסיקה, חובת הפרסום ב"רשומות" לפי סעיף 17 לפקודת הפרשנות, אינה חלה בגדה המערבית. עם זאת, בית המשפט הכיר בחשיבות פומביות החקיקה גם בשטחים הכבושים וגזר ממנה חובת פרסום לדברי חקיקה המקבילים במהותם לחקיקה ראשית או לחקיקת משנה:

*ייהכלל כי אין חקיקה נסתרת חל גם באזור על-אף היעדרה של הוראה דוגמת זו שבסעיף 17 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש]. מכאן, שהמצב שבו חלק מהצווים מפורסמים בקובץ מנשרים, צווים ומינויים של מפקדת אזור יהודה והשומרון ואילו חלק אחר מפורסם בדרכים אחרות, דורש את תיקונו. מנשרים וצווים המקבילים לחקיקה ראשית או לתקנה בת-פעל תחיקתי, ראוי להם, כדי שיהיו נחלת הכלל, כי יפורסמו בפירסום רשמי, בנוסף לפירסומם בדרכים אחרות המתחייבות מן הנסיבות באזור. אולם היעדרו של פירסום רשמי אינו משמיט את הבסיס לחוקיות החקיקה, כל עוד הפירסום הוא תכליתי ויעיל ומובא לידיעת הנוגעים בדבר" (בג"ץ 5808/93 **חברה כלכלית לירושלים בע"מ נ מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד נט(1) 89, עמ' 100).*

75. מכאן, ובהינתן אופייה הכללי של החלטה, הפונה לציבור בלתי מסוים, כי מדובר בהחלטה המהווה במהותה חקיקת משנה החייבת בפרסום רשמי או לכל הפחות בפרסום יעיל ותכליתי המובא לידיעת הנוגעים בדבר.

76. יצוין, כי פרסום ברשומות המקובלות באזור (קובץ מנשרים, צווים ומינויים – קמצ"מ), אשר אינן מתעדכנות תדיר, ולא אחת הפרסום בהן מקבל פומבי חודשים רבים לאחר כניסתו לתוקף של דבר התחיקה, אינו יכול להוות תחליף לפרסום רשמי מראש, שכן אין בו כדי להביא את הפרסום הרלוונטי במועד עריכתו לידיעת הגורמים הנוגעים בדבר, כפי שגם הכירו בכך נציגי היועץ המשפטי לאזור במסגרת התכתובת שנוהלה בסמוך לעדכון מרחבי השמירה בעבר.

ב. חובת פרסום של הנחיה פנימית מכוח עקרונות שלטון החוק והמינהל התקין

77. לחילופין, העותרים יטענו כי אף אם בית המשפט יקבע כי יש לסווג את החלטה בדבר שינוי מרחב השמירה כהנחיה פנימית שאיננה בת-פועל תחיקתי, חלה על החלטה זו חובת פרסום **אפקטיבי** מכוח עקרונות שלטון החוק והמינהל התקין כפי שיפורט להלן.

78. פסק הדין המנחה בעניין חובת פרסום של הנחיות פנימיות – בג"ץ 5537/91 **אפרתי נ' אוסטפלד**, פ"ד מו(3) 501 (1992) (להלן: "עניין **אפרתי**") – קבע כי חובה לתת פומבי להנחיות פנימיות אשר יש בהן כדי להשפיע על זכויותיו וחובותיו של הפרט:

*"תנאי מוקדם והכרחי לקביעתן ולהחלתן של הנחיות פנימיות הוא בהבאתן של אותן הנחיות לידיעת המעוניינים, בין בפירסומן לרבים בין אחרת. מדברים אנו, כמובן, בהנחיות שיש בהן כדי לאצול על זכות הפרט, כמו בענייננו כאן" (עניין **אפרתי**, עמ' 513).*

79. כל החלטה המגדירה את גבולות "מרחבי השמירה", ובתוך כך את גבולות הסמכות הגיאוגרפיים של הרבש"צים, היא החלטה הפוגעת בזכויות התושבים הפלסטינים, או לכל הפחות בעלת פוטנציאל פגיעה בזכויותיהם. עצם הגדרת המרחב שבתוכו קיימות לרבש"צים סמכויות שיטור המופעלות כנגד פלסטינים, ובהם הסמכות לעכב, לתפוס חפץ, לערוך חיפוש, לעצור ואף לעשות שימוש בכוח, משפיעה רבות על זכויותיהם של התושבים הפלסטינים. באזורים אלו מוגבלת תנועתם באופן הפוגע בזכותם לחופש התנועה, בזכותם לכבוד ובאוטונומיה שלהם. יתרה מכך, מתן סמכויות שיטור לרבש"צים בתוך "מרחבי השמירה" מוסיפה על הפגיעה האינהרנטית שבעצם הפעלת סמכויות שיטור נגד פלסטינים, שכן מדובר בגורם פרטי אשר לרוב נמנה על קבוצה בעלת תפיסת עולם אידיאולוגית המונעת מאינטרסים המנוגדים לאלו של הפלסטינים.

80. ההלכה הקובעת חובת פרסום להנחיות פנימיות מבחינה בין הנחיות שנועדו להכווין התנהגות, אשר יש באי-פרסומן כדי לגרום עוול אישי לפרט, לבין הנחיות שעניינן סדרי עבודה פנימיים, שאין בהן כדי לפגוע בפרט. במובן זה, חובת פרסום השינויים ב"מרחבי השמירה" שמוטלת על כתפי המשיב היא כפולה, שכן היא נובעת הן מהפגיעה בזכויות ובחירויות הפרט שעשויה להיגרם לו מעצם קבלת החלטה בדבר גבולות "מרחבי השמירה", והן מהפגיעה הנגרמת לו מאי-ידיעת הכללים החלים בשטח.

81. חובת פרסום הנחיות פנימיות נובעת בראש ובראשונה מעיקרון שלטון החוק. לעניין זה יפים דבריו של השופט ח' כהן:

י"אין חוקי סתר במדינת ישראל. כשקיימת הוראה בחוק הפוטרת מעשה תחיקה מפרסום ברשומות, מותר שלא לפרסמו ברשומות, אבל אין זאת אומרת שמותר שלא לפרסמו כלל. חקיקה הנעשית בסוד והנשמרת בגנוי נסתרים, היא אחד מסימני ההיכר של שלטון טוטליטרי, והיא אינה עולה בקנה אחד עם שלטון החוק. והדברים ידועים לכל בר בי רב, ויש להצטער צער רב על אשר לא שימשו נר לרגלי רשויות המדינה בענין שלפנינו" (ע"א 421/61, **מדינת ישראל נ' ש. פ. האז**, טו 2193, עמ' 2204-2205).

82. כמו-כן, עיקרון המינהל התקין מחייב אף הוא את פרסומן של הנחיות פנימיות:

י"הסתרת ההנחיות מהאזרח, לבד מכך שהיא נוגדת מושכלות ראשוניים במשטר דמוקרטי - ומוסיפה היא ומאפשרת שרירות בעשייה - אין בה לא סבירות ולא היגיון" (עניין **אפרתי**, עמ' 514).

83. חובת פרסום הנחיות פנימיות, היכן שיש בהן כדי לפגוע בזכויות ובאינטרסים של הפרט, קיימת ביתר שאת כאשר הפגיעה היא בזכויות ובאינטרסים של אוכלוסייה בעלת מעמד מוחלש. ניתן ללמוד על כך מדבריו של השופט זמיר:

י"באופן עקרוני ראוי שכללים המסדירים הפעלה של סמכות מינהלית, שיש בה כדי להשפיע על זכויות או אינטרסים, יהיו גלויים ונגישים, במיוחד כך בנוגע לזכויות ואינטרסים של אסירים, בגלל החולשה והתלות המאפיינים מעמד של אסיר, וכן בגלל חשש מפני שימוש בלתי-ראוי בסמכות השלטון" (בג"ץ 1163/98 **שדות נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד נה(4) 817 (2001), עמ' 851).

84. בענייננו, חלוקת יחסי-הכוח בגדה המערבית היא ברורה. מלכתחילה, יחסי הכוח נוטים לטובת המתנחלים, הנמנים עם אוכלוסיית המדינה הכובשת, בעלי זכויות אזרחיות מלאות, אשר גם מהווים לא אחת את שדרת הפיקוד אצל המשיב מס' 1 (ובוודאי בקרב המנהל האזרחי). זאת לעומת הציבור הפלסטיני, הנמנה עם האוכלוסייה הנכבשת החיה תחת שלטון צבאי ללא זכויות אזרחיות וללא כל יכולת להשפיע על חייה. מתן סמכויות השיטור לרש"צים מוסיף נדבך משמעותי נוסף להבניית המדרוג במערכת היחסים בין האוכלוסיות ומגדיל את הפער ביחסי הכוח ביניהם באופן הממקם את האוכלוסייה הפלסטינית במעמד חלש עוד יותר.

85. תכליותיה של חובת פרסום המעשה המינהלי הציבורי רבות הן. **ראשית**, הפרסום נועד להבטיח ודאות משפטית כמתחייב מעיקרון החוקיות, על-מנת שהציבור יידע מהן הנורמות המחייבות אותו (דפנה ברק ארו **משפט מינהלי**, כרך א', עמ' 330).

86. **שנית**, חובת הפרסום מאפשרת לפרט לכלכל צעדיו בהתאם לעמדת הרשות ומשרת את המטרה של הכוונת התנהגות שבבסיס קביעת ההנחיות. בהקשר זה, בית המשפט הנכבד הכיר זה מכבר בחובה לפרסם החלטות שיש להן השפעה על תכנון פעולות הפרט מתוך שאיפה להגן על הסתמכות הפרטים וציפיותיהם הלגיטימיות (ראו ברק ארו, **משפט מינהלי**, עמ' 347; בג"צ 3930/94 **ג'זמאוי נ' שר הבריאות** פ"ד מח(4) 778, (1994)). בעניין **אפרתי** קבע בית המשפט ביחס לתכלית זו:

ייהשאלה אם יוכל אדם לפטור עצמו בקנס מינהלי או אם יהיה עליו לעמוד לדין פלילי, אין זה ראוי כי יוכרע בה על דרך משחק במחבואים בין האזרח לבין הרשות. הנחיות הפרקליטות חייבות להתפרסם לרבים, כדי שהרבים יכלכלו מעשיהם על פיהן ויידעו גבולותיה של עבירה מינהלית" (אפרתי, 514).

87. **שלישית**, החובה לתת פומבי להחלטות הרשות מבוססת בנוסף על המגמה הכללית הקוראת להעמקת השקיפות והביקורת הציבורית, על הרצון לחשוף את פעילות הרשות ולבדוק האם היא תואמת את הדין ומקדמת מדיניות ראויה (ראו פרופ' דפנה ברק-ארז, **משפט מינהלי**, בעמ' 235; עניין **אפרתי**; בע"א 321/97 **יחזקאל נקר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה בהרצליה**, נג (4) 625, (1999)). רשות מינהלית מחויבת לפעול באופן פומבי ושקוף כך שעיקרי פעולתה יהיו פתוחים וגלויים בפני הציבור. שקיפות כזאת מאפשרת לאנשים וגופים מקרב הציבור הרחב לנקוט מבעוד מועד בצעדים על מנת למנוע התנהלות בלתי ראויה, ואולי אף בלתי חוקית, שנעשית על-ידי רשות מינהלית (ראו: פרופ' יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית**, בעמ' 1035).

88. ברי, כי פרסום מקדים של מרחבי השמירה ושל שינויים אשר עתידים להתבצע בהם, לרבות מתן זכות שימוע או השגה ביחס למרחבים אלה, במיוחד היכן שהם כוללים בתחומם, או עשויים לכלול בתחומם, אדמות פלסטיניות פרטיות, מגשים את כל שלוש התכליות העומדות בבסיס חובת הפרסום.

89. תכלית נוספת של חובת פרסום הנחיות פנימיות נוגעת, על פי אנאלוגיה, לכלל הידוע כי "אין עונשין אלא אם מזהירין" לפיו בהחלטות בעלות מאפיינים של הדין הפלילי, החובה לפרסם נגזרת מתוך עיקרון החוקיות. הסמכויות המיוחדות הניתנות לרבש"צים מקבילות לאלו של שוטרים בתחילתו של הליך פלילי: עיכוב, חיפוש, מעצר, תפיסת חפצים בעלי ערך ראיתי. הרבש"צים מוסמכים להפעיל את סמכויותיהם כאשר ישנו חשד סביר לקיומה של עבירה פלילית. אופי הסמכות שלהם הוא במהותו חלק מההליך הפלילי. לפיכך, באין פרסום, נשמט הבסיס המוסרי להפעלת עיקרון המשפט הפלילי שחזקה על אדם כי הוא יודע את החוק.

90. לצד כל הנימוקים הללו, חובת הפרסום נגזרת גם מזכות הטיעון של הפרט המהווה חלק מכללי הצדק הטבעי. כללים אלו הם הלב של המשפט המינהלי ומהווים את הבסיס להגינות בהליך המשפטי. זכות הטיעון משמעה היא כי הפרט העלול להיפגע מהחלטת הרשות זכאי לטעון כנגד החלטה זו. זכות הטיעון נפגעת ואף נשללת כאשר החלטות הרשות אינן מתפרסמות ואינם מובאות לידיעתו של הציבור הרחב.

91. בשונה מהחלטה המהווה נורמה בת-פועל תחיקתי, פרסום הנחיות פנימיות אינו חייב להיעשות ברשומות אלא בכל דרך שהיא סבירה לידיעתו **האפקטיבית** של הציבור **הרלוונטי**. עם זאת, פומביותן של ההנחיות אינה מתמצה בזכות העיון של כל אינדיבידואל בנפרד, דבר המצריך פניה פרטנית בכל מקרה ומקרה. אלא, עליה להיעשות מראש, בעקביות, ובדרך שתגשים את תכליות הפרסום באופן אפקטיבי (פרופ' דפנה ברק-ארז, **משפט מינהלי**, עמ' 240).

92. למעלה מן הצורך, יוסיפו העותרים, כי פרסום השינויים ב"מרחבי השמירה" אינו מטיל על הרשות את ביצוען של פעולות רבות מדי או קשות מדי – מפות "מרחבי השמירה" עם סימוני הגבולות המעודכנים

קיימות כבר ממילא בטרם נחתמים הצווים. כל שנדרש הוא להפוך מפות אלה לפומביות, למשל באמצעות העלאתן לרשת או פרסומן בנפות הרלוונטיות והעברתן לקהילות הפלסטיניות הרלוונטיות. המשיב היה מודע לאפשרויות אלה, ובכל הנוגע לאפשרות הראשונה, אף התחייב לעשות כן (ראו בפרק מיצוי ההליכים ובמכתבו של המשיב המופיע בנספח 7) אך מסיבה כלשהי בחר להימנע מכך.

93. כמו-כן, היעדר פרסום ההחלטה לשנות את תוואי מרחבי השמירה עשוי דווקא לחתור תחת אינטרס ביטחוני. חוסר הידיעה של התושבים הפלסטינים לגבי גבולות מרחב השמירה דווקא גורם לחיכוכים בין הרבש"צים לבין פלסטינים ותורם למתיחות האווירה באזור. לעומת זאת, פרסום גבולות "מרחב השמירה" מראש, עשוי להיות בעל-אפקט שיחסוך חיכוכים ומתחים אלה, שכן הוא מאפשר לכל הצדדים הנוגעים בדבר לדעת את "כללי המשחק" החלים בשטח נתון, ולפעול בהתאם להם.

94. ידיעתם של פלסטינים את גבולות "מרחב השמירה" עשויה להיות בעלת השפעה ממתנת גם על הרבש"צים הפועלים באזור, שכן במצב כזה גם יפחת חששם מהתנגדות לעצם הפעלת סמכותם הנובעת מאי-ידיעת הכללים החלים בשטח, וגם יפחת הצורך שלהם להצדיק את פעולתם בכל פעם שהם נדרשים להפעיל את סמכויותיהם. בהקשר זה יפים דבריו של השופט מישראל חשין בעניין **רומיאו**:

י'... [חובת הפירסום אמורה להגשים – בה בעת – שתי מטרות המשלימות זו את זו: מזה, שמירה והגנה על זכויות הפרט, ומזה, שמירה על סדרי ממשל ומינהל תקינים ומניעת שרירות של שלטון. פירסום נורמות של מימשל (בהן תקנות והנחיות פנימיות) אמור הוא, בראש ובראשונה, לחייב את היחיד. ואולם בה בעת – ובמקביל – יש בו כדי לחייב את השלטון אף הוא (במידה זו או אחרת). שהרי אם מבקש השלטון לסטות מנורמה שפורסמה, הנטל עליו הוא להסביר, לפרש לתרץ [...] הנה כי כן, אי-פירסום מביא מעצמו לחילוקי דעות, ואילו פירסום (מבעוד מועד) מונע חילוקי דעות (למצער על שאלת קיומה של נורמה פלונית)] "בג"ץ 3081/95 רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית, נ(2) 177 (1996), פסי' 21.

95. המשיב ציין בתשובתו האחרונה לעותר 2 כי ההחלטה על שינוי מרחב השמירה "אין בה פגיעה אינהרנטית בזכויותיו של מאן דהוא". לשיטתו של המשיב, לאוכלוסייה הפלסטינית אין זכות קנויה לדעת היכן סמכויות הרבש"צים מופעלות נגדה כדין והיכן הרבש"צים חורגים מסמכותם ומבצעים נגדה עבירה, וכיוון שכן, לא חלה עליו החובה לפרסם את השינויים במרחב השמירה. לשיטת המשיב, אין לתושבים הפלסטינים זכות לדעת מתי והיכן מתחילה הפרטת שמירת הסדר ואכיפת החוק ומתי היא מצויה ברשות המשיב.

96. למותר לציין, כי העותרים שוללים עמדה זו מכל וכל. ההחלטה לשנות את תחום מרחב השמירה אינה משפיעה רק על זכויותיהם של הפלסטינים, אלא גם על חובותיהם, בפרט חובתם לציית להוראות הרבש"צים, שממנה נגזר האיסור להתנגד לפעולות פוגעניות המבוצעות כלפיהם כגון עיכוב, חיפוש ומעצר. לפיכך, ידיעתו של התושב הפלסטיני בדבר גבולות מרחב השמירה שבתוכם הוא מנהל את חייו, היא כזו שלא ניתן להפריז בחשיבותה.

לסיכום חלק זה:

97. הנה כי כן, שינויים ב"מרחב השמירה" משפיעים באופן ישיר ויום-יומי על חייהם של הפלסטינים ולפיכך אי-פרסומם פוגע בהם. חוסר הידיעה של תושב פלסטיני, בעת מפגש עם רבש"ץ, אם השטח שעליו עומדים שניהם נכלל ב"מרחב השמירה" או לא, מעמיד את התושב הפלסטיני בפני שתי ברירות בלתי אפשריות: לציית להוראות הרבש"ץ, המפשיטות אותו מזכויותיו, על אף החשד כי הן ניתנות שלא בסמכות תוך ביצוע עבירה פלילית נגדו, או לסרב לציית ולהסתכן במעצר ובשימוש בכוח כלפיו. מדינה מתוקנת אינה יכולה לחיות בשלום עם העמדתם של אנשים בפני ברירה בלתי-אפשרית שכזו, שיש בה כשלעצמה כדי לפגוע בכבודם כבני-אדם ואין בה שום הגיון מינהלי, ביטחוני או אחר. חובתה של מדינה מתוקנת היא לאפשר לפרטים החיים בה לדעת את הנורמות המשפטיות החלות עליהם, ולא להשאירם במצב שבו הם צריכים לנחש את הדין או את המסגרות המשפטיות-חקיקתיות המסדירות את חיי היום-יום שלהם. לא ייתכן כי בכל מפגש עם רבש"צים ייאלצו התושבים הפלסטינים להימצא במצב שבו הם נדרשים להמר על זכויותיהם ועל חירותם, ולחיות באי בהירות באשר לשאלות כמו סמכות הפעלת הכוח על ידי הרבש"ץ וכיו"ב. כל זאת, בשל החלטת המשיב שלא לפעול באופן שקוף ופומבי, ובניגוד להתחייבויותיו הקודמות של היועץ המשפטי לאזור.

98. חובת המשיב לפרסם כל שינוי ב"מרחבי השמירה" מבעוד מועד ובדרך שתביא את המידע לידיעת הציבור באופן אפקטיבי, נובעת הן מחובותיו כלפי התושבים המוגנים, מכוח הדין ההומניטארי הבינלאומי, הן מחובתו להגן על זכויות האדם מכוח דיני זכויות האדם הבינלאומיים, והן מחובותיו כרשות מינהלית לפעול על-פי עקרונות המשפט המינהלי והחוקתי של מדינת ישראל.

99. מכל האמור לעיל, סירובו של המשיב לפרסם את השינויים בגבולות "מרחבי השמירה" חורגת ממתחם הסבירות באופן קיצוני ומהותי.

III. הסירוב לגרוע אדמות פרטיות ממרחב השמירה נגוע בחוסר סבירות קיצוני

א. הערה מקדימה: על גבולות סמכותם של מפקדי החטיבות לכלול אדמות פרטיות במרחב השמירה לאור פגיעה פוטנציאלית בזכויות יסוד

100. כהערה מקדימה, ובטרם נצלול לסוגיית הכללת האדמות הפרטיות של פלסטינים במסגרת "מרחבי השמירה" של הרבש"צים והענקת סמכויות לגורמים פרטיים להפעיל סמכויות בקניינו של אחר, נבהיר כי כעמדה עקרונית, עצם הכללת אדמות פרטיות במסגרת מרחבי השמירה, בשל הפגיעה בקניינו של אדם, אמורה הייתה להתבצע מתוקף חקיקה או תחיקה מפורשת.

101. הצו בדבר הסדרת השמירה ביישובים כפי שהוא מנוסח כיום, מאפשר למפקד החטיבה לקבוע את גבולות "מרחב השמירה" שבתוכו הרבש"ץ רשאי להפעיל את סמכויותיו. הצו קובע כי גבולות אלו יכול שיהיו גם מחוץ לשטח המוניציפאלי של היישוב. סעיף 113 (א) לצו קובע כדלהלן:

"הממונה על השמירה, לאחר שנועץ ביועץ המשפטי, רשאי לקבוע כי שטח פלוני שתחומו ייקבע במפה החתומה על-ידו יהיה מרחב שמירה, בין אם כלול בשטח זה תחום יישוב שהוטלה על תושביו חובת שמירה ובין אם לאו".

102. כפי שניתן לראות, הצו אינו מפרט האם שטח "מרחב השמירה" יכול לכלול אדמות פרטיות של פלסטינים. הכללת אדמות פרטיות של פלסטינים ב"מרחב השמירה" פוגעת בחופש התנועה, באוטונומיה של הפרט, בזכות לכבוד ובהיבטים מסוימים של הזכות לקניין, זאת כפי שיפורט בהרחבה בהמשך. לפיכך, בשל הפגיעה הקשה בזכויות האדם שיש בהכללת אדמות פרטיות בתוך שטח "מרחב השמירה", יש לקבוע את הסמכות לפגוע בזכויות אדם באופן מפורש בדבר החקיקה המסמך. הסמכה מפורשת זו נעדרת מן הצו, ומכאן, שהכללת אדמות פרטיות במרחב השמירה, תוך פגיעה בזכויות היסוד של בעלי האדמות הפלסטינים, מהווה חריגה מסמכות.

103. מושכלות יסוד הן, כי עיקרון חוקיות המינהל מחייב הקפדה מיוחדת בכל הקשור לפעולות העלולות לפגוע בזכויות יסוד של הפרט. פעולה של רשות הפוגעת בזכות יסוד טעונה הסמכה חוקית מפורשת (בג"ץ 337/81 מיטוני נ' שר התחבורה, פ"ד לו 337, 358-359 (1983); ע"א 524/88 פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות, פ"ד מה(4) 529, 560-561 (1991)). זאת במיוחד לאור חוקי היסוד המגדירים את זכויות היסוד של האדם, ובפרט זכות התנועה וזכות השמירה על קניינו של אדם, כל אדם.

104. בית המשפט העליון פסק כי פגיעה בזכויות יסוד יכולה להיעשות רק על-פי הוראה מפורשת בחוק או מכוחה של הוראה מפורשת כאמור. בבג"ץ 3267/97 רובינשטיין ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5), 513 נפסק על-ידי כב' הנשיא ברק כדלהלן:

"... הפגיעה בזכויות האדם, אפילו היא מקדמת את ערכיה של המדינה, אפילו היא לתכלית ראויה, ואפילו היא לא מעבר למידה הדרושה – צריכה להיקבע בחוק הקובע את ההסדרים הראשוניים ואין להסתפק בהסמכתה הפורמאלית של הרשות המבצעת למעשה חקיקה. הנה כי כן, הדרישה כי החקיקה הראשית תקבע את ההסדרים הראשוניים וחקיקת המשנה או הוראות המינהל יעסקו אך בהסדרי הביצוע, מעוגנת בצורך להגן על חירותו של הפרט. אמת, במשטר דמוקרטי יש לא פעם צורך – למען הגשמת אינטרס הכלל – בפגיעה בזכויות הפרט. עם זאת, דרישה היא כי פגיעה זו, אפילו מוצדקת היא, תקבע בחקיקה הראשית, ולא תימסר לידיה של הרשות המבצעת עצמה..."

105. חובתה של הרשות הציבורית שלא לסטות מגדרי סמכותה על-פי דין, בולטת במיוחד בכל הקשור לסמכויות אכיפה בתחום ההליך הפלילי, ובכלל זה סמכויות עיכוב, חיפוש, מעצר ושימוש בכוח, היכן שקיימת פגיעה קשה בחירויות הבסיסיות ביותר של הפרט.

106. בהיעדר הסמכה מפורשת בצו, אין מפקד החטיבה רשאי לקבוע "מרחב שמירה" הכולל אדמות פרטיות של פלסטינים. במדינת חוק אין סמכות לפגוע בזכויות אדם בלא הסמכה בחקיקה ראשית או בחקיקת משנה מכוח הסמכה מפורשת לכך בחקיקה ראשית. ביטוי לעיקרון זה נתן המחוקק בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996, בקובעו:

"אין מעצר ועיכוב אלא בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו" (סעיף 1(א)).

אמנם הצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009 החל בגדה המערבית אינו כולל הוראה דומה, אולם העיקרון החוקתי-מנהלי שממנו נגזר עיקרון חוקיות המינהל מחייב כי הגיון דומה יופעל כל אשר מבקשת הרשות להגביל את חירותו של אדם באמצעות עיכוב ומעצר.

107. כמו כן, הסמכה מפורשת לפגיעה בזכויות אדם אינה יכולה להינתן באמצעות קביעת הנחיות פנימיות. כך נקבע בין השאר בבג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, נגד(4) 817, שקבע כי הוראות בעניין חקירות שב"כ שקובעת הרשות הציבורית אינן עונות על דרישת ההסמכה המפורשת המעניקה סמכויות לנקוט באמצעי חקירה פיזיים:

יהוראה מיוחדת המעניקה לחוקרי השב"כ סמכות חקירה אינה קיימת. אמת, בעקבות דוח ועדת החקירה [46] נקבעו הוראות בעניין חקירות. הוראות אלה אף אושרו על-ידי ועדת שרים שהוקמה לעניין זה. עם זאת, אין בהוראות אלה כדי לקיים את הדרישה כי ההסמכה תהא בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בו. ההוראות שנקבעו בעקבות דוח ועדת החקירה [46] הן הנחיות פנימיות. בהתייחסו להנחיות אלה, ציין חברי השופט ש' לוי: "...אך ברור הוא שאין לראותן כשוות ערך לחוק' במשמעות דיבור זה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ודין להיבטל אם הן נוגדות את החוק..." (בג"ץ 2581/91 סלחאת נ' ממשלת ישראל [9], בעמ' 845). " (בעמ' 833).

108. מכאן שספק בעיני העותרים, כי על-פי הצו, ישנה כלל סמכות למפקד החטיבה לקבוע "מרחב שמירה" הכולל שטחים בבעלות פרטית של פלסטינים.

109. במקביל, וכפי שיפורט להלן, לשיטת העותרים, הכללת אדמות פרטיות בתחום "מרחב השמירה" מהווה חוסר סבירות קיצוני היורד לשורשו של עניין והמצדיק את התערבותו של בית המשפט הנכבד, הכל כפי שיפורט להלן.

ב. ההחלטה להפריט סמכויות שיטור על אדמות פרטיות חורגת ממתחם הסבירות

(1) הדין בדבר הענקת סמכויות הרשות המינהלית לגופים פרטיים

110. הלכה היא, כי הרשות המינהלית אינה רשאית להאציל את סמכויותיה לגורמים פרטיים אלא אם הורשתה לכך באופן מפורש בדין, ועליה להפעיל סמכויות אלה בעצמה (בג"ץ 4884/00 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הוטרינריים בשדה במשרד החקלאות, נח(5) 202 (פורסם בנבו, 2.6.04); בג"ץ 39/82 אלעזר הנפלינג נ' צבי צילקר, ראש עיריית אשדוד, לו(2) 537 (פורסם בנבו, 4.5.82 (להלן: "עניין הנפלינג")); בג"ץ 1783/00 חיפה כימיקלים בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, נז(3) 652 (פורסם בנבו, 4.5.03 (להלן: "עניין חיפה כימיקלים בע"מ")). הלכה זו מבטאת חזקה פרשנית לפיה תכליתו של החוק המסמיך את הרשות לפעול היא כי אותה רשות שהחוק מסמיכה היא זו שתפעיל את סמכויותיה (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי, בעמ' 174).

הסבר לכך ניתן למצוא בדבריו של הנשיא שמגר בעניין הנפלינג:

"...אין זה מתקבל על הדעת כי סמכויות סטטוטוריות יוענקו לאדם פרטי, שאיננו משרת במערכת שכוננה על פי דין או שאינו חלק ממערכת שלטונית מוגדרת, ואשר מעמדו, חובותיו וזכויותיו מתמצים אך ורק בכך שנמסרו לידי סמכויות ביצוע..."

וכדברי הנשיא ברק בעניין חיפה כימיקלים בע"מ:

ייהכלל הינו כי מקום שניתנת סמכות למנות אדם כאורגן של רשות מוסמכת או לאצול לו סמכות שלטונית צריך אותו אדם להיות חלק מהרשות השלטונית. הטעם לכך נעץ בעובדה כי בהיותו חלק מהמסגרת השלטונית הוא נתון לפיקוח כללי וכפוף לכללי אתיקה ומשמעת של השירות הציבורי..."

111. כך גם נפסק ביחס להפרטת סמכויות בעלות אופי שלטוני, המצריכות שימוש בכוח-מרות, כי אין היא עומדת במבחן המידתיות. בית המשפט העליון קבע בבג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד (סג) 545 (2009) (להלן: "עניין הפרטת בתי הסוהר") כי הרשות השלטונית היא זו שצריכה להפעיל סמכויות מסוג זה:

ייהשימוש בכח-המרות השלטוני במסגרת ההליך הפלילי, ככל שהוא פוגע בליבת זכויות האדם של הפרט, צריך להישאר בידיה של הרשות השלטונית, האחראית כלפי הציבור וכלפי יסודות המשטר לריסונו ולהגבלתו. " (שם, פסקה 52 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה).

כוונת המושג "כח מרות" הוסברה בדבריה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה, לפיהם:

ייהמושג "כח-המרות" בהקשר זה, הכוונה לסמכויות המדינה, הנתונות לה על פי הדין, לקיים את ההליך הפלילי על כל שלביו – חקירה ומעצר, משפט, והחזקה במאסר – תוך שימוש בכח הממסדי המאפשר הגבלת חירותו של האדם ופגיעה בזכויות יסוד נוספות העומדות לו, ובהן הזכות לפרטיות, לחופש עיסוק, לקנין, ולעיתים אף פגיעה בכבודו כאדם " (שם, פסקה 1 לפסק דינה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה).

112. כמו-כן נפסק בעניין הפרטת בתי הסוהר, כי עצם מתן סמכויות הכוללות שימוש בכוח לגורם פרטי, מהווה פגיעה אינהרנטית בזכויות אדם בין השאר בזכות לכבוד ולחירות:

ייהעברת סוג הסמכויות הרלוונטי, הכולל רכיבים משמעותיים ומתמשכים של שימוש בכוח כופה, הנתונים למדינה כריבון, לגורם פרטי, טבועה פגיעה אינהרנטית בזכויות אדם, ובכלל זה בזכות האדם לכבוד ובזכות האדם לחירות" (ארבל, פסקה 3).

113. לצד זאת, הבחינה הפסיקה בין אצילת סמכויות הכוללת העברת שיקול דעת בהפעלתן לבין הסתייעות לצורך ביצוע הסמכות. בית המשפט הכיר באפשרותה של רשות מינהלית להיעזר בגורם אחר לצורך מילוי תפקידה באמצעות העברת סמכויות בעלות מאפיינים טכניים, זאת אף אם כרוכה בהעברה זו מידה מסוימת של שיקול דעת. בית המשפט ניסח בבג"ץ 2303/90 פיליפוביץ' נ' רשם החברות, פ"ד מו(1) 410 את ההלכה בעניין ההבחנה בין אצילה אסורה לבין הסתייעות:

ייהקושי בקביעת קו הגבול בין האצלה לאחר לבין הסתייעות באחר הינו, כי בשני המקרים אין בעל הסמכות משתחרר מסמכותו ובשני המקרים גוף זולת בעל הסמכות מבצע חלק מתפקידו. עם זאת, במקרה הראשון (האצלה) בעל הסמכות הופך את זולתו ל"רשות מוסמכת", שלה סמכויות שלטוניות כמו לרשות המוסמכת עצמה. במקרה השני (ההסתייעות באחר) הסמכות השלטונית היא אך בידי בעל הסמכות, ואילו זולתו אך מסייע לו בהגשמתה של אותה סמכות. " (עמ' 430).

בית המשפט בבג"ץ 5031/10 עמותת עיר עמים נ' הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים (פורסם בנבו, 2012) (להלן: "עניין עיר עמים") סיכם הלכה זו:

"אמת המידה שהוצעה לעניין זה בעניין פיליפוביץ' התמקדה במהות התפקיד המוטל על אחר, דהיינו האם מדובר בתפקיד הכרוך בהפעלת שיקול דעת מינהלי או שמא מדובר בתפקיד בעל אופי טכני, המותיר את שיקול הדעת המינהלי בידי הרשות. עם זאת, נקבע כי אין מדובר במבחן נוקשה ו"הכל תלוי בזהות תפקידה של הרשות המוסמכת מזה ובמשימה שהוטלה על האחר מזה וביחס בין השניים" (שם, 424). " (עמ' 18).

114. עוד קבע בית המשפט בעניין עיר עמים, כי הרשות אינה רשאית להסתייע בגורם פרטי בביצוע סמכויותיה כאשר ישנו חשש להיווצרות מצב של ניגוד עניינים בין מטרותיו של הגורם הפרטי לבין התכליות והאינטרסים הציבוריים שעל הרשות לפעול להגשמתם:

"הפסיקה מדגישה כי יש להימנע ממצב של "גלישה לא מודעת" ממצב אחד לשני, ועל הרשות להקפיד כי הבחירה בין דרכי הפעולה השונות – האצלת הסמכות או ביצוע תוך הסתייעות באחר – תיעשה לאחר שנסקלו מכלול השיקולים הצריכים לעניין (ראו עניין פיליפוביץ', 423-422). כמו כן, לא יכול להיות ספק כי החלטת הרשות המינהלית להסתייע באחרים לצורך הפעלת סמכותה כפופה היא עצמה לכללי המשפט המינהלי החלים על הפעלת סמכות שלטונית, וכך גם באשר לעצם הסיוע הניתן לרשות (ראו זמיר, הסמכות המינהלית, 856). מקום שבו בוחרת הרשות להסתייע בגורם פרטי לצורך ביצוע סמכויותיה, עליה להקפיד מאוד כי לא ייווצר מצב של ניגוד עניינים בין מטרותיו של אותו הגוף ובין האינטרסים הציבוריים שעל הגשמתם מופקדת הרשות, ולו בשל העובדה ש"לגורמים פרטיים יש אתוס ארגוני שונה, שעשוי להשפיע על מתן השירות" (ראו: ברק-ארז, משפט מינהלי, 187; זמיר, הסמכות המינהלית, 856); כמו כן על הרשות להבטיח כי שיקול הדעת בכל הנוגע לקביעת המדיניות שביסוד הפעלת הסמכות יישאר בידיה (ראו ברק-ארז, משפט מינהלי, 186). " (עמ' 19-18) (הדגשות הוספו, ש.ז., מ.ז.).

115. יוזכר, כי מושכלות יסוד המשפט הציבורי הן, כי די בחשש סביר לקיומו של ניגוד עניינים בשביל לחייב את הרשות להימנע מפעולה המקיימת אותו:

"[...] אצילת סמכות שלטונית לגוף פרטי, כמו אצילת סמכות בכלל, הינה פסולה אם היא מעוררת חשש סביר לניגוד עניינים, ובייחוד ניגוד בין התכליות הציבוריות של

הסמכות לבין אינטרסים פרטיים, לרבות אינטרסים כלכליים, של הגוף הנאצל. ראו: בג"ץ 5848/99 פריצקי, ח"כ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה ירושלים [7], בעמ' 19-18, 41-40; בג"ץ 3424/91 הארגון הארצי להגנת הדייר נ' שר הבינוי והשיכון [8], בעמ' 343. "פרשת "תנו לחיות לחיות" שהוזכרה לעיל, בפסקה 15).

116. יתרה מכך, על הרשות להימנע מפעולה גם אם ניגוד העניינים הכרוך בה הוא רק למראית עין. פסק הדין בעניין הפרטת בתי הסוהר דן בכך בהרחבה:

"יגם בלא פגיעה נקודתית שעליה ניתן להצביע, יש בהעברת סמכות הפעלת בית הסוהר לידי של גורם פרטי כדי ליצור מראית עין של עירוב שיקולים בלתי רלוונטיים בעת הוצאתן לפועל של הסמכויות הפוגעניות, דבר שמערער את הסמכות המוסרית שביסוד פעילותו של גורם זה ואת האמון הציבורי בו (פלד), שכן אפילו הצדק נעשה, אין הוא נראה. אין המדובר בענייני אסתטי גרידא-אלא בפגיעות הנושאות אופי מהותי, שכן הן מפרות את האיזון העדין שבין הצורך בשלילת חירותם של האסירים לשם הגשמת המטרות החברתיות שביסוד המשפט הפלילי ודיני הענישה, לבין השאיפה להגן על זכויותיהם הבסיסיות של האסירים גם בעת שהם משלמים את חובם לחברה... " (עמ' 623-624).

וכן:

"יגם החשש מפני עירוב אינטרסים סמויים מן העין, ואף, חלילה, מפני סיכון מוגבר לגלישה לשחיתות, כשהגוף המפעיל את בית הסוהר הינו גוף פרטי, אינו דבר שניתן לפסלו בביטחון מלא " (עמ' 623).

ואף:

"... ניגוד עניינים זה, אין זה הכרחי כי יתממש בפועל או כי יבוא לידי ביטוי מעשי, ואין הוא נסתר אף אם כטענת המשיבים, עשויה ההפרטה, כפי שהוצהר מראש, לשאת עימה גם תוצאות חיוביות מבחינת האסירים ולשפר בהיבטים מסוימים את תנאיהם. די בהימצאות הסמכויות שעל הפרק, הכוללות מרכיבים פוגעניים, בידי של גורם פרטי, שההצדקה לבחירה בו ומניעיו טמונים בהבאת הכנסותיו למקסימום והוצאותיו למינימום, כדי לצבוע בצבעים אסורים פעולות שברגיל מותרות הן, לפגוע בכבוד האדם של האסירים ולהוסיף על הפגיעה בחירותם הנובעת מעצם המאסר " (עמ' 621).

דברים אלו יפים לא רק לעניין הפרטה שמניעה כלכליים, אלא גם להפרטה הנובעת ממניעים אחרים, שכן הרציונל העומד בבסיס הימנעות ממראית עין של ניגוד עניינים יפה לכל פעולה של הרשות המינהלית.

117. אם כן, ההבחנה בין הסתייעות לאצילה אסורה נעוצה בהיקף שיקול הדעת המועבר לגורם הפרטי ובזה הנותר בידי הרשות. כאשר ההסתייעות בגורם הפרטי מגבילה את יכולתה של הרשות להגשים את מטרותיה בהתאם לשיקול דעתה, אזי מדובר באצילה אסורה.

118. בענייננו, החובה להבטיח שיקול דעת עצמאי לצבא, שהינו הרשות המינהלית המופקדת על נושא הביטחון בגדה המערבית, היא בעלת עוצמה מיוחדת, שכן מדובר בהפעלת סמכויות בעלות אופי שלטוני שכרוכה בהן פגיעה בזכויות אדם. זאת ביתר שאת, כאשר הפעלתן של סמכויות אלו מתבצעת באזור בעל רגישות פוליטית עצומה ורבת-רבדים.

119. אין ספק כי באזור כה רגיש, הנושא עימו מטען בטחוני, פוליטי, משפטי והיסטורי כה כבד, שיקול הדעת של הרשות המינהלית בהפעלת הסמכות השלטונית הוא בעל חשיבות שלא ניתן להפריז בה. מקל וחומר, כאשר עסקינן בהפעלת סמכויות גרעיניות אלו על אדמות פרטיות, הרשות חייבת להותיר בידיה שיקול דעת רחב עד כמה שניתן לעניין הפעלת הסמכויות, תחת העברתן לידיים פרטיות שאינן מחויבות לאינטרס הציבורי, ולו בלבד.

(2) סמכויות אכיפה ושיטור בידיהם הפרטיות של הרבש"צים מעלות חשש לניגוד עניינים ולהשפעת אינטרסים פרטיים על שימוש בסמכות

120. ניכר כי לא יכולה להיות מחלוקת כי הרבש"צים, המתמנים מקרב תושבי ההתנחלויות והמאחזים ועל ידם, אינם גוף ציבורי אלא גוף פרטי בלתי-נייטרלי, המגיע מקרב גורמי ההתיישבות ומטעמם. בשל כך, המדובר בגוף אשר לכל הפחות נושא על גבו חטוורת הכוללת אג'נדה ומטרות משלו.

121. מערכת השיקולים שצריך להפעיל הצבא בביצוע סמכויותיו נובעת הן מהיותו גוף ביטחוני, הן מהיותו גוף מינהלי והן מהיותו כוח כובש באזור, זאת נוסף על היותו הגוף האחראי על אכיפת החוק בגדה המערבית. משכך, עליו להביא בגדר שיקוליו גם שיקולים של הגנה וביטחון, גם שיקולים של צדק טבעי וגם שיקולים שעניינם הגנה על זכויות התושבים הפלסטינים. בית המשפט עמד פעמים רבות על הצורך של המפקד הצבאי לאזן בין שני השיקולים הקוטביים של ביטחון מצד אחד והגנה על זכויות מצד שני:

ייהנה כי כן, בהפעילו את סמכותו על פי דיני התפיסה הלוחמתית, על המפקד הצבאי להבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים. במסגרת זו עליו לשקול מחד גיסא שיקולי ביטחון המדינה, ביטחון הצבא וביטחונו האישי של כל מי שנמצא באזור. מאידך גיסא, עליו לשקול את זכויות האדם של האוכלוסייה הערבית המקומית. אכן דיני המלחמה יוצרים בדרך כלל איזון עדין בין שני קטבים מגנטיים: צורך צבאי, מחד גיסא, ושיקולים הומניטאריים, מאידך גיסא" (עניין מראעבה הנזכר לעיל).

122. חוסר הנייטרליות של הרבש"צים נובע מהשתייכותם לאחת משתי קבוצות יריבות בגדה המערבית, שאחת מהן פועלת בהתאם לתפיסת העולם שלה לא אחת במוצהר ובגאווה, להרחבת ההתיישבות היהודית בגדה המערבית, על חשבון נוכחות פלסטינית, לעיתים באמצעות בנייה בלתי-חוקית ולעיתים תוך השתלטות עבריינית על אדמות פלסטיניות פרטיות. לקבוצה זו אין עניין בשיקולים של טובת האוכלוסייה המקומית בשטח הכבוש ועיקרון שימור הקיים, המחייבים את הצבא ככוח כובש במסגרת דיני הכיבוש, ויש לשער כי גם השיקולים הביטחוניים ושיקולים של

שמירה על הסדר הציבורי ואכיפת החוק, שהצבא מחויב לשקול, לעיתים מתנגשים באינטרס הפרטי של הרבש"צים.

123. כך למשל, רבש"ץ המאחז אביגיל השתמש ברכב הביטחון שהקצה לו הצבא לצורך תפקידו, לשם העברת ציוד בנייה ששימש לחידוש הבנייה הבלתי חוקית במאחז – פעולה שבגינה ננזף על-ידי גורמים בצבא (ה"ש 3 לעיל). במקרה אחר, רבש"ץ היישוב טלמון מנע את כניסתם ליישוב של פקחי המינהל האזרחי שהגיעו לצורך אכיפת הקפאת הבנייה בתקופת "הקפאת הבנייה" בהתנחלויות (ה"ש 4 לעיל). רבש"ץ ההתנחלות בית אריה-עופרים התעמת עם פקחי המינהל האזרחי שהגיעו עם צווי הקפאת בנייה, וחסם את דרכם.⁷ דוגמאות אלו ורבות אחרות מעידות על כך שלא אחת הרבש"צים מוכנים להתעמת עם הצבא – שולחם – כאשר הדבר משרת את האינטרסים של קבוצת הייחוס עליה הם נמנים. ניתן רק לשער את מעורבותם ופעילותם של אלה היכן שהדבר מתנגש לא עם גורמי אכיפת החוק אלא עם הפלסטינים והאינטרסים המוגנים שלהם.

124. בנסיבות אלו, ניגוד העניינים הוא ברור לעין. בעת התנגשות בין אינטרס ניטרלי של הצבא לבין אינטרס סובייקטיבי של הרבש"צים, האינטרס של הרבש"צים הוא בעל פוטנציאל ברור להשפעה על השיקולים הכרוכים בהפעלת הסמכות, וקיים חשש ממשי – שכאמור אף התממש לא אחת – כי הרבש"צים יעדיפו לפעול בהתאם לאינטרסים הפרטיים שלהם כמייצגי קבוצה זו.

125. יתרה מכך, סמכויות הרבש"צים מייצרות ניגוד עניינים נוסף הנובע מן העובדה שהם כפופים ליותר מגורם אחד: מצד אחד הם כפופים למשרד הביטחון, אשר מממן את העסקתם בהתנחלויות ובמאחזים; מצד שני, קציני הצבא, האחראיים על ההגנה המרחבית בגדה המערבית, המאמינים אותם ומציידים אותם בכלי נשק; מצד שלישי, הם ממונים ומועסקים ישירות על-ידי רשויות מקומיות ואזורים בגדה המערבית, אשר לרוב בהן הם גם מתגוררים.

126. הדו"ח השנתי של מבקר המדינה מס' 56 משנת 2005 (בעמ' 260) התייחס לריבוי הכפיפויות של הרבש"צים ולניגוד העניינים המובנה בעבודתם, הנוצר כתוצאה מכך:

יג. [...] מצד אחד – רוב הרבש"צים מועסקים על ידי רשויות מקומיות באיו"ש, והם כפופים מבחינה מינהלית לרשויות מקומיות, ומצד שני – הם כפופים לצה"ל מבחינה צבאית, וחייבים לפעול על פי פקודות צה"ל בנושאי הגני"ש. בנוסף לכך, הרבש"צים מומלצים לתפקידם על ידי הרשות המקומית שבה הם גרים, ועובדה זו יוצרת יחסי תלות ביניהם לבין הרשות המקומית. ממסמכי צה"ל עלה, כי הכפיפות הכפולה של הרבש"צים יוצרת לעתים קשיים במילוי תפקידם, זאת כיוון שלעתים מתקיימים ניגודי עניינים בין צורכי הביטחון לבין הצרכים של הרשות המקומית המעסיקה אותם." (הדגשות אינן במקור).

127. הדברים יפים מקל וחומר כאשר מדובר באדמות פרטיות של פלסטינים ובסוגיות רגישות מבחינה פוליטית ולאומית, וכאשר הגורם הפרטי הוא גורם אידיאולוגי מובהק.

⁷ חיים לוינסון, המתנחלים זועמים על תיחום אחריות רכזי הביטחון, הארץ 25.12.09: <http://www.haaretz.co.il/news/politics/1.1296543>

(3) הכללת אדמות פרטיות בתחומי מרחב השמירה כרוכה באצילת סמכות אסורה בשל ויתור על שיקול דעת

ופגיעה בזכויות אדם

128. הפעלת סמכויות שיטור ואכיפה על-ידי **גורם פרטי**, שאינו מונחה על-ידי אינטרס ציבורי, בשטחו הפרטי של אדם אחר, חורגת באופן קיצוני מן הסבירות המוקנה לרשויות הביטחון ואכיפת החוק בכל הנוגע לפעולות במתחם הקניין הפרטי של האינדיבידואל. משמעות הדבר היא כי גורם פרטי רשאי להיכנס לשטחו של אדם אחר ללא הסכמתו, לעכבו, לדרוש ממנו להזדהות בפניו, לערוך חיפוש עליו ובכליו וכן ברכבו, לעצרו תוך שימוש בכוח ולהוציאו משטחו לצורך הבאתו לתחנת משטרה. כמו-כן, רשאי גורם פרטי לתפוס חפץ מחפציו של אותו אדם, כל זאת כאמור תוך שהוא מצוי בשטחו הפרטי של אותו אדם ללא הסכמתו. הפעלת סמכויות אלו כרוכה בקבלת אינספור החלטות מראש ובזמן אמת. כך למשל, הרבש"צים הם הגורם המגדיר, בהתאם לשיקול דעתם, מהי סכנה ביטחונית המצדיקה הפעלת סמכויות שיטור נוספות. לאור קיומו של ניגוד עניינים והיעדר ניטרליות ביחס לאוכלוסייה הפלסטינית, שיקול הדעת שהוקנה לרבש"ץ עלול להגדיר סיטואציה שגרתית כסכנה ביטחונית המחייבת תגובה צבאית. זאת בשעה שגורם צבאי חסר פניות היה מתייחס לאותה סיטואציה כאירוע שגרתי שאינו מצריך תגובה מיוחדת.

129. בנוסף, מערכת יחסים מסוג זה, בין גוף בעל סמכויות שיטור לבין האוכלוסייה הפלסטינית, דורש שיתוף פעולה, לגיטימציה ויחסי אמון בכל הקשור להפעלה כדין של הסמכות ולחשש מפני שימוש לרעה בכוח המרות. אלו מאפיינים שאינם קיימים במערכת היחסים שבין הפלסטינים למתנחלים. אמון זה עומד בבסיס תפקידן של רשויות אכיפת החוק ובלעדיו לא תוכלנה לקיים את משימותיהן (בג"ץ 671/04 **אורן גרין נ' מדינת ישראל, משטרת ישראל**, נט(5) 827 (2005), בעמ' 833; בג"ץ 7141/05 **עקיבא ויתקין נ' מפכ"ל המשטרה** (פורסם בבנו, 27.02.06); בג"ץ 7074/93 **מאיר סויסא נ' היועץ המשפטי לממשלה**, מח(2) 749 (1994), בעמ' 775-774).

130. בנוסף, הסמכות להפעיל סמכויות שיטור ואכיפה על אדמות פרטיות כרוכה בפגיעה קשה בזכויות אדם, בין השאר בחופש התנועה, בזכות לכבוד ובמובנים מסוימים גם בזכות לקניין. עמדתו העקרונית של בית המשפט היא כי הענקת סמכות שכרוכה בה פגיעה בזכויות יסוד של הפרט, בפרט זכויות חוקתיות, תיחשב כפסולה. פסק הדין בעניין **הפרטת בתי הסוהר** הדגיש כי לא עצם ההפרטה הוא העניין הפסול אלא העברת סמכויות הכרוכות בפגיעה בזכויות אדם:

י[...] הכרעתנו במקרה דנן מבוססת על הפגיעה בזכויות האדם הנובעת מהעברת עצם סמכויות הכליאה של אסירים, הכרוכות בפגיעה בזכויות האדם שלהם, לידי תאגיד פרטי הפועל למטרות רווח. איננו נוקטים עמדה באשר לחוקיות ההעברה של פונקציות אחרות במערכת אכיפת החוק לידי גורמים פרטיים או לידי רשויות ציבוריות כאלה או אחרות" (שם, פסקה 65 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה).

131. במילים אחרות, העברת סמכויות לגוף פרטי הופכת להיות פסולה כאשר היא כוללת את הסמכות לפגוע בזכויות אדם.

(4) הזכויות הנפגעות כתוצאה מהחלת סמכות הרבש"צים על אדמות פרטיות

132. זכותו של הפרט לחופש התנועה מהווה זכות יסוד בשיטת המשפט הישראלית (בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 736, 754 (2005)); בג"ץ 5016/96 חורב נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 1, 59 (1997)). חירותו של הפרט לנוע למחוז חפצו בלא הגבלה נגזרת מהעיקרון החוקתי בדבר האוטונומיה של הרצון הפרטי ופיתוח אישיותו של כל פרט הנגזרת מכבוד האדם. זכות זו עומדת במקום גבוה במדרג זכויות האדם (עניין חורב, עמ' 49).

133. בית המשפט הנכבד עמד לא אחת על חשיבותו של חופש התנועה, לרבות חופש התנועה של אזרחים מוגנים המעוניינים להגיע לאדמותיהם ובדרך נאלצים להתמודד עם חסמים מסוגים שונים. (בג"ץ 3969/06 ראש מועצת הכפר דיר סאמט, מוחמד עבד מחמוד אלחרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה (פורסם בנבו, 22.10.09); בג"ץ 10356/02 יואב הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלוף פיקוד מרכז, נח(3) 443 (2004); בג"ץ 2150/07 עלי חסיין מחמוד אבו צפייה, ראש מועצת הכפר בית סירא ואח' נ' שר הביטחון, סג(3) 331 (2009); בג"ץ 9593/04 ראשד מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, סא(1) 844 (2006)).

134. האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 מעגנת את הזכות לחופש תנועה בסעיף 12, בו נקבעו הדברים הבאים:

יסעיף 12:

א. אדם הנמצא כחוק בתוך שטחה של מדינה זכותו, בתוך שטח זה, לנוע ולבחור את מקום מגוריו באורח חופשי"

135. ועדת זכויות האדם של האו"ם, הפועלת מכוח האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות ומהווה את הגורם המקצועי המוסמך לפרש את הוראותיה, מצאה לנכון להעניק תשומת לב מיוחדת לסעיף 12 לאמנה העוסק בחופש התנועה הפנים-מדינתי. בהערה כללית מס' 27 מטעמה קבעה הוועדה את הדברים הבאים:

"1. Liberty of movement is an indispensable condition for the free development of a person. It interacts with several other rights enshrined in the Covenant, as is often shown in the committee's practice in considering reports from States parties and communications from individuals." (**General Comment No. 27: Freedom of movement** (Art. 12) 02/11/99, CCPR/C/21Rev.1/Add.9, General Comment No. 27).

136. ההכרה בחופש התנועה כזכות יסוד בשיטת המשפט שלנו נקבעה עוד מקדמת דנא, אף טרם כניסתו לתוקף של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר עיגן זכות זו במפורש כזכות חוקתית. כדברי בית המשפט הנכבד, בפסק הדין בפרשת עיריית בית לחם:

יחופש התנועה הוא מזכויות היסוד של האדם והוכר במשפטנו הן כזכות יסוד העומדת על רגליה היא (ראו למשל: בג"ץ 672/87 עתאמללה נ' אלוף פיקוד הצפון (להלן – פרשת עתאמללה [18]), בעמ' 709, 712; בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל (להלן: פרשת לוי [19]), בעמ' 401-402) הן כזכות הנגזרת מן הזכות לחירות (הנשיא ברק והשופט מ' חשין בבג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה (להלן – פרשת חורב [20]), בעמ' 59 ו-147 בהתאמה). כמו כן יש הגורסים כי חופש זה אף נגזר מכבוד האדם (הנשיא ברק בפרשת חורב [20], בעמ' 59; בפרשת שביט [15], בעמ' 651 ובבג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים (להלן – פרשת דיין [21]), בעמ' 472; והשוו לעמדת השופט טל בפרשת חורב [20], בעמ' 181).

על מעמדו של חופש התנועה במשפטנו עמד בית-משפט זה בפרשת חורב [20], שם נדון (בין היתר) היחס בין חופש התנועה לפגיעה ברגשות דתיים ובאורח חיים דתי. באותה פרשה ציין הנשיא ברק כי חופש התנועה הוא "מהזכויות היותר בסיסיות" (שם, בעמ' 49), כי הזכות לחופש התנועה "עומדת בשורה הראשונה של זכויות האדם" (שם, בעמ' 51), וכי חופש התנועה הוא "חופש המצוי ברמה הגבוהה ביותר במידרג הזכויות בישראל" (שם, בעמ' 53). כן הוסיף הנשיא ברק בפרשת חורב [20] כי "לרוב, מעמידים את חופש התנועה בתוך גבולות המדינה על רמה חוקתית דומה לזו של חופש הביטוי" (שם, בעמ' 49). יש לציין כי דברים דומים על מעמדו של חופש התנועה אמרו אף השופטים שלא הצטרפו לדעת הרוב של הנשיא ברק בפרשת חורב [20] (ראו למשל דברי השופט מ' חשין שם, בעמ' 147, ודברי השופט טל בעמ' 181).

137. באותה פרשה מצא גם בית המשפט לנכון לבחון את היקף מינהגותיה של הזכות לחופש תנועה במשפט הבינלאומי של זכויות האדם, על רקע האמור באמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 ובאמנה האירופית לזכויות אדם. פסק הדין קושר בין היקף הזכות במשפט זכויות האדם הבינלאומי להגנה שיש להעניק לה במסגרת המשפט הבינלאומי ההומניטארי החל על השטח הכבוש. ניתוח פסק דין זה מלמדנו על הקשר הגורדי בין שתי מערכות הדינים הללו, כפי שגם קבע בית הדין הבינלאומי לצדק שמשכנו בהאג. וכך מורה אותנו פסק הדין:

יחופש התנועה מוכר כזכות יסוד גם במשפט הבינלאומי. חופש התנועה הפנים-מדינתית מעוגן בשורה ארוכה של אמנות והכרזות בינלאומיות בדבר זכויות אדם (כך בין היתר, בסעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (International Covenant on Civil and Political Rights, 1966), בסעיף 13 להכרזה האוניברסאלית על זכויות האדם (Universal Declaration of Human Rights, 1948), ובסעיף 2 לפרוטוקול הרביעי מ-1963 לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם מ-1950, ונראה כי הוא מעוגן גם במשפט הבינלאומי המנהגי.

(פרשת עיריית בית לחם, בפסקה 15 לפסק הדין; וראו גם פסקה 17 לפסק דינה של הנשיאה בייניש בפרשת דיר סאמט).

138. חופש התנועה אם כן, הינו זכות אשר חשובה לא רק לעצם הגשמתה *per se*, אלא גם חיונית ונדרשת לפיתוחו של האדם והיא אמצעי חיוני להגשמת ומימוש זכויות אחרות. ואולם, ההערה הכללית שהוצגה לעיל, קובעת במפורש כי אין המדובר רק בזכות "שלילית", המורה למדינה שלא ליצור הגבלות שאינן בהתאם לסייגים הקבועים בסעיף ביחס להגבלת חופש התנועה, אלא גם בזכות בעלת מימד "חיובי" דומיננטי, המורה לרשויות להבטיח ולנקוט בכל האמצעים הקיימים כדי שלא תיפגע הזכות לחופש תנועה על ידי גורמים פרטיים:

"6. The State party must ensure that the rights guaranteed in article 12 are protected not only from public but also from private interference."

139. על דברים אלו, אשר נאמרו יותר מפעם אחת וביותר מפסק דין אחד, חזר בית המשפט הנכבד גם בפסק הדין המוביל העוסק בזכויותיהם של פלסטינים תושבי הגדה להגיע אל אדמותיהם לצורך ביצוע עבודות חקלאיות, הוא פסק הדין בבג"ץ 9593/04 **ראשד מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, סא(1) 844 (2006).

140. וכך קובע פסק הדין בעניין **מוראר** לעניין זכות הגישה וחופש התנועה של התושבים המוגנים, היכן שהמדובר במרחב הפרטי שלהם, ועל המשקל העודף שיש להעניק לחופש התנועה של אדם לאדמותיו, כחלק מעקרונות חוקתיים בסיסיים ותחולתם ביחס לאוכלוסייה המוגנת המצויה בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית:

*"[...] בשיטתנו המשפטית הוכר חופש התנועה הן כזכות יסוד העומדת על רגליה, הן כזכות הנגזרת מהזכות לחירות, ויש אף הגורסים כי מדובר בזכות הנגזרת מכבוד האדם (ראו פסקה 15 לפסק הדין והאסמכתאות הנזכרות שם). חופש התנועה מוכר גם כזכות יסוד במשפט הבינלאומי וזכות זו מעוגנת בשורה של אמנות בינלאומיות (שם, שם). חשוב להדגיש כי בענייננו, אין מדובר בתנועה של תושבים פלסטינים באזורים בלתי מסוימים ברחבי יהודה ושומרון, אלא בגישה של התושבים לאדמות **השייכות להם**. בנסיבות אלה, כאשר התנועה מתבצעת במרחב **פרטי**, יש ליתן משקל רב במיוחד לזכות לחופש תנועה ולצמצם למינימום את המגבלות המוטלות עליה."* (פסקה 14 לפסק דינה של השופטת (כתארה אז) ד' בייניש; הדגשות **במקור**)

141. מכאן אנו למדים על החשיבות העצומה שייחס בית משפט נכבד זה לחופש התנועה, עת הוא מצא לנכון להביט על המקרה לא רק דרך הפריזמה הצרה (יחסית) של דיני המשפט הבינלאומי ההומניטארי, אלא גם להחיל דרכו את העקרונות החוקתיים הקיימים במדינת ישראל, בד בבד עם הסטנדרטים הבינלאומיים כפי שהם מופיעים באמנות הבינלאומיות.

142. יתרה מכך, חירותו של אדם **לנוע בחופשיות בתוך שטחו הפרטי** קיבלה משקל מיוחד בפסיקת בית המשפט. נקבע כי לא זו בלבד שהיא חלק בלתי-נפרד מן הזכות לחופש התנועה, אלא היא אף מהווה חלק מרכזי בו:

יכאשר התנועה מתבצעת במרחב פרטי, יש ליתן משקל רב במיוחד לזכות לחופש תנועה ולצמצם למינימום את המגבלות המוטלות עליה. ברור, כי יש לבחון מגבלות המוטלות על חופש התנועה במרחב הציבורי באופן שונה ממגבלות המוטלות על חופש התנועה של אדם בתוך המתחם הקשור לביתו שלו ואין דינן של הראשונות כדיןן של האחרונות (ראו: בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 475). " (בג"ץ 9593/04 ראשד מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, סא(1) 844 (2006), בעמ' 857).

143. במציאות שבה מערכת היחסים בין מתנחלים לפלסטינים היא סבוכה ומתוחה, ביתר שאת כאשר מתיחות זו קיימת על רקע הרגישות הגבוהה לסוגיית הקרקעות בגדה המערבית, יש בעובדה שהפעלת הסמכות לעכב את בעל האדמות, לעצרו ואף לנקוט כלפיו בכוח, מתבצעת על אדמותיו הפרטיות, וזאת על-מנת לספק הגנה לתושבי מאחזים בלתי חוקיים באזור, משום פגיעה ממשית בחופש התנועה שלו. פלסטיני המתנועע לתומו על אדמתו שלו עלול למצוא את עצמו נדרש להזדהות בפני רבש"ץ – שלצד כובעו כמסייע לרשויות הביטחון הוא אדם פרטי הנמנה על קבוצה בעלת אינטרסים ואיג'דה המנוגדים לאלו של בעל האדמות – מעוכב על-ידו ואף נדרש להתלוות עימו לתחנת המשטרה. סירובו לציית להוראות הרבש"ץ עלול להביא למעצרו ולהמתנה – לעיתים רבות ממושכת – להגעת שוטר או חייל למקום, ואף להידרשותו להתלוות לתחנת משטרה, פרק זמן משמעותי שבמהלכו נמנע ממנו להמשיך בשגרת חייו, כאשר כל זאת מתבצע בשטחו הפרטי. בכך מוטלת כאמור מגבלה ממשית על יכולתו לנוע באופן אפקטיבי ממקום למקום.

זכות הקניין של הפלסטינים באדמותיהם:

144. אחת החובות המוטלות על הכוח הכובש מתוקף משפט בינלאומי הומניטארי היא הגנה על הקניין הפרטי של האזרחים המוגנים. וכך קובעת תקנה 46 לתקנות האג, כי:

"Art. 46. Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected. Private property cannot be confiscated."

145. הזכות לקניין עצמה מוכרת בדיני זכויות האדם הבינלאומיים כזכות בסיסית. מעמדה של זכות זו נובע גם מהעובדה כי זו טומנת בחובה את היכולת להגשים זכויות אחרות (כגון משלח יד, מגורים וכו'). נקבע כי זכות הקניין מבוססת על שני אדנים: הרובד הראשון **חיובי**, והוא מבטיח כי לכל אדם קיימת הזכות להחזיק בקניין, בעצמו או עם אחרים; ואילו הרובד השני: **השלילי**, קובע כי זכות זו לא תישלל באופן שרירותי. על הרשות מוטלת החובה להגן על זכות הקניין על שני אופניה. כך נקבעו הדברים בהכרזה האוניברסלית:

"Art. 17.

(1) Everyone has the right to own property alone as well as in association with others.

(2) No one shall be arbitrarily deprived of his property."

146. קיימים מסמכים משפטיים בינלאומיים נוספים אשר מצאו לנכון לעגן זכות זו. בין היתר, ניתן למנות למשל את האמנה האירופית לזכויות אדם. בסעיף הראשון לפרוטוקול הנלווה הראשון לאמנה, משנת 1952, ניתן למצוא את עיגונה של זכות הקניין על שני ראשיה, בנוסח הבא :

“Article 1: Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.” (Protocol 1 to the European convention on Human Rights Regarding Enforcement of certain Rights and Freedoms not Included in Section I of the Convention, Done at Paris on the 20th day of March 1952. Available at: <http://www.hri.org/docs/ECHR50.html#1>)

147. הזכות לקניין קבועה גם במשפט החוקתי של מדינת ישראל. חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו קובע בסעיף 3 כי "אין פוגעים בקניינו של אדם". הסעיף קובע את זכותו של כל אדם באשר הוא אדם, הנתון לסמכויותיה של רשות ישראלית. על-פי האמור בסעיף 11 לחוק יסוד זה, "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה". לעניין זה יפים דבריה של כבי' השופטת (כתארה אז) ד' בייניש בפסק הדין בעניין **מוראר**, המציינים במפורש, כי לתושבי הגדה זכות מוגנת לקניינם גם מתוקף שיטת המשפט הישראלית :

"בשיטתנו המשפטית מוגנת זכות הקניין כזכות יסוד חוקתית (סעיף 3 לחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו). זכות זו הינה זכות מוכרת, כמובן, גם במשפט הבינלאומי הפומבי [...]"

*"משנמנעת, אפוא, מן העותרים הגישה לאדמות המהוות את קניינם, וכן נמנעת מהם האפשרות לטפל בגידולים החקלאיים השייכים להם, הרי שבכך מתבצעת פגיעה חמורה בזכותם לקניינם וביכולתם ליהנות ממנו. " (עניין **מוראר**, עמ' 858).*

148. "מרחבי השמירה" במקרים מסוימים נקבעים באופן היוצר חיץ בין שני חלקים של אותה קרקע בבעלות פרטית ומונע מבעלי הקרקע מעבר מחלק אחד שלה לחלק שני. במובן זה, ומעבר למובן מאליו שעניינו כניסת אזרחים לשטח פרטי ללא אישור בעלי הקרקע, הכללת אדמות פרטיות בתוך "מרחב השמירה" פוגעת בזכות הקניין בכך שהיא מונעת מבעלי הקרקע להגיע אליה, לעשות בה שימוש, לעבד אותה וליהנות מפירותיה.

פגיעה בכבוד

149. חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו מעגן גם את זכותו של כל אדם לכבוד. נקבע, כי הזכות לכבוד אוצרת בחובה מארז רחב של זכויות שונות אשר תכליתן לאפשר את קיומו האוטונומי של הפרט. עמד על כך בית המשפט הנכבד בבג"ץ 6824/07 ד"ר **עאדל מנאע ואח' נ' רשות המיסים ואח'**, בפסקה 29 :

י'הרעיון הבסיסי העומד ביסוד התיאוריה של זכויות האדם הינו שלאדם כפרט יש כבוד, שהוא ראוי שינהגו בו בכבוד, וכי שומה על הגורמים המופקדים על כך, ובכלל זה בית המשפט, להגן על הפרט מפני פגיעה בכבוד. באופן פרטני, כולל כבוד האדם אגד של זכויות, שבהיעדרן אין משמעות להיותו של האדם יצור חופשי, אוטונומי ובעל ערך בתור שכזה (ראו בג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר פ"ד ס(3) 480, 464 (2005)).

150. בעניין הפרטות בתי הסוהר הכיר בית המשפט בכך שהעברת סמכויות לפגוע בחירויות הפרט לגורם פרטי פוגעת בכבודו של האדם:

"הפגיעה באסיר המוחזק בבית סוהר בניהול פרטי כוללת רכיב עצמאי של פגיעה בכבודו החורג מן הפגיעה הנובעת מעצם המאסר. אכן, אסיר שהמדינה בחרה למצות את אחריותה לגביו בפיקוח עקיף על בית הסוהר שבו הוא מוחזק הינו אסיר שכבודו נפגע. אסיר המוחזק בבית סוהר שסוהריו נבחרו על-ידי גורם פרטי שמטרתו רווח ושיקוליו עמומים הינו אסיר שכבודו נפגע. אסיר שחירותו נשללת בכל רגע ורגע על-ידי זכיון פרטי, הנהנה משיקול דעת להפעיל נגדו סמכויות מרחיקות לכת הפוגעות בזכויות היסוד שלו הינו אסיר שכבודו נפגע." (שם, עמ' 625).

151. מעצם הפגיעה בחופש התנועה, בזכות הקניין ובאוטונומיה פוגעת החלטת המשיב גם בזכות לכבוד. כך למשל, בית המשפט קשר בין חופש התנועה לזכות לכבוד כאשר קבע כי חופש התנועה הוא זכות הנגזרת מן הזכות לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בבג"ץ 7146/12 נג'ט סרג' אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 2013) קבעה השופטת ארבל כי:

"חופש התנועה היא זכות העומדת בפני עצמה אך גם נגזרת מכבוד האדם ומהזכות לחירות אישית, ולפיכך מוגנת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו." (פסקה 78).

152. בעניין מנאע התייחס השופט פוגלמן למרכיבים הגרעיניים של הזכות לכבוד הקשורים אל ההשפלה, וקבע:

"נראה שלא קיימת מחלוקת בדבר מרכיביה הגרעיניים של הזכות, ובכלל זה, בדבר האיסור לבייש, להשפיל או לבזות אדם; בדבר האיסור להלבין את פניו ברבים ולגרום לו תחושה של עלבון; ובדבר האיסור להעמידו במצב של חוסר אונים כשהוא נתון לשרירות רצונם של אחרים." (שם, פסקה 31).

153. בית המשפט העליון אימץ את מודל הביניים כדברי השופט פוגלמן אשר מסכמים את ההלכה הפסוקה והספרות בעניין זה שייאינו מתמצה רק בפגיעות מובהקות בכבוד הכוללות מרכיבים של השפלה וביזוי אך גם אינו משתרע על פני זכויות האדם כולן" (עניין מנאע, פסקאות 29-30). בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006) הבהיר הנשיא ברק:

"מודל הביניים אינו מצמצם את כבוד האדם אך להשפלה וביזוי, אך הוא גם אינו מרחיבו לכלל זכויות האדם. על פיו, נכללים בגדר כבוד האדם אותם היבטים של כבוד האדם אשר מוצאים בחוקות שונות ביטוי בזכויות אדם מיוחדות, אך המתאפיינים בכך

שהם קשורים, על פי תפיסתנו, בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו). על פי גישה זו, ניתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם הפליה שאין עימה השפלה, ובלבד שהיא תהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית." (פסקה 38).

154. סירוב המשיב לגרוע אדמות פרטיות משטח "מרחב השמירה" פוגע בזכות לכבוד במובן זה שהוא מאפשר לתושבי התנחלויות ומאחזים שמונו לרבש"צים להפעיל סמכויות פוגעניות כלפי פלסטינים על אדמתם הפרטית. עריכת חיפוש על אדם, עיכובו ומעצרו על אדמתו הפרטית יש בהם כדי לביישו ולהשפילו באופן החורג מזה הנגרם כתוצאה מהפעלת סמכויות אלו על אדמות שאינן פרטיות. בפרט כאשר מפעילי הסמכות הם מקרב קבוצה המצויה ביריבות עם התושבים הפלסטינים, וביתר שאת לאור העובדה כי סוגיית האדמות בגדה המערבית נמצאת בלב הסכסוך ביניהם.

ג. החלטה החורגת ממתחם הסבירות בשל תכלית ההגנה על מאחזים בלתי-חוקיים העומדת בבסיס הכללת אדמות פרטיות ב"מרחב השמירה"

155. הצו הצבאי שתוקן ביולי 2009, קובע כי מרחב שמירה יכול לחרוג מן הגבולות המוניציפאליים, ומכוחו נכללות בתחום מרחב השמירה אדמות פרטיות של פלסטינים. קודם לתיקון לצו משנת 2009, הגבולות הטריטוריאליים שבתוכם מוסמכים לפעול הרבש"צים לא היו קבועים בצו, והגדרת השטח התבססה על הכלל הקבוע בחוק הישראלי בדבר סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, התשס"ה-2005, לפיו סמכויות הרבש"צים חלות בתחום שטחה המוניציפלי של ההתנחלות או גבולות אזור תעשייה ישראלית שבגדה המערבית.

156. יש להניח, כי עד לתיקון הצו, הגדרה זו של תחום הסמכות של הרבש"צים סיפקה את הצורך הביטחוני של הגנה על ההתנחלויות בגדה המערבית, זאת בין השאר בשל העובדה כי תחום השיפוט המוניציפאלי של ההתנחלויות כולל שטח הגדול פי כמה מהשטח הבנוי ולפיכך מספק טבעת ביטחון רחבה ביותר ליישובים. על-פי דו"ח של ארגון "שלום עכשיו", "ופרצת – בנייה ופיתוח של התנחלויות מחוץ לתחומי השיפוט הרשמיים", משנת 2007, רק 9% מכלל תחום השיפוט של ההתנחלויות הוא שטח בנוי. מן הנתונים המוצגים בדו"ח עולה כי לחלק מן ההתנחלויות נקבעו תחומי שיפוט הקרובים בגודלם לאלו של ערים גדולות בישראל, זאת על אף שמספר תושביהן קטן בהרבה מזה המצוי בערי ישראל. לשם השוואה, בעת עריכת הדו"ח התחוויר כי תחום השיפוט של ההתנחלות מצפה שלם, שבה יש כ-180 תושבים, קרוב בגודלו לשטח השיפוט של העיר פתח-תקוה, כ-35,000 דונם, שמספר תושביה גדול פי אלף.

157. לאור נתונים אלו, מתבקש לשאול מדוע היה צורך בתיקון הצו כך שיאפשר הגדרת תחומי שמירה החורגים מן התחום המוניציפלי של ההתנחלויות, הרחב ממילא. בהיעדר דברי הסבר לתיקון לצו, אין העותרים יכולים אלא לשער את כוונתו של המחוקק הצבאי בקובעו תיקון זה. אולם, בהינתן כי שיקוליו של המחוקק הצבאי הם שיקולים ביטחוניים, נדמה כי הרחבת מרחב השמירה אל מחוץ לשטח המוניציפאלי של ההתנחלויות נועד לכלול בתוך טבעת ההגנה גם את שטחי המאחזים הבלתי-מורשים המצויים בקרבת ההתנחלויות אולם מחוץ לשטחי השיפוט שלהן.

158. רבים מן המאחזים הבלתי-מורשים ששטחיהם כלולים במרחבי השמירה מצויים על אדמות פרטיות פלסטיניות (כמפורט בחלק העובדתי). "מרחבי שמירה" אלו כוללים לא אחת מובלעות של אדמות פלסטיניות פרטיות. במקומות מסוימים, הרחבת מרחב השמירה של ההתנחלויות באופן המכניס לתחומי מאחזים קרובים החורגים מתחום שיפוטן, נעשית תוך הכללת הדרך המקשרת בין ההתנחלות למאחז בתוך מרחב השמירה. במקרים רבים דרך זו עוברת בתוך אדמות פלסטיניות פרטיות והכללתה בתוך מרחב השמירה מגבילה את גישתם של בעלי האדמות לאדמותיהם.

159. כך למשל קורה במרחב השמירה שנקבע להתנחלות נווה דניאל, הכולל בתוכו הן את המאחז הסמוך נווה דניאל-צפון והן את הדרך המקשרת בין ההתנחלות למאחז העוברת בתוך אדמה פרטית; כך גם מרחב השמירה של ההתנחלות עלי הכולל את המאחז פלגי מים ואת הדרך המקשרת אליו הממוקמת על אדמה פרטית (שתי הדוגמאות הנ"ל מפורטות לעיל בסעיף 17); וכך גם במקרה של ההתנחלות תפוח אשר מרחב השמירה שלה כולל את המאחז תפוח מערב ואת הדרך המקשרת בין ההתנחלות למאחז אשר עוברים על אדמה פרטית (ראו מפות בנספח 3). בכל המקרים הללו, בעלי האדמות הפלסטינים מנועים מלעבור בין החלקות אשר בבעלותם הנמצאות משני עברי הדרך, באופן הפוגע בחופש התנועה שלהם, מפריע לעבודתם ולפרנסתם ופוגע בזכותם לעשות שימוש חופשי בקנינם.

160. הצווים הצבאיים הכוללים בתוך "מרחבי השמירה" מאחזים בלתי-מורשים, מכשירים דה-פקטו את העבריינות הכרוכה בהקמת מאחזים אלו, ובתוך כך את הבנייה הבלתי-חוקית, המתבצעת בהיקף נרחב בגדה המערבית ובמקרים רבים תוך הפרת צווים צבאיים ושיפוטיים, כולל אלו של בג"ץ.

161. יתרה מכך, נוצרת סיטואציה מעוותת לפיה גורמים עברייניים או הפועלים מטעמים ועבורם של גורמים עברייניים, מקבלים סמכויות אכיפה ושיטור המופעלות כלפי אלו שלא זו בלבד כי נמצאים בשטח באופן חוקי אלא אף נמצאים על אדמתם הפרטית שלהם. הרבש"ץ מצויד בנשק צבאי, משתתף באימונים הניתנים על-ידי הצבא ומוסמך לעשות שימוש בכוח. כל זאת כאמור, לא לצורך שמירה על ביטחון המדינה ותושביה, כפי שנועדה לעשות תפיסת ההגנה המרחבית, אלא לצורך שמירה על המאחז עצמו שכאמור הוקם באופן בלתי חוקי, לעיתים תוך השתלטות על קרקעות פרטיות של פלסטינים.

162. התמונה המצטיירת היא בלתי-מתקבלת על הדעת ומובילה למסקנה כי הכללת אדמות פרטיות של פלסטינים במרחב השמירה היא בלתי סבירה באופן קיצוני.

ד. סוף דבר

163. קביעת גבולות "מרחב השמירה" היא מעשה מינהלי הכפוף לכללי המינהל התקין. פרסום ההחלטה הוא כלל יסוד שאין בלעדיו מינהל תקין ושלטון חוק. כפי שהוצג בעתירה דנן, המשיב אינו מכבד כיום את העקרונות המינהליים שהוזכרו לעיל. שינויים בגבולות "מרחב השמירה" אינם מפורסמים ואינם מובאים לידיעת הציבור המושפע מהם יותר מכל, תוך פגיעה קשה הן בזכויות התושבים הפלסטינים והן באינטרס הציבורי.

164. כמו-כן, הכללת אדמות פרטיות בתוך "מרחבי השמירה" היא החלטה החורגת ממתחם הסבירות באופן קיצוני בשל כל אחד מהטעמים המפורטים לעיל, הן לבדו, וביתר שאת בשל משקלם המצטבר.

165. לאור כל האמור בעתירה דנן, בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו על תנאי כמבוקש בפתח כתב העתירה, ולאחר קבלת תצהיר תשובה מאת המשיב להפכו למוחלט. כמו כן, עמדת העותרים היא כי יש לחייב את המשיב בהוצאות הגשת עתירה זו, לרבות שכר טרחת עו"ד.

העובדות המופיעות בעתירה זו נתמכות בתצהירה של הגב' זיו שטהל מטעם העותר מס' 2.

היום, _____

מיכל זיו, עו"ד

שלומי זכריה, עו"ד

ב"כ העותרים