

1. ראש מועצת הכפר ג'אלוד, מר עבדאללה תאופיק עבדאלל האג' - מחמוד,
2. ראש מועצת הכפר דומא, מר עבד-אלסלאם יוסף מוחמד דואבשה,
3. ראש מועצת הכפר קצרא, מר עבד-אל-עדים אחמד מחמוד עודה,

כולם באמצעות עו"ד שלומי זכריה ו/או מוחמד שקיר, מטעם ארגון "יש דין – מתנדבים למען זכויות אדם", מרח' דוד חכמי 12, תל אביב-יפו, טל': 03.527.527.3, פקס': 03.527.527.4

העותרים

-- נ ג ד --

מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, האלוף רוני נומה
באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, משרד המשפטים,
רח' סלאח א-דין, ירושלים

המשיב

עתירה לצו על תנאי

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב לבוא וליתן טעם, באם יחפוץ, מדוע לא יבוטל צו התפיסה מס' ת/5/78 אשר נחתמו למיטב ידיעת העותרים על ידי המשיב או גורמים מטעמו ומדוע לא יושבו הזכויות והחזקה בקרקעות נשוא צווי התפיסה למי שהיו בעלי הזכויות ולמי שהיו המחזיקים בהן טרם התפיסה או לחליפיהם.

תצלום אוויר עליו סומנו גבולות צווי התפיסה האמורים מצ"ב לעתירה זו ומסומן כנספח 1.

ואלה הנימוקים בעתירה לצו על-תנאי:

א. פתח דבר

1. בעתירה זו מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על ביטולה של תפיסת קרקעות שבוצעה באמצעות צווי תפיסה צבאיים ולהשיב את האדמות לחזקת בעליהן, וזאת לנוכח העובדה כי הצורך הצבאי בגינו נתפסו האדמות פג, וכי בפועל המשיב אינו עושה שימוש באדמות התפוסות לכל צורך, בטחוני או אחר.
2. הקרקעות נשוא צווי התפיסה, (וכפועל יוצא, נשוא עתירה זו) נפרשות על פני שטח עצום של מאות דונמים של אדמות פרטיות הממוקם בנקודת מפגש המחברת בין אדמות הכפרים ג'אלוד, דומא וקצרא, (להלן: "הקרקעות" או "האדמות"). העותרים מייצגים את בעלי הזכויות כפי שיובהר להלן.
3. אדמות אלו נתפסו לצרכים ביטחוניים עוד בשנת 1978, ועל חלק קטן מהם (מספר דונמים זעום), שכן בשעתו מחנה צבאי, אשר היה ידוע בכינויו מחנה ג'אלוד. מזה שנים רבות, שטח המחנה נטוש, וממילא הוא תפס רק חלק זעיר מכלל השטח התפוס. כיום כל שקיים בשטח כפי שיפורט לעיל, הוא מתקן תקשורת (אשר לא ברור האם לצרכים צבאיים או אזרחיים), וגם הוא משתרע על חלק קטן ביותר מהשטח התפוס. בפועל, ברבות השנים בהם השטח היה תפוס, לא נעשה שימוש במרבית השטח, ובשנים האחרונות, מאז ננטש המחנה הצבאי, לא נעשה בשטח כל שימוש שהוא.
4. ברם, תחת לבטל את צווי התפיסה אשר שוכבים כאבן שאין לה הופכין (וזהו גם מצב האדמות התפוסות), בוחרים המשיבים להמשיך ולהחזיק בקרקעות התפוסות, וזאת מבלי שקיימים כל צידוקים ביטחוניים – ובוודאי לא צרכים ביטחוניים הכרחיים ודחופים – להמשיך ולתפוס באדמות אלה.
5. העותרים יטענו בעתירה זו, כי הדין וההלכות החלות בעניין האדמות והצווים, מחייבים ביטולם של הצווים והשבת החזקה על האדמות לבעליהן.

ב. הרקע העובדתי

I. הצדדים לעתירה

6. העותר מספר 1, ראש מועצת הכפר ג'אלוד, מר עבדאללה תאופיק עבדאללה חאגי-מחמוד, מייצג את תושבי הכפר ג'אלוד, אשר מהווים – באמצעות מוכתאר הכפר – את הבעלים של חלקה מס' 5 בגוש 23 וחלקה 6 בגוש 17 באדמות הכפר ג'אלוד, אשר נתפסו באמצעות צו התפיסה נשוא העתירה, עוד בשנת 1978.

העתק מנסח מס רכוש של חלקה מס' 5 בגוש 23 וחלקה 6 בגוש 17 באדמות הכפר ג'אלוד, על תרגומם לעברית מצ"ב ומסומנים כנספח 2.

7. העותרים 2 ו-3, ראש מועצת הכפר דומא, מר עבד-אלסאלם יוסף מוחמד דואבשה וראש מועצת הכפר קצרא, מר עבד-אל-עדים אחמד מחמוד עודה, מייצגים את תושבי הכפרים דומא וקצרא, אשר גם אדמותיהם כלולות בצו התפיסה ת/578, כפי שממחיש נספח מס' 1 לעתירה.
8. המשיב, מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, הינו הגורם המשמש כחליף הריבון באזור הנתון לתפיסה לוחמתית (כיבוש צבאי). בידיו של המשיב מצויות כל סמכויות הניהול, המינהל והחקיקה של השטח המוחזק על-ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית וזאת בהתאם לכללי המשפט ההומניטארי הבינלאומי ולדיני התפיסה הלוחמתית.
9. במסגרת סמכויות אלה של המשיב, הנטועות בדיני הכיבוש הנגזרים מהדין הבינלאומי של המשפט ההומניטארי, למשיב הסמכות לתפוס חזקה באדמות השייכות לתושבים המוגנים, הכל בהתאם למגבלות הדינים הבינלאומיים, כפי שיפורט בהמשך כתב העתירה. במקביל לסמכות זו, מוטלות על המשיב חובות השמירה על הסדר הציבורי והגנה על רכוש התושבים המוגנים באזור הנתון לתפיסה לוחמתית, אשר מיוצגים על ידי העותרים.

II. על צווי תפיסה ועל תפיסת אדמות הכפרים ג'אלוד, דומא וקצרא באמצעות צו התפיסה ת/578

10. בתאריך 27.2.1978 הוציא המשיב דאז, או נציגו המוסמך, את צו התפיסה ת/578, אשר נפרש על מאות דונמים, והוא כולל חלקים נכבדים מאדמות ג'אלוד ומאדמות הכפרים דומא וקצרא.
11. למרבה הצער, בשל חלוף הזמן, אין בידי העותרים העתק של צו התפיסה האמור, אולם בהתאם לצווי התפיסה שהוצאו באותה עת, הרי שניתן להניח כי אלה הוצאו לצרכים בטחונים, לפחות על פי הנכתב בהם.
12. הדברים נאמרים בסייגים, כיוון שבאותה תקופה, תום שנות השבעים של המאה הקודמת, בוצע לא אחת שימוש בצווי תפיסה לצורך הקמתן של התנחלויות אזרחיות: כך ארע עם ההתנחלות בית אל, אשר בשנת 78 נטען כי צו התפיסה מס' 1/70 שהוצא לאדמות אל בירה ודורא אל קרע נועד למעשה בחלקו לצורך הקמתה של ההתנחלות בית אל, אשר היוותה, כנטען, חלק מאותו צורך בטחוני היקפי (ראו בג"ץ 606/78 **סולימאן תאופיק איוב ו-11 אחרים נ' שר הביטחון ו-2 אחרים**, פ"ד לג (2) 113 (1979)). בשנת 1979, הוצא צו תפיסה נוסף לצורך ההרחבה האזרחית של בית אל (ת/23/79), על מנת לכלול בתחומי התנחלות מקטעים של בניה בלתי חוקית שזלגה מתחומי צו התפיסה המקורי (וזאת תוך הסתרה מכוונת של הוצאת צו התפיסה מבעלי האדמות, הכל כפי שפורט בבג"ץ 9669/10 **קאסם נ' שר הביטחון ואח'** [8.9.2014], פורסם בנבו).
13. הפרקטיקה של תפיסת אדמות פרטיות לצרכים התנחלותיים-אזרחיים הופסקה בעקבות פסק הדין בפרשה הידועה כפרשת אלון מורה, בג"ץ 390/79 **עזת מחמד מוסטפה דויקאת, ו-16 אח' נגד ממשלת ישראל ואח'** פ"ד לד(1) 1 [1979]. בפרשה זו הוכח כי לא היה כל צורך צבאי לתפיסת אדמותיהם של אנשי הכפר הפלסטיני רוגייב, ולמעשה, כל מטרת הוצאת צו התפיסה, הייתה לאפשר את הקמת ההתנחלות של אלון מורה על ידי אנשי תנועת גוש אמונים.

14. בעקבות פסיקה זו התקבלה החלטת ממשלה מס' 145, בשנת 1979, אשר קובעת כי לא יוקמו יישובים נוספים על קרקע שאינה בבעלות המדינה (זאת לצד הרחבת ההתנחלויות על ידי תוספת אוכלוסין ליישובים הקיימים).

15. לצד זאת, חלק מההתנחלויות שהוקמו בסמוך לאותה העת, הוקמו על גבי צווי תפיסה שהוצאו בין השנים 1977-1979: כך למשל, ההתנחלות חומש, הוקמה על בסיס צו תפיסה מס' 4/78; גם ההתנחלות כפר תפוח הוקמה על בסיס צו תפיסה. שתי התנחלויות אלה (והן לא היחידות) שימשו בתחילה כהיאחזויות נח"ל, ולאחר שנים ספורות פונתה ההיאחזות ותחתיה הוקם יישוב אזרחי.

16. צו התפיסה נשוא עתירה זו, הוצא כאמור, גם הוא בשנת 1978, ועל כן הרקע לשימושים השונים בצווי התפיסה כפי שנעשו באותה עת, חיוני לצורך העתירה. זאת כיוון שאין להוציא מכלל אפשרות כי גם השטח שנתפס באמצעות צו תפיסה זה נועד, בראשיתו, לצורך הקמת התנחלות אזרחית על בסיס האחזות נח"ל כזו או אחרת.

17. כמנהג אותם הימים, גם צו התפיסה שסומן ת/5/78 לא נקב בתאריך לפקיעתו למרות החובה כי יהיה זמני. יצוין, כי ברבות השנים שונתה פרקטיקה זו אצל המשיבים, וזאת בעקבות פסיקתו של בית המשפט הנכבד, וצווי תפיסה המוצאים בשנים האחרונות נוקבים במועד פקיעה (ראו: בג"ץ 290/89 נעים חליל עיסא ג'וחא נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פ"ד מג(2) 116).

18. בית משפט נכבד זה פירש בעבר כי הסמכות של המשיב מס' 1 להוציא צווי תפיסה זמניים נובעת מהחריג לאיסור על פגיעה ברכוש הפרטי הקבוע בתקנה 23(g) לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית בדבר דינייה ונהגיה של המלחמה ביבשה (1907), הקובע כי אסור: (ההדגשה שלנו):

*"To destroy or seize the enemy's property, **unless** such destruction or **seizure be imperatively demanded by the necessities of war"***

19. כמובן, שצו תפיסה זה הינו זמני במהותו ועל-פי התפיסה המשפטית של דיני הכיבוש ניתן להוציאו רק אם הוא משרת צרכים ביטחוניים דחופים ולתקופת הזמן שצרכים אלה בתוקף.

20. על כל פנים, אכן במהלך שנות ה-70, ה-80 וכנראה גם שנות ה-90 שכן במקום מחנה צבאי, הוא מחנה ג'אלוד, בשטח מצומצם עד מאד ביחס לצו התפיסה.

תמונות של מיקומו של המחנה ביחס לצו התפיסה האמור, מצ"ב כנספח 3.

תמונות של אזור האנטנה והמחנה הנטוש מצ"ב ומסומנות כנספח 4.

21. ברם, מזה שנים רבות, המקום אינו משמש לצרכים צבאיים הכרחיים ודחופים, למעט מתקן תקשורת אשר צרכיו אינם ברורים וגם הוא אינו משתרע על שטח העולה על דונם אחד מתוך מאות הדונמים שנתפסו בתפיסה הצבאית המקורית.

22. העותרים יטענו כי בחלוף שלושים ושבע שנים (37!) מיום הוצאת צו התפיסה, כמו גם התפוגגותם של הצרכים הביטחוניים אין מנוס מביטול צו התפיסה ולהשיב להם ולתושבי הכפרים את הבעלות והחזקה באדמותיהם.

III. מיצוי הליכים

23. ביום 8.5.2015 פנו העותרים אל המשיב מס' 1 ואל היועץ המשפטי לאזור. בפנייה זו פרטו העותרים את מיקומו של צו התפיסה האמור, וטענו כי "משאין כל צורך או הצדקה בתפיסה הצבאית של אדמות אלה, תפיסה אשר הינה זמנית מצטבע, ברי כי יש להשיבם לבעליהם המקוריים".

העתק מפנייה זו של העותרים מצ"ב ומסומנת **כנספח 5**.

24. ביום 17.6.2015 התקבלה תשובת הביניים של היועץ המשפטי לאזור, בו נמסרה כי הבקשה הועברה לבחינת הגורמים המוסמכים ותיענה בהקדם.

העתק מתשובת ביניים זו של היועץ המשפטי לאזור מצ"ב ומסומנת **כנספח 6**.

25. בחלוף ארבעה חודשים, ומשבוששה התשובה להגיע, פנו העותרים פעם נוספת, ביום 18.10.2015 אל היועץ המשפטי לאזור, וביקשו לדעת מדוע לא יבוטל צו התפיסה האמור.

העתק מפנייתם הנוספת של העותרים מיום 18.10.2015 מצ"ב ומסומנת **כנספח 7**.

26. עד למועד כתיבת שורות אלו, בחלוף למעלה מחמישה חודשים לאחר פנייתם הראשונה של העותרים, ובחלוף כ-100 ימים ממועד מסירת תשובתם הלאקונית של המשיבים, טרם נתקבלה כל תשובה או התייחסות לגופם של דברים, וצו התפיסה טרם בוטל.

27. וכך, נכון לכתיבת שורות אלה – **כמעט ארבעה עשורים** לאחר הוצאת צו התפיסה; **לכל הפחות עשור שנים** מיום שהופסק השימוש האזרחי באדמות הכללות בצו זה; **כחמישה חודשים** לאחר הפנייה הראשונה מטעם העותרים; **וכארבעה חודשים** לאחר תשובתם היחידה של המשיבים – טרם התקבלה כל תשובה או התייחסות עניינית לדרישות העותרים.

28. ומשכך, לא נותרה לעותרים כל ברירה אלא לפנות לבית המשפט הנכבד, ומכאן עתירה זו.

I - המסגרת הנורמטיבית העליונה – דיני הכיבוש וסמכויות הכוח הכובש ביחס לרכוש הפרטי של תושבי האוכלוסייה המוגנת

29. עם כיבוש כוחות צה"ל את הגדה המערבית, הוחלו בשטח דיני התפיסה הלוחמתית, המהווים ענף של המשפט הבינלאומי ההומניטארי. 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 הכללים של המשפט הבינלאומי.

30. לענייננו, אמנת האג והתקנות הנספחות לה, אשר משקפות משפט בינלאומי מנהגי ועל כן חלה על פעילות צה"ל בשטחים הכבושים ומחייבת את רשויות מדינת ישראל לרבות את המשיבים (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), מתווה את עקרונות הבסיס בנוגע ליחסי כובש-נכבש ובנוגע לגבולות הכוח של המעצמה הכובשת בשטח כבוש. בבסיס אמנה זו עומדת תקנה 43, אשר מהווה "חוקה בזעיר אנפין" של דיני הכיבוש, (ראו לעניין זה: בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פד"י לו(2) 197), אשר קובעת כדלקמן:

"Art. 43. The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country."

31. כמו כן, חלים על האזור הוראות אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949, שעניינה הגנה על אזרחים במהלכו של סכסוך חמוש, כפי שחזר וקבע זה לא מכבר בית המשפט הנכבד, בבג"ץ 7957/04 זהראן יונס מחמד מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח', תק-על(3)2005, 3333, ולכל הפחות ההוראות ההומניטאריות של אמנה זו:

"אזורי יהודה והשומרון מוחזקים על ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית (belligerent occupation). זרועה הארוכה של המדינה באזור הוא המפקד הצבאי. אין הוא הריבון בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית (ראו פרשת בית סוריק, עמ' 832). כוחו בא לו מהמשפט הבינלאומי הפומבי הנוגע לתפיסה לוחמתית. משמעותה המשפטית של תפיסה זו היא כפולה: ראשית, המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל אינם חלים באזורים אלה. הם לא "סופחו" לישראל; שנית, המשטר המשפטי החל באזורים אלה נשלט על ידי המשפט הבינלאומי הפומבי העוסק בתפיסה לוחמתית (ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח' (טרם פורסם, פסקה 3 לפסק דין הרוב: להלן - פרשת המועצה האזורית חוף

עזה). במרכזו של משפט בינלאומי פומבי זה עומדות התקנות בדבר דיניה ומינהגיה של המלחמה ביבשה, הנספחות לאמנת האג הרביעית מ-1907 (להלן - תקנות האג). תקנות אלה משקפות משפט בינלאומי מינהגי. כן נקבעים דיני התפיסה הלוחמתית באמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה 1949 (להלן - אמנת ג'נבה הרביעית). מדינת ישראל נוהגת על פי החלקים ההומניטריים של אמנה זו. כך הודיעה הממשלה לבית משפט זה במספר רב של עתירות. לאור הודעה זו של ממשלת ישראל, איננו רואים צורך לבחון מחדש את עמדתה של ממשלת ישראל."

32. סמכותו של המפקד הצבאי לפגוע בקניינם של התושבים הפלסטינים המקומיים, לרבות תפיסת מקרקעין, נתונה לו מתוקף המשפט הבינלאומי של דיני הכיבוש. סמכות זו מהווה חריג יוצא דופן לכללים הקבועים בדין ההומניטארי, האוסר על פגיעה ברכושם של התושבים המקומיים.

33. כך נקבעו הכללים והסייגים הללו באמנת האג, בשתי הוראות נפרדות, הראשונה מתייחסת למצב של לחימה:

Art. 23. *In addition to the prohibitions provided by special Conventions, it is especially forbidden:*

[...]

(g) To destroy or seize the enemy's property, unless such destruction or seizure be imperatively demanded by the necessities of war;

34. ואילו השנייה, מתייחסת באופן ספציפי ביחס לטריטוריה המצויה תחת שלטון כיבוש:

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.

35. הוראה בעלת משמעות דומה מופיעה באמנת ג'נבה הרביעית, הקובעת, בסעיף 53, כדקלמן:

Art. 53 – Prohibited Destruction:

“Any destruction by the Occupying Power of real or personal property belonging individually or collectively to private persons, or to the State, or to other public authorities, or to social or cooperative organizations, is prohibited, except where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations”.

36. הדברים עצמם הינם – אז כמו גם היום – משפט בינלאומי מנהגי המחייב את מדינת ישראל על כלל רשויותיה ומהווה חלק ממשפטה הפנימי של המדינה.

37. אינדיקציה נוספת להיותו של הכלל וסייגיו חלק מהמשפט הבינלאומי ההומניטארי המנהגי, מופיעה באוגדן המרכז את הכללים המנהגיים של המשפט הבינלאומי ההומניטארי ("אוגדן הצלב האדום הבינלאומי") הקובע בכלל מס' 50 לאוגדן חוקים מנהגיים אלה, כי אין להרוס או לתפוס כל רכוש של הצד שכנגד, אלא היכן שהדבר נדרש לצרכי בטחון הכרחיים ובכלל 51 מעגן את רעיון התפיסה של אדמה לצרכים צבאיים. וזו לשון הכלל:

Rule 50: The destruction or seizure of the property of an adversary is prohibited, unless required by imperative military necessity.

ובהמשך, כלל 51 מורה אותנו כדלקמן:

Rule 51. In occupied territory:

[...]

(c) private property must be respected and may not be confiscated; except where destruction or seizure of such property is required by imperative military necessity.

See: J.M Henckaerts and L. Doswald-Beck, **Customary International Humanitarian Law**, Volume I: Rules (Cambridge University Press and ICRC, 2005), p. 175-183.

38. דברים אלה אינם זרים לבית המשפט הנכבד, אשר נטה לקבל גישה זו גם בשורה של פסקי דין שיצאו תחת ידו בעשורים האחרונים. עוד בתחילת שנות ה-70 של המאה שעברה, העוסק בתפיסת אדמות הבדויים בפתחת רפיח, קבע בית המשפט את הדברים הבאים (הדגשות הוספו, ש.ז.):

"תקנה 46 של תקנות האג מחייבת שמירת הרכוש הפרטי ואוסרת על הפקעת רכוש פרטי, וכן אוסר סעיף 53 של אמנת ג'נבה הריסת נכסי דניידי ודלא ניידים בשטח הכיבוש. במקרה דנן לא הופקעה הבעלות ברכוש אלא נתפסה החזקה באדמות, וממילא קיים גם כאן סייג גורף בתקנה 23 (ז) של תקנות האג האוסרת הריסת רכוש האוייב או תפיסתו, אלא אם הריסה או תפיסה כזאת דרושות בהכרח מפאת צרכי המלחמה (ובמקביל ראה סעיף 53, סיפא, של אמנת ג'נבה)."

(ראו: בג"ץ 302/72, בג"ץ 306/72 שיח' סולימאן חסיין עודה אבו חילו, ו-1 אח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2), 169, 178-179 (1973))

39. סוגית תפיסתם של אדמות פרטיות לצרכי הקמתן של התנחלויות המשיכה להגיע לפתחו של בית המשפט הנכבד עוד מס' פעמים: בפרשת איוב אשר עסקה בהקמתה של ההתנחלות בית

אל, נקבע כי הואיל והקמת היישוב מתיישבת עם תפיסת ההגנה המרחבית אשר רווחה באותה
עת, אין לפסול את התפיסה הצבאית (בג"ץ 606/78 הנזכר לעיל, בעמ' 125); יחד עם זאת, על פי
קביעת בית המשפט באותו פסק דין בעניין **אויב**, נקבע כי לבעלי האדמות הזכות לבקש ולדרוש
בכל הנוגע למתרחש על אדמותיהם. מעמדם של הבעלים על השטח לא נשלל כלל ועיקר בשל
התפיסה הצבאית (שהיא, מטבעה, זמנית, יש לזכור):

"הטענות בצו המתייחס לפרשת בית-אל (צו תפיסת מקרקעין (1/70) מ-
16.2.1970) **נאמר במפורש שהוא ניתן כיוון שהדבר דרוש, לדעת מפקד
האזור, "לצרכים צבאיים הכרחיים ודחופים"**.
[...]

"וכבר כאן מקום עימי להדגיש כי תפיסת מקרקעים כנגד תמורה
(*seizure, או requisition* כפי שעוד יוסבר), אין פירושה החרמה
(*confiscation*). **בעלותם של העותרים לא נשללה מהם כלל ועיקר"**.

(פסק הדין בעניין **אויב**, שם, בעמ' 116-117; הדגשות הוספו, ש.ז.)

ובהמשך פסק הדין –

"המשיבים טענו, בין היתר, שאם אין פסול בתפיסת המקרקעין ובסגירתם בפני
העותרים. אין להם פתחון פה להתלונן על השימוש, ואם כך, זכות עמידתם
מניין? **אך טענה זו אינה נראית לנו. כבעלי זכות הקניין רשאים העותרים
לשאול, מה מתרחש על רכושם"**.

(שם, בעמ' 117-118; הדגשות הוספו, ש.ז.)

40. כפי שפרטנו עוד במסגרת החלק העובדתי, מספר חודשים לאחר מתן פסק דין זה בעניין **אויב**,
בפרשת **דויקאט**, שהוזכרה לעיל, פסל בית המשפט העליון, בהרכב של חמישה שופטים, את
הפרקטיקה של תפיסת אדמות לצורך הקמתם של יישובים אזרחיים, מן הטעם שתפיסת
אדמות לצורך הקמתו של יישוב אזרחי אינה בעלת טעם צבאי ועל כן לא ניתן לתפוס אדמות
פרטיות לצורך זה.

41. גם בפסיקות עדכניות יותר, ובייחוד פסיקות מהעשור האחרון, חזר וקבע בית המשפט כי
תפיסת שטחים לצרכים צבאיים, אמורה להתבצע לנוכח קיומם של צרכים צבאיים הכרחיים
ודחופים, **ואלה בלבד** (ראו, למשל, בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל** שהוזכר
לעיל), ולא היכן שהם מערבים שיקולים צבאיים יחד עם שיקולים אחרים (ראו, למשל, בג"ץ
2732/05 **ראש מועצת הכפר עזון ואח' נגד ממשלת ישראל ואח'** [פסק הדין מיום 15.6.2006]).

42. הכלל ביחס לרכוש האוכלוסייה המקומית הכבושה הוא, אם כן, כי אין לפגוע ברכוש זה, ואין
להחרימו לתפוס בו חזקה, למעט במקרים בהם הדבר נדרש לצרכים צבאיים, הכרחיים
ודחופים. היכן שאין המדובר בצרכים צבאיים הכרחיים ודחופים, וצרכים אלה בלבד, אין כל
עילה לתפוס את האדמות.

43. זאת ועוד – כפי שקבעה הפסיקה בעבר, היכן שניתן לעשות כן, יש לקצוב זמן מוגדר לעניין תוקפו של הצו ולא להותירו לעולמי עד. כפי שקבע כב' נשיא בית המשפט, השופט שמגר, בבג"ץ 290/89 בעניין ג'וחא שהוזכר לעיל:

”היה ותידרש הארכה בשל המשך קיומן של הנסיבות שחייבו את התפיסה מעיקרה, הרי מסורה סמכות כגון זו בידי המשיב; אולם, מאחר שמדובר על מקרקעין רכוש הפרט, מן הראוי לבטא את הזמניות של התפיסה על-ידי קציבתו של זמן בתוך הצו.”

44. המשיב לא מצא לנכון לא לבטל את הצו ולא לקצוב את תוקפו. בפועל, תפיסה צבאית שנועדה למטרות עלומות, וממילא אינה בשימוש בשנים האחרונות, אשר אין מחלוקת כי היא פוגעת ברכוש הפרט והקהילות המיוצגות על ידי העותרים, הפכה בפועל להפקעה. זאת, בניגוד לדין ובניגוד לפסיקתו של בית המשפט הנכבד.

II – המסגרות הנורמטיביות המשלימות: דיני זכויות האדם הבינלאומיים והמשפט החוקתי והמנהלי הישראלי

45. מעבר להוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי, הרי שזכות הקניין וחובת ההגנה עליה, מעוגנת גם במסגרת דיני זכויות האדם הבינלאומיים וכן במסגרת החוקתית של מדינת ישראל.

(א) על תחולת דיני זכויות האדם הבינלאומיים בגדה המערבית

46. משפט זכויות האדם הבינלאומי כולל בין היתר גם את אמנת האו"ם הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות (1966) ואמנת האו"ם בדבר זכויות כלכליות וחברתיות (1966), אמנות שמדינת ישראל חתמה עליהן ואשררה אותן בשנת 1991. 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 7957/04 זהראן יונס מחמד מראעבה ואח' נגד ראש ממשלת ישראל ואח' פסקה 56, 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 ובפרט דיני הכיבוש (ראו-

- *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.*

47. 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 חברה חתומה (בין החלטות אלו ניתן למנות, 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)*

48. מכל האמור עולה כי משפט זכויות האדם הבינלאומי חל גם הוא על המקרה דנן והאיסורים על פגיעה בזכויות היסוד של הפלסטינים, כמו גם חובות השלטון להגן על זכויות אלו, נובעים גם ממנו.

49. בית המשפט הנכבד הכיר בתחולתן של זכויות יסוד מכוח משפט זכויות האדם הבינלאומי בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית גם במקרים נוספים אחרים. לא אחת נקבע כי זכויות יסוד של אדם או של קבוצת בני אדם חלות גם בעת מלחמה (וראו למשל דברי השופטת א' פרוקצ'יה, בפסק הדין בבג"ץ 10356/02 יואב הס נ' מפקד כוחות צ"ל בגדה המערבית (טרם פורסם) (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 במסגרת בג"ץ 3969/06 ראש מועצת הכפר דיר סאמט, מוחמד עבד מחמוד אלחרוב ואח' נגד מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח' (טרם פורסם; [22.10.2009]. להלן: **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 בייניש:

"17. באשר לזכויות האדם של האוכלוסייה המקומית, אין חולק כי על 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**))."

50. עולה מכל אלו, כי משפט זכויות האדם הבינלאומי ועקרונותיו הכלליים חלים בכל שטח שבו יש למדינת ישראל (באמצעות המשיבים) שליטה אפקטיבית. אין ולא יכול להיות ספק שלישראל שליטה אפקטיבית ייחודית ובלעדית בשטחי C, בו ממוקמות האדמות החקלאיות של הכפרים דומא, קצרא וג'אלוד, אשר נתפסו במסגרת צו התפיסה.

51. הזכות לקניין עצמה מוכרת כזכות בסיסית במסגרת דיני זכויות האדם הבינלאומיים. גם במקרה זה 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 לזכויות אדם משנת 1948: *Article 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.

52. אין ולא יכולה להיות מחלוקת כי צו התפיסה עצמו מהווה פגיעה בקניין. הגם שפגיעה זו מותרת לעיתים בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי כפי שהוסבר לעיל, הרי שעצם הותרת התפיסה על כנה גם כאשר הקרקע התפוסה אינה בשימוש מזה זמן רב, מהווה פגיעה שרירותית ובלתי מידתית בזכויותיהם של העותרים ותושבי הכפרים בסביבתם.

(ב) על תחולת המערכת המשפטית המנהלית והישראלית על פעולות המשיב ברחבי הגדה

המערבית

53. לצד מערכות הדינים הבינלאומיות, מחויבות מדינת ישראל ורשויותיה לרבות המשיבים 1-4 בעקרונות החוקתיים והמנהליים של מדינת ישראל ובכלל זאת בכיבוד זכויות היסוד שעוגנו בחוקתה החלקית. הגם שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו חלק מדיני הגדה המערבית, העקרונות החוקתיים והמנהליים שהוא מתווה מטילים חובות על כל רשויות השלטון הישראליות בפועל וגם מחוץ לגבולותיה הריבוניים של מדינת ישראל. בית המשפט הנכבד קבע לא אחת, כי עקרונות חוקתיים ועקרונות 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 והשומרון**, פ"ד לז(2), 197, (בעמ' 226-227) בג"ץ 358/88 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז**, פ"ד מג(2), 529, 539-540 (1989), בג"ץ 7015/02 **כיפאח מחמד אחמד עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח'**, תק-על 2002(3), 1021, 1025 (2002); בג"ץ 5973/92 **האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' שר הבטחון**, פ"ד מז(1), 267, (1993); בג"ץ 10356/02 **יואב הס ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלוף פיקוד מרכז**, פ"ד נח(3), 443 (2004).

54. חרף הימנעות מהחלה מלאה של חוקי היסוד בשטח הכבוש, בית המשפט הנכבד בחן לא פעם את הפגיעה בזכויות חוקתיות כזכות הקניין, 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:

"[...]. בניית גדר טומנות בחובן פגיעה בזכויות הפרט. יש בהן כדי לפגוע בזכות 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 בבג"ץ 7957/04 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].

55. 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 רשויות את החובה להגן עליהן.

56. על פי האמור בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו בסעיף 3, הזכות לקניין עומדת לכל אדם באשר הוא אדם, הנתון לסמכויותיה של רשות ישראלית. על פי סעיף 11 לחוק זה, כל אחת מרשויות השלטון מחויבת לכבד זכות זו.

II – מן הכלל אל הפרט:

57. כמפורט לעיל, תפיסת אדמות הכפרים ג'אלוד, דומא וקצרא ותושביהם, נעשתה בראשית שנת 1978 תוך כדי שימוש בצו התפיסה הצבאי שהוצא לאדמות עוד באותה שנה. הצורך הביטחוני "ההכרחי והדחוף" מצא את דרכו לשימוש חלקי במאות הדונמים שנתפסו, וגם שימוש זה אינו מצוי כיום בפועל.

58. יוער, כי סמכויות המשיבים הינן זמניות מטבען, כמו גם התפיסה הלוחמתית שהיא זמנית מטבעה (וראו לעניין זה בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נגד ממשלת ישראל ואח' [30.6.2004]). כפי שעולה מעתירה זו, פרק זמן המדובר צופן בחובו כמעט 40 שנים בהן הקרקע הייתה תפוסה, תפוסה עבור צורך "הכרחי ודחוף", שעל פניו אינו קיים, כאמור, והמשיבים לא טרחו לטעון במסגרת מיצוי ההליכים שקדם להגשת העתירה כי קיים צורך כאמור כיום, בוודאי לא ביחס לכלל השטח התפוס.

59. משנתפסה הקרקע, לצרכים צבאיים הכרחיים ודחופים, נתפסה זו אך ורק לאותו פרק זמן הנדרש ורק עבור אותו צורך צבאי, הכרחי ודחוף הנדרש. אין המדובר בהפקעה, המנתקת את הקשר בין בעלי הקרקע ובין הקרקע (הגם שהפסיקה הישראלית קבעה במפורש כי גם הפקעה – היכן שלא נעשה בה שימוש עבור המטרות עבורן הופקעה – אינה מנתקת את הזיקה הקניינית בין הבעלים המקורים ובין הקרקע, וראו לעניין זה פסק הדין בעניין בג"ץ 2390/96 יהודית קרסיק ואח' נגד מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל ואח', פד"י נה(2) 625 [13.2.2001]).

60. אולם המטרה שבבסיס התפיסה הצבאית – אינה קיימת יותר. מטרה זו התאינה ונגוזה. הצורך הביטחוני "ההכרחי והדחוף" אינו קיים עוד. אין בשטח בסיס צבאי; לכל היותר מתקן תקשורת, המשתרע על שברירי אחוזים מהשטח הנתפס, וגם מטרותיו אינן ברורות האם משמש לצורך צבאי או אזרחי.

61. אם כן, ניתן לראות כי על פי המשפט ההומניטארי הבינ"ל וכן על פי פסיקת בית המשפט הנכבד, מוכרת ומעוגנת זכותם של העותרים לשמירה על קניינם, הגם שקניינם זה נתפס לצרכים צבאיים. במקביל, מוטלת לפתחו של המשיב החובה לשמור על הקרקעות שנתפסו

לצרכים צבאיים ולדאוג שזה השימוש היחיד שייעשה בהם, או לכל הפחות להבטיח שלא תעשה פגיעה בהם.

62. עמדה זו אף מקבלת חיזוק לאור תחולתם של הוראות המשפט הבינלאומי בדבר דיני זכויות האדם והוראות המשפט החוקתי של מדינת ישראל, המעלים על נס את חובת ההגנה והשמירה על זכות הקניין של הפרט. אי ביטול התפיסה מהווה צעד שרירותי אשר אינו מידתי, ודיני פסלות.

63. לצערם של העותרים, המשיב טרם מצא לנכון להשיב את הקרקע אל בעליה וכך נמנעת מהבעלים ההנאה מקניינם.

64. משכך, עמדת העותרים היא כי לאור סיומה של מטרת התפיסה, אין כל מנוס, שלא לומר קיימת החובה על המשיב, להורות על בטלותם של צווי התפיסה, ולהשיב לעותרים את חזקה בקרקעותיהם כשהם נקיים מכל חפץ, כפי שהיו עובר לתפיסתם על ידי המשיב.

ד. הסעד המבוקש

65. המצב המתואר בעתירה זו מהווה להבנת העותרים הפרה של דיני התפיסה הלוחמתית, ואינו סביר גם בפריזמה המנהלית. הותרת התפיסה הצבאית בשטח על כנה על כל המשתמע מכך מהווה התעלמות מוחלטת מהחובות המוטלות על המשיב על פי הדין ההומניטארי הבינלאומי, משפט זכויות האדם הבינלאומי וכן כללי המשפט המנהלי הישראלי אשר חלים על המשיב.

66. נכון לכתובת שורות אלה, חצי שנה לאחר הפנייה הראשונה אל המשיב ונציגיו, טרם התקבלה כל התייחסות עניינית לבקשה לביטולם של צווי התפיסה. לעותרים, אם כן לא נותרה כל ברירה למעט פנייה לבית המשפט הנכבד, על מנת שיכריז על בטלותם של צווי התפיסה, ויורה על השבת האדמות לבעליהם.

לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על-תנאי כמבוקש בפתח העתירה ולאחר קבלת תגובת המשיבים ודיון, להפכו למוחלט.

בנוסף, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרים ובשכר טרחת עורכי-דינם, בתוספת מע"מ וריבית כחוק.

העובדות המפורטות בעתירה זו נתמכות בתצהירו של העותר מס' 1 וכן בתצהירו של מר פיראס עלאמי מטעם ארגון "יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם"

תאריך: 10.11.2015

שלומי זכריה, עו"ד

ב"כ העותרים