

1. ראש מועצת הכפר ג'בע, עבד-אל-כרים מוחמד עבד-אל-כרים בשאראת

2. סגן ראש מועצת הכפר, ג'בע עומר סעיד צבאח תואם,

באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או שלומי זכריה ו/או נטע פטריק ו/או אבישר לב ו/או אמילי שפר ו/או מוחמד שקיר, כולם מטעם "יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם", מרח' אחד העם 49, תל-אביב 65206; טל: 03-6206950, פקס: 03-6206947/8/9

העותרים

-- נגד --

1. אלוף פיקוד מרכז, האלוף אבי מזרחי

2. ראש המנהל האזרחי, תא"ל יואב מרדכי

באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, משרד המשפטים, רח' סלאח א-דין, ירושלים

3. אדם – אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות קהילתית בע"מ, מס' אגודה שיתופית 3-002899-57, ד.נ. מזרח בנימין 90632, טלפון: 02-6566036, פקס: 02-5851980

המשיבים

4. מועצה אזורית מטה בנימין, פסגות, ד.נ. מזרח בנימין 90624, טלפון: 02.9977105, פקס: 02.9973113

עתירה לצו על תנאי

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם, באם יחפצו,

(א) למשיבים 1-2: מדוע לא ינקטו בכל הפעולות הנדרשות על מנת לאפשר לעותרים ולתושבי הכפר ג'בע (להלן: "הכפר"), אותם הם מייצגים, להגיע אל האדמות שבבעלותם (להלן: "האדמות הכלואות") אשר כלואות בתוך מערך הגדרות ההיקפיות וכבישי העפר שלצידם

של ההתנחלות "גבע בנימין-אדם" (להלן "ההתנחלות") ולעבד אדמות אלו ללא הפרעה. ומבלי לפגוע בכלליות האמור:

I. מדוע לא ינקטו בפעולות הנדרשות כדי להסיר את הגדרות ודרכי העפר שנבנו באופן בלתי חוקי סביב האדמות הכלואות של הכפר (להלן: "הגדר"), בסמוך להתנחלות. הגדר מסומנת בתצלום האוויר המצ"ב כנספח 1.

II. מדוע לא ינקטו בפעולות הנדרשות כדי להגן על החקלאים מהכפר ג'בע המבקשים להגיע לאדמותיהם, ובכלל זאת באמצעות הקצאת כוחות שילוו את החקלאים ויגנו עליהם באופן קבוע, תוך אבטחת עמלם ויבוליהם.

(ב) למשיבות 3-4: מדוע לא תסירנה לאלתר את הגדר ותשיבנה את המצב לקדמותו ובכלל זאת ע"י מילוי הדרכים שנפרצו באדמה המתאימה לחקלאות, וכן מדוע לא תימנענה וימנעו חברי המשיבה מס' 3 מכל פעולה המונעת את גישתם של העותרים ותושבי כפרם אל האדמות הכלואות.

א. פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו במניעת הגישה של העותרים ורבים מתושבי כפרם, פלסטינים תושבי הכפר ג'בע המצוי בנפת רמאללה בגדה המערבית, **לאדמותיהם החקלאיות הפרטיות**. מניעת הגישה נוצרה כתוצאה ישירה מהקמתה הבלתי חוקית ונעדרת ההיתרים של מערכת גדרות וכבישי פטרול סביב ההתנחלות גבע בנימין-אדם, אשר מפרידים בין העותרים ותושבי כפרם ולבין אדמותיהם.
2. הקמת הגדרות נעשתה, ככל הנראה, על-ידי המשיבה מס' 3 ו/או המשיבה מס' 4 או מי מטעמן, ומבלי שהמשיבים 1-2 ינקפו אצבע על מנת למנוע פעולה עבריינית זו או לפעול כנגדה בזמן אמת או בדיעבד. משיבים 1-2, אם-כן, נמנעים זה שנים מלנקוט בפעולות הנדרשות כדי להבטיח את מימוש זכויותיהם של העותרים ותושבי כפרם, תושבים מוגנים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית.
3. העותרים ותושבי הכפר אותם הם מייצגים בעתירה זו, הינם חקלאים אשר אחד ממקורות פרנסתם העיקריים הייתה האדמה אשר אליה הם מנועים מלהגיע זה מספר שנים.
4. מניעת גישה זו, מעבר להיותה פגיעה קשה בקניינם של העותרים, בפרנסתם ובאורח חייהם, מהווה אקט של סיפוח זוחל של האדמות אל ההתנחלות הסמוכה גבע בנימין-אדם. הסיפוח האמור נמשך ללא כל תגובה אכיפתית אפקטיבית של הרשויות האמונות על שלטון החוק באזור זה. אותן רשויות אשר אמונות על מתן ההגנה לאזרחים המוגנים המצויים בשטח הנתון לשליטתם וזאת למרות שברי כי הגידור נעשה שלא כדין.
5. עתירה זו הינה לפיכך בעלת שני ראשים – **הראשון** דורש את הריסתה של הגדר אשר נבנתה שלא כדין על אדמותיהם הפרטיות של תושבי הכפר ג'בע, תוך 'כליאת' מאות דונמים של אדמות פרטיות בשטח שבינה לבין גבול השפוט הרשמי של ההתנחלות. **ראשה השני** של העתירה דורש את חיובם של המשיבים 1-2 לנקוט בכל האמצעים הנדרשים לצורך הבטחת חופש התנועה ויכולת הגישה של העותרים ותושבי כפרם לאדמותיהם ועיבודן ללא הפרעה ומבלי שיחששו לשלומם ולבטחונם או לפרי עמלם.

ב. החלק העובדתי

I. הצדדים לעתירה

6. העותרים, ראש מועצת הכפר ג'בע, מר עבד אל כרים מוחמד עבד אל כרים בשאראת, וסגנו, ממלא מקום ראש מועצת הכפר, מר עומר סעיד צבאח תואם, הינם תושבי הכפר ג'בע, המצוי בנפת רמאללה בגדה המערבית.

7. במהלך השנים האחרונות, ובפרט לאחר שנת 2002, ראו העותרים ותושבי הכפר כיצד האדמות שבבעלותם, אדמות בבעלות פרטית אשר שימשו מזה עשרות בשנים לעיבוד חקלאי והיוו מקור פרנסה מרכזי לתושבי הכפר, נחסמות בפניהם והכל בשל גידור בלתי חוקי שהתבצע ככל הנראה על ידי גורמים מטעם המשיבה מס' 3. על מניעת הגישה השיטתית ועל הפסקת העיבוד החקלאי של האדמות עובר לגידור זה, נרחיב בהמשך העתירה.

צילום אוויר ועליו ציון באמצעות קו כחול של תחום שטח השיפוט של ההתנחלות גבע בנימין-אדם, הגידור הבלתי חוקי מצויין בקו אדום והשטחים הפרטיים הכלואים בין הגידור ובין שטח השיפוט מצ"ב לעתירה ומסומן כנספח 1.

8. המשיב מס' 1 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 ההומניטארי הבינלאומי ולדיני התפיסה הלוחמתית. בפרט, אמון המשיב 1 על שמירת הסדר הציבורי והגנה על רכוש התושבים באזור הנתון לתפיסה לוחמתית, כפי שיוסבר בהמשך העתירה.

9. המשיב מס' 2 הינו ראש המינהל האזרחי, לו אצל המשיב מס' 1 את סמכויות הניהול של החיים האזרחיים בשטחים הכבושים. בין היתר אמון המשיב מס' 2 על אכיפת חוקי התכנון והבנייה החלים באזור, וכן על ניהול חיים תקינים של התשובים המוגנים בשטח ואדמותיהם.

10. המשיבה מספר 3, האגודה השיתופית אדם, הינה המסגרת המשפטית בה מאוגדים תושבי ההתנחלות גבע בנימין-אדם, המצויה בתחומי המועצה האזורית מטה בנימין. התנחלות זו הוקמה בשנת 1984. צירוף המשיבה מס' 3 נעשה מטעמי זהירות בלבד.

11. המשיבה מס' 4, המועצה האזורית מטה בנימין, בתחומה ממוקמת האגודה השיתופית גבע בנימין, ובתחומיה נעשתה פעולת הגידור הבלתי חוקית, כפי שיתואר להלן. צירוף המשיבה מס' 4 נעשה אף הוא מטעמי זהירות בלבד.

12. ככל שהדבר ידוע לעותרים, גורמים במשיבות מס' 3-4 ו/או מטעמן הם הגורמים האחראים

לבניית הגדר ההקפית הכוללת בתוכה את אדמות הכפר ג'בע, על אדמות פרטיות, תוך כדי הסגת גבול ומעשה גזל של ממש, וזאת ללא היתר נדרש כדין. עם זאת, צירופן של משיבות אלו נעשה מטעמי זהירות בלבד, ואם אלו תטענה כי אינן עומדות מאחורי הגידור וכי אינן מתנגדות להסרתן, יסכימו העותרים למחיקתן מהעתירה.

13. יצויין לצורך שלמות התמונה, כי בתחומי ההתנחלות מצויים כ-145 דונם של אדמות פרטיות של תושבי הכפר ג'בע, אשר יוצרות מובלעות אשר אינן חלק משטח השיפוט של הישוב והמועצה האזורית; ברם, גם אל מובלעות אלו מנועים בעלי האדמות להגיע, וברבות השנים אף החלה בנייה של מספר מבני ציבור באדמות פרטיות אלו. נדגיש כי מבני ציבור הללו עומדים במקומם אף היום. דברים אלו נקבעו בדו"ח מסד הנתונים אשר חובר על ידי תא"ל (במיל') ברוך שפיגל עבור משרד הביטחון עוד בשנת 2006. העתק מהעמודים המיוחסים להתנחלות גבע בנימין-אדם מצ"ב לעתירה זו ומסומנים כנספח 2.

II – תופעת הגידור הבלתי חוקי של התנחלויות בשטחי בגדה המערבית

14. בשנים האחרונות אנו עדים להאצת התופעה של סיפוח דה-פקטו של שטחים נרחבים, חלקם בבעלות פלסטינית וחלקם מוגדרים כאדמות ציבוריות, להתנחלויות שונות ברחבי הגדה המערבית, באמצעות מניעת גישת פלסטינים אליהם. למעשה, ההרחבה המלאכותית והבלתי חוקית של שטחי ההתנחלות מחד, ומניעת הגישה של פלסטינים לאדמותיהם (ומניעת מעבר של פלסטינים דרך אדמות ציבוריות), מאידך – הם שתי מטרות השלובות זו בזו. במהלך שנות האינתיפאדה השנייה, השימוש בפרקטיקות שייעודן מניעת גישה כאמור של פלסטינים לאדמותיהם, תוך הרחבת "שטחי השליטה" של התנחלויות, הואץ מאוד והפך לנפוץ ביותר. דוגמאות לפרקטיקה נפסדת זו ניתן למצוא סביב עשרות התנחלויות בגדה המערבית.

15. מניעת הגישה מושגת בדרכים שונות, החל מיצירת מכשולים פיזיים דוגמת גדרות וכבישי טבעת שלאורכם תאורה והיא נמשכת לא פעם באמצעות הפעלת אלימות פיזית של ממש שמטרתה להרתיע בעלי אדמות מלהגיע לאדמותיהם. השטחים מנועי הגישה משמשים לא אחת הן להקמת מאחזים חדשים והן ל"עיבויין" המלאכותי של התנחלויות קיימות ברחבי הגדה המערבית. עו"ד טליה ששון התייחסה בדו"ח שחיברה בנוגע למאחזים הבלתי מורשים לא אחת לסוגיית הגידור הבלתי חוקי כאמצעי למניעת גישה ולהרחבת התנחלויות:

"לא פעם חזינו בהשתלטות מתנחלים על קרקעות פלסטיניות פרטיות – בדרך של עיבוד הקרקע; נטיעה וזריעה; ישיבה פיזית בשטח תוך יצירת איום, גידור השטח ומניעת גישה; סלילת דרכים; הצבת עמודי תאורה; הצבת מבנים וקרוונים; השתלטות על מערות ועוד."

(חוות דעת (ביניים) מאחזים בלתי מורשים, 2005; להלן: "דו"ח ששון", עמ' 186; הדגשות הוספו, מ.ס., ש.ז., א.ל.)

וגם :

"תופעת המאחזים הבלתי מורשים באה לידי ביטוי באלה :
תפיסת חזקה במקרקעין שלא כדין הבאה לידי ביטוי בגידור קרקעות; פריצת דרכים; הצבת מבנים כמו מגדל מים, אנטנות, עמודי חשמל; פתוח הקרקע כולל חישוב והכנת תשתיות; עיבוד הקרקע, זריעה, נטיעה, רעייה בקרקע, מניעת גישה תוך יצירת איום"

(שם, בעמ' 269)

ובמקום אחר בדו"ח נאמרו הדברים המפורשים הבאים :

"תפיסת קרקעות פרטיות וקרקעות סקר יכולה להיות גם שלא לצורך הקמת המאחז עצמו. לעיתים נתפסות קרקעות בידי ישראלים, למטרות חזקה ועיבוד. לעיתים הקרקעות הללו סמוכות למאחז ולעיתים מרוחקות ממנו.
תכלית זו של תפיסת חזקה בקרקע מושגת על ידי עיבוד הקרקע, נטיעה, זריעה, רעייה, ישיבה פיזית בקרקע, **גידור, מניעת גישה**, סלילת דרכים, הצבת עמודי תאורה הצבת מבנים, השתלטות על מערות, ובדרכים אחרות. כאשר נתפסות קרקעות פרטיות של פלסטינים על ידי מתנחלים, מתברר כי ההגנות המשפטיות העומדות להם אינן אפקטיביות."

(שם, עמ' 312-313; הדגשות הוספו, מ.ס., ש.ז., א.ל.).

העמודים הרלוונטיים מדו"ח ששון מצ"ב ומסומנים **כנספח 3**.

16. כאמור, למרות שדו"ח ששון עוסק במאחזים בלבד, הרי ששיטות אלו שרירות וקיימות גם בנוגע להתנחלויות רשמיות הקיימות בגדה המערבית. בנוגע למניעת גישה סיסטמטית זו יצא זה לא מכבר דו"ח מטעם ארגון זכויות האדם "בצלם" הסוקר את התופעה וממדיה :

"אדמה שדודה: חסימת הגישה של פלסטינים לקרקע סביב ההתנחלויות", **בצלם**, ספטמבר 2008.

17. כפי שעולה מהדו"ח, סלילת כבישים וגידור שטחים נרחבים הינם עניין שבשגרה והם נעשים על ידי מתנחלים ועל ידי ההתנחלויות עצמן, לעיתים בגיבוי המשיבים 1-2 או תוך הנאה משתיקים וחדלונם מלפעול אקטיבית נגד התופעות האמורות.

18. יצויין, כי מהרגע שהגידור הושלם, ברובם הגדול של המקרים מנועים בעלי האדמות להגיע באופן חופשי (ולרוב אף להגיע כלל) אל אדמותיהם ולעבדם. המעבר הרגלי הופך לבלתי

אפשרי והמעבר בכלי רכב חקלאי הוא אף מסובך יותר. המשיבים 1-2 אינם ממהרים לסייע לבעלי האדמות להגיע אליהן, והיכן שהמדובר באדמות בבעלות פרטית אשר אינן מוסדרות, הסיכוי לגבור על המחסומים הפיסיים דוגמת הגדר, או סורים 'עצמאיים' וחמושים המתבצעים על ידי תושבי ההתנחלויות כדי למנוע את הגישה, הינו אפסי.

19. **למעשה, הגידור יוצר מציאות. גם הצבא וגם המשטרה מתייחסים לגידור הקיים ולא תמיד מתעניינים במצב המשפטי הפורמאלי. השטח המגודר הוא נתון שעימו קשה להתווכח ולא אחת גורמי אכיפת החוק דווקא מסייעים לאנשי ההתנחלויות להרחיק פלסטינים המנסים להגיע לשטח המגודר.**

20. לעיתים, התנהלות זו של מניעת גישה ויצירת מחסומי-מעבר לצורך הגדלת היקפו של האזור ה"סטרילי מפלסטינים" סביב ההתנחלויות, מסתייעת באופן פורמאלי בצבא אשר מוציא צווי תפיסת שטח ויוצר את מה שידוע בכינויו "שב"ם" (שטח בטחוני מיוחד). **כפי שנראה להלן, אין זה המצב בעתירה זו.**

III – במבט ממוקד: מניעת הגישה לאדמות הכפר ג'בע על-ידי הגדר של ההתנחלות גבע בנימין-אדם, כרוניקה של התפשטות ידועה מראש

21. במשך דורות עיבדו תושבי הכפר ג'בע, בני משפחתם ו/או מי מטעמם את האדמות שנמצאות בבעלותם הפרטית מצפון למה שכיום הינה ההתנחלות גבע-בנימין.

22. יוער, שככל שהדבר נוגע לסטטוס האדמות בכפר, הרי שעובר לכניסת כוחות צה"ל לגדה וכיבושה, האזור היה קרוב להשלמת תהליך הסדר קרקעות ואף נערך לוח תביעות לקראת הסדרת המקרקעין. היות וצה"ל הקפיא את ההסדר, ההליך טרם הושלם ובהתאם לפילוסופיית הזמניות של הכיבוש, כנראה שגם לא יושלם כל עוד השטח מצוי במצב של "תפיסה לוחמתית".

23. עד לשנת 2000 עובדו האדמות נשוא עתירה זו ע"י תושבי הכפר ג'בע. הם גידלו במקום גדולי שדה עונתיים הכוללים ירקות ופירות, בעיקר חיטה ושעורה, כמו גם שימושן של האדמות למרעה.

24. החל משנת 2000, עם פרוץ האינתיפאדה השנייה, הוערמו על תושבי ג'בע קשיים שמנעו באופן הדרגתי וגובר את גישתם לקרקע עד שהוקמה הגדר בשנים 2002-2003 וגישתם נמנעה לחלוטין.

25. שטח האדמות הכלואות מעבר לגדר עומד על כ-394 דונם והן מהוות כשליש משטחי האדמות החקלאיות של הכפר. למעלה מ-80% ממשפחות הכפר הינן בעלות זכויות באדמות הכלואות, ונהגו להתפרנס מיבולי אדמות אלה עד להקמת הגדר. השימוש שנעשה באדמות

הכלואות בעבר כלל גידולים עונתיים שונים של ירקות, תבואה, חיטה ושעורה, כמו גם שימושים למרעה.

26. מאז ועד היום, תקופה של למעלה משש שנים, לא צלחו נסיונותיהם של העותרים ותושבי הכפר להגיע לאדמותיהם ולעבדם. כל שנותר להם הוא להביט אל האופק ולראות כיצד אדמותיהם אשר עובדו במשך שנים, הולכות ונהפכות אדמות בור, והכל כתוצאה מפעילות לא-חוקית אשר דבר לא נעשה על ידי רשויות אכיפת החוק על מנת למנוע אותה.

תצלומים המראים את מצב עיבוד הקרקע בין השנים 1997-2008 מצ"ב לעתירה זו ומסומנים כנספחים **א4-א4**.

27. הצילומים מדברים בעד עצמם, כל צילום כאלף מילים. מהצבת הצילומים זה לצד זה לפי סדר השנים נחשפת בבירור האמת העגומה כי האדמות היו מעובדות וחרושות, יד אדם ניכרת בהם בבירור עד שנת 2003. מאז שנה זו, מועד הקמת הגדר הבלתי חוקית על ידי המשיבה מס' 3 או גורמים מטעמה, העזובה משתלטת על האדמות, הן משחירות ועשבים שוטים כובשים אותן.

28. מצילומי האויר ניתן לראות כי עד לשנת 2002, עת נסלל הכביש הטבעתי העוקף מצפון להתנחלות, החלקות הסמוכות להתנחלות עובדו על ידי בעלי האדמות, תושבי הכפר גיבע.

29. למן שנת 2003, לאחר סלילת הכביש הצפוני ובעקבותיו הקמת הגדר הבלתי חוקית המקיפה את צידה הצפוני של ההתנחלות, הופסק העיבוד החקלאי של האדמות הכלואות, בעוד שבחלקות אשר לא גודרו ונותרו מצפון לגדר המשיך העיבוד כסדרו. הקשר הסיבתי ברור לכל, אם כן.

30. למען הסדר הטוב יצויין כי גם על פי הנתונים שהועברו בשנת 2006 מהמנהל האזרחי אל מר דרור אטקס, אז איש 'שלום עכשיו' וכיום רכז פרויקט האדמות בארגון "יש דין", הקרקע מוגדרת כ**קרקע פרטית**. עוד יצויינו העובדות הבאות: כי השטח מעולם לא הוכרז על ידי המשיב מס' 1 כ"שטח בטחוני מיוחד" (שב"ם) ולא יצא לגביו כל צו צבאי רשמי הסוגר אותו לשימוש; וכי מעולם לא ניתן היתר בנייה לגדר שנבנתה. יצויין גם כי לא ניתן היה להוציא היתר כזה משים לב שהיא נבנתה על אדמה פלסטינית פרטית שלא חל לגביה צו תפישה כלשהו.

31. לאור הממצאים העובדתיים שלעיל התמונה המתחזרת ברורה וחד-משמעית: הגדר שהוקמה סביב חלקה הצפוני והמערבי של ההתנחלות יצר חיץ מלאכותי ובלתי חוקי בין העותרים ותושבי כפרם לבין אדמותיהם, אשר עובדו ללא הפרעה עד להקמתה. ההפסקה בעיבוד חלקות אלה נובעת ממניעת הגישה אליהן, שהושגה באמצעות מלאכת הגידור הבלתי חוקית. התוצאה היא אדמה שהייתה מעובדת ומניבה, הפכה בתוך שש שנים לאדמת בור מוזנחת ומעושבת. לא קשה לנחש שהשלב הבא בתהליך המתואר לעיל עשוי להיות נסיון להכריז על האדמה כ'אדמת מדינה' והקצאתה להתנחלות הסמוכה.

IV - מיצוי הליכים

32. בכל הנוגע לעתירה זו ולנושאים הכרוכים בה, התקיימה שרשרת ארוכה וממושכת של תכתובות עם המשיבים 1-2 במהלך שישה עשר החודשים האחרונים, אשר רובן נותרו ללא מענה, ואף לא אחת מהן סיפקה כל תשובה עניינית לאמור בפניות אלו. להלן נפרט תכתובת זו, אשר היוותה את מיצוי ההליכים בטרם הוגשה עתירה זו, ונותרה, למרבה הצער, מיותמת מהתייחסות.

33. תחילתה של התכתובת ביום 19.6.2008. אז פנה מר דרור אטקס מטעם ארגון "יש דין" אל המשיב מס' 2, וביקש את התייחסותו לסטאטוס של פעולות גידור אשר בוצעו בין השנים 2002-2003 סביב מספר התנחלויות שונות בנפת רמאללה, כולן ככל שהדבר ידוע לו באופן לא חוקי.

34. במכתב זה צויין במפורש כי חלק גדול מהאדמות שסופחו בפועל אל שטחי ההתנחלויות הינן שטחים בבעלות פלסטינית פרטית וזאת בניגוד לחוק. במכתבו זה ציין מר אטקס במפורש את ההתנחלות גבע בנימין-אדם כאחת מההתנחלויות שבהן הגידור הנעשה סביבן נראה על פניו כלא חוקי. משמכתב זה לא זכה למענה, שלח מר אטקס תזכורת אל המשיב מס' 2 ביום 20.7.2008.

העתק ממכתבו של מר דרור אטקס מיום 19.6.2008 וכן התזכורת שנשלחה מטעמו ביום 20.7.2008 מצ"ב ומסומנים כנספחים 5,6.

35. לאחר התזכורת השנייה, ביום 22.7.2008, שלח נציג המשיב מס' 2, סג"מ גל לבנט, תשובת ביניים בה נמסר כי "נושא הפנייה נמצא בבדיקה ע"י גורמי המנהל האזרחי, אך עדיין לא נובשה תשובה בנושא". עוד נמסר כי התשובה מטעם המשיב מס' 2 תשלח עם סיום גיבוש החומר.

העתק מתשובת סג"מ גל לבנט מיום 22.7.2008 מצ"ב ומסומן כנספח 7.

36. משבוששה תשובת המשיבים להגיע, פנה הח"מ אל סג"מ לבנט, בפנייה נוספת ביום 2.11.2008, כשלושה וחצי חודשים לאחר תשובת הביניים מטעם המשיב, בבקשה לקבל מענה לאמור בבקשה המקורית. גם פנייה זו לא זכתה לכל מענה, והח"מ נאלץ לשלוח תזכורת בעניין, רביעית במספר, אל נציג המשיב מס' 2, בתאריך 28/4/2009.

העתק ממכתביו של הח"מ אל המשיב מס' 2 מיום 2.11.2008 ומיום 28.4.2009 מצ"ב לכתב העתירה והם מסומנים כנספחים 8,9.

37. עוד יוער, כי תכתובת זו במלואה ובשלמותה הועברה לידי סג"מ ענבל לידן, אשר החליפה בתפקידה את סג"מ לבנט, לבקשתה, ביום 4.6.2008.

38. נכון לכתיבת שורות אלו, למעלה משנה וארבעה חודשים מיום שליחתה של הפנייה המקורית וכחצי שנה לאחר הפנייה האחרונה (והחמישית) של הח"מ אל המשיבים, טרם נתקבלה כל התייחסות לחוקיות הגידור סביב התנחלויות שונות ברחבי הגדה המערבית, לרבות ההתנחלות גבע בנימין-אדם.

39. במקביל לפניות אלו, הנוגעות לבעיית הגידור באופן כללי, פנה הח"מ בשם העותר מס' 1 באופן ספציפי בנוגע לגידור הבלתי חוקי הכולא את אדמותיהם של תושבי הכפר ג'בע בתוך הגדר הבלתי חוקית של ההתנחלות גבע בנימין-אדם.

40. ביום 23.11.2008 פנה הח"מ בשם העותר מס' 1 אל המשיבים 1-2 בדרישה להסיר את הגידור הבלתי חוקי וכן ביקש להתייחס לבנייה בלתי חוקית המתבצעת על אדמות פרטיות המצויות במובלעות שטח השיפוט של ההתנחלות.

העתק מפנייה זו מיום 23.11.2008 מצ"ב ומסומנת כנספח 10.

41. לאחר פנייה זו פנה טלפונית סא"ל צביקה כהן המשמש כראש תחום תשתיות במנהל האזרחי אל הח"מ, וביקש לברר פרטים נוספים בנוגע לחלקות לגביהן נטען כי הן מצויות במובלעות ועליהן קיימת בנייה בלתי חוקית, זאת, בשל מחלוקת ואי-בהירות בנוגע לחלקות אלו ומיקומן, כפי שצויינו במכתב הראשון. **הכוונה היא לחלקות עליהן מתבצעת הבנייה הבלתי חוקית של מבנים המצויים בתוך ההתנחלות עצמה ולא באשר לחלקות עליהן הוקמה באופן בלתי חוקי הגדר ההיקפית.**

42. בעקבות השיחה הטלפונית הנ"ל, שלח הח"מ מכתב נוסף אל נציגי המשיב מס' 2, בה פרט את הטענות בנוגע לבנייה הבלתי חוקית על החלקות בצרוף מפות, תוך שהוא חוזר ועומד על דרישתו כי **במקביל** לבירור סוגיית הבנייה הבלתי חוקית לכאורה על האדמות הפרטיות המצויות במובלעות ביישוב, תתקבל ללא דיחוי ההתייחסות לפעולת הגידור הלא-חוקית.

העתק מפניית הח"מ בשם העותר מיום 21.1.2009 אל סא"ל צביקה כהן מצ"ב ומסומנת כנספח 11.

43. משלא נתקבלה תשובה גם לפנייה זו, שלח הח"מ שתי תזכורות נוספות לסא"ל צביקה כהן, המבקשות את התייחסותו הן לעניין הגידור הבלתי חוקי והן לעניין הבנייה הבלתי חוקית המצויה במובלעות.

העתקים מפניות אלו מטעם הח"מ מימים 4.6.2009 ומיום 2.7.2009 מצ"ב ומסומנים כנספחים 12,13.

44. או אז, בתאריך ה- 4.7.2009, הואיל סא"ל כהן לכבד את העותר מס' 1 ואת הח"מ בתשובה, אשר כללה אך ורק התייחסות לטענות בדבר הבנייה הבלתי חוקית על גבי מספרי החלקות שסופקו למשיב (ולגביהן קיים פער עובדתי משמעותי שכן השטח לא עבר הסדר קרקעות אלא רק נוצר לגביו לוח תביעות וקיימים כמה רישומים עם מספורים שונים בנוגע ללוח תביעות זה), ולגביהן צויין כי הן מצויות בתחום ההתנחלות גבע בנימין-אדם. תשובתו של סא"ל כהן לא כללה כל התייחסות לסוגיית הגידור הבלתי חוקי והאדמות הפרטיות שנכלאו מעבר לו. בסוף המכתב הפנה סא"ל את הח"מ להמשך תכתבות עם יועמ"ש איו"ש.

העתק מתשובתו של סא"ל כהן מיום 4.7.2009 מצ"ב ומסומנת כנספח 14.

45. עם קבלת תשובה זו פנו הח"מ אל יועמ"ש איו"ש, בפנייה מפורטת המתייחסת לפעולות הגידור הבלתי חוקיות; לנזק שהיא גורמת לעותר ולאנשי כפרו; לפגיעה ולהפרת החובות של המשיבים בכך שהם אינם עושים דבר להסירה; וכן – למשך הזמן שלקח למשיבים להשיב לפניות העותר, ותשובתם זו, כמה מביש, אף לא זיכתה את העותר בהתייחסות עניינית בכל הנוגע לשאלת הגידור.

העתק מפניית הח"מ אל יועמ"ש איו"ש אלי"מ שרון אפק מיום 16.7.2009, מצ"ב ומסומנת כנספח 15.

46. נציג יועמ"ש איו"ש השיב לפנייה זו ביום 21.7.2009, לפני כארבעה חודשים, בתשובה לאקונית, בה נמסר כי "הפנייה נבחנת בימים [צ.ל אלו; מ.ס., ש.ז., א.ל.] מול הגורמים הרלוונטים. עם סיום הבדיקה בנושא, נשיבך בהקדם האפשרי".

העתק מתשובת הביניים של נציג יועמ"ש איו"ש מיום 21.7.2009 מצ"ב ומסומן כנספח 16.

47. העותר המתין (ועודנו ממתין) לתשובה מטעם יועמ"ש איו"ש בנוגע לאופן שבדעת המשיבים להתמודד עם הגידור הבלתי חוקי המונע את גישתו וגישת תושבי כפרו לאדמותיהם החקלאיות. ונזכיר כי פנייה ראשונה מטעמו של העותר שהתמקדה באדמות כפרו שוגרה בחודש נובמבר 2008, לפני כשנה, הפנייה הכללית בנושא הגידור הלא חוקי בהתנחלויות שכללה גם את ההתנחלות גבע בנימין-אדם נעשתה לפני **שנה ורבע, בחודש יוני 2008!!!**

48. משבוששה התשובה להגיע, פנה העותר פעם נוספת, שישית ואחרונה, אל יועמ"ש איו"ש, בדרישה כי הגדר תוסר וכי גישת תושבי הכפר ג'בע לאדמותיהם תחודש.

העתק מפנייתו השישית של הח"מ בשם העותר אל יועמ"ש איו"ש מיום 22.9.2009 מצ"ב לכתב העתירה ומסומנת כנספח 17.

49. גם פנייה זו, כמו אחיותיה, לא זכתה למענה כלשהו. קשה שלא לראות בהיעדר ההתייחסות של המשיבים משום זלזול מצידם למצוקתם של העותר ובני כפרו. כזכור, נשלחו בסך הכל חמש (5) פניות כלליות שנגעו לסוגיית הגידור סביב התנחלויות בגדה (תוך התייחסות ספיציפית לגידור סביב גבע בנימין-אדם), ושש (6) פניות קונקרטיות מטעם העותר בנוגע לגידור אדמות הכפר ג'בע ע"י המשיבה מס' 3 אל גורמים שונים במנהל האזרחי. **כולן נותרו ללא מענה ומיותמות מהתייחסות.**

50. ושוב מתברר, כבמקרים רבים של בנייה לא-חוקית ע"י אזרחים ישראלים בשטחים הכבושים, שרשויות אכיפת החוק מבזות את עצמן ואותנו. הגדרות המקיפות את ההתנחלות – חרף היותן בלתי חוקיות – עומדות באין מפריע ומונעות מבעליהן להגיע אליהן ולעבדן, כפי שעשו עד זה לא מכבר ובמשך עשורים רבים אף טרם כניסת כוחות צה"ל לגדה המערבית.

51. בכך חוטאות רשויות האכיפה לחובתיהן כלפי האוכלוסיה המוגנת בשטח הכבוש. המנעותן מלנקוט בפעולות הנדרשות כדי לאכוף את החוק ולהבטיח גישתם של העותרים ובני כפרם לאדמותיהם ובכך להבטיח את יכולתם להתקיים בכבוד ולפרנס עצמם – מהווה הפרה של הדין ומחייבת תגובה של בית המשפט הנכבד.

52. מכאן עתירה זו.

ג. מסגרת הטיעון המשפטי

53. העותרים ותושבי הכפר ג'בע, כמו גם אדמותיהם, נמצאים בגדה המערבית, שטח הנתון לתפיסה לוחמתית. משכך, קיים מארג דינים רחב ומסועף החל בשטח זה, הכולל הן את דיני הכיבוש שהם כידוע ענף של המשפט הבינלאומי ההומניטארי, הן את דיני זכויות האדם הבינלאומיים, והן את עקרונות המשטר המנהלי והחוקתי החלים על כל רשות מרשויות המדינה, ביניהם המשיבים 1-2.

54. להלן, בחלק המשפטי של כתב העתירה, נבחן את תחולתן של מסגרות נורמטיביות אלה, ולאחר מכן נפרט את החובות והזכויות הנובעות מהן לצדדים בעתירה זו.

55. לאחר מכן, ייבחנו מעשיהם ומחדליהם של המשיבים 1-2 כלפי העותרים בנוגע לזכויות הספציפיות המנויות והקבועות בכל אחת מהמסגרות הנורמטיביות החלות בענייננו, זאת גם בהתבסס על פסיקתו הענפה של בית המשפט הנכבד בנושאים אלו.

I. המשפט הומניטארי בינלאומי – דיני הכיבוש

(1) תחולת דיני הכיבוש והתפיסה הלוחמתית על השטח נשוא העתירה

56. עם כיבוש כוחות צה"ל את הגדה המערבית, הוחלו בשטח דיני התפיסה הלוחמתית. 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.

57. לענייננו, אמנת האג אשר משקפת משפט בינלאומי מנהגי ועל כן חלה על פעילות צה"ל בשטחים הכבושים ומחייבת את רשויות מדינת ישראל לרבות את המשיבים מס' 1-2 (ראו: בג"צ 606/78 סולימאן תאופיק איוב ו-11 אחרים נ' שר הביטחון ו-2 אחרים, פ"ד לג (2) 113 (1979 בעמ' 120-121), מתווה את עקרונות הבסיס בנוגע ליחסי כובש-נכבש ובנוגע לגבולות הכוח של המעצמה הכובשת בשטח כבוש.

58. 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 2005(3), 3333, ולכל הפחות ההוראות ההומניטאריות של אמנה זו.

(2) הדין המהותי

59. הכלל העליון של דיני הכיבוש, הנכלל בתקנות הנספחות לאמנת האג, מצוי תקנה מס' 43. תקנה זו היא שקובעת את המסגרת הכללית לפעילות כוח כובש בשטח כבוש, ומהווה כלל-על ליחסי שלטון-אזרח של השטח הכבוש (התקנה אף כונתה בספרות "חוקה בזעיר-אנפין" של הכיבוש, ראו לעניין זה: בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פד"י לז(2) 197).

60. תקנה 43 מעניקה לצבא הכיבוש סמכויות וכוחות שלטוניים ומתווה את השיקול המרכזי להפעלתם ע"י הכובש: טובתה של האוכלוסייה המקומית של השטח הכבוש ועקרון שימור הקיים. למען הסדר הטוב, נביא את נסח התקנה בשלמותה:

תקנה 43

בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, ינקוט הלה בכל האמצעים שביכלתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והחיים

**הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים
במדינה, חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין.**

61. הפרשנות של תקנה 43 הוסיפה לכלל העליון של דיני הכיבוש המופיע בו במפורש – דאגה לרווחת האוכלוסייה הכבושה – את הקוטב הנובע מהיות דיני הכיבוש, ותקנה 43 בתוכם, חלק מדיני המלחמה והלחימה: שמירה על האינטרסים הביטחוניים של המעצמה הכובשת. שני קטבים אלה, טובת הנכבשים ובטחון הכובש, הם שמניעים את דיני הכיבוש ויוצרים את מארג השיקולים ה"חוקיים" שיכולה המעצמה הכובשת לשקול בעת שהיא עושה שימוש בכוחות שלטוניים ומנהלת את השטח הכבוש.

62. פרשנות זו עוברת כחוט השני גם בפסיקתו של בית המשפט הנכבד בעתירות שעניינן הכיבוש הישראלי (לדיון מקיף ב"שני הקטבים" של דיני הכיבוש ראו: בג"צ 393/92 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון פד"י (4) 785 – להלן: "פרשת ג'מעית אסכאן").

63. מכוח תקנה 43 (הקרויה גם "הכלל הבסיסי") בית המשפט הנכבד קבע לא אחת שעל הכוח הכובש מוטלים לא רק איסורים שנועדו למנוע פגיעה על-ידו או מטעמו בזכויותיהם של האזרחים המוגנים (במגבלות החריגים הנובעים מצרכים בטחוניים), אלא גם חובות אקטיביות שנועדו להבטיח את מימוש זכויותיהם והגנה עליהם. בית המשפט הנכבד הגדיר שתי קבוצות אלו של חובות כ"חובות שליליות" ו"חובות חיוביות":

"חובתו של המפקד הצבאי על פי הכלל הבסיסי היא כפולה. ראשית, עליו להימנע מפעולות אשר פוגעות בתושבים המקומיים. זוהי חובתו ה"שלילית"; שנית, עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא יפגעו. זו חובתו ה"חיובית".

(בג"צ 4764/04 - רופאים לזכויות אדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5), 385, עמ' 394-393)

– וגם

"במסגרת הפנמתם של הדינים ההומניטריים מן הראוי הוא כי יודגש, כי חובתו של המפקד הצבאי אינה מתמצית בהימנעות הצבא מפגיעה בחייהם ובכבודם של התושבים המקומיים (החובה ה"שלילית"). חובתו היא גם "חיובית". עליו להגן על חייהם וכבודם של התושבים המקומיים" (שם, בעמ' 408).

64. הדין ההומניטארי, אם-כן, מטיל על הגורם הצבאי בשטח, ובמקרה דנן – על המנהל האזרחי ועל מפקד פיקוד המרכז, הם המשיבים 1 ו-2 – את החובה האקטיבית להגן על רכושם של האזרחים המוגנים מפני גורמים שלישיים, ולנקוט בפעולות שעניינן הבטחה שאזרחים אלו יוכלו להנות מקניינם ולהגשים זכויות יסוד אחרות הנתונות להן.

65. תקנה 43 גם מטילה על הכוח הכובש את החובה לאכוף את החוק. קיומם של "סדר וביטחון" שהתקנה דורשת מהכוח הכובש להבטיח, משמעותם, בין היתר, אכיפת חוק הן במובן של סיכול עבריינות והן במובן של אכיפה בדיעבד ע"י חקירה, העמדה לדין ובמקרה של בנייה לא-חוקית – החזרת המצב לקדמותו.

66. דומה שמכל הזכויות הנפגעות כתוצאה מהגידור הבלתי חוקי וממניעת הגישה הנלווית אליה, הזכות לקניין הינה הבולטת מכל.

67. העותרים ותושבי כפרם הינם בעלי האדמות ובעלי הזיקה לאדמותיהם, קשר קנייני הדוק ארוך בשנים שנקטע באיבו בשל פעולות בלתי חוקיות שלא זכו לכל מענה אכיפתי, כמצופה מהמשיבים 1-2. יצוין, כי גם אליבא דמשיבים 1-2, ומסמכים רשמיים שסופקו מטעמם בעבר, אין כל חולק כי המדובר באדמות בבעלות פרטית, הגם שלא הושלם הליך הסדר המקרקעין באזור זה.

68. אחת החובות המוטלות על הכוח הכובש מתוקף המשפט הבינלאומי ההומניטארי היא שמירה, בין היתר, על הרכוש של האוכלוסייה המוגנת. כך 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.

(הדגשות הוספו, מ.ס., ש.ז., א.ל.)

69. מסגרת נורמטיבית-הומניטרית כללית זו נוסחה על ידי גאסר (Gasser), אשר טען בזו הלשון:

"Civilians who do not take part in hostilities shall be respected and protected. They are entitled to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions, and their manners and customs. Their property is also protected"

(Gasser, "Protection of the Civilian Population", In: D. Fleck, **The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts** 211 (1995))

70. בנוסף, קיימת הוראה מקבילה גם באמנת ג'נבה הרביעית, הקובעת כי:

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”.

71. גם המחקר של הצלב האדום הבינלאומי בדבר הכללים המנהגיים של המשפט הבינלאומי ההומניטארי, בדק ומצא כי קיימת חובה מנהגית להימנע מהרס והשחתה של אזרחי היריב, ובייחוד היכן שהמדובר בשטח כבוש, נדרש הכוח הכובש להגן על הרכוש הפרטי ולכבדו :

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

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.

J.M Henckaerts and L. Doswald-Beck, **Customary International Humanitarian Law**, Volume I: Rules (Cambridge University Press and ICRC, 2005), p.173-182.

72. אין ספק שמעשיה של המשיבות מס' 3+4 ו/או גורמים מטעמן, אשר השתלטו בפועל על שטחי העותרים, מנעו מהם את אפשרות הגישה ואת היכולת לעבד את אדמותיהם, באמצעות הצבת גדר ללא היתר ובניגוד לחוק על אדמה שאינה בבעלותם ושאינן להם כל זכות קניינית בה, מהווה הרס של הנכס או לכל הפחות הפקעת היכולת ליהנות ממנו ולהפיק ממנו את הפירות המקווים. נזכור שפעילות זו נעשתה בידיעה מוחלטת של המשיבים 1-2, אשר לא נקפו אצבע על מנת למנוע זאת, בעת הקמת הגדר. ודוק: האמור בסעיף 53 לעיל בא להוסיף כמובן, ולא לגרוע, מהאמור בתקנה 46 לתקנות האג, וכפי שהגדיר זאת המלומד J.S. Pictet:

“The Extension of protection to public property and to goods owned collectively, reinforces the rule already laid down in the Hague Regulations, Articles 46 and 56 according to which private property and the property of municipalities and of institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and science must be respected”

73. החובה המוטלת על הגורם הצבאי בשטח, ובמקרה דן – המנהל האזרחי ופיקוד המרכז, הם המשיבים 1 ו-2 – ככל שהדבר נוגע לדין ההומניטארי, טומנת בחובה גם את החובה להגן על רכושו של הפרט המוגן בשטח הכבוש. וכפי שביטא זאת בית המשפט הנכבד בעבר, בפרשת **רופאים לזכויות אדם** (כבר ציטטנו לעיל, אולם מפאת חשיבות הדברים נחזור עליהם):

"חובתו של המפקד הצבאי על פי הכלל הבסיסי היא כפולה. ראשית, עליו להימנע מפעולות אשר פוגעות בתושבים המקומיים. זוהי חובתו ה"שלישית"; שנית, עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא יפגעו. זו חובתו ה"חיובית".

(בג"צ 4764/04 - **רופאים לזכויות אדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה**, פ"ד נח(5), 385 עמ' 394-393)

– וגם –

"במסגרת הפנמתם של הדינים ההומניטריים מן הראוי הוא כי יודגש, כי חובתו של המפקד הצבאי אינה מתמצית בהימנעות הצבא מפגיעה בחייהם ובכבודם של התושבים המקומיים (החובה ה"שלישית"). חובתו היא גם "חיובית". עליו להגן על חייהם וכבודם של התושבים המקומיים" (שם, בעמ' 408).

– וראו לעניין זה גם –

"[זכות הקניין] מוכרת אף היא כזכות יסוד חוקתית מוגנת. היא מוכרת ככזו מכח המשפט החוקתי בישראל על פי סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא מוגנת מפגיעה גם במשפט הבינלאומי. הפגיעה בזכויות קניין, ובכלל זה פגיעה בזכויות מקרקעין של הפרט, אסורה על פי דיני המלחמה של המשפט הבינלאומי, אלא במקום שהדבר הכרחי לצרכי לחימה."

(בג"ץ 7862/04 **אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון** (פד"י נט(5) 2005, 368 עמ' 376-377; להלן: **"פרשת אבו דאהר"**).

74. הנה כי כן, ניתן לראות – כפי שניתן היה לשער – כי לעותרים ולתושבים אותם הם מייצגים קיימת הזכות, על פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי כי רכושם יהא מוגן על ידי המפקד הצבאי בשטח. **קל וחומר** כאשר הפוגעים והמהרסים של הרכוש באים מקרב האוכלוסייה של המעצמה הכובשת. אל מול זכותם זו של העותרים עומדת חובתם של המשיבים 1-2 להבטיח **באופן אקטיבי** את קיומה של הזכות כשהממד "החיובי" של חובה זו מחייב את הרשויות

לנקוט בכל ההליכים והאמצעים העומדים לרשותם על מנת שהגנה זו תובטח. ואלו, למרבה הצער, אינן עושות דבר. עמד על כך בית המשפט הנכבד בפרשת מוראד, בציינו את הדברים המפורשים הבאים :

"אין אפוא ספק, כי על המשיבים לפעול בכל האמצעים העומדים לרשותם על מנת להגן על ביטחונם של החקלאים הפלסטינים המגיעים לעבודה באדמותיהם וכן עליהם לפעול על מנת להגן על זכויותיהם הקנייניות של העותרים לבל תיפגענה שלא כדין. הגם שאין בידו של בית משפט זה לקבוע מה יהיה היקף הכוחות שיוקצה למשימות אלה ומה יהיו הפעולות המבצעיות שיינקטו, הרי שבידינו לומר כי ההגנה על ביטחונם וקניינם של התושבים המקומיים היא מהחובות הבסיסיות ביותר המוטלות על המפקד הצבאי בשטח."

(בבג"ץ 9593/04 ראשד מוראד, ראש מועצת הכפר יאנון ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון ואח' תק-על 2006(2), 4362 [26/6/2006] להלן יכונה: "בג"ץ מוראד"; פסקה 33 לפסק דינה של השופטת (כתארה אז) ד' בייניש; הדגשה במקור)

75. זכות הקניין הינה, כאמור, גם זכות יסוד בשיטת המשפט שלנו. עמדו על כך בתי המשפט בהרחבה בעבר, באין ספור פסקי דין. זכות יסוד זו, אשר היא מנשמת אפו של המשטר הדמוקרטי, חלה גם ברחבי הגדה המערבית כפי שנקבע לא אחת על ידי בתי המשפט. לעניין זה יפים דבריה של נשיאת בית המשפט העליון, השופטת ד' בייניש בפסק הדין בעניין **מוראד** :

"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 [...] לפיכך, לתושבים באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית זכות מוגנת לקניינם."

(פרשת **מוראד**, פסקה 14 לפסק דינה של כב' השופטת (כתארה אז) בייניש).

76. משכך, ומשברור כי זכות הקניין הינה זכות המעוגנת בדין ההומניטארי המנהגי, הרי שהיא מקימה חובה לרשויות להבטיח את קיומה, להימנע מפגיעה בה ולהגן עליה מפני פגיעת אחרים. היכן שהמדובר באוכלוסיה חלשה, חסרת כלים ואמצעים להגן על עצמה בכוחותיה שלה, חובת הרשויות הינה מוגברת.

77. ובמקרה דנא, דווקא משיבים אלו, עומדים שותקים וחבוקי ידיים, ממלאים פיהם מים ואף אינם נכונים להשיב לפניות העותר.

78. ואכן, דברים אלה אינם נאמרים כלאחר יד. היכן שהאדמה אינה מוסדרת, כמו במקרה דכאן, לאחר פרק זמן של 10 שנים, יכולה הרשות המוסמכת אצל המשיב מס' 2 להכריז על

האדמות כאדמות ציבוריות. או-אז, יאבדו העותרים ואנשי הכפר ג'בע את זכויותיהם הקנייניות באדמות אלו, ואילו אין זה מן הנמנע כי המשיב מס' 2 יקצה את האדמות לטובת המשיבה מס' 3 או גורמים מטעמה.

79. בשיטה זו, המשלבת כוחות של המשיבים כולם, מי במעשה ומי במחדל; מי בעשייה מוגברת ומי בהעדר אכיפה, נבלמים העותרים ותושבי הכפר, הם בעלי האדמות מלהגיע לאדמותיהם, שאט-אט ניתקת מהם הזיקה הקניינית רבת השנים והיא עשויה, יום בהיר אחד, בעוד אחד מהמעשים האלו הנעשים בשקט וכמעט בהחבא ע"י המשיבים, לעבור לידיהם של גורמים שברמת וודאות די גבוהה יהיו קשורים למשיבה מס' 3.

80. מכאן, שהחשש המועלה בעתירה זו הינו מבוסס ואמיתי: ללא נקיטה בצעדים ממשיים שמטרתם לאפשר את מימושה של הזכות לקניין של העותרים ובעלי האדמות האחרים, קיים חשש ממשי כי אדמות אלה יאבדו לנצח.

81. סיכום ביניים: דיני הכיבוש חלים על מערך היחסים שבין הצדדים בתיק זה. שדה משפטי בינלאומי זה מכיר בזכות הקניין של אזרחי השטח הכבוש. סעיפים שונים שצוטטו לעיל הן מהתקנות הנספחות לאמנת האג, הן מאמנת ג'נבה והן מקודקס העקרונות המנהגיים של המשפט ההומניטארי מטילים על המשיבים 1-2 חובה פאסיבית להימנע מפגיעה בזכויות האזרחים המוגנים וחובה אקטיבית להבטיח באופן פוזיטיבי את זכויות היסוד של התושבים המוגנים, וביניהן זכות הקניין.

II. דיני זכויות האדם הבינלאומיים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית

(1) תחולת דיני זכויות האדם הבינלאומיים

82. 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 בפני גורמים בינלאומיים, וגם בבית משפט נכבד זה, כי שדה משפטי זה חל רק בתוך תחומי המדינה ורק בימי שלום.

83. העותרים אינם מקבלים עמדה זו שאינה עולה בקנה אחד עם המטרה והתכלית של אמנות בדבר זכויות אדם ("מטרה ותכלית" היא עקרון פרשני ראשון במעלה של המשפט הבינלאומי – ראו סעיף 31 לאמנת האמנות, אמנת וינה). הקהילה המשפטית הבינלאומית גם היא אינה מקבלת עמדה זו של מדינת ישראל, וכל גופי האו"ם הפועלים לאכיפת אמנות זכויות אדם חוזרים על עמדה זו פעם אחר פעם בדוחותיהם.

84. גם בית המשפט הבינלאומי לצדק שמושב בהאג, אותו בית דין שבית משפט נכבד זה כבר קבע בעבר כי הוא הגורם השיפוטי העליון במשפט הבינלאומי – ועל כן יש לתת את מלוא

המשקל הראוי לפרשנותו את משפט זה וכלליו (ראו בג"ץ 7957/04 זהראן יונס מחמד מראעבה ואח' נגד ראש ממשלת ישראל ואח' [פסק הדין מיום 15.9.2005, פסקה 56 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק]) – קבע בשתי חוות דעת מייעצות (Advisory Opinions), כי יש תחולה של דיני זכויות האדם גם במסגרת דיני העימות המזוין בכלל ובפרט דיני הכיבוש:

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.

85. חוות דעת אלו קבעו, למעלה מכל ספק, כי דיני זכויות האדם אינם מושעים בשל קיומו של מצב לחימה, אלא הם חלים במלוא עוזם, במגבלות הקיימות. חוות הדעת של בית הדין הבינלאומי בעניין גדר ההפרדה בחנה באופן פרטיקולרי את תחולת האמנות בשטחי הגדה המערבית וחובות מדינת ישראל לאור התחייבויותיה הבינלאומיות, והגיעה למסקנה, המתבקשת, כי ישראל – בהיותה הגורם הריבוני היחיד הקיים באזור – מחוייבת בשמירה על זכויות האדם הבינלאומיות של התושבים הפלסטינים.

86. קביעה חד-משמעית זו מצטרפת גם לשורת החלטות בית המשפט האירופי לזכויות אדם שקבע את מבחן "השליטה האפקטיבית" כמכריע בדבר 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)

87. ולכל אלו יש להוסיף את פסקי הדין שניתנו זה לא מכבר על ידי בית הלורדים הבריטי, אשר קבע גם הוא כי דיני זכויות האדם הבינלאומיים להם מחוייבת בריטניה, חלים גם בתחומי שטח כבוש הנתון לשליטתה ולשליטת חייליה, כמו בעירק:

R (Al-Skeini) v Secretary of State for Defence UKHL 26, [2007] 3 WLR 33 [13.6.2007] available at:

<http://www.parliament.the-stationery-office.com/pa/ld200607/ldjudgmt/jd070613/skeini-1.pdf>

R (on the application of Al-Jedda) (FC) v Secretary of State for Defence

UKHL 58, [12.12.2007], available at:

<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldjudgmt/jd071212/jedda.pdf>

88. מכל האמור עולה כי משפט זכויות האדם הבינלאומי גם הוא חל על עתירה זו והאיסורים על פגיעה בזכויות היסוד של הפלסטינים, כמו גם חובות השלטון להגן על זכויות אלו, נובעים גם ממנו. יצויין, כי בפרשת **מראעבה** שהוזכרה לעיל, בית המשפט הנכבד לא שלל את תחולת האמנות, וקבע כי לעניין פסק הדין דשם, קיימת הנחה לתחולה של אמנות אלו (ראו: בג"ץ **מראעבה** שם, פסקה 57 לפסק דינו של הנשיא (בדימו') ברק).

89. גם בפסיקותיו האחרות בנוסף לפסק הדין בעניין **מראעבה**, הכיר בית המשפט 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 א' פרוקצ'יה, בפסק הדין בבג"ץ 10356/02 **יואב הס נ' מפקד כוחות צ"ל בגדה המערבית** (טרם פורסם; פסק הדין מיום 4.3.2004 ויכונה להלן "**פרשת הס**"), אשר קובעת בפסקה 17 לפסק הדין כי "**זכות הקניין של הפרט אינה פוקעת גם בעת מלחמה**"; וכן את קביעותיה של כב' השופטת (כתארה אז) ד' בייניש, בפסק הדין בבג"ץ 1890/03 **עיריית בית לחם ו-21 אח' נגד מדינת ישראל ואח'**, (תק-על 2005(1), 1114 (2005)), המתייחסת לתחולת הזכות לחופש תנועה כזכות שמקורה במשפט הבינלאומי המנהגי של זכויות האדם אשר חלה בענייננו. לפסקי דין אלו ולאמור בהם עוד נשוב לכשנבחן את הזכויות הנפגעות בענייננו, באופן פרטיקולארי.

90. ואילו בפסק דין שניתן ממש בימים האחרונים, הוא פסק הדין בבג"ץ 3969/06 **ראש מועצת הכפר דיר סאמט, מוחמד עבד מחמוד אלחרוב ואח' נגד מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח'** (טרם פורסם; פסק הדין מיום 22.10.2009; להלן יכונה "פרשת דיר סאמט") נקבע ע"י כב' הנשיאה בייניש (יחד עם המשנה לנשיאה, כב' השופט א' רבלין וכב' השופטת א' פרוקצ'יה), הדברים החד-משמעיים הבאים:

"[...]סמכויותיו של המפקד הצבאי יונקות מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי החלים על תפיסה לוחמתית. כללים אלה מעוגנים, בעיקרם, באמנת האג הרביעית [...] ובתקנות הנספחות לה, אשר להוראותיהן מעמד של משפט בינלאומי מנהגי; באמנת ג'נבה הרביעית [...], אשר הוראותיה המנהגיות מהוות חלק ממשפטה של מדינת ישראל, ובית משפט זה כבר נזקק בעבר לפרשנותן של הוראותיה השונות בפסקי-דינו [...]; ובפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה, [...] אשר ישראל אינה צד לו, אולם הוראותיה המנהגיות מהוות אף הן חלק ממשפטה של ישראל [...]. ניתן, לעיתים, להשלים את ההוראות ההומניטריות מתוך משפט זכויות האדם הבינלאומי (ה- Human Rights Law)

(בג"ץ דיר סאמט, שם, פסקה 10 לפסק דינה של כבי הנשיאה בייניש; הדגשות הוספו, מ.ס., ש.ז., א.ל.).

וכן בהמשך פסק הדין, בפסקה 17 לפסק דינה של כבי הנשיאה בייניש:

"17. באשר לזכויות האדם של האוכלוסייה המקומית, אין חולק כי על המפקד הצבאי לכבד, להגן ולאפשר את מימושן של מגוון זכויות האדם המוקנות לתושבים המקומיים, בכפיפות לצרכי ביטחון חיוניים (ראו, למשל, סעיף 27 לאמנת ג'נבה 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))."

91. מעבר לכך, אין ולא יכול להיות ספק שלישאל שליטה אפקטיבית ייחודית ובלעדית בשטחי C, שבהן ממוקמות ההתנחלות ואדמות הכפר ג'בע.

92. עולה מכל אלו, כי זכויות אדם אשר אינן מופיעות באמנות ובמסמכים של המשפט הבינלאומי ההומניטארי, אולם קבועות במשפט זכויות האדם הבינלאומי, וכן עקרונות כלליים של משפט זכויות האדם (כגון חריגים ונוסחאות איזון) חלים כולם מכוחו של ענף משפטי בינלאומי זה בכל שטח שבו יש למדינת ישראל (באמצעות המשיבים) שליטה אפקטיבית. זוהי גם עמדת בית המשפט הנכבד, כפי שעולה מהפסיקות לעיל, וברור כי זכויות אדם חלות בשטח, בייחוד היכן שהמדובר בכיבוש ארוך טווח אשר אינו יכול ואינו מאפשר, מטיבו ומטבעו, להותיר קבוצה אנושית כה גדולה משוללת זכויות אדם.

(2) הדין המהותי – הזכויות מדיני זכויות האדם אשר נפגעות כתוצאה מקיומה של הגדר

א. זכות הקניין

93. משפט זכויות האדם הבינלאומי הכיר עוד מראשיתו בזכות לקניין, כאשר זכות זו מבוססת על שני אדנים: הרובד הראשון, החיובי, מבטיח כי לכל אדם קיימת הזכות להחזיק בקניין, בעצמו או עם אחרים; ואילו הרובד השני, השלילי, קובע כי אף אדם לא תשלל זכותו מקניינו באופן שרירותי. וכך נקבעו הדברים בהכרזה האוניברסלית לזכויות אדם משנת 1948:

סעיף יז.

1. כל אדם זכאי להיות בעל קניין, בין לבדו ובין ביחד עם אחרים.

2. לא ישלל מאדם קניינו דרך שרירות.

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.

94. שני קטבים אלה, החיובי והשלילי, מטילים על הרשויות את החובות העיקריות, בבסיסן החובה להגן על זכותו של פרט על קניינו (יהיה זה קניין אישי או משותף). ההכרה כי זכות זו הינה מהזכויות הבסיסיות, נובעת בין היתר גם מההכרה כי זכות זו טומנת בחובה גם היכולת להגשים זכויות אחרות (דוגמת הזכות לעסוק במשלח יד וכן הזכות להגשים זכויות למגורים וכיו"ב).

95. מובן, כי קיימים מסמכים משפטיים בינלאומיים אחרים אשר מצאו לנכון לעגן זכות זו, אשר הינה זכות אדם מובהקת. בנייהן ניתן למנות, למשל, את האמנה האירופית לזכויות אדם מצאה לנכון לכלול את עיגונה של זכות זו, על שני ראשיה, בפרוטוקול הנלווה הראשון לאמנה, משנת 1952, אשר כלל בסעיף הראשון לפרוטוקול זה את ההגנה על זכות הקניין, 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#P1>

א. חופש התנועה

96. בניית גדר ופריצת דרך לצידה, באופן בלתי חוקי, על אדמות פרטיות שבבעלות תושבי הכפר, יצרה מכשול פיזי המונע בפועל את גישתם של העותרים ואנשי כפרם אל האדמות החקלאיות שלהם. בכך נחסמה שלא כדין תנועתם במרחבם הפרטי.

97. בית המשפט הנכבד עמד לא אחת על חשיבותו של חופש התנועה, לרבות חופש תנועה של אזרחים מוגנים המעוניינים להגיע לאדמותיהם ובדרך נאלצים להתמודד עם חסמים מסוגים שונים ומשונים, חלקם חוקיים, רובם לא.

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

סעיף 12

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

99. ועדת זכויות האדם של האו"ם, הפועלת מכוח האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות ומהווה הגורם המקצועי המוסמך לפרש את הוראותיה, מצאה לנכון להעניק תשומת לב מיוחדת לסעיף 12 לאמנה העוסק בחופש התנועה הפנים מדינתי. בהערה כללית מס' 27 מטעמו מיום 2.11.1999, קובע הוועד 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/21/Rev.1/Add.9, General Comment No. 27. Available at:

[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/6c76e1b8ee1710e380256824005a10a9?Opendocumnt](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/6c76e1b8ee1710e380256824005a10a9?Opendocumnt)

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

"חופש 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, פ"ד מב(4) 708, 709, 712 (להלן: פרשת עתאמללה); בג"ץ 153/83 אלן לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 401-402 (להלן: פרשת אלן לוי)), והן כזכות הנגזרת מן הזכות לחירות (הנשיא ברק והשופט חשין בבג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, בע' 59 ו-147 בהתאמה (להלן: פרשת חורב)). כמו כן, יש הגורסים כי חופש זה אף נגזר מכבוד

האדם (הנשיא ברק בפרשת חורב הנ"ל, בע' 59; בפרשת שביט הנ"ל, בע' 651; ובבג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 472 (להלן: פרשת דיין); והשוו לעמדת השופט טל בפרשת חורב הנ"ל, בע' 181).

על מעמדו של חופש התנועה במשפטנו עמד בית משפט זה בפרשת חורב הנ"ל, 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, בע' 49), כי הזכות לחופש התנועה "עומדת בשורה הראשונה של זכויות האדם" (שם, בע' 51), וכי חופש התנועה הוא "חופש המצוי ברמה הגבוהה ביותר במידרג הזכויות בישראל" (שם, בע' 53). כן הוסיף הנשיא ברק בפרשת חורב הנ"ל כי "לרוב, מעמידים את חופש התנועה בתוך גבולות המדינה על רמה חוקתית דומה לזו של חופש הביטוי" (שם, בע' 49). יש לציין כי דברים דומים על מעמדו של חופש התנועה אמרו אף השופטים שלא הצטרפו לדעת הרוב של הנשיא ברק בפרשת חורב (ראו למשל דברי השופט חשין שם בע' 147, ודברי השופט טל בע' 181).

101. באותה פרשה מצא גם בית המשפט לנכון לבחון את הקף מנהגיותה 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. דרך ניתוח של 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:

"חופש 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 המינהגי."

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

102. חופש התנועה אם כן, הינה 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 קובעת במפורש כי אין המדובר רק בזכות "שלילית", המורה למדינה שלא ליצור הגבלות שאינן בהתאם לסייגים הקובעים בסעיף ביחס להגבלת חופש התנועה, אלא גם בזכות בעלת ממד "חיובי" דומיננטי, המורה לרשויות להבטיח ולנקוט בכל האמצעים הקיימים כדי שלא תפגע הזכות לחופש תנועה על ידי גורמים פרטיים, דוגמת המשיבה מס' 3 ו/או גורמים מטעמה :

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

103. 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 לרבות (אך לא רק!) מסיק הזיתים, הוא פסק הדין בפרשת **מוראד**.

104. וכך קובע פסק הדין בעניין **מוראד** לעניין זכות הגישה וחופש התנועה של התושבים המוגנים, היכן שהמדובר במרחב הפרטי שלהם, ועל המשקל העודף שיש להעניק לחופש התנועה של אדם לאדמותיו, של איכר למקורות הפרנסה שלו, כחלק מעקרונות חוקתיים בסיסיים ותחולתם ביחס לאוכלוסיה 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."*

(פסק הדין בעניין **מוראד**, פסקה 14 לפסק דינה של השופטת (כתארה אז) ד' בייניש ; הדגשות **במקור**).

105. מכאן אנו למדים על החשיבות העצומה שייחס גם 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.

106. צעד זה הינו אך נדרש, עת ברור לכל כי מניעת חופש התנועה מבעלי האדמות טומנת בחובה פגיעה רבה ורחבה הרבה יותר, הכוללת הן פגיעה בקניין, הן פגיעה ביכולת הפרנסה, והן פגיעה בכבודם של בעלי האדמות. חופש התנועה הוא, אם כן, זכות הבאה לממש זכויות אחרות (וראו לעניין זה גם בג"ץ **יואב הס** הנזכר לעיל, בפסקה 15 לפסק דינה של כבי' השופטת א' פרוקצ'יה), והיא מהווה זכות בלעדית אין. כך נאמר במפורש בהערה הכללית של הוועד לזכויות האדם, וכך גם עולה מפסיקותיו השונות של בית המשפט העליון לאורך השנים.

107. הגדר הבלתי חוקית של ההתנחלות מונעת את קיומה ואת מימושה של זכות זו, וכנגזרת מכך את הזכויות הנלוות, ועל כן הותרתה בשטח על ידי מי שבידיו הסמכות להסירה (בפועל, האפשרות היחידה להסירה) הינה השלמה עם המצב הפוגעני הזה והפרת המשפט הבינלאומי על שני ענפיו שנותחו לעיל.

ב. הזכות לעבודה

108. האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966, קובעת בסעיף 6 את הדברים הבאים:

סעיף 6

א. מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכות לעבודה, הכוללת את זכותו של כל אדם להשיג אפשרות להשתכר למחייתו בעבודה שיבחר בה, או יקבלנה, באורח חופשי, והן ינקטו צעדים מתאימים כדי להבטיח זכות זו.

109. כפי שרצף התמונות שצורף לעתירה מבהיר (נספחים 4א-4א לעיל), ניתן לראות כי עד שהוקמה הגדר, החלקות הכלואות בין בתוך הגדר היו מעובדות וסיפקו פרנסה לתושבי הכפר ג'בע.

110. עתה, משהגישה לחלקות אלו נחסמה, באופן חד-צדדי ושלא כדון, מנועים תושבי הכפר מלהגיע לאדמות אלו ולעבדן. ובכך נמנעת מהם פרנסה ויכולתם להשתכר למחייתם, כפי שעשו עד כה.

111. משכך, ברור כי עצם קיומה של הגדר כפי שהוקמה ככל הנראה על ידי המשיבות 3 ו-4 או מי מטעמן, ובחוסר המעש של המשיבים 1-2 הנמנעים באופן מודע מלאכוף את החוק, נמנעת מהעותרים ותושבי כפרם הזכות לעבודה כפי שהיא מוגדרת במשפט הבינלאומי.

III. המשפט המנהלי והחוקתי הישראלי

(1) תחולת המשפט המנהלי והחוקתי הישראלי בגדה המערבית

112. לצד מערכות הדינים הבינלאומיות בהן מחוייבת מדינת ישראל ורשויותיה, לרבות המשיבים 1-2, בעקרונות החוקתיים והמנהליים של מדינת ישראל ובכלל זאת בכיבוד זכויות היסוד שעוגנו בחוקתה החלקית.

113. הגם שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו חלק מדיני הגדה המערבית, העקרונות החוקתיים והמנהליים של מדינת ישראל מטילים חובות על כל רשויות השלטון הישראליות בפועל גם מחוץ לגבולותיה הריבוניים של מדינת ישראל, וכפי שביטא זאת מספר פעמים בית המשפט הנכבד:

"נושא תפקיד ישראלי בשטח נושא עמו אל תפקידו את החובה לנהוג לפי אמות המידה הנוספות, המתחייבות מעובדת היותו רשות ישראלית, יהיה מקום פעולותו אשר יהיה. בכך מוטלת על נושא התפקיד חובה נוספת ומצטברת, כי החובה לנהוג לפי הנורמות של המשפט המינהלי הישראלי אינה פוטרת אותו מן החובה לקיים את דיני המלחמה. אין הוא יכול לכן להישען על נורמות של המשפט המינהלי הישראלי כדי להימנע מקיום חובה או מכיבודו של איסור, החל עליו לפי המקובל על-פי דיני המלחמה. אך מבחינתו של בית משפט זה, אין נושא התפקיד יוצא, בדרך כלל, ידי חובתו, אם קיים אך ורק את אשר מתחייב מנורמות המשפט הבינלאומי, כי ממנו כרשות ישראלית, נדרש יותר, והוא, כי ינהג גם בשטח ממשל צבאי לפי הכללים המתווים דרכי מינהל תקינים והוגנים."

(בג"צ 69/81 באסיל אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(2), 197, בעמ' 227-226 (1983))

וראו לעניין זה גם פסק הדין בעניין בג"צ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלון פיקוד המרכז, פ"ד מג(2), 529, 539-540 (1989), שם נאמרו הדברים הבאים בהקשר זה:

"בהגדרו חובותיהם של המפקדים הצבאיים ועת מעביר בית המשפט את פעולות הממשל בשבט הביקורת, מודרך בית המשפט על ידי כללי המשפט המינהלי, אשר כוללים, כמובן, תמיד גם התייחסות להיקף, לאופי ולמהות סמכויותיו וחובותיו של פקיד הציבור, אשר פעולתו נבחנת על ידי בית המשפט."

וכן הדברים הבאים שנקבעו בפסק הדין בבג"ץ 7015/02 כיפאח מחמד אחמד עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', תק-על 2002(3), 1021, 1025 (2002) (ההדגשה שלנו, מ.ס., ש.ז., א.ל.):

"בצד הכללים של המשפט הבינלאומי החלים בענייננו, חלים גם עקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי, כגון כללי הצדק הטבעי. אכן, כל חייל ישראלי נושא

114. לפיכך קבע בית המשפט הנכבד לא אחת, כי עקרונות חוקתיים ועקרונות המשפט החוקתי הישראלי יחולו על פעילות המשיבים בגדה המערבית: כך לעניין כללי הצדק הטבעיים (וראו למשל, פסקי הדין בעניין בג"צ 5973/92 **האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' שר הבטחון**, פ"ד מז(1), 267, (1993); בג"צ 10356/02 **יואב הס ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלוף פיקוד מרכז**, פ"ד נח(3), 443, (2004); בבג"ץ 7015/02 **כיפאח מחמד אחמד עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח'**, תק-על(3)2002, 1021 (2002)).

115. בית המשפט הנכבד אף הרחיק לכת עד כדי החלה ישירה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על היחסים שבין רשויות השלטון בשטח הכבוש ותושביו הישראלים, תוך שהוא מותיר את שאלת תחולתו של חוק היסוד על יחסי השלטון עם התושבים הפלסטיניים בצריך עיון (ראו לעניין זה בג"צ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה - אריאל שרון**, פ"ד נט(2), 481, 559-560 (2005)).

116. חרף דברים אלה, הרי שבלא מעט מהפסיקות שיצאו תחת ידו של בית משפט נכבד זה, הכיר בית המשפט בכך שהיכן שנפגעות זכויות חוקתיות, דוגמת חופש הקניין, חופש התנועה וחופש העיסוק, גם היכן שהמדובר בפגיעות הנעשות כנגד האוכלוסיה הפלסטינית, יש לבחון פגיעה זו על פי אמות המידה הקבועות בדין בישראל בדבר פגיעה חוקתית, על כל מבחניה ותתי-מבחנים אלו שהשתרשו בפסיקתם זו. כך למשל, בפסקי הדין אשר עסקו בבניית גדר ההפרדה תוך כדי פגיעה בזכויות חוקתיות של תושבים פלסטיניים, 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."

(בג"צ 1073/04 **עומר סלאמה נ' אלוף פיקוד מרכז**, תק-על(3)2006, 1874, 1878 (2006), וכן ראו גם הניתוח בבג"צ 7957/04 **זהראן יונס מחמד מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**, תק-על(3)2005, 3333 (2005)).

117. בדומה לזכויות הקבועות במשפט הבינלאומי על ענפיו השונים, גם המשפט החוקתי הישראלי מכיר בקיומן של זכויות יסוד של האדם ומטיל על רשויות השלטון את החובה להגן עליהם. זכויות אלה והנגזרת המינהלית הנובעת מהכרה בהן, חלים גם בשטח הנתון לשליטתן של רשויות ישראליות. כך למשל, בפסק הדין בעניין בג"ץ 7862/04 **אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון** (פד"י נט(5) 2005, 368, בעמ' 377), נקבעה האחריות של מפקד כוחות צה"ל באזור להבטיח את זכויות הפרט, כגון זכות הקניין. על אחריות זו של

כוחות צה"ל ביחס לאוכלוסייה הכבושה, הנובעת בין היתר מהעקרונות החוקתיים שלנו, חזר בית המשפט גם בפרשת **מוראד**, בפסקה 14 לפסק דינה של השופטת (כתארה אז) ד' בייניש).

118. הנה כי כן, גם המשפט החוקתי והמנהלי הישראלי מטיל על רשויות השלטון הישראליות בגדה המערבית חובת הגנה על זכויות תושבי השטח הכבוש ובכלל זאת זכות הקניין, העיסוק וזכותם לכבוד אנושי.

(2) הזכויות המופרות על ידי המשיבים בעצם קיומה של הגדר

119. מבלי לגרוע מהפגיעות בזכויות העותרים ואנשיהם כפי שהן קבועות במסגרות הנורמטיביות שהוצגו לעיל (דיני הכיבוש ומשפט זכויות האדם הבינלאומיים), חלק מזכויות אלה קבועות גם בחוקי היסוד ובתבנית החוקתית של מדינת ישראל.

א. הזכות לקניין

120. כפי שכבר הובהר בכתב עתירה זה, הזכות לקניין קבועה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, בסעיף 3 לחוק יסוד זה. כפי שכבר הובא בהרחבה לעיל, הפסיקה בישראל מצאה לנכון לעגן זכות זו, גם ביחס לתושבים המוגנים בגדה המערבית. הואיל והדברים הובאו בהרחבה בחלקים קודמים של הטיעון המשפטי, לא מצאנו לנכון להביאם בשנית.

121. נציין רק כי כפי שעולה מלשון ההוראה, כי המעמד החוקתי של זכות הקניין אינו מוגבל אך לתושב או לאזרח, אלא מוחל על כל **אדם** באשר הוא הנתון לסמכויותיה של רשות ישראלית. אדם הוא אדם, ועל פי האמור בסעיף 11 לחוק יסוד זה, "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". בפרט מצאה הרשות המכוננת להבהיר כי הרשויות – ובכלל זה המשיבים – **חייבות לשמור על קניינו של אדם**, ולדאוג שלא תהיה פגיעה בקניינו זה.

ב. חופש העיסוק וקידומו

122. עקרון חוקתי נוסף שרלבנטי לענייננו, היא הזכות לחופש עיסוק שהרשות המכוננת שלנו הקדישה לו חוק יסוד. הפגיעה בפרנסת תושבי ג'בע מחייב את הרשויות הישראליות לפעול אקטיבית כדי להסיר את הגורם המפריע ולהגן על זכותם להתפרנס ממשלח ידם.

123. קניין העותרים ושל תושבי כפרם אינו קניין 'רגיל' אלא קניין בעל ערך מוסף, מעבר לזכות החוקתית המגולמת בזכות הקניינית. המדובר הוא בקניין המהווה מקור פרנסה עבור תושבי הכפר. משכך, העדר גישה חופשית לאדמה מהווה פגיעה נמשכת בפרנסתם ובזכותם להתפרנס ולעסוק בחקלאות, זכות חוקתית נוספת, אשר בשל מחדלי המשיבים מופרת גם היא. וכל זאת באזור שאינו משופע בלשון המעטה, במקורות תעסוקה ופרנסה.

124. פגיעה זו בפרנסה ובחופש העיסוק של העותרים, נעשית בשל מעשה עברייני שמאחוריו עומדים ככל הנראה מתנחלי האזור, אשר החליטו על דעת עצמם ומטעמיהם שלהם – שיהיו

אשר יהיו, אינם יכולים להוות כר פורה להתעמרות נמשכת ולגריעה מתמשכת בזכויותיהם של אזרחים מוגנים – לגדר את השטח. בכך הפך השטח אשר עובר למעשה הגידור היה אדמת עידית פורחת ומניבה, לאדמת בור בלתי מעובדת וכזו שאינה מניבה רווחים עבור בעליה.

125. בפרשת **מוראד** שהוזכרה לעיל, נקבע כי סגירת שטחים יזומה הנעשית על ידי המשיבים 1-2 והנעשית לצורך הגנה על התושבים המוגנים מפני התנכלויות המתנחלים, אינה מידתית ואינה מאפשרת הגנה על הקניין ולאפשר פרנסה ראויה לבעלי האדמות (ראו האמור בפסקה 33 לפסק הדין, אשר הובאו בפסקה 74לעיל).

126. ואילו בענייננו דברים אלו נכונים מקל וחומר – היכן שסגירת השטח נובעת לא מתוך דאגה של המשיבים לשלומם של העותרים, אלא מתוך השלמה שלהם עם הפעילות הבלתי חוקית המתבצעת בשטח ורפיסותה רבת השנים של מערכת אכיפת החוק בגדה היכן שהיא נדרשת להגן על התושבים הפלסטינים המוגנים מפני התנכלויות. בפרשת **מוראד** יוחס חלק נכבד מפסק הדין לסוגיית אכיפת החוק בגדה המערבית כנגד מתנחלים אלימים, בייחוד היכן ש(העדר) אכיפה זו אינה מאפשרת לפלסטינים הגעה בטוחה לאדמותיהם.

127. חשיבות הזכות לעסוק במשלח ידו של אדם, הן כזכות חוקתית אשר עומדת בפני עצמה כמו גם כזו הנובעת מכבוד האדם באשר הוא, מצאה דרכה לחוק יסוד במדינת ישראל, הוא חוק יסוד: חופש העיסוק. אמנם, סעיף 3 לחוק קובע כי "כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד", אולם לא יכולה להיות מחלוקת כי זכות זו נתונה לכל מי שמצוי בשליטת המשיבים, אשר אמנם אינם תושבים או אזרחים של המדינה אולם הם תושביו של שטח אשר רק מדינת ישראל משמשת כגורם אשר בא בנעלי הריבון.

128. לחוק זה קדמה שרשרת ארוכה של פסקי הדין אשר יצאה תחת ידיו של בית משפט זה ועיגנה זכות חוקתית זו למעמד על-חוקי, זאת בנוסף לקביעה המופיעה בחוק כי כל אחת מרשויות המדינה, לרבות המשיבים 1 ו-2 חייבים בכיבוד זכות זו (ראו סעיף 5 לחוק). בפסק הדין הראשון בסוגייה משנת 1949 בעניין בז'רנו, בו נקבע כי "לכל אדם קנייה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלוח יד אשר יבחר לעצמו" בג"צ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80, בעמ' 82. וראו לעניין זה גם בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, בעמ' 382; בג"צ 987/94 ירונוט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, בעמ' 434).

129. כפי שהוצג בתצלומי האוויר שצורפו לכתב עתירה זו (נספח 4 לעיל), ברור כי עד למועד הקמת הגדר, היוו האדמות החקלאיות הסמוכות לה והכלואות בתוכה מקור פרנסה עבור רוב משפחות הכפר ג'בע. ברור למעלה מכל ספק, על סמך תצלומים אלה, כי האדמות עובדו ונעשה בהם שימוש חקלאי על ידי תושבי האזור הפלסטינים. מרגע הקמת הגדר נחסמה הגישה לאדמות אלה; ליבולים שהיו בהם; נחסמה הדרך לחרוש ולזרוע, לנכש ולקצור, לדשן ולהשקות; נחסמה הדרך להפיק יבולים חדשים, לטפח את האדמה ולטייב אותה. ומעל הכל

– נחסמה הדרך להתפרנס מפרי האדמה, כפי שנעשה מקדמת דנא, עד להופעתה המכוערת של תופעת הגידור הבלתי חוקית, כפי שהיא באה לידי ביטוי במקרה זה.

ג. הזכות לכבוד

130. לבסוף, מה שהוא תחילת כל הזכויות במבנה החוקתי שלנו – הזכות לכבוד, כפי שהיא מצאה דרכה אל חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

131. גזל האדמות המתבצע בחסות ההגבלות הקשות על תנועת פלסטינים, ומתוך ידיעה כי אכיפה פרטית תתקל ביד של ברזל מצד גורמי הביטחון, גזל המתבצע לעיתים בסיוע הרשויות עצמן אשר מקבלות את קו הגבול החדש והלא חוקי כתורת משה מסיני ולרוב אף מסייעות בהרחקת החקלאים המבקשים להגיע לאדמותיהם – וכשהכל מתבצע על רקע סכסוך שרקעו לאומי-אידאולוגי והגזל מתבצע על-ידי קבוצה לאומית אחת ובקונטקסט של שליטה של אותה קבוצה על קבוצה שנייה שאדמתה נגזלת - כל אלה יוצרים פגיעה חמורה בכבודם של הנגזלים, מעבר לפגיעה בזכות לקניין ולחופש עיסוק.

IV. מן הכלל אל הפרט – הזכויות הנפגעות כתוצאה ממחדלי המשיבים 1-2 וממעשי המשיבה מס' 3 ככל שהדבר נוגע לגידור הבלתי חוקי סביב ההתנחלות גבע בנימין-אדם

132. המשיבות 3 ו-4 או מי מטעמן בנו גדר וסללו דרך עפר ללא שניתן להן היתר לכך. כפי הנראה הן בנו את הגדר והדרך על אדמות פרטיות של בני כפרם של העותרים.

133. המשיבים 1-2 לא מנעו את המעשה הלא חוקי של בניית הגדר וסלילת הדרך; לאחר שנבנתה הגדר ונפרצה הדרך לא באו חשבון עם העבריינים; לא דאגו לאכוף את החוק, לא וידאו שהגדר תפורק ודרך הכורכר תמולא מחדש באדמה פורייה; לא עשו את הנדרש כדי לאפשר מחדש את גישת תושבי גבע לאדמותיהם.

134. זכויות רבות של העותרים והתושבים אותם הם מייצגים בעתירה זו מקופחות ונמנעות מהם בשל התנהלות המשיבים כולם, ובראשם המשיבים 1-2 אשר נמנעים מביצוע המוטל עליהם ומאפשרים את המשך קיומה של הגדר ההקפית סביב ההתנחלות של המשיבה מס' 3, ובפועל משלימים עם התנהלות קלוקלת, בלתי חוקית ובלתי חוקתית המקפחת באופן עקבי ומתמשך את זכויותיהם של האזרחים המוגנים בשטח.

135. עמדת העותרים היא כי הזכויות הנפגעות כולן, ביניהן ניתן למנות את הזכות לגישה חופשית ולחופש תנועה, הזכות לקניין, הזכות לפרנסה וחופש עיסוק וכן הזכות לכבוד, הפגיעות בהן שזורות זו בזו, ופגיעה באחת מובילה לפגיעה ברעותה. זאת, ללא כל הצדק שבדין ותוך הפרת חוק גלויה. לצד פגיעה זו, בולט העדר המעש המוחלט של המשיבים 1-2 האמונים על שמירתו

של הסדר הציבורי כהופיעו בתקנה 43 לתקנות האג, בכל הנוגע לזכויות אלה, ובניגוד מפורש לפסיקת בית המשפט העליון בפרשת מוראד.

V. הסעד מבוקש

136. עתירה זו היא דוגמה (נוספת) לאוזלת ידן של הרשויות באכיפת החוק בגדה המערבית. העובדה כי מדובר באוזלת יד מתמשכת ומודעת היא חמורה ומדאיגה ביותר. תופעת הגידור, אשר בפנייה הראשונה שנעשתה אל המשיבים, ניכר בה כי היא אינה חד-פעמית וייחודית למקרה זה (כפי שגם דו"ח 'בצלם' שהוזכר לעיל מראה זאת), אלא חלק מתופעה רחבת הקף, עליה גם עמד בית המשפט העליון בעבר.

137. בפרשת מוראד, נדרש בית המשפט ליצוק תוכן מעשי לאמירות המעורפלות של המשיבים בדבר הבטחת זכות הגישה וחופש התנועה שלהם, ההגנה על זכות הקניין וזכותם להתפרנס מעמלם החקלאי. בסופו של פסק הדין התווה בית המשפט את העקרונות שצריכים לעמוד לנגד עיניו של המפקד הצבאי בבואו להבטיח את זכויותיהם של התושבים המוגנים. בין היתר, נקבעו העקרונות הבאים (ראו פסק דין בעניין מוראד, פסקה 33 לפסק דינה של השופטת (כתארה אז) ד' בייניש; הדגשות הוספו, מ.ס., ש.ז., א.ל.):

"ראשית, יש לפעול להבטחת ביטחונם של החקלאים הפלסטינים המגיעים לעבודה החקלאית וככל שהדבר נדרש, להגן עליהם בעת שמתבצעת העבודה החקלאית. את ההגנה על החקלאים הפלסטינים יש לפרוש תוך מינימום הפרעה לעבודה החקלאית.

"שנית, יש ליתן הנחיות ברורות וחד-משמעיות לכוחות הפועלים בשטח כיצד לנהוג כדי לא למנוע מהתושבים הזכאים לכך גישה לאדמותיהם, אלא בהתקיים בסיס לכך בדין.

"שלישית, יש להקצות כוחות על מנת להגן על קניינם של התושבים הפלסטינים.

"רביעית, יש לבחון את התלונות המועלות על ידי התושבים הפלסטינים לגופן ולמצות את החקירה בהקדם האפשרי. יש לפתוח לאלתר בחקירות כאשר מתקבל מידע בדבר מעשה התנכלות ואף ליזום סיורים מטעם כוחות הצבא והביטחון שתכליתם לגלות מעשים כאלה.

138. עיננו הרואות, כי המשיבים לא מיישמים ונמנעים באופן מופגן מיישום העקרונות שקבע בית המשפט הנכבד, במקרה דנא:

ראשית, אין כל פעולה הננקטת על ידם אשר נועדה להבטחת בטחון העותרים ואנשיהם, אשר מנועים דה-פקטו מלהיכנס לאדמותיהם בשל חוסר הנכונות והרצון של המשיבים לבצע את המוטל עליהם ולהסיר את הגדר;

שנית, לא ניתנו הנחיות לכוחות הביטחון לאפשר לעותרים ולאנשיהם להגיע לשטח, ואם ניתנו הרי שכל זמן שהגדר עומדת על תילה, הן אינן מיושמות בפועל, ואף לא מקצתן;

שלישית, לא מוקצה כל כוח שיגן על העותרים ותושבי הכפר להגיע לאדמותיהם; אם היה כוח כזה, סביר היה לצפות ממנו שיסיר את הגדר הבלתי חוקית, ויאפשר בנוכחותו, גישה חופשית, ביחוד לאור הפניות הרבות מטעם העותר מס' 1 כפי שבוצעו בשנה האחרונה ואף לפניו. המשיבים אף משתהים (שלא לומר משהים) את תשובותיהם לעותר, ונמנעים מלספק לו ולאנשיו מידע רלוונטי, וגם בכך יש לראות כהעדר הקצאת כוח לטפל בבעיות העותרים.

רביעית, וחשוב לא פחות, הימנעותם של המשיבים לבדוק את תלונות העותר מס' 1 ולהתייחס אל תלונות ופניות אלה בהקדם, כאשר תלונה זו מתייחסת להתנכלות בצורת הקמת גדר לא חוקית ומניעת גישה, בוודאי כאשר מדובר על פניות אשר נעשו לפני למעלה משנה, חושפת טפח נוסף של המחדל העצום של אי-עשייה והעדר אכיפה של המשיבים בגדה המערבית.

139. ונזכיר פעם נוספת, כי פסק הדין בעניין **מוראד** עסק בסגירות שטחים אשר בוצעו על ידי המשיבים עצמם, לכאורה על פי חוק ומתוקף סמכות הנתונה להם למנוע בצווים רלוונטיים את גישת החקלאים לאדמתם, ואילו במקרה דנן אין המדובר באקט הנעשה על בסיס חוקי כלשהו, אלא על מעשה פרטיזני ומפר חוק, אשר כל מטרתו היא נישול חקלאים מאדמתם תוך הרחבה בלתי חוקית של שטח ההתנחלות.

140. כך יוצא, שחרף פסיקה מפורשת של בית המשפט הנכבד העוסקת בזכויות חקלאים לעבד את אדמתם ולאפשר להם חופש תנועה וגישה **במרחב הפרטי** שבבעלותם, נמנעים המשיבים – חרף העובדה כי המידע הועבר לא אחת – מלנקוט באמצעים אלו ומשלימים עם המצב, שלא לומר משלימים את המצב.

141. העותרים יטענו כי במקרה שבפנינו התקיימו תנאי הסף, כפי שנקבעו בפסיקה, להתערבות בית המשפט הנכבד במדיניות אכיפת החוק, כלומר, התנערות מוחלטת של הרשות מחובתה לאכוף את החוק ולמלא אחר פסיקת בית המשפט הנכבד (ראו בג"ץ 6579/99 - **עמיחי פילבר נ' ממשלת ישראל ו-4 אח'**, תק-על 99(3), 425):

"אכן, כדי שבית המשפט יתערב ברמת האכיפה של חוק זה או אחר, צריך שהרשויות המוסמכות יתנערו לחלוטין מחובתן לאכוף את החוק, דבר

שאינו קיים במקרה זה, או יימנעו ממילוי חובתן באופן בלתי-סביר, דבר שלא הוכח במקרה זה".

142. אשר על כן, ומאחר ובתיק שבפנינו הוכח כי והרשויות התנערו מחובתן לאכוף את החוק ובהמשך התנערוותן הן נמנעות ממילוי חובתן באופן בלתי סביר, לא נותר בידי העותרים אלא לבוא בשערי בית המשט הנכבד על מנת שיוציא מלפניו צו עשה אשר יחייב את המשיבים לפעול כמבוקש ברישא של העתירה.

143. עתירה זו נתמכת בתצהיריהם של העותרים על תרגומיהם, וכן בתצהירו של מר דרור אטקס רכז פרויקט האדמות של "יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם".

לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש ברישא לכתב העתירה ולאחר קבלת תגובת המשיבים ושמיעת טיעוניהם, להופכו למוחלט.

בנוסף ולאור הפגמים הקשים בהתנהלות המשיבים, מתבקש בית המשפט הנכבד להטיל על המשיבים את הוצאות העותרים בתוספת שכר-טירחת עו"ד ומע"מ כחוק.

תאריך: _____

_____ אבישר לב, עו"ד

_____ שלומי זכריה, עו"ד

_____ מיכאל ספרד, עו"ד

ב"כ העותר