

ראש עיריית סילוואד, מר נאא'ל נמר חמד חאמד

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 מרח' יהודה הלוי 45, תל-אביב; טל: 03-
6206947/8/9, פקס: 03-6206950

העותר

-- נגד --

1. **מפקד כוחות צה"ל בגדה** – האלוף אבי מזרחי

2. **ראש המנהל האזרחי** – תא"ל יואב מרדכי

המשיבים 1-2

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

3. **מועצה אזורית מטה בינימין**, פסגות, ד.ג. מזרח

בנימין 90624, טלפון: 02-9977105, פקס: 02-
9973113

4. **"עפרה" כפר שיתופי להתיישבות קהילתית בע"מ**

(מס' אגודה שיתופית 2-002611-57) ד.ג. בנימין

המשיבות 3-4

טלפון: 02.9973190, פקס: 02.9974013

עתירה לצו על תנאי

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

I. למשיבים 1-2: מדוע לא ינקטו בכל הפעולות הנדרשות על מנת להבטיח את גישת העותר

ותושבי הכפר סילוואד אותם הוא מייצג, בני משפחתם ו/או מי מטעמם, לאדמות
הידועות כגושים 18, 19 ו-20 של אדמות הכפר סילוואד (להלן: "האדמות"), ואת זכותם
לעבדן, והכל בכל ימות השנה, ובכלל זאת:

א. מדוע לא יסיר את הגדרות שהוצבו באופן בלתי חוקי סביב חלק מהאדמות;

ב. מדוע לא יהרוס את הדרכים הסוללות ודרכי העפר שנפרצו באופן לא חוקי והמקיפות את האדמות ;

ג. מדוע לא ידאג להשבת המצב באדמות לקדמותו ;

ד. מדוע לא יקצה את הכוחות הנדרשים כדי ללוות ולאבטח את תושבי הכפר סילוואד המבקשים להגיע לאדמותיהם, מפני התנכלויות והתקפות ויבטיח את שלומם הפיזי ואת שלום יבול עבודתם העתידית ;

II. למשיבות 3-4 :

א. מדוע לא תסרנה לאלתר את הגדר ו/או כל מכשול אחר המקיף את האדמות והמונע מהעותר ותושבי כפרו ומי מטעמם להגיע אליהן ;

ב. מדוע לא תשבנה את המצב לקדמותו ובכלל זאת ע"י מילוי הדרכים שנפרצו באדמה המתאימה לחקלאות ;

ג. וכן מדוע לא תימנענה ותמנע מתושביה או לחליפין מחבריה מלנקוט בכל פעולה הפוגעת בנגישות העותר ותושבי כפרו ומי מטעמם אל האדמה.

תצלום אוויר שעל גביו מסומנים השטחים מהם גישת העותר ובני כפרו מנועה מצ"ב ומסומנת

נספח 1.

ואלו הנימוקים בעתירה לצו על תנאי:

א. פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו במציאות שהתהוותה בשנים האחרונות בחלק מאדמות הכפר סילוואד הסמוכות להתנחלות עפרה הממוקמת צפון-מזרחית לרמאללה. המדובר במניעה דה-פקטו של גישת העותר ותושבי כפרו, **לאדמותיהם הפרטיות (המוסדרות והרשומות)** המושגת על ידי שילוב של יצירת מכשולים פיזיים לא חוקיים והרחקה בכוח הזרוע ע"י ישראלים, ככל הנראה תושבי ההתנחלות עפרה, והכל ללא שהרשויות האמונות על אכיפת החוק בגדה המערבית מתערבות להגנת העותר ובני כפרו.
2. העותר ותושבי הכפר אותם הוא מייצג הינם ברובם הגדול חקלאים ואחד ממקורות פרנסתם העיקריים הינה אדמתם שלחלק גדול ממנה הם כאמור מנועים מלהיכנס.
3. במקביל לתהליך מניעת הגישה מתבצע תהליך השתלטות בלתי חוקי כאשר תושבי ההתנחלות עפרה נוהגים באדמות העותר ובני כפרו מנהג בעלים, פורצים בה דרכים, מציבים בחלקה גדרות ופולשים אליה ללא כל זכות שבדין.
4. בעתירה זו לפיכך יתבקש בית משפט נכבד זה להורות על חיובם של המשיבים 1-2 לנקוט בכל האמצעים הנדרשים לצורך הבטחת חופש התנועה ויכולת הגישה של העותר ותושבי כפרו לאדמותיהם ועיבודן ללא הפרעה ומבלי שיחששו ליבוליהם, לשלומם ולבטחונם.

ב. החלק העובדתי

I. הצדדים לעתירה

5. העותר, מר נאא'ל נמר חמד חאמד, הינו ראש עיריית סילוואד ותושב הכפר, המצוי בנפת רמאללה בגדה המערבית.
6. על אדמותיהם הפרטיות של העותר ותושבים מכפרו, אותם הוא מייצג, הרשומות על שם במרשם המקרקעין של הגדה, הוקמה, בשנת 1975, ההתנחלות הבלתי חוקית עפרה. מטבע קיומה (וקיומם של המאחזים הלוויניים המקיפים אותה) נמנעת מהעותר ומתושבי כפרו, בני משפחתם ו/או מי מטעמם, הגישה לאדמות עליהן יושבת ההתנחלות ובנותיה. **עם-זאת, עניינה של עתירה זו באדמות שממוקמות מחוץ לשטח הבנוי של ההתנחלות, והמסומנות בתצלום האוויר נספח 1.** מניעת הגישה לאדמות אלו הושגה,

כפי שיפורט להלן, הן באמצעות הצבת מכשולים פיסיים והן ע"י שימוש באמצעי אלימות והפחדה.

7. 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.

8. המשיב מס' 2 הינו ראש המינהל האזרחי אצל המשיב מס' 1 אשר בידו סמכויות הניהול של החיים האזרחיים בשטחים הכבושים. בין היתר אמון המשיב מס' 2 על אכיפת חוקי התכנון והבנייה החלים באזור.

להלן יכינו המשיבים 1 ו-2 מעתה ואילך במהלך העתירה "המשיבים"

9. המשיבה מספר 3, המועצה האזורית מטה בנימין, אשר בתחומה נמצאת ההתנחלות "עפרה" ובהתאם לתחיקה הצבאית החלה בגדה המערבית, לה נתונות סמכויות הפיקוח והאכיפה בכל הנוגע לחוקי התכנון והבנייה בתחומה. צירוף המשיבה מס' 3 נעשה מטעמי זהירות בלבד.

10. המשיבה מספר 4, האגודה השיתופית "עפרה" (להלן: "האגודה השיתופית" או "עפרה" או "ההתנחלות") הינה המסגרת המשפטית באמצעותה מתקיימת ההתנחלות עפרה מזה שלושה וחצי עשורים. אף משיבה זו הוספה מטעמי זהירות ומכיוון שחבריה עלולים להיפגע מהסעדים המבוקשים בעתירה זו.

II. תופעת מניעת הגישה והגידור הבלתי חוקי של התנחלויות בשטחי הגדה המערבית

11. בשנים האחרונות אנו עדים לתופעה של סיפוח דה-פקטו של שטחים נרחבים, חלקם בבעלות פלסטינית וחלקם אדמות ציבוריות, להתנחלויות שונות ברחבי הגדה המערבית. ספוח זה נעשה בין היתר באמצעות מניעת גישתם של תושבים פלסטינים לשטחים אלו. למעשה, ההרחבה המלאכותית והבלתי חוקית של שטחי חלק מההתנחלות מהצד האחד, ומניעת הגישה של פלסטינים לאדמותיהם (או מניעת מעבר של פלסטינים דרך אדמות ציבוריות), מהצד השני – הן שתי מטרות התומכות והשולבות זו בזו.

12. מאז פרוץ האינתיפאדה השנייה, השימוש בפרקטיקות שייעודן מניעת גישה כאמור של פלסטינים לאדמותיהם והרחבת "שטחי השליטה" של התנחלויות, הפך לנפוץ עוד יותר סביב התנחלויות בגדה המערבית.

13. מניעת הגישה מושגת בדרכים שונות, החל מיצירת מכשולים פיזיים דוגמת גדרות וכבישים טבעתיים ועד לשימוש באלומות פיזית של ממש. השטחים מנועי הגישה שימשו הן להקמת מאחזים חדשים והן ל"עיבויין" המלאכותי של התנחלויות קיימות ברחבי הגדה המערבית באמצעות יצירת אזורי חיץ נרחבים. 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.).

14. כאמור, למרות שדו"ח ששון עוסק בתופעת המאחזים, הרי ששיטות אלו שרירות וקיימות גם סביב התנחלויות רשמיות בגדה המערבית. בנוגע למניעת גישה שיטתית 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.

15. 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 משתיקתם וחדלונם מלפעול אקטיבית נגד התופעות האמורות.

16. יצויין, כי מהרגע שהגידור הושלם, ברובם הגדול של המקרים מנועים בעלי האדמות להגיע באופן חופשי (ולעיתים אף להגיע כלל) אל אדמותיהם ולעבדן. המעבר הרגלי הופך למוגבל מאוד ובמקרים רבים אף לבלתי אפשרי. חמור עוד יותר הוא המצב בכל הקשור למעבר של כלי רכב חקלאיים שכניסתם לאזורים אלו נמנעת כמעט לחלוטין. המשיבים 1-2 אינם ממהרים לסייע לבעלי האדמות להגיע אליהן.

17. למעשה, מניעת הגישה יוצרת מציאות חדשה יש מאין שגם הצבא והמשטרה מתייחסים אליה כמציאות מוגמרת תוך התעלמות מהמצב המשפטי על הנייר. לא אחת גורמי אכיפת החוק מסייעים דווקא לאנשי ההתנחלויות להרחיק פלסטינים המנסים להגיע אל אדמותיהם המצויות בשטח זה.

18. במאמר מוסגר נציין, כי 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 (לא פעם בדיעבד לאחר שהמציאות כבר נוצרה), צווי סגירת שטח ויוצר את מה שידוע בכינויו "שב"ס" (שטח בטחוני מיוחד). **כפי שנראה להלן, אין זה המצב בעתירה זו.**

III. מן הכלל אל הפרט – תיאור תא השטח ממנו מנועה גישת העותר ותושבי הכפר סילוואד

19. ההתנחלות עפרה, כמי שכונתה בדו"ח מטעם ארגון זכויות האדם 'בצלם' שפורסם בשנת 2008 – *"המאחז הבלתי מורשה הגדול ביותר בגדה המערבית"*, אימרה שאף מר איתן ברושי, יועץ שר הבטחון לענייני התיישבות, חזר עליה לאחרונה בדיון בבג"ץ 5023/08 שחאדה נ' שר הביטחון ואח', העוסק בבנייתם הבלתי חוקית של תשעה מבנים במרכז של ההתנחלות על אדמות פרטיות בבעלותם של פלסטינים, **הינה, רובה ככולה, בנויה בניגוד לחוק, על קרקעות פרטיות של תושבי שני כפרים בסביבתה (עין יברוד וסילוואד), ללא היתרי בניה, בלא שהוכרז לה תחום שיפוט ומבלי שקיימת להתנחלות**

תכנית מתאר תקפה.

ולבחינה מעמיקה של הנושא ראו: "ההתנחלות עפרה – מאחז בלתי מורשה", **בצלם**, דצמבר 2008

20. אף מסד הנתונים המקיף של נתוני הבנייה הבלתי חוקית בגדה המערבית, שנערך במשרד הביטחון על ידי צוות בראשותו של תא"ל ברוך שפיגל ושנחשף בעיתון "הארץ" (להלן: "דו"ח שפיגל") מתייחס לאי חוקיות זו והוא קובע את הדברים החמורים הבאים:

"מידת מימוש תכניות מפורטת שבתוקף:

לא קיימות תוכניות תכנון בתוקף לגבי הבנייה ביישוב. במהלך השנים שממועד הקמת היישוב הוגשו תוכניות תכנון לשם הסדרת הבנייה במקום (כמו למשל, תוכנית מס' 221), אך תוכניות אלה לא קודמו בשל בעיית בעלות.

בניה בהיעדר תכנית מאושרות:

כל היישוב אינו מוסדר בתוכניות מתאר בתוקף. רוב הבניה ביישוב על אדמות פרטיות רשומות ללא בסיס חוקי כלשהו וללא אפשרות הכשרה.

1. היישוב הוותיק - למעלה מ- 200 מבני קבע למגורים, מבנים חקלאיים, מבני ציבור, הכשרות שטחים, דרכים, מטעים בתחום היישוב הוותיק (שלגביו הוגשה תוכנית 221, שכאמור, לא קודמה בשל בעיית בעלות). בנוסף, בתחום היישוב הוותיק, ניתן לזהות 2 מקבצי קרוואנים עיקריים: האחד, בחלק המערבי של היישוב כ- 35 קרוואנים וסככות. השני, בחלק הדרום מערבי של היישוב מקבץ של כ- 22 קרוואנים, המשמשים כשכונה של עולים חדשים.

2. שכונת רמת צבי - מדרום ליישוב הוותיק - כ- 200 מבני קבע וכן הכשרות שטח ופיתוח לבניית קבע נוספת, כולה על אדמות פרטיות תוך השגת גבול.

עמוד מס' 158 לדו"ח שפיגל מצ"ב ומסומן **נספח 2**.

21. נוכח אי חוקיות זו, עליה קובע דו"ח שפיגל כי היא "ללא אפשרות הכשרה", ההתפשטות של ההתנחלות לאדמות נוספות - חלקן לצורך בנייה, וחלקן לצורך שליטה ומניעת גישה, נעשית באמצעים לא חוקיים. כבישי "טבעת", המקיפים והכולאים מאות דונמים של אדמות פרטיות, נפרצו סביב ההתנחלות והמאחזים סביבה ובמקומות אחרים מוצבים מכשולים פיזיים אחרים (סוללות עפר ו/או גדרות) כולם על אדמות בבעלותם הפרטית של תושבי הכפרים הסמוכים להתנחלות, ביניהם העותר ותושבי כפרו. למותר לציין, כי כל אלו, כשאר המבנים בהתנחלות, נסללו בניגוד לחוק ובלא שהרשויות האמונות על אכיפתו נוקפות אצבע למנוע ולעצור פעולות אלו שמטרה אחת להן - השתלטות זוחלת על אדמות פרטיות בבעלותם של פלסטינים.

22. בהזדמנות זו נבקש לחזור ולהדגיש בפני בית המשפט הנכבד כי הכפר סילוואד כלל וכלל אינו הכפר היחידי שנפגע מהתפשטותה הפראית של ההתנחלות עפרה. עין יברוד השוכן ממערב להתנחלות הוא הכפר שהכמות הגדולה ביותר של אדמותיו אבדה כתוצאה מהתפשטותה של ההתנחלות עפרה. גם הכפר טייבה השוכן ממזרח לעפרה נאלץ "לוותר" על כמה מאות דונמים לטובת "רווחת" תושבי עפרה והמאחז הסמוך עמונה.

IV. מניעת גישה באדמות נשוא עתירה זו

23. ובאשר לאדמות נשוא עתירה זו: במשך השנים, סבלו העותר ותושבי כפרו מהתנכלויות ואלימות מצדם של תושבי ההתנחלות והמאחזים, אשר הביאו לצמצום אפשרויות הגישה שלהם אל אדמותיהם. המצב החריף עד שבשלהי שנת 2000, ערב פרוץ האינתיפאדה השנייה, הפכה הגישה לבלתי אפשרית לחלוטין. מאז ועד היום, תקופה של למעלה מתשע שנים לא עלה בידי העותר ותושבי הכפר להכנס לאדמותיהם וכל ניסיונותיהם לעשות כן עלו בתהו.

24. כך למשל (כפי שמפרט תצהירו של העותר המצ"ב לעתירה זו), במהלך השנה האחרונה, גורש אחד מבעלי האדמות על ידי שומר ההתנחלות, עת ניסה להגיע אל החלקה שבעלותו מלווה במודד. השומר אף הזעיק את הסיור הצבאי למקום אשר בהגיעו הודיע לבעל החלקה כי המדובר באזור בטחוני, לא פחות, שהכניסה אליו אסורה. למותר לציין, כי לקביעה זו אין כל עיגון חוקי. כך יוצא שגישת בעלי הקרקע אל אדמותיהם נמנעת כאשר כל שנותר להם לעשות הוא להביט בהן בעיניים כלות מבלי האפשרות לחצות את "קיר הזכוכית" החוצץ בינם ובין נחלת אבותיהם.

25. כפי שמעיד תצלום האוויר שצורף לעתירה (נספח 1): גודלו של השטח, ממנו מנועה גישת העותר, בעלי האדמות – תושבי הכפר סילוואד אותם הוא מייצג – וכן בעלי אדמות רבים אחרים מהכפרים הסמוכים (עין יברוד, דיר ג'ריר וטייבה המוזכרים לעיל) נאמד בכ- 3,100 דונם, עליהן בנוי, בין היתר, גם המאחז הגדול עמונה (כנגדו תלויה ועומדת עתירה נפרדת, בג"ץ 9949/08 מרים חסן עבד אלקרים חמאד ואח' נ' שר הביטחון ואח'). נדגיש כי שטח זה כולל כ- 25% מכלל שטחי הכפר סילוואד המצויים בשטחי C והנמצאים בשטחי אפקטיבית **בלעדית** של מדינת ישראל!!

26. במשך שנים, ועד אשר נמנעה גישתם, עיבדו תושבי הכפר, בני משפחתם ו/או מי מטעמם את האדמות שנמצאות בבעלותם הפרטית, והממוקמות בגושים: 'שיב אל סיר' (גוש מספר 18), 'ח'אלת אל סולטאן' (גוש מספר 19), 'אל-שביקאת' (גוש מספר 20), כולם באדמות הכפר סילוואד. טענה זו מומחשת באמצעות אחד עשר תצלומי אוויר, שצולמו בין השנים 1997-2009, בהם מתועד תהליך מניעת הגישה ותוצאותיה, ובפרט נפנה לתהליכים הבאים:

א. 1997 : ניתן להבחין בבירור בחלוקת השטח נשוא העתירה לחלקות כאשר רבות מהן נראות מעובדות ומוכנות לזריעה. כפי שניתן לראות, האדמה היא בצבע חום ונראית חרושה.

תצלום האוויר משנת 1997, עליו מסומנות ארבע חלקות – בהן נתמקד בהמשך הסקירה דלמטה – שמספריהן 25, 26, 28 ו-111 מצ"ב לעתירה ומסומן **נספח 3**.

ב. 1999 : בתצלום זה נראות החלקות כאשר הן עדיין מעובדות, אולם בצמוד להן נפרצה דרך עפר בלתי חוקית, המתחברת בהמשכה אל הדרך ההיקפית של ההתנחלות. הדרך ההיקפית עוברת במקביל לכביש הישן המחבר בין הכפרים עין יברוד וסילוואד ואשר במרכזו ממוקמת ההתנחלות. במאמר מוסגר נוסף, כי דרך היקפית זו מגודרת אף היא באופן בלתי חוקי לכל אורכה, כאשר לאורך קטעים נרחבים ממנה פזורות מלונות כלבים במרחקים שווים, ובהן כלבי תקיפה מהזנים התוקפניים ביותר. הכלבים כבולים בשלשלאות לחוט ברזל ארוך ה"רץ" במקביל לגדר והמאפשר להם לנוע לאורכה.

תצלום האוויר משנת 1999 וכן תמונות כלבי התקיפה מצ"ב לעתירה זו ומסומנים **נספחים 4-5**.

ג. 2001 : בתצלום זה נבחין לראשונה בפעולת הסיפוח בפועל. על-ידי פריצתה של דרך העפר החדשה נוצר החיץ שבין החלקות שמספרן 26 ו-25 וחלקות שמספרן 28 ו-111. דרך עפר זו המהווה מכשול פיסי וככל הנראה משמשת את תושבי ההתנחלות לסיורים 'עצמאיים' מונעת, החל מרגע פריצתה, את אפשרות הגישה של העותר ובעלי הקרקע, לאדמותיהם. כמו כן, ניתן בתצלום זה להבחין בדרך עפר אנכית (בכיוון צפון-דרום), שנפרצה וחוצה את דרך העפר המוזכרת כאן לעיל.

תצלום האוויר משנת 2001 מצ"ב לעתירה זו ומסומן **נספח 6**.

ד. 2002-2003 : בתצלומי אוויר אלה, ניתן להבחין בתוצאות הסיפוח דה-פקטו שנעשה בשנת 2001. נראה כי בשנים שחלפו עד צילום תמונה זו חלו תמורות אדירות בחלקות מהן נמנעה גישת הבעלים : צבען של האדמות השתנה והן הופכות מאדמות אידית מעובדות לשדות בור. וזהו המקום לשוב ולהדגיש, כי מניעת הגישה נעשתה לא רק באמצעות מכשולים פיסיים, אלא פעמים רבות אף על ידי כוח הזרוע כשנציגי ההתנחלות ו/או תושבי המאחז הסמוך עמונה הרחיקו חקלאים שניסו להגיע לאדמותיהם באלימות או באיומי נשק. כתוצאה מכך, אף חלק מהחלקות הממוקמות מעבר לדרך החדשה (ומחוץ לגבולות הסיפוח בפועל), עברו תהליך זהה לאלו הכלואות בתוכה. כמו כן ניתן להבחין בתצ"א משנת 2003 במערכת דרכי עפר הקפיות שנפרצה מצפון למאחז עמונה. פריצת דרכים זו מסמנת כי בכוונת הפורצים היה להקים במקום מאחז חדש.

תצלומי אוויר מהשנים 2002-2003 מצ"ב לעתירה זו ומסומנים **נספחים 7-8**.

ה. 2004 : ארבע שנים לאחר שהחלה מניעת הגישה לאדמות הוקם מאחז "עפרה מזרחי", במרכזו של השטח הכלוא – מדובר בתשעה מבנים יבילים שהוצבו באופן בלתי חוקי כמובן. כביש המוליך אליה נסלל ודרכי עפר, ממנה ואליה, נפרצו. במקביל, דרך עפר נוספת נפרצה כדי להקיף את שתי החלקות המוזכרות לעיל, שמספרן 111 ו-28. עם חלוף השנים, הונחה על דרך זו גדר דוקרנים מסוג תלתלית, אמצעי נוסף למניעת גישת הבעלים הפלסטינים. למותר לציין כי אף הנחת הגדר הזו נעשה בניגוד לחוק וללא היתרים. תמונה של הגדר התלתלית ותצלום אוויר משנת 2004 מצ"ב לעתירה זו ומסומנים **נספחים 9-10**.

ו. 2005-2009 המשכו של התהליך. אדמותיהם המעובדות של העותר ותושבי כפרו הפכו לאדמות בור – מניעת הגישה אליהן הפכה עובדה מוגמרת. תצלומי אוויר מהשנים 2005-2009 מצ"ב לעתירה זו ומסומנים **נספחים 11-15**.

27. עיינו רואות, כיצד בתהליך ארוך וסבלני, הפכו חלק מהאדמות החקלאיות של הכפר סילוואד – בהן גידלו תושביו במשך שנים זיתים, תאנים וגידולים עונתיים ואשר היוו מקור תעסוקה ופרנסה משמעותי לבעליהן – לאדמות בור, נטושות המהוות ככל הנראה וכפי שניסיון העבר מלמדנו, עתודות קרקע נוספות להתרחבותה הבלתי חוקית של ההתנחלות הבלתי חוקית עפרה.

28. ופה המקום להדגיש כי השטח ממנו נמנעת הגישה הינו גדול בהרבה מהשטח בו ממוקדים תצלומי האוויר המצ"ב לעתירה זו. כפי שמורה אותנו תצלום האוויר עליו מסומן השטח המלא ממנו נמנעת גישה הבעלים (נספח 3).

V. מיצוי הליכים

29. ביום 23.2.09 נשלחה פנייתם הראשונה של הח"מ אל לשכת שר הבטחון והמשיבים. בפנייתם התריאו הח"מ על מניעת הגישה של תושבי הכפר מאדמתם ואף פרטו את הסיבות לה בהאי לישנא:

"בשל הגדר וכביש הטבעת המקיפים את שני הישובים הלא חוקיים הנ"ל [עפרה ועמונה], מנועים מרשיי מזה שנים לממש את זכות גישתם לאדמותיהם. כמו כן, נמנעת מהם היכולת להפיק פירות מהקרקע ולממש את ייעודה של הקרקע על פי תוכנית מתאר הקיימת באזור, הואיל והקרקע הינה קרקע חקלאית."

בפנייתם הצביעו הח"מ על חובתם של המשיבים "לנקוט באמצעים הדרושים לקיים את

החוק והסדר ולהגן על זכויות מרשיי (העותרים מ.ס., ש.ז., א.ל.), חובה שחלה הן מכח הדין המקומי והן מפסיקת בימ"ש הנכבד בבג"ץ 95938/04 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", ועל כך עוד נפרט בחלק המשפטי של עתירה זו.

העתק מפניית הח"מ מיום 23.2.09 מצ"ב לעתירה ומסומנת **נספח 16**.

30. אישור לקבלת פנייתם, התקבל במשרדי הח"מ ביום ה- 25.2.09 מאת עו"ד רות בר, העוזרת לשר הבטחון; ביום ה- 22.3.09. מאת קצינת פניות הציבור של המשיב 1, סגן דרור שטיין; וביום 5.4.09 מאת קצין הבקרה ופניות הציבור אצל המשיב מספר 2, סגן אריה שעה.

העתק המכתבים מהימים 25.2.09, 22.3.09 ו-5.4.09, מצ"ב לעתירה זו ומסומנים

נספחים 17-19

31. למעלה מחודש ממועד פנייתם הראשונה, ביום 1.4.09, קיבלו הח"מ פנייה נוספת מאת עו"ד בר, אשר מסרה כי "יועמ"ש איו"ש התבקש לתאם פגישה עם הבעלים ובאי כוחם על מנת שיעלו את טענותיהם ואלו ייבחנו במידת הצורך".

העתק פנייתה השנייה של עו"ד בר, מיום 1.4.09 מצ"ב לעתירה זו ומסומנת **נספח 20**.

32. ביום ה- 1.4.09 פנה קצין המנהל האזרחי, רס"ן דוד אלמליח, אל הח"מ על מנת לקבוע סיור משותף למספר תושבי הכפר שהינם בעליהן הרשומים של חלקות הנמצאות בשטח הכלוא, באי כוחם ונציגי המשיב 3. ביום ה- 24.5.09, לאחר מספר רב של דחיות, התקיים הסיור, במהלכו הצביעו בעלי האדמות על מיקומן המדויק של החלקות שבבעלותם וכן פרטו את כל המכשולים, הגלויים והנסתרים מעין, שמונעים מהם את הגישה לחלקותיהם ואת האפשרות לעבדן. בסופו של הסיור הוסכם בין הצדדים כי הח"מ יעבירו אל משרדי המשיב 3 את מסמכי הבעלות שבידיהם המוכיחים את זיקת התושבים אל הקרקע.

33. ביום ה- 10.6.09, הועברו המסמכים אל משרדי המשיב 2, כפי שסוכם. מקץ שבועיים, ומשלא השתנה דבר, פנו הח"מ אל המשיבים במטרה לברר האם חלה התקדמות בעניינים, וכך ציינו הח"מ בפנייתם מיום 22.6.09:

"נבקש לדעת האם התבצעו פעולות כלשהן בנדון, ובכלל זה הסרת הגדר אשר הוצבה שלא כדין על אדמותיהם של מרשיי, נקיטה באמצעים אפקטיביים לאפשר למרשיי גישה לאדמותיהם, זאת במקביל לפתיחה בהליכים משפטיים ואו מנהליים כנגד העבריינים וכל צעד מתבקש אחר אשר נועד לסייע למרשיי במימוש זכויותיהם."

העתק מפנייתם של הח"מ מיום 22.6.09 מצ"ב לעתירה ומסומנת **נספח 21**.

34. ב-28.6.09, לפני כחצי שנה, התקבלה תשובת המשיב מספר 2 מאת קצינת ייעוץ מדור פנים, סגן נופר שפי, בה נמסר בלאקוניות כי: "מסמכי הבעלות אשר הועברו מטעם מרשיך למנהל האזרחי לאזור יהודה והשומרון, הועברו לבחינת הגורמים הנוגעים בדבר". ועוד הוסיפה כי: "בתום בחינת המסמכים ויתר הטענות אשר הוצגו במסגרת הסיור שבסימוכין יינתן מענה לפנייתך מטעם המנהל האזרחי".

העתק תשובתה של סגן שפי מיום 28.6.09, מצ"ב לעתירה זו ומסומנת **נספח 22**.

35. חודשיים נוספים חלפו ומענה ענייני טרם הגיע. פנייה נוספת, שנייה במספר, נשלחה מאת הח"מ ביום ה-1.9.09. אל סגן שפי, בה נאמר בזו הלשון:

"נכון לכתיבת שורות אלו, למעלה מחודשיים ממועד תשובתך האחרונה, ולמעלה מחצי שנה מפנייתנו הראשונה, טרם התקבלה כל תשובה עניינית. ברי לכל כי המדבר בפרק זמן מעבר לגבולות הסביר למתן תשובות בנושא"

על כך הוסיפו הח"מ כי:

למותר לציין כי בשטח לא חל כל שינוי שיכול היה לרמוז על ראשית פעולה בנידון. הגדרות הבלתי חוקיות המקיפות את ההתנחלות "עפרה" והמאחז "עמונה", אשר עוד במהלך הסיור הוסכם כי הן אינן חוקיות, בענין עומדות"

העתק פנייתם השלישית של הח"מ מיום 1.9.09 מצ"ב ומסומן **נספח 23**

36. עד לכתיבת שורות אלו, כעשרה חודשים ממועד הפנייה הראשונה, ולמעלה מחצי שנה לאחר הסיור והעברת המסמכים המבוקשים על ידי המשיבים, טרם התקבלה כל תשובה עניינית מטעם המשיבים. למותר לציין, כי גם בשטח לא נעשתה אף לא ראשיתה של פעולה אשר נועדה לסייע לעותר ולאנשי הכפר לחדש את הגעתם לשטח.

37. וזהו המקום להדגיש כי במקביל לכל פניות אלו המפורטות לעיל, הפעולות למניעת הגישה של העותר ותושבי כפרו מאדמותיהם נמשכות. כך למשל, בסיור שנערך לאחרונה ביום ב' ה-23/11/09, התגלה כי דרך העפר שנפרצה בשנת 2003 (נספח 11 לעיל) נסללה ובמקביל לה הוצבו מלונות כלבים נוספות. בכך למעשה מושלם תהליך מניעת גישת הבעלים וסיפוח אדמותיהם כאשר ברקע, כמצוין לעיל, מתנהלת תכתובת ענפה ומפורטת, הכוללת העברתם של מסמכי בעלות על אותן החלקות בדיוק אשר בסלילת

הדרך והצבת המלונות נמנעת גישת הבעלים מהן!!!! תמונות בהן מוצגות פעולות אחרונות אלה מצ"ב ומסומנות כנספח 24.

38. ושוב מתברר, כבמקרים רבים של בנייה לא-חוקית ומניעת גישה בלתי חוקית ע"י אזרחים ישראלים בשטחים הכבושים, שרשויות אכיפת החוק מבזות את עצמן ואותנו. מניעת הגישה באמצעות הגדרות והאלימות – חרף היותן בלתי חוקיות, (כמו רובם של בתי ההתנחלות והמאחזים סביבה בכלל) – עומדות באין מפריע ומונעות מבעליהן – העותר ותושבי כפרו, להגיע אליהן ולעבדן. כל זאת בידיעתן המלאה של רשויות האכיפה שנמנעות מלבצע חובתן האלמנטארית – למנוע ביזוי החוק ופגיעה ברכוש פרטי של תושבי האזור המוגנים.

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

40. מכאן עתירה זו.

ג. מסגרת הטיעון המשפטי

41. העותר ותושבי הכפר סילוואד, 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.

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

43. לאחר מכן, ייבחנו מעשיהם ומחדליהם של המשיבים 1-2 כלפי העותר 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 ההומניטארי בינלאומי – דיני הכיבוש

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

44. 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 הכללים של המשפט הבינלאומי.

45. 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.

46. 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"צ 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

47. הכלל העליון של דיני הכיבוש, הנכלל בתקנות הנספחות לאמנת האג, מצוי בתקנה 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"צ 69/81 **אבו עיטה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פד"י לז(2) 197).

48. 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.

49. 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.

50. פרשנות זו עוברת כחוט השני גם בפסיקתו של בית המשפט הנכבד בעתירות שעניין 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").

51. 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).

52. 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.

53. 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.

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

55. העותר ותושבי כפרו הינם בעלי האדמות הרשומים במרשם הקרקעות שבגדה והינם. להם זיקה וקשר קנייני הדוק ארוך בשנים לאדמותיהם שנקטע באיבו בשל פעולות בלתי חוקיות שלא זכו לכל מענה אכיפתי, כמצופה מהמשיבים 1-2.

56. 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.)

57. 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))

58. 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".

59. 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.

60. אין ספק שמעשיה של המשיבה מס' 4 ו/או גורמים מטעמה, אשר השתלטו בפועל על שטחי העותר, מנעו מהם את אפשרות הגישה ואת היכולת לעבד את אדמותיהם, אם באמצעות הצבת גדר ללא היתר ובניגוד לחוק על אדמה שאינה בבעלותם ושאינן להם כל זכות קניינית בה ואם באמצעי איום או אלימות פיסית, 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. 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”

(J.S. Pictet: **Commentary: IV Geneva Convention**, 1958, p. 301

61. החובה המוטלת על הגורם הצבאי בשטח, ובמקרה דנן – 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"שליטית"; שנית, עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיות 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"שליטית"). 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' 377-376; להלן: "**פרשת אבו דאהר**").

62. הנה כי כן, ניתן לראות – כפי שניתן היה לשער – כי לעותר ולתושבים אותם הוא מייצג 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 הצד הכובש. 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, בצינו 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)

63. זכות הקניין הינה, כאמור, גם זכות יסוד בשיטת המשפט שלנו. עמדו על כך בי 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).

64. 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.

65. ובמקרה דנא, דווקא משיבים אלו, עומדים שותקים וחבוקי ידיים, ממלאים פיהם מים ואף אינם נכונים להשיב לפניית העותר ובאי כוחו.

66. 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

67. 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.

68. העותר אינו מקבל 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.

69. 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.

70. 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.

71. 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)

72. 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>

73. 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. יצוין, 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 (בדימ') ברק).

74. 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 בעניינו. לפסקי דין אלו ולאמור בהם עוד נשוב לכשנבחן את הזכויות הנפגעות בעניינו, באופן פרטיקולארי.

75. 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 א' רבלין והשופטת 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 הוראותיו 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 כב' הנשיאה בייניש; הדגשות הוספו, מ.ס., ש.ז., א.ל.).

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 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)".

76. מעבר לכך, אין ולא יכול להיות ספק שלישאל שליטה אפקטיבית ייחודית ובלעדית בשטחי C, שבהן ממוקמות ההתנחלות ואדמות הכפר סילוואד.

77. 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

78. 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 נקבע הדברים בהכרזה האוניברסלית לזכויות אדם משנת 1948:

סעיף יז.

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

2. לא יישלל מאדם קניינו דרך שרירות.

ובנוסח המקורי (והמחייב) באנגלית:

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.

79. 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).

80. מובן, כי קיימים מסמכים משפטיים בינלאומיים אחרים אשר מצאו לנכון לעגן זכות זו, אשר הינה זכות אדם מובהקת. ביניהן 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>

ב. חופש התנועה

81. מניעת הגישה באלימות תוך סיוע ממשי של רשויות אכיפת החוק ופריצת דרכים, באופן בלתי חוקי, על אדמות פרטיות שבבעלות תושבי הכפר, יוצרים מכשול המונע בפועל את גישתם של העותר ואנשי כפרו אל האדמות החקלאיות שלהם. בכך נחסמה שלא כדין תנועתם במרחב הפרטי.

82. 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.

83. 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.

84. 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?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/6c76e1b8ee1710e380256824005a10a9?Opendocument)

85. 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 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

86. 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).

87. 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 הזכו לחופש תנועה על ידי גורמים פרטיים, דוגמת המשיבה מס' 3 ואו 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."

88. 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.

89. 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).

90. 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.

91. 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, פסקה 15 לפסק דינה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה), והיא מהווה זכות בלעדית אין. כך נאמר במפורש בהערה הכללית של הועד לזכויות האדם, וכך גם עולה מפסיקותיו השונות של בית המשפט העליון לאורך השנים.

92. מניעת הגישה על צורותיה השונות מונעת את קיומה ואת מימושה של זכות זו, וכנגזרת מכך את הזכויות הנלוות, ועל כן השארת המצב בשטח כהוויתו על ידי מי שבידיו הסמכות לשנותו הינה השלמה עם המצב הפוגעני הזה והפרת המשפט הבינלאומי על שני ענפיו שנותחו לעיל.

ג. הזכות לעבודה

93. 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.

94. כפי שרצף התמונות שצורף לעתירה מבהיר (נספחים 4-15 לעיל), ניתן לראות כי עד שנמנעה גישתם של הבעלים, אם באמצעות דרך העפר שנפרצה ואם באמצעים אחרים, היו החלקות בשטח הכלוא מעובדות וסיפקו פרנסה לתושבי הכפר סילוואד.

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

96. משכך, ברור כי עצם קיומה של מניעת הגישה וחוסר המעש של המשיבים 1-2 הנמנעים באופן מודע מלאכוף את החוק, נמנעת מהעותר ותושבי כפרו הזכות לעבודה כפי שהיא מוגדרת במשפט הבינלאומי.

III. המשפט המנהלי והחוקתי הישראלי

(1) תחולת המשפט המנהלי והחוקתי הישראלי בגדה המערבית

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

98. 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 פעולתו אשר יהיה. בכך מוטלת על נושא התפקיד חובה נוספת ומצטברת, כי החובה לנהוג לפי הנורמות של המשפט המנהלי 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 לו(2), 197, בעמ' 226-227 (1983))

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

"בהגדירו 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):

"בצד הכללים של המשפט הבינלאומי החלים בענייננו, חלים גם עקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי, כגון כללי הצדק הטבעי. אכן, כל חייל ישראלי נושא עימו בתרמילו הן את כללי המשפט הבינלאומי והן את כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי הנוגעים לעניין."

99. 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 2002(3), 1021 (2002)).

100. 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 תחלתו 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)).

101. 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 פלסטינים, 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 2006(3), 1874, 1878 (2006), וכן ראו גם הניתוח בבג"צ 7957/04 **זהראן יונס מחמד מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**, תק-על 2005(3), 3333 (2005)).

102. 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 לאוכלוסיה הכבושה, הנובעת בין היתר מהעקרונות החוקתיים שלנו, חזר בית המשפט גם בפסק הדין בבג"ץ **מוראד**, (ראו פסקה 14 לפסק דינה של השופטת (כתארה אז) ד' בייניש).

103. 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 קיומן של הגדר ומניעת הגישה באמצעים אחרים

104. מבלי לגרוע מהפגיעות בזכויות העותר ואנשי כפרו 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

105. 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.

106. 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

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

108. קניינו של העותר ושל תושבי כפרו 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.

109. פגיעה זו בפרנסה ובחופש העיסוק של העותר ותושבי הכפר סילוואד, נעשית בשל מעשה עברייני של 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.

110. 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.

111. ואילו בענייננו דברים אלו נכונים מקל וחומר – היכן שסגירת השטח נובעת לא מתוך דאגה של המשיבים לשלומם של העותר, 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 המתנחלים. 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.

112. 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.

113. 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 המטרה, 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 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, בעמ' 434.

114. כפי שהוצג בתצלומי האוויר שצורפו לכתב עתירה זה (נספחים), וכפי שהוצג ברור כי עד למועד מניעת הגישה המוחלטת, היוו האדמות החקלאיות השוכנות בתוך השטח הכלוא מקור פרנסה משמעותי ועבור חלק ממשפחות הכפר סילוואד – מקור פרנסה יחיד. 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 ומניעת הגישה, כפי שהיא באה לידי ביטוי במקרה זה.

ג. הזכות לכבוד

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

116. 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 ולעיתים אך מסייעים בהרחקת החקלאים המבקשים להגיע לאדמותיהם – וכשהכל מתבצע על רקע סכסוך שרקעו לאומי והגזל מתבצע על-ידי קבוצה לאומית אחת ובקונטקסט של שליטה שלה על הקבוצה 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

117. המשיבים 1-2 לא מנעו את המעשה הלא חוקי של פריצת וסלילת דרך העפר, כמו גם הנחת הגדר התלתלית; לאחר שנפרצה הדרך לא באו חשבון עם העבריינים; לא דאגו לאכוף את החוק פעולתיהן האלימות של המתנחלים תושבי עפרה לא זו אף זו סייעו במישרין במניעת הגישה אל האדמות בלא הסמכה חוקית לכך ובניגוד לכל דין; לא עשו את הנדרש כדי לאפשר מחדש את גישת תושבי סילוואד לאדמותיהם.

118. זכויות רבות של העותר והתושבים אותם הוא מייצג בעתירה זו מקופחות ונמנעות מהם בשל התנהלות המשיבים כולם, ובראשם המשיבים 1-2 אשר נמנעים מביצוע המוטל עליהם ומאפשרים את המשך קיומה של מניעת הגישה בפועל של העותר ובני כפרו אל אדמותיהם המצויות בסביבה של התנחלות ובפועל משלימים עם התנהלות קלוקלת, בלתי חוקית ובלתי חוקתית המקפחת באופן עקבי ומתמשך את זכויותיהם של האזרחים המוגנים בשטח.

119. עמדת העותר 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

120. 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.

121. 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 בדיון.

"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.

122. 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 העותר ובעלי האדמות המיוצגים על ידו, אשר מנועים דה-פקטו מלהיכנס לאדמותיהם בשל חוסר הנכונות והרצון של המשיבים לבצע את המוטל עליהם ולהגן על העותר מפני התנקלויות מצד תושבי ההתנחלות;

שנית, לא ניתנו הנחיות לכוחות הביטחון לאפשר לעותר ולאנשיו להגיע לשטח, ואם ניתנו, הן אינן מיושמות בפועל, ואף לא מקצתן;

שלישית, לא מוקצה כל כוח שיגן על העותר ותושבי הכפר להגיע לאדמותיהם; קיומו של כוח כזה, סביר כי היה מאפשר בנוכחותו, גישה חופשית, בייחוד לאור הפניות הרבות מטעם העותר 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 העותר.

רביעית, ואולי חשוב לא פחות, הימנעותם של המשיבים לבדוק את תלונות העותר ולהתייחס אל תלונות ופניות אלה בהקדם, כאשר תלונה זו מתייחסת להתנכלות ומניעת גישה, בוודאי כאשר מדובר בפניות אשר נעשו לפני למעלה מעשרה חודשים עובר להגשת עתירה זו, חושפת טפח נוסף במחדל העצום של אי-עשייה והעדר אכיפה שהמשיבים אחראים לו בגדה המערבית. לכך יש להוסיף את שתיקתם המוחלטת והעדר התייחסותם של המשיבים לכל שארע לאחר הסיוור בשטח, בחודש מאי שנה זו.

123. 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 דנא אין המדובר באקט הנעשה על בסיס חוקי כלשהו, אלא על מעשה פרטיזני ומפר חוק, אשר כל מטרתו היא הרחבת השטחים עליהם חולשת ההתנכלות תוך ניסול חקלאים מאדמתם.

124. 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 – למרות שהמידע הועבר להם לא אחת – מלנקוט באמצעים אלו ומשלימים עם המצב, שלא לומר משלימים את המצב.

125. העותר יטען 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 אחר'**, 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".

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

127. עתירה זו נתמכת בתצהיר של העותר וכן בתצהירו של מר דרור אטקס מטעם ארגון "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

Silwad-4-BagatzIV.doc