

1. [redacted], ת.ז.
2. [redacted], ת.ז.
3. [redacted], ת.ז.
4. [redacted], ת.ז.
5. [redacted], ת.ז.
6. [redacted], ת.ז.
7. [redacted], ת.ז.
8. [redacted], ת.ז.
9. [redacted], ת.ז.
10. [redacted], ת.ז.
11. [redacted], ת.ז.
12. [redacted], ת.ז.
13. ראש מועצת הכפר בורקה, [redacted], ת.ז.
14. יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם (ע"ר 22-04426-58)

כולם באמצעות עו"ד שלומי זכריה ו/או עו"ד מיכל זיו ו/או עו"ד פאדיה קוואסמי, מטעם ארגון "יש דין" – ארגון מתנדבים לזכויות אדם (ע"ר), מרח' דוד חכמי 12, תל אביב-יפו, טל': 03.5275273; פקס: 03.5275274

#### העותרים

- נ ג ד -

1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלוף נדב פדן
2. היועץ המשפטי לממשלה, עו"ד ד"ר אביחי מנדלבלט
3. פרקליט המדינה, עו"ד שי ניצן

באמצעות פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים  
טל': 02-6466590; פקס: 02-6467011

#### המשיבים

### עתירה לצו על תנאי

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

#### למשיב מס' 1

- א. מדוע לא יימנע מלהחיל את צו התיחום שהוצא על-ידו במסגרת הצו בדבר מבנים בלתי מורשים על העותרים, אנשים מטעמים ושאר בעלי האדמות המצויות בשטח צו התיחום, ומדוע לא יאפשר להם גישה חופשית לאדמותיהם;
- ב. מדוע לא יאכוף את צו התיחום ביחס לבינוי הבלתי חוקי והפלישות הקיימות בשטח צו התיחום, וכן את הצו בדבר יישום תוכנית ההתנתקות, האוסר על כניסת ישראלים לאזור, לרבות אכיפה אקטיבית המונעת הגעת גורמים שאינם מורשים לשטח, אשר בפועל יוצרת את העילות למניעת גישת העותרים ושאר בעלי האדמות לאדמותיהם;
- ג. לחילופין, מדוע לא יבטל את צו התיחום המונע מן העותרים ובעלי האדמות להגיע לאדמותיהם באופן חופשי;

ד. מדוע לא יועמדו לדין מפריהם של צו התיחום וצו תוכנית ההתנתקות.

העתק מההכרזה על שטח מתוחם (חומש) (יהודה ושומרון), התשע"ז-2017 (להלן: "צו התיחום"), מצ"ב ומסומן **כנספח 1** לעתירה זו; צילום אויר של שטח צו התיחום עם סימוני החלקות והגושים מצ"ב ומסומן **כנספח א1**.

העתק מהצו בדבר מבנים בלתי מורשים (יהודה ושומרון) (1539), תשס"ד-2003 בנוסחו המעודכן (להלן: "הצו בדבר מבנים בלתי מורשים"), מצ"ב ומסומן **כנספח 2** לעתירה זו.

העתק מהצו בדבר יישום תוכנית ההתנתקות (יהודה ושומרון) (מס' 1565), התשס"ה-2005 (להלן: "צו תוכנית ההתנתקות"), מצ"ב ומסומן **כנספח 3** לעתירה זו.

### **א. פתח דבר**

1. בעתירה זו מבקשים העותרים, בעלי האדמות עליהן הוקמה בעבר ההתנחלות חומש, אשר פונתה בשנת 2005 במסגרת תוכנית ההתנתקות, כי תתאפשר להם גישה חופשית, רצונית, בלתי מופרעת ובלתי מוקשית לאדמותיהם. בד בבד, מבקשים העותרים כי המשיבים יעשו שימוש בסמכות המסורה להם ובחובה המוקנית להם מתוקף הדין, על מנת לאכוף את הפרות הדין המתבצעות במתחם.

2. עתירה זו הינה גלגול נוסף בשרשרת של הליכים משפטיים ואחרים, במסגרתם מבקשים העותרים לשוב לאדמותיהם תוך כדי שמירה על ביטחונם ותוך שיתאפשר להם לממש את זכויותיהם הקנייניות במקרקעין שבעלותם, מקרקעין מוסדרים ורשומים במרשם המקרקעין בגדה המערבית.

3. ההתנחלות חומש, אשר שכנה על מקרקעין פרטיים של תושבי הכפר בורקה בנפת שכם, פונתה כזכור בשנת 2005. רק בשנת 2013, לאחר מאבק משפטי שניהלו העותרים, בוטל צו התפיסה שהוצא למקרקעין בשנת 1978 (צו תפיסה אשר מכוחו הוקמה ההתנחלות, וזאת בהתאם לפרקטיקה שהייתה נהוגה באותה העת), ומאוחר יותר נגרע המתחם מהצו בדבר מועצות אזוריות (יהודה ושומרון), באופן אשר אפשר את כניסתם של בעלי האדמות למקרקעין.

4. ברם, מאבקם זה של העותרים ופריו צלח על הנייר בלבד: אמנם צו התפיסה בוטל והמתחם נגרע מרשימת היישובים המנויים במועצות האזוריות, אולם בפועל במקום שוכנת דרך קבע נוכחות ישראלית בלתי חוקית ובלתי מורשית, אשר מטילה חיתתה על העותרים ושאר תושבי בורקה, בשלל מעשי אלימות, הסגת גבול ופעולות עברייניות אחרות.

5. אחת הדרכים של מפקד כוחות צה"ל באזור (המשיב מס' 1), המשמש כחליף הריבון, להתמודד עם התופעה, הייתה באמצעות הוצאת צו תיחום למתחם האמור. בפועל, המשיב מס' 1, עושה שימוש בצו התיחום שהוצא למתחם נשוא העתירה, דווקא נגד בעלי האדמות עצמם, וזאת ללא כל עילה בדין ואף בניגוד לדין. יצא אפוא, שצו התיחום אשר נועד להתמודד עם הפרות, פלישות בלתי חוקיות, בניה בלתי חוקית ונוכחות בלתי חוקית של

ישראלים, פועל דווקא נגד בעלי האדמות. התושבים הישראלים, מנגד, עושים במתחם ככל העולה על רוחם, וזאת בידיעה כי המשיבים 2-3 אינם מעוניינים, במודע ובמכוון, לאכוף את הדין ביחס אליהם.

6. כל אלה יצרו מארג משפטי המוביל למציאות אנומלית, במסגרתה הביטוי "צדיק ורע לו, רשע וטוב לו", מקבל ממד ציני, בלתי חוקי, מפלה ופסול.

## **ב. החלק העובדתי**

### **(1) הצגת הצדדים**

7. העותרת מס' 1, גב' [REDACTED], תושבת הכפר בורקה, היא אחת מיורשיו של [REDACTED], הרשום בספרי מרשם המקרקעין של הגדה המערבית כבעליהן של חלקות [REDACTED] בגוש [REDACTED].

העתק מתצהירה של העותרת 1, נסחי רישום מקרקעין וצו ירושה, על תרגומיהם לעברית, מצ"ב ומסומנים כנספח 4.

8. העותר מס' 2, מר [REDACTED], תושב הכפר בורקה, הוא אחד מיורשיו של [REDACTED], הרשום בספרי מרשם המקרקעין של הגדה המערבית כבעליהן של חלקות [REDACTED] בגוש [REDACTED].

העתק מתצהירו של העותר 2, נסחי רישום מקרקעין וצו ירושה, על תרגומיהם לעברית, מצ"ב ומסומנים כנספח 5.

9. העותר מס' 3, [REDACTED], תושב הכפר בורקה, הוא אחד מיורשיה של [REDACTED], הרשומה בספרי מרשם המקרקעין של הגדה המערבית כבעליהן של חלקה [REDACTED] בגוש [REDACTED] וחלקה [REDACTED] בגוש [REDACTED]. העותר 3 הוא אחיו של העותר 6 בעתירה בבג"ץ 9389/11. העתק מתצהירו של העותר 3, נסחי רישום מקרקעין וצו ירושה, על תרגומיהם לעברית, מצ"ב ומסומנים כנספח 6.

10. העותר מס' 4, מר [REDACTED], תושב הכפר בורקה, הוא אחד מיורשיו של [REDACTED], הרשום בספרי מרשם המקרקעין כבעליה של חלקה [REDACTED] בגוש [REDACTED]. העותר 4 הוא אחיו של העותר 3 בעתירה בבג"ץ 9389/11. העתק מתצהירו של העותר 4, נסחי רישום מקרקעין וצו ירושה, על תרגומיהם לעברית, מצ"ב ומסומנים כנספח 7.

11. העותר מס' 5, מר [REDACTED], תושב הכפר בורקה, הוא בעליה של חלקה [REDACTED] בגוש [REDACTED], וזאת מכוח ייפוי כוח בלתי חוזר שקיבל מהגב' [REDACTED], שהיא אחת מיורשיו של [REDACTED], הרשום בספרי מרשם המקרקעין של הגדה המערבית כבעליה של חלקה זו. העותר 5 היה העותר 4 בעתירה בבג"ץ 9389/11.

העתק מתצהירו של העותר 5, נסח רישום מקרקעין, צו ירושה לטובת הגב' [REDACTED] והעתק ייפוי הכוח הבלתי חוזר, על תרגומיהם לעברית, מצ"ב ומסומנים כנספח 8.

12. העותר מס' 6, מר [REDACTED], תושב הכפר בורקה, רשום בספרי מרשם המקרקעין של הגדה המערבית כבעלים של חלקה [REDACTED] בגוש [REDACTED] ושל חלקה [REDACTED] בגוש [REDACTED]. העותר 6 היה העותר 2 בעתירה בבג"ץ 9389/11. העתק מתצהירו של העותר 6 ונסחי רישום מקרקעין של החלקות, על תרגומיהם לעברית, מצ"ב ומסומנים כנספח 9.

13. העותר מס' 7, מר [REDACTED], תושב הכפר בורקה, הוא אחד מיורשיו של [REDACTED], הרשום בספרי המקרקעין של הגדה המערבית כבעליה של חלקה [REDACTED] בגוש [REDACTED]. העותר 7 היה העותר 7 בעתירה בבג"ץ 9389/11. העתק מתצהירו של העותר 7, נסח רישום מקרקעין של החלקה וצו ירושה, על תרגומיהם לעברית, מצ"ב ומסומנים כנספח 10.

14. העותר מס' 8, מר [REDACTED], תושב הכפר בורקה, הוא אחד מיורשיו של המנוח [REDACTED], הרשום בספרי המקרקעין של הגדה המערבית כבעליה של חלקה [REDACTED] בגוש [REDACTED]. העתק מתצהירו של העותר 8, נסח רישום מקרקעין וצו ירושה, וכן תצהיר לעניין שם משפחתו של העותר 8, על תרגומיהם לעברית, מצ"ב ומסומנים כנספח 11.

15. העותר מס' 9, מר [REDACTED], תושב הכפר בורקה, רשום בספרי המקרקעין של הגדה המערבית כבעלים של חלקה [REDACTED] בגוש [REDACTED]. העתק מתצהירו של העותר 9 ונסח רישום המקרקעין של החלקה, על תרגומיהם לעברית, מצ"ב ומסומנים כנספח 12.

16. העותר מס' 10, מר [REDACTED], תושב הכפר בורקה, הוא אחד מיורשיו של המנוח [REDACTED], הרשום בספרי מרשם המקרקעין כבעלים של חלקה [REDACTED] בגוש [REDACTED]. העתק מתצהירו של העותר 10, נסח רישום מקרקעין של החלקה וצו ירושה, על תרגומיהם לעברית, מצ"ב ומסומנים כנספח 13.

17. העותר מס' 11, מר [REDACTED], תושב הכפר בורקה, הוא אחד מיורשיו של המנוח [REDACTED], הרשום בספרי מרשם המקרקעין כבעלים של חלקה [REDACTED] בגוש [REDACTED]. העותר 11 הוא אחיו של העותר 5 בעתירה בבג"ץ 9389/11. העתק מתצהירו של העותר 11, נסח רישום מקרקעין של החלקה וצו ירושה, על תרגומיהם לעברית, מצ"ב ומסומנים כנספח 14.

18. העותר מס' 12, מר [REDACTED], תושב הכפר בורקה, הוא אחיו של העותר 11 ואחד מיורשיו של המנוח [REDACTED], הרשום בספרי מרשם המקרקעין כבעלים של חלקה [REDACTED] בגוש [REDACTED]. העותר 12 הוא אחיו של העותר 5 בעתירה בבג"ץ 9389/11.

העתק מתצהירו של העותר 12, נסח רישום מקרקעין וצו ירושה, על תרגומיהם לעברית, מצ"ב ומסומנים כנספח 15.

19. העותר מס' 13, הינו ראש מועצת הכפר בורקה, אשר מייצג את תושבי הקהילה של הכפר בורקה בנפת שכם, אשר ההתנחלות חומש הוקמה על אדמותיו ושטח צו התיחום משתרע על אדמותיו.

**העותר מתצהירו של העותר 13 ותרגומו לעברית מצ"ב ומסומן כנספח 16.**

20. העותר מס' 14, ארגון "יש דיין", הינו עמותה רשומה בישראל הפועלת בתחום השמירה וההגנה על זכויות האדם של התושבים המוגנים בגדה המערבית, הכפופים לשלטון המשיב 1. העותר מתעד פגיעות שיטתיות בזכויות אדם ומסייע לנפגעים כדי לממש את זכויותיהם היכן שאלה נפגעות על-ידי הרשויות הישראליות ותושבים ישראלים בשטח המצוי תחת דיני התפיסה הלוחמתית.

21. המשיב מס' 1 הינו מפקד כוחות צה"ל בתחומי הגדה המערבית, אזור המצוי תחת דיני התפיסה הלוחמתית למן שנת 1967. בידי המשיב, בהתאם להוראות הדין הבינלאומי, מצויות כלל סמכויותיו כמי שמייצג את חליף הריבון בשטח, וזאת באופן זמני. המשיב הוא זה אשר הכריז על השטח שבו מצויות אדמות העותרים ושב שונה ההתנחלות חומש כשטח מתוחם שאסורה הכניסה אליו והשהייה בו.

22. המשיב מס' 2, היועץ המשפטי לממשלה, עומד בראש התביעה הכללית של מדינת ישראל. המשיב מס' 2 מתווה את הליכי אכיפת הדין על ישראלים, לרבות אלה הפועלים בתחומי הגדה המערבית, ובפרט ביחס לאנשי ציבור ועובדי ציבור.

23. המשיב מס' 3, פרקליט המדינה, הינו הגורם האחראי על העמדה לדין של עבריינים ומתווה את שיקולי התביעה בנושא זה. במסגרת המשיב מס' 3 פועלת המחלקה לתפקידים מיוחדים בראשות עו"ד נורית ליטמן, אשר במסגרת תפקידה מצוי כל נושא העמדה לדין של ישראלים בגין עבירות שונות המתבצעות בתחומי אזור הגדה המערבית, לרבות עבירות של הפרות צווים המוצאים על ידי המפקד הצבאי.

## **2) רקע עובדתי לעתירה הנוכחית**

**2.1 תפיסת אדמות הכפר בורקה, הקמתה ופינויה של חומש, בג"ץ 9389/11 והתנכלויות שהובילו להיעדרם של בעלי האדמות**

24. העותרים הם בעליהן הרשומים של האדמות מושא עתירה זו. עד שנת 1978 העותרים ובני משפחותיהם נהגו לעבד את אדמותיהם אשר היוו מקור פרנסה עבורם.

25. ביום 1.1.1978 הוציא מי ששימש כמשיב 1 באותה העת, צו תפיסה שמספרו ת/4/78 (להלן: "צו התפיסה"), צו זה נפרס על פני תא שטח הממוקם מצפון לעיר שכם ומזרחית לעיר טול כרם, ומשתרע על פני כ-697.5 דונמים.

26. כמנהג אותם ימים, צו תפיסה זה לא נקב בתאריך לפקיעתו, למרות החובה כי יהיה זמני, בניגוד לנהוג כיום אצל המשיב 1, המוציא צווי תפיסה הנוקבים במועד פקיעה.

27. בשטח אותו חבק צו התפיסה, הוקמה סמוך לתפיסה, בשנת 1978, היאחזות נח"ל בשם "מעלה נח"ל", אשר "אוזרחה" שנתיים לאחר מכן (בשנת 1980) והפכה להתנחלות חומש. משמע, הצורך הצבאי ההכרחי והדחוף, אשר עמד בבסיס הוצאת צו התפיסה, נשמט כשנתיים לאחר הוצאתו, עת תחת ההיאחזות הצבאית הפך השטח להתנחלות אזרחית לחלוטין. כידוע, בתחילת שנות ה-70 אושר השימוש בצווי תפיסה לצורך הקמת היאחזויות נח"ל שאוזרחו בחלקן בשלב מאוחר יותר, אולם בשנת 1979 פסקה פרקטיקה זו בעקבות פסיקת בית המשפט הנכבד בפרשת אלון מורה (בג"ץ 390/79 עזת מחמד מוסטפה דויקאת, ו-16 אח' נ' ממשלת ישראל, לד(1) 1 [פורסם בנבו, 22.10.1979]). מכל מקום, התנחלות זו עמדה על תילה עד לחודש אוגוסט 2005.

28. בשנת 2005 פונתה ההתנחלות חומש על-ידי ממשלת ישראל במסגרת תוכנית ההתנתקות. לצורך יישומה של התכנית אף נחקק על ידי הכנסת חוק מיוחד בנושא – חוק יישום תוכנית ההתנתקות, תשס"ה-2005 – ובעקבותיו נאסרה כניסתם של ישראלים מכוח הצו בדבר יישום תוכנית ההתנתקות המוזכר בפתח העתירה (שכן רק המשיב 1 כחליף הריבון הינו בעל סמכויות החקיקה בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, ואילו כנסת ישראל מוסמכת לחוקק חוקים החלים ביחס לישראלים המצויים בשטח, אולם לא ביחס לשטח עצמו).

29. אולם גם לאחר פינויה של חומש, צו התפיסה, שאסר על כניסת פלסטינים לשטח, נותר על כנו, והאדמות על גביהן נבנתה ההתנחלות חומש נותרו תפוסות בפועל ואסורות לשימוש בעליהן, לרבות העותרים בעתירה דנן. זאת, על אף שהצורך הצבאי שלשמו הוצא צו תפיסה זה מלכתחילה, כבר חדל מלהתקיים עוד עם הקמת ההתנחלות ועשיית שימוש אזרחי בשטח, ובוודאי-ובוודאי שלאחר פינויה של התנחלות זו.

30. לצד זאת, גורמים ישראלים שונים, לא אחת בגיבוי וליבוי גורמים פוליטיים – מדינתיים ואזרחיים כגון שרים, חברי כנסת, ראשי מועצות אזרחיות – דאגו "לשמר" נוכחות ישראלית בשטח האמור. שלל אירועים שונים, בעיקר במועדי ישראל, אשר כללו תהלוכות ענק וכן אירועי חוצות במימון ציבורי, התרחשו באין מפריע על אדמות העותרים, לא אחת בגיבוי ובאבטחת כוחות צה"ל בפקודו של המשיב מס' 1.

31. נוצר מצב אבסורדי, שבו בעלי האדמות החוקיים של הקרקע נעדרים ממנה בשל צו התפיסה האוסר על הגעתם לאדמותיהם, בה בעת שגורמים ישראלים שכניסתם אסורה מכוח הצו ליישום תוכנית ההתנתקות החל על ישראלים, נכנסים לשטח ללא הפרעה, תוך שהם מבצעים הסגת גבול לשטח פרטי ומבלי שתינקטנה נגדם פעולות אכיפה.

32. משכך, בשנת 2011 הוגשה לבית המשפט העליון עתירה בשם בעלי האדמות, בדרישה לבטל את צו התפיסה ולהשיב את זכויות הבעלות והחזקה בקרקעות לבעליהן [בג"ץ 9389/11 ראש מועצת הכפר בורקה מר עבד אלפתאח צלאח נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית] (להלן: "בג"ץ 9389/11").

33. מתשובת המדינה לעתירה בבג"ץ 9389/11, נודע לעותרים דשם כי פרט לצו התפיסה קיים בשטח צו נוסף האוסר על כניסת פלסטינים לשטח מכוח הכרזה בדבר סגירת שטח (יישובים ישראלים) (יהודה והשומרון), התשס"ב-2002, שהוצא ביום 6.6.2002 – אף על-פי שחומש כבר לא הייתה קיימת. המצב האבסורדי הרקיע שחקים: למרות שחומש פונתה עוד בשנת

2005, בפועל היא לא נגרעה מרשימת היישובים המנויים בצו בדבר מועצות אזוריות, ומשכך על פי המארג החקיקתי החל בשטח, בעלי האדמות היו מנועי כניסה לשטח.

34. בחודש מאי 2013, טרם קיומו של דיון בעתירה בבג"ץ 9389/11, הודיעו המשיבים כי בכוונתם לבטל את צו התפיסה. עם זאת, הם הותירו על כנו את צו הסגירה שאסר על פלסטיניים להיכנס לחומש. מספר חודשים לאחר מכן, בספטמבר 2013, בעקבות תכתובת שקוימה בעניין, בוטל גם צו סגירה זה ובכך למעשה נפתחה הדרך להגעתם של בעלי האדמות לאדמותיהם, לאחר 35 שנות היעדרות כפויה.

35. אלא שהתאפשרות חוקית זו נותרה תיאורטית בלבד ולא יכלה להתממש בפועל בשל אותן פעולות עברייניות מצד גורמים ישראלים, אשר המשיכו לשבש את חייהם של תושבי הכפרים בסביבה, להטיל אימה ובפרט להרחיק מן השטח את בעלי האדמות ולהשתלט על אדמותיהם. כל זאת, מבלי שרשויות האכיפה באזור, שהמשיב 1 עומד בראשן ינקטו בצעדים לאכוף את שלטון החוק על העבריינים.

## **2.2 הפרות הצווים הצבאיים לאורך השנים על-ידי תושבים ישראלים ואזלת ידם של המשיבים**

36. החל ממועד פינויה של חומש בשנת 2005 ועד ביטול צו התפיסה בשנת 2013, שהותם של ישראלים בשטח הייתה אסורה מכוח הצו ליישום תוכנית ההתנתקות, וכן מתוקף סעיף 447 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 הקובע את עבירת הסגת הגבול.

37. צו התפיסה בוטל כאמור בשנת 2013. כיום ממשיכות לחול הוראות הדין האמורות, ומאז יום 23.10.17 האיסור על ישראלים להיכנס לשטח נובע גם מקיומו של צו התיחום שהוציא המפקד הצבאי (כפי שיפורט בהמשך).

38. איסורים אלה לא מנעו בפועל את הגעתם של גורמים ישראלים אל הריסות ההתנחלות, ואלו פקדו את המקום דרך קבע, לעיתים במאות ובאלפים. המקום הפך עד מהרה לאתר עלייה לרגל, בתדירות ובמספרים הולכים וגוברים, כשכוונת המבקרים היא לשהות במקום ולחדש את ההתיישבות בו.

39. העלייה הראשונה לחומש נערכה חודשים ספורים לאחר מועד פינויה, בחג חנוכה של שנת 2006, אז הגיעו למקום כאלף איש. מאז המשיכו לפקוד את המקום גורמים ישראלים שונים, תוך הפרה בוטה של צווי סגירת השטח לישראלים כפי שהוצאו על-ידי המשיב 1, מבלי שהפרה זו תזכה לכל מענה אכיפתי יעיל. כניסתם של ישראלים לשטח בתקופה זו (וגם לאחריה ועד היום, כפי שיפורט בהמשך) לא הייתה מוגבלת ל"עשבים שוטים", אלא הייתה מאורגנת ובוצעה בחסות המועצה האזורית שומרון, ראשיה וחבריה, רבנים ואף חברי כנסת אשר הגיעו לשטח בו שכנה ההתנחלות כחלק מפעילות פוליטית.

40. זאת, בזמן שבעלי האדמות הפלסטינים, אשר צייתו לצווים שאסרו עליהם כניסה, נעדרו מן השטח במשך כל השנים הללו.

41. החל משנת 2007 ועד היום, פוקדים את המקום בדרך קבע תלמידי ישיבת "חומש המתחדשת", שבראשה עומד הרב אלישמע כהן, ושמטרתה המוצהרת היא לקיים נוכחות קבועה ורצופה בשטח.

42. מאז פינויה של חומש ועד שנת 2015, בהתאם לחגי ומועדי ישראל, וכן בהזדמנויות אחרות, תועדו מספר רב של אירועים שונים המתאפיינים בעליה המונית של ישראלים לאדמות העותרים, אשר מדווחת בריש גלי בפרסומים שונים בתקשורת.

43. אירועי העלייה ההמוניים שהמשיכו להתקיים כמדי שנה, פגעו פגיעה של ממש ביכולתם של בעלי האדמות להגיע לאדמותיהם. לא רק בעת האירוע עצמו, שבמהלכו עמדו על אדמותיהם מאות ישראלים ללא אישור, אלא גם בשל הלגיטימציה שאירועים אלו יצרו בקרב גורמים ישראלים להיכנס לשטח כאוות נפשם בכל עת, כמו גם החדרת העלייה לאדמות העותרים, על אף האיסור על כך, לקונצנזוס בציבור הישראלי ויצירת מצג כאילו מדובר בשטח ציבורי שהוא לרווחת הכלל (הישראלי כמובן).

44. פניותיהם לאורך השנים של ב"כ העותרים למשיבים, שבהן דרשו כי יינקטו פעולות למנוע את קיומם של האירועים ההמוניים וכן כי יועמדו לדין מפרי הצווים הצבאיים ומסיגי הגבול לאדמות פרטיות, העלו חרס. על אף פניותיהם לגורמים האמונים על אכיפת החוק בדרישה כי ימנעו קיום אירועים המוניים על אדמות העותרים, וכי יאכפו את החוק על המפרים אותו, אירועים אלו המשיכו להתקיים, לעיתים אף באבטחת הצבא.

**העתקי פניות ב"כ העותרים למשיבים מיום 26.5.14, 8.6.14 ו-2.10.14 מצ"ב ומסומנים כנספח 17.**

45. יצוין, כי בשנת 2015 אף הוגשה עתירה על ידי מי ששימש בתפקיד ראש מועצת הכפר בורקה באותה עת, נגד אירוע רב משתתפים שעתיד היה להתקיים בחוה"מ פסח באדמות הכפר (בג"ץ 2417/15 ראש מועצת הכפר בורקה, סאמי עבד אלעזיז צאלח פרעוניה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית [פורסם בנבו, 6.4.2015]). כפי שעולה מפסק הדין (פסקה 5), המשיב 1 ער לאי החוקיות הגלומה בהתנהלות החוזרת ונשנית של ישראלים על אדמות העותרים:

*"בתגובתם המקדמית הבהירו המשיבים שאכן השטח המדובר הינו שטח צבאי הסגור לישראלים, שהכניסה אליו אסורה אלא בהיתר מטעם המשיב 1 – היתר שלא יינתן במקרה, כמו בעניין העתירה, של אדמות פרטיות. לפיכך, כניסה לשטח לצורך קיום האירוע המתוכנן תהווה, בין היתר, הסגת גבול והפרה של צו שטח צבאי סגור. המשיבים מוסיפים ומבהירים בתגובתם המקדמית כי בעקבות פניית העותרים פתחה משטרת ישראל בחקירה לאיתור מארגני האירוע המתוכנן והבאתם לחקירה. כמו כן, כוחות צה"ל הפועלים בגזרה וכוחות משטרת ישראל הונחו על ידי אלוף פיקוד המרכז לפעול למניעת קיומו של האירוע המתוכנן, ונערכו בהתאם."*

46. האירוע המדובר אמנם לא התקיים בסופו של יום, אולם אירועים אחרים המשיכו להתנהל באין מפריע ברבות השנים, לא אחת תחת אבטחה של כוחות הביטחון. למען השלמת התמונה נתאר, כי למיטב ידיעת העותרים, החקירה של משטרת ישראל לאיתור מארגני האירוע והבאתם לחקירה מעולם לא התקדמה מעבר לאמירה הרפה בתגובת המשיבים לעתירה בבג"ץ 2417/15 הנזכרת לעיל, ובוודאי-ובוודאי שלא הועמד לדין אף גורם הקשור לארגון האירוע.



47. בהפרות הדין הללו לוקחים חלק לעיתים קרובות אנשי ציבור, לרבות עובדי ממשלה ועובדי ציבור אחרים, אשר נכנסים לשטחם הפרטי של העותרים ללא הרשאה כדין. כך לאחרונה, בתחילת חודש יוני 2018, דווח כי שר החקלאות מר אורי אריאל, ביקר בשטח בו שכנה ההתנחלות, לצד הרב דב ליאור, וראש המועצה האזורית שומרון, מר יוסי דגן.

48. לדיווח זה, שנעשה באתר האינטרנט של "ערוץ 7", צורף סרטון המתאר את הנוכחות מפרת הדין לכאורה, של הגורמים הנמצאים בשטח – הן מבחינת ההיתר הנדרש לכך והן מבחינת הסגת הגבול לאדמות הפרטיות העולה מהנוכחות הישראלית בשטח. בסרטון זה ניתן להבחין כי לשר אריאל נלוו מאבטחים מטעם המדינה אשר למעשה מלווים את פעולת הפרת הדין ומאולצים להפר אותו אף הם. מעבר לכך, מצער לראות כיצד מאבטחים רשמיים של המדינה נדרשים לאבטח פעילות בלתי חוקית.

49. בסוף חודש יוני 2018 דווח בתקשורת ובאמצעי מדיה נוספים, כי שוב התרחש אירוע רב משתתפים בנוכחותו של ראש המועצה האזורית שומרון, אשר כלל נוכחות של מאות אנשים אחרים בשטח, כאשר במסגרת האירוע נחגגה "הכנסת ספר תורה חדש בחומש".

50. בעקבות שני אירועים אלו, פנו ב"כ העותרים אל המשיבים בדרישה לפתוח בחקירה כנגד השר אורי אריאל, ראש המועצה האזורית שומרון, הרב דב ליאור ושאר גורמים אשר היו מעורבים בכניסות השונות למתחם האסור. כמו כן, התבקש לקבל הבהרה כיצד ארע שמאבטחים רשמיים מטעם המדינה היו שותפים לפעילות זו, וכיצד אלה לא מנעו מהשר אריאל לבצע עבירה, ואף סייעו בידו לכאורה לבצע את העבירה האמורה. בנוסף, התבקשה הבהרה אילו צעדים בכוונת הרשויות לנקוט על מנת שתופעות פסולות אלה, בפרט כאשר מדובר בעובדי ואנשי ציבור, לא יישנו.

### **העתק פניית ב"כ העותרים למשיבים מיום 5.7.2018 מצ"ב ומסומן כנספח 18.**

51. לפנייה זו, התקבל מענה טכני לפיו הנושא הועבר לטיפול הגורמים המטפלים, אך שום מענה מהותי לפנייה זו לא התקבל עד לכתיבת שורות אלה.

52. ריבוי האירועים מדי שנה מעיד כי גורמי הצבא נותנים יד להמשך הפרת החוק ובכך למעשה פותחים דלת גם להתקיימותם של אירועים עתידיים. בסירובן להבהיר את מצב הדברים, לעמוד ולאכוף את האיסור על הכניסה לשטח באופן ברור מוצהר ומפורש, מאותתות רשויות האכיפה, שבראשן עומדים המשיבים, לאותם גורמים עברייניים כי אין כל מניעה להמשיך ולהפר את החוק באזור.

53. ואכן, אין כל קושי להבין מדוע אותם עבריינים מסרבים להפנים את האיסור הקיים ואת העובדה כי ככל שטח פרטי אחר, גם הכניסה לשטח זה, מותנית באישור בעליו. האשם בהפרת החוק ובפגיעה בזכויות העותרים רובץ לפתחן של רשויות האכיפה, ובראשן המשיבים, אשר עליהם מוטלת החובה לפעול למיגור העבריינות בגדה המערבית ולמנוע את המשך הפגיעה המתמשכת בזכויות העותרים.

### **2.3 התנכלויות אלימות מצד מתנחלים השוהים בשטח שלא כדין**

54. עבריינותם של הגורמים הישראלים הנכנסים לשטח ושוהים בו שלא כדין אינה מסתכמת בעבירות של הפרת צווים והסגת גבול, אלא כוללת במקרים רבים גם פעולות אלימות כלפי פלסטינים תושבי הסביבה ורכושם.

55. מספר תלונות הוגשו מצד תושבי בורקה והסביבה למשטרה הישראלית או דווחו למת"ק הפלסטיני בגין עקירה של עיבודים והשחתת עצים; השחתת מבנים; פריצה לבתים וגרימת הרס בתוכם; גניבת ציוד; ריסוס כתובות תג מחיר; הצתת חציר שמשמש למאכל בעלי חיים; הריסת צנרות מים; שבירת מיכלי השקיה; זריקת אבנים על בתי תושבי הכפרים תוך גרימת נזק לרכוש; זריקת אבנים על תושבים פלסטינים; ירי לכיוון בתים בכפר; חטיפת וגניבת בעלי חיים; פציעת בעלי חיים; תקיפת תושבים פלסטינים, לעיתים במקלות ובאבנים, לרוב בקבוצות ובמקרים רבים עד כדי אובדן הכרה.

56. להלן מספר דוגמאות בלתי ממצות להתנכלויות, חלקן אלימות מאוד שחוו תושבי הסביבה הפלסטינים, המעידה על אופיים האלים של יושבי הגבעה עליה שכנה חומש, השוהים שלא כדין על אדמות העותרים:

- ביום 19.3.17 הוגשה תלונה במת"ק חווארה בגין יידוי אבנים לעבר רועי צאן, חטיפת כבשה ודקירת עז. על-פי התלונה, מספר פלסטינים תושבי הכפר בזאריה הסמוכה לשטח שבו שכנה ההתנחלות חומש, רעו את צאנם באזור כאשר קבוצה של כ-30 אנשים החלה לזרוק עליהם אבנים. אחד מהתוקפים נכנס לתוך העדר, הרים את אחת הכבשים וחטף אותה לכיוון השטח שבו שכנה חומש. על-פי התלונה, אחד מרועי הצאן צעק לעבר חוטף הכבשה כי הוא מתקשר למשטרה הישראלית, ואילו חוטף הכבשה השיב לו כי אין בעיה וכי הוא מוזמן להתקשר למשטרה. בינתיים קבוצת התוקפים תפסה את אחת העיזים שבעדר ואחד מהם שהחזיק בידו כלי חד, דקר אותה בעטיניה. בתום האירוע, פנתה קבוצת התוקפים והתרחקה לכיוון חומש.

- ביום 11.9.2017 הוגשה תלונה במת"ק חווארה בגין תקיפה של תלמיד תיכון פלסטיני, תושב בורקה, על-ידי קבוצה של כעשרה אזרחים ישראלים. על-פי התלונה, המתלונן החל לברוח אולם אלה רדפו אחריו, זרקו עליו אבנים שפגעו בראשו, הפשיטו אותו מכל בגדיו וגררו אותו על הרצפה תוך שהם מכים אותו ודורכים על פניו. לבסוף דחפו אותו מראש מדרגה והפילו אותו מגובה של למעלה ממטר כשהוא שותת דם ולא מסוגל לזוז.

- ביום 28.10.18 הוגשה תלונה במת"ק חווארה בגין תקיפה ובגין גניבת אתון וציוד. על-פי התלונה, באחד מימי המסיק יצאו שני אחים פלסטינים, תושבי הכפר בזאריה, למסוק זיתים בחלקת המשפחה, עם ציוד ועם אתון. כאשר היו בתוך החלקה שלהם הגיח אדם מאחורי אחד האחים, והיכה אותו במוט ברזל או במקל עץ. על-פי התלונה, ניסה הקורבן להרחיק ממנו את התוקף כאשר הגיע אדם נוסף שהצטרף לתקיפה והיכה אותו באמצעות אבן בפניו באזור העין והאף. הקורבן נפל ואיבד את הכרתו. אביו של הקורבן שהוזעק למקום על-ידי אחיו של הקורבן, ראה קבוצת אנשים הסוחבת את האתון של המשפחה יחד עם הציוד שהובא עמה, לכיוון ראש הגבעה שהייתה בעבר חומש. הקורבן חזר להכרתו בבית חולים עם תפרים בידו.

- ביום 20.11.18 דווח למשרד מושל שכס, אשר הודיע למת"ק הפלסטיני, על השחתת מבנה, גניבת ציוד וריסוס כתובות תג מחיר בשטח בבעלות של תושב בורקה. על-פי הדיווח, כאשר הגיעו בניו של בעל החלקה לשטח בשעה מוקדמת בבוקר, הם ראו כי בוצעו בו מעשי ונדליזם, כגון שבירת קירות במבנה שהקים המתלונן, שבירת תריסים, שבירת השיש

במטבח, ושבירת רהיטים, קריעת צינורות של 8 מיכלי מים שהיו במקום ושפיכת כל המים מהם, שבירת כדי צמחיה גדולים ועקירת השתילים שהיו בתוכם, וכן ריסוס גרפיטי של מגן דוד על משטחי בלוקים של בטון שנועדו לבניה. כמו-כן, נגנבו פריטי ציוד רבים מהשטח כגון גנרטור, כלי עבודה, כבלים של חשמל וצינורות מים.

• ביום 12.1.19 דווח למת"ק הפלסטיני על הרס של כ-500 שתילים בבורקה. על-פי הדיווח, ביום 12.1.19 העלו מספר תושבי בורקה כ-1000 שתילים לשטח שבו ביקשו לשתול אותם למחרת. לקראת הערב, ראה אחד מתושבי הכפר בורקה כי קבוצה של ישראלים משחיתה את השתילים. ואכן, מאוחר יותר בערב, כאשר הגיעו אחדים מתושבי הכפר בורקה לשטח בעקבות הדיווח על ההרס, ראו כי מחצית מהשתילים שבורים וזרוקים.

• ביום 15.1.19 הוגשה תלונה במשטרת ישראל בגין תקיפה של רועה צאן כבן 70 מן הכפר בורקה. המתלונן רעה את צאנו באזור הוואדי שלמרגלות השטח שבנדון, כאשר הבחין במספר מתנחלים שהגישו ממעלה הגבעה שבה שכנה ההתנחלות חומש והחלו לרדת לכיוונו. בהכירו את האלימות המאפיינת את הישראלים השוהים דרך קבע בשטח שבנדון, בין השאר מניסיונו האישי בעבר, ניסה רועה הצאן לברוח, אולם אלה החלו לדבריו לרדוף אחריו, תוך שחלקם קורא קריאות עידוד לאחרים כגון "תנו לו מכות". בעת מנוסתו חטף רועה הצאן מכה חזקה בחלק האחורי של ראשו – ככל הנראה מאבן גדולה שנזרקה לעברו – ואיבד את הכרתו למספר דקות. פגיעה זו הובילה לאשפוזו בבית החולים עם שבר בגולגולת פעמיים מאז קרות האירוע.

57. אלו הם רק מקצת ממקרי האלימות וההתנכלויות אשר חוו תושבי האזור בשנים האחרונות. כמו במקרים רבים אחרים, נוסף על האירועים שהוגשה בגינם תלונה או שדווחו לרשויות, קיימים מקרים רבים של אירועי אלימות שקרבנותיהם בחרו שלא להגיש עליהם תלונה במשטרה או לדווח עליהם לרשויות, מחשש לנקמה או בשל אובדן אמון במערכות אכיפת החוק. מעדויות שאסף העותר 14, ארגון "יש דיין", לאורך העשור וחצי האחרון, ניתן ללמוד כי האירועים שתוארו לעיל אינם בגדר חריג, וכי התושבים הפלסטינים באזור חיים בתחושה של סכנה ואיום תמידיים.

58. התנכלויות אלימות אלה הובילו לידי כך שבעלי האדמות ובהם העותרים, חוששים להגיע לשטח שבו מצויות אדמותיהם, פן יאונה להם רע, בידיעה כי כל המתקרב לשטח האמור שם נפשו בכפו. משכך, מזה מספר שנים שהגעתם של בעלי האדמות לאדמותיהם פסקה, שכן תחת העמדת חייהם ושלמות גופם בסכנה, מעדיפים כעת בעלי האדמות להימנע מהגעה לשטח, גם במחיר של פגיעה ביכולתם ליהנות מפירות קניינם, ואף במחיר של פגיעה בפרנסתם.

#### **2.4. צו התיחום: הצו בדבר מבנים בלתי מורשים (יהודה ושומרון) (מס' 1539) – הרקע לחקיקתו**

59. צו התיחום מושא העתירה אוסר על כניסה ושהייה של **כל אדם** בשטח שבו מצויות אדמות הכפר בורקה ושעליו הייתה בנויה ההתנחלות חומש. צו תיחום זה הוצא מכוחו של הצו בדבר מבנים בלתי מורשים (הוראת שעה) (יהודה ושומרון) (מס' 1539), התשס"ד-2003.

60. הרקע לחקיקת הצו בדבר מבנים בלתי מורשים הוא הניסיון להתמודד עם תופעת המאחזים הבלתי מורשים ועם הבניה הבלתי חוקית מצד ישראלים בגדה המערבית. דו"ח המאחזים הבלתי

מורשים, שנכתב על-ידי עו"ד טליה ששון (להלן: "דו"ח ששון") ופורסם בשנת 2005 (ואף אומץ על ידי ממשלת ישראל בהחלטת ממשלה), מפרט את הרקע לחקיקת הצו בדבר מבנים בלתי מורשים. על-פי הדו"ח, הצו בדבר מבנים בלתי מורשים נחקק לאור חוסר האפקטיביות שביישום נוהל הטיפול בבניה בלתי חוקית על-פי חוק התכנון והבניה הירדני על בניה בלתי חוקית ישראלית, אשר קדם לצו זה. כך נכתב בדו"ח:

*"משנעשו ניסיונות במהלך שנת 2003 לפינוי מאחזים בלתי מורשים על בסיס נוהל זה, התברר כי אין הוא מתאים לטיפול בסיטואציה. מתברר כי מיד לאחר שרשויות המדינה פינו מאחז – שבו תושביו והקימוהו מחדש, והיה צריך להתחיל את תהליך נוהל בב"ח [הנוהל ע"פ חוק התכנון והבניה הירדני, הח"מ] כולו מחדש".*

61. בשנת 2004 הוגשו מספר עתירות נגד חוקיותו של הצו בדבר מבנים בלתי מורשים (בג"ץ 548/04 "אמנה" – תנועת ההתיישבות של גוש אמונים ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון; בג"ץ 670/04 יעקב אייכנשטיין ואח' נ' ראש הממשלה ואח'; בג"ץ 898/04 "עפרה" כפר שיתופי להתיישבות בע"מ נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון) שנדונו במאוחד (להלן: עניין "אמנה").

62. עמדת המדינה לטענות בדבר הפליה המגולמת בצו, כפי שהובאה בתשובתה לעתירות הנ"ל, הייתה כי מטרת הצו היא טיפול בתופעת המאחזים הייחודית לתושבים הישראלים בגדה המערבית:

*"המדינה, בתשובתה, הסבירה שהדרג המדיני החליט לטפל באופן נמרץ יותר בתופעת המאחזים הבלתי-מורשים ביהודה ושומרון, שחלק מהם אף הוקמו על אדמה בבעלות פלשתינאים. זאת, לאחר שנוכח כי פינויים תוך הסתמכות על הדין הקיים לא צלח, שכן מיד לאחר הפינוי המתשייבים, שפעלו מטעמים אידיאולוגיים, שבו והקימו את המאחזים מחדש באזור סמוך. מפקד האזור הוציא את הצווים בגדר סמכותו לשמור על הסדר הציבורי, שהופר באופן בוטה על-ידי הקמה חוזרת של מאחזים שפוננו. המדינה הוסיפה וטענה, כי ההחלטה בוססה על הוראות הדרג המדיני שביקש לטפל בתופעה ייחודית למתיישבים אזרחי ישראל, ועל כן אין מדובר בהפליה אלא בהבחנה מותרת." (עניין "אמנה", פסקה 2 לפסק דינה של כב' הש' דורנר).*

63. בית המשפט העליון דחה פה אחד את העתירות וקבע כי הצו בדבר מבנים בלתי מורשים הוא חוקי. בית המשפט הנכבד קבע כי קיים שוני רלוונטי בין האוכלוסיה הישראלית לאוכלוסיה הפלסטינית המקומית, הן משום שתופעת המאחזים הבלתי חוקיים והישנות הבניה לאחר פינוים, במיוחד על גבי מקרקעין פלסטינים פרטיים, היא תופעה שקיימת אך ורק בקרב האוכלוסיה הישראלית, והן משום שלשתי האוכלוסיות מעמד שונה בשטחי הגדה המערבית בהיותם של התושבים הישראלים אזרחי מדינת ישראל, בעוד שהתושבים הפלסטינים הינם אזרחים מוגנים לפי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. כך קבע בית המשפט הנכבד מפי הש' דורנר:

*"ראש וראשונה לטענות העותרים, בהקשר זה, היא טענת ההפליה. ואכן, הצו מיועד לפינוי מאחזים שהוקמו על-ידי אזרחי מדינת ישראל, בעוד שהבניה הבלתי-חוקית על-ידי האוכלוסיה המקומית מטופלת, ככלל, על-יסוד הדין המקומי. אלא שבכך בלבד אין כדי לבסס טענת הפליה. שכן, ככלל, שוויון הינו נקיטת יחס שווה כלפי שווים ויחס שונה כלפי שונים על-פי מידת שונותם [...] מותר ואף חובה לנקוט יחס שונה כלפי שונים, כאשר השונות היא רלוואנטית. והנה, התופעה של בניית מאחזים*

**בלתי-מורשים והקמה חוזרת שלהם לאחר פינויים מתקיימת אך בקרב מתיישבים  
אזרחי ישראל, ובכך די כדי להצדיק הבחנה בינם לבין האוכלוסייה המקומית.**

**אך עיקר בעיני הוא המעמד השונה בשטחי יהודה והשומרון של אזרחי מדינת  
ישראל ושל האוכלוסייה המקומית. ראשית, התחיקה הישראלית הבדילה בין  
מעמדם של אזרחי ישראל לבין מעמד האוכלוסייה המקומית, בכך שהחילה על  
הישראלים, באופן אישי, את חוקי מדינת ישראל, להוציא את התחיקה הנוגעת  
למקרקעין. אף הפער בנושא מקרקעין צומצם על-ידי חקיקתו של המפקד הצבאי,  
שהעניק ליישובים הישראלים בחלקים של יהודה ושומרון סמכות של שלטון מקומי,  
כמקובל בישראל, מבלי לתת ליישובים המקומיים באותו אזור סמכויות מקבילות או  
לשתפם במועצות הישראליות. [...] שנית, לצד התניית ההתיישבות הישראלית  
ביהודה והשומרון באישור רשויות המדינה זכו היישובים הישראלים להטבות  
מיוחדות, והמדינה השקיעה בבנייתם ובהרחבתם משאבים רבים, דבר שלא נעשה  
לגבי היישובים המקומיים.**

**בנסיבות אלה היחס השונה לשתי האוכלוסיות אינו מהווה הפליה, אלא הבחנה  
מותרת, שיסודה בשוני הרלוואנטי ביניהן. " (שם, פסקה 4; הפניות הוספו, הח"מ).**

עיקרי הוראות הצו בדבר מבנים בלתי מורשים ותיקון מס' 4 המבטל את סעיף 6(ב)

64. ההוראות המרכזיות בצו בדבר מבנים בלתי מורשים מצויות בסעיפים 4, 5 ו-9. סעיף 4 לצו בדבר  
מבנים בלתי מורשים קובע כי הכניסה לשטח מתוחם והשהייה בו אסורות בתום שמונה ימים  
ממועד ההכרזה על תיחום השטח. סעיף 5 קובע כי בתום שמונה ימים מיום ההכרזה, לא ניתן  
להכניס לשטח המתוחם כל רכוש וכי יש לפנות ממנו כל רכוש המצוי בו. סעיף 9 קובע כי החל  
ממועד ההכרזה על אזור מתוחם – קרי, הוצאת צו תיחום לאזור מסוים – אסורה כל בנייה  
בשטח המתוחם. הגדרת המונח "רכוש" במסגרת צו התיחום כוללת גם גידולים חקלאיים  
ואחרים, נטיעות וכל דבר אשר אינו מוגדר כ"בינוי" על-פי הדין החל באזור. מטרתה של הגדרה  
רחבה זו היא למנוע מצב בו נמצאים אנשים מסוימים או רכוש מטעמם בשטח המתוחם, אשר  
יהווה עילה מלאכותית להימצאם בשטח.

65. הצו בדבר מבנים בלתי מורשים כלל בנוסחו המקורי, בסעיף 6, הוראה המסייגת את תחולתם  
של סעיפים 4 ו-5 על גורמים מסוימים. עד לחקיקת תיקון מס' 4 לצו בדבר מבנים בלתי מורשים  
שיוצג בהמשך, גורמים אלו היו חייל או שוטר במילוי תפקידם (סעיף 6(א)); מי שרשום במרשם  
האוכלוסין של האזור (סעיף 6(ב)); מי ששהייתו בתחום ההכרזה או כניסתו אליו הותרה על-ידי  
מפקד צבאי או מי מטעמו (סעיף 6(ג)); רכוש שהמפקד הצבאי או מי מטעמו התיר, לאחר מועד  
ההכרזה, את הכנסתו לתחום ההכרזה או את הותרתו בתחום ההכרזה (סעיף 6(ד)).

66. כפי שניתן לראות וכפי שנזכר לעיל, סעיף 6(ב) החריג מן הצו את מי שרשום במרשם האוכלוסין  
של האזור, קרי, את התושבים הפלסטינים.

67. במהלך השנים נעשו מספר תיקונים לצו בדבר מבנים בלתי מורשים. עד לשנת 2015 נעשו שלושה  
תיקונים לצו כאשר כל אחד מהם הותיר על כנו את הסייג לתחולה שבסעיף 6(ב) המוציא את  
התושבים הפלסטינים מן התחולה של הצו. זאת אף על-פי שמהרגע הראשון לחקיקתו נשמעו

קולות הקוראים לתקנו ולהחילו גם על התושבים הפלסטינים. במשך 12 שנים המשיב לא ראה לנכון לבטל את הסייג.

68. ביום 22.11.2015 חתם המשיב על תיקון מס' 4 לצו בדבר מבנים בלתי מורשים, או בשמו הרשמי, הצו בדבר מבנים בלתי מורשים (תיקון מס' 4) (יהודה והשומרון) (צו מס' 1758), התשע"ו-2015 (להלן: "תיקון מס' 4"). תיקון זה ביטל את סעיף קטן (ב) ובכך למעשה החיל את צו התיחום המסמיך גם על תושבים פלסטינים.

69. בתשובת המדינה לעתירה שהוגשה כנגד חוקיות תיקון מס' 4 [בג"ץ 9785/17 מועצה כפרית אלמלאח ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח' (להלן: "בג"ץ אלמלאח") – העתירה תלויה ועומדת בפני בית המשפט הנכבד] טענה המדינה כי התיקון נדרש בשל התפתחותה של תופעת בניה בלתי חוקית חוזרת ונשנית בקרב האוכלוסיה הפלסטינית, הזהה במאפייניה לתופעת הבניה הבלתי חוקית בקרב האוכלוסיה הישראלית. לטענת המדינה, הצורך שעלה בהתמודדות אפקטיבית עם בנייה בלתי חוקית בקרב ישראלים עולה כעת גם ביחס לבניה בלתי חוקית בקרב פלסטינים. לפיכך, טוענת המדינה, קיימת הצדקה בביטול ההבחנה בין שתי האוכלוסיות ובהחלת הצו בדבר מבנים בלתי מורשים גם על התושבים הפלסטינים (פסקה 17 לתשובת המדינה).

**העתק מתשובת המדינה לעתירה בבג"ץ 9785/17 (ללא נספחים) מצ"ב ומסומן כנספח 19.**

70. מטרתו של התיקון לצו נלמדת גם מן המצוין באתר הפרקליטות הצבאית:

*"תיקון זה לצו נועד לאפשר הוצאתן של הכרזות על שטחים מתוחמים (בכינויים "צווי תיחום") גם למקבצי בנייה בלתי חוקית המוקמים על-ידי תושבי האזור. מטרת התיקון להקל על הרשויות להתמודד עם תופעת הבניה הבלתי חוקית ובפרט עם ניסיונות חוזרים ונשנים של הקמת מבנים באזור מוגדר" (היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון, מתוך אתר הפרקליטות הצבאית, 17.5.2016).*

**צילום מעמוד זה באתר הפרקליטות הצבאית מצ"ב ומסומן כנספח 20.**

71. מן האמור בתשובת המדינה בעניין בג"ץ אלמלאח ומן המצוין באתר הפרקליטות, עולה כי תיקון מס' 4 נועד להחיל את הצו בדבר מבנים בלתי מורשים על עברייני בניה פלסטינים.

התיקון **לא נועד** לחול על פלסטינים באשר הם, והוא בוודאי לא נועד לחול על פלסטינים שהם הבעלים החוקיים של האדמות שעליהם הוצא צו תיחום שמלכתחילה נועד להתמודד עם בניה בלתי חוקית ישראלית.

התיקון **לא נועד** להתמודד עם מקרים בהם פלסטינים מעוניינים להגיע ולעבד את אדמתם, בהתאם להוראות התכנוניות המאפשרות זאת בשטח.

התיקון **כן נועד** להתמודד עם שורה של פלישות בלתי חוקיות לאדמות של אחרים, לרבות פלישות בדמות הצבת מבנים, פלישות חקלאיות ובינוי הנלווה אליהן.

72. בפועל, במקרה של העותרים ואדמות הכפר בורקה ותושביו, המצב האבסורדי הוא הפוך בתכלית: בחסותו של צו התיחום, בעלי האדמות אינם יכולים להגיע לאדמותיהם; בחסותו של צו התיחום, מוטל על העותרים משטר היתרים בלתי חוקי, אשר מונע מהם לעבד את אדמותיהם.

בחסותו של צו התיחום, ובחסות חוסר המעש המודע והמכוון של המשיבים 1-3, נוכחים בשטח אזרחים ישראלים מבלי שהדין נאכף ביחס אליהם, או נאכף באופן מזערי בלבד.

73. מכאן, שאין כל הצדקה למנוע מן העותרים – בעלי האדמות החוקיים שבשטח צו התיחום מושא העתירה דנן – להיכנס לשטח ולשוב לאדמותיהם. עניין זה יפורט בהרחבה בחלק המשפטי.

### **2.5. הוצאת צו תיחום לאדמות העותרים**

74. בשנת 2013, לאחר שבוטלו איסורי הכניסה לשטח על פלסטינים, ביקשו בעלי האדמות לשוב לאדמותיהם. אולם, בשלב זה כבר התקבעה נוכחותם בשטח של אותם גורמים ישראלים, ובפרט של אנשי ישיבת חומש המתחדשת. ניסיונם של בעלי האדמות לשוב לשטח שבו שהו מסיגי הגבול הישראליים במשך 12 שנים באין מפריע, נתקלה בהתנגדות כוחנית מצד אותם ישראלים, כפי שמפורט לעיל.

75. ביום 17.5.18 במסגרת התכתבויות העותרים עם יועמ"ש איו"ש בניסיון להביא לפתרון שיאפשר את הגעתם לשטח בבטחה, נודע לב"כ העותרים, אגב אורחא, בשיחה טלפונית עם נציג יועמ"ש איו"ש, סרן משה הופמן, כי לשטח שבו מצויות אדמות העותרים הוצא צו תיחום.

76. ההסבר שניתן להוצאת צו תיחום זה הוא הצורך בפינוי בינוי בלתי חוקי הקיים בשטח, עליו נודע לגורמי הצבא מפניותיהם הקודמות של העותרים (שיוצגו בהרחבה בהמשך בפרק מיצוי ההליכים). העתק מצו תיחום זה הועבר לב"כ העותרים רק ביום 6.6.18. עיון בצו זה העלה כי הוא נחתם **שבעה חודשים קודם לכן (!)**, ביום 23.10.17, מבלי שהוצאתו הובאה לידיעת העותרים או מי מתושבי הכפרים בסביבה.

77. נוסח צו התיחום לא החרג מתחולתו את בעלי האדמות, ומכאן שלראשונה מאז שבוטלה מניעת הגישה של העותרים לאדמותיהם בשנת 2013, והתאפשרה כניסתם מחדש, נוצר מבחינת העותרים מצב משפטי חדש האוסר עליהם להיכנס לשטח.

### **3) מיצוי הליכים – פניות העותרים אל המשיבים**

#### **3.1 פניות העותרים למשיב 1 בניסיון למצוא פתרון שיאפשר את הגעתם החופשית של העותרים לאדמותיהם**

78. מאז הסרת המניעה להגעתם של פלסטינים לשטח ששכנה בו ההתנחלות חומש, בספטמבר 2013, ועד להוצאת צו התיחום באוקטובר 2017, המצב החוקי ששרר בשטח הטיל איסור כניסה לשטח רק על ישראלים (וזאת מתוקף הצו בדבר יישום ההתנתקות) והתיר הגעתם של פלסטינים.

79. כאמור לעיל, במהלך תקופה זו, ניסיונותיהם של בעלי האדמות תושבי בורקה להגיע לאדמותיהם בגבעה שעליה שכנה ההתנחלות חומש, נתקלה בגילויי אלימות מצד ישראלים ששהו בשטח שלא כדין. כמו-כן, התגלה כי בשטח מצויה בנייה לא חוקית.

80. העותרים, אשר מצד אחד לא רצו להשלים עם המצב שנוצר ולוותר על זכויותיהם באדמותיהם, ומצד שני לא רצו לסכן את חייהם, ביקשו למצוא פתרון שישלב שיתוף פעולה עם הרשויות האמונות על אכיפת החוק באזור.

81. לפיכך, ביום 25.5.17, פנו ב"כ העותרים לראש תחום מבצעים וזכויות אדם בלשכת יועמ"ש איו"ש, סרן יזהר יצחקי, בבקשה לתאם פגישה וסיור בשטח בחודשי הקיץ, בנוכחות נציגים מקרב בעלי האדמות. במכתב צוין כי מטרת הפגישה והסיור היא לבחון יחד דרכים לתיקון המצב המעוות שנוצר בשטח, שבו פלסטינים, שצו הסגירה אינו חל עליהם, מנועים מלהגיע לשטח, ואילו הישראלים, שצו הסגירה כן חל עליהם, משוטטים בשטח באופן חופשי, זאת, באופן שיאפשר לבעלי האדמות לחזור לעבד את אדמותיהם ולשקמן לאחר שנים של היעדרות כפויה.

**העתק פניית העותרים מיום 25.5.17 מצ"ב ומסומן כנספח 21.**

82. מספר ימים קודם לכן, ביום 22.5.17, פנו ב"כ העותרים אל קצינת פניות הציבור בלשכת המשיב 1, בבקשה לקבל היתר כניסה לשטח הסגור עבור ישראלים באדמות הכפר בורקה, על מנת שיוכלו להתלוות אל בעלי האדמות בהגעתם לשטח בביקור המבוקש, לעמוד על המצב לאשורו ולייעץ להם בנוגע לבעיות בהן הם נתקלים בשטח, לרבות ייעוץ בענייני מדידות הנדרשות בשטח שעבר תהפוכות רבות מאז נתפס בצו התפיסה בשנת 1978, וכן התמורות התכסיתיות שחלו בשטח מאז התפיסה ומאז פינויה של חומש.

**העתק מכתב ב"כ העותרים מיום 22.5.17 מצ"ב ומסומן כנספח 22.**

83. משלא התקבלה כל תשובה לפנייה הנ"ל, ביום 15.6.17 נשלח מטעם העותרים מכתב נוסף, וכן מכתב נוסף ביום 16.7.17.

**העתק פניית העותרים מיום 15.6.17 מצ"ב ומסומן כנספח 23 והעתק מכתבם מיום 16.7.2017 מצ"ב כנספח 24.**

84. משנוכחו ב"כ העותרים כי מלשכת יועמ"ש איו"ש קלושים הסיכויים לקבל מענה בכתב (וזאת חרף החובה המוטלת עליהם על פי החוק בדבר תיקון סדרי מנהל (החלטות והנמקות), התשי"ב-1952), ניסו אלה לקיים שיחות טלפון מול נציגי יועמ"ש איו"ש. במהלך החודשים יולי, אוגוסט, ספטמבר ואוקטובר הושארו הודעות רבות עבור כלל נציגי יועמ"ש איו"ש.

85. לשכת יועמ"ש איו"ש לא מצאה לנכון להשיב לפניות אלה, לא בכתב ולא בעל פה. מה שנדמה היה כהתחמקות, חוסר רצון לפעול על פי הדין, וחוסר יכולת למסור מענה מסודר, ענייני, מנומק – עובדתית ומשפטית כאחד – התחוור כחידלון מתמשך, אוזלת יד והפניית זרקור משאבי המשיב 1 והיועץ המשפטי לאזור דווקא נגד העותרים.

86. ביום 8.2.18, עם חילופי גברי בלשכת יועמ"ש איו"ש, פנו ב"כ העותרים במכתבם הרביעי לראש תחום מבצעים וזכויות אדם החדש, רס"ן חגי רוטשטיין בבקשה לתיאום סיור בשטח. במכתב זה צוין כי בעוד שהעותרים נמנעים מהגעה לאדמותיהם, ובאי-כוחם ממתנינים להיתר מטעם הרשויות על מנת שיוכלו ללוות את בעלי האדמות ולהיכנס לשטח כדין מבלי להפר את צו תוכנית ההתנתקות, אזרחים ישראלים ממשיכים להיכנס לשטח תוך הפרת הצו ותוך הסגת גבול בגלוי ותוך שהם מפרסמים את דבר הגעתם בכלי התקשורת.

**העתק מכתבם הרביעי של ב"כ העותרים מיום 8.2.18 מצ"ב ומסומן כנספח 25.**

87. פניה זו אף היא נותרה ללא מענה.

88. ביום 7.3.18 שלחו העותרים באמצעות באי כוחם את פנייתם החמישית, בבקשה לתאם עבור העותרים, בעלי אדמות נוספים ובאי כוחם סיור בשטח. בפתח מכתבם החמישי, ציינו העותרים כי לאור העובדה שאף אחת מארבע פניותיהם הקודמות לא נענתה ולא קיבלה שום התייחסות,



על אף פניותיהם הטלפונית המרובות ללשכת יועמ"ש איו"ש, הרי שככל שלא תתקבל התייחסות למכתבם החמישי, לא תיוותר בידיהם כל ברירה אלא לפנות לגורמים המוסמכים מעליו של ראש תחום מבצעים וזכויות אדם, רס"ן חגי רוטשטיין.

#### **העתק מכתבם החמישי של העותרים מיום 7.3.18 מצ"ב ומסומן כנספח 26.**

89. למחרת היום, ביום 8.3.18, התקבלה במשרדי הח"מ תשובת לשכת יועמ"ש איו"ש, עליה חתום היה קצין ייעוץ מדור מבצעים וזכויות אדם, סרן משה הופמן, ובה נמסר לראשונה כי פניות העותרים התקבלו והועברו להתייחסות הגורמים הרלוונטיים, וכי הם פועלים לקביעת מועד לסיור במקום ולהנפקת היתר כניסה כמבוקש. מכתב זה כלל התנצלות לקונית על העיכוב בתשובה, אולם לא ניתן כל הסבר לפרו. כמו כן, צוין במכתב כי עדכון בדבר הטיפול בבקשת העותרים יימסר במהירות האפשרית. מצער היה להיווכח כי רק העלאת האפשרות של הגשת תלונה לגורמים הממונים על נציגי יועמ"ש איו"ש הובילה למתן תשובה.

#### **העתק תשובתו של סרן משה הופמן מיום 8.3.2018 מצ"ב ומסומן כנספח 27.**

90. מתשובתו זו של סרן הופמן, לפיה המשיב 1 פועל לקביעת מועד לסיור במקום ולהנפקת היתר כניסה, עולה, כי בעת כתיבת המכתב לא התקיימה כל מניעה לקיום הסיור ולא עלה כל צורך לבחון את האפשרות או את הייתכנות לקיומו, וכי כל שדרוש היה לקיומו של הסיור הוא מציאת מועד מתאים והנפקת היתר כניסה לעורכי הדין הישראלים.

91. בחלוף כחודש וחצי, ביום 23.4.18, משלא התקבל כל עדכון במשרדי הח"מ בנוגע לקביעת המועד לסיור ובנוגע להנפקת היתר הכניסה, פנו העותרים שוב אל נציגי יועמ"ש איו"ש, סרן משה הופמן, על מנת לברר היכן עומד הטיפול בעניין זה.

92. במכתב זה ביקשו העותרים לדעת, כי ככל שמענה לבקשתם יתעכב עוד, מהו הגורם לאותו עיכוב. לאור ניסיונם הקודם של העותרים עם היעדר מענה מצד המשיב 1, ראו לנכון להזכיר במכתב זה את החוק לתיקון סדרי מנהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, המחייב את המשיב 1 להחליט בבקשה ולהשיב לה תוך 45 ימים מיום קבלתה, או לחילופין להודיע לעותרים על הטעם שבגינו נמנע מהם להשיב לה במועד. במכתב זה התבקש נציגי יועמ"ש איו"ש, כי לאור העיכובים שחלו עד אותה עת, יכובדו המועדים המופיעים בחוק וכי תשובה מטעם המשיב 1, באמצעות יועמ"ש איו"ש, תתקבל בהקדם.

#### **העתק פנייתם של העותרים מיום 23.4.18 מצ"ב ומסומן כנספח 28.**

93. בחלוף קרוב לחודש משליחת המכתב הנ"ל, ובמלאת שנה בקירוב לפנייתם הראשונה לתאם מועד לסיור, ביום 17.5.18, פנו ב"כ העותרים בשיחה טלפונית לסרן הופמן, על מנת לברר מתי צפוי להיות מועד לסיור המיוחל. בשיחה זו מסר סרן הופמן כי הטיפול בבקשתם מתעכב **משום שהוצא צו תיחום לאזור, זאת בשל בינוי בלתי חוקי הקיים בשטח, עליו נודע לגורמי הצבא ממכתביהם הקודמים של הח"מ** – כך לדברי סרן הופמן.

94. בנוסף, ציין סרן הופמן באותה שיחה, כי סיבה נוספת לעיכוב היא קיומן של ההפגנות על הגדר בעזה והדריכות שנוצרת כתוצאה מכך בגדה המערבית. הוא ציין כי להערכתו ניתן יהיה לקבוע מועד לסיור במהלך חודש יוני אותה שנה (2018), קרי, תוך מספר שבועות.

95. בסיומה של אותה שיחה טלפונית, התבקש סרן הופמן להעביר למשרדי הח"מ עותק מצו התיחום שהוצא לאזור.

96. סרן משה הופמן, נציג יועמ"ש איו"ש, אותו גורם שאליו הופנו המכתבים למן שנת 2017, ואשר התחייב לעשות כן, בחר – מסיבותיו שלו – שלא לשלוח את צו התיחום.
97. סרן משה הופמן, נציג יועמ"ש איו"ש, חרף שורה ארוכה של תכתובות, לא מצא לנכון לציין אף לא בתשובתו הקודמת, כי למתחם הוצא צו תיחום אשר חל גם על העותרים.
98. צו התיחום כאמור, הוצא עוד בחודש אוקטובר 2017, וזאת לאחר שורה ארוכה של תכתובות אשר העותרים מנהלים מול המשיב ויועצו המשפטי. ואילו יועמ"ש איו"ש ונציגיו בחרו שלא לגלות לעותרים כלל על קיומו של צו התיחום, והתחמקו פעם אחר פעם ממתן תשובות ומענה לפניית העותרים.
99. נאמר את הדברים כבר כעת: איננו מקבלים כל טענה בדבר "טעות" או "תקלה" בעניין. טעות או תקלה יכולות להתרחש פעם, פעמיים, לא יותר. כאשר במשך חודשים ארוכים, חרף מספר רב של פניות בכתב ומספר רב עוד יותר של הודעות טלפוניות בוחרים נציגי יועמ"ש איו"ש שלא להשיב, המדובר הוא במדיניות. ומדיניות זו היא מדיניות הממיטה קלון על מוסד יועמ"ש איו"ש ומעיבה על תום הלב שבהתנהלותם ובהתנהלות המשיב 1.
100. בחלוף כשלושה שבועות, ומשלא קיבלו את צו התיחום כמובטח, פנו הח"מ מספר פעמים טלפונית למשרדו של סרן הופמן. בעקבות פניות אלו, ביום 6.6.18 הועבר למשרדי ב"כ העותרים עותק מצו התיחום, שכותרתו "הכרזה על שטח מתוחם (חומש) (יהודה והשומרון), התשע"ז-2017". עיון בצו התיחום העלה כי הוא **הוצא ביום 23.10.17**, קרי, למעלה משבעה חודשים קודם לכן, ולפני שנשלח המכתב האחרון מטעם יועמ"ש איו"ש מיום 8.3.2018, בו צוין כי פניית הח"מ מטופלת על-ידי הגורמים הרלוונטיים.
- העתק צו התיחום שהוצא ביום 23.10.17 והועבר לראשונה לעותרים ביום 6.6.18 מצ"ב ומסומן כנספח 29.**
101. כמו-כן, עיון בצו התיחום לימד כי בעלי האדמות לא הוחרגו ממנו וכי לפיכך הוא גם חל עליהם ואוסר עליהם כניסה לשטח שבבעלותם. ניכר כי הרצון שלא למסור מענה לסוגיה זו, עמד בבסיס ההתעלמות הגורפת והעקבית של נציגי יועמ"ש איו"ש מלקיים את חובותיהם על פי הדין, וחובותיהם הנדרשות מן ההגנות ומן היושר.
102. זאת ועוד, הודעה על קיומו של צו התיחום בסמוך להוצאתו לא ניתנה מעולם לתושבי הכפרים הסמוכים, ואף לא נשלחה אל ב"כ העותרים, זאת על אף שביום הוצאתו היה ידוע ליועמ"ש איו"ש כי הח"מ מייצגים את תושבי בורקה לאור פניותיהם הרבות בכתב ובטלפון בחודשים שקדמו להוצאת הצו.
103. למותר לציין, כי היעדר מתן הודעה על הוצאת הצו שלל הלכה למעשה מבעלי האדמות ומתושבים נוספים לממש את זכותם להשיג על הוצאת הצו – זכות המעוגנת בסעיף 10 לצו התיחום. על-פי סעיף זה "הרואה עצמו נפגע מהכרזה זו, רשאי להגיש השגה בכתב בפני מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, באמצעות לשכת היועץ המשפטי לאזור [...] תוך שמונה ימים מיום פרסום ההכרזה".
104. כמו-כן, בהינתן כי צו התיחום הוצא לצורך פינוי בניה בלתי חוקית, לא היה ברור מדוע ממתניות הרשויות עם הפינוי. בפרט כאשר פרסומים בעיתונות מאותו חודש – יוני 2018 – דיווחו כי בשטח הנדון שהו מספר אישים בכירים ובהם השר אורי אריאל, ראש מועצת שומרון יוסי דגן

והרב דב ליאור, בליווי מאבטחים רשמיים, וכן לתמידי "ישיבת חומש" הממוקמת בשטח. כך, בעוד שהיענות לבקשות הח"מ – בקשות המבטאות את כיבוד הדין ושלטון החוק – לתאם פגישה וסיור בשטח לבעלי האדמות החוקיים מתעכבת, אזרחים ישראלים פוקדים את המקום באופן קבוע ובגלוי.

105. **צו התיחום הוצא, אם כן, למטרה אחת בלבד: מניעת הגעתם של בעלי האדמות לשטח שבבעלותם. מעולם לא יוחסו למי מהעותרים ושאר בעלי האדמות מאנשי בורקה כל אשם בהקמת בינוי בלתי חוקי במתחם האמור או פעילות בלתי חוקית אחרת. הישראלים אשר הפרו את הצו בדבר יישום ההתנתקות וצו התיחום מעולם לא הועמדו לדין, ככל שבוצעו כלל פעולות חקירה בעניינם. בעלי האדמות אם כן, כאשר ביקשו לקיים סיור בשטח, נדחו בשורה של התנהלויות מחדליות של חוסר מענה, וכאשר כבר גדשה הסאה, הוחלט על ידי המשיב והיועץ המשפטי פשוט למנוע מהם גישה לאדמותיהם באמצעות צו התיחום. הפתרון הקל של המשיב, תחת לאכוף את החוק, הייתה להמשיך את ההתעמרות בבעלי האדמות תוך פגיעה בזכויות הקניין שלהם.**

### 3.2 פניות העותרים מיום קבלתו של צו התיחום לעיונם

106. לאור כל האמור לעיל, ולאחר הדיווח על החגיגות והאירועים שקיים השר אורי אריאל בלוויית מאבטחי שירות הבטחון הכללי המסוככים על הפרת החוק, אליה נלוו ראש המועצה האזורית שומרון והרב דב ליאור, ביום 10.6.18 פנו העותרים במכתב ללשכת יועמ"ש איו"ש, ובו ביקשו לדעת כדלקמן:

- מה נעשה מאז שהוצא צו התיחום בחודש אוקטובר 2017 ועד יוני 2018 לצורך הטיפול בבניה הבלתי חוקית שקיימת בשטח? ככל שלא נעשה דבר, מדוע מתעכב הפינוי של הבניה הבלתי חוקית ומדוע אין הרשויות אוכפות את הדין ומגשימות את מטרת הצו?
- האם הגעתם לשטח של האישים הבכירים תואמה עם הרשויות ואושרה על-ידן כדין? אם כן, מדוע לא ניתן יחס זהה לבקשותיהם של ב"כ העותרים בשם בעלי האדמות החוקיים, מדוע לא ניתן אישור להגיע לשטח ובקושי התקבלה התייחסות לבקשה? ככל שהגעתם של האישים הבכירים לא אושרה ולא תואמה, מה בכוונת יועמ"ש איו"ש והמפקד הצבאי לעשות על מנת למצות את הדין עם מפירי החוק, שהפרו לכאורה בו-זמנית שני צווים צבאיים, את צו תוכנית ההתנתקות ואת צו התיחום?
- מדוע אין בצו התיחום חריג המאפשר את כניסתם של בעלי האדמות אשר ברור כי אינם אחראים לבניה הבלתי חוקית, ומכוח איזה מקור חוקי מוחל צו התיחום גם על בעלי האדמות הפלסטינים שלא ביצעו בניה בלתי חוקית?
- מדוע לאחר פניות כה רבות מצד משרדי ב"כ העותרים בבקשה לתאם סיור לא מצאו בלשכת יועמ"ש איו"ש לנכון ליידעם על הוצאת צו התיחום סמוך להוצאתו? בפרט, מדוע לא צוין דבר קיומו של צו התיחום במכתב מטעם יועמ"ש איו"ש מיום 8.3.18?

107. בנוסף, מכתב זה כלל פעם נוספת את הבקשה לתאם מועד לסיור ולפגישה המבוקשים הכוללים גם אישורי כניסה כדין לב"כ העותרים, והוזכר בו כי בשיחה קודמת ניתנה לב"כ העותרים הערכה כי ניתן יהיה לקבוע מועד לסיור במהלך חודש יוני.
- העתק מכתבם של העותרים מיום 10.6.18 מצ"ב ומסומן כנספח 30.**
108. בחלוף חודש יוני, מבלי שהתקבל כל מענה מצד יועמ"ש איו"ש, פנו ב"כ העותרים טלפונית ביום 1.7.18 ללשכת יועמ"ש איו"ש, על מנת לברר מתי צפוי להיקבע המועד לסיור. בשיחה זו נמסר לב"כ העותרים כי תינתן להם תשובה בעניין הסיור עוד במהלך אותו שבוע. באותה שיחה הדגישו ב"כ העותרים כי הם מבקשים לקבל התייחסות גם ליתר הנושאים שהועלו במכתבם מיום 10.6.18.
109. ביום 9.7.18 התקבלה הודעת דוא"ל מלשכת יועמ"ש איו"ש עם מועדים לסיור המיוחל. בהודעה נכתב כך (הדגשה הוספה, הח"מ): "נשמח לתאם עמכם סיור באדמות בהן שכן בעבר היישוב חומש, בתאריכים 22-26 ביולי, בשעות הערב, לשם בחינת טענותיכם. הסיור יתקיים בנוכחותנו ובנוכחות קצין תיאום התשתיות הגזרתי במנהל האזרחי, תחת אבטחה מתאימה".
- העתק הודעת דוא"ל זו מיום 9.7.18 מצ"ב ומסומן כנספח 31.**
110. בשל טווח השעות החריג שנקבע לסיור, קרי "בשעות הערב", מיד עם קבלת הדוא"ל פנו ב"כ העותרים בטלפון אל נציג יועמ"ש איו"ש, סרן הופמן, על מנת לברר מה פירוש "שעות הערב" ומדוע לא נקבע סיור לשעות היום. בשיחה זו ציין נציג היועמ"ש כי הגורמים בחטמ"ר שומרון, האחראים על אבטחת הסיור, מסרו כי הסיור ייערך בשעה 19:00 משום שהם סבורים כי סיור מוקדם יותר יהווה סיכון ביטחוני גדול מדי. כאשר תהו העותרים מי הגורם שמאיים על ביטחון ב"כ העותרים ועל ביטחונם של העותרים, לא ניתנה לכך תשובה.
111. כמו-כן, ציין נציג יועמ"ש איו"ש, כי הוא מנהל מו"מ עם חטמ"ר שומרון בכדי להקדים את מועד הסיור לשעה 18:00. בתגובה לכך, הבהירו העותרים באמצעות הח"מ כי מדובר בהחלטה בלתי סבירה וכי גם סיור שיחל בשעה 18:00 לא יספיק לקיום הסיור כסדרו בצורה מלאה ותקינה, בוודאי לנוכח התכלית שעמדה בבסיס הסיור המבוקש, כפי שהדבר הובהר לנציגי המשיב בעבר. משכך, ביקשו הח"מ כי הסיור יתואם לשעות היום ובכל מקרה לא יאוחר מהשעה 17:00, אף על-פי שגם סיור שיחל בשעה זו לא יאפשר פרק זמן סביר לסיור לפני בוא שעות החשיכה.
112. לשאלת הח"מ מתי יתקבל מענה לסוגיות שעלו במכתבם מיום 10.6.17, הנוגעות בין השאר לצו התיחום ולאכיפת החוק כנגד ישראלים הנכנסים לשטח בניגוד לחוק, השיב נציג היועמ"ש כי הגורמים הרלוונטיים "עובדים על מענה", כי מתבצעות פעולות אכיפה נגד ישראלים המגיעים לשטח שלא כדין וכי מענה לבקשת הח"מ מצוי בשלב ריכוז כל פעולות האכיפה וקיבוצן לרשימה מרוכזת שתישלח לח"מ בהקדם.
113. למחרת היום, ביום 10.7.18, התקבלה הודעת דוא"ל מיועמ"ש איו"ש, לפיה ניתן להקדים את הסיור בשעה אחת בלבד, לשעה 18:00, באחד מהתאריכים שהוצעו.
114. תשובה זו, שמשמעותה הכשלת מימושו המהותי של הסיור שהתבקש, הייתה מקוממת בלשון המעטה, ולא ניתן היה להשלים עמה. הבקשה לתיאום הסיור וקבלת ההיתרים נגררה במשך למעלה משנה, כאשר רק לאחר 10 חודשים התקבלה התייחסות, אשר אף היא לא סיפקה

מענה לבקשות העותרים, ונדרשו מכתבים נוספים ושיחות טלפון רבות בשביל לקבל מענה מהותי. לא ניתן היה לקבל כי משנקבע סוף סוף מועד לסיור המבוקש, הוא יוגבל בצורה כל כך בוטה וקיצונית עד כי לבעלי האדמות לא יתאפשר ביקור ראוי ונאות באדמותיהם.

115. זאת ועוד, האזור אליו ביקשו העותרים להגיע הוא אדמותיהם הפרטיות, אשר עד להוצאת צו התיחום לא היו מנועים מבחינה חוקית מלהגיע אליהן, ונמנעו מהגעה רק בשל החשש מאלימות גורמים ישראלים הנמצאים במקום, אשר גורמי האכיפה אינם עושים דבר כדי למנוע.

116. נוצר אם כן מצב חסר הגיון, שבו בעלי האדמות, אשר ביקשו להימנע מחיכוך עם התושבים הישראלים שנמצאים בשטח בניגוד לחוק, מציינים לצו התיחום האוסר עליהם כניסה לאדמותיהם שלהם. ומדוע נאסר עליהם להיכנס לאדמותיהם? משום שעל אדמותיהם שלהם קיימת נוכחות בלתי חוקית של ישראלים שאינם מציינים לצו התיחום, או לחוק באופן כללי, ושגורמי האכיפה אינם טורחים לאכוף את הדין ביחס אליהם.

117. במילים אחרות, צו שאוסר כניסה על הבעלים החוקיים – יש; אכיפה כנגד הנוכחות הבלתי חוקית שלשמה הוצא צו התיחום, ואכיפה כנגד ישראלים שביצעו את הבניה הבלתי חוקית ונמצאים בשטח בגלוי ובגאון על אף צו התיחום – אין. המדובר לכל הדעות במציאות שאינה מתקבלת על הדעת.

118. לפיכך, תשובתו של יועמ"ש איו"ש כי הסיור ייקבע לשעה 18:00, היא בבחינת לעג לרש ועשיית שימוש לרעה בסמכות.

119. יצוין, כי תשובתו של יועמ"ש איו"ש כי קיימת מניעה ביטחונית לבצע סיור בשעות מוקדמות יותר, היא בכל הכבוד בעייתית ובלתי מבוססת. ככל שלשיטת גורמים ביועמ"ש איו"ש קיימת סכנה ביטחונית מצד גורמים פלסטינים, הרי ש**דאשית**, מדובר בשטח C בו השליטה הביטחונית המלאה היא של כוחות הצבא באזור, ולא ידוע על אזורים אחרים בשטח C אשר קיימת בהם הגבלה כאמור; **שנית**, הסיור התבקש על-ידי תושבים פלסטינים מהכפר בורקה הסמוך, שהם בעלי האדמות, ומשכך מידת סיכון שעשויה להיגרם להם מגורמים פלסטינים אחרים, הינה, לכל היותר, אפסית עד לא קיימת; **ושלישית**, אם אכן קיימת סכנה ביטחונית מצד גורמים פלסטינים, האין זאת הגיוני יותר להסיק כי קיום הסיור בשעות האור יהיה בטוח יותר מאשר קיומו בשעות החשיכה? הנימוק הביטחוני מאבד ממשקלו אף יותר לאור העובדה כי מספר שבועות קודם לכן, נכנסו לשטח מספר אישים בכירים, באור יום מלא, בלוויית מאבטחי שירות הביטחון הכללי, בשעות הבוקר והצהריים לביקור שארך כפי הנראה יותר משעה. אילו מאבטחי שירות הביטחון הכללי היו סבורים כי קיימת סכנה ביטחונית לעלייתם לשטח באור יום יחד עם מושא אבטחתם, ברי כי היו אלה אוסרים את קיום הסיור.

120. מנגד, ככל שלשיטת אותם גורמים ביועמ"ש איו"ש הסכנה הביטחונית היא מצד תושבים ישראלים, ברור כי ההחלטה לדחות את הסיור – שנקבע כדין ובדרך המקובלת לאחר אינספור פניות – לשעות החושך, תחת לאכוף את הדין על הישראלים המסוכנים לשיטתם ולפנותם מן השטח, היא החלטה בלתי סבירה בעליל, כפי שגם קבע בית המשפט הנכבד בבג"ץ 9593/04 **ראשד מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, סא(1) 844 [פורסם בנבו, 26.6.2006].

121. מאחר שלאור האמור לעיל לא ניתן היה לקבל כי קיומו של הסיור בשעות הערב מתחייב מסיבות ביטחוניות, לא נותר אלא להסיק כי ביועמ"ש איו"ש ביקשו למנוע מפגש מקרי בין בעלי

האדמות לבין תושבים ישראלים הנמצאים בשטח באופן לא חוקי, מחשש כי המפגש עמם בנוכחות בעלי האדמות יאלץ את הצבא לפנותם, או לחילופין יוכיח את אוזלת ידן של רשויות האכיפה אל מול מפירי חוק אלו. למותר לציין, כי מניעת סיור כתקנו בשעות היום, תוך מתן זמן סביר לביקורם של בעלי האדמות באדמותיהם, בשל החשש מפני הצורך לאכוף את הדין על המתנחלים לעיני בעלי האדמות, אינה סבירה ומהווה חריגה חמורה מסמכות ביותר ממישור אחד.

122. לאור כל האמור לעיל, ביום 11.7.18 פנו ב"כ העותרים במכתב ליועמ"ש איו"ש, שבו העלו את כלל הסוגיות המפורטות לעיל, וביקשו לתאם עבורם ועבור מרשיהם בעלי האדמות, סיור באחד המועדים שצוינו בהודעת הדוא"ל שנשלחה מטעם יועמ"ש איו"ש (22-26 ביולי) בשעות היום, באופן שיאפשר שהייה בשטח במשך לפחות ארבע שעות אור.

123. לחילופין, ככל שהיענות לבקשה אינה אפשרית במועדים האמורים, נתבקש כי יאותרו מועדים קרובים אחרים, שבהם לשיטת המשיב והגורמים האמונים על כך ניתן יהיה לקבל היתר עבור בעלי האדמות ועבור הח"מ להגיע לשטח בשעות היום.

124. הח"מ ביקשו במכתב זה להזכיר כי מטרת הסיור מלכתחילה הייתה לממש את זכות הקניין של בעלי האדמות ולעמוד על מצב המקרקעין בשטח. על כן, ראו לנכון לפרט במכתב זה חלק מן הפעולות הכרוכות במימוש זה, ובהן תיעוד וצילום של הקרקע, ביצוע מדידות שונות, בחינת כשירות חקלאית של המקרקעין ועוד. מכאן, כפי שצוין במכתב, שסיור במשך זמן אור כה מצומצם אינו מאפשר להגשים את התכלית שבבסיס הסיור.

125. כמו-כן, ציינו ב"כ העותרים כי ככל שלא ניתן יהיה לאשר סיור בשעות היום, מתבקשת התייחסות יועמ"ש איו"ש לשאלות הבאות:

- מהו הסיכון הביטחוני שאינו מאפשר סיור תחת אבטחה בשעות היום?
- ככל שהסיכון הביטחוני לדעת הצבא מגיע מגורמים פלסטינים, מדוע לשיטתו סיור בשעות השקיעה בטוח יותר מסיור בשעות האור?
- ככל שהסיכון הביטחוני מגיע מגורמים ישראלים, מדוע שלא יפעלו הרשויות בהתאם לתפקידן ולחובתן להרחיק מן האזור את הגורמים המסוכנים לשיטתן, אשר ממילא נמצאים שם באופן לא חוקי? אם לא לצורך אכיפת הדין על עבריינים לשמה, אז לפחות, בפעם זו, לצורך הגנה על בעלי הקרקע ולצורך מימוש זכותם להגיע לאדמותיהם.

126. לבסוף, הזכירו הח"מ כי טרם התקבלה התייחסותו של יועמ"ש איו"ש לסוגיות שהועלו במכתבם מיום 10.6.18 בנוגע לצו התיחום שהוצא וביקשו לקבל עליהן מענה. **העתק מכתבם של העותרים מיום 11.7.18 מצ"ב ומסומן כנספח 32.**

127. ביום 19.7.18 התקבל מענה בדוא"ל מסרן הופמן מיועמ"ש איו"ש שבו נמסר כי עקב התארכות בדיקת האפשרות לקיים את הסיור בשעות מוקדמות יותר, הסיור יידחה ככל הנראה בשבועיים. מענה לשאר הסוגיות לגביהן נשאל נציג יועמ"ש איו"ש לא הגיע, שכן זה כנראה מרגיש משוחרר מהחובה להשיב לפניית שממוענות אליו, או שאין באמתחתו כל תשובה ראויה. **העתק הודעת הדוא"ל מיום 19.7.18 מצ"ב ומסומן כנספח 33.**

128. ביום 24.7.18 התקבל במשרדי הח"מ מכתב מטעם יועמ"ש איו"ש, המשיב למכתבם האחרון של הח"מ מיום 11.7.18. במכתב זה התבקשו הח"מ להעביר רשימה של מועדים, לרבות שעות הסיור המבוקשות, שבהם יהיו מעוניינים לקיים סיור משותף עם גורמים מטעם יועמ"ש איו"ש והמנהל האזרחי ותחת אבטחה מתאימה. מבקשה זו, שאינה מגבילה את הסיור לשעות הערב, ניתן היה להבין כי על אף כל הנאמר קודם לכן, אין לשיטת הגורמים ביועמ"ש איו"ש מניעה ביטחונית להיכנס לשטח בשעות היום בליווי צבאי.

129. לצד זאת, עלו במכתבו של יועמ"ש איו"ש סוגיות וטענות חשובות שראוי להתעכב עליהן. **ראשית**, במכתב זה הציע היועמ"ש כי במידה שבעלי האדמות ובאי-כוחם יהיו מעוניינים בכניסה נוספת לשטח, יוכלו לעשות כך ללא ליווי צבאי ועל אחריותם הבלעדית; **שנית**, צוין כי לא ידוע על אכיפה של איסור הכניסה בצו התיחום על פלסטינים; **שלישית**, נטען במכתב כי מרבית פניות העותרים ביקשו לקיים פגישה וסיור על מנת לעמוד על בעיות הנוגעות להיעדר אכיפה לכאורה על איסור כניסת ישראלים למרחב, ולחששם של בעלי האדמות מכניסה לאדמותיהם, וכי לפיכך הסיור לא תואם לשם ביצוע מדידות וצילומים במקרקעין וכי נוכחות הצבא אינה נדרשת לשם כך; **רביעית**, נטען במכתב, כי בכל הנוגע לטענות הח"מ בדבר הפלישה לאדמות בעלי הקרקע, הרי שעליהם לפנות למשטרה.

#### **העתק המכתב מטעם יועמ"ש איו"ש מיום 24.7.18 מצ"ב ומסומן כנספח 34.**

130. ביום 27.8.2018, לאחר קבלת מועדים אפשריים לקיום הסיור מטעם העותרים, השיבו באי כוחם של העותרים אל נציג יועמ"ש איו"ש כדלקמן:

- **ראשית**, לעניין ההצעה שהועלתה במכתבו לפיה הח"מ רשאים להגיע לשטח בכל עת ללא ליווי צבאי ועל אחריותם הבלעדית, הרי שהמדובר בעמדה שערורייתית, היכן שהמדובר בשטח C, אשר מצוי באחריות ביטחונית בלעדית של המשיב.

תפקידו של המפקד הצבאי להגן על הביטחון הוא בגדר חובה שאין בצידה שיקול דעת, ובשום מקרה, הוא אינו רשאי לפטור את עצמו מחובה זו ולהגיע להסכמות כדוגמת זו שעלתה מהצעתו, לאשר לבעלי הקרקע כניסה לאדמותיהם בתמורה להסרת אחריותו מהגנה על ביטחונם או מביטחון הח"מ. בהקשר זה התבקש נציג היועמ"ש להבהיר אם אכן היועמ"ש עומד מאחורי הצעה זו.

- **שנית**, לעניין תשובתו של נציג יועמ"ש איו"ש בנושא צו התיחום ותחולתו על פלסטינים, ביקשו הח"מ להסב את תשומת ליבו לניסוח שבחר, ממנו עולה כי צו התיחום אכן חל על פלסטינים, אך עד כה לא נאכף. צוין במכתבם של הח"מ כי ככל שלכך התכוון, הרי שלא ברור איזה מסר ביקש היועמ"ש להעביר בכך, שכן אם הצו לא נאכף עד כה, הרי זה משום שבעלי האדמות הפלסטינים אינם מגיעים לאדמותיהם בשל חששם כי יאונה להם רע לו ינסו להתקרב לאזור, בין השאר לאור ניסיון העבר ולנוכח התעלמות גורמי אכיפת החוק מפניותיהם, כפי שהוזכר כמעט בכל פניותיהם הקודמות של הח"מ.

לצד זאת, וככל שעמדת יועמ"ש איו"ש היא כי צו התיחום אינו חל על פלסטינים, ביקשו הח"מ לדעת אם חל שינוי בצו בדבר מבנים בלתי מורשים (תיקון מס' 4) אשר תיקן את צו 1539 בדבר מבנים בלתי מורשים, והחיל את האיסור להיכנס לשטחי צו התיחום גם על פלסטינים.

- **שלישית**, לעניין טענתו של נציג יועמ"ש איו"ש כי הסיור המבוקש לא נועד לאפשר לבעלי האדמות לבצע פעולות במקרקעין וכי נוכחות הצבא אינה נדרשת לשם כך, ציינו ב"כ העותרים כי מובן מאליו כי רצונם של בעלי האדמות להיכנס לאדמותיהם נובע בראש ובראשונה מרצונם לבחון את מצב הקרקע, לשקמה ולעבדה. הח"מ הזכירו לנציג יועמ"ש איו"ש כי מטרת בקשתם לתאם סיור בשטח הייתה לאורך כל הדרך לאפשר לעותרים להגיע לאדמותיהם בבטחה ואף הפנו אותו אל האמור במכתבם הראשון מיום 25.5.17. כמו-כן ציינו הח"מ כי הערתו בהקשר זה מחזקת את התפיסה שעולה מדבריו האחרים שפורטו לעיל, כי המפקד הצבאי, הוא המשיב 1, אינו רואה בהגנה על ביטחון התושבים הפלסטינים בגישה לקניינם הפרטי כאחת מחובותיו.
- **לבסוף**, בכל הנוגע להפניית העותרים למשטרת ישראל בנוגע לפלישות האמורות, כפי שהציע יועמ"ש איו"ש, השיבו העותרים כי היו אלה נציגי יועמ"ש איו"ש אשר התחייבו למסור מידע אודות פעילות האכיפה נגד הנוכחות הישראלית בשטח – פעילות שהמשיב 1 הינו הגורם המוסמך לבצע. כך, בשיחה עם נציג היועמ"ש מיום 9.7.2018, ציין סרן הופמן באופן שאינו משתמע לשני פנים, כי מענה לבקשה זו מצוי בשלב ריכוז כל פעולות האכיפה, וכי רשימה מרוכזת תישלח לח"מ בהקדם.
- בסיום המכתב ביקשו העותרים להזכיר כי המשטרה אינה גוף האכיפה היחיד באזור, וכי גם לצבא סמכויות אכיפה אותן הוא חייב להפעיל מול עבריינות חוזרת ונשנית. דומה כי גם בהקשר זה עלה צורך להזכיר למפקד הצבאי, כי הפניית העותרים להגשת תלונה במשטרה אינה פוטרת אותו מאכיפת החוק על עבריינים – אכיפה שלגביה נטען במספר הזדמנויות כי המשיב 1 מבצע. בהזדמנות זו ביקשו העותרים פעם נוספת לקבל את רשימת פעולות האכיפה שבוצעו על-ידי המשיב 1 באופן מרוכז, כפי שהובטח.

#### **העתק מכתב זה מיום 27.8.18 מצ"ב ומסומן כנספח 35.**

131. ביום 3.10.18, לאחר שחלפו המועדים שהוצעו על-ידי העותרים, פנה נציג יועמ"ש איו"ש וביקש כי העותרים ישלחו לו מועדים מוצעים חדשים, שיהיו לאחר יום 20.10.18 בשל תקופת מסיק הזיתים המחייבת הקצאת כוחות צבא רבים לצורך אבטחתו. כמו-כן ציין סרן הופמן בהודעה זו כי ליתר הטענות המפורטות במכתב מיום 27.8.18 "ישב בהקדם". מועדים כאמור נמסרו ביום 18.10.2019 במענה מסודר מטעם העותרים. בפנייה זו ביקשו העותרים לקבל מענה לאמור בפנייתם הקודמת מיום 27.8.2018, וכן ביקשו להזכיר כי עיקר פניותיהם בנוגע לצו התיחום, וכן פעולות האכיפה בפועל נגד מפרי החוק, טרם זכו למענה.
- העתק מכתב ב"כ העותרים מיום 18.10.18 מצ"ב ומסומן כנספח 36.**

132. ביום 29.10.18 נשלחה תזכורת נוספת לנציג היועמ"ש, הן באשר למועד תיאום הסיור והן באשר להתייחסות לשאר הנושאים שהועלו בפניות הקודמות של העותרים ונתרו מיותמי מענה.
- העתק הודעת הדוא"ל מיום 29.10.18 מצ"ב ומסומן כנספח 37.**

133. בשבועיים העוקבים המשיכה התכתובת בין הצדדים, בין היתר לצורך קבלת מפה או תצלום אוויר אליו מתייחס השטח אליו מבוקש הסיור בתיאום.
- העתק הודעת הדוא"ל מטעם סרן הופמן מיום 7.11.18 מצ"ב ומסומן כנספח 38.**
- העתק הודעת דוא"ל מטעם העותרים מיום 11.11.18 מצ"ב ומסומן כנספח 39.**



134. ביום 19.11.18, ובחלוף שניים מבין שלושת המועדים שהוצעו לסיור, ביקשו העותרים לדעת האם ניתן יהיה לקיים את הסיור במועד השלישי שהוצע, שאמור היה לחול ביום חמישי באותו שבוע. בתשובה נמסר כי ניתן יהיה לקיים את הסיור המיועד רק בחודש דצמבר ולא בחודש נובמבר.

135. ביום 3.12.2018 תואם הסיור המיוחל ליום 9.12.2018.

#### **העתק הודעת הדוא"ל של סרן הופמן מיום 3.12.18 מצ"ב ומסומן כנספח 40.**

136. ביום א' 9.12.18 – לאחר שורה ארוכה של התכתבויות וטלפונים, ולאחר תקופה ארוכה באופן בלתי סביר ביחס לתוכן הבקשה וביחס לנסיבות של למעלה מ-18 חודשים מפנייתם הראשונה של העותרים לבקש לקיים סיור בשטח – נערך הסיור. ביום זה הגיעו חקלאים תושבי הכפר בורקה לאדמותיהם, המצויות בשטח ששכנה בו בעבר ההתנחלות חומש, בליווי הח"מ אשר קיבלו היתר כניסה לשטח, ובליווי מספר חיילים ונציג מיועמ"ש איו"ש.

137. אלא שמטרת הביקור לא הוגשמה במלואה בביקור זה ודומה כי היה מי שדאג מראש להכשלתה. כך, במוצאי שבת, ה- 8.12.2018, שעות ספורות לפני הסיור, נמסר לבי"כ העותרים מטעם נציגי יועמ"ש איו"ש, כי פרט לבעלי האדמות, יוכלו להגיע לסיור רק עורכי הדין המייצגים אותם. משכך, לא ניתן היה להביא גורמים העוסקים במדידה של השטח ותייעוד מלא שלו, כפי שביקשו הח"מ במפורש במכתביהם הקודמים, ובכך הוכשל ברגע האחרון חלק ניכר ממטרת הביקור. מעולם לא הובהר מדוע לא מצאו הגורמים הרלוונטיים לנכון ליידע את הח"מ בכך פרק זמן סביר עובר לסיור.

138. חמור מכך, מטרת הביקור לאפשר לבעלי האדמות לגשת לאדמותיהם ולעבד אותן הוכשלה אף היא, שכן החיילים שליוו את הביקור בשטח מנעו מבעלי האדמות לעבד את אדמותיהם. כך, כאשר ביקש אחד מהחקלאים שהגיע עם טרקטור לחרוש את אדמתו, עצרו בעדו החיילים ולא אפשרו לו לעבדה.

139. החיילים נתבקשו להסביר מכוח מה ובאיזו סמכות הם אוסרים על עיבוד הקרקע, ולהציג צו מתאים המורה על כך, אולם לא היה בידיהם כל צו או הסבר לכך. הטענה היחידה שהשמיע ראש יחידת החיילים באזני הח"מ הייתה **"כי ככה אני אמרתי"**. ספק אם אמירה זו עומדת בכללי חובת ההנמקה המנהלית.

140. ברור כי סוגיית הבעלות אינה יכולה להיות הסיבה לאיסור על עיבוד בהינתן כי השטח כולו הוא קרקע פרטית של פלסטינים.

141. גם נציג יועמ"ש איו"ש שהתלווה לסיור לא ידע להשיב לשאלת הח"מ באיזו סמכות מונע הצבא מבעלי האדמות לעבדן. לא ברור מדוע לא התלווה לסיור נציג הבקיא בפרטי המצב המשפטי בשטח, אשר יכול לתת הוראות לחיילים, לספק תשובות ברורות ולקבל החלטות.

142. לאחר מספר ניסיונות טלפוניים לברר את העניין, הודיע נציג יועמ"ש איו"ש בשטח כי התשובה שהוא קיבל ממפקדיו היא כי אכן נאסר על בעלי האדמות לעבד את האדמה, וכי הסיבה לכך היא לא אחרת מאשר **קיומו של צו התיחום** שהוצא 14 חודשים קודם לכן לצורך פינוי הבינוי הבלתי חוקי שביצעו המתנחלים על אדמתם של בעלי האדמות – בינוי אשר לא פונה!

143. כך יצא, כי לא זו בלבד שהבינוי הבלתי חוקי לא פונה, אלא שמביקור זה עלה כי בינוי זה ממשיך לשמש את הפולשים. 18 חודשים לקח למשיב 1 להוציא היתר כניסה לח"מ ולתאם מועד לביקור מאובטח של בעלי הקרקע בשטח, כאשר במהלך כל התקופה הזו המשיכו גורמים ישראלים לעלות דרך קבע לשטח על אף הצווים צבאיים האוסרים עליהם לשהות שם, ומבלי שננקטה ולו פעולת אכיפה אחת כלפי התנהגותם העבריינית.

144. בעקבות התובנות העגומות שהוליד סיור זה והחמצת מטרתו, פנו הח"מ אל יועמ"ש איו"ש ביום 12.12.18 וביקשו לדעת:

- מהו מקור הסמכות בגינו אסר הצבא על החקלאים בעלי האדמות החוקיים מלעבד את אדמתם?
- ככל שאיסור זה נעשה ללא סמכות, מה בכוונת רשויות האכיפה שתחת המשיב 1 לעשות על מנת למצות את הדין עם הגורמים האחראים להטלת האיסור ומה בכוונתם לעשות על מנת למנוע מדבר כזה להישנות?
- מדוע טרם פונו המבנים הבלתי חוקיים מאדמותיהם של העותרים ושל יתר בעלי האדמות? ומה נעשה מאז הוצאת צו התיחום באוקטובר 2017 ועד היום להגשמת מטרתו של צו התיחום?

145. במכתב זה ציינו ב"כ העותרים כי תשובתנו של נציג יועמ"ש איו"ש בשטח, לפיה נאסר על בעלי האדמות לעבד את אדמתם בשל צו התיחום, היא בלתי מתקבלת על הדעת, וכי ככל שביועמ"ש איו"ש עומדים על כך שנאסר על החקלאים לעבד בשל קיומו של צו תיחום, הרי שאיסור זה מהווה פעולה שבוצעה בחוסר סמכות. הטעמים לכך שפורטו בפניית העותרים הם כדלקמן:

**ראשית**, עולה מהחלטותיו של יועמ"ש איו"ש כי לכאורה לשיטתו, צו התיחום כלל אינו חל על בעלי האדמות (זאת כיוון שלקראת הסיור נמסר מטעם יועמ"ש איו"ש במפורש כי בעלי האדמות יוכלו להגיע עצמאית לשטח שבו יתקיים הסיור). בפניה זו הוזכר שוב, כי מדובר בקרקע פרטית מוסדרת, כי בעלי הקרקע חופשיים לעבד את אדמתם כרצונם וכי לצבא אין כל סמכות למנוע מהם את העיבוד. לכך יש להוסיף את העובדה כי עוד בפנייה מיום 11.7.2018 (נספח 31 לעיל) נמסר במפורש כי עיבוד המקרקעין על ידי בעלי האדמות הוא אחת ממטרות הסיור, ובתשובות היועמ"ש לא נמסרו כל איסורים הנוגעים לכך.

**שנית**, גם לו צו התיחום היה חל על בעלי האדמות, הוא אינו כולל איסור על עיבוד הקרקע, אלא רק על כניסה לשטח **ובינוי** בו. לפיכך, לא ייתכן כי מכוחו של צו התיחום נאסר על בעלי האדמות לעבד את הקרקע, בפרט כאשר כניסתם לשטח כשלעצמה לא היוותה הפרה של הצו.

**שלישית**, טענו העותרים כי דרושה מידה רבה מאוד של עזות מצח לטעון בפני בעלי האדמות כי הסיבה לכך שאינם רשאים לעבד את אדמותיהם היא קיומו של צו תיחום, כאשר השטח עצמו "עשיר" במבנים בלתי חוקיים שצו התיחום הוצא מלכתחילה על מנת לטפל בהם. צו תיחום זה הוצא, כך התברר, בחודש אוקטובר 2017. עם זאת, 14 חודשים לאחר שהוצא, הבינוי הבלתי חוקי עדיין עומד על תילו ודומה כי לא נעשה דבר על מנת להגשים את מטרתו של צו התיחום. אולם כעת משמבקשים בעלי האדמות, שהגיעו לשטח כחוק, מבלי להפר אף צו, לעבד את

אדמתם, נשלף צו התיחום מאמתחתו המאובקת של יועמ"ש איו"ש כתירוץ לאסור על הבעלים החוקיים של הקרקע לעבד את אדמתם.

146. כמו-כן, לאחר חמישה חודשים מאז הפניה שעסקה בנושא, שבו העותרים וביקשו לדעת אילו פעולות אכיפה נעשות על ידי המשיבים ביחס לבינוי הבלתי חוקי והשוהים הבלתי חוקיים במתחם.

147. זאת ועוד, כפי שנכתב בפנייה, מידיעה שהתפרסמה שבוע קודם לכן בעיתון האינטרנטי "הקול היהודי" – ארבעה ימים בלבד לפני הביקור המתוכנן – עלה כי ישראלים רבים הגיעו לשטח שבנדון על מנת לחגוג את חג החנוכה. ואכן, ניתן היה להתרשם בביקור כי אכן יש לגורמים ישראלים אלו סיבה לחגוג: העבריינים עושים במתחם ככל העולה על רוחם, ואילו בעלי האדמות מנועים מלהגיע לאדמותיהם ולממש את זכויותיהם הקנייניות.

148. לבסוף ביקשו ב"כ העותרים להדגיש, כי אף על פי שלשיטתם לחיילים בשטח לא הייתה כל סמכות לאסור על העותרים לעבד את הקרקע בשל קיומו של צו תיחום, וכי לפיכך הייתה לבעלי האדמות כל זכות להמשיך ולעבד, צייתו הם לחיילים ובחרו בדרך זו של פניה לרשויות באמצעות עורכי דינם. דווקא אלה שבחרים לפעול בהתאם לדין, זכויותיהם מקופחות על-ידי הרשויות, ואילו אלה הפועלים להפר את הדין, זוכים להגנת הרשויות במעשה או במחדל. זהו המסר החד-משמעי היוצא מטעם כלל הגורמים באזור, הפועלים להנציח את האנומליה לה אחראים המשיבים.

149. גם הפעם ביקשו העותרים את התייחסות יועמ"ש איו"ש לשלל הסוגיות שהועלו במכתביהם הקודמים, ובפרט במכתביהם מיום 10.6.18, מיום 11.7.18 ומיום 27.8.18, ופעם נוספת ביקשו לקבל ללא דיחוי נוסף את אותה רשימת פעולות אכיפה נגד מפרי החוק, אשר העברתה הובטחה עוד בחודש יולי 2018, אך זו טרם הועברה.

#### **העתק פנייתם של העותרים מיום 12.12.18 מצ"ב ומסומן כנספח 41.**

150. עוד לא יבשה הדיו על המכתב שנשלח מטעם העותרים, וביום 18.12.18 בשעות הבוקר, הבחינו תושבי הכפר בורקה ברכב ישראלי ובו מספר רב של אנשים, העושה דרכו אל המתחם האמור. דיווח לרשויות נעשה מיד עם זיהוי העלייה האמורה.

#### **העתק פניית העותרים מיום 18.12.18 מצ"ב ומסומן כנספח 42.**

151. ביום 23.12.18 התקבל במשרדי הח"מ מענה טכני מטעם יועמ"ש איו"ש המעדכן כי פנייתם מיום 12.12.18 הנוגעת לביקור העותרים באדמותיהם מיום 9.12.18, הועברה לטיפול המדור הרלוונטי ותיענה "לאחר השלמת גיבוש הנתונים ועמדתם בעניין".

152. לדיווח בזמן אמת של העותרים על כניסת פולשים לאדמותיהם מיום 18.12.18 לא התקבלה כל התייחסות עד לכתיבת שורות אלה.

#### **העתק המכתב מטעם יועמ"ש איו"ש מיום 23.12.18 מצ"ב ומסומן כנספח 43.**

153. ביום 7.1.19 פנו העותרים באמצעות באי כוחם ליועמ"ש איו"ש על מנת לברר היכן עומד הטיפול בפניותיהם מיום 12.12.18 ומיום 18.12.18. במכתב זה ביקשו העותרים לעדכן, כי בשעה שביועמ"ש איו"ש עסוקים בלגבש נתונים ועמדות ביחס לאיסור שהוטל על בעלי האדמות לעבד

- את אדמתם, בניגוד לכל סמכות נראית לעין, מאז מכתבו הטכני של יועמ"ש איו"ש מיום 23.12.18 התרחשו מספר תקריות נוספות הדורשות התייחסות וטיפול מידיים:
- כך למשל, ארעה תקרית אלימה ביום 26.12.18, שבה נפגע רועה צאן כבן 70 מאבן שזרקו לעברו לדבריו תושבים ישראלים שהגיוחו מהמתחם נשוא העתירה. אירוע זה שתואר לעיל, הסתיים באשפוזו בבית החולים פעמיים מאז קרות האירוע. תלונה על כך הוגשה למשטרה.
  - כך נמסר, כי ביום 3.1.19 הבחינו תושבי הכפר בורקה ברכב טרנזיט לבן (אותו רכב שבו הבחינו בפעם הקודמת עליה דווח במכתבם מיום 18.12.18), הנוסע לכיוון המתחם האמור, תוך הפרה של צווים צבאיים וביצוע פלישה לשטח פרטי. בפנייה דווחו נתונים נוספים אודות הרכב. יוער, כפי שדווח, כי יומיים לאחר מכן, נצפה אותו רכב בקרבת מקום כאשר נוסעיו עומדים מחוץ לרכב ומיידים אבנים לעבר רכבים פלסטינים הנוסעים בכביש הסמוך.
154. לאור תקריות אלו, טענו העותרים, אין זה מפתיע שמעשי העבריינות של פורעי החוק מתפשטים אל מחוץ לשטח שבנדון, חורגים מעבירות של פלישה לקרקע פרטית, בניה בלתי חוקית והפרות צווים צבאיים, ומקבלים אופי אלים ומסוכן. אלה למדו כי החוק לא חל לגביהם, וכי הם יכולים לחמוק מכל עוול שיבצעו כלפי פלסטינים, ובכלל זה, פעולות אלימות המסכנות חיי אדם. אדישותו של המשיב 1 לעבריינותם היא זו שמאפשרת להם – שלא לומר, מעודדת אותם – להמשיך בה ולהחריפה.
155. במכתב זה הוזכר פעם נוספת, כי טרם התקבלה התייחסות לסוגיות שהועלו בפניות הקודמות מיום 10.6.18, מיום 11.7.18 ומיום 27.8.18, לרבות רשימת פעולות אכיפה המובטחת.
- העתק פניית העותרים מיום 7.1.19 מצ"ב ומסומן כנספח 44.**
156. מכתב זה לא זכה לכל מענה.
157. ביום 3.3.2019 דיווחו העותרים ליועמ"ש איו"ש פעם נוספת על רכב העולה לכיוון המתחם האמור, שעל גגו נערכו שני מערומי כסאות, המלמדים על נכונות לקיים אירוע או השתקעות באזור. לפניה זו נמסר מספר לוחית הרישוי הישראלית של הרכב שנכנס וכן צורפה אליה תמונה של הרכב. גם במכתב זה שבו העותרים וביקשו לדעת מה נעשה בהמשך לפניות הקודמות של העותרים, ובפרט הפניות מיום 18.12.2018, והפניה מיום 7.1.2019.
158. כמו-כן, התבקש במכתב זה לדעת מה נעשה בהמשך לפניית העותרים הדחופה מיום 18.12.18 שבה דווח למשיב 1 בזמן אמת על כניסת גורמים ישראלים לשטח אסור לכניסה, וככל שלא נעשה דבר, מה הסיבה לכך; מה בכונת המשיב 1 לעשות בנוגע לדיווח במכתבם של העותרים מיום 7.1.19 על כניסה אסורה לשטח שבנדון מיום 3.1.19, ובנוגע לדיווח הנוכחי, בפרט בהינתן כי יש בידיו את מספרי לוחית הרישוי של הרכבים שנכנסו לשטח.
159. עוד התבקש במכתב זה, לדעת מדוע מתעכבת התייחסות יועמ"ש איו"ש לכלל הסוגיות שהועלו במכתביהם הקודמים של העותרים, על אף תזכורות חוזרות ונשנות ועל אף שחלקן הועלו למעלה משמונה חודשים קודם לכן, בפרט בנוגע לטענה בדבר תחולתו של צו התייחסות על בעלי האדמות הפלסטינים. בנוסף, התבקש לדעת מדוע מתעכבת העברת רשימת פעולות האכיפה כלפי מפרי הצווים הצבאיים, על אף שעוד בחודש יוני 2018 הובטחה העברתה 'בקרוב'.

160. לבסוף הזכירו העותרים בפנייה זו, כי עודם ממתנינים להתייחסות המשיב 1 למכתבם מיום 12.12.18, בעניין ביקורם של בעלי האדמות בשטח מיום 9.12.18 שבו נאסר עליהם על ידי הצבא לעבד את אדמותיהם. בהקשר זה הודגש בפניה זו, כי אין זה מתקבל על הדעת שבעוד שעל בעלי האדמות החוקיים נאסר לעבד את אדמותיהם, גורמים ישראלים יעלו לשטח תוך הסגת גבול והפרת שני צווים צבאיים מבלי שתבצע כל פעולת אכיפה כלפיהם.

#### **העתק פניית העותרים מיום 3.3.19 מצ"ב ומסומן כנספח 45.**

161. ביום 10.3.19, דווח בכלי התקשורת כי צוותי משטרה ויס"מ פינו חלקים מהבינוי הבלתי חוקי שהיה קיים בשטח ההתנחלות לשעבר, ובהם את המבנה ששימש את השוהים הבלתי חוקיים בשטח כבית מדרש. העותרים או באי כוחם לא קיבלו כל הודעה מצד המשיב 1 ביחס לפעולת הפינוי, לא מראש ולא לאחר מעשה, אלא למדו על כך מדיווחים שונים בכלי תקשורת אינטרנטיים. כמו-כן, העותרים או באי כוחם לא קיבלו מהמשיב 1 הודעה על ביטולו של צו התיחום, אשר ככל שהושלם הפינוי של הבניה הבלתי חוקית – מתייטר, למצער ביחס לעותרים.

162. ביום שישי ה-5.4.19, נודע על-פי דיווחים בתקשורת ודיווחים מטעם תושבי הכפר בורקה, כי מאות ישראלים פלשו והסיגו גבול לאדמותיהם הפרטיות של העותרים, במסגרת צעדה המונית, שעל-פי הדיווחים בתקשורת, נועדה להפגין תמיכה בתלמידי ישיבת חומש המתחדשת השוהים במקום בניגוד לדין כדרך קבע. מן הדיווחים בתקשורת עולה, כי מטרתם של מארגני הצעדה הייתה לקיים פעילות פוליטית בזמן תקופת הבחירות לכנסת ישראל, *"כחלק מהדרישה מראשי מפלגות הימין, להתחייב להכניס לדרישותיהם בהסכמים הקואליציוניים, העברת החוק לביטול חוק ההתנתקות מצפון השומרון"*, כמצוין באתר החדשות האינטרנטי "כיפה".

#### **דיווחים מאתר "כיפה", מאתר "ערוץ 7" ומאתר "הקול היהודי" מצ"ב ומסומנים כנספח 46.**

163. בעקבות הסגת גבול המונית זו, פנו העותרים ביום 7.4.19 אל המשיב 1. בפניה זו ציינו העותרים כי מהדיווחים בתקשורת עולה כי הצעדה אובטחה על-ידי הצבא ונעשתה בשיתוף פעולה ובתיאום עמו. נגזר מכך, כי הצבא לכאורה נתן ידו לאבטחה של פעילות פוליטית בעיצומה של תקופת בחירות, תוך שהוא מאפשר פגיעה בזכויות הקניין של העותרים, שהם תושבים מוגנים, באמצעות פלישה המונית לאדמותיהם. כל זאת בזמן שהעותרים עצמם – בעלי הקרקע – מנועים מלהגיע לשטח. העותרים הדגישו בפניה זו, כי אותו הצבא שמסיבה עלומה אסר על העותרים, בעלי האדמות החוקיים, לעבד את אדמותיהם בביקורם מיום 9.12.18, מסייע כעת בידי קבוצה פוליטית ולמטרות פוליטיות לפלוש לאותן קרקעות.

#### **העתק פנייתם של העותרים מיום 7.4.19 מצ"ב ומסומן כנספח 47.**

164. ביום 17.4.2019, עם ההכנות האחרונות להגשת עתירה זו התקבלה תשובה לאקונית מטעם יועמ"ש איו"ש, כי הטענות נבחנות וכי מענה יינתן בהקדם. העתק מתשובה זו מצ"ב כנספח 47א. למודי ניסיון, העותרים אינם עוצרים את נשימתם לקבלת מענה מטעם המשיבים.

165. עד לכתובת שורות אלה לא התקבלה כל התייחסות מטעם המשיב 1 לפניית המתוארות לעיל. בחלוף קרוב לשנתיים ממועד פנייתם הראשונה של העותרים לאפשר להם ביקור בטוח באדמותיהם; בחלוף כ-18 חודשים מיום הוצאת צו התיחום, שהוסתר מהעותרים תקופה ארוכה במהלכה ניהלו תכתובת על בסיס מידע משפטי שגוי; בהינתן כי קיימת נוכחות אסורה קבועה של ישראלים בשטח, המאיימת על תושבי הסביבה הפלסטינים – מאיימת, ובמקרים רבים מקיימת; בהינתן כי אף כאשר תואם סוף כל סוף הביקור המיוחל לשטח, הצבא אסר על

בעלי האדמות לעבד את אדמותיהם, ללא מקור חוקי המסמיך אותו לעשות כן; לאור העובדה כי ניסיונותיהם החוזרים ונשנים של העותרים לקבל מענה לשאלותיהם הנוגעות לצו התיחום נענו עד כה בשתיקה מהדהדת, וכי גם יתר הסוגיות שהעלו, שעם הזמן הלכו והתרבו, "זכו" להתעלמות בוטה מצד המשיב 1 – לא נותרה לעותרים ברירה אלא לבקש סעד מבית משפט נכבד זה.

166. גם הפניות אל המשיבים 2-3 בנוגע לאכיפת הוראות הדין הפלילי ביחס לתושבים הישראליים המפרים את הדין, לא נענו נכון לכתיבת שורות אלה, וזאת חרף שורת פניות ארוכה שנעשתה אליהם.

167. נאלצנו להכביר מילים ופסקאות בתיאור האמור לעיל לא רק כדי לחדד את מצב הביש שנוצר ביחס לעותרים ואת שורת "חומות השתיקה" עמם נאלצים אלה להתמודד, אלא גם לתאר את המציאות הבלתי נסבלת מבחינת שלטון החוק, עת האמונים עליו מסרבים באופן עקבי להשיב לפניות העותרים וחמור מכך – לאכוף את הדין ביחס למפריו.

168. מכאן עתירה זו.

**1. המסגרות הנורמטיביות החלות על המשיבים ועל המתחם מושא העתירה**

**1.1. הדין הבינלאומי ההומניטרי**

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

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

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

**1.2. דיני זכויות האדם הבינלאומיים**

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

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

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

175. אף בית המשפט הנכבד הכיר בתחולתן של זכויות יסוד מכוח משפט זכויות האדם הבינלאומי בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. לא אחת נקבע כי זכויות יסוד של אדם או של קבוצת בני אדם חלות גם בעת מלחמה (וראו למשל דברי השופטת א' פרוקצ'יה, בפסק הדין בבג"ץ 10356/02 יואב הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, פסק דין מיום 4.3.04) (להלן: בג"ץ יואב הס) בפסקה 17, שם נקבע כי "זכות הקניין של הפרט אינה פוקעת גם בעת מלחמה"; וכן את קביעות בית המשפט הנכבד בבג"ץ 3969/06 ראש מועצת הכפר דיר סאמט ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח' (פורסם בנבו, 2009):

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

176. וכן בהמשך פסק הדין, בפסקה 17 לפסק דינה של כב' השופטת ד' בייניש:

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

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

### 1.3. עקרונות המשפט המנהלי הישראלי

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

179. הגם שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו חלק מדיני הגדה המערבית, העקרונות החוקתיים והמנהליים של מדינת ישראל מטילים חובות על כל רשויות השלטון הישראליות גם בפועלן מחוץ לגבולותיה הריבוניים של מדינת ישראל.

180. בית המשפט קבע לא אחת, כי עקרונות חוקתיים ועקרונות המשפט החוקתי הישראלי יחולו על פעילות המשיבים בגדה המערבית וכך גם לעניין כללי הצדק הטבעיים (ראו בבג"ץ 69/81 באסיל אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(2) 197, (1983) בעמ' 226-227; בבג"ץ 358/88



האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלון פיקוד המרכז, פ"ד מג (2) 529, (1989), בעמ' 539-540 ; בג"ץ 7015/02 כיפאח מחמד אחמד עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', תק-על 2002 (3) 1021, (2002), בעמ' 1025 ; בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1), 267 (1993) ; בג"ץ יואב הס).

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

"[...] בניית גדר טומנות בחובן פגיעה בזכויות הפרט. יש בהן כדי לפגוע בזכויות הקניין, בחופש התנועה, בחופש העיסוק ובזכויות אדם נוספות. הפעלת סמכויות הפוגעות בזכויות יסוד חוקתיות תיעשה על פי אמות המידה הקבועות בפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד בעניין זכויות אדם." (ראו בג"ץ 1073/04 עומר סלאמה נ' אלון פיקוד מרכז, תק-על 2006 (3) 1874, 1878 (2006), וכן ראו גם הניתוח בעניין מראעבה שהוזכר לעיל ; בג"ץ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (פד"י נט(5) 2005, 368 בעמ' 377), בו נקבעה האחריות של מפקד כוחות צה"ל באזור להבטיח את זכויות הפרט ובכלל זה זכות הקניין).

182. לצד עקרונות חוקתיים אלה, גם כללי הצדק הטבעי – כגון איסור פעולה משיקולים זרים, וכן החובה לנהוג בהגינות ובסבירות, חלות על פעולות המשיב ועל החלטותיו (ראו : בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', נימוקי פסק הדין מיום 30.10.2017). המפקד הצבאי, כך נקבע, ככל גוף מנהלי חייב להפעיל את הסמכות המסורה לו על-פי עקרונות של מידתיות וסבירות, כאשר שיקול דעת זה לעולם נתון לביקורת שיפוטית (שם), פסקאות 72, 118 וכן פסקאות 45-46 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (כתוארו אז) ס' ג'ובראן).

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

## 2. הטיעון המשפטי – על החובה לבטל את צו התיחום ביחס לעותרים ועל החובה לאכוף אותו ביחס לגורמים אחרים

### 2.1. כללי

184. בכל הנוגע להחלת צו התיחום על העותרים, יטענו העותרים שתי טענות מרכזיות :

(א) טענתם הראשית והמרכזית של העותרים היא כי בנסיבות המקרה המתואר לעיל, פעילות המשיב אינה מידתית, אינה סבירה ואף חורגת מגדרי הסמכות והתכלית של הצו בדבר מבנים בלתי מורשים, בהחלת הצו על העותרים ותושבים פלסטינים אחרים, צו אשר מכוחו נאסרת עליהם הכניסה לאדמותיהם הפרטיות. בראש-טיעון זה, יטענו העותרים כי לאור תכליותיהם של הצו בדבר מבנים בלתי מורשים ושל תיקון מס' 4, אין להחיל את הצו על

פלסטינים שאינם מעורבים בבניה בלתי חוקית ומקל וחומר, אין להחיל את הצו על בעלי אדמות פרטיות.

(ב) טענתם השנייה של העותרים, היא ככל שלמשיב ישנה סמכות להחיל את צו התיחום על פלסטינים בעלי אדמות פרטיות, המונע את יכולתם לעשות שימוש באדמותיהם, המשיב פעל בחוסר סבירות ובניגוד לעיקרון המידתיות בהפעילו את סמכותו במקרה הנוכחי לאור הפגיעה הקשה בזכויות אדם.

185. בכל הנוגע להחלטת המשיב שלא להעמיד לדין את מפרי צו התיחום וצו תוכנית ההתנתקות מקרב התושבים הישראלים, בפועל, היעדר אכיפה זה והעדר הרתעה כלפי התושבים הישראלים, מוביל למעשה לנוכחותם הקבועה בשטח, באופן אשר יוצר את אותן "הצדקות" מלאכותיות להמשך מניעת הגישה החופשית מהעותרים ותושבים פלסטינים אחרים.

186. בעוד שאלה הם המשיבים 2-3 שאחראים על מדיניות אכיפת החוק כנגד מפרי הצווים הישראלים, לו העותרים או גורם פלסטיני אחר יפר את צו התיחום, תופעל נגדו מערכת משפטית אחרת לגמרי, בדמות מערכת אכיפת החוק הצבאית, אשר כפופה למשיב 1. היעדר ממד מרתיע והיעדר נקיטה באמצעי מנע נגד הישנות התופעה, יוצר את האקלים המשפטי המאפשר את הפרת החוק על-ידי ישראלים, הכל כמתואר לעיל.

## **2.2. החלת צו התיחום על העותרים ועל בעלי האדמות אינה תואמת לתכליתו של צו התיחום**

187. הכלל בנוגע להיקף הסמכות של רשות מנהלית הוא כי מדובר בנושא פרשני אותו יש לפרש באופן המשרת את התכלית שביסוד הנורמה המסמיכה:

*"אם החוק הוא מכשיר להגשמת תכלית חברתית, כי אז הפרשנות של החוק צריכה לכלול אמות מידה פרשניות לשם הגשמת התכלית החברתית המונחת ביסוד החוק. [...] הפרשנות הראויה של דבר חקיקה היא אפוא זו המעניקה ללשונו אותו מובן המגשים בצורה הטובה ביותר את תכליתו" (א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ב: פרשנות החקיקה (התשנ"ג), עמ' 160).*

(ראו גם: בג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" (אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי) נ' ראש ממשלת ישראל, (פורסם בנבו, 30.11.2006); דנג"ץ 6127/00 המפקחת על הביטוח נ' ציון חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נח(4) 937 (2004); בג"ץ 8976/08 הקרן לרווחה לנפגעי השואה בישראל נ' החברה לאיתור ולהשבת נכסים של נספי השואה בע"מ (פורסם בנבו, 20.8.2009))

188. מכאן, שהפעלת הסמכות בניגוד לתכלית של הנורמה המסמיכה עשויה להגיע כדי חריגה מסמכות, או לכל הפחות, שימוש לרעה בסמכות. משמע, את סמכותו של המשיב לפעול בהתאם לאמור בצו התיחום יש לבחון לאור תכליתו של הצו המסמך, קרי, הצו בדבר מבנים בלתי מורשים אשר לו הוא כפוף וממנו הוא שואב את תוקפו.

**תכליתו המקורית של הצו בדבר מבנים בלתי מורשים: התמודדות עם עבריינות בניה ישראלית**

189. כפי שעולה מדו"ח ששון שזכר לעיל בחלק העובדתי, הצו בדבר מבנים בלתי מורשים נחקק לצורך התמודדות עם תופעת המאחזים בשל מאפייניה הייחודיים וחוסר האפקטיביות שבטיפול בתופעה זו באמצעות הדין הקיים.

190. ראיה מפורשת לכך שהצו בדבר מבנים בלתי מורשים נועד לחול על ישראלים ולא על פלסטינים נמצאת בדברים שנאמרו בדיונים שערכה ועדת חוק חוקה ומשפט של הכנסת (להלן: "הועדה"), בנושא הצו, בסמוך לאחר כניסתו לתוקף. במשך חמש ישיבות שנפרשו על פרק זמן של כחודש וחצי, ניהלה הועדה דיון בשאלות משפטיות שונות בנוגע ליישומו של צו זה, אשר נועדו לצמצם את הפגיעה בזכויותיהם של מי שהצו המסמך נועד לחול עליהם.

191. מן הדיונים בוועדה עולה כי הצו בדבר מבנים בלתי מורשים נועד לתת מענה ללקונה חקיקתית שהייתה קיימת בשטחי הגדה המערבית, שלא איפשרה פינוי מאחזים ומבנים בלתי חוקיים של ישראלים בשל מאפייניה הייחודיים של הבניה הבלתי חוקית הישראלית. זאת, להבדיל מבניה בלתי חוקית פלסטינית, שלא יצרה את אותו קושי משום שניתן להתמודד איתה באמצעות הדינים הקיימים (בעיקר דיני התכנון והבנייה המקומיים).

192. דברים אלו נאמרים באופן מפורש בישיבת הוועדה מיום 1.1.2004 מפי אלי"מ שלמה פוליטיס, יועמ"ש איו"ש דאז (כל ההדגשות הוספו):

*"היו"ר מיכאל איתן: אני מבקש שתסביר לנו למה היה צורך בצו, איך זה עבר, מה הבסיס החוקי המשפטי, מה מקור הסמכות, מה מקור הבקרה, מי עסק בזה, מה היתה היוזמה, כרקע לדיון.*

*שלמה פוליטיס: אנחנו מטפלים במאחזים בלתי מורשים. כאשר התקבלו ההחלטות על דרך הטיפול ביחס למאחזים לפני הוצאתו של הצו אכן פעלו בהתאם לדיני תכנון ובניה. [...] בנוסף לכך גם פעלנו במקרים מסויימים לפי דיני המקרקעין, [...] ואכן החילונו לפעול בדרך הזאת לגבי מאחזים בלתי חוקיים כאשר הפעילות נעשתה עפ"י הנחיות דרג מדיני [...] "* (בעמ' 5).

*"הצורך בשינוי המצב נבע מכך שפינוי של המאחזים, להבדיל מפינוי של בניה בלתי חוקית אחרת פלשתינית, הוא בלתי אפשרי במסגרת הפעילות בשטח עפ"י הכלים הקיימים. אם אני מדבר על דיני תכנון ובניה, דיני תכנון ובניה חלים על מבנה וכשהוא חל על מבנה ואם מדובר על מבנה מקובע אז אני יודע שהמבנה הזה נמצא בשטח, הוא לא אז ולא נע ממקומו ממקום אחד למשנהו. כשאני מדבר על מאחזים עפ"י אופיים, הקרוואנים זזים ממקום למקום. [...] צו הריסה מתייחס לנקודה מסויימת, צו הריסה ביחס למבנה הזה שנמצא פה. [...] השאלה מה קורה ביחס למי שמקבל את צו ההריסה כדת וכדין. הוא קיבל את צו ההריסה ועכשיו הוא מזיז את הקרוואן. האם אני פועל עפ"י הרשאה חוקית כדי לפנות את הקרוואן? "* (בעמ' 6).

*"[...] זה יצר קושי גדול ביותר לצבא שהכוחות רוכזו ובסופו של דבר ברגע האחרון, ואין לנו שום בעיה להתמודד עם זה בבג"צ, התחילו הזזות ותזוזות ולא ניתן היה לבצע את הדבר והשאלות המבצעיות והתקציביות עלו על הפרק. החקיקה הקיימת, דיני תכנון ובניה ודיני המקרקעין לא נותנים פתרונות לגבי התיישבות, לגבי פעילות כנגד מאחזים או כלפי פעילות שהיא על רקע אידיאולוגי. "* (בעמ' 7).

## העתק פרוטוקול הדיון שהתקיים ביום 1.1.2004 מצ"ב ומסומן כנספח 48.

193. על-פי הסבר זה, הצו בדבר מבנים בלתי מורשים היה נחוץ לצבא בשביל להתמודד עם תופעת הבניה הבלתי חוקית הישראלית, שמתאפיינת במבנים ארעיים שניתן להיזום ממקום למקום. דיני המקום שעוסקים בהתמודדות עם בניה בלתי חוקית, נותנים מענה למבני קבע ואינם אפקטיביים לצורך התמודדות עם מבנים ארעיים. הצו בדבר מבנים בלתי מורשים מכוון לטיפול אזורי ולא נקודתי, ועל כן הוא מסוגל להתמודד טוב יותר עם בניה ארעית.

194. תכלית ההתמודדות עם בניה בלתי חוקית ישראלית, להבדיל מהתמודדות עם בניה בלתי חוקית פלסטינית, שעמדה בבסיס הצו בדבר מבנים בלתי מורשים, עולה גם מתשובת המדינה לעתירה בעניין "אמנה" (בג"ץ 548/04 ובג"ץ 898/04 הנזכרים לעיל). תשובה זו, שהובאה לעיל, מבהירה באופן מפורש כי מטרת הצו בדבר מבנים בלתי מורשים היא טיפול אפקטיבי בתופעת המאחזים הבלתי מורשים. בתשובה זו חזרה המדינה על הרציונל שהובא בדבריו של אל"מ פוליטיס, כי היה צורך בצו זה בשל הישנותה המיידית של הבניה הבלתי חוקית לאחר פינויה הראשוני – תופעה ייחודית לתושבים הישראלים.

195. פסק הדין שניתן בעניין "אמנה", מכיר בחוקיות הצו בדבר מבנים בלתי מורשים בנוסחו שלפני תיקון מס' 4, קרי כאשר הוא חל אך ורק על ישראלים, וזאת בשל השוני הנורמטיבי של מארגי הדינים החלים ביחס אליהם והצורך להידרש לאכיפה מוגברת ביחס לבינוי בלתי חוקי של ישראלים על גבי אדמות פלסטיניות פרטיות. פסק הדין קובע באופן מפורש כי אין מדובר בהפליה בין שתי האוכלוסיות מאחר שמדובר בהבחנה מותרת על בסיס שוני רלוונטי. במילותיה של כבי הש' פרוקציה:

*"[...] הצווים אינם נגועים בפגם של אפלייה, משהם נועדו להתמודד עם תופעה מיוחדת שאין לה מקבילה בקרב האוכלוסייה המקומית באיזור." (פסקה 4).*

196. זאת ועוד, בעניין "אמנה" נקבע כי הצו נועד להתמודד עם תופעה עבריינית שהדין הקיים אינו מסוגל להתמודד איתה. יתרה מכך, קבע בית המשפט הנכבד, כי לא זו בלבד שהצו אינו מפר את תקנה 43, אלא הוא אף נחוץ לצורך הגשמתה: מאחר שהדינים הקיימים אינם מסוגלים לתת מענה לתופעת המאחזים הבלתי מורשים והפלישות הנלוות אליהן, הרי שחקיקת הצו על-מנת להתמודד עם בניה לא חוקית, מגשימה את חובתו של המשיב לפי תקנה 43 לשמור על הסדר הציבורי:

*"פעולות מפקד האיזור המכוונות למניעת היאחזויות בלתי חוקיות, שחלקן מוקמות על שטחי קרקע בבעלות אוכלוסיה פלשתינאית מקומית, נימנות בגדר סמכויותיו ואחריותו להבטיח את הסדר והחיים הציבוריים באזור. פעולות שנועדו לבלום פלישה לקרקעות פרטיות וציבוריות ולמנוע ביצוע בנייה בלתי חוקית בתחומיהן, מצויות בתחומי אחריות המפקד הצבאי כאמור. במובן זה, עונה פעולתו של המפקד על דרישות הרישא לתקנה 43 לאמנת האג.*

*פעולת המפקד בהוצאת הצווים מתיישבת בנסיבות העניין גם עם הסיפא לתקנה 43. [...] הוצאת צווים לתחימת איזורים לשם מניעת תופעת המאחזים הבלתי חוקיים מתחייבת בנסיבות העניין בהעדר תשתית חקיקתית קיימת שביכולתה לענות לצורך המיוחד שבהתמודדות עם תופעה זו. דיני התכנון והבניה העוסקים בבניה בלתי*

חוקית מכוונים לטיפול נקודתי במבנה הבלתי חוקי, ומערך הכללים וסדרי הדיון הכלולים בהם מותאמים להשגת תכלית זו. ההתמודדות עם תופעת המאחזים הבלתי חוקיים אינה יכולה לבוא על סיפוקה בעזרת מערך דיני התכנון והבניה, משעניינה אינו מוגבל למניעת בנייה בלתי חוקית ככזו אלא היא מחייבת קיום אמצעים יעילים לבלמת השתלטות על שטחים – בין באמצעות בנייה בלתי חוקית ובין באמצעים אחרים. [...] בתנאים הקיימים באיזור, מתחייב, אפוא, הסדר חקיקתי ישיר וכולל אשר יסמך את המפקד הצבאי לפעול לצורך מניעת השתלטות בלתי מורשית על שטחי קרקע באיזור, וההתמודדות עם תופעה זו אינה יכולה למצוא את פתרונה בהסדרי החקיקה הקיימים. בנסיבות אלה, התקנתם של הצווים בידי המפקד הצבאי נדרשת כדי למלא חסר הקיים בדיון המקומי וכדי לאפשר השגת התכלית אותה הם נועדו להשיג. " (שם, פסקאות 2-3 לפסק דינה של השי' פרוקצ'יה).

197. מכל האמור לעיל עולה, כי תכליתו של הצו בדבר מבנים בלתי מורשים על-פי הנוסח שעמד בתוקף במשך 12 שנים מאז שנחקק ועד שתוקן בשנת 2015, היא לטפל בעבריינות בנייה ישראלית ולא בפגיעה בזכות הקניין של פלסטינים ביחס לרכושם.

198. יחד עם זאת, גם אם נצא מנקודת הנחה, כי תכליתו של תיקון מס' 4 כפי שבוצע בשנת 2015, וביטל את סעיף 6(ב), מהווה תכלית ישימה (סוגיה שעודנה נדונה בבית המשפט העליון במסגרת בג"ץ 9785/17 (הנוכר לעיל), עדיין עולים לא מעט קשיים מאופן יישומו של צו התיחום ביחס לעותרים, בעלי האדמות ואלה הפועלים מטעמם.

199. בתשובת המדינה לעתירה בעניין בג"ץ 9785/17 אשר הובאה לעיל, נטען כי בשנים האחרונות קיימת תופעה של בניה בלתי חוקית חוזרת ונשנית גם בקרב האוכלוסיה הפלסטינית, אשר מוקמת בשנית מיד לאחר פינויה – בדומה לתופעת המאחזים בקרב האוכלוסיה הישראלית. משכך, לטענת המדינה, התעורר צורך לשנות את כלי האכיפה ביחס לבניה בלתי חוקית פלסטינית ולאפשר למשיב לנקוט בהליכים מכוח הצו בדבר מבנים בלתי מורשים.

200. המדינה לא פירטה בתשובה זו באילו מקרים דיני התכנון והבניה הירדניים לא הצליחו לתת מענה לבניה בלתי חוקית פלסטינית ובאיזו מידה הדבר שכוח עד כדי הפיכתו לתופעה של ממש המצדיקה את שינוי הדין הקיים ביחס לבניה בלתי חוקית פלסטינית. בין שתיקון מס' 4 מוצדק ובין שלא, תכליתו נותרת בעינה והיא התמודדות עם בניה בלתי חוקית, ישראלית ופלסטינית.

201. מכל מקום, המשיבים לא טענו, ואין כל ראיה לכך, כי העותרים ובעלי האדמות נשוא העתירה הנוכחית מעוניינים להפר את הדין ולבצע בניה בלתי חוקית. נהפוך הוא – בכל השנים שקדמו להוצאת צו התפיסה משנת 1978, השטח היה מעובד חקלאית על-ידי העותרים ו/או אנשים מטעמם, באופן התואם את הוראות הדין התכנוני החל בשטח. גם במהלך הסיור שהתקיים בחודש דצמבר 2018, נעשה ניסיון לביצוע עבודה חקלאית בשטח, אשר אינה מהווה הפרה של דיני התכנון והבניה, וגם היא נאסרה על ידי כוחות הצבא בשטח על בסיס צו התיחום.

החלת צו התיחום על העותרים אינה משרתת את תכליתו ועל-כן מהווה בפועל שימוש לרעה בסמכות

202. מן האמור לעיל עולה כי החלת צו תיחום על תושבים פלסטינים משרתת את תכליתו רק אם במקרה הקונקרטי הוא נועד לטפל בבנייה בלתי חוקית רחבת היקף שהדין הקיים אינו מאפשר

טיפול בה. החלת הצו על פלסטינים אינה משרתת את תכליתו כאשר אין צורך בטיפול בבניה לא חוקית של פלסטינים. בכך, למשל, נבדל צו תיחום מצווי סגירת שטח או צווי איסור כניסה לגורמים מסויימים, כגון צו יישום תוכנית ההתנתקות.

203. העותרים בעתירה דן כלל לא ביצעו בניה בלתי חוקית, וגם אין כל חשש מהם כי יבצעו בניה בלתי חוקית. משכך, החלת צו התיחום עליהם וסגירת השטח בפניהם אינה משרתת את תכלית תיקון מס' 4, שהיא כאמור טיפול בבניה בלתי חוקית, ולפיכך מהווה חריגה מסמכותו של המשיב.

204. יתרה מכך, העותרים הם בעלי האדמות הפרטיות שנמצאות בשטח שנסגר בצו התיחום. ברי כי כאשר מדובר באדמות פרטיות, מניעת כניסה מבעלי האדמות לשטח שבבעלותם אינה משרתת כלל את תכלית הצו בדבר מבנים בלתי מורשים, שכן, צו התיחום נועד להתמודד עם בינוי בלתי חוקי על אדמות מדינה או בינוי בלתי חוקי על אדמות פרטיות שבוצע על-ידי פולשים ולא על-ידי בעלי האדמות עצמם.

205. פסק הדין בעניין "אמנה" נתן לכך ביטוי בקבעו כי הצו בדבר מבנים בלתי מורשים הולם את ערכיה של החברה הישראלית באשר הוא מבקש להגן על קניין הפרט מפני פלישה:

*"[...]. הצווים מתיישבים עם ערכי החברה המקובלים בישראל, בבקשם למנוע השתלטות והסגת גבול בשטחי קרקע פרטית וציבורית, תוך פגיעה בקניין של אחר; [...]" (עניין "אמנה", פסקה 4 לפסק דינה של כב' הש' פרוקציה).*

206. לסיכום, מאחר שתכלית הצו בדבר מבנים בלתי מורשים היא מניעת בניה בלתי חוקית, מאחר שתכלית תיקון מס' 4 היא התמודדות עם בניה בלתי חוקית פלסטינית או ישראלית, ומאחר שממילא הצו לא נועד לחול על מי שאין חשש כי יפעלו בניגוד לתכליתו, הרי שהחלתו על העותרים היא בגדר שימוש לרעה בסמכותו של המשיב.

### 2.3. הטענה החלופית: המשיב הפעיל את סמכותו שלא כדין באופן בלתי מידתי ובאופן בלתי סביר באופן קיצוני

207. מושכלות יסוד הן כי על הרשות המנהלית לשקול אך ורק שיקולים רלוונטיים לקיום התכלית שבסמכותה. כאשר פעולה של הרשות המנהלית פוגעת בזכויות הפרט, האיזון הראוי שעליה להפעיל בין השיקולים הרלוונטיים הוא זה העומד בעיקרון המידתיות בהתאם למבחני המידתיות שנקבעו בפסיקה.

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

*"הנה כי כן, בהפעילו את סמכותו על-פי דיני התפיסה הלוחמתית, על המפקד הצבאי להבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים. במסגרת זו עליו לשקול מחד גיסא שיקולי*

ביטחון המדינה, ביטחון הצבא וביטחון האישי של כל מי שנמצא באזור. מאידך גיסא, עליו לשקול את זכויות האדם של האוכלוסיה הערבית המקומית. אכן "דיני המלחמה יוצרים בדרך כלל איזון עדין בין שני קטבים מגנטיים: צורך צבאי, מחד גיסא, ושיקולים הומניטאריים, מאידך גיסא" (עניין מראעבה, פסקה 28 לפסק דינו של הנשיא (כתארו אז) א' ברק).

209. לפיכך, פעולה של המשיב הפוגעת בזכויות הפרט חייבת לעמוד במבחני המידתיות שנקבעו בפסיקה. להלן נפרט את הזכויות הנפגעות מהחלת צו התיחום על העותרים ולאחר מכן נראה כי ביחס לתכליות השונות של צו התיחום, החלתו על העותרים אינה עומדת במבחני המידתיות.

#### I. הזכויות הנפגעות מהחלת צו התיחום על העותרים

##### זכות הקניין של העותרים באדמותיהם

210. זכותם של העותרים להגיע לאדמתם נגזרת בראש ובראשונה מזכותם לקניין. בעלותם של העותרים באדמות הרשומות על שמם אינה שנויה במחלוקת.

211. אחת החובות המוטלות על הכוח הכובש מתוקף המשפט הבינלאומי ההומניטארי היא הגנה על הקניין הפרטי של האזרחים המוגנים. וכך קובעת תקנה 46 לתקנות האג (הדגשות הוספו, הח"מ):

*Art. 46. Family, honor and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected.*

*Private property cannot be confiscated.*

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

“Art. 17.

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

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

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

*“Article 1: Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his*

*possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.*" (Protocol 1 to the European convention on Human Rights Regarding Enforcement of certain Rights and Freedoms not Included in Section I of the Convention, Done at Paris on the 20<sup>th</sup> day of March 1952. Available at: <http://www.hri.org/docs/ECHR50.html#1>)

214. הזכות לקניין קבועה גם במשפט החוקתי של מדינת ישראל. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע בסעיף 3 כי "אין פוגעים בקניינו של אדם". הסעיף קובע את זכותו של כל אדם באשר הוא אדם, הנתון לסמכויותיה של רשות ישראלית. על-פי האמור בסעיף 11 לחוק יסוד זה, "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה". לעניין זה, יפים דבריה של כב' השופטת (כתארה אז) ד' בייניש בבג"ץ 9593/04 ראשד מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד סא(1) 844 (2006) (להלן: "עניין מוראר") המציינים במפורש, כי לתושבי הגדה זכות מוגנת לקניינם גם מתוקף שיטת המשפט הישראלית:

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

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

וראו בהקשר זה בין היתר את שורת פסקי הדין הבאים: בג"ץ 8887/06 נאבות ואח' נגד שר הביטחון ואח' (2011), פורסם באר"ש; עניין חמאד; בג"ץ 9669/10 קאסם נגד שר הביטחון ואח' (2014), פורסם באר"ש; בג"ץ 7292/14 מוסא ואח' נגד שר הביטחון ואח' (2016), פורסם באר"ש.

215. אין ספק שקיומו של צו התיחום המונע בפועל, או לכל הפחות מגביל באופן ניכר את כניסת העותרים לאדמותיהם ומפקיע מהם את היכולת ליהנות מהן, מנוגד לחובה להגן על הקניין הפרטי, וכי מניעת הגישה לאדמותיהם פוגעת ביכולתם של העותרים להפיק מהן את הפירות המקווים.

"[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 זוהרייה חסן מורשד בן חוסין אבן דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נט(5), 368, עמ' 376-377).

216. אולם, עינינו הרואות, כי המשיב – רשות שלטונית האמונה על אכיפת החוק בשטחי הגדה המערבית הכבושה – מועל בחובתו שלא להישאר פאסיבי נוכח הפגיעה בקניין הפרטי על-ידי התושבים הישראלים המפרים את הדין באין מפריע, ונוקט בצעדים דראסטיים ביחס לבעלי



האדמות דווקא. בכך, מפר המשיב את החובות המוטלות עליו מכוח המשפט הבינלאומי ומכוח משפטה החוקתי של מדינת ישראל.

217. הפרה זו של המשיב היא דו-כיוונית: מחד גיסא, המשיב מאפשר, במעשה דוגמת "ההסדר הזמני" או במחדל אי האכיפה, לתושבים הישראלים ולמקורביהם ותומכיהם לעשות בשטח המתוחם ככל העולה על רוחם; מאידך גיסא, מתוך ידיעה שביחס לתושבים הפלסטינים כל הפרה של צו התיחום תוביל בהכרח לאכיפה נגדם בבתי המשפט הצבאיים בהתאם לתחיקת הביטחון החלה בשטח, בוחר לנקוט במדיניות אשר אינה מאפשרת גישה חופשית לאדמות העותרים.

#### זכות העותרים לחופש תנועה

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

219. בית המשפט הנכבד עמד לא אחת על חשיבותו של חופש התנועה, לרבות חופש התנועה של אזרחים מוגנים המעוניינים להגיע לאדמותיהם ובדרך נאלצים להתמודד עם חסמים מסוגים שונים (עניין דיר סאמט לעיל; עניין יואב הס לעיל; בג"ץ 2150/07 עלי חסיין מחמוד אבו צפייה, ראש מועצת הכפר בית סירא ואח' נ' שר הביטחון, סג(3) 331 (2009); עניין מוראר לעיל).

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

יסעיף 12:

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

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

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

222. ההכרה בחופש התנועה כזכות יסוד בשיטת המשפט שלנו נקבעה עוד מקדמת דנא, אף טרם כניסתו לתוקף של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר עיגן זכות זו במפורש כזכות חוקתית. כדברי בית המשפט הנכבד בפסק הדין בעניין 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 (להלן – פרשת עתאמללה [18]), בעמ' 709, 712; בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל (להלן: פרשת לוי [19]), בעמ' 401-402) הן כזכות הנגזרת מן הזכות לחירות (הנשיא ברק והשופט מ' חשין בבג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה (להלן – פרשת חורב [20]), בעמ' 59 ו-147 בהתאמה). כמו כן יש הגורסים כי חופש זה אף נגזר מכבוד האדם (הנשיא ברק בפרשת חורב [20], בעמ' 59; בפרשת שביט [15], בעמ' 651 ובבג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים (להלן – פרשת דיין [21]), בעמ' 472; והשוו לעמדת השופט טל בפרשת חורב [20], בעמ' 181).

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

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

"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 המנהגי." (עניין עיריית בית לחם, בפסקה 15 לפסק הדין; וראו גם פסקה 17 לפסק דינה של הנשיאה בייניש בעניין דיר סאמט).

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

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

225. על דברים אלו, אשר נאמרו יותר מפעם אחת וביותר מפסק דין אחד, חזר בית המשפט גם בפסק הדין המוביל העוסק בזכויותיהם של פלסטינים תושבי הגדה המערבית להגיע אל אדמותיהם לצורך ביצוע עבודות חקלאיות, הוא פסק הדין בעניין מוראך הנזכר לעיל.

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

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

(פסקה 14 לפסק דינה של השופטת (כתארה אז) ד' בייניש; הדגשות במקור).

227. מכאן אנו למדים על החשיבות העצומה שייחס בית המשפט הנכבד 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 עקרונות המשפט החוקתי החלים בישראל, בד בבד עם הסטנדרטים הבינלאומיים כפי שהם מופיעים באמנות הבינלאומיות.

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

"כאשר התנועה מתבצעת במרחב פרטי, יש ליתן משקל רב במיוחד לזכות לחופש תנועה ולצמצם למינימום את המגבלות המוטלות עליה. ברור, כי יש לבחון מגבלות המוטלות על חופש התנועה במרחב הציבורי באופן שונה ממגבלות המוטלות על חופש התנועה של אדם בתוך המתחם הקשור לביתו שלו ואין דינן של הראשונות כדינן של

האחרונות (ראו: בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 475).  
(עניין מוראָר בעמ' 857).

229. בפועל, המשיב בוחר בנקיטה באמצעי אשר פוגעני ביותר מבחינת העותרים, פוגע בזכות ובחופש התנועה שלהם, והכל על מנת להימנע מעימותים, בין אם פוליטיים ובין אם אחרים, מול התושבים הישראלים המגיעים לשטח המתוחם (ועושים זאת תוך הפרה של שורת הוראות דין ללא כל אכיפה).

230. מחדלי המשיב 2, אשר אינו מוביל לאכיפת דין פלילית כנגד הישראלים המפרים את צו התיחום, מעצימה גם היא את הפגיעה בחופש התנועה של העותרים, שכן הגורמים העברייניים בשטח יודעים כי בפועל קיימת להם חסינות מפני כל צעד התרעתי, ואילו במקרים אחרים, המשיב וכוחותיו אף יסייעו להם ויגבשו שמירה היקפית ביחס לעבירות המתבצעות על ידי אותם גורמים.

### זכות העותרים לפרנסה ולחופש עיסוק

231. היעדר הגישה לאדמותיהם הפרטיות פוגע בפרנסתם של העותרים שכן הם אינם יכולים יותר לעבד את האדמה ולהפיק ממנה את הפירות שהיא מניבה.

232. חופש העיסוק הינו עיקרון חוקתי אשר קיבל מעמד מרכזי בחקיקה הישראלית ועוגן בחוק יסוד: חופש העיסוק. על-פי סעיף 5 לחוק, כל אחת מרשויות המדינה, לרבות המשיב, מחויבת לכבד זכות זו. שורה ארוכה של פסקי דין מעגנת את מעמדה של זכות זו כזכות חוקתית "על-חוקית" (ראו: בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80, 82; בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 382; בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 434).

233. מניעת הגישה החופשית של העותרים לאדמותיהם במשך שלושת העשורים שבהם שכנה בשטח ההתנחלות חומש, ולאחר מכן במשך שמונה השנים שחלפו מאז פינויה ועד להסרת מניעות הגישה לשטח שחלו על פלסטינים, פגעה פגיעה אנושה בזכות יסוד זו. מניעת הגישה כעת, לאחר שבוטלו הצווים שאסרו של בעלי האדמות כניסה לשטח, ובשעה שגם לאחר ביטול הצווים לא יכלו העותרים להגיע לאדמותיהם בשל החשש מפני אלימות גורמים ישראלים השוהים בשטח שלא כדין, מחריפה אף יותר את הפגיעה. הואיל ומדובר בשטח חקלאי אשר שימש את העותרים, בני משפחותיהם ושאר תושבי הכפר לצורכי פרנסה וכחלק ממשלח ידם, הרי שגם זכותם לעבוד ולהתפרנס בכבוד נפגעת באופן ממשי.

### II. מבחני המידתיות ביחס לתכליות צו התיחום

234. מאחר שצו התיחום, המונע מן העותרים להגיע לאדמותיהם, פוגע בזכויותיהם, כפי שהוצג לעיל, האיזון הראוי בין השיקולים שעל המשיב לשקול הוא זה העומד בעיקרון המידתיות בהתאם למבחני המידתיות שנקבעו בפסיקה.

"כשיש בהחלטתו (של המפקד הצבאי, ש.ז., מ.ז.) משום פגיעה בזכויות אדם, תיבחן מידתיות הפגיעה בהתאם למבחנים המקובלים שהותוו בפסיקה לעניין זה" (בג"ץ

235. מידתיותה של פעולה שלטונית נבחנת ביחס שבין התכלית שלשמה מופעלת הסמכות לבין האמצעי שנבחר לצורך הגשמת אותה תכלית. מדבריו של נציג יועמ"ש איו"ש באוזני ב"כ העותרים עלה כי צו התיחום הוצא לצורך פינוי בניה בלתי חוקית. מן האמור בדיון לעיל בדבר תכליותיו של הצו בדבר מבנים בלתי מורשים, הרי שלצו התיחום מושא עתירה זו, שתי תכליות עיקריות:

(1) פינוי הבינוי הבלתי-חוקי בשטח ומניעת הקמת מבנים בלתי חוקיים נוספים;

(2) שמירה על הסדר והביטחון.

236. להלן, יטענו העותרים ביחס לכל אחת מתכליות אלו, מדוע אמצעי סגירת השטח בפניהם, שננקט על-ידי המשיב, אינו עומד במבחני המידתיות.

#### תכלית פינוי הבינוי הבלתי חוקי ומניעת הקמת מבנים בלתי חוקיים נוספים

237. **מבחן הקשר הרציונאלי.** האמצעי של סגירת השטח בפני העותרים אינו בעל קשר רציונאלי למטרה של פינוי הבינוי הבלתי חוקי המצוי על אדמותיהם. קיומו של בינוי בלתי חוקי על אדמותיהם של העותרים, המשמש את הגורמים הישראלים השוהים בשטח, אשר מרחיקים את העותרים מאדמותיהם בכוח הזרוע, מונע מהעותרים להגיע אליהן, לעבדן ולהתפרנס מהן. פינוי הבניה הבלתי חוקית אם כן, הוא אינטרס של בעלי האדמות ואין סיבה לחשוב כי כניסתם לאזור תסכל את הפינוי.

238. בנוסף, גם אם ייטען כי עצם נוכחותם של אזרחים בשטח מפריעה לביצוע יעיל של הפינוי, הרי שמדובר בטיעון שאינו יכול לעמוד בשלב זה לנוכח העובדה כי צו התיחום הוצא באוקטובר 2017 – כשנה וחצי לפני כתיבת שורות אלה. פרק זמן ארוך באופן בלתי סביר למימוש תכלית צו התיחום.

239. יתרה מכך, כאמור לעיל, במהלך חודש מארס דווח בתקשורת כי כוחות יס"מ ומשטרה ביצעו פינוי של מספר מבנים בלתי חוקיים מהשטח הנדון. כאמור לעיל, עד לכתיבת שורות אלה, העותרים ובאי כוחם לא קיבלו מהמשיב 1 כל הודעה על פינוי זה, על היקפו ועל טיבו, ולא ידוע לעותרים אם פונתה כלל הבניה הבלתי חוקית מהשטח או רק חלק ממנה. ככל שפונתה כלל הבניה הבלתי חוקית, הרי שהטיעון כי נוכחות העותרים בשטח עשויה להפריע לביצוע הפינוי כבר אינו רלוונטי. לפיכך, גם אם בתחילה הייתה סיבה לסגור את השטח בפני העותרים, הרי שסיבה זו אינה מתקיימת עוד.

240. זאת ועוד: לפינוי הבניה הבלתי חוקית ישנה תכלית משלו והיא להגן על קניינם של העותרים ולהשיב להם את אדמותיהם. אם כן, לא זו בלבד שסגירת השטח אינה מקיימת קשר רציונאלי עם תכלית פינוי הבניה הבלתי חוקית, אלא היא אף חותרת תחת השגת התכלית. משמעות הדבר היא כי כיום סגירת השטח בפני העותרים אינה משרתת את המטרה של פינוי הבניה הבלתי חוקית.

241. מעבר לכך – האמצעי של סגירת השטח בפני העותרים אינו בעל קשר רציונאלי למטרה של מניעת הקמת מבנים בלתי חוקיים נוספים. זאת משום שמטרה זו אינה מופנית כלפי העותרים אלא כלפי הגורמים השוהים בשטח שלא כדין, מבצעים בניו בלתי חוקי, ואף מבטיחים (או מאיימים) בריש גלי – כפי שדווח בתקשורת – כי בכוונתם להקים מחדש את המבנים שפנו. ברי כי החשש מפני הקמת מבנים בלתי חוקיים נוספים הוא ביחס אליהם ולא ביחס לעותרים, אשר אינם מקימים חשש כזה:

**ראשית**, מדובר באדמותיהם הפרטיות של העותרים. המדובר באדמות מוסדרות, רשומות במרשם המקרקעין של האזור. כזכור, צו התיחום לא נועד לטפל בבניו בלתי חוקי שמבצע אדם באדמתו הפרטית (לשם כך יש את דיני התכנון והבניה המקומיים), אלא בכזה המתבצע תוך כדי פלישה לאדמות של אחר או לאדמות מדינה.

**שנית**, אדמותיהם של העותרים שימשו אותם מאז ומעולם לחקלאות ואין סיבה להאמין כי כעת הם יבחרו לבנות בהן, לא כל שכן באופן בלתי חוקי. ממילא לא עלתה טענה כזו מצד המשיב או מי מטעמו ואין אף ראשית ראייה בעניין.

**שלישית**, הצו בדבר מבנים בלתי מורשים נועד להתמודד עם בניה בלתי חוקית קיימת ועם הישנותה של אותה בניה, ולא עם היתכנות כלשהי כי אדם כלשהו בזמן כלשהו יבצע בניה בלתי חוקית – ככל שטענה מופרכת כזאת עשויה לעלות מצד המשיב.

242. זאת ועוד, לא ניתן לטעון כי החלת צו התיחום על העותרים דרושה לצורך מניעת הישנות הבניה הבלתי חוקית מצד תושבים ישראלים.

**ראשית**, משום שפתיחת השטח לכניסת העותרים אינה מחייבת את ביטול הצו ביחס לתושבים הישראליים, כפי שהצו בדבר מבנים בלתי מורשים היה מנוסח מלכתחילה.

**שנית**, הגשמת תכלית זו של מניעת הישנות הבניה הבלתי חוקית מצד ישראלים אינה מחייבת את קיומו של צו התיחום, שכן ממילא לאזרחים ישראלים אסור להגיע לאזור זה בשל קיומו של צו תוכנית ההתנתקות. קיומו של צו זה לבדו – ללא צו תיחום – אילו היה נאכף, יכול היה לתת מענה למניעת הישנות הבניה הבלתי חוקית מצידם באזור זה.

**שלישית**, לא ניתן לטעון כי צו התיחום דרוש על מנת למנוע את כניסתם של ישראלים לשטח שכן הם אדישים לקיומו ונכנסים אף על-פי כן. צו התיחום, כמו צו תוכנית ההתנתקות לפניו, וכמו כל צו אחר שיוציא המשיב 1, אינו מקוים על-ידי הגורמים הישראליים האחראים לבניו הבלתי חוקי. צו זה, כמו צווים אחרים, מעולם לא מנע מאותם גורמים לפעול בניגוד לו – הכל בידועין ובתחושה של אני ואפסי עוד. וכי מדוע לא, כאשר רשויות אכיפת החוק מעבירות לעבריינים מסר ברור, כי עבורם החוק הוא בגדר המלצה בלבד. למעשה, הבניה הבלתי חוקית והישנותה חדשות לבקרים, מתאפשרות הודות להיעדר אכיפה מצד המשיב 1 כלפי מפרי החוק השיטתיים, ושום צו שיוציא המשיב 1 לא ישנה זאת. ככל שתכלית צו התיחום היא מניעת הישנות בניה בלתי חוקית על-ידי ישראלים, הרי שהיעדר האכיפה כלפיהם חותר תחת התכלית ומייתר לחלוטין את הצו.

243. לאור כל האמור, סגירת השטח בפני העותרים אינה משרתת ואינה יכולה לשרת את התכלית של מניעת הישנות בניה בלתי חוקית.

244. **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה.** גם לו היה קשר רציונאלי בין סגירת השטח בפני העותרים לבין תכלית פינוי הבניה הבלתי חוקית ומניעת הקמת מבנים בלתי חוקיים נוספים, ברור שהאמצעי של סגירת השטח כליל הוא האמצעי הפוגעני ביותר.

245. אמצעים שפגיעתם פחותה כוללים בראש ובראשונה אכיפת צו תוכנית ההתנתקות על השוהים הישראלים בשטח, הכוללת הן את הרחקתם הפיזית מהאזור והן את העמדתם לדין על הפרת הצו; הותרת צו התיחום בתוקף ביחס לתושבים הישראלים בלבד ו**אכיפתו**; הוצאת צווי הגבלה לתושבים ישראלים מסוימים שהיו מעורבים בבניה בלתי חוקית בשטח או בכלל, או כאלה שלמשיב יש סיבה ממשית לחשוד כי יפלו לאדמות העותרים ויקימו מבנים בלתי חוקיים נוספים – **ואכיפתם**; הותרת צו התיחום בתוקף ביחס לכלל התושבים – ישראלים ופלסטינים, תוך החרגת בעלי האדמות דוגמת העותרים, בני משפחותיהם והמסייעים להם בעבודת החקלאות – **ואכיפתו**; פיקוח מוגבר של רשויות האכיפה בשטח ועוד. לפיכך, סגירת השטח בפני העותרים אינה מקיימת את מבחן המידתיות השני, שכן קיימים אמצעים אחרים שישגו את המטרה של צו התיחום מבלי לפגוע בזכויות העותרים בצורה כל-כך אנושה.

246. **מבחן הנזק מול תועלת.** הפגיעה בזכויות העותרים שנגרמת מן האמצעי של סגירת השטח בפניהם, אינה עומדת ביחס ראוי לתועלת שתצמח ממנו. בגדרי מבחן זה יש לשקול את התועלת לציבור הצפויה מצו התיחום. וכי איזו תועלת צפויה ממנו כאשר אכיפתו המאוחרת מאוד של הדין באמצעות צו זה, במקום שתתקן את חוסר-הצדק שנגרם מקיומה של הבניה הבלתי חוקית באדמות העותרים, מנוכחותם הקבועה של פולשים אלימים על אדמותיהם הפרטיות ומהיעדר אכיפת הדין עד כה, ממשיכה אותו ומוסיפה עוד על הפגיעה הקשה ממילא בבעלי האדמות. צו התיחום הוצא לצורך פינוי בניה בלתי חוקית בין השאר במסגרת חובתו של המשיב 1 להגן על הקניין הפרטי של התושבים המוגנים. ברור כי החלת צו התיחום על בעלי האדמות אינה יכולה להיחשב כהגנה על הקניין הפרטי, ומכאן שגם התועלת הכללית של קיום חובתו של המשיב 1 בהתאם לדין הבינלאומי ההומניטרי, אינה מתממשת. מכאן, שהנזק רב והתועלת אפסית, בייחוד לאור ההפרות הרבות של צו התיחום וצו תוכנית ההתנתקות מצד תושבים ישראלים שאינם נאכפות כראוי, ועל-כן צו התיחום אינו עומד גם במבחן זה.

#### **תכלית השמירה על הסדר והביטחון**

247. תכלית זו נגזרת מחובתו הכללית של המשיב 1 מכוח תקנה 43 לתקנות האג, המהווה את המסגרת לכלל סמכויותיו של המשיב 1 בשטח הכבוש. אין חולק כי בכל פעולה של המשיב 1 עליו לשקול שיקולים של הגנה על הביטחון, ובכלל זה גם כאשר הוא מוציא צו תיחום שנועד להתמודד עם בניה בלתי חוקית.

248. העותרים יטענו כי יש להבחין בהקשר זה בין התכלית של מניעת הפרות סדר מצד התושבים הישראלים והגנה על ביטחון התושבים הפלסטינים, לבין התכלית של מניעת הפרות סדר מצד התושבים הפלסטינים והגנה על ביטחון התושבים הישראלים. להבחנה זו חשיבות רבה משום שבעוד שסגירת השטח לצורך הגנה על ביטחון התושבים הישראלים הוכרה בפסיקה כמידתית בנסיבות מסוימות, סגירת השטח לצורך הגנה על ביטחון בעלי האדמות הפלסטינים מפני אלימות של ישראלים, הוכרה כבלתי מידתית.

249. לנוכח העובדה כי הפרות הדין בשטח נעשות דווקא על-ידי התושבים הישראלים, העותרים יטענו כי הצו נועד בסופו של דבר להגן על העבריינים הישראלים ולמנוע כל הצדקה להגעת בעלי האדמות לשטחם.

250. לכך יש להוסיף את העובדה, כי כניסתם של בעלי האדמות לאדמותיהם אינה מייצרת קרבה פיזית או גיאוגרפית בין בעלי האדמות לבין התושבים הישראלים באופן שעשוי ליצור חיכוך בין שתי האוכלוסיות: אדמותיהם של העותרים אינן מצויות בקרבת יישוב ישראלי; ותושבים ישראלים אינם אמורים להימצא בשטח שבו מצויות האדמות, בין אם בשל צו התיחום, בין אם בשל צו תוכנית ההתנתקות ובין אם בשל היותו שטח פרטי שהכניסה אליו ללא רשות הבעלים מהווה הסגת גבול ועבירה על החוק.

251. לפיכך, התכלית של הגנה ביטחון התושבים הישראלים אינה יכולה להיות אחת מתכליותיו של צו התיחום, ובוודאי שאינה יכולה להיות תכליתו העיקרית.

252. למעלה מן הצורך, נוסף כי גם לו נשמעה הטענה המופרכת כי צו התיחום נועד להגן על תושבים ישראלים מפני בעלי האדמות, נסיבות המקרה אינן עומדות במבחנים שנקבעו בפסיקה בעניין זה לפיהם על המשיב להפעיל את סמכותו בהיקף המינימלי ההכרחי. בפרשת מוראָר קבע בית המשפט הנכבד כדלקמן:

*"באשר לסגירת שטחים של תושבים פלסטינים בפניהם כאשר התכלית אותה מבקשים להשיג היא הגנה על התושבים הישראלים מפני פעילות טרור הרי שבמקרה כזה אמצעי הסגירה עשוי להיות מידתי ובתנאי שהמפקד הצבאי יפעיל את סמכותו בהיקף המינימלי ההכרחי ותוך שמירה על הכללים שפורטו לעיל." (עניין מוראָר, פס' 28 לפסק-דין של כב' השי' ד' בייניש).*

253. במקרה שלפנינו, לא זו בלבד שאין מדובר בהפעלת הסמכות בהיקף המינימלי ההכרחי, אלא שניתן לומר במידה רבה של ביטחון, כי המשיב הפעיל כאן את סמכותו בהיקף מקסימלי, וזאת על מנת לאפשר לתושבים הישראלים להגיע לשטח באופן רציף, מבלי שנקטה כל פעולת אכיפה נגדם. ויודגש כי דברים אלו נאמרים בבחינת למעלה מן הצורך, משום שלשיטת העותרים, ההגנה על התושבים הישראלים מפני התושבים הפלסטינים אינה יכולה להיחשב לאחת מתכליותיו של צו התיחום.

254. לעומת זאת, ישנו פוטנציאל רב להפרת הסדר, לביצוע עבירות ולאירועים אלימים מצד תושבים ישראלים כלפי בעלי האדמות. אלו כבר הוכיחו כי החוק אינו נר לרגליהם, כי קניין פרטי של פלסטינים אינו עניין שיש לכבדו וכי הם אינם מהססים לנקוט בבריונות כדי להשיג את מטרותיהם. גם כיום הם פוקדים את אדמות העותרים, היכן ששכנה ההתנחלות חומש, על אף קיומם של שני צווים צבאיים האוסרים עליהם להיכנס לשטח, ומכריזים בגלוי על כוונתם לשוב לבנות באזור.

255. המציאות מאז פינוי ההתנחלות חומש, שהוצגה בחלק העובדתי, מלמדת כי הגורמים אשר מערערים על הסדר במתחם אינם העותרים או התושבים הפלסטינים, אלא דווקא התושבים הישראלים הפועלים ונמצאים בשטח. ערעור הסדר נוצר דווקא לנוכח שוויון הנפש של המשיבים



לנוכח שורה של הפרות חוזרות ונשנות של הדין, מבלי שהמשיבים עושים שימוש בכלים העומדים לרשותם, בראש ובראשונה האפיק הפלילי כנגד מפרי הצווים.

256. מכל האמור עולה, כי התכלית הביטחונית של צו התיחום, להבדיל מתכלית פינוי הבניה הבלתי חוקית, פינוי היושבים בשטח ופינוי רכושם, לצד מניעת בניה בלתי חוקית, ככל שקיימת כזאת, מכוונת להגנה על ביטחון התושבים הפלסטינים מפני התושבים הישראלים ולא להיפך.

257. בית המשפט הנכבד כבר הכריע בעבר בשאלת מידתיותו של אמצעי סגירת שטחים בפני בעלי אדמות פלסטינים לצורך הגנה על ביטחונם, וקבע כי אמצעי זה איננו מידתי משום שהוא אינו עומד באף אחד ממבחני המידתיות. לא נותר לנו אלא להביא מדבריו של בית המשפט הנכבד בפרשת מוראך:

*"בענייננו, השטחים הנסגרים הם שטחים פרטיים המוחזקים על ידי פלסטינים ואשר בגישה אליהם תלויה פרנסתם. מנגד, האיום הקיים על ביטחונם של הפלסטינים הוא ביצוע מעשי התנכלות מצד מפירי חוק ישראלים. בנסיבות אלה, סגירתם של השטחים האמורים בפני החקלאים הפלסטינים על מנת להתמודד עם האיום האמור אינה רציונלית שכן מדובר בצעד בלתי הוגן באופן קיצוני שמשמעותו היא פגיעה חמורה בזכויות בסיסיות תוך כניעה לאלימות ולמעשי עבריינות. אכן, סגירת השטחים עשויה להשיג את התכלית של הגנה על החקלאים הפלסטינים, אך כאשר שיקול דעתו של המפקד הצבאי בסגירת שטחים מושפע ממעשי עבריינות של גורמים אלימים, הפוגעים בזכויות התושבים לקניינם, יש בכך כדי לפגוע בשיקול הדעת (ראו: ענין ברוך, בעמוד 165; פרשת חורב, בעמודים 77 ו-118 – 120). מדיניות המונעת מפני תושבים פלסטינים להגיע לאדמות השייכות להם, לשם השגת תכלית של הגנה עליהם מפני התקפות המכוונות נגדם, הינה כמדיניות המצווה על אדם שלא להיכנס לביתו על מנת להגן עליו מפני שודד האורב לו שם על מנת לתקפו. בנסיבות הענין שלפנינו, מדיניות כזו כפתרון יחיד למצב בשטח אינה רציונלית שכן היא פוגעת בזכויותיהם של החקלאים הפלסטינים לחופש תנועה ולקנין באופן שאינו פרופורציוני" (פסקה 25 לפסק דינה של השופטת (כתארה אז) ד' בייניש – הדגשות הוספו, ש.ז., מ.ז.).*

ובהמשך:

*"יצוין, כי משמצאנו כי האמצעי הננקט כלל אינו מתאים והולם לתכלית שלשמה נועד (מבחן המידתיות הראשון) הרי שפטורים אנו מלבחון אם עומדים האמצעים באשר מבחני המידתיות. עם זאת נציין, כי בנסיבות הענין אף ברור כי האמצעי הננקט אינו האמצעי שפגיעתו היא הפחותה ביותר וכי נקיטתו אינה עומדת ביחס ראוי לתועלת שתצמח הימנו (שני מבחני המידתיות הנותרים)" (שם, פסקה 26).*

258. בית המשפט התייחס בדבריו גם לחוסר ההיגיון ולחוסר הצדק שבנקיטת צעדים נגד הקרבן במקום לפעול נגד מי שיוצר את האיום עליו:

*"כאשר התכלית המבוקשת היא הגנה על ביטחון החקלאים הפלסטינים מפני מעשי אלימות המופנים נגדם הרי שראוי הוא כי האמצעי המתאים יופעל כנגד הגורם המסכן, דהיינו כנגד אלה המבצעים את התקיפות על החקלאים הפלסטינים. דאעקא,*

שבבואו להגן על החקלאים הפלסטינים בחר המפקד הצבאי לפעול **שוב** כנגדם, גם כאשר הם הקורבן להתקפות. ברור, אפוא, כי שימוש באמצעי של סגירת השטח בפני חקלאים פלסטינים כאשר המטרה היא הגנה עליהם עצמם אינו שימוש הולם באמצעי האמור ויש בכך משום פגיעה בתחושת הצדק. מצב דברים זה אינו ראוי ועל כן, שימוש באמצעי של סגירת שטחים, כאמצעי שבשגרה וכאמצעי בלעדי, לצורך הגנה על תושבים פלסטינים המותקפים בשטחם, הוא שימוש שאינו מידתי ושאינו עולה בקנה אחד עם החובות המוטלות על המפקד הצבאי " (שם, הדגשות במקור).

259. האמור בפרשת מוראך באופן מפורש ביחס לסוגיה של סגירת שטחים בפני בעלי אדמות פלסטינים לשם הגנה על ביטחונם, אינו משתמע לשתי פנים ועל המשיב היה לדעת בשלב זה מה הדין ובאילו נסיבות אין הוא רשאי למנוע מבעלי אדמות גישה לאדמותיהם.

260. אולם דומה כי יש לשוב ולהזכיר את העיקרון שהנחה את בית המשפט בפרשת מוראך, עליו חזר בית המשפט הנכבד בשורה של פסקי דין, כי "אין לגרוע מחירותו של אדם רק בשל ההתנגדות האלימה לשימוש בחירות זו" (עניין מוראך, פסקה 3 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. ראו גם: בג"ץ 153/83 אלן לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, לח(2) 393 404 (1984); בג"ץ 2431/95 גרשון סלומון נ' משטרת ישראל, נא(5) 781 788 (1997)).

261. צו התיחום יכול היה לשרת את מטרתו גם אם היו מוחרגים ממנו העותרים. המטרה של השלטת חוק וסדר לא זו בלבד שאינה מחייבת להחיל את הצו על העותרים אלא אף מחייבת את ההיפך – לאפשר להם לחזור לאדמותיהם בהתאם לפסיקת בג"ץ. השלטת החוק והסדר צריכה להיות מופנית לגורמים המאיימים על הפרתם.

262. אי אכיפת צו התיחום כלפי הבינוי והרכוש של הישראלים המצויים במתחם צו התיחום מהווה אי קיום של הצו, על כל המשתמע מכך. אי אכיפת הדין הפלילי מצד המשיב 2 מהווה "רכיב משלים" לאי האכיפה של המשיב 1 את הדין ביחס לגורמים הישראלים העושים בשטח המתוחם כבשלהם, מבלי שיש להם אבק זכות משפטית בשטח. אלה גם אמורים להיאכף, ולא לשמש כאצטלה למניעת העותרים לעשות שימוש בקניינם הפרטי.

## ד. אחר כל אלה – הסעדים המבוקשים

263. המתואר בעתירה זו, חושף רובד נוסף כיצד אי אכיפה מועדת ומכוונת של הדין יוצרת את אותה מציאות אנרכית, אשר בסופה בוחר המשיב באמצעי הקל ביותר מבחינתו, הוא אמצעי המונע דווקא מבעלי האדמות לממש את זכויותיהם באדמותיהם, בעצמם או באמצעות אנשים מטעמם.
264. לצד זאת, אנו נחשפים למציאות שבה גורמים ישראלים מגיעים לשטח באופן תדיר, כמעט יום-יומי, בידיעת המשיבים.
265. פעילות ישראלית בשטח האמור מתבצעת כמעט כל יום. אכיפה פלילית מצד המשיבים – אין.
266. כל אלה מגבשים את אותו סף המצדיק, לשיטת העותרים, את הפניה לבית המשפט בדרישות המפורטות בעתירה.
267. לשיטת העותרים, החלת צו התיחום ביחס אליהם, חותרת תחת תכלית הצו ופוגעת דווקא במי שאינו מפר את החוק, וזאת כאשר דווקא מפרי החוק עושים בשטח כבשלהם.
268. לשיטת העותרים, העובדה כי בשטח המתוחם עדיין מצויים ישראלים הנכנסים ויוצאים כאוות נפשם, פוגעת דווקא בעותרים ומעניקה פרס בלתי ראוי ובלתי חוקי דווקא לגורמים העברייניים. העובדה כי בעת הזו ממש פונו מספר מבנים שהוצבו בשטח צריכה דווקא לשמש מקפצה למימוש שאר רכיבי הפינוי הכלולים ביחס לצו התיחום כלפי מי שאינם בעלים של המתחם והם למעשה בגדר פולשים.
269. הימנעותו של המשיב 2 לעמיד לדין את אלה המפרים את הצו, למעשה מעניקה "רוח גבית" ושומטת את רכיב ההרתעה הפלילי הקיים בצו. הרתעה זו, מושגת למעשה אך ורק ביחס לעותרים ובעלי האדמות הפלסטינים, אשר יודעים כי הפרתו תוביל אותם בהכרח להליכים משפטיים ארוכים בפני בית המשפט הצבאי הפועל בשטח מתוקף סמכותו של המשיב 1. העותרים אינם רוצים לפעול באופן המפר את הדין ואז לטעון טענות ממין "אכיפה סלקטיבית". העותרים רוצים כי החוק ייאכף כלפי המפרים, באופן אשר יממש את התכלית שביסוד הוראות הדין.
270. אי אכיפת הכרזות התיחום גורמת לפגיעה בזכויות הקניין של העותרים מצד הגורמים שהשתלטו על אדמותיהם, פוגעת בשלטון החוק בכללותו ויוצרת תחושה של אכיפה סלקטיבית המונעת משיקולים פוליטיים. אי אכיפת הדין כלפי המפרים המתריסים, הפועלים פעם אחר פעם במודע ובמכוון להפר את הדין, מצטרפת לשורה ארוכה ביותר של מחדלים אשר הפכו את הגדה המערבית למערב הפרוע, מקום בו הדין קיים רק על הנייר.
271. כולנו מפסידים מהשפלת החוק: אי אכיפה מביאה להפרות נוספות בקצב הולך וגדל, ההפרות פוגעות באינטרס הכלל ובאינטרס היחיד – היחיד הנפגע מההפרה האישית כי את אדמתו גזלו ואין סעד; הרבים שמשאבים ציבוריים נלקחים בכוח הזרוע על-ידי המעטים, וששמירת החוק על-ידם מחלישה אותם ביחס לעבריינים. אכן, כל אחד היה רוצה לבנות לעצמו קומה נוספת על גג ביתו או בית חדש לגמרי על ראש גבעה נאה, בלי צורך בקבלת רשות מהרשויות, בלי החובה לשלם מיסים, בלי לשלם עבור האדמה.

272. בפועל, הנפגעים העיקריים והמרכזיים מכל החידלון המתואר לעיל הם דווקא העותרים, בעלי האדמות, תושבים מוגנים בשטח המצוי תחת כיבוש ודיני הכיבוש. מעמדם המוחלש עומד להם לרועץ, והנה דווקא כלי האכיפה הייעודי שנועד להגן עליהם, מופנה דווקא נגדם, ואילו כלי האכיפה העומדים לרשותם של המשיבים כנגד המעוולים, כמעט ואינם מופעלים.

273. מכל הנימוקים האלה, עמדת העותרים היא כי יש להוציא צו על תנאי כמפורט ברישא של העתירה, ולאחר קבלת עמדת המשיבים להפכו לצו מוחלט.

274. כמו כן, יתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות הגשת עתירה זו, לרבות השבת האגרה וכן שכר טרחת עורכי דינם של העותרים, זאת בייחוד לאור היעדר המענה מטעם המשיב 1 לחלק ניכר מהפניות שבוצעו אליו ביחס לסעדים המבוקשים.

275. העובדות המופיעות בעתירה זו נתמכות בתצהיר מטעם העותרים ומטעם הגב' זיו שטהל מטעם המשיב מס' 14.

היום, \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

מיכל זיו, עו"ד

\_\_\_\_\_

שלומי זכריה, עו"ד

ב"כ העותרים