

1. ראש מועצת הכפר בורקה, [REDACTED]
2. [REDACTED]
3. [REDACTED]
4. [REDACTED]
5. [REDACTED]
6. [REDACTED]
7. [REDACTED]

באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או שלומי זכריה ו/או אבישר לב ו/או אמילי שפר ו/או כרמל פומרנץ כולם מרח' יהודה הלוי 45, תל-אביב 65157; טל: 03-

העותרים

פקס: 6206947/8/9, פקס: 03-6206950

-- נגד --

1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, האלוף אבי מזרחי
2. ראש המנהל האזרחי, תא"ל מוטי אלמוז

המשיבים

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

עתירה לצו על תנאי

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם, באם יחפצו, מדוע לא יבוטלו צווי התפיסה שסימונם ת/4/78, ת/62/02, ת/100/05, ת/101/05, אשר נחתמו למיטב ידיעת העותרים על ידי המשיב מס' 1 ומדוע לא יושבו הזכויות והחזקה בקרקעות נשוא צווי התפיסה למי שהיו בעלי הזכויות ולמי שהיו המחזיקים בהן טרם התפיסה או ליורשיהם. לנוחות בית המשפט יכונה להלן צו תפיסה שמספרו ת/4/78 "הצו הראשון" וצוים ת/62/02, ת/100/05, ת/101/05 יכוננו "הצוים המאוחרים".

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

א. פתח דבר

1. בעתירה זו מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על ביטולה של תפיסת קרקעות שבוצעה באמצעות צווי תפיסה צבאיים ולהשיב את האדמות לחזקת בעליהן, וזאת לנוכח העובדה כי הצורך בגינו נתפסו פג, וכי אין בכוונת המשיבים לעשות שימוש באדמות התפוסות לכל צורך אחר לגיטימי שהוא.
2. הקרקעות נשוא צווי התפיסה, (וכפועל יוצא, נשוא עתירה זו) נפרשות על פני שטח עצום של מאות דונמים של אדמות פרטיות הממוקם בסמוך לכפר בורקה, (להלן: "הקרקעות" או "האדמות") אשר העותרים נמנים בחלקם על בעליהן, ובחלקם על יורשי בעליהן.
3. חלקן הארי של אדמות אלו נתפסו לצרכים ביטחוניים עוד בשנת 1978, ועליהם הוקמה בשעתו ההתנחלות "חומש" (להלן: "ההתנחלות"). תפיסת האדמות לצורך זה נעשתה קודם לקביעת בית המשפט הנכבד כי אין לבצע תפיסות של אדמות פרטיות לצורך הקמת יישובים אזרחיים (פרשת אלון מורה הידועה, בג"ץ 370/79 **דויקאת ואח' נגד ממשלת ישראל ואח' פד"י** לד (1), 1, [22.10.1979]). ההתנחלות חומש עמדה על תילה ממועד הקמתה ועד פינויה בשנת 2005 כחלק מ"תכנית ההתנתקות".
4. משפונתה ההתנחלות חומש, שטח זה הפך להיות שטח צבאי סגור לאזרחים ישראלים. הצורך המקורי לשמו הוצא צווי התפיסה מלכתחילה בטל מעיקרו, וממילא לא היה חוקי מלכתחילה, גם על פי פסיקת בג"ץ. מכל מקום, עתירה זו אינה עוסקת בעבר, אלא בהווה ובעתיד.
5. ברם, תחת לבטל את צווי התפיסה אשר שוכבים כאבן שאין לה הופכין (וזהו גם מצב האדמות התפוסות), בוחרים המשיבים להמשיך ולהחזיק בקרקעות התפוסות לצרכים צבאיים, וזאת מבלי שקיימים כל צידוקים ביטחוניים – ובוודאי לא צרכים ביטחוניים הכרחיים ודחופים – להמשיך ולתפוס באדמות אלה.
6. העותרים יטענו בעתירה זו, כי הדין וההלכות החלות בעניין האדמות והצווים, מחייבים ביטולם של הצווים והשבת החזקה על האדמות לבעליהן.

ב. הרקע העובדתי

I. הצדדים לעתירה

7. העותר מספר 1, [REDACTED], הינו ראש מועצת הכפר בורקה, המשויך לנפת שכס שבגדה המערבית, אשר חלק מאדמותיו נתפסו באמצעות צווי תפיסה צבאית על גביהם הוקמה בשנת 1978 ההתנחלות חומש.
8. העותר מספר 2, מר [REDACTED], תושב הכפר בורקה, המשויך לנפת שכס שבגדה המערבית, רשום בספרי מרשם המקרקעין של הגדה המערבית כבעליה של חלקה מספר [REDACTED] בגוש [REDACTED] וחלקה [REDACTED] מספר [REDACTED] בגוש [REDACTED].
9. העותר מספר 3, [REDACTED], הינו תושב הכפר בורקה, המשויך לנפת שכס שבגדה המערבית, והינו אחד מיורשי [REDACTED], הרשום בספרי מרשם המקרקעין של הגדה המערבית כבעליה של חלקה מספר [REDACTED] בגוש מספר [REDACTED].
10. העותר מספר 4, [REDACTED], תושב הכפר בורקה, המשויך לנפת שכס שבגדה המערבית, הינו בעליה של חלקה מספר [REDACTED] בגוש מספר [REDACTED] וזאת מכוח ייפוי כוח בלתי חוזר שקיבל [REDACTED], הרשום בספרי מרשם המקרקעין של הגדה המערבית כבעליה של חלקה זו
11. העותר מספר 5, [REDACTED], תושב הכפר בורקה, המשויך לנפת שכס שבגדה המערבית, הינו אחד מיורשיו של [REDACTED], הרשום בספרי מרשם המקרקעין של הגדה המערבית כבעליה של חלקות מספר [REDACTED] בגוש מספר [REDACTED] וחלקה מספר [REDACTED] בגוש מספר [REDACTED]. בנוסף עותר זה הינו בעליה של חלקה מספר [REDACTED] בגוש [REDACTED] וזאת מכוח פסיקתו של בית משפט השלום בשכס.
12. העותר מספר 6, [REDACTED], תושב הכפר בורקה, המשויך לנפת שכס שבגדה המערבית, הינו אחד מיורשיה של המנוחה [REDACTED], הרשומה בספרי מרשם המקרקעין של הגדה המערבית כבעליה של חלקה מספר [REDACTED] בגוש [REDACTED] וחלקה מספר [REDACTED] בגוש [REDACTED].
13. העותר מספר 7, [REDACTED], תושב הכפר בורקה, הינו המשויך לנפת שכס שבגדה המערבית, והינו אחד מיורשי [REDACTED], הרשום בספרי מרשם המקרקעין של הגדה המערבית כבעליה של חלקה מספר [REDACTED] בגוש מספר [REDACTED].

להלן יכוננו במסגרת עתירה זו: "העותרים"

14. כעולה מתצהירים של העותרים, במשך כל תקופת הזמן מיום שנתפסו אדמותיהם בצו התפיסה לצורכי ביטחון, וכל הזמן שהייתה ממוקמת עליהן ההתנחלות חומש, נמנעה גישתם של העותרים אל אדמותיהם, וממילא נמנעה מהם היכולת לעבדן ולהנות מהן. מניעה זו הוסרה לזמן קצר בתקופה המיידית שלאחר פינוי ההתנחלות, אולם בשל העובדה כי מתנחלים, אזרחיה של מדינת ישראל החלו לפקוד אותה תדירות, ובשל

העובדה כי בפועל לא בוטלו מעולם צווי התפיסה אשר שימשו לצורך הקמת ההתנחלות מנועים אלו מלהגיע אל אדמותיהם, הכל כפי שיפורט להלן.

15. כפי שניתן לראות בתצלום אוויר עליו סומנו גבולות חלקות העותרים, חלקות העותרים כולן ממוקמות בתוככי גבולות צו התפיסה נשוא עתירה זו. תצ"א האויר האמור מצ"ב וסומן **כנספח 25** ;

16. המשיב מס' 1, מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, הינו הגורם המשמש כחליף הריבון באזור הנתון לתפיסה לוחמתית (כיבוש צבאי). בידיו של המשיב מס' 1 מצויות כל סמכויות הניהול, המינהל והחקיקה של השטח המוחזק על-ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית וזאת בהתאם לכללי המשפט ההומניטארי הבינלאומי ולדיני התפיסה הלוחמתית. במסגרת סמכויות אלה, הנטועות בדיני הכיבוש הבינלאומיים, למשיב הסמכות לתפוס חזקה באדמות השייכות לתושבים המוגנים, הכל בהתאם למגבלות הדינים הבינלאומיים, כפי שיפורט בהמשך כתב העתירה. במקביל לסמכות זו, מוטלות על המשיב 1 חובות השמירה על הסדר הציבורי והגנה על רכוש התושבים המוגנים באזור הנתון לתפיסה לוחמתית, אשר עליהם נמנים העותרים.

17. המשיב מס' 2 הינו ראש המנהל האזרחי בגדה המערבית, לו אצל המשיב מס' 1 חלק מסמכויותיו, לרבות הסמכויות לניהול חיי היומיום האזרחיים ברחבי הגדה המערבית. מתוקף תפקידו זה, אחראי המשיב בין היתר על הבטחת תקינות החיים האזרחיים של העותרים ואנשי כפריהם במגוון תחומים, ובראש ובראשונה בעניינים הנוגעים לאדמות ולפרנסה של האוכלוסייה הכבושה.

להלן יכוננו במסגרת עתירה זו: "המשיבים"

II תפיסת אדמות הכפר בורקה לצורכי ביטחון

18. ביום 1.1.1978, הוציא המשיב מספר 1 צו תפיסה שמספרו ת/4/78, הוא הצו הראשון המוזכר בראשית כתב העתירה. צו זה נפרס על פני תא שטח הממוקם מצפון לעיר שכם ומזרחית לעיר טול כרם, המשתרע על פני כ-697.5 דונמים.

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

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

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

21. כמנהג אותם הימים, צו התפיסה שסומן 4/78 לא נקב בתאריך לפקיעתו למרות החובה כי יהיה זמני. יצוין, כי ברבות השנים שונתה פרקטיקה זו אצל המשיבים וצווי תפיסה המוצאים בשנים האחרונות נוקבים במועד פקיעה.
22. בשטח אותו חובק צו התפיסה, הוקמה סמוך לתפיסה, בשנת 1978, היאחזות הנח"ל בשם "מעלה נח"ל", אשר "אוזרחה" שנתיים לאחר מכן (בשנת 1980) והפכה להתנחלות חומש (להלן: "ההתנחלות"). משמע, הצורך הצבאי ההכרחי והדחוף אשר עמד בבסיס הוצאת צו התפיסה, נשמט כשנתיים לאחר הוצאתו, עת תחת ההיאחזות הצבאית הפך השטח להתנחלות אזרחית לחלוטין. כאמור, התנחלות זו עמדה על תילה עד לחודש אוגוסט 2005.
23. יובהר עתה ומעל לכל ספק: העותרים אינם שותפים לעמדה כי ניתן היה להקים את ההתנחלות חומש על בסיס צו תפיסה צבאי, אשר מטבעו ומטיבו נועד להגשמה של צורך צבאי ולא למטרה אזרחית-פוליטית-מדינית כגון הקמת התנחלויות, על גבי אדמות בבעלות פרטית ותוך פגיעה בזכויותיהם הקנייניות של תושבים מוגנים בשטח כבוש. אולם, כפי שכבר אמרנו בתחילת העתירה, אין זו עוסקת בשאירע בעבר, אלא במתרחש בהווה ביחס לשטח זה.
24. במהלך השנים הוצאו שלושה צווי תפיסה נוספים לשטחים שונים סביב ההתנחלות, אשר כונו בראשית כתב עתירה זו, "הצווים האחרונים" כאשר הכוונה לצווים הבאים:
- ת/62/02 שהוצא בתאריך 27.10.2002 לצורך יצירת שטח בטחוני מיוחד (שב"ם) להתנחלות;
 - ת/100/05 שהוצא בתאריך 21.6.2005 כחלק מהערכות לביצוע ההתנתקות;
 - ת/101/05 שהוצא בתאריך 26.6.2005 כחלק מהערכות לביצוע ההתנתקות;
- למיטב ידיעת העותרים, תוקפם של צווים אלו פקע אולם העותרים בחרו לכלול אותם בעתירתם, וזאת לשם הזהירות ובמידה ותוקפם הוארך מסיבה כלשהי שאינה ידועה לעותרים.
25. על כל פנים, מיום פינויה של ההתנחלות ועד ליום כתיבת שורות אלו נותר צו התפיסה הראשון על כנו. האדמות על גביהן נבנתה ההתנחלות, נמצאות בשליטה ישראלית מלאה (שטח C), הינן בגדר אדמות תפוסות האסורות לשימוש לבעליהן, הם תושבי הכפר בורקה, ביניהם ניתן למנות גם את העותרים בעתירה דן.
26. כפי שמציינים העותרים בתצהיריהם, עובר להוצאת צו התפיסה הראשון, נהגו הם ובני משפחותיהם לעבד את האדמות הנמצאות בבעלותן והן היוו מקור פרנסה עבורם (כפי שנעשה גם ביחס לאדמות סמוכות לאדמותיהם התפוסות). אולם מרגע שזו נתפסה על ידי המשיב מס' 1, היו אלה מנועים מלעבוד בה.
27. העותרים יטענו כי בחלוף שלושים וארבעה שנים (!34) מיום הוצאת צו התפיסה, כמו גם התפוגגותם של הצרכים הביטחוניים (אשר על קיומם מלכתחילה חולקים העותרים מכל וככל) אין מנוס מביטול צו התפיסה ולהשיב להם את הבעלות והחזקה באדמותיהם.

28. ביום 23.8.2005, בהתאם להחלטת ממשלה וחקיקה ראשית של הכנסת, אשר אושרה על ידי בית המשפט הנכבד (בג"ץ 1661/05 מועצה אזורית חוף עזה ואח' נגד כנסת ישראל ואח' פ"ד נט(2), 481, 515-516 (2005)) פונתה ההתנחלות חומש על ידי ממשלת ישראל ולשטח שנתפס לצורך הקמתה, המצוי כולו בשליטה ביטחונית ישראלית (אזור C), נאסרה כניסתם של ישראלים.
29. דא עקא, שאיסור זה לא מנע בפועל את הגעתם של גורמים ישראלים אל הריסות ההתנחלות, ואלו החלו לפקוד את המקום באלפיהם. המקום הפך עד מהרה לאתר עלייה לרגל, בתדירות ובמספרים הולכים וגוברים, כשכוונת המבקרים היא לשהות במקום ולחדש את ההתיישבות בו. העלייה הראשונה לחומש נערכה חודשים ספורים לאחר מועד פינויה הראשון, בחג החנוכה לשנת 2006, אז הגיעו למקום כאלף איש. מאז פוקדים מעת לעת את המקום תושבי ההתנחלויות הסמוכות, תוך הפרה בוטה של צווי סגירת השטח לישראלים כפי שהוצאו על ידי המשיב מס' 1, אבל מבלי שהפרה זו זוכה לכל מענה אכיפתי יעיל.
30. העותרים – שהינם אזרחים מוגנים בשטח כבוש – המתינו בסבלנות למעלה מחמש שנים מאז פינוייה של ההתנחלות וברי, כי שנים רבות שלא נעשה בקרקע כל שימוש לצורך צבאי כלשהו, ובוודאי שלאחר שפונתה ההתנחלות לא נעשה בקרקע כל שימוש שהוא – ביטחוני או שלא ביטחוני. מכאן כי כיום לא קיים עוד צורך ולא קיימת הצדקה בהמשך תפיסתן של אדמות אלו.
31. משכך, עמדת העותרים היא כי יש להשיב לרשותם את הקרקע ולבטל את צווי התפיסה האמורים.

III. מִצוֹי הַלִּיכָה

32. ביום 9.5.11, פנו הח"מ בשם העותרים אל המשיב מס' 1 ואל היועץ המשפטי של המשיב מס' 2. בפנייה זו נתבקשו נמעני הפנייה להורות על ביטולים של צווי התפיסה והשבת האדמות לחזקתם ולשימושם של העותרים. בין היתר טענו העותרים את הדברים הבאים:

"משפונתה ההתנחלות חומש, שטח זה הפך להיות שטח צבאי סגור לאזרחים ישראלים. ברי לפי כך כי בטל מעיקרו הצורך המקורי לשמו הוצא צו התפיסה מלכתחילה"

ובהמשך ציינו כי:

ברור, כי כעת, משנסתם הגולל על הסיכויים כי יימשך השימוש באדמות מרשיי שנתפסו לצרכים הצבאיים בגינן נתפסו (הגם שהתפיסה היא צבאית הרי שהיא נעשתה לצורך הקמת היאחזות נח"ל, אשר לאחר זמן קצר הפכה ליישוב אזרחי לכל דבר, וזאת עוד טרם פסיקת בית המשפט הנכבד, אשר אסרה על פרקטיקה זו בשנת 1979 – ראה בג"ץ 390/79 עזת מחמד מוסטפה

דו"קאט, ו-16 אח' נגד ממשלת ישראל ואח''), אין כל צורך או הצדקה בתפיסתן של אדמות אלה, ועל כן ברי כי יש להשיבם לבעליהם המקוריים.

העתק פנייתו של עו"ד זכריה מיום 9.5.2011 מצ"ב וסומנה **כנספח 26**;

33. חודש לאחר מכן, ביום 3.6.2011, נמסרה תשובת המשיבים, על ידי נציג יועמ"ש איו"ש, רס"ן אודי שגיא, אשר הייתה קצרה ולאקונית: "אנו עושים לבחינת האמור במכתבכם. מיד עם קבלת החלטה בעניין נודיעכם דבר".

העתק תשובתו של רס"ן שגיא מיום 3.6.2011 מצ"ב וסומנה **כנספח 27**;

34. עד למועד כתיבת שורות אלו, ארבעה חודשים לאחר תשובתם הלאקונית של המשיבים, טרם נתקבלה כל תשובה או התייחסות לגופם של דברים.

35. וכך, נכון לכתיבת שורות אלה – **שלושה עשורים** לאחר הוצאת הצו הראשון; **למעלה מחמש שנים** מיום שהופסק השימוש האזרחי באדמות הכללות בצו זה; **כחמישה חודשים** לאחר הפנייה הראשונה מטעם העותרים; וכארבעה **חודשים** לאחר תשובתם היחידה של המשיבים – טרם התקבלה כל תשובה או התייחסות עניינית לדרישות העותרים.

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

ג. הטיעון המשפטי

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

37. עם כיבוש כוחות צה"ל את הגדה המערבית, הוחלו בשטח דיני התפיסה הלוחמתית, המהווים ענף של המשפט הבינלאומי ההומניטארי. דינים אלו מעוגנים בעיקר באמנת האג בדבר דיני המלחמה משנת 1907 והתקנות הנלוות לה, בהוראות אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בעת מלחמה משנת 1949, בהוראות המנהגיות הקבועות בפרוטוקולים הנלווים לאמנות ג'נבה משנת 1977, ובעקרונות הכללים של המשפט הבינלאומי.

38. לענייננו, אמנת האג והתקנות הנספחות לה, אשר משקפות משפט בינלאומי מנהגי ועל כן חלה על פעילות צה"ל בשטחים הכבושים ומחייבת את רשויות מדינת ישראל לרבות את המשיבים (ראו: בג"ץ 606/78 **סולימאן תאופיק איוב ו-11 אחרים נ' שר הביטחון ו-2 אחרים**, פ"ד לג (2) 113 (1979) בעמ' 121-120), מתווה את עקרונות הבסיס בנוגע ליחסי כובש-נכבש ובנוגע לגבולות הכוח של המעצמה הכובשת בשטח כבוש. בבסיס אמנה זו עומדת תקנה 43, אשר מהווה "חוקה בזעיר אנפין" של דיני הכיבוש, (ראו לעניין זה: בג"ץ 69/81 **אבו עיטה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פד"י (2) 197), אשר קובעת כדלקמן:

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

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

"אזורי יהודה והשומרון מוחזקים על ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית (belligerent occupation). זרועה הארוכה של המדינה באזור הוא המפקד הצבאי. אין הוא הריבון בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית (ראו פרשת בית סוריק, עמ' 832). כוחו בא לו מהמשפט הבינלאומי הפומבי הנוגע לתפיסה לוחמתית. משמעותה המשפטית של תפיסה זו היא כפולה: ראשית, המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל אינם חלים באזורים אלה. הם לא "סופחו" לישראל; שנית, המשטר המשפטי החל באזורים אלה נשלט על ידי המשפט הבינלאומי הפומבי העוסק בתפיסה לוחמתית (ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח' (טרם פורסם, פסקה 3 לפסק דין הרוב: להלן - פרשת המועצה האזורית חוף עזה). במרכזו של משפט בינלאומי פומבי זה עומדות התקנות בדבר דיניה ומינהגיה של המלחמה ביבשה, הנספחות לאמנת האג הרביעית מ-1907 (להלן - תקנות האג). תקנות אלה משקפות משפט בינלאומי מינהגי. כן נקבעים דיני התפיסה הלוחמתית באמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה 1949 (להלן - אמנת ג'נבה הרביעית). מדינת ישראל נוהגת על פי החלקים ההומניטריים של אמנה זו. כך הודיעה הממשלה לבית משפט זה במספר רב של עתירות. לאור הודעה זו של ממשלת ישראל, איננו רואים צורך לבחון מחדש את עמדתה של ממשלת ישראל."

40. סמכותו של המפקד הצבאי לתפוס את קניינם של התושבים הפלסטינים המקומיים, לרבות תפיסת מקרקעין, נתונה לו מתוקף המשפט הבינלאומי של דיני הכיבוש. סמכות זו מהווה חריג לכללים הקבועים בדין ההומניטארי, האוסר על פגיעה ברכושם של התושבים המקומיים.

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

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

[...]

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

ובאופן ספציפי ביחס לטריטוריה המצויה תחת שלטון כיבוש :

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

Private property cannot be confiscated.

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

Art. 53 – Prohibited Destruction:

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

43. הדברים עצמם הינם – אז כמו גם היום – משפט בינלאומי מנהגי המחייב את מדינת ישראל על כלל רשויותיה ומהווה חלק ממשפטה הפנימי של המדינה. אינדיקציה נוספת להיותו של הכלל וסייגיו חלק מהמשפט הבינלאומי ההומניטארי המנהגי, מופיעה באוגדן המרכז את הכללים המנהגיים של המשפט הבינלאומי ההומניטארי (“אוגדן הצלב האדום הבינלאומי”) הקובע בכלל מס' 50 לאוגדן חוקים מנהגיים אלה, כי אין להרוס או לתפוס כל רכוש של הצד שכנגד, אלא היכן שהדבר נדרש לצרכי בטחון הכרחיים ובכלל 51 מעגן את רעיון התפיסה של אדמה לצרכים צבאיים. וזו לשון הכלל :

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

ובהמשך, כלל 51 מורה אותנו כדלקמן :

Rule 51. In occupied territory:

[...]

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

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

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

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

בג"צ 302/72, בג"ץ 306/72 שיח' סולימאן חסיין עודה אבו חילו, ו-3 אח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2), 169, 178-179 (1973)

45. סוגית תפיסתם של אדמות פרטיות לצרכי הקמתן של התנחלויות המשיכה להגיע לפתחו של בית המשפט הנכבד עוד מס' פעמים: בפרשת **איוב** אשר עסקה בהקמתה של ההתנחלות בית אל, נקבע כי הואיל והקמת היישוב מתיישבת עם תפיסת ההגנה המרחבית אשר רווחה באותה עת, אין לפסול את התפיסה הצבאית (בג"ץ 606/78 בג"צ 610/78 **סלימאן תופיק איוב ו-11 אח' נ' שר הבטחון ו-2 אח'**, פ"ד לג(2), 113, 124-125 (1979)); יחד עם זאת, על פי קביעת בית המשפט באותו פסק דין בעניין **איוב**, נקבע כי לבעלי האדמות הזכות לבקש ולדרוש בכל הנוגע למתרחש על אדמותיהם. מעמדם של הבעלים על השטח לא נשלל כלל ועיקר בשל התפיסה הצבאית (שהיא, מטבעה, זמנית, יש לזכור):

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

[...]

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

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

ובהמשך פסק הדין –

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

(שם, בעמ' 117-118; הדגשות הוספו, מ.ס., ש.ז., א.ל.).

46. על האמור בפסק דין זה כמו גם משמעותו המשפטית הלב-התנחלותית נמתחה ביקורת רבה, בארץ ובעולם. בין המבקרים הרבים של פסקי הדין זכור לכל מאמרו של פרופ' יורם דינשטיין, אחד המומחים הגדולים בעולם בנושא דיני המלחמה, אשר קבע כי מחדלו של בית המשפט הנכבד מלבחון את הנושא באספקלריה של עקרון ההבחנה ואי-עמידתו על המשמעות המשפטית של הצבת אזרחים במקום "לצרכים צבאיים", עלולה להוביל לתוצאה הרת אסון:

"אולם עתה, משקבע בג"ץ בצורה מוסמכת כי יישובים יהודיים אזרחיים בשטחים המוחזקים מהווים חלק מן המערך של צה"ל, ניתן לטעון שלמעשה נשלל מיישובים אלו אופיים האזרחי לא רק לשם השגת היעד אותו חתרה הפרקליטות להשיג, אלא אף בהקשרים אחרים. אין דיני הלחימה מכירים במעמד ביניים, חצי צבאי וחצי אזרחי."

יורם דינשטיין, "התנחלויות וגירושים בשטחים המוחזקים", עיוני משפט כרך ז' (תשל"ט-תש"ס) 188, בעמ' 191. (הדגשות הוספו, מ.ס., ש.ז., א.ל.).

47. מס' חודשים לאחר מתן פסק דין זה בעניין אויב, בפרשת דויקאת, שהוזכרה לעיל, פסל בית המשפט העליון, בהרכב של חמישה שופטים, את הפרקטיקה של תפיסת אדמות לצורך הקמתם של יישובים אזרחיים, מן הטעם שתפיסת אדמות לצורך הקמתו של יישוב אזרחי אינה בעלת טעם צבאי ועל כן לא ניתן לתפוס אדמות פרטיות לצורך זה.

48. גם בפסיקות עדכניות יותר, ובייחוד פסיקות מהעשור האחרון, חזר וקבע בית המשפט כי תפיסת שטחים לצרכים צבאיים, אמורה להתבצע לנוכח קיומם של צרכים צבאיים הכרחיים ודחופים, ואלה בלבד (ראו, למשל, בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל שהוזכר לעיל), ולא היכן שהם מערבים שיקולים צבאיים יחד עם שיקולים

אחרים (ראו, למשל, בג"ץ 2732/05 ראש מועצת הכפר עזון ואח' נגד ממשלת ישראל ואח' [פסק הדין מיום 15.6.2006].

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

מן הכלל אל הפרט:

50. כמפורט לעיל, העלייה לאדמות הישוב הפלסטיני בורקה, הנמצאות בנפת שכם, על ידי ישראלים לצורך הקמת ההתנחלות חומש, נעשתה בראשית שנת 1978 תוך כדי שימוש בצו התפיסה הצבאי שהוצא לאדמות עוד באותה שנה. הצורך הביטחוני "ההכרחי והדחוף" מצא את דרכו ליישום באמצעות הקמת היאחזות הנח"ל שהפכה להתנחלות לכל דבר ועניין, עד לשנת 2005. כיום, ברור כשמש כי לא ניתן היה כלל לתפוס את האדמות לצורך הקמת ההתנחלות האזרחית, ואילו תפיסה זו הייתה מתבצעת כיום, היא הייתה נפסלת על ידי בית המשפט הנכבד. למעלה מן הצורך יוער, כי סמכויות המשיבים הינן זמניות מטבען, כמו גם התפיסה הלוחמתית שהיא זמנית מטבעה (וראו לעניין זה בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נגד ממשלת ישראל ואח' [30.6.2004]), ואנו מדברים על פרק זמן של למעלה מ-30 שנים בהם הקרקע הייתה תפוסה, תפוסה עבור צורך "הכרחי ודחוף", כאמור.

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

52. אולם המטרה שבבסיס התפיסה הצבאית – גם אם נכירה ככזו אשר יכולה לשרת מטרה ביטחונית זו או אחרת (והעותרים שוללים זאת מכל וכל) – אינה קיימת יותר. מטרה זו התאינה ונגוזה. הצורך הביטחוני "ההכרחי והדחוף" אינו קיים עוד. אין בשטח בסיס צבאי; בשל מיקומו ובשל פינוי היישובים הישראלים מהגזרה, הוא אינו מהווה כל אמצעי בטחון עבור יישובים אלה; לכל היותר מסיגי גבול ומפרי צווי שטח צבאי ישראלים מגיעים אליו מעת לעת. והכל על אדמות פרטיות של העותרים ושאר תושבי הכפר בורקה והכפרים הסמוכים.

53. ויאמר אף זו: ייתכן שאילו היו המשיבים מחזירים את החזקה לבעלים החוקיים של האדמה, לא היו הפולשים הישראלים שבים ועולים במשחקי חתול ועכבר למקום, שכן הוא היה מאויש ותפוס.

54. אם כן, ניתן לראות כי על פי המשפט ההומניטארי הבינ"ל וכן על פי פסיקת בית המשפט הנכבד, מוכרת ומעוגנת זכותם של העותרים לשמירה על קניינם, הגם שקניינם זה נתפס לצרכים צבאיים. במקביל, מוטלת לפתחם של המשיבים החובה לשמור על הקרקעות שנתפסו לצרכים צבאיים ולדאוג שזה השימוש היחיד שייעשה בהם, או לכל הפחות להבטיח שלא תעשה פגיעה בהם. לצערם של העותרים ולקלונה של המדינה, המשיבים אינם משיבים את הקרקע אל בעליה וכך בעוד פורעי חוק, מקרב האוכלוסייה הכובשת ממשיכים לפקוד את המקום בחסות חולשת האכיפה ובניגוד לצווים המוצאים על ידי המשיבים עצמם, נמנעת מהבעלים ההנאה מקניינם.

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

ד. הסעד המבוקש

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

57. נכון לכתובת שורות אלה, תשעה חודשים לאחר הפנייה הראשונה אל המשיבים ונציגיהם, טרם התקבלה כל התייחסות עניינית לבקשה לביטולם של צווי התפיסה. לעותרים, אם כן לא נותרה כל ברירה למעט פנייה לבית המשפט הנכבד, על מנת שיכריז על בטלותם של צווי התפיסה, ויורה על השבת האדמות לבעליהם.

58. למעלה משש שנים, כאבן שאין לה הופכין (תרת-משמע), מנועים העותרים ושאר תושבי הכפר בורקה מלהגיע לאדמות שהיו בבעלותם עובר למועד התפיסה. מנועים הם מלעשות שימוש באדמות אלה לחקלאות, למרעה, למעבר, לפיתוח ולטיפוח חייהם. הגיעה העת לומר די.

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

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

אבישר לב, עו"ד

שלומי זכריה, עו"ד

מיכאל ספרד, עו"ד

ב"כ העותרים