

1. עבדאללה תאופיק עבדאללה חאג-מוחמד, ראש מועצת הכפר ג'אלוד,

2. "יש דין" – ארגון מתנדבים לזכויות אדם (ע"ר 580442622)

שניהם באמצעות עו"ד שלומי זכריה ו/או מיכל זיו ו/או מוחמד שקיר מרח' דוד חכמי 12, תל-אביב 65157, טל': 03.5275273, פקס: 03.5275274

העותרים

-- נ ג ד --

1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, האלוף רוני נומה

2. ראש המנהל האזרחי בגדה המערבית, תא"ל אחוות בן חור

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

3. המועצה האזורית מטה בנימין, פסגות, ד.ג מזרח בנימין, 90924, טלפון: 02-9977105, פקס: 02-9973113

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב מס' 1, לבוא ולתת טעם, באם יחפוץ,

(א) מדוע הליך קביעת תחומי השיפוט לא ייעשה באופן פומבי ושקוף, תוך פרסום נאות של כל החלטה לקבוע תחום שיפוט חדש או לבצע שינוי בתחום שיפוט קיים של מועצות אזוריות או מקומיות או של יישובים ברחבי הגדה המערבית, באופן ובמועד שיאפשרו למי מהציבור שיש לו השגות או נגיעה לעניין להביאו בפני הרשויות המתאימות ולהביע את עמדתו, כמו גם להיערך מבעוד מועד לשינויים המתוכננים;

(ב) בפרט, מדוע לא ייקבע כי יש לפסול ולבטל את תחום השיפוט שנקבע על ידי המשיב מס' 1 ביחס להתנחלות "עמיחי" ביום 29.5.2017, אשר כולל בתוכו מובלעות של אדמות פרטיות, בין היתר בשל אופן קביעתו של תחום שיפוט זה;

העתק מקביעת תחום השיפוט שנקבע על ידי המשיב ביחס להתנחלות "עמיחי" ביום 29.5.2017,

מצ"ב כנספח 1.

(ג) מדוע לא ייקבע כי מדיניות המשיב, כפי שמעוגנת בנוהל לקביעת תחומי שיפוט ישראלים באיו"ש (תחומי שיפוט – הגדרה חדשה/ תיקון/ הרחבה (פקודה מס' 260 בנוסח המעודכן מחודש יוני 2016; להלן: "הנוהל"), אשר קובעת כי אדמות פרטיות שהופקעו מבעליהן על ידי המשיב או כפיפו או אדמות שנתפסו לצרכים צבאיים, ייכללו בתוך תחומי השיפוט של מועצות אזוריות או מקומיות בתחומי הגדה המערבית או כחלק משטחי שיפוט של יישובים ברחבי הגדה המערבית - אינה חוקית ועל כן בטלה.

העתק מהנוהל בנוסחו המעודכן מצ"ב ומסומן כנספח 2.

זוהי גם עתירה לצו ביניים, במסגרתה יתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו כנגד המשיבים 1-3 המורה להם או למי מטעמם, להימנע מקידום הליכי התכנון של תכנית 252/1 הנוגעת ליישוב 'עמיחי' והוצאתם לפועל, עד לקבלת החלטה בעתירה ובסעד הנוגע ל-'עמיחי' ותחום השיפוט שנקבע לו.

תחום השיפוט של 'עמיחי' נקבע על ידי המשיב מס' 1 ביום 29.5.2017, ואילו שבוע לאחר מכן, ביום 6.6.2017 התכנסה וועדת המשנה להתיישבות ואישרה את קידום התכנית להתנגדויות (החלטה שפורסמה רק לפני ימים בודדים, ביום 19.6.2017). במקביל, באופן חריג ביותר, במהלך תמוה שהבסיס המשפטי והדיוני בגינו רעועים לכל הפחות, מועצת התכנון העליונה במנהל האזרחי אישרה לביצוע עבודות תשתיות עוד לפני הפקדת התכנית להתנגדויות, זאת בעקבות דיונים שקיימה מועצת התכנון העליונה ביום 7.6.2017, כאשר החלטה זו פורסמה רק ביום 19.6.2017. על פי פרסומים שונים, העבודות בתוך תחום השיפוט החלו אמש, ה- 20.6.2017.

התנהלות חפוזה זו של המשיבים 1-2 וכפיפיהם במנהל האזרחי, עבור המשיבה מס' 3, מבקשת לקבוע עובדות בשטח עוד טרם פורסמה התכנית כלל להתנגדויות והתקיים דיון בהן, ומבלי שהמשיב התייחס כלל לתחום השיפוט ולפניות שבוצעו ביחס אליו, בסוגיה העקרונית והפרטנית כאחד. קבלת החלטות וקידום הליכים עוד טרם מצא לנכון המשיב להתייחס לפניות שבוצעו אליו, כפי שיפורט בהמשך, בנושא משקפת גם חוסר תום לב דיוני וניסיון לביצוע מחטפים בלתי ראויים בנסיבות.

על כן, מתבקש בית המשפט להוציא תחת ידו צו ביניים המונע את קידום התכנית עד להכרעה בסוגיית שטח השיפוט של 'עמיחי'. הנימוקים לצו ביניים יובאו בסוף כתב העתירה, בעמ' 32-33.

בנוסף, לאור סירובו של המשיב ושל יועצו המשפטי להשיב למספר פניות שבוצעו עובר להגשת עתירה זו, כפי שיפורט להלן בפרק העוסק במיצוי הליכים (פסקאות 91-84 להלן) וכן בטענה המקדימה של חלק הטיעון המשפטי (פסקאות 103-92 להלן), וחרף פרק הזמן הארוך שהנושא היה מונח על שולחנם ללא התייחסות מצדם (למעלה מעשרה חודשים), לשיטת העותר יש להוציא צו על תנאי כבר כעת, עוד טרם קבלת עמדת המשיב.

העובדה כי המשיב נמנע מלהשיב כליל לפניות קודמות שבוצעו אליו עובר להגשת העתירה, מעבירה את הנטל אליו להצדיק את מדיניותו. כפי שהדבר יתואר בפתח הנימוק המשפטי, העדר מענה כלל מטעם המשיב ויועצו המשפטי, שקול למתן תשובת סירוב בלתי מנומקת; העדר הנמקה זו מובילה לכך שהנטל להצדיק את מדיניות והתנהלות המשיב עוברת אליו.

בפועל, לא רק שהמשיב סרב להשיב לפניות העותרים שקדמו להגשת העתירה, אלא שהוא בחר במופגן לממש את מדיניותו זו באופן פוגעני ובלתי סביר ביחס לתושבי הכפר ג'אלוד בין היתר ובעיקר, במסגרת הגדרת תחום השיפוט של ההתנהלות "עמיחי", אשר נחתם ביום 29.5.2017, הכל כפי שיוצג להלן.

1. עתירה זו מבקשת לשנות מדיניות פסולה לשיטת העותרים, כמו גם יישומה של מדיניות זו בשטח, בכל הנוגע לקביעת שטחי שיפוט של רשויות אזוריות ומקומיות בתחומי הגדה המערבית, וכן תחומי היישובים הישראליים המצויים בהם.
2. החלטות המשיב בכל הנוגע לקביעת שטחי שיפוט של רשויות ישראליות אלה, לוטה בערפל ורק לעיתים נחשף הציבור לתחומי שטחי השיפוט או לשינויים בהם. החלטות המשיב הינם שרירותיות, או לכל הפחות נובעות מאינטרסים ושיקולים לוטים בערפל אשר בפועל מקפחים באופן מובהק וחד-צדדי את התושבים הפלסטינים המתגוררים בגדה המערבית.
3. כפי שעולה מהנוהל שפורסם זה לא מכבר, ומשקף את התנהלות המשיב, בפועל אין כל אפשרות לדעת מראש על כוונה של המשיב להרחיב או לקבוע תחומי יישוב עבור התנחלויות קיימות או יישובים חדשים במרחב הנתון לשליטתו, מתוקף היותו כחליף הריבון בשטח.
4. זאת ועוד, כפי שעולה מנוהל זה, בפועל המשיב כולל במסגרת שטחי שיפוט של הרשויות הישראליות והיישובים הכלולים בהם, גם אדמות פרטיות של תושבים פלסטינים אשר נתפסו לצרכים צבאיים או הופקעו לצרכי ציבור.
5. התנהלות המשיב, אשר מתבצעת בפועל במחשכים, אינה מאפשרת התחקות אחר מעשיו, אינה מאפשרת זכות טיעון לציבור הרחב או לנפגעים פוטנציאליים מקרב האוכלוסייה הפלסטינית, ובפועל יוצרת ממד מובנה של אפליה ממוסדת, כפי שיובהר להלן.
6. זאת ועוד – כפי שהמשיב עצמו מודה, במסגרת הליכים משפטיים אחרים, עצם קביעת תחום השיפוט על ידו, מהווה שרטוט ראשוני של הקצאות תכנוניות לבינוי באותם יישובים. הגם שמצד אחד מסרב המשיב לאפשר פרסום מקדים בכל הנוגע להקצאות תכנוניות ביחס למתחמי קרקע המצויים במסגרת תחומי שיפוט מוכרזים, מהצד השני, המשיב אינו מאפשר ידיעה מראש על כוונה זו והתמודדות עמה.
7. כפי שעולה ממסמכים היסטוריים ועכשוויים המופיעים בעתירה, חלקם מתפרסמים לראשונה, עמדת המשיב בפועל היא כי כלל הרכוש הציבורי המצוי בתחומי הגדה המערבית באזורים המצויים בשליטתו, שייכים או אמורים להיות משוייכים לטובת הרשויות הישראליות הפועלות באזור.
8. לאחר חמישה עשורים בהם שולט המשיב בשטחי הגדה המערבית, הגיעה העת להחיל על המשיב את עקרונות המשפט המנהלי, אשר יחייבו אותו לאפשר זכות טיעון טרם קבלת החלטה בעניין ולהפסיק לראות ברכוש הציבור המצוי בתחומי הגדה המערבית, רכוש של ציבור אחד ומסוים.
9. בעוד העותרים פונים אל המשיב מס' 1 ואל יועצו המשפטי בחודשים האחרונים בסוגיות עקרוניות העולות מהנוהל האמור, ומבלי שהמשיב או יועצו המשפטי מקיימים אחר חובותיהם מן הדין להשיב לפניות אלה, פעלו המשיבים להגדיר תחום שיפוט חדש עבור התנחלות חדשה שמוקמת, העונה לשם 'עמיחי'. תחום שיפוט זה נקבע ביום 29/5/2017, מעולם לא לא פורסם, ואילו בתוך שבוע ימים קויימו בעניינו דיונים בפני מועצת התכנון העליונה ומוסדות התכנון, המבקשים לקדם תכניות ובניה בתחום זה. גם לאחר שליחת פניות הנוגעות לתחום השיפוט של עמיחי לא נמצא מי במשיב או ביועצו המשפטי להשיב לפניות אלה, וביום 20/6/2017, עוד טרם הופקדה כלל תכנית מתאר עבור 'עמיחי', הוחל בבניה בפועל בשטח, על בסיס פרשנות תמוהה של הדין התכנוני הקיים באזור.
10. הנה כי כן, הסוגיות העקרוניות הנוגעות לקביעת תחומי שיפוט, קיבלו ממד פרטני הממחיש כמה מופרכת התנהלות המשיבים וכמה פוגענית היא.

I. הצדדים לעתירה

11. העותר מס' 1, עבדאללה תאופיק עבדאללה האג'י-מוחמד, הינו ראש מועצת הכפר ג'אלוד, המצוי בגדה המערבית, בנפת שכס. אדמות הכפר ג'אלוד הפכו פעם אחר פעם בשנים האחרונות, למקור לגידול והרחבת שטחי שיפוט של התנחלויות בגזרת ההתנחלות שילה.

12. העותר מס' 2, ארגון "יש דיין", הינו עמותה רשומה בישראל, העוסקת בהגנה על זכויות התושבים המוגנים בשטח הכבוש הנתון למרות מדינת ישראל ורשויותיה השונות, ובביצור זכויות האדם ושלטון החוק בשטחי הגדה המערבית. זאת הוא עושה, בין היתר, תוך מתן סיוע משפטי לתושבים המוגנים המתגוררים בגדה המערבית, וכן באמצעות התמודדות עם מדיניות ופרקטיקות בלתי-חוקיות המתבצעות בשטח הכבוש על-ידי הרשויות השונות הפועלות במרחב הגדה המערבית, המצויה תחת משטר של תפיסה לוחמתית.

13. המשיב מס' 1 הינו מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ובידו מצויות כל סמכויות הניהול, המינהל והחקיקה של השטח המוחזק על-ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית, וזאת בהתאם לכללי המשפט ההומניטארי הבינלאומי ולדיני התפיסה הלוחמתית, אשר חלים בשטח. בפרט, אמון המשיב על שמירה על הסדר הציבורי והגנה על זכויות התושבים המוגנים באזור הנתון לתפיסה לוחמתית, כפי שיוסבר בהמשך העתירה. במסגרת סמכויותיו, קובע המשיב את תחומי השיפוט של מועצות אזוריות ומקומיות ושל יישובים הנכללים במסגרתם מועצות אזוריות אלה בשטחי הגדה המערבית והוא אף מוסמך לשנותם, להרחיבם או לצמצמם לפי שיקול דעתו.

14. המשיב מס' 2, ראש המנהל האזרחי בגדה, אחראי על תחומי החיים האזרחיים בגדה המערבית, וזאת במסגרת סמכויות שהואצלו לו על ידי המשיב מס' 1. בין היתר, אחראי המשיב גם מערך התכנון והבנייה הפועל בתחומי הגדה המערבית במסגרת מועצת התכנון העליונה ותתי-הוועדות שלה.

15. המשיבה מס' 3, המועצה האזורית מטה בנימין, הינה המועצה האזורית אשר כוללת את ההתנחלות החדשה "עמיחי" על פי תיקון הצו בדבר מועצות אזוריות כפי שנעשה על ידי המשיב מס' 1 לפני ימים ספורים. צירופה של משיבה זו נעשה לאור היותה המועצה האזורית הרלוונטית אשר תחום היישוב מצוי בתחומה, ולאור העובדה כי לא ידוע, לעת זו, לעותרים, האם קיים אורגן משפטי אחר אשר השטח הוקצה לו, ואשר עשוי להיפגע מהעתירה.

II. הרקע לקביעת תחומי השיפוט בגדה המערבית

(1) על הייעוד האוטומטי של אדמות ציבור ("אדמות מדינה") עבור הרשויות המוניציפליות הישראליות בגדה

המערבית ועל העדר השקיפות של הליכים אלה

16. רובן של אדמות הגדה המערבית מוגדרות כאדמות ציבור. לאחר פסיקת בית המשפט הנכבד בעניין הקמתה של ההתנחלות אלון מורה (בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל פד לו(1) 1 [1979]), אשר פסלה את המדיניות לתפוס מקרקעין פרטיים לצורך הקמת התנחלויות בהיעדר צורך צבאי בהן, נתקבלה ביום 11.11.1979 החלטה מס' 145 של הממשלה. בהחלטה נקבע כי "יישובים חדשים יוקמו על אדמות שבבעלות המדינה".

17. זמן קצר לאחר מכן, הותקן על ידי המשיב מס' 1 הצו בדבר ניהול מועצות אזוריות (יהודה והשומרון) (מס' 783), התשל"ט-1979 (להלן: "הצו בדבר ניהול מועצות אזוריות"), ומספר שנים לאחר מכן, הצו בדבר ניהול מועצות מקומיות (יהודה והשומרון) (מס' 892), תשמ"א-1981 (להלן: "הצו בדבר ניהול מועצות מקומיות").

שני צווים אלה מסמיכים את המשיב לקבוע את תחומי השיפוט של מועצות אזוריות ומקומיות באמצעות ייעוד של אדמות ציבור לטובת אותן מועצות וכן לשנותם.

18. אדמות אלה, בהגדרתן, אמורות לשרת את כלל הציבור, ובראש ובראשונה את האוכלוסייה המקומית הפלסטינית המוגדרת כאוכלוסייה המוגנת, בהתאם לכללי הדין הבינלאומי ההומניטארי.

19. ואולם, אף על-פי שמדובר בחלוקה של נכס ציבורי בשטח הנתון לדיני התפיסה הלוחמתית, מדיניותו העקבית של המשיב ושל כפיפיו הייתה הפוכה בתכלית. בפועל, אדמות ציבור יועדו ומיועדות רובן ככון עבור הרשויות המקומיות הישראליות בגדה.

20. ייעוד אדמות ציבור לשטח המוניציפאלי של ההתנחלויות או מועצות אזוריות משפיע באופן ניכר על חיי התושבים הפלסטינים ופוגע בזכויותיהם ובשגרת חייהם. הפיכתו של חלק זה או אחר למתחם ישראלי מובילה בהכרח למגבלות תנועה על הפלסטינים באזור, בין היתר בשל איסור כניסתם של פלסטינים לתחומי יישובים ישראליים כפי שמעוגן בהוראות הצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), התש"ל-1970 – הכרזה בדבר סגירת שטח (יישובים ישראלים). העתק מאיסור זה מצ"ב ומסומן כנספח 3.

21. כמו-כן, האיסור על כניסת פלסטינים לתחומי השיפוט של התנחלויות מכוח צו זה מגביל בצורה ניכרת את חופש התנועה שלהם בשטח הציבורי ומונע מהם להמשיך בשגרת חייהם ולעשות בשטח את השימוש היומיומי שבו הם מורגלים, או שבו הם מעוניינים.

22. כך, דרכים הנכללות בתוך תחומי השיפוט סגורות בפניהם וחוסמות את גישתם ותנועתם; אדמותיהם, במקרים רבים, נכלאות בתוך גבולות תחומי השיפוט באופן שיוצר מובלעות שגישה אליהן – אם היא כלל מתאפשרת – מחייבת תיאום מראש וקבלת אישורים, ובמקרים רבים גם כרוכה בחיכוכים עם תושבי ההתנחלות שמקיפה את אדמתם; אדמות שעד כה שימשו אותם למרעה חסומות בפניהם; ועוד. אמנם, הנוהל קובע כי כ-"ככלל" לא יכללו דרכים ראשיות במסגרת תחומי היישובים, אולם אין הוראה דומה ביחס לדרכים שאינן ראשיות (מקומיות או אזוריות, בדגש על דרכים חקלאיות) ואין כל הוראה דומה ביחס לשטחי המועצות עצמן.

23. מסמך שנחשף זה לא מכבר על ידי ארגון "עקבות" – המכון לחקר הסכסוך הישראלי-פלסטיני, גילה כי הייתה זו הוראה ומדיניות מוצהרת עוד מראשית שנות ה-80, ליעד את כלל האדמות הציבוריות במרחב עבור מועצות אזוריות ומקומיות ישראליות. כפי שעולה ממסמך היסטורי זה, אשר נחשף כאן לראשונה, נתקבלה החלטה על ידי הרשויות אשר גורסת בין היתר כדלקמן:

(א) כי הוחלט לכלול בתחומי המועצות האזוריות כשטח שיפוט ותכנון את כל אדמות המדינה, אדמות היהודים ואדמות רכישה שבתחום המועצות;

(ב) כי הוחלט להכליל בתחום שיפוט מועצות אזוריות, את כל אדמות המדינה, אדמות יהודים, אדמות רכישה שהוקצו בעבר ליישובים או שטרם הוקצו ונמצאות בחזקת הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי;

(ג) כי במסגרת אדמות מדינה, בפועל, מוגדרות גם אדמות מדינה, רכישה, יהודים או נפקדים.

העתק מהמסמך הנושא את הכותרת "הכללת אדמות מדינה, אדמות יהודים ואדמות רכישה לתחום שיפוט מועצות אזוריות" מיום 11-02-1981, מצ"ב ומסומן כנספח 4.

24. יצוין, כי למסמך זה לא ניתן כל היבט פומבי והוא נחשף כאמור רק לאחרונה, כחלק מפעילות מכון "עקבות".
25. מדיניות זו מצאה דרכה גם לנוהל נשוא עתירה זו, על גלגוליו השונים.

26. סמכותו של המשיב לקבוע את תחומי השיפוט ביחס למועצות האזוריות נקבעה בסעיף 1א לצו בדבר מועצות אזוריות, וזו לשון הצו:

א1. *מפקד האזור רשאי לשנות את הפירוט שבתוספת ואת התיחום במפות, כמשמעותם בסעיף 1. שינוי התוספת ייעשה בתקנות. העתקי המפות יופקדו בלשכת מפקד האזור לעיונם של המעוניינים.*

27. כפי שניתן לראות הכוונה לשנות את תחומי השיפוט המוניציפאליים או לקבוע חדשים אינה מתפרסמת טרם ביצועה לציבור הרחב, ואף לא לקהילות הפלסטיניות הרלוונטיות העשויות להיות מושפעות מהחלטה זו, ולמעשה הליך קביעת תחומי השיפוט כולו נעשה בחוסר שקיפות ובחוסר פומביות.

28. הדבר מתחוויר במפורש מנספחים 1 ו-2 שהוזכרו לעיל, וכן במקרים רבים אחרים, תחום השיפוט מפורסם במשרדים שונים המצויים במנהל האזרחי, אולם גם במשרדי המועצה האזורית הרלוונטיות. במקרים אחרים, דוגמת שינוי תחום השיפוט של ההתנחלות שילה כפי שבוצע בחודש אפריל שנה זו, (מצ"ב **פנספח 5**), הוא מפורסם גם בתחומי משרדי הוועד המקומי של ההתנחלות שילה. לעומת זאת, האוכלוסייה הפלסטינית, לשיטת המשיב, אינה אמורה להיות מיודעת בדבר השינויים האמורים.

29. יצוין, כי היחס השונה בין האוכלוסיות בולט באופן בוטה שכן על פי סעיף 1א לצו בדבר מועצות אזוריות, (אשר אולי התאים למועד קביעת הצו בשנות ה-70 של המאה הקודמת והעותרים חולקים עליו במסגרת העתירה), הפרסום של התיקון או עצם קביעת תחומי השיפוט אמור להתבצע בלשכת מפקד האזור לעיון הציבור. אולם בפועל ניתן לראות כי מפקד האזור בצווים עצמם כן בוחר לחרוג מהוראות הצו ולפרסם את הצו בתחומי המועצה האזורית וכן בתחומי הוועד המקומי או האגודה השיתופית הרלוונטית. משמע, גם המשיב עצמו מכיר בכך כי אופן הפרסום כפי שהוא קבוע בצו, אינו מספק.

30. **בפועל הפרסומים מונגשים אך ורק לקבוצת האוכלוסייה הישראלית הנוגעת בדבר, ולא מובאים לעיון או לידיעת קבוצת האוכלוסייה הפלסטינית הקיימת בשטח. הדברים נאמרים בבחינת למעלה מן הצורך, שכן לשיטת העותרים במסגרת העתירה, הבעיה היא לא רק בעצם הפרסום אלא בהעדרו של פרסום מקדים המאפשר הבעת עמדה באשר לשינויים העתידיים בתחומי השיפוט.**

31. החרג היחיד לכך, כפי שנקבע בנוהל (ולא בצווים שהוצאו תחת ידו של המפקד הצבאי) הוא היכן ששטח שיפוט מועבר ממועצה אזורית או מקומית ישראלית אחת לתחום שטח מועצה אזורית או מקומית ישראלית אחרת, או-אז קיימת האפשרות להקים "וועדת גבולות", אשר פתוחה לשמיעת עמדות הציבור. אולם המדובר במקרים חריגים בלבד, אשר בפועל כמעט לא התרחשו.

32. כתוצאה מכך, נמנעת מהתושבים הפלסטינים האפשרות להביע את עמדתם על ההחלטה טרם קבלתה. יתרה מכך, בהיעדר פומביות ושיתוף הציבור הפלסטיני בהליך עצמו, נשללת ממנו היכולת לנסות להשפיע על קבלת ההחלטות ולהביא לידיעת המשיב מסי' 1 שיקולים נוספים הרלוונטיים לקבלת ההחלטה. כמו-כן, נמנעת מן הציבור בכללותו האפשרות לעמוד על השיקולים השונים שהנחו את המשיב בהחלטתו לייעד קרקעות ציבוריות למועצות ישראליות.

33. ההוראה היחידה בנוהל זה המתייחסת לאינטרסים של האוכלוסייה הפלסטינית, קבועה בסעיף 3(ג) אשר קובע כי על ראש תחום תשתיות במינהל האזרחי אצל המשיב 2 (להלן: "רת"ח תשתיות) להצהיר כי שינוי תחום השיפוט אינו עלול להשפיע על מי שיש לו אינטרסים פרטיים באזור, וכי אם ישנם כאלה יש לבקש את התייחסותם.

34. סדר הפעולות שקובעת הוראה זו מנוגד להגיון: במקום שקודם כל תינתן הזדמנות לכלל הציבור המעוניין לטעון בפני המשיב או גורמי המנהל האזרחי (כגון רת"ח תשתיות) על פגיעה פוטנציאלית בזכויותיהם

כפרטים או כקהילה, ורק לאחר מכן יוחלט אלו מן הטענות לקבל ואלו לדחות – כמתחייב מחובת ההגינות של הרשות המינהלית – ההוראה קובעת סדר הפוך, לפיו קודם יחליט רת"ח תשתיות מיהם הפלסטינים שלדעתו אינטרס פרטי שלהם עלול להיפגע, ורק אחר כך תינתן לאותם פלסטינים נבחרים להשמיע את עמדתם.

זאת, תוך הדרת פלסטינים שרת"ח תשתיות לא כלל בחישוביו – בין אם כי לא ידע על קיומם כי לא ניתנה להם מלכתחילה הזדמנות לטעון בפניו, ובין אם מסיבה אחרת, שלא ניתן לדעת מה טיבעה בשל חוסר השקיפות של ההליך.

בפועל, למיטב ידיעת העותר, בשנים האחרונות מעולם לא נעשו פניות מצד המנהל האזרחי או המשיב לגורמים הפלסטינים אשר תחומי השיפוט שונו בקרבת היישובים בהם הם מתגוררים.

35. בכל הנוגע לקביעת תחום השיפוט של עמיחי, לא נעשתה – למיטב ידיעת העותרים – כל פנייה מצד המשיבים 1-2 או כפיפיהם אל תושבי ג'אלוד, וזאת חרף העובדה כי תחום השיפוט שנקבע כן עשוי לפגוע באינטרסים של פרטים תושבי הכפר ג'אלוד או כפרים אחרים בסביבה, בשל קיומן של מובלעות פרטיות שונות ו-"כיסיי" אדמות פרטיים בתוך תחום השיפוט הנ"ל.

36. יתרה מכך, ההוראה שבסעיף 3(ג) לנוהל זה כללית וסתומה במובן זה שהיא אינה מסדירה שאלות חיוניות כגון באיזה אופן יחליט רת"ח תשתיות על הפלסטינים שאינטרס פרטי שלהם עלול להיפגע, באיזה אופן תתבצע הפנייה אליהם לצורך קבלת התייחסותם, וכדומה.

37. כמו-כן, הוראה זו מתייחסת אך ורק לפגיעה בבעלי אינטרס פרטי, תוך התעלמות מבעלי אינטרס ציבורי אשר זכותם ליהנות מן השטח הציבורי ולעשות בו שימוש נפגעת מההחלטה על שינוי תחום שיפוט, כגון פלסטינים שהקרקע שימשה אותם למרעה או לתנועה ולמעבר. בכך, הליך קביעת תחום השיפוט מנשל את האוכלוסייה הפלסטינית ממשאבי קרקע שהיו אמורים לשרת בראש ובראשונה אוכלוסייה זו.

38. פרט להוראה מוגבלת זו, הליך קביעת תחומי השיפוט מדיר לחלוטין את האוכלוסייה הפלסטינית (או את הציבור הרחב שאינו נמנה על אנשי המועצות ויישוביהן) שאינה יודעת עליו דבר, אלא בדיעבד ובדרך כלל זמן רב לאחר שהמעשה כבר נעשה.

39. בנוסף, נוהל קביעת יישובים ישראלים כולל בהגדרה של אדמות ציבור, אותן ניתן ליעד לתחומי יישוב של מועצות אזוריות ומועצות מקומיות, גם אדמות פרטיות של פלסטינים שהופקעו על-ידי המשיב לצרכי ציבור, ואף כאלו שנתפסו לצרכים צבאיים, תוך פגיעה בקניין הפרטי. למותר לציין כי מדובר בפרקטיקה המנוגדת לדין ולפסיקה, כפי שנקבע לא אחת על ידי בית המשפט הנכבד.

40. הדברים אף מקבלים משמעות אופרטיבית, במהלך החודשים האחרונים: כפי שעולה מתשובתה האחרונה של המדינה לעתירה בבג"ץ 8217/15 ש.ע.ל שלום עכשיו לישראל ואח' נ' שר הביטחון ואח' (להלן: בג"ץ 8217/15), המדינה איננה מפרסמת הרשאות לתכנון של בניה בתוך שטח שיפוט מוניציפאלי אלא רק מחוצה לו. לשיטת המדינה, עצם הכללת שטח ציבורי בתוך תחום שיפוט של התנחלות, משמעה מראש הרשאה עקרונית לתכנון, מבלי שיש לשיטת המדינה כל צורך לפרסם הרשאות לתכנון בתחום זה לציבור הרחב.

41. מכאן, שלידיעה אם שטח מסוים נמצא בתוך או מחוץ לתחום שיפוט יש חשיבות גבוהה. מאחר שרוב ההרשאות לתכנון ניתנות בתוך תחומי שיפוט, ומאחר שתחומי שיפוט אלה אינם מתפרסמים, לפלסטינים לא ניתנת הזדמנות להביע את התנגדותם, אם ישנה כזאת והם מודרים מן ההליך כולו. הדבר חמור במיוחד כאשר מדובר באדמותיהם הפרטיות שהופקעו או נתפסו, הועברו בלא ידיעתם להתנחלויות וכעת מוחלים עליהן הליכי תכנון ובנייה, כפי שיפורט להלן.

עותק מתשובת המדינה בבג"ץ 8217/15 מחודש ינואר 2017, מצ"ב ומסומן כנספח 6.

42. בתשובתה לעתירה בבג"ץ 8217/15, טענה המדינה כי ניתן פומבי לקביעת/שינוי תחומי השיפוט המוניציפאליים. על-פי תשובתה זו, מפות תחומי השיפוט (לרבות תיקונים למפות) מתפרסמות במשרד ראש תחום תשתית במנהל האזרחי, במשרד הממונה על היישובים הישראליים בגדה המערבית ובמשרדי המועצה האזורית או המקומית, לפי העניין, והוועד המקומי הרלוונטיים. זאת, בהתאם לקבוע בצו בדבר ניהול מועצות אזוריות ולקבוע בצו בדבר ניהול מועצות מקומיות (כאמור לעיל, הפרקטיקה הנוהגת מרחיבה את הוראות הצו, אולם בכיוון חד-סיטרי בלבד).

43. כמו-כן, מציינת המדינה בתשובתה זו, כי עד כה פורסמו חלק ממפות תחומי השיפוט בקובץ מינויים, צווים ומנשרים (הקמצי"ם) וכי נוסח הצווים מתפרסם גם בערבית. בהקשר זה התחייבה המדינה לפעול במהלך החודשים שלאחר הגשת התשובה (חודש ינואר 2017, כזכור) לסריקת כלל מפות תחומי השיפוט ותחומי היישוב לטובת העברתן לפרסום בקמצי"ם וציינה כי ניתן לעיין בחוברות הקמצי"ם באתר האינטרנט של הפרקליטות הצבאית ובאתר נבו.

44. ראוי להעיר, כי טענת המדינה שלעיל בדבר פרסום מפות תחומי השיפוט אינה מדויקת, בלשון המעטה:

← בכל הנוגע לטענה כי מפות תחומי השיפוט מתפרסמות במשרדי המועצה האזורית או המקומית, הרי שבכל הנוגע ליידוע הציבור הפלסטיני מדובר בפרסום חסר תועלת, שכן לפלסטינים אין גישה למקומות אלה בשל הצו האוסר עליהם כניסה לתחומי יישובים ישראליים. גם פרסומן של מפות אלו בלשכות השונות הוא בגדר פרסום בלתי אפקטיבי שכן לא באמת מצופה מהתושבים לבחון באופן יום-יומי אם בוצע שינוי בתחומי השיפוט, בפרט כאשר כיום הנגשת מידע לציבור הרחב והודעות דומות, דוגמת הליכי התכנון, מפורסמות באופן נגיש הרבה יותר (בין על גבי המרשתת ובין אם בפרסומים בעיתונות בשפה הערבית).

← בכל הנוגע לפרסום המפות **לאחר מעשה** בקמצי"ם, יוער כי **דאשית**, הוא אינו מתפרסם באופן שוטף (הפרסום האחרון שאותר על ידי העותרים הוא מאוקטובר 2014, המתייחס לשינויים שבוצעו בשנת 2013) או בתדירות המותאמת לקצב הוצאת הצווים; **שנית**, ברוב המקרים שינוי תחומי השיפוט אינו מפורסם בקמצי"ם. כך, פרט לשינויים המצויים בחוברת האחרונה שהתפרסמה ב-2014, בעשר השנים שקדמו לכך לא התפרסמו בקמצי"ם שינויי הגבולות המוניציפאליים, זאת על אף ששינויים כאלו בוצעו בסדרי גודל רחבים במיוחד במהלך השנים הללו; ¹ **שלישית**, בכל הנוגע לשינויים שכן פורסמו בקמצי"ם בעבר לפני שנת 2013, סריקת המפות נעשתה בשחור ולבן באופן שאינו קריא ואינו מאפשר לזהות את הגבולות העדכניים.

45. לעניינה של עתירה זו, אף על-פי שכל פרסום של מפות תחומי השיפוט הוא מבורך, תשובתה זו של המדינה אינה נותנת מענה לצורך בפרסום **מקדים**, מבעוד מועד. פרסום **לאחר מעשה**, כאשר הרחבת תחומי השיפוט כבר בוצעה ונקבעה מציאות בשטח, שולל מהפלסטינים את האפשרות להשיג נגד החלטה בזמן אמת או טרם קבלתה היכן שהם נפגעים ממנה, ואת ההזדמנות לנסות להשפיע על החלטת הרשות. לא אחת מתגלה כי שונה תחום השיפוט של התנחלות רק במהלך הליכי תכנון, כפי שארע למשל, ביחס להתנגדות לתכנית 237 ביחס להתנחלות עלי, נושא אשר בין היתר נדון במסגרת בג"ץ 7986/14 **במקום – מתכננים למען זכויות בתכנון ואח' נגד ראש המנהל האזרחי ואח'** [העתירה עודנה תלויה ועומדת, נכון לכתובת שורות אלה].

46. למען המחשת הטענות, מצורפות בזאת מפות אשר משקפות את השינויים שהתרחשו בשנים האחרונות בשטחי השיפוט. רובם המוחלט של שינויים אלה **לא פורסמו** בקמצי"ם (אשר כאמור, הנוסח האחרון שלהם הינו משנת 2014, לא אחת שנים לאחר ביצוע השינויים בפועל), אלה התגלו לעותר מס' 2 באמצעות

¹ חיים לוינסון, "צה"ל הגדיל ב-2012 את שטחי השיפוט של ההתנחלויות בכ-8000 דונם", **הארץ**, 27.5.13, <http://www.haaretz.co.il/news/politics/premium-1.2030203>

השוואות שביצע בין שכבת שטחי השיפוט שניתנה לו בעבר במסגרת הליכי חופש מידע. מפות הממחישות את השינויים מצורפות **כנספח 7**.

כך למשל, בכל הנוגע לתחום השיפוט של ההתנחלות באופן הכולל את אזור המאחז "היובל", וזאת בעקבות הכרזה על אדמות ציבוריות שבוצעה בשטח בשנת 2011, והפכה בחלקה להיות חלוטה בשנת 2014 (ראו נספח 7א).

כך למשל, במועד לא ידוע במהלך שנת 2014 הורחב באופן משמעותי תחום השיפוט של ההתנחלות מבוא חורון (ראו נספח 7ב). הסיבות להרחבת תחום שיפוט זה אינן ידועות.

כך למשל, בין שנת 2013-2014 שונה תחום השיפוט של ההתנחלות נגוהות באופן משמעותי, תוך הרחבתו מזרחה (ראו נספח 7ג). נסיבות ההרחבה אינן ידועות.

כך למשל, בין שנת 2013-2015, במועד לא ידוע, הורחב שטח השיפוט של קיבוץ מגדל עוז במועצה האזורית גוש עציון (ראו נספח 7ד). נסיבות ההרחבה אינן ידועות.

47. עוד נציין, כי בניגוד לנאמר על ידי המדינה בתגובתה בבג"ץ 8257/16 שהוזכרה לעיל, בנוסח העדכני מחודש יוני 2016 (אשר הוכן לפני שהוגשה תגובת המדינה הנזכרת), אין חובה לקבלת אישור פוזיטיבי של דרג מדיני ביחס להרחבות של חלק מתחום השיפוט, היכן שהדבר נובע משינויים של "צוות קו כחול". על פי סעיף 4 לנוהל המעודכן :

(א) באותם מקרים בהם מדובר בהתאמת תחום יישוב ל"קו כחול" שאושר ו/או בהתאמת תחום יישוב למפות מדידה של רכישות ישנות שנכללות בתחום היישוב (אך בצורה לא מדויקת), לא יהיה צורך בקבלת אישור הדרג המדיני לתיקון המוצע, אלא התייחסות משפטית פרטנית לכל בקשה ובקשה.

(ב) באותם מקרים שההתייחסות המשפטית לבקשה תהא חיובית, ישלח עדכון לדרג המדיני בדבר הכוונה לבצע את התיקון האמור, בחלוף פרק זמן של 7 ימי עבודה, ניתן יהיה לאשר את התיקון בצו כמקובל.

48. יוער, כי מהמקרים המוכרים לעותרים, לגבי חלק מאותם מקרים בהם בוצעו "התאמות" אלה של צוות קו כחול, אין המדובר בעניין של מה בכך :

← כך למשל, ב"התאמת" צוות קו כחול ביחס להתנחלות עלי, שנחתמה ביום 8.3.2016, נוספו להכרזה קודמת שנעשתה ביחס לחטיבת הקרקע בשנת 1982, סך של 596 דונמים ;

← כך למשל, ב"התאמת" צוות קו כחול אשר נעשתה באדמות הכפרים ג'אלוד, תורמוסעיא, אל-מועיייר וקריות, סמוך למאחז עדי עד, נוסף שטח בהיקף של 230 דונמים ;

מפות המציגות שינויים ו-"התאמות" צוות קו כחול ביחס לשני מקטעים אלה, מצ"ב ומסומנים **כנספח 8**.

49. כל אותם מתחמים, לשיטת המשיב, ניתן לצרף באופן אוטומטי לשטחי שיפוט של התנחלויות ומועצות אזוריות, אף ללא אישור של דרג מדיני (ניתנת לדרג המדיני זכות וטו-נגטיבית בלבד). ברי כי לשיטת המשיב, אין כל מקום או צורך ליידוע הציבור על החלטותיו על שינוי תחום השיפוט האמור, ובאופן אוטומטי כל הרחבות תחומי צוות קו כחול, שייכות לשטחי השיפוט של ההתנחלויות והרשויות המקומיות הישראליות הסמוכות. זאת אין לקבל.

50. יש לציין כי שטחי השיפוט של ההתנחלויות חורגים בהרבה משטח הבנוי. לפי דו"ח של ארגון "שלום עכשיו", "יפרצת – בנייה ופיתוח של התנחלויות מחוץ לתחומי השיפוט הרשמיים", משנת 2007, רק 9% מכלל תחומי השיפוט של ההתנחלויות הם שטח בנוי. מן הנתונים המוצגים בדו"ח עולה כי לחלק מן

ההתנחלויות נקבעו תחומי שיפוט הקרובים בגודלם לאלה של ערים גדולות בישראל, זאת על אף שמספר תושביהן קטן בהרבה מזה המצוי בערי ישראל. לשם הדוגמה בלבד, בעת עריכת הדו"ח התחוויר כי תחום השיפוט של ההתנחלות מצפה שלם, שבה מתגוררים כ-180 תושבים, קרוב בגודלו לשטח השיפוט של העיר פתח-תקווה, כ-35,000 דונם, שמספר תושביה גדול פי אלף.

51. נתון זה מעורר תהייה לגבי הצורך הציבורי שיש להרחבת השטח המוניציפאלי של ההתנחלויות ולקביעת תחומי שיפוט רחבים יותר – זאת על חשבון טובת התושבים הפלסטינים, שהם התושבים המוגנים באזור. תהייה זו, גורלה שתישאר ללא מענה שכן במצב הדברים הנוכחי, שבו הליך קביעת תחומי השיפוט אינו פומבי, לא ניתן לדעת מה עמד בבסיס ההחלטה לייעד את הקרקע הציבורית דווקא להתנחלויות. לא זו אף זו, עולה חשש ממשי כי החלטות אלה מושפעות מלחצים פוליטיים של רשויות מקומיות או של גורמים מתוך המערכת הפוליטית, באופן אשר עשוי לשקף אינטרסים זרים בעת קביעת תחומי השיפוט.

52. תהיה זו מקבלת משנה תוקף, לנוכח חשיפת היקף ההקצאה של אדמות ציבוריות עבור האוכלוסייה הפלסטינית בשטחי C, מאז 1967: על פי נתונים שנחשפו במהלך עת"מ 40223-03/10 **האגודה לזכויות האזרח ואח' נגד המנהל האזרחי ואח'**, עולה כי היקף האדמות שהוקצו לשימושים פלסטינים בשטחי C מאז 1967 עומד על 8,600 דונמים (המהווים 0.7% משטחי אדמות המדינה בשטחי C); ואילו עבור החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית (אשר מהווה את צינור העברת הקרקעות לצרכי ההתנחלויות בגדה המערבית), וכן עבור המועצות האזוריות והמקומיות וגורמים ישראלים נוספים, הוקצו אדמות בהיקף של 663,000 דונמים, המהווים כ-51% משטחי אדמות הציבור בשטחי C.

(2) על הכללת אדמות פרטיות של פלסטינים בתוך תחומי השיפוט של יישובים ומועצות אזוריות ומקומיות

53. נוהל קביעת תחומי יישובים, אשר פורסם כאמור רק במחצית השנייה של שנת 2016, קובע כי תחום יישוב ישראלי יכלול את השטחים הבאים או חלק מהם:

(א) אדמות מדינה מוסדרות

(ב) אדמות מדינה מוכרזות שעברו בדיקה ואישור של צוות קו "כחול" או שהוכרו לאחר ביצוע "נוהל סקר".

(ג) רכישות של ישראלים לאחר 1967 שנרשמו על שמם בטאבו (בכפוף לקבלת התייחסות הרוכשים לצירוף שטחם ליישוב).

(ד) אדמות יהודים שנרכשו לפני 1948 ונרשמו על שמם בטאבו.

(ה) תפיסות לצרכים צבאיים והפקעות שבוצעו עבור ההתיישבות ואשר מומשו בפועל.

54. כפי שניתן להבחין, סעיף (ה) כולל שתי קבוצות של מקרקעין אשר למעשה היו (ובחלקן עדיין) מסווגת מקרקעין פרטיים: אדמות שנתפסו לצרכים בטחוניים הכרחיים ודחופים וכן אדמות פרטיות שהופקעו לצרכי ציבור.

55. אדמות פרטיות אשר נתפסו על ידי המשיב, הינן כאלה אשר נתפסו לצרכים צבאיים, הכרחיים ודחופים, ולא לצרכי התנחלות (אשר מהווים צורך אזרחי-מדיני). כפי שנקבע בבג"ץ 370/79 בעניין **דויקאט** שהוזכר לעיל, ובעקבותיו בהחלטת ממשלה מס' 145 מחודש נובמבר 1979, אין לתפוס אדמות פרטיות לצרכים שאינם ביטחוניים הכרחיים ודחופים. הקמת התנחלות אזרחית אינה יכולה (מבחינת הדין הבינלאומי לכל הפחות) לעמוד בקנה אחד עם תפיסת שטח לצרכים צבאיים.

56. ברם, המשיב, גם בנוהל העדכני כפי שנחתם בחודש יוני 2016, מתיר את הכללת שטחים שנתפסו לצרכים צבאיים כחלק מתחומי יישוב ישראלי, וזאת מבלי שיש הצדקה לכך. זאת, למרות שבית המשפט הבהיר חזר והבהר כי אין לתפוס שטח לצרכים התיישבותיים (ראו למשל: בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל** [2005]; בג"ץ 2732/05 **ראש מועצת הכפר עזון ואח' נ' ממשלת ישראל** [2006]).

57. המשיב אינו מבצע כל הבחנה בין מועד תפיסת השטח, מה ממוקם עליו בפועל, כיצד מומשה התפיסה, והאם מימוש זה נעשה בהתאם להוראות הדין או בהתאם למטרות התפיסה ואם לאו. לשיטת המשיב, שטחים שנתפסו לצרכים צבאיים, עוברים הליך של הכלה בתוך שטחי יישובים, וזאת מבלי שיש כל הצדקה עניינית לכך, ומבלי שיש הבחנה בין מימוש שנעשה לפני פסק הדין בענין **דויקא** ואם לאו.

58. הדבר חמור עוד יותר ביחס לאדמות ש-"הופקעו עבור ההתיישבות", כפי שעולה מנוסח הנוהל.

59. עוד בשנת 1980 חיווה דעתו היועץ המשפטי לממשלה דאז, פרופ' יצחק זמיר בכל הנוגע לאפשרות שימוש באדמות פרטיות אשר יופקעו "עבור התיישבות ישראלית". בחוות הדעת, המתייחסת לאפשרות הפקעת קרקע פרטית פלסטינית לטובת הקמת התנחלויות באזור, נקבע בין היתר כי הדין החולש על האזור הוא הדין הבינלאומי; כי הפקעות יש לבצע בהתאם לדין המקומי הירדני; כי קשה לראות את האוכלוסייה הישראלית במקום כאוכלוסייה מקומית לצרכי שימוש בהפקעה זו; כי כל הפקעה כאמור תגרור עמה קשיים מדיניים ומשפטיים רחבי היקף.

העתק מחוות הדעת של פרופ' זמיר מיום 12.5.1980 מצ"ב ומסומנת **כנספח 9**.

60. עקרונות חוות דעת זו מצאו ביטויים, בין היתר, גם במספר לא מבוטל של פסקי דין של בית המשפט העליון. בראש ובראשונה בבג"ץ 393/82 **ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלעתאוויה אלמחדודה אלמסאוליה נגד מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון** [1983], אשר אסר על הפקעת אדמות מפלסטינים אם התכלית העיקרית לא נועדה לצורך שימושם של התושבים המוגנים. יפים בהקשר זה גם דבריו של שופט בית המשפט הנכבד, כב' השופט ע' פוגלמן, בקבעו את הדברים הבאים:

"לפי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי, סמכות ההפקעה של הממשל הצבאי נקטה -על, פי הדין המקומי ובמסגרתו, לטובת האוכלוסייה המקומית, היינו התושבים המוגנים."

(בג"ץ 2150/07 **עלי חסיין אבו צפייה, ראש מועצת הכפר בית סירא ו-24 אח' נגד שר הביטחון ואח'** [2009], פסקה 26 לפסק דינו של כב' השופט ע' פוגלמן)

61. הנה כי כן, לאור העובדה כי אין להפקיע אדמות לצרכי ההתנחלות הישראלית (אלא לצורך כלל האוכלוסיה במרחב, לרבות ובייחוד האוכלוסיה המקומית המוגנת), אין כל מקום לתחום אדמות מופקעות אלה כחלק משטחי השיפוט של היישובים.

62. ודוקו! אין המדובר בטענה תיאורטית גרידא, שכן לאור הצו בדבר סגירת שטחים, מנועים פלסטינים להיכנס לתחומי מועצות מקומיות ואזוריות ולתחומי יישובים המצויים בתוכם. משכך, מבחינת הדין, מנועים תושבים מקומיים לעשות שימוש בנכס ציבורי אשר הופקע מהם (על פניו לצורך הציבור כולו, ולטובת האוכלוסיה המקומית המוגנת) ובפועל יוחד לצרכי ההתנחלויות. כלום מתחם מסוים שהופקע לדרך (אשר אינה דרך ראשית) ומצוי או עתיד להימצא בתחום מועצה אזורית, יוכל באמת לשמש את בעלי הקרקע שהופקעה ואת האוכלוסיה בשטח? ברור שלא.

על הליכי פומביות הליך קביעת תחומי השיפוט בישראל

63. לצורך הדגשת העובדה עד כמה התנהלות המשיב מס' 1 בכל הנוגע לאופן קביעת תחומי השיפוט אינה סבירה, נבקש להקדיש מספר פסקאות להשוואת המצב למתרחש בתוך מדינת ישראל.

64. חשיבותן העילאית של הפומביות והשקיפות בהליך קביעת תחומי שיפוט מוניציפאליים באה לידי ביטוי בדין הישראלי. על-פי פקודת העיריות [נוסח חדש], בסמכותו של שר הפנים להורות על הקמת ועדת חקירה לשינוי גבולות מוניציפאליים, שתבחן את סוגיית הגבולות ותגיש לו את המלצותיה. לאחר קבלת המלצות הוועדה, שר הפנים מוסמך לקבל החלטה בעניין לפי שיקול דעתו.

65. הקווים המנחים שלפיהם פועלת הוועדה לשינוי גבולות מבטיחים כי פעולתה תהיה פומבית וכי לכל הצדדים שיש להם נגיעה לדבר תינתן הזדמנות להשמיע טענותיהם. כך, חוזר מנכ"ל משרד הפנים מס' 4/2008 מיום 23.8.08 קובע באופן מפורש כי על הוועדה 'להקפיד על פרסום נאות בדבר קיומה, ולתת הזדמנות לבעלי עניין מרכזיים להציג את עמדתם לפני גיבוש וניסוח ההמלצות' (סעי' 1.6, עמ' 7). נוהל זה מבקש להבטיח את השקיפות של ההליך ואת מתן ההזדמנות הראויה של הנוגעים בדבר להביע את עמדתם, ולפיכך קובע כדלהלן:

'[...] מרכז הוועדה יודא כי הרשות המבקשת תפרסם על לוח המודעות שלה את דבר הקמת ועדת החקירה [...] כמו-כן, יפורסם דבר הקמת הוועדה בעיתון בעל תפוצה ארצית ובעיתון בעל תפוצה מקומית. כאשר רשות מן המגזר הערבי היא בעלת עניין, תפורסם ההודעה בשפה הערבית גם בעיתונות הערבית, בתפוצה ארצית ומקומית.'

ובהמשך:

'על חברי הוועדה להיזהר מקביעת עמדה לפני שמיעת כל הצדדים.'

66. ההנחיה גם קובעת באופן מפורש כי ישיבות הוועדה, שבהן תישמענה עדויות, תהיינה פומביות, וכי לאחר קבלת החלטה בדבר שינוי תחום השיפוט, דו"חות הוועדה יפורסמו ברבים.

67. כאמור, הדין הישראלי מכיר בצורך בפרסום מוקדם של כוונה לשנות תחומי שיפוט.

68. המשיב בחר להחיל את מודל ועדת הגבולות רק היכן שמשונה תחום השיפוט בין רשות מקומית ישראלית אחת למשנה, ולא באופן כללי.

69. לעמדת העותר, הרציונאליים העומדים בבסיס הפרקטיקה הנוהגת בתוך תחומי מדינת ישראל, מצדיקים להטיל חובה דומה על המשיב, לפרסם מראש כל כוונה על שינוי או קביעה של תחומי שיפוט בגדה המערבית, בין אם המדובר בשינוי בין רשויות ישראליות ובין אם כזה המתייחס לשינוי ממקרקעין ציבוריים לתחומיה של רשות מקומית ישראלית זו או אחרת.

70. בפועל, יצירת ההבחנה מעניקה רק לבעלי אינטרסים ישראלים זכות טיעון בטרם יבוצעו שינויים בתחומי שיפוט בין המועצות עצמן, אולם לא נותנת כל זכות לתושבים הפלסטינים או לציבור הרחב להשמיע את קולם טרם עריכת שינויים אלה ביחס לאדמות המצויות מחוץ לשטחי הרשויות הישראליות אבל עתידות לכלול שטחים אלה. בכך מתחדדת אפליה ממוסדת הנקטת על ידי המשיב בהקשר זה.

(3) על ההליכים הנוגעים להתנחלות 'עמיחי' כפי שארעו בשבועות האחרונים

71. לפני כשלושה שבועות, ביום 29.5.2017, פורסם באמצעי התקשורת כי המשיב מס' 1 חתם על תיקון לצו המועצות האזוריות, באופן אשר מגדיר את תחום השיפוט של התנחלות חדשה העונה לשם "עמיחי".

72. תחום שיפוט זה הינו בין היתר על אדמות הכפר ג'אלוד, וכפי שניתן לראות מהנוסח שצורף לעתירה, כולל מספר מובלעות, או "כיסים" של אדמות אשר אינן בגדר אדמות מדינה. תחום שיפוט זה אף מוקף מכל עבריו באדמות של תושבי הכפרים ג'אלוד ותורמוסעיא, והוא משליך על אורחות חייהם של תושבי הכפרים באופן יומיומי.
73. עובר לקביעת תחום השיפוט לא יודעו העותר ותושבי הכפר על הכוונה להגדיר את תחום השיפוט באופן בו נקבע ומעולם לא ניתן להם להביע את עמדותיהם ביחס לתחום שיפוט זה. העתק מתחום שיפוט זה מצ"ב כנספח מס' 1. יוער, כי העותק היחיד המצוי בידי העותרים הוא זה אשר פורסם באמצעי התקשורת, ומכאן גם איכותו.
74. יוער, כי חלקים מהאדמות הכלואות בין חלקי תחום השיפוט, הינם בבעלות פרטית של תושבי הכפר ג'אלוד. אדמות שנפלו בעבר הלא-רחוק קרבן לפלישות חקלאיות של גורמים שונים מקרב התושבים הישראלים ברחבי הגדה המערבית, ובגין חלקן אף תלויים ועומדים בפני ערכאות שונות הליכים הנוגעים לפינוי הפלישות הללו (ראו למשל, ערר (איו"ש) 140/12 **ארץ זית שמן מובחר בע"מ נ' ראש המנהל האזרחי באיו"ש**).
75. מכל מקום, שבוע בלבד לאחר שבוצעה הגדרת תחום השיפוט של "עמיחי" (ומתוקף כך גם תחום השיפוט של המשיבה מס' 3), ביום 6.6.2017 כבר נידונה בפני וועדת המשנה להתיישבות במוסדות התכנון של המנהל האזרחי, תכנית מתאר עבור היישוב החדש. ביום 19.6.2017 פורסמה החלטת וועדת המשנה להתיישבות לקדם את תכנית המתאר להפקדה להתנגדויות.
76. כפי שעולה בבירור מהדיון בתכנית, היא מתייחסת לסך כולל של כ-800 יחידות דיור, המתפרשת על כל שטח תחום השיפוט, הגם שבשלב הראשוני יידונו בתכנית עבור 102 יחידות דיור, בחלק המזרחי של תחום השיפוט. העתק מפרוטוקול הדיון בוועדת המשנה להתנגדויות מיום 6.6.2017 (אשר חלקו המשיך ביום 7.6.2017), מצ"ב **כנספח 10**.
77. יום לאחר הדיון בפני וועדת המשנה להתיישבות, ביום 7.6.2017, התקיים דיון בפני מועצת התכנון העליונה, ובו נתבקשו מוסדות התכנון של המנהל האזרחי, הפועלים מתוקף הסמכה של המשיב 2, ליתן היתר לביצוען של עבודות בניה בתחום שטח השיפוט של "עמיחי". במסגרת דיון זה, אשר לאור האמור בו, ניתן לכנותו לכל הפחות תמוה, הועלתה בקשה לעשות שימוש חריג ונדיר, בסעיף 34א לחוק תכנון ערים, בניינים וכפרים, חוק זמני מס' 79 משנת 1966 (חוק התכנון והבניה הירדני החל בתחומי הגדה המערבית; להלן: חוק התכנון הירדני).
78. סעיף זה מאפשר קידום של פעולות בניה אף לפני שהופקדה והתקבלה תכנית מתאר, זאת בהתקיים שני תנאים מצטברים:
- (א) התכנית שבתוקף אושרה לפני היום הקובע [כלומר, לפני כניסת כוחות צה"ל לגדה המערבית, הח"מ];
- (ב) לא הוגשה התנגדות לתכנית שהופקדה בתקופת ההפקדה, או שבמתן הרישיון [היתר הבניה, הח"מ] אין כדי להשפיע על החלטת הוועדה לקבל התנגדות שהוגשה.
79. במקור, סעיף זה נועד להתמודד עם צורך דוחק להתחיל ולקדם תכנית מתאר אשר הופקדה להתנגדויות, אולם עד שיתקיים דיון בהפקדה ולא הוגשו כל התנגדויות או ככל שהוגשו רק התנגדויות לגבי חלקים מהתכנית, ניתן יהיה לקדם בניה לגבי החלקים שלא הוגשו התנגדויות, עוד טרם כניסת התכנית לתוקף. מכל מקום, על פי פרשנות העותרים, לא ניתן כלל להחיל את הסעיף עוד טרם הופקדה תכנית להתנגדויות ועוד טרם הוגשו התנגדויות במסגרתן ניתן לדעת האם הן התנגדויות חובקות כל או שמא התנגדויות נקודתיות לתחומים מסוימים או לאזורים מסוימים בתכנית.
80. כפי שניתן לקרוא בפרוטוקול הדיון שהתקיים בפני מועצת התכנון העליונה, הבקשה למתן רישיון כה חריג, הוגשה למוסדות התכנון ביום 6.6.2017 בשעה 17:00, והוועדה נדרשה לדון בה ביום 7.6.2017 בשעות הבוקר. הייתה זו נציגת היועמ"ש שהביעה תמיהה האם ניתן היה כלל לעבור ולבחון את הבקשה לעומקם של דברים, בוודאי לנוכח החריגות שבסעיף וכן לנוכח העובדה כי בקשות מסוג זה מתפרסמות למשך תקופה של 14 ימים

לפני הדיון בהם, וכן כי הסעיף לא הופיע במסגרת סדר היום של הדיונים, על מנת שיהיה ניתן להתכונן אליו, לרבות תוך מעורבות הציבור בהליך.

המתואר בפרוטוקול הדיון (נספחים 10 ו-11) מציג את מלוא הפגמים בהליכים הללו מבלי שיש כל צורך לפרש אותם. חרף זאת, חברי הוועדה השיבו פה אחד, כמקלה, כי הם עברו ושקלו בכובד ראש את הבקשה הסבוכה, וכי לשיטתם יש לאשר אותה. אשרי המאמין.

81. בסופו של דיון, אשר התפרסם רק ביום 19.6.2017, אושרה, במספר תנאים, הבקשה לרישיון בניה עוד טרם הופקדה התכנית כלל להתנגדויות. בין מועד מתן הפרסום להחלטה ובין מועד התחלת העבודות חלף פרק זמן של יום אחד בלבד, מבלי שניתן היה כלל להשיג או לערער על אפשרות השימוש החריג והשנוי במחלוקת בהתאם לסעיף 34א או כל טענה אחרת נגד ההליך התכנוני האמור ואופן קבלת ההחלטות בעניינו.

העתק מפרוטוקול הדיון בפני מועצת התכנון העליונה והחלטת מועצת התכנון העליונה מיום 7.6.2017 אשר פורסמו ביום 19.6.2017, מצ"ב ומסומן כנספח 11.

82. עתירה זו אינה עוסקת בסוגיות תכנוניות וסוגיות מדיניות התכנון והבניה. עתירה זו עוסקת בעצם קביעתו של תחום שיפוט עבור 'עמיחי', שכן מרגע שתופקד התכנית להתנגדויות, ויתחיל הדיון בהתנגדויות אלה, בפועל כל אפשרות שיתוף הציבור ושמיעת התנגדויות תצטמצם לשאלת היקפי ואופן התכנון אשר ישרור בתוך תחום השיפוט, אולם תחום השיפוט עצמו של 'עמיחי' נותר קבוע. אל תחום שיפוט זה אין פלסטינים יכולים להיכנס, ומטבע עיצובו, לרבות המובלעות וה-'כיסים' הרבים המופיעים בו, תוגבל תנועתם באופן משמעותי בעתיד, לנוכח הקמתה של התנחלות גדולת ממדים, אשר מבקשת לכלול כ-800 יחידות דיור בתחומה. קידום הליכים תכנוניים והוצאתם לפועל כבר בשלב זה, באופן המבקש לנצל את מלוא תחום השיפוט, מבלי שסוגיית תחום שיפוט זה נדונה כלל, אינו יכול לעמוד, לשיטת העותרים.

לפיכך, לשיטת העותרים יש לדון בסוגיית תחום השיפוט של 'עמיחי', כמו גם הסוגיה העקרונית של האופן השרירותי ונעדר הפומביות בו קובע המשיב שטחי שיפוט של התנחלויות ישראליות בגדה, כבר בשלב המקדמי הנוכחי, עוד לפני ההידרשות להליכי התכנון עצמם.

83. יוער, כפי שהובהר עוד לעיל, כי לא רק בהקמת ההתנחלות 'עמיחי' מתגלעת הבעייתיות של קביעות תחום השיפוט על ידי המשיב וההליך הנלווה לכך: גם במקרים דומים בעבר הרחוק והקרוב יותר, שונו באופן חד-צדדי תחומי שיפוט של התנחלויות בקרבת הכפר ואדמות תושביו, מבלי שהיה למשיב כל ידיעה על כך, לא לפני השינוי וגם לא ממש לאחר השינוי. כך למשל, בחודש אפריל 2017, שונה תחום השיפוט של ההתנחלות שילה באופן שהרחיב באופן משמעותי את תחום השיפוט של ההתנחלות באזור שכונת שבות רחל. השינוי פורסם בתחומי וועד היישוב שילה, אולם לאוכלוסייה הפלסטינית לא ניתנה זכות לדעת על כך, לא כל שכן זכות טיעון ביחס לתחום שיפוט זה. העתק מהחלטת המשיב מס' 1 בדבר תיקון הגבולות של תחום היישוב שילה מיום 23.4.2017 מצ"ב כאמור ומסומנת כנספח 5.

III. מיצוי הליכים

84. ביום 11.10.16, זמן קצר לאחר שפורסם לראשונה נוהל² שינוי תחומי השיפוט בנוסחו מחודש דצמבר 2012, פנה העותר 2 אל המשיב בדרישה לקיים הליך פומבי טרם קביעה ושינוי תחומי שיפוט של מועצות מקומיות ואזוריות.

בנוסף, ביקש העותר בפנייה זו כי החלטות על קביעה ושינוי של תחומי שיפוט יפורסמו מבעוד מועד על-מנת לידע את התושבים הפלסטינים המושפעים מכך והציבור הכללי ולאפשר להם להגיש השגות בעניין.

² משך זמן רב נהלי המנהל האזרחי היו נסתרים מעין הציבור, ורק לאחר מספר עתירות מטעם ארגון גישה – המרכז לשמירה על הזכות לנוע, הוחל בפרסום הנהלים ועל תרגומם לערבית (ראו: עת"מ 68189-12/14 גישה – המרכז לשמירה על הזכות לנוע נ' המנהל האזרחי; עת"מ 51147-05/14 גישה – המרכז לשמירה על הזכות לנוע נ' יחידת מתאם פעולת הממשלה בשטחים ואח')

עוד הבהיר העותר בפנייתו, כי טענות שונות המועלות בתשובות המדינה לעתירות מסוימות, בהן נטען כי דבר שינוי תחומי השיפוט היה פומבי, אינן מדויקות, בלשון המעטה.

לקראת סיום המכתב, חידד העותר בפנייתו את עצם אי-החוקיות הגלומה לכאורה בהכללת אדמות פרטיות שנתפסו לצרכים ביטחוניים וכן אדמות פרטיות שהופקעו, במסגרת תחומי השיפוט של היישובים, באופן אשר חותר תחת תכליתם.

עותק מפניית העותר מיום 11.10.16 כפי שבוצעה בדואר רשום + פקסימיליה, ודבר קבלה אושר, מצורף ומסומן כנספח 12.

85. בחלוף ארבעה חודשים מפנייתו הראשונה של העותר 2, ובאין מענה מן המשיב, ביום 16.2.17 פנה אליו העותר שנית וביקש התייחסות לפנייתו הראשונה. כפי שצוין בסיפא של פנייה זו אל המשיב, לאור שמועות ופרסומים כאלה ואחרים על כוונות לקבוע או לשנות תחומי שיפוט של התנחלויות ורשויות מקומיות באותה העת, מתחדדת בקשתו העקרונית של העותר והיא איננה תיאורטית אלא מוחשית באופן ממשי. עותק מפניית העותר מיום 16.2.17, אשר דבר קבלתה אושר על ידי המשיבים, מצורף ומסומן כנספח 13

86. פנייה זו אף היא נותרה ללא מענה.

87. עם גילוי דבר פרסומו של תחום השיפוט של ההתנחלות עמיחי ביום כפי שנמסר באמצעי התקשורת השונים, פנו העותרים אל המשיב ביום 7.6.2017, הן בסוגיות העקרוניות המועלות מעתירתם, והן במישור הפרטני של ההתנחלות עמיחי. בפרט, ציינו העותרים את הדברים הבאים:

(א) כי שטח השיפוט החדש של עמיחי, אשר לא פורסם מעולם, כולל בפועל את שטחי אדמות הכפר ג'אלוד, וכן נוצרות מובלעות אשר בפועל נחסמת הגישה אליהן, או מוגבלת עד מאד;

(ב) כי הדבר משקף פעם נוספת כיצד העדר הפומביות וההליכים השקופים בשיתוף הציבור עלולה במידה רבה לפגוע באינטרסים של תושבים מוגנים לאור ההגבלות הרבות המוטלות על פלסטינים בסמוך להתנחלויות הישראליות במרחב;

(ג) כי חרף פניות קודמות בנושא, אשר נשענו על פרסומים עמומים קודמים כאלה ואחרים ביחס לשינויים המתבקשים לביצוע בתחום המועצה האזורית מטה בנימין, תחת להשיב לפנייה, בחר המשיב מס' 1 לקבוע את תחום השיפוט של "עמיחי", באופן אשר עשוי לקפח את תושבי הכפר ג'אלוד. לפיכך, התבקשו המשיבים שלא לקדם א תכנית 252/1 הנוגעת להתנחלות זו או כל פעולה הנוגעת לקידומה או יישומה של התכנית, עד להכרעה בסוגיה.

עותק מפניית העותרים כפי שנשלחה ביום 7.6.2017 ודבר קבלתה אושר, מצורף ומסומן כנספח 14.

88. יוער, כי פנייה זו של העותרים אל המשיב ואל יועמ"ש איו"ש בוצעה לפני שפורסמו החלטות מוסדות התכנון הנוגעות לעמיחי, כפי שהוצגו לעיל ולפני שהיה ברור מה טיבם.

89. גם לפנייה השלישית של העותרים, אשר התייחסה באופן נקודתי לתחום השיפוט של עמיחי והשלכותיו על תושבי ג'אלוד, לא השיבו המשיב או יועצו המשפטי, נמעני הפנייה.

90. כפי שצינו כבר בפתח כתב העתירה, וכן כפי שיפורט בתחילת החלק המשפטי, מעבר לאי קיום הוראות הדין בדבר מתן מענה על ידי עובד ציבור לפנייתו שבוצעו אליו כפי שעולה מהחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, הרי שאי מתן מענה לסוגיות אשר אי חוקיותן ואי סבירותן מוצגת להלן, מעביר את הנטל אל המשיב להצדיק את המשך קיומו של הנוהל והפרקטיקה המאפיינת את קביעת שטחי השיפוט האמורים.

91. מכאן, לעותרים לא נותרה כל ברירה אלא להגיש עתירה זו.

טענה מקדמית: העדר מענה מטעם המשיבים מצדיק, דיונית, הוצאת צו-על-תנאי כבר בעת

הגשת העתירה

92. בטרם נפנה לפרוט את הטיעונים המהותיים המצדיקים את הוצאתו של הצו על תנאי, יבקש העותר לעמוד על זכותו הדיונית לכך שיוצא צו על תנאי כבר כעת, וזאת לאור העובדה כי המשיב נמנע מלהשיב לשלל פניות מיצוי ההליכים עובר להגשת העתירה, פניות אשר נפרשו על פני תקופה ארוכה.

93. כידוע, עובר להגשת פנייה לבית משפט, נדרש העותר למצות את ההליכים בפני הרשויות. הטעמים לכך רבים: פנייה מקדימה עשויה להביא לפתרון הבעיה; היא עשויה לחדד מחלוקות קיימות ולאפשר ביקורת שיפוטית רחבה יותר; הרשות אמורה לקבל את ההחלטה שכן היא זו שתישא באחריות לביצועה.

94. באופן רגיל, עמדת המדינה היא כי היכן שלא בוצע מיצוי הליכים עובר להגשת העתירה, דינה של העתירה להיתקל בסנקציה חריפה בדמות דחייתה של העתירה על הסף.

95. אולם, עולה השאלה מה הדין היכן שהרשות מסרבת להשיב כלל לפניות שבוצעו אליה עובר להגשת עתירה?

96. הוראות הדין, כפי שהן מופיעות בחוק לתיקון סדרי המנהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958, קובעות כי על הרשות להשיב לפנייה שנעשתה אליה בתוך 45 ימים (סעיף 2א) לחוק, ואילו היכן שלא ניתן מענה לפנייה בתוך שלושה חדשים – יש לראות בכך סירוב לבקשה ללא כל הנמקה (סעיף 6ב) לחוק הני"ל).

97. המשיבים לא השיבו לפניות, ומשכך ניתן לראות בתשובתם סירוב בלתי מנומק לדרישות העותרים.

98. אי מתן המענה מטעם המשיבים לפניות הקודמות, מוביל אם כן, לתוצאה המתבקשת והיא הוצאת צו על תנאי, ולו במישור הדיוני: ראוי לו למשיב וליועצו המשפטי כי יתכבדו וימלאו אחר מצוות המחוקק בדבר מתן מענה לפנייה. משאלה בחרו שלא להשיב לפניות קודמות שבוצעו, הרי שהדבר מוביל למסקנה המתבקשת והוא הוצאת הצו על תנאי נגד המשיב.

99. בהעדר הנמקה או הסבר או אף ראשית תשובה מטעם המשיב או יועצו המשפטי, מתהפך הנטל, וכעת הוא עובר אל המשיב, כרשות מנהלית, המחויבת להצדיק את מעשיה. עמד על כך שופט בית המשפט העליון לשעבר, היועץ המשפטי לשעבר, פרופ' יצחק זמיר בספרו **הסמכות המנהלית** (כרך ב', עמ' 1294):

"חוק ההנמקות קובע שאם ההחלטה המינהלית נתקבלה תוך הפרת החובה לנמק, חובת הראיה עוברת אל עובד הציבור, כלומר חזקת החוקיות מתהפכת: די בכך שאדם יפנה אל בית דין או אל בית משפט בטענה שנפגע מהחלטה מינהלית מסוימת, אך בלי לציין מה הפגם שלדעתו נפלה בהחלטה, והנטל יעבור אל עובד הציבור להוכיח כי ההחלטה ניתנה כדין. זהו נטל כפול. ראית, על עבוד הציבור להציג בפני בית הדין או בית המשפט את הנימוקים להחלטתו. אפשר לומר שזאת הנמקה מושהית: עובד הציבור שנמנע מלמלא את חובת ההנמקה בעת מתן ההחלטה, ממלא אותה בעל כורחו בעת הביקורת על ההחלטה. שנית, אם הדבר אינו ברור מאליו, על עובד הציבור להוכיח כי הנימוקים שנתן מבססים את ההחלטה כדין, למשל שהם משקפים שיקולים ענייניים ולא שיקולים זרים."

100. הדרך הדיונית להיפוך הנטל, כפי שקיימת על פי הדין, היא באמצעות הוצאת צו על תנאי, ולו מן הטעם הדיוני, וזאת על מנת להעביר את הנטל אל המשיב לנמק מדוע לא יבוטלו הוראות הצו והנוהל, לאחר שהפניות הקודמות שבוצעו כלפיו לא זכו לכל התייחסות. סוגיית מיצוי הליכים אמורה לפעול, לשני הכיוונים – ובמידה והמשיב אינו עונה עליה, הרי שהוא במו ידיו ומחדליו מוביל להיפוך הנטל ולהצדקה הדיונית בהוצאת הצו האמור.

101. עמד על כך רק לאחרונה בית המשפט הנכבד, במסגרת בג"ץ 6322/14 **התאחדות הסוחרים והעצמאיים הכללית ואח' נגד שר הפנים ואח'** [פסק דין מיום 19.4.2014]. כפי שנקבע בפסק הדין, עם חלוף תקופת זמן סבירה, ומשהרשות לא השיבה, יש לראות בהחלטתה החלטת סירוב אשר אינה מנומקת. והיעדר הנמקה זה מעביר את הנטל אל הרשות להצדיק את פועלה (ראו במיוחד פסקאות 18-19 לפסק דינה של נשיאת בית המשפט, כבי' השופטת מ' נאור).

102. כמו כן, ראו הדברים שנקבעו על ידי כבי' השופטת ד' ברק-ארזי בפרשת **התאחדות הסוחרים והעצמאיים** שהוזכרה לעיל:

" 2. על המשמעות של אי-קבלת החלטות ועל משילות – עיכוב בקבלת החלטה על-ידי רשות מינהלית לוקה, מטבע הגדרתו, בעיני דין. העיכוב אף יכול להביא לפגיעה של ממש בזכויות ובאינטרסים של הנוגעים בדבר. תולדות אלה הולכות ומתעצמות ככל שחולף הזמן מבלי שמתקבלת החלטה. על כך יש להוסיף כי ישנם מצבים, כמו המקרה שבפנינו, שבהם משמעותו של העיכוב, הלכה למעשה, היא מתן תשובה שלילית, מבלי שזו מלווה בהנמקה כמתחייב. במצב דברים זה העיכוב אף פוגע באחריותיות השלטונית, דהיינו בחובה להעמיד את החלטותיהן של רשויות השלטון למבחן הציבור. אכן, יש החלטות שקבלתן אינה קלה. אולם, עובדה זו אינה פוטרת את הרשויות מן החובה לעשות כן. לצד הכוח לקבל החלטות, השלטון נושא גם באחריות לקבלן."

103. הנה כי כן, מהבחינה הדיונית, לאור מספר פניות שבוצעו אל המשיב ודבר קבלתן אושר, ולאור היעדר מענה כלשהו על ידי המשיב, יש לשקול את הדבר לחובת המשיב, ועל כן מתבקש בית המשפט להוציא צו על תנאי כמבוקש ברישא של העתירה.

I. הטיעון המהותי (א): חובת הפרסום מראש נובעת מעקרונות יסוד כלליים של המשפט המינהלי

(א) החובה לפרסום מראש כוונה להתקין תקנות

104. שינוי תחומי שיפוט מוניציפליים בגדה המערבית נעשה בדרך של חקיקת משנה, כפי שקבוע בצו בדבר ניהול מועצות אזוריות:

"מפקד האזור רשאי לשנות את הפירוט שבתוספת ואת התיחום במפות, כמשמעותם בסעיף 1. שינוי התוספת ייעשה בתקנות. העתקי המפות יופקדו בלשכת מפקד האזור לעיונם של המעוניינים."

ובצו בדבר ניהול מועצות מקומיות:

"מפקד האזור רשאי לשנות בתקנות את פירוט היישובים שבתוספת ואת תיחומה של מועצה מקומית במפה האמורה בסעיף 1."

105. ככלל, אין חובה על הרשות המינהלית לפרסום מראש כוונה להתקין תקנות.

106. עם זאת, הפסיקה הכירה בכך שקיימים מקרים שבהם ישנה הצדקה להטיל חובת פרסום מראש להליך הקודם להחלטה להתקין תקנה מסוימת ולאפשר לציבור אשר עלול להיפגע מהתקנת התקנה להשמיע את עמדתו:

ייהשלכותיה של חקיקת משנה הן לפעמים רחבות ביותר. חקיקת משנה משפיעה בדרך כלל, לפי טיבה, על מגזר שלם בציבור. היא עשויה להסדיר סוגיה בהסדר ראשוני ומקיף. על כן, מקובל במספר מדינות בעולם המערבי לתת לציבור הזדמנות להביע דעתו לגבי מלאכת הגיבוש של חקיקת המשנה. זכות הטיעון היא לא רק תולדה של הרצון לנהוג בהגינות, דבר שחשיבותו עילאית, אלא גם פרי ההיגיון, שהרי שמיעת ההשגות וההצעות המשלימות מציידת את הגורם המתקין במידע על הניסיון המצטבר של אלה אשר להם נגיעה לנושא, ומעשירה בכל מקרה את המחשבה הקולקטיבית. בנושאים בעלי חשיבות ציבורית ניתן להנהיג פרסום מראש של הצעת התקנות. עניין זה ראוי לתשומת ליבו של המחוקק הראשי" (רע"א 3577/93 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' אהרון מוריאנו, מח(4) 70 -).

107. פרופ' אהרון ברק סבר כי ראוי להטיל חובת פרסום מוקדם על תקנות מכוח חובת השימוע הנגזרת מעיקרון ההגינות המינהלית:

"[...] ניתן לגזור מעיקרון ההגינות את חובתה של הרשות הציבורית ליתן זכות שמיעה בטרם תתקין חקיקת משנה. בעבר נשללה זכות זו, ונקבע כי אינה חלק מכללי הצדק הטבעי. לדעתי, יש מקום לעיין מחדש בהלכה זו. דומה כי ההגינות המינהלית מחייבת, כי בטרם יותקנו תקנות בעלות אופי חקיקתי, יישמעו אלה שעשויים להיפגע. [...] אמת הדבר, עשויות להתעורר בעיות מעשיות באשר למימושה של הזכות, אך באלה ניתן לטפל במישור המעשי, כפי שהניסיון האמריקאי מלמד." (ברק, שיקול דעת שיפוטי, 487 (1987)).

108. פרט לשיקולים הנובעים מן הפגיעה הצפויה לאינטרס הפרט, המצדיקים הטלת חובת פרסום מוקדם של כוונה להתקין תקנות, ישנם גם שיקולים של שמירה על אינטרסים ציבוריים. יפים לכך דבריו של פרופ' זמיר:

"[...] העיקרון בדבר שיתוף הציבור בהליכים מינהליים מוסיף טעמים התומכים גם הם בשימוע ציבורי, ובכלל זה שימוע בהליך של התקנת תקנות. קודם כל, שימוע ציבורי עשוי, לא פעם אף יותר משימוע פרטי, להעשיר את הרשות המינהלית בעובדות, טענות ונקודות מבט שהיא אינה מודעת להן. כתוצאה, שימוע ציבורי עשוי למנוע טעויות ולפר את ההחלטה. יתירה מזאת. שימוע פרטי עשוי למנוע פגיעה שלא כראוי באדם אחד; שימוע ציבורי עשוי למנוע פגיעה שלא כראוי במספר רב של בני אדם [...]" (זמיר, הסמכות המינהלית, כרך ב, 1048 (2011)).

109. גם בספרות המשפטית נשמעו קולות הקוראים להטיל חובת פרסום מוקדם על התקנת תקנות. פרופ' ברוך ברכה, במאמרו המקיף "חקיקת משנה" ציין כי:

"עוכח החשיבות הרבה של החקיקה מבית היוצר של רשויות המינהל, יש מקום לדעה, שאותם שיקולים חוקתיים המחייבים פירסומה של הצעת חוק פועלים בזירה גם בהקשר לטיטת תקנות, לפחות אלו מביניהן הקובעות הסדרים ראשוניים" (ברוך ברכה, משפט וממשל א, 419 (1993); הדגשה במקור).

110. עמדה זו המצדדת בהטלת חובת פרסום מוקדם של התקנת תקנות באה לידי ביטוי בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 2.3100 בעניין חקיקת משנה, המכירה בכך שבמקרים מסוימים, על הרשות המינהלית לפרסם לציבור הרחב את טיוטת התקנה בטרם התקנתה הסופית. כך קובעת ההנחיה:

"יש שקבוע בחוק המסמך חובת פרסום מוקדם [...], ויש שבשל נושא התקנות נודעת חשיבות מיוחדת לפרסום מוקדם. כך למשל, כאשר התקנות קובעות הסדר ראשוני ומקיף,

שיש בו חידוש משמעותי או השפעה ממשית על ציבור ניכר (כגון, זכויות יסוד, הגנת הצרכן, איכות הסביבה, תעבורה, בטיחות) " (פרק 21 להנחיה).

111. יתרה מכך, הנחיית היועמ"ש לממשלה אף חוזרת על מושכלות יסוד ומדגישה את המאפיין המרכזי שחייב להיכלל בפרסום המוקדם – יעילות מבחינת מטרת הפרסום:

"הפרסום המוקדם אינו צריך להביא את הנוסח המלא של טיוטת התקנות (אם כבר קיימת טיוטה כזאת), אלא די בכך שיביא את תמציתן או עיקריהן, תוך הדגשת החידושים, הפגיעה הממשית בזכויות או חשיבות מעשית מבחינה אחרת. כן יצוין בפרסום גורם שאליו יש להפנות תגובות ופרק הזמן שנקבע לשם כך. הפרסום עצמו כדאי שיעשה באופן שיגיע לידיעת הציבור הרחב או הציבור בו עוסקות התקנות, כגון בכלי התקשורת, באתר האינטרנט של המשרד, כנספח בקובץ התקנות או בכל דרך אחרת, לפי העניין, ובלבד שתהא יעילה מבחינת מטרת הפרסום. רצוי להפנות את תשומת לב הציבור לפרסום באמצעות מודעה בעיתון או הודעת דובר. " (שם; הדגשות הוספו, ש.ז., מ.ז.).

112. בענייננו, התקנות המשנות את תחומי השיפוט המוניציפאליים הן בבחינת הסדר ראשוני. על-פי ההלכה הפסוקה, הסדר ראשוני הוא כלל העוסק בנושא בעל חשיבות ציבורית גדולה, שיש בו כדי להשפיע על ציבור רחב או מגזר שלם, בין השאר המצוי במחלוקת ציבורית (ראו: בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 2006; זמיר, הסמכות המינהלית, עמ' 217-214).

113. קשה לפקפק בחשיבות הציבורית הגדולה הנוגעת לסוגיית הקרקעות בגדה המערבית. זוהי סוגיה רגישה, המצויה במחלוקת ציבורית חריפה וטעונה המלווה את האזור לאורך כל שנות הכיבוש ומהווה מוקד מרכזי למתיחות ואף לחיכוכים אלימים.

114. לפיכך, יש לראות בקביעת תחומי שיפוט המייעדת קרקע ציבורית ליישובים ישראלים ואוסרת על פלסטינים לדרוך בתוכה כנורמה בדרגה של הסדר ראשוני.

115. בנוסף, מדובר בתקנות הפוגעות בזכויות יסוד. כפי שיפורט להלן, ייעוד אדמות ציבור להתנחלויות פוגעת בזכותם של הפלסטינים לחירות אישית, בחופש התנועה, בחופש העיסוק ובזכות לפרנסה, בזכות הטיעון בהליכי תכנון ובזכות לקניין פרטי ובתוך כך גם בזכות האדם לכבוד.

116. זאת ועוד, לא זו בלבד שתוכן התקנה – קרי, שינוי תחום השיפוט – פוגע בזכויות, אלא אף עצם היעדר הפרסום המוקדם של הכוונה לשנות את תחומי השיפוט פוגע כשלעצמו בזכויות, באופן שיש בו כדי להצדיק הטלת חובה על פרסום מוקדם של שינוי תחומי שיפוט. כמפורט להלן.

117. דבר פרסום הכוונה לשינוי שטחי שיפוט, הינו אך מתחייב מעקרונות של שקיפות, מינהל תקין, ופומביות הדיון הציבורי, טרם קבלת החלטה. העובדה המתחווה מתשובת המדינה כפי שהובעה במסגרת העתירה בבג"ץ 8217/15 לעיל, ממנה עולה כי עצם הכללת מתחם מסויים בשטח שיפוט של רשות מקומית ישראלית, מבטל את הצורך לפרסום מוקדם של הרשאות לתכנון (בניגוד לפרסום מוקדם של הרשאות לתכנון מחוץ לתחומים רשויות אלה).

118. אם כך הם פני הדברים, מתחייב בנסיבות אלה פי כמה פרסום מקדים של שינוי תחום שיפוט ומתן אפשרות להשיג על כך.

119. קביעת שטח תחום שיפוט מוניציפאלי של מועצה אזורית או מקומית מחילה על השטח באופן אוטומטי את הצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), התש"ל-1970 – הכרזה בדבר סגירת שטח (ישובים ישראלים) (להלן: "הצו בדבר סגירת שטח"), שנחתמה על-ידי המשיב, המורה על סגירת כל שטחי היישובים הישראליים בגדה המערבית בפני פלסטינים. במילים אחרות, הפיכת קרקע ציבורית לחלק מתחום שיפוט של התנחלות משנה את הדין הקיים מבחינתם של התושבים הפלסטינים: אזור שעד עתה ניתן היה להתנועע בו בחופשיות, הִנְפֵךְ לשטח שהכניסה אליו אסורה ועשויה להוביל להפעלת סנקציות מתחום הדין הפלילי כגון, מעכב, מעצר, העמדה לדין ואף שימוש בכוח; פעולה שעד כה הייתה תמימה הפכה בן-לילה לעבירה על החוק.

120. חובת הפרסום מראש של החלטה המפליחה התנהגות מסוימת שעד כה הייתה מותרת נובעת מן הכלל הידוע כי "אין עונשין אלא אם מזהירין" לפיו בהחלטות בעלות מאפיינים של הדין הפלילי, החובה לפרסם מראש נגזרת מתוך עיקרון החוקיות. בענייננו, באין פרסום מראש של תחומי השיפוט, עיקרון המשפט הפלילי שחזקה על אדם כי הוא יודע את החוק, חסרה **את** הבסיס המוסרי להפעלתו. אי-יידוע מראש של התושבים הפלסטינים על שינוי תחומי השיפוט מעמיד אותם בסכנה של ביצוע דבר עבירה מבלי שהם מודעים לכך.

II - פגיעה בחופש התנועה

121. הפיכתה של קרקע ציבורית למתחם ישראלי מובילה בהכרח למגבלות תנועה על פלסטינים באזור, בין היתר בשל איסור כניסתם של פלסטינים לתחומי מועצות והתנחלויות אלה. כפי שהדבר מעוגן בצו בדבר סגירת שטח. האיסור על כניסת פלסטינים לתחומי השיפוט של התנחלויות מכוח צו זה, מגביל בצורה ניכרת את חופש התנועה שלהם בשטח הציבורי. סגירת האזור בפניהם מונעת מהם להמשיך בשגרת חייהם ולעשות בשטח את השימוש היומיומי שבו הם מורגלים, או שבו הם מעוניינים. כך, דרכים הנכללות בתוך תחומי השיפוט סגורות בפניהם וחוסמות את גישתם ותנועתם; אדמותיהם, במקרים רבים, נכלאות בתוך גבולות תחומי השיפוט באופן שיוצר מובלעות שגישה אליהן – אם היא כלל מתאפשרת – מחייבת תיאום מראש וקבלת אישורים, ובמקרים רבים גם כרוכה בחיכוכים עם תושבי ההתנחלות שמקיפה את אדמתם; אדמות שעד כה שימשו אותם למרעה חסומות בפניהם; ועוד.

122. 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. (בג"ץ 3969/06 ראש מועצת הכפר דיר סאמט, מוחמד עבד מחמוד אלחרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה (פורסם בנבו, 22.10.09); בג"ץ 10356/02 יואב הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלוף פיקוד מרכז, נח(3) 443 (2004); בג"ץ 2150/07 עלי חסיין מחמוד אבו צפייה, ראש מועצת הכפר בית סירא ואח' נ' שר הביטחון, סג(3) 331 (2009); בג"ץ 9593/04 ראשד מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, סא(1) 844 (2006)).

123. בפסק הדין המוביל העוסק בזכויותיהם של פלסטינים תושבי הגדה להגיע אל אדמותיהם לצורך ביצוע עבודות חקלאיות, הוא פסה"ד בבג"ץ 9593/04 ראשד מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, סא(1) 844 (2006), דן בית המשפט הנכבד בעניין זכות הגישה וחופש התנועה של התושבים המוגנים, ועל המשקל העודף שיש להעניק לחופש התנועה של אדם לאדמותיו, כחלק מעקרונות חוקתיים בסיסיים ותחולתם ביחס לאוכלוסייה המוגנת המצויה בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית:

י' [...] 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 פיסקה 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)

124. דברים אלו יפים גם לתנועה במרחב הציבורי – השייך לציבור כולו ובפרט לציבור המוגן – כאשר היא נדרשת לצורך הגעה למרחב פרטי.

125. במובן זה, אי-יידוע הפלסטינים על ייעוד השטח להתנחלויות מציב מגבלות על תנועתם באופן פתאומי ללא התרעה, מבלי שתינתן להם הזדמנות להיערך לכך מבעוד מועד ולהתאים את עצמם למצב החדש, כגון באמצעות תיאום מראש ובקשת אישורי מעבר או כניסה.

III – חופש העיסוק והזכות לפרנסה

126. היעדר הגישה לאדמותיהם של הפלסטינים גם פוגע בפרנסתם שכן הם אינם יכולים יותר לעבד את האדמה ולהפיק ממנה את הפירות שהיא מניבה. הפגיעה בפרנסה אינה תלויה בפרסום תחומי השיפוט אולם, ידיעה מראש על שינוי תחומי השיפוט המגבילים את תנועתם הייתה מאפשרת לבעלי האדמות הפלסטינים להיערך ולהתארגן בהתאם לקראת הפגיעה ולנסות לצמצם את הנזק הכלכלי הצפוי.

VI - פגיעה בזכות הטיעון במסגרת הליכים המקדימים להליכי תכנון

127. כאמור בחלק העובדתי, המדינה הצהירה כי הרשאות לתכנון בתוך תחומי של יישוב ישראלי אינן מתפרסמות לציבור הרחב. מעצם היותן של אדמות הציבור חלק מתחום השיפוט של הרשויות המוניציפאליות הישראליות באזור, הרי שבכך פתוחה להן הדרך לנסות ולקדם על אדמות אלה תכניות שונות אשר תשרתנה אותן, את תושביהן ואת צרכיהן, ולא את צרכי האוכלוסייה המקומית המוגנת. כל זאת, מבלי שהציבור הפלסטיני יידע על כך דבר ויוכל להביע התנגדותו במקרה הצורך.

128. כך, נוצר מצב שבו רק בשלב מאוחר ביותר, כאשר הליכי התכנון הופכים לפומביים, התושבים הפלסטינים נוכחים לדעת שהשטח נקבע כתחום שיפוט של התנחלות, ולעיתים רק כאשר כבר החלה בנייה בשטח שמקשה על קבלת השגותיהם, הנוגעות לאופי תחום השיפוט ועיצובו (בדגש על סוגיית המובלעות). מתן זכות טיעון בכל הנוגע לעיצוב תחום השיפוט, יכול במידה רבה לפתור קונפליקטים עתידיים ופתרונות מסורבלים בשל קיומן של מובלעות אלה בין תחומי השיפוט של התנחלויות השונות.

129. הניסיון מלמד כי במקרים שבהם פלסטינים פונים בדרישה לבטל צווי תפיסה או הפקעה, בין השאר כאשר נודע להם כי אדמותיהם הפרטיות הוקצו לטובת תושבים ישראלים, המדינה טוענת כי יש לדחות את הבקשה בשל שיהוי. זאת על אף שדבר ההקצאה ו/או קביעת תחום השיפוט לא פורסם, או פורסם בדיעבד.

130. בדרך זו, היעדר פרסום מראש של תחומי השיפוט שולל מהפלסטינים את ההזדמנות להגיש התנגדויות והשגות אפקטיביות, ובמועד שעוד מאפשר להשגותיהם להתקבל.

131. חשיבותה הציבורית העצומה של הסוגיה והפגיעה הפוטנציאלית בזכויות, מצדיקות להטיל על המשיב את החובה לפרסם מבעוד מועד כל כוונה לקבוע או לשנות תחומי שיפוט מוניציפאליים, לאפשר לציבור גישה חופשית למפות תחומי השיפוט ולתת לכל המעוניין הזדמנות להתנגד לשינוי המתוכנן.

132. בהקשר זה, פומביותו של המעשה המינהלי אינה מתמצה בזכות העיון של כל אינדיבידואל בנפרד, דבר המצריך פנייה פרטנית בכל מקרה ומקרה, אלא עליה להיעשות מראש, בעקביות, ובדרך שתגשים את תכליות הפרסום באופן אפקטיבי (ראו בהקשר זה, פרופ' ד' ברק-ארז, **משפט מינהלי**, עמ' 240).

(ג) חובת הפרסום מראש נובעת מזכות הטיעון של הפרט

133. חובת הפרסום המוקדם נגזרת גם מזכות הטיעון של הפרט, המהווה חלק מכללי הצדק הטבעי. כללים אלו הם הלב של המשפט המינהלי ומהווים את הבסיס להגינות בהליך המשפטי. זכות הטיעון משמעה היא כי הפרט העלול להיפגע מהחלטת הרשות זכאי לטעון כנגד החלטה זו. זכות הטיעון נפגעת ואף נשללת כאשר החלטות הרשות אינן מתפרסמות ואינן מובאות לידיעת הציבור הרחב.

134. יתר על כן, הזכות לטיעון הכלולה בזכות להליך הוגן מוכרת אף כחלק מהזכות לכבוד האדם (ראו בג"ץ 4128/02 **אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד נח(3), 503, 519 (2004)). לפיכך, לאור החשיבות הרבה שהמשפט הישראלי מייחס לשמירה קפדנית על כללי הצדק הטבעי בכלל ועל כלל השמיעה בפרט, זכותו של אדם להישמע בטרם ייפגע היא אחת מזכויות היסוד שלו וחובתם של המשיבים לפעול בהגינות וביושר היא אחת מחובות הבסיס שלהם (ראו בג"ץ 4112/90 **האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד דרום**, מד(4) 626, 640 (1990)).

135. בענייננו, לאור הפגיעה הפוטנציאלית והממשית בזכויותיהם של הפלסטינים כתוצאה מקביעת תחומי השיפוט, וביתר שאת, לנוכח הפגיעה הקשה הנגרמת בכך לאינטרס ציבורי משמעותי של הציבור הפלסטיני בכללותו, ישנה חשיבות מיוחדת בשמיעת עמדותיהם של המעוניינים לפני קבלת החלטה בעניין.

136. הדבר מקבל משנה תוקף לאור הנכונות של המשיב להחיל את עקרונות וועדת הגבולות, אשר חלים בתוך ישראל, במישור היחסים שבין הרשויות הישראליות באזור לבין עצמן, היכן שעשוי להשתנות תחום שיפוט בין מועצה אחת למשנה. או-אז, ניתנת זכות טיעון מקדימה לתושבי המועצות עצמן (בעוד שלציבור הפלסטיני, ככלל, הדבר אינו משנה). אולם היכן שמועבר שטח ציבורי מחזקת הכלל, לחזקת האוכלוסייה הישראלית בלבד (ומשכך הסיכויים שתושבים ישראלים יתנגדו לכך הינו אפסי), אז בוחר המשיב שלא לאפשר זכות טיעון מראש טרם קבלת החלטה. התוצאה בפועל, הינה אפליה פסולה, על בסיס 'חשוד', אשר מעניקה זכות טיעון אופרטיבית אפקטיבית לישראלים, אבל לא מעניקה זכות טיעון מקבילה היכן שעשויים להיפגע אינטרסים של פלסטינים.

(ד) חובת הפרסום מראש נובעת מעיקרון השקיפות ומחובת הנאמנות של הרשות המינהלית

137. חובת הפרסום המוקדם נגזרת גם מעיקרון השקיפות. "הפרסום תורם לשקיפות, כלומר חושף את פעולותיהן של הרשויות לביקורת (הבוחנת אם הן תואמות את הדין ואם הן מקדמות מדיניות ראויה)" (ראו דפנה ברק ארז **משפט מינהלי**, כרך א', (2010) עמ' 327 (להלן: "**ברק ארז המשפט המינהלי**")). רשות מינהלית

מחויבת לפעול באופן פומבי ושקוף כך שעיקרי פעולתה יהיו פתוחים וגלויים בפני הציבור. שקיפות כזאת מאפשרת לאנשים וגופים מקרב הציבור הרחב לנקוט מבעוד מועד צעדים על-מנת למנוע התנהלות בלתי-ראויה ואולי אף בלתי-חוקית שנעשית ע"י רשות מינהלית (ראו זמיר **הסמכות המינהלית** בעמ' 1035 (להלן: "זמיר, **הסמכות המינהלית**)). "העין הציבורית היא לא רק ביטוי לזכות לדעת, אלא גם בבואה לזכות לפקח" (בג"ץ 1601/90 **שליט נ' פרס**, פ"ד מד(3) 353, 360/361, הנשיא שמגר).

138. עיקרון השקיפות הציבורית גם מקדם ערכים של צדק חלוקתי:

"הליך קבלת החלטות שמתקיים בתנאים של פומביות ומאפשר שיתוף של יחידים וקבוצות אשר אינם מיוצגים במינהל עצמו מאפשר להתקרב לאידיאל של צדק חלוקתי, גם אם לא להגשים אותו במלואו" (ברק-ארז "צדק חלוקתי במקרקעי ישראל: בעקבות בג"ץ הקרקעות החקלאיות", **המשפט** כרך י' (תשס"ה) עמ' 308).

139. חובת הפרסום המוקדם גם נגזרת מחובת הנאמנות של הרשות המינהלית:

"מקורו של עיקרון השקיפות הוא בתפישת היסוד של המינהל הציבורי כנאמן הציבור: כל אשר מחזיק הוא בו – כנאמן הציבור מחזיק הוא בו, ואילו משלו אין לו ולא כלום. אכן, כלשונו המרהיבה של השופט ח' כהן, הרשות "כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן, וכשלעצמה אין לה זכויות או חובות נוספות על אלה, או שונות ונפרדות מאלה, אשר הן נובעות מנאמנות זו או הוקנו לה או הוטלו עליה מכוח הוראות חקוקות": בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, ירושלים [17], בעמ' 331. המחזיק בסמכויות על-פי דין חייב לפעול אפוא מתוך אמון ונאמנות, ושומה עליו לשוות נגד עיניו כל העת, ערב ובוקר בכל יום תמיד, את טובת הציבור ואת טובת הציבור בלבד. ומשידענו כי עובד הציבור עושה בנאמנות כשליח הציבור, חייב הוא ממילא בחובותיו של שליח, ובהן החובה ליתן דין-וחשבון על מעשיו, קרא לגלות לשולחיו – לכלל הציבור – מה עשה ומה לא עשה, מדוע עשה כך ולא אחרת, וכשלא עשה – מדוע לא עשה. חייב הוא לגלות כל מעשים ומחדלים ונימוקיהם בצדם. כך, רק כך, יוכל הציבור לדעת אם עשה עובד הציבור באמונה [...] המינהל חייב אפוא בשקיפות פעילותו והחלטותיו. שקיפות תבטיח פיקוח ובקרה, ורק כך יהא ניתן לבחון ולבדוק אם פעל המינהל כפי שראוי הוא כי יפעל." (הדגשות הוספו, ש.ז., מ.ז.).

(בג"ץ 3751/03 **אילן נ' עיריית תל אביב - יפו**, פ"ד נט(3) 817, 833 (2004); ראו גם: פרשת **הארץ**, עמ' 471; בג"ץ 1635/90 **ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה**, עמ' 840; עת"מ 6013/04 **מדינת ישראל, משרד התחבורה נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ** ס(4) 60 (2006), עמ' 76-77).

140. השקיפות הכרחית אף יותר היכן שקיים חשש ממשי כי החלטות הרשות עשויות להיות מושפעות משיקולים זרים ומלחצים פוליטיים, כדוגמת הלחצים המופעלים על רשויות האזור הרלוונטיות מצד גורמים מטעם הרשויות המקומיות. כך, הנתונים המופיעים בחלק העובדתי לעיל המראים כי בעוד שהרחבת תחומי שיפוט ביישובים ישראלים מתרחשת בתדירות גבוהה, הרחבת תחומי שיפוט של יישובים פלסטיניים היא חריגה ונדירה, עד לא קיימת (ולא בכדי אין כל נוהל המסדיר שינוי זה – הדבר לא נעשה בפועל על ידי המשלב); היעדרו של נוהל להרחבה/תיקון/הגדרה חדשה של יישובים פלסטיניים בגדה המערבית, שיתקיים לצד הנוהל המקביל בדבר יישובים ישראלים, והאפליה בהקצאת המשאבים הנגזרת מכך; ייצוג היתר שיש לתושבי ההתנחלויות בגופים השונים הקובעים את תחומי השיפוט לעומת היעדר הייצוג המוחלט שיש לתושבי הכפרים הפלסטיניים – כל אלה מעלים

כי יש מקום לחשש ממשי מפני הליך בלתי-תקין, ומחזקים את הצורך בשקיפות ובהטלת הנטל על הרשות להוכיח כי ההליך מתבצע ללא רבב.

(ה) חשיבות הפומביות והפרסום המוקדם בהליכי הקצאה של נכסים ציבוריים ובהליכי קביעת תחום

מוניציפאלי

141. כפי שטענה המדינה בתשובתה לעתירה בבג"ץ 8217/15, קביעה של תחום שיפוט היא אחד השלבים בהליך של הקצאת קרקע ציבורית. חובת הפרסום המוקדם החלה בהליכי הקצאת קרקע חייבת לחול אם כן גם לגבי השלב של קביעת תחום שיפוט.

142. זאת ועוד, יש לראות בקביעת תחום השיפוט כשלעצמה, כפעולה של הקצאה של נכס ציבורי. כלומר, גם אם אין מתקיימים הליכי הקצאה פורמליים, עצם הקביעה כי קרקע ציבורית תעבור לניהולה של מועצה אזורית או מקומית, על חשבון שימושים אחרים שניתן היה ליעד עבורם את הקרקע, מהווה מבחינה מהותית הקצאה של נכס ציבורי.

143. משכך, החובה לפרסם מראש מידע על הכוונה להקצות משאבים ציבוריים, שחשיבותה המיוחדת הוכרה בפסיקת בית המשפט העליון (ברק-ארז, **משפט מינהלי**, עמ' 295), צריכה לחול גם ביחס לקביעת תחומי שיפוט.

144. כך, בבג"ץ 3638/99 **בלומנטל נ' עיריית רחובות**, פ"ד נד(4) 220 (2000) נדונה החובה להודיע על כוונה להקצות קרקע לצורך ציבורי. וכך נקבע:

"נדבך ראשון בהליך הקצאה תקין הוא הפרסום. חובת הפרסום היא פועל יוצא של השקיפות הנדרשת לצורך תקינותו של ההליך המינהלי [...]. כאשר ההקצאה משליכה על תושבי השכונה, ויש בה כדי להשפיע על אורח חייהם ועל איכות חייהם, וכאשר יכול וישנם מעוניינים נוספים שבידם להציע הצעות לשימושים שונים בקרקע לצורכי ציבור או קרקע אחרת לצורך הפרויקט המוצע, יש לפרסם את עניין ההקצאה ולאפשר להם להשמיע ולומר את דברם" (עמ' 230).

145. באופן ספציפי יותר, קיימת הכרה בחשיבות העצומה של ניהול הליך שקוף ופומבי בהליכים של שינוי תחום מוניציפאלי. על-פי פקודת העיריות, שינוי של תחומי שיפוט מוניציפאליים מחייב הקמת ועדת חקירה, שעליה מוטלת, בין השאר, החובה לבחון את עמדותיהם של התושבים המושפעים מן ההחלטה על שינוי תחום השיפוט (ברק ארז, **משפט מינהלי**, עמ' 297).

146. בבג"ץ 5445/93 **עיריית רמלה נ' שר הפנים**, פ"ד נ(1) 397 (1994) נקבע כי על הוועדות להקפיד על זכות השימוע ועל פרסום נאות, וכי עליהן לאפשר לצדדים להציג את עמדתם בטרם יגבשו את המלצותיהן. פסיקה זו קובעת כי לא זו בלבד שעל הוועדה לשמוע את עמדות הצדדים, אלא כי עליה אף ליזום באופן אקטיבי את הפנייה לציבור ולא להמתין באופן פאסיבי לפניית הציבור המעוניין אליה. בכך הודגשה חשיבות שיתוף הציבור הרלוונטי בהליך קביעת תחומי השיפוט. פסיקה זו מלמדת על החשיבות העצומה שניתנת לשמיעת התושבים המושפעים מן ההחלטה על שינוי תחום השיפוט, בטרם קבלת החלטה:

"לפני שהוועדה קובעת באופן רשמי מה דורשת טובת התושבים בשטח, האם אין ההגינות מחייבת לשמוע מה הם חושבים על טובתם? אכן, דעתם ומשאלתם של התושבים אינה מכרעת. אפשר שהתושבים יביעו משאלה נגד ניתוק, ואילו השר יכריע בעד ניתוק, אם משום שלדעתו הניתוק יביא טובה לתושבים ואם מטעם אחר. ובכל זאת ראוי לשמוע את

התושבים ולהתחשב בעמדתם. ליתר דיוק, צריך לתת הזדמנות נאותה, להם או לנציגיהם, להשמיע את עמדתם, אם בכתב ואם בעל-פה. לצורך זה יש להודיע בפומבי, בדרך יעילה, על הקמתה של ועדת החקירה ועל נכונותה לשמוע את התושבים בשטח או את נציגיהם. במיוחד כך כאשר השיקול המכריע של הוועדה, כמו במקרה שלפנינו, הינו טובת התושבים. נכון הדבר שכתב המינוי של הוועדה פרסם ברשומות ביום 14.5.92, ובפירסום אף נאמר כי "כל אדם המעוניין להשמיע את דעתו לפני הוועדה רשאי להגיש את עצמויותו תוך 30 ימים מיום פרסום הודעה זו". אולם, באופן מעשי, האם זה פירסום יעיל במידה מספקת לצורך זה? [...] דומה בעיניי כי היה ראוי שוועדת החקירה לא תסתפק בפירסום ההודעה בילקוט הפרסומים, אלא תנקוט צעד נוסף כדי להביא לידיעת התושבים בשטח את דבר הקמתה של ועדת החקירה ואת נכונותה לשמוע את התושבים או את נציגיהם."

(השופט זמיר, בג"ץ 5445/93 עיריית רמלה נ' שר הפנים, פ"ד נ(1) 397 (28.11.94)).

147. דברים דומים השמיע השופט ויתקון בבג"ץ 3/58 יונה ברמן ואח' נ' שר הפנים, יב 1493 (פורסם בנבו, 30.10.58), כארבעה עשורים קודם לכן, בהם הטיל על הוועדה את האחריות לוודא שכל התושבים המעוניינים להביע את עמדתם בעניין שינוי תחום השיפוט, אכן מקבלים את ההזדמנות לכך:

"יש להצטער על כך שלא הוזמנו מתנגדי הניתוק להופיע לפני הוועדה ולהשמיע שם את טענותיהם. זהו אשם הרובץ, לדעתי, לפתחה של הוועדה. אינני מוכן לפטור את הוועדה מאשם זה מן הנימוק שהיא הייתה רשאית לראות בוועד התושבים שתמך בניתוק נציג ודובר התושבים, כולם או לפחות רובם. נראה לי שזה היה עיקר תפקידה של ועדת החקירה לתהות על דעת הקהל ולא להסתפק בשמיעת אנשים שהתיימרו לדבר בשם כולם. היה זה קל הרבה יותר בשביל הוועדה להגיע אל התושבים, משזה היה בשביל התושבים הבלתי מאורגנים להגיע אל הוועדה, שכלל לא ידעו על הקמתה וקיומה. מספר תושבי השכונה אינו גדול [...]. למה לא שלחה הוועדה פתק לכל בית-אב ובו הזמנה לכל מי שירצה להשתמש בהזדמנות זו שיבוא וישמיע את קולו?"

148. בהליך קביעת תחומי השיפוט שמבצע המשיב, הוא אינו רואה עצמו כמי שמחויב לשמוע את הצדדים הרלוונטיים בטרם קבלת החלטה.

149. ראוי לחזור ולהדגיש בהקשר זה, כי אף על-פי שהדין הישראלי אינו חל בגדה המערבית, כללי המשפט המינהלי חלים על כל רשות מרשויות המדינה, ובכלל זה גם על המשיב ועל שלוחותיו, ולפיכך חייב הוא בכל החובות המוטלות על רשויות מינהליות בישראל. בין השאר, חייב הוא לפעול על-פי העקרונות המפורטים לעיל, ובפרט בהתאם לכללים בעניין הקצאות של קרקע ציבורית ושינוי תחום שיפוט מוניציפאלי.

150. חובות אלו מוטלות עליו ביתר שאת בהיותו הריבון הזמני בשטחים הכבושים, שם הרציונאל העומד בבסיס כללי ההקצאה ושינוי תחומי שיפוט מתחזק לנוכח החשיבות הציבורית שיש לסוגיית חלוקת הקרקעות והשלכותיהם על חיי היום-יום של התושבים המוגנים, ובפרט לאור המחלוקת הערה והנוקבת, ארוכת-השנים, הקיימת בנושא.

151. כמו-כן, חובות אלו מתקיימות ביתר שאת בשל אופיו הזמני של הכיבוש וכן בשל חובתו של המשיב לדאוג לרווחת האוכלוסייה המקומית המוגנת – כמתחייב מדיני המשפט הבינלאומי ההומניטארי, כמפורט להלן.

III הטיעון המהותי (ב): על הפגיעה בזכות הקניין כפי שהיא עולה מהנהול

152. לשיטת העותרים, בנוהל קביעת תחומי שיפוט קיימים מספר רבדים של פגיעות בזכות הקניין או למצער הפרות של הדין ופסיקות בית המשפט בכל הנוגע למישורי הפעלת הסמכות של המשיב מס' 1 באשר לקניין הפרטי.

153. כידוע, החובה של המשיב להגן על הקניין הפרטי של האזרחים המוגנים מעוגנת במשפט הבינלאומי ההומניטארי שלו הוא כפוף, בתקנה 46 לתקנות האג. המדובר בחובה פוזיטיבית, המחייבת את המשיב הן להגן והן לא לפגוע בעצמו בזכות הקניין של התושבים המוגנים בשטח הכבוש.

154. 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 כבי' השופטת (כתארה אז) ד' בייניש בפסק הדין בעניין **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).*

(א) על היווצרות המובלעות והכיסים הפרטיים בתוך תחומי היישובים

155. ראשית, וכפי שהבהרנו לעיל, בפועל, תחומי השיפוט שנקבעים על ידי המשיב כוללים מובלעות שונות, וכיסים של אדמות פרטיות.

156. עצם הכללתן של אדמות אלה בתוך תחומי השיפוט או במקטעים אשר יקשו, ימנעו או יגבילו את תנועת בעלי הקרקע אל אדמותיהם, מהווה פגיעה בקניין.

157. לאור פגיעה פוטנציאלית זו בקניין, נדרשת זכות שימוע עובר לקביעת תחומי השיפוט. דווקא בשל חשיבותה של זכות הקניין הן במישור של המשפט הבינלאומי ההומניטארי והן על פי שיטת המשפט שלנו לאור עיגונה של זכות הקניין כזכות יסוד, הרי שכל פגיעה כאמור, או אף חשש לפגיעה, מחייב יכולת השמעת טיעונים לפני קבלת החלטה בנדון על ידי הרשות, ולא לאחריה.

158. הדברים שזורים לאורכה ורוחבה של העתירה ועל כן העותרים לא יחזרו על כך פעם נוספת.

(ב) על חוסר החוקיות שבהכללת אדמות שהופקעו לצרכי ציבור ואדמות שנתפסו לצרכים צבאיים בתוך תחומי השיפוט של יישובים ישראלים.

159. בפועל, הנוהל לקביעת תחומי יישובים ישראלים ב כפי איו"ש קובע בסעיף 3(ג) כי תחום ההתנחלויות יכול לכלול אדמות פרטיות שהופקעו או אדמות פרטיות שנתפסו לצרכים צבאיים.

160. לשיטת העותרים, הוראה זו מנוגדת לחוק ולפסיקה ולעמדת העותר יש לאסור על יישומה. בכל הנוגע לאדמות מופקעות, אלה אמורות לשרת את האוכלוסייה כולה ובראש ובראשונה את האוכלוסייה הפלסטינית (ראו בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לז' (4) 785 (1983)).

161. הפקעת אדמה פרטית היא הפקעה "צמודת מטרה" ואינה הופכת את הקרקע המופקעת לאדמת ציבור רגילה. כיוון שמטרת ההפקעה אמורה לשרת את האוכלוסייה הפלסטינית באזור, אין לכלול אותה בתחומי

ההתנחלויות הישראליות. בהקשר זה נשוב ונפנה לחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה, פרופ' זמיר, המצ"ב כנספח מס' 8.

162. העובדה כי הנוהל קובע כי הפקעות שבוצעו בעבר אמורות להכלל בתחומי שיפוט של יישובים ישראלים ורשויות ישראליות, ובכך לחסום את אפשרות השימוש במקרקעין המופקעים על ידי כלל האוכלוסיה במרחב, בראש ובראשונה האוכלוסיה הפלסטינית הנפקעת, כחלק מנוהל ושגרת עבודה, חרף חוות הדעת של פרופ' זמיר כיועץ המשפטי לממשלה, אינה חוקית לשיטת העותרים.

163. **ייאמר המובן מאליו: עתירה זו אינה מתיימרת לדרוש את ביטולן של הפקעות או הכללת הפקעות בתוך תחומי שיפוט של יישובים ורשויות מקומיות כפי שבוצעו בעבר,³ אלא רק מבקשת כי מעתה והלאה לא יכללו אדמות מופקעות בתוך תחומי השיפוט, כפי שהנוהל קובע.**

164. כך או כך, עמדתה הנוכחית של המדינה, אותה היא מיישמת, היא כזו המאפשרת לה להפקיע אדמות פרטיות של פלסטינים לצרכי ציבור ולייעד אותן לתחומי שיפוט של התנחלויות – אליהן כאמור פלסטינים אינן יכולים להגיע – לפרקי זמן ארוכים ביותר ובלתי מוגבלים בזמן. נוסף על הפגיעה הנגרמת לציבור הפלסטיני המפורטת לעיל, במקרה של ייעוד קרקע מופקעת להתנחלויות מתווספת להן גם פגיעה בקניין הפרטי.

165. הדבר נכון ביתר שאת לאדמות פרטיות שנתפסו על ידי המשיב לצורך צבאי. אלה אמורות לשמש לצרכים צבאיים, הכרחיים ודחופים, ולא לצרכי התיישבות ישראלית, בייחוד לאחר פסיקת בית המשפט בבג"ץ 390/79 **דויקאת נ' ממשלת ישראל ואח'**, פ"ד לד(1) 1.

166. העובדה שהנוהל הנוכחי מתעלם מפסיקת בית המשפט ועדיין מבקש לכלול בתוך תחומי שיפוט של יישובים ושל רשויות מקומיות שטחים פרטיים שנתפסו לצרכים צבאיים, מלמד כי הוא מסרב להפנים את הפסיקה בנושא.

167. בפועל, כפי שעולה מהנוהל, המשיב מתייחס לאדמות תפוסות כשקולות לאדמות מופקעות, ואת שניהן הוא מייעד ומייחד לצרכי היישובים הישראלים בתחומי הגדה המערבית.

168. גם במקרה זה, נשוב ונאמר את המובן מאליו: העתירה הנוכחית אינה מתיימרת לדרוש ביטול של תחומי שיפוט קונקרטיים ביחס לאדמות שנתפסו לצרכים צבאיים, אשר כבר בוצעו בעבר. העתירה כן מבקשת כי יבוטל הרכיב בנוהל אשר מייחד אדמות תפוסות לצרכי ביטחון לחלק מתחומי השיפוט של הרשויות לעתיד.

169. לפיכך, כאשר נקבע תחום שיפוט הכולל אדמות פרטיות של פלסטינים, שאליהן לא יכולים בעלי הקרקע להגיע, הרי שנפגעת זכות הקניין שלהם, שלא לומר מתאיינת.

170. על כן, לשיטת העותרים, החלק בנוהל קביעת שטחי שיפוט של יישובים ישראלים המבקש לכלול באופן אינהרנטי ואוטומטי של אדמות שהופקעו לצרכי הציבור או אדמות שנתפסו לצרכים צבאיים כחלק משטחי השיפוט של התנחלויות, מנוגד לפסיקת בית המשפט הנכבד, מנוגד לדין ומנוגד לשכל הישר.

³ קיימים מקרים קונקרטיים העוסקים בדרישה לביטול הפקעות לאור העובדה כי מקרקעין פרטיים של פלסטינים הופקעו לרווחתם האישית של תושבים ישראלים מהתנחלויות, באופן המנוגד לדין. כך למשל, בכל הנוגע לאדמות הכפר ענאתא אשר הופקעו בשנות ה-70, לגבי חלק ניכר מההפקעה לא נעשה כל שימוש, ולגבי חלקים אחרים השימוש שנעשה הקצה את האדמות המופקעות למען הציבור, לידיהם של חקלאיים ישראלים מההתנחלות הסמוכה. הנושא תלוי ועומד בפני בית המשפט במסגרת העתירה בבג"ץ 3240/15 **ראש מועצת הכפר ענאתא ואח' נגד מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח'.**

III. הטיעון המהותי (ג): חובות הנובעות מהמשפט הבינלאומי ההומניטרי

171. הגדה המערבית נכבשה על-ידי כוחות צה"ל בשנת 1967, ועל-כן דיני התפיסה הלוחמתית (דיני הכיבוש) חלים על פעילות צה"ל בה. 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' 120-121); בג"ץ 7957/04 **זהראן יונס מחמד 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**"); וכן ראו גם בג"ץ 3969/06 **ראש מועצת הכפר דיר סאמט ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, תק-על 2009(4), 714 (2009) (להלן: "**פרשת דיר סאמט**"), בעמ' 719).

172. מסגרת דינים זו מטילה על המעצמה הכובשת את החובה להגן על רכוש הציבור / דאגה לרווחת האוכלוסייה הכבושה.

173. תקנה 43 לתקנות האג קובעת את המסגרת הכללית לפעילות כוח כובש בשטח כבוש, ומהווה כלל-על ליחסי שלטון-אזרח של השטח הכבוש (התקנה אף כונתה בספרות "חוקה בזעיר-אנפין" של הכיבוש, ראו לעניין זה: בג"ץ 69/81 **אבו עיטה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פד"י לו(2) 197). תקנה זו מעניקה לצבא הכיבוש סמכויות וכוחות שלטוניים ומתווה את השיקול המרכזי להפעלתם על-ידי הכובש: טובתה של האוכלוסייה המקומית של השטח הכבוש ועיקרון שימור הקיים. למען הסדר הטוב, נביא את נסח התקנה בשלמותה:

"בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש ינקוט הלה בכל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנהוגים במדינה, חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין".

174. הפרשנות שהוענקה לתקנה זו הוסיפה לכלל העליון של דיני הכיבוש המופיע בו במפורש – דאגה לרווחת האוכלוסייה הכבושה – גם את הקוטב הנובע מהיות דיני הכיבוש, ותקנה 43 בתוכם, חלק מדיני המלחמה והלחימה: שמירה על האינטרסים הביטחוניים של המעצמה הכובשת. שני קטבים אלה, טובת הנכבשים מחד וביטחון הכובש מאידך, הם שמניעים את דיני הכיבוש ויוצרים את 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 לו(4) 785 (1987)).

175. השימוש בכוחות הניתנים לכובש, בהם הוא מחזיק באופן זמני, חייב להיעשות באופן שיקיים את חובתו על-פי תקנה 43 "**להבטיח את הסדר והחיים הציבוריים**" של האוכלוסייה הכבושה, וכן יקיים את האינטרסים הביטחוניים של המעצמה הכובשת.

176. כמו-כן, דיני הכיבוש, הם משטר של נאמנות זמנית, והם מחייבים, בין השאר, שכל שינוי ארוך טווח בשטח הכבוש, ככל שהוא מותר, ייעשה לטובתה של האוכלוסייה המקומית (היא אוכלוסיית האזרחים המוגנים).

177. תקנה 55 לתקנות האג (להלן: "תקנה 55") קובעת את החובה לשמור על הנכסים הציבוריים ולנהלם על-פי כללי טובת ההנאה. וזו לשון התקנה:

"יהמדינה הכובשת נחשבת רק לנאמן ונהנה של הבניינים הציבוריים, נכסי דלא נידי, יערות ומפעלים חקלאיים השייכים למדינה האויבת והנמצאים במדינה הכבושה. עליה לשמור על קרן הנכסים האלה ולנהלם לפי כללי טובת ההנאה."

178. משמע, המעצמה הכובשת אינה אלא נאמן של השטח המצוי בידיה כפיקדון באופן זמני בלבד, ולה הנאת שימוש בנכס בלבד.

179. למעלה מן הצורך נוסף, כי גם המחקר של הצלב האדום הבינלאומי בדבר הדינים המנהגיים של המשפט ההומניטארי הבינלאומי, אישר כי אכן קיים כלל במעמד של משפט בינלאומי מנהגי, הקובע כי נכסי ציבור דלא-נידי בשטח כבוש יוהלו על-פי דיני הנאמנות למעט אם שימוש מכלה שלהם או פגיעה בהם בכל דרך אחרת, נדרשים בשל "צורך מלחמתי הכרחי". המדובר בכלל מס' 51 :

"Rule 51. In occupied territory:

- a. movable public property that can be used for military operations may be confiscated;*
- b. immovable public property must be administered according to the rule of usufruct;*
- and*
- c. private property must be respected and may not be confiscated, except where destruction or seizure of such property is required by imperative military necessity."*

(J. M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Vol. I: Rules (Cambridge, 2005), at pp. 178-179).

180. גם הפסיקה של בית המשפט הנכבד הכירה בעבר בחובות המוטלות על המשיבים, בכל הנוגע לשמירה על נכסים ציבוריים, והמגבלות הקיימות לצורך זה :

"יהנה כי כן הוטלה על המשיב הראשון חובה לשמור על הנכסים, היינו, תקנה 55 הנ"ל לא באה רק כדי להצהיר על כך, כי זכויותיו של השלטון הצבאי הן מוגבלות באופן יחסי, וכי רצף השלטון אינו נושא בחובו גם רצף של בעלות ממש, והאמור בה אינו מתמצה רק בהענקת זכות ניהול והפקת פירות, אלא הוטלה מכוחה גם אחריות לשמירתו ולקיומו של הרכוש". (בג"ץ 285/81 אל נאזר נ' מפקד יהודה ושומרון, פד"י לו(1) 701, בעמ' 704).

181. מחובת הנאמנות נגזר האיסור המוטל על המעצמה הכובשת לנצל את השטחים הנתונים לשליטתה לצרכיה שלה, למעט (במגבלות מסוימות) לצרכיה הביטחוניים. יש בכך היגיון רב, שהרי אלמלא כן, היה בכך לדרבן את הכוח הכובש להאריך את משך זמן הכיבוש אף מעבר לפרק הזמן הנדרש, שהוא כאמור, פרק זמן מינימאלי וזמני, או אף חמור מכך – היה בכך כדי לדרבן מדינות לצאת למלחמות ולכבוש שטחים, לצרכים שאינם ביטחוניים-הגנתיים.

182. מופע מובהק של תפיסה זו היא הלכתו הידועה של בית המשפט הנכבד בפרשת ג'מעית אסכאן הקובעת כי כאשר המפקד הצבאי עושה שימוש בסמכויות הניהול של השטח הכבוש שדיני הכיבוש מסרו לידו, אסור לו לשקול שיקולים הנוגעים לצרכים הלא-צבאיים של ארצו :

"אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסייה המקומית. אפילו צרכי הצבא הם צרכי הצבאיים ולא צרכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב. אזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אינו שדה פתוח לניצול כלכלי או אחר" (פרשת ג'מעית אסכאן, עמ' 794-795).

183. התנאי-בלעדיו-אין לחוקיות שינויים ארוכי טווח הוא שהם נועדו לטובת האזרחים המוגנים המצויים בשטח הכבוש, לטובתה של האוכלוסייה המקומית. בכך, מוגשם עיקרון-העל של דיני הכיבוש, כפי שהוא קבוע ומעוגן בתקנה מס' 43 לתקנות האג.

184. אין חולק כי ייעוד קרקע ציבורית לתחום שיפוט מוניציפאלי של יישוב היא בגדר שינוי ארוך טווח. יצוין כי לעמדת העותר, ולאור הניתוח המשפטי של תקנה 43 שלעיל, עצם ייעוד זה ליישובים ישראלים בשטחי הגדה המערבית הכבושה איננו חוקי על-פי המשפט הבינלאומי. עם זאת ולצורכי עתירה זו, ייטען כי חובתו של המשיב על-פי המשפט הבינלאומי לדאוג לרווחת האוכלוסייה המוגנת, מטילה עליו לכל הפחות את החובה לנהל את הליכי קביעת תחומי השיפוט – המעבירים שטחים ציבוריים לתחומי יישובים ישראלים – באופן פומבי ושקוף שיאפשר לתושבים המוגנים לממש את זכות הטיעון שלהם ולהתגונן מפני החלטות פוגעניות.

185. יודגש, במצב הדברים הנוכחי, לא זו בלבד ששטחים ציבוריים מוקצים לטובת האוכלוסייה של המעצמה הכובשת – וכמעט שאינם מוקצים כלל לטובת האוכלוסייה המוגנת כפי שהצגנו לעיל – הליך הקצאה זה נעשה באופן המדיר את האוכלוסייה המוגנת, מסתיר ממנה את דבר קיומו ושולל ממנה את האפשרות להישמע, תוך הפרת החובה לדאוג לרווחת האוכלוסייה הכבושה.

ד. סוף דבר

186. עתירה זו מבקשת להאיר פן שהיה חבוי עד זה לא מכבר, ושפורסם ברבים רק בחודשים האחרונים: נהלי המשיב לקביעת תחום שיפוט, והיעדר מתן זכות טיעון מקדימה בטרם נחתם תחום השיפוט.

187. כפי שהעתירה חושפת, בפועל, המשיב – כפרקטיקה ארוכת שנים – מייעד את האדמות הציבוריות הקיימות בשטחי הגדה המערבית עבור הרשויות הישראליות, ולהן בלבד. המשיב כולל בתוך רשויות אלה גם אדמות פרטיות שנתפסו לצרכי ביטחון (ולא לצרכי התיישבות) וכן הפקעות שנועדו לצרכי הציבור בכללותו.

188. לשיטת העותר, שורה של אינטרסים וזכויות של הציבור בכללותו ושל הציבור הפלסטיני בפרט, נפגעות כתוצאה ממדיניות המשיב. מדיניות זו, אשר אינה עומדת בסטנדרטים נוכחיים המצופים מרשות מנהלית, יכולה וצריכה להשתנות בנקל.

189. אופן השתלשלות הדברים ככל שהדבר נוגע להתנחלות 'עמיחי' וקביעת תחום השיפוט השרירותי והפוגעני של התנחלות זו, ממחיש את הקושי לקבל את התנהלות המשיב באופן המובהק ביותר: תחום השיפוט של התנחלות חדשה נקבע במחשכים, מבלי שיש אפשרות להביע עמדה בעניין; פניות שנעשו למשיב לא נענו; תחת זאת, האיכו המשיבים וכפיפו את הליכי התכנון ביחס להתנחלות זו, באופן אשר מציב עובדה מוגמרת בפני תושבים פלסטינים, אשר לא יכולה להיות מחלוקת כי אדמותיהם הפרטיות יושפעו מתחום השיפוט הנ"ל. כל זאת, בהעדר כל סממן ראשוני של שקיפות והגינות הנדרשת מרשות מנהלית ישראלית, בין אם היא מפעילה את סמכויותיה בישראל ובין אם מחוצה לה.

190. העובדה כי המשיב ויועצו המשפטי בחרו וביכרו אי התייחסות לפניות המקדימות שנעשו אליהם, מלמדת כי ככל הנראה המשיב ויועצו המשפטי ערים לקשיים המשפטיים המרובים בהתנהלותם, כפי שפורטו לעיל.

191. קיפוח זכות הטיעון של האוכלוסייה הפלסטינית והציבור הרחב, בכל הנוגע לקביעת תחומי שיפוט של רשויות מקומיות ישראליות באזור, אינו חוקי, אינו מידתי, אינו סביר מנהלית, ובעל השלכות פרקטיות רחבות היקף. הגיעה העת לשים קץ להתנהלות זו, מכאן ולהבא.

192. על כן, עמדת העותר היא כי יש להוציא כבר כעת, לאור מחדלי המשיב להתייחס לפנייות הקודמות, צו על תנאי בעתירה על כל ראשיה, ולאחר קבלת תצהיר התשובה מטעם המשיב, יש להפוך את הצו למוחלט.

193. כמו כן, יבקש העותר לחייב את המשיב בהוצאות הגשת עתירה זו, לרבות השבת סכום האגרה וכן שכר טרחת עו"ד של העותר, וזאת בין היתר בשים לב להתעלמות המשיב מפניות מקדימות שבוצעו אליו וכן לאור התנהלותו הדיונית והמחטפים שנקטו על ידו בכל הנוגע להקמת 'עמיחי' וקידום ההליכים הנוגעים להתנחלות זו עד כה.

העובדות המופיעות בעתירה זו נתמכות בתצהירה של הגב' זיו שטהל מנהלת מחלקת המחקר אצל העותר.

ואלה נימוקי העתירה למתן צו ביניים:

כפי שהדבר מופיע בפתח כתב העתירה, העותרים יבקשו מבית המשפט הנכבד להוציא צו ביניים המורה למשיבים 1-3, או למי מטעמם, להמנע מקידום הליכי התכנון של תכנית 252/1 והוצאתם לפועל, לרבות הקצאת המקרקעין עד לקבלת החלטה בעתירה ובסעד הנוגע להתנחלות 'עמיחי' ותחום השיפוט שנקבע לו.

(א) כמפורט לעיל בחלק העובדתי הסוקר את השתלשלות ההליכים הנוגעים לאישור תחום השיפוט של 'עמיחי' וההליכים הנובעים ממנו, לרבות לוחות הזמנים הקבועים בהם, תחום השיפוט של 'עמיחי' נקבע על ידי המשיב מס' 1 ביום 29.5.2017, ואילו שבוע לאחר מכן, ביום 7.6.2017 התכנסה וועדת המשנה להתיישבות ואישרה את קידום התכנית להתנגדויות (החלטה שפורסמה רק לפני ימים ספורים, ביום 19.6.2017). במקביל, באופן חריג ביותר, מועצת התכנון העליונה במנהל האזרחי אישרה לביצוע עבודות תשתית עוד לפני הפקדת התכנית להתנגדויות, על בסיס התכנית המיועדת (אשר אינה נגישה לעיון הציבור כל עוד לא הופקדה). הליך תכנוני זה, אשר לא היה כלל על סדר היום של מועצת התכנון העליונה, ובוצע במחטף בלתי ראוי, הוביל לכך שעוד טרם הופקדה התכנית להתנגדויות כבר הוחל בעבודות על פיה.

(ב) כפי שעולה במפורש מפרוטוקולים מוסדות התכנון, כוונת המשיבה מס' 3, בשיתוף המשיבה מס' 2, היא לקדם הליכי תכנון ביחס לכלל תחום השיפוט, לרבות בחלקים הסמוכים למובלעות הפרטיות, וכן באופן אשר עשוי לפגוע באופן ודאי בזכויותיהם של תושבי הכפר ג'אלוד להגיע לאדמותיהם ולממש את זכויותיהם. (ג) מרגע שמקודמים הליכי התכנון, אלה "מתיישרים" לאור תחום השיפוט הקיים, וזאת כיוון שלמוסדות התכנון אין כל סמכות לדון בתחום השיפוט. כל קביעה או שינוי של תחום השיפוט מצוי בתחום הסמכות של המשיב מס' 1 בלבד.

(ד) קידום הליכי תכנון, כל עוד לא נשמעו והוכרעו עמדות העותרים באשר לתחום השיפוט של 'עמיחי', עשוי להעמיד את תושבי הכפר ג'אלוד בפני שוקת שבורה: הליכי התכנון יקודמו, צדדים שלישיים יסתמכו עליהם, הסכמים למימוש הליכים אלה ייחתמו, באופן אשר גורמים אשר עשויים להיות תמי לב יסתמכו עליהם, ובסופו של יום עשויים תושבי הכפר ג'אלוד להתמודד מול מציאות עובדתית קיימת, אשר לא תועיל לבקשתם לשנות את תחום השיפוט של 'עמיחי'.

(ה) ריבוי הפגמים שבאי-מתן זכות שימוע וטיעון בכל הנוגע לתחום השיפוט, כפי שנתבקש מספר פעמים על ידי העותרים, וזאת בצירוף ההליכים התמוהים המבקשים להתיר באופן חריג בנייה של תשתיות בטרם תופקד כלל התכנית, מוביל לכך כי הכף נוטה בבירור לטובת הוצאת צו הביניים המבוקש.

(ו) כפי שמורה פסיקת בית המשפט הנכבד, כאשר מבקשים להשיג על הליכים מסוג דא, אין להמתין לקיומה של תכנית המבקשת להוציא את ההליך לפועל באופן אופרטיבי, אלא דווקא את ההליכים המאפשרים ומכוונים את הוצאתם של הליכים אלה אל הפועל (השוו: בג"ץ 281/11 ראש מועצת בית איכסא ואח' נגד שר הביטחון ואח' [פסק דין מיום 6.9.2011, פורסם באר"ש], פסקה 15 לפסק דינו של כב' השופט ע' פוגלמן).

(ז) כידוע, תכליתו של צו ביניים היא לקבע את המצב הקיים כדי לאפשר לבית המשפט להיענות לסעד הראשי שהתבקש על ידי העותרים, ככל שימצא כי ראוי לעשות כן. אכן, מטרת הבקשה בעיקרה היא למנוע נזקים והסתמכויות של גורמים שלישיים, אשר עלולים ברמה גבוהה לרדת לטמיון אם תתקבל העתירה.

(ח) כאשר בוחנים את שני האדנים המונחים על הפרק, מאזן הנוחות מחד גיסא וסיכויי העתירה מאידך גיסא, ברור כי מקבילית הכוחות נוטה באופן ברור לטובת העותרים:

(ט) מבחינת מאזן הנוחות, הרי שנכון לכתובת שורות אלה, טרם קודמה תכנית וטרם החלו ההליכים התכנוניים לגביהם, למעט ביחס לאישור ביצוע עבודות התשתית האמורות.

(י) החלטת המשיבים, כפי שהיא מוצגת עם החותמת הסופית של תשובת המשיב מס' 3, מבקשת לשנות את המצב הקיים בשטח. כידוע, כאשר מטרת הסעד היא לשמור על המצב הקיים בעת פתיחת ההליך ייטה בית

המשפט להיעתר לבקשה למתן הסעד הזמני (ראו ע"א 732/80 ארנס נ' בית אל, פ"ד לח(2) 645, 652 מול האות ה', ע"א 1226/90 בנק לאומי לישראל נ' הסתדרות הרבנים דאמריקה, פ"ד מט(1) 177, 196 (זהו בדיוק מהותו של צו הביניים המבוקש בעתירה).

(יא) מנגד, העתירה מעלה סוגיות משפטיות משמעותיות, עקרוניות ופרטניות כאחד, אשר מעולם לא נדונו על ידי בית המשפט בהקשר של קביעת תחומי השיפוט ברחבי הגדה המערבית (סוגיות דומות אשר עסקו במתחרש בתוך מדינת ישראל מצדדות כאמור בעמדות העותרים). אי מתן מענה מצד המשיבים לאורך התקופה בה נוהלו התכתובות מלמד כי למשיב אין תשובות או עמדה משפטית מוצקה היכולה לשמש כ-"משקל נגד" לטענות העותרים, דבר המחזק עוד יותר את טענות העותרים.

(יב) משכך, סיכויי העתירה הינם משמעותיים ורבים, כאשר מנגד מאזן הנוחות נוטה במובהק לטובת מצב שימור הסטאטוס קוו הנוכחי. יצוין, כי העותרים מגישים את עתירתם זו לאור סד הזמנים הדוחק אשר המשיבים הציבו אותם בו, ולאור קבלת ההחלטות באופן נעדר בסיס מינימלי של שקיפות, חרף פניות העותרים.

(ג) מעל כל אלה מרחפים אופן קבלת החלטות המשיבים 1-2, בפרט כאשר קיימת פניה מפורשת מטעם העותרים בנושא האמור, ועוד טרם מסירת המענה, המהווה התנהלות מטרידה. התנהלות חפוזה זו של המשיבים 1-2 וכפיפיהם במנהל האזרחי, מבקשת לקבוע עובדות בשטח עוד טרם פורסמה התכנית כלל להתנגדויות והתקיים דיון בהם, ומבלי שהמשיב התייחס כלל לתחום השיפוט ולפניות שבוצעו ביחס אליו, בסוגיה העקרונית והפרטנית כאחד. קבלת ההחלטות וקידום הליכים עוד טרם מצא לנכון המשיב להתייחס לפניות שבוצעו אליו בנושא משקפת חוסר תום לב דיוני ונסיון לביצוע מחטפים בלתי ראויים בנסיבות.

על כן, מתבקש בית המשפט להוציא תחת ידו צו ביניים המונע את קידום התכנית עד להכרעה בסוגיית שטח השיפוט של 'עמיחי'.

היום, 22.06.2017

מיכל זיו, עו"ד

שלומי זכריה, עו"ד

ב"כ העותר