

1. טהא מוחמד נעמאן חמדאן, ראש מועצת הכפר ענתא

2. ואאל מוחמד מוסא סלאמה

3. מחמוד יונס אליאס חלוא

4. עמק שווה בע"מ

5. יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם

כולם באמצעות עו"ד שלומי זכריה ו/או מוחמד שקיר, מטעם ארגון
"יש דין – מתנדבים למען זכויות אדם", מרח' דוד חכמי 12, תל אביב-
יפו, 6777812, טל' 03.5275273, פקס': 03.5275274

העותרים

– נגד –

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

2. המנהל האזרחי בגדה המערבית

המשיבים 1-2 באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, משרד
המשפטים, רח' סלאח א-דין 29, ירושלים, 91010, פקס': 02.6467011

3. המועצה האזורית מטה בנימין

באמצעות עו"ד ע' סילבצקי ואח' מרח' קרן היסוד 27 ירושלים, טל'
02.624.8877, פקס': 02.6248553

4. ענתות, כפר שיתופי בע"מ, אגודה שיתופית מס' 6-57-002765, טל':

המשיבים

02.5713593, ד.נ. מזרח בנימין, 9062000

עתירה לצו על תנאי

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

(א) מדוע לא יגרע המשיב מס' 1 את תחום אתר תל עלמית מתחום השיפוט של המשיבות 3-4;

(ב) מדוע לא תתאפשר גישה חופשית ובלתי מופרעת של תושבי ענתא ופלסטינים אחרים תושבי האזור
לתחום האתר הארכיאולוגי תל עלמית והאתרים הסמוכים לאתר;

(ג) מדוע לא ייגרעו אדמותיהם הפרטיות של העותרים 1-2, המזוהות כחלקות 28 ו-29 בגוש 5 באדמות
ענתא מתחום השיפוט של המשיבות 3-4.

צילום אוויר של השטח בו נמצא האתר ההיסטורי מצ"ב ומסומן כנספח 1.

צילום של תחום השיפוט של המשיבה 4 הכולל את האתר ההיסטורי, מצ"ב ומסומן כנספח 2.

פתח דבר

1. העותרים בעתירה זו יבקשו מבית המשפט שישביח לחזקתם של תושבי הכפר ענתא, הפרטית והציבורית כאחד, את הגישה לאדמותיהם ואת זכות הגישה הפיסית והתרבותית לאדמות האתר ההיסטורי "תל עלמית", המצוי בשכונת ליישוב הפלסטיני ענתא המצוי בשטחי הגדה המערבית. העתירה מבקשת למעשה לשים קץ להתנהלותם הבלתי חוקית של המשיבים אשר בפועל הפקיעה את האתר מידיהם ותודעתם ההיסטורית של העותרים ושאר תושבי הגדה המערבית, ותחת זאת הועבר זה אחר כבוד לתחום שיפוטה של רשות מקומית ישראלית.
2. האתר ההיסטורי תל עלמית, ממוקם סמוך לכפר הפלסטיני ענתא, ממוקם בלב הגדה המערבית, בשטח הכפר ענתא. האתר סופח – באופן מלאכותי לחלוטין – כחלק משטח ההתנחלות ענתות (הידועה גם בשם עלמות, היא המשיבה מס' 4) להיות חלק מתחום ההתנחלות ענתות ושטח המועצה האזורית מטה בנימין. לאחר מכן, מנע המפקד הצבאי מתושבי הפלסטינים של האזור להכנס לשטח כלל. מסיבה שאינה ידועה לעותרים, ועל פי מיטב ידיעותיהם, גם אדמותיהם הפרטיות והמוסדרות של העותרים 1-2 כמו גם של בעלי אדמות אחרים נכללו במסגרת צו תחום השיפוט של המשיבה מס' 4, כפי הנראה בשל טעות הנובעת מסימון תחום השיפוט על ידי המשיב מס' 1.
3. בשוליו של תל עלמית מצויה אף חלקת קבר עתיקה המיוחסת לשייח המייסד של היישוב ענתא והקהילות המתגוררות בה ובסביבתה. קבר זה, הגם שאינו מצוי בתחום השיפוט של המשיבה מס' 4 אלא גובל בתחום השיפוט, מהווה מקום פולחן דתי, תרבותי והיסטורי עבור תושבי המקום, בשילוב עם האתר ההיסטורי הסמוך לו. כך או כך, סמיכותו של האתר ההיסטורי אל הקבר מגבילה לא אחת את יכולת התנועה של העותרים ובני קהילתם אל האזור ואל המתחם.
4. התנהלות זו של המשיבים, אשר בחסות צווים שהוצאו על ידי המשיב מס' 1 ברבות השנים, מובילה למצב של הדרה במובן הפיסי, אך לא פחות מכך, הדרה במובן התרבותי, ההיסטורי, הדתי, החברתי והמדעי. כניסתם הפיסית של תושבי הפלסטינים של האזור אל המתחם ההיסטורי נאסרה בשל צו של המפקד הצבאי, וזו הובילה להפקעת נוכחותם ההיסטורית, הדתית, התרבותית והמדעית בשטח המתחם. העברת המתחם כחלק מסמכות השיפוט של המשיבות 3-4 כפי שיובהר להלן, משקפת סדר יום פוליטי אותו מבקשים המשיבים 1-3 לקדם, על חשבון העותרים ושאר התושבים המוגנים בשטח, בניגוד להוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי.
5. עתירה זו מבקשת מבית המשפט אם כן לשים קץ להתנהלות בלתי חוקית זו ולהפקעה בפועל של מתחם נרחב מתחום האתר ההיסטורי תל עלמית והאדמות הסמוכות אליו מהעותרים והקהילה הפלסטינית במקום לטובת הרחבת ההתנחלות הישראלית בשטחי הגדה המערבית.

א. המסגרת העובדתית

I- הצדדים לעתירה

6. העותר מס' 1, מר טהא מוחמד נעמאן חמדאן, הינו ראש מועצת הכפר ענתא המייצג את קהילת הכפר הפלסטיני ענתא אשר שוכן בנפת ירושלים. הכפר ענתא שוכן מצפון מזרח לירושלים על אם הדרך הקדומה בין ירושלים ליריחו (כאשר חלק ממבני הכפר מצויים בשטחה המוניציפלי של ירושלים, כפי שזה הוגדר מחדש לאחר מלחמת ששת הימים). לכפר ולסביבותיו שורשים עתיקים

מהתקופה הביזנטית, דבר המלמד על נוכחות רחבת שנים באזור. יוער, כי חלק נכבד מאדמות הכפר ותושביו הופקעו בעבר לצורך הקמתן של התנחלויות באזור ולצורך בניית תשתיות עבור אותן התנחלויות.

7. העותר מס' 2, מר ואאל מוחמד מוסא סלאמה והעותר מס' 3, מר מחמוד יונס אליאס חלוה, הינם תושבי הכפר ענתא והמחזיקים בזכויות הקנייניות של חלקות 28 ו-29 בגוש 5 באדמות הכפר ענתא, בהתאמה. אדמותיהם אלה של העותרים הוכללו במסגרת תחום השיפוט של ההתנחלות הסמוכה ענתות/ עלמון כפי שיתואר להלן.

נסח רישום מקרקעין ביחס לחלקה מס' 28 מצ"ב **כנספח 3**.

צווי ירושה המראים את קשר הזיקה הקניינית בין החלקה ובין העותר מצ"ב **כנספח 4**.

נסח מס רישום מקרקעין ביחס לחלקה מס' 29 מצ"ב **כנספח 5**.

צו ירושה המראה את קשר הזיקה הקניינית בין החלקה ובין העותר מצ"ב **כנספח 6**.

8. העותר מס' 4, ארגון "עמק שווה" הינו חברה לתועלת הציבור, המורכבת מארכיאולוגים ופעילים קהילתיים, העוסק במקומה של הארכיאולוגיה בחברה הישראלית ובסכסוך הישראלי-פלסטיני, אשר רואה בארכיאולוגיה אמצעי לגישור וקירוב בין עמים ותרבויות בכלל, וכגורם בעל השפעה על הדינמיקה של הסכסוך הישראלי-פלסטיני בפרט. העותר מס' 5 רואה בממצאים ארכיאולוגיים ובאתרים היסטוריים וארכיאולוגיים, ככאלה אשר מספרים סיפורים מורכבים ועצמאיים מתכתיבים של מסורות ואמונות, ואינם יכולים לשמש אמצעי להוכחת בעלות של עם או של דת מסוימת ומאמיניה על אתר זה או אחר.

9. העותר מס' 5, ארגון "יש דין", הינו עמותת מתנדבים הפועלת למן שנת 2005 למען ביצור זכויות האדם בשטחי הגדה המערבית אשר נכבשו על ידי מדינת ישראל, וזאת בין היתר באמצעות חיזוק והעצמה של הליכי אכיפת החוק על אזרחים ישראלים ואנשי כוחות הביטחון, תוך מתן סיוע משפטי לתושבים המוגנים המתגוררים בגדה המערבית.

10. המשיב מס' 1, מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, הוא הגורם אשר משמש בשטחי הגדה המערבית כחליף הריבון ואחראי על כל תחומי החיים בשטח הכבוש, על פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. מתוקף תפקידו, מצויות בידיו של המשיב מס' 1 מלוא סמכויות התחיקה והניהול של השטח הכבוש. בין יתר סמכויותיו של המשיב, מצויה באופן בלעדי הסמכות לקבוע שטחי שיפוט של יישובים ישראלים ורשויות מקומיות ישראליות.

11. המשיב מס' 1 הוא זה שקבע בשנת 1992 את תחום שטח השיפוט של ההתנחלות ענתות/ עלמון, וכלל בתוך תחום שיפוט זה גם את האתר ההיסטורי נשוא עתירה זו.

מפה הקובעת את התחום השיפוט של ההתנחלות כפי שנקבעה עוד בשנת 1992 על ידי המשיב, מצ"ב ומסומנת כנספח 2.

12. המשיב מס' 2, המנהל האזרחי בגדה המערבית, הינו אורגן אשר הוקם באמצעות הצו בדבר הקמת המנהל האזרחי (יהודה ושומרון) (מס' 947), התשמ"א-1981, ולו אצל המשיב מס' 1 את סמכויותיו, בעיקר בתחום ניהול הנושאים האזרחיים בגדה המערבית.

13. המשיבה מס' 3, המועצה האזורית מטה בנימין, היא הרשות המוניציפאלית בתוכה שוכנת ההתנחלות עלמון/ענתות וכן אתר תל עלמית, וזאת בהתאם לקביעותיו של המשיב מס' 1.

14. המשיבה מס' 4, הכפר השיתופי ענתות, היא אגודה שיתופית במסגרתה מאוגדת ההתנחלות ענתות/ עלמון ותושביה. תחום ההתנחלות נקבע כאמור על ידי המשיב מס' 1 בשעתו, וחרף ריחוקה היחסי

של השטח המבונה של ההתנחלות מהאתר ההיסטורי, הרי שעיון בתחום השיפוט כפי שהוא מצ"ב מעלה כי הוא כולל "אצבע" הנשלחת מתחום היישוב המבונה אל עבר כביש הגישה אל ההתנחלות, וכן אל תחום האתר ההיסטורי הסמוך.

II – האתר הארכיאולוגי ח'ירבת עלמית/ תל עלמית

15. האתר ההיסטורי תל עלמית (או ח'ירבת עלמית), ראשיתו עוד בתקופת הברונזה התיכונה, סביב שנת 1,800 לפני הספירה. המקום התאפיין בהתיישבות במשך תקופות שונות עד ימינו, עם תנודות שונות בגודל היישוב והרכב האוכלוסייה.

16. למעשה, תל עלמית היה המיקום המקורי של הכפר ענתא אולם זה הוחרב על ידי השליט המצרי של האזור, מוחמד פשא, אשר כבש את המקום מידי השלטון העות'מני סביב השנים 1839-1840, דבר שהוביל לנדידת הכפר ענתא למיקום בו הוא מצוי היום.

17. אולם חרף מיקומו המחודש של הכפר ענתא, מרחק של מאות מטרים ספורים בינו ובין תל עלמית, נשמר הקשר הרציף של תושבי המקום עם האתר המקורי. בשוליו של האתר ההיסטורי מצוי קבר שייח' עתיק אשר הקבור בו נחשב לאב המייסד של הכפר ענתא. סביב הקבר התנהל פולחן דתי-תרבותי עתיק יומין, לרבות מקום תפילה עבור תושבי הכפר. הקבר, כמו גם שאר האתר ההיסטורי הצמוד אליו, מהווים חוליה מרכזית בהיסטוריה ובמורשת של תושבי ענתא לעברם, ומשכך, לתושבים קשר היסטורי-דתי-תרבותי-משפחתי עמוק ועתיק למקום.

העתק מתמונות של הקבר על רקע האתר מצ"ב כנספח 7.

18. הכרזה על המקום כאתר עתיקות וכאתר היסטורי בוצעה על ידי שלטון המנדט הבריטי ב-1944. ברשומות רשות העתיקות מוכרז כאתר עתיקות מחוז 51, סעיף 102 מס' אתר 3028/0. האתר נסקר בסקר בנימין ופורסם בספר **סקר ארכיאולוגי בארץ בנימין** (עורכים יצחק מגן וישראל פינקלשטיין. הוצאת רשות העתיקות, משנת 1993. תשנ"ג).

19. סקירה זו, קובעת כי האתר הוא תל ארכיאולוגי רב שכבתי, במסגרתו נסקרו שרידי מבנים רבים על כל פני השטח, כגון: רצפות פסיפס; מערות מגורים; בורות מים; מערות קבורה; מערכות תת קרקעיות הכוללות בתי בד. כמו כן, אותרו במקום שרידים אדריכליים פזורים בשטח הכוללים כותרות עמודי אבן, אבנים מסותתות, טרסות חקלאיות, המתגבשים כולם לכדי רצף התיישבות באתר מתקופה הברונזה התיכונה ועד ימינו. עוד קובע הסקר כי רובם של הממצאים שאותרו בשטח הינם מהתקופה ההלניסטית/ רומית, וכן יש ממצאים מהתקופות העות'מנית, ימי הביניים, הביזנטית, הפרסית, הברזל והברונזה.

20. רובו המוחלט של האתר מצוי בתחומיה של חלקה מס' 21 בגוש 5 באדמות הכפר ענתא, כמו כלל האדמות המקיפות את החלקה האמורה, אשר הינן קרקעות שעברו הסדר מקרקעין ומצויות בבעלות תושבי ענתא. תצלום אוויר המתאר את החלוקה לחלקות בשטח וכן את מיקום האתר מצ"ב ומסומן **כנספח 8.**

21. **הנה כי כן, מהבחינה הגיאוגרפית גרידא, מתחם האתר ההיסטורי משויך – על פי רישומי המקרקעין המקומיים – לכפר ענתא דווקא.**

22. כיום, מעצם היותו של האתר מוגדר כחלק מתחום השיפוט של המשיבה מס' 4, מנועים תושבי הכפר להכנס לאתר (וזאת הגם שאין מניעה פיסית שכן המקום אנו מוגדר או משולט בשילוט המונע גישה).

23. לאתר עצמו מתקיימים סיורים מטעם התנחלויות האזור וגורמים פוליטיים מקרב ההתיישבות הישראלית בגדה המערבית, אשר מדגישים את ההיסטוריה היהודית של המרחב והמקום, במנותק מההיסטוריה של תושבי הכפר ענתא כפי שהיא באה לידי ביטוי בקשר העתיק שלהם לאזור.
24. המחקר הגיאוגרפי-היסטורי מזהה את מקור השם באלה הכנענית ענת. תיארוך ראשית האתר לתקופת הברונזה התיכונה, המוכרת גם כתקופה הכנענית, מחזק סברה זו. בסביבות ירושלים ודרום הר חברון ניתן למצוא יישובים רבים המשמרים שמות כנעניים כדוגמת זיף, בית שמש ועוד. חוקרי מקרא ניסו לזהות את האתר עם העיר המקראית עלמית, עיר מגוריהם של כוהנים משרתי המקדש, בדומה ליישוב המקראי ענתות הסמוך גם הוא. למיטב ידיעת העותרים, אין עדויות היסטוריות ו/או ארכיאולוגיות חד-משמעיים הקושרים את האתר ההיסטורי תל עלמית לעיר המקראית האמורה.
25. מכל מקום, גם המצאם של ממצאים כאמור, אין בהם כדי לבטל את חשיבות האתר לתושביו המקוריים. נהפוך הוא: אתר בעל חשיבות היסטורית מוכרת יש בו כדי להעצים את האוכלוסייה המקומית ולהאיר את תולדותיהם כחלק מרצף היסטורי של תרבויות ועמים אחרים. אין בהקשר ההיסטורי-מקראי המיוחס לאתר לאיין ולעקור מן השורש היסטוריות אחרות, מקבילות, מוקדמות יותר או מאוחרות יותר, אשר אירעו בשטח המתחם.

III – על סיפוח המקרקעין עליו נמצא תל עלמית לתחומי המשיבות 3-4 ועל מניעת הגישה של

העותרים ותושבי ענתא אל שטח התל והאזורים הסמוכים אליו

26. כאמור, במסגרת יצירת תחום השיפוט של המשיבה מס' 4, על חוסר האחידות הנרחב שלו והפרגמנטציה הרבה בו הוא מתאפיין, הוחלט באופן שרירותי וחד-צדדי על הכללת האתר ההיסטורי לתחום השיפוט האמור.
27. עיון בתצלום האוויר הנלווה לעתירה (נספח 1) מראה כי חלוקה זו נעדרת כל הגיון של ממש – האתר ההיסטורי קרוב הרבה יותר מהבחינה הגיאוגרפית לכפר ענתא דווקא, והוא מרוחק מרחק רב מהשטח המבונה של ההתנחלות עלמון/ענתות, בוודאי זה ששרר בעת ההכרזה על תחום השיפוט, אולם גם במצב הנוכחי, עם חלוף כרבע מאה.
28. החלטתו זו של המשיב, אשר בוצעה עוד בשנת 1992, נעשתה מבלי שקדמה לה עבודה בשיתוף כלל הציבור (כגון שימוע), אלא כהחלטה פנימית, אשר גם דרכי פרסומה אינם ברורים ותדיר אינם מתבצעים כפי שמצופה מרשות מנהלית. נימוקי המשיב מעולם לא הובאו בפומבי, ולעותרים לא ניתן אלא להניח כי החלטת המשיב נבעה משני אינטרסים שלובים: האחד, להרחיב את תחומי ההשתרעות של המשיבה מס' 4, ואילו השני, למנוע מתושבי ענתא את הגישה החופשית למתחם.
29. ואכן, בפועל סיפוחו של האתר לידי המשיבות 3-4, מונע, בפועל, את אפשרות כניסתם של פלסטינים תושבי האזור למתחם, וזאת בשל הוראות הצו בדבר הוראות בטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378), התש"ל-1970 – הכרזה בדבר סגירת שטח (יישובים ישראלים) (להלן: "הכרזה בדבר סגירת שטח").
30. על פי הוראות הכרזה זו, תחומי היישובים (שהם למעשה תחומי המועצות המקומיות והאזוריות הישראליות הקיימות בשטחים) נחשבים כשטח צבאי סגור, כאשר ההכרזה מציינת במפורש כי

היא אינה חלה על ישראלים ו/או יהודים ו/או תיירים.¹ בפועל, הכרזה זו מתייחסת רובה ככולה לפלסטינים.

העתק מנוסח הכרזה כאמור מצ"ב ומסומנת כנספח 9.

31. הכללת האתר ההיסטורי בתחום שטח השיפוט הוביל אם כן להדרה פיסית, תרבותית, היסטורית ודתית של תושבי הכפר ענתא מהשטח, אשר הלכה וצברה תאוצה עם התחלת ביצועם של סיורים מטעמים של גורמי ההתיישבות הישראלית באזור או תומכיהם.

32. מנסיון העבר, הכללת אתר היסטורי בתחומה של המשיבה מס' 3 יוצר ציפייה בקרבה ובקרב אנשיה לנהל, לתפעל ולהפעיל את האתר למען האינטרסים הפוליטיים אותה היא מנסה לקדם. כך ארע, למשל, במסגרת האתר הידוע כתל שילה/ ח'ירבת סילון, אשר מהווה מוקד ארכיאולוגי לכלל הדתות, העדות והעמים השונים ששכנו באזור במהלך אלפי השנים האחרונות. עמדתה של המשיבה מס' 3 הייתה – ועודנה – כי בשל העובדה שהאתר מצוי בתחום שיפוטה, מסורה לה היכולת להפעיל ולנהל אתרים אלה כראות עינה, לרבות קבלת ההכנסות הנובעות מהפעלת אתר זה. נכון לכתיבת שורות אלה, המנהל האזרחי, הוא המשיב מס' 2, נענה למשאלות לב אלה ביחס לתל שילה, ואין להוציא מכלל אפשרות כי אותה התנהלות, לכאורה מנוגדת לדין, תופעל גם במקרה זה. יוער, כי סביב התנהלות המשיבים 1-3 ומשיבים אחרים ביחס לאתר ההיסטורי והארכיאולוגי תל שילה ושאר דפוסי פעילות בלתי חוקיים מהבחינה המנהלית לשיטת העותרים וגורמים אחרים, תלויה ועומדת עתירה בפני בית המשפט הנכבד, היא העתירה בבג"ץ 6679/15 ראש מועצת הכפר קריות ואח' נגד מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח'.

33. בנוסף על הכללת האתר ההיסטורי בתחום שטח השיפוט והפקעת יכולת ההנאה ומימוש זכויותיהם התרבותיות, דתיות, היסטוריות ואחרות של תושביו הפלסטינים של האזור, הרי שתחום השיפוט גם כלל חלקים ניכרים מחלקותיהם של העותרים 2-3, הן חלקות 29 ו-28 בגוש 5.

34. למעשה, ללא הכללת חלקות אלה, לא ניתן לכלול רצף – מאולץ ממילא – בין ההתנחלות ענתות ובין האתר עצמו, אשר מוקף אדמות פרטיות מוסדרות בבעלותם של תושבי הכפר ענתא ותושבי הסביבה. הדבר בולט לעין בצילום האוויר הכולל את שטח השיפוט והחלקות המקיפות את האתר (המצוי בחלקה 21 בגוש 5), המצ"ב כנספח 8 וכן מעיון בנספח מס' 1.

35. העותרים 2-3, אשר אדמותיהם נכללו במסגרת תחום השיפוט האמור, מעולם לא קיבלו כל הודעה על סיפוח אדמותיהם לתחום השיפוט של המשיבות 3-4 כפי שנעשה על ידי המשיב מס' 1. ספק אם המשיב מס' 1 נתן דעתו לפגיעה הקניינית האמורה, בוודאי כפי שהיא מתרחשת מאז שנת 2002, מועד ההכרזה על סגירות השטחים האמורות.

VI – פנייתם המוקדמת של העותרים אל המשיבים 1-2

36. ביום 24.1.2016, לפני למעלה מחודשיים ימים, פנו העותרים אל המשיבים 1-2 ואל היועץ המשפטי לאזור, בדרישה לגריעת מתחם האתר ואדמות העותרים מתחום המשיבות 3-4.

37. בפניה זו נדרשה החרגת האתר ואדמות העותרים 2-3 מתחומי השיפוט הנזכרים לעיל, וכן לאפשר גישה חופשית ובלתי מופרעת לאדמות. הדרישה להבטחת זכות הגישה נובעת מהקשר התרבותי-

¹ על פי סעיף ההגדרות של ההכרזה, "ישראלי" הוא תושב ישראל, מי שמקום מגוריו באזור והוא אזרח ישראל או שהוא זכאי לעלות לישראל לפי חוק השבות, התש"ו-1950 כי שתוקפו בישראל, וכן מי שאינו תושב האזור ובידו אשרת כניסה בתוקף לישראל.

דתי-היסטורי רחב השנים של העותרים ובני הכפר ענתא למתחם הקבר במובנו הצר והרחב, וכן מהעובדה כי מעולם לא היה כל צידוק לכלול את אדמות העותרים בתוך תחום השיפוט של המשיבות 3-4.

38. לפיכך, דרשו העותרים את החרגת המתחם מתחום השיפוט האמור, והשבת יכולת מימוש זכויות הפולחן הדתי, התרבותי, ההיסטורי והחברתי לאתר.

39. מכתב זה כאמור נשלח לפני למעלה מחודשיים ימים, ביום 24.1.2016, בפקס ובדואר רשום אל המשיבים, אולם חרף הוראות החוק לתיקון סדרי מנהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958, הקובע סד זמנים של עד 45 ימים למתן מענה, לא התקבלה כל התייחסות מאת המשיבים.

העתק מפניית העותרים אל המשיבים 1-2 ואל היועץ המשפטי שלהם, בליווי האסמכתאות המתאימות, מצ"ב ומסומן **כנספח 10**.

40. מכאן עתירה זו.

ג. מסגרת הטיעון המשפטי

41. הסעדים המבוקשים בעתירה נעים על המטוטלת שבין הסעד הקונקרטי-אינדיווידואלי לו זכאים העותרים 2-3 ולסעד הקונקרטי-קולקטיבי לו זכאים שאר תושבי הכפר ענתא.

42. סעדים אלה הינם אך מתבקשים לנוכח המסגרת העובדתית הרלוונטית, וכן לאור דיני המשפט הבינלאומי ההומניטארי, המשפט הבינלאומי של זכויות אדם, דיני המשפט המנהלי של מדינת ישראל ופסיקות בית המשפט הנכבד – כולם מחייבים את המשיבים 1-3.

43. נבחן ראשית את המסגרות הנורמטיביות החולשות על האזור ומערך העובדות ולאחר מכן נפנה לדון בסעדים המבוקשים על ידי העותרים במסגרת עתירתם זו.

I- המסגרת הנורמטיבית העליונה: המשפט הבינלאומי ההומניטארי, המשפט הבינלאומי

של זכויות אדם ועקרונות המשפט המנהלי הישראלי

44. אדמות האתר הארכיאולוגי ח'רבת עלמית/ תל עלמית, המצויות באדמות הכפר ענתא מבחינה היסטורית וגיאוגרפית, מצויות בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית ולדיני התפיסה הלוחמתית (דיני הכיבוש). דינים אלו מעוגנים בעיקר באמנת האג בדבר דיני המלחמה משנת 1907 והתקנות הנלוות לה, בהוראות אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בעת מלחמה משנת 1949, בהוראות המנהגיות הקבועות בפרוטוקולים הנלווים לאמנות ג'נבה משנת 1977, ובעקרונות הכלליים של המשפט הבינלאומי. אמנות אלה חלות על פעילות צה"ל בשטחים ומחייבות את רשויות מדינת ישראל, ובכלל זאת את המשיבים 1-4. (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 ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח'**, תק-על 2005(3), 3333, בו הוחלו לכל הפחות ההוראות ההומניטאריות של אמנת ג'נבה הרביעית, וכן ראו גם בג"ץ 3969/06 **ראש מועצת הכפר דיר סאמט ואח' נגד מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, תק-על 2009(4), 714, בעמ' 719 [2009]).

45. תקנה מס' 43 המופיעה בתקנות הנספחות לאמנת האג ואשר זכתה לכינוי "חוקה בזעיר-אנפין" של הכיבוש, קובעת את המסגרת הכללית לפעילות כוח כובש בשטח כבוש ומהווה "כלל-על" ליחסי שלטון-אזרח (ראו בג"ץ 69/81 **אבו עיטה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פד"י לו (2) 197).

תקנה זו מעניקה לצבא הכיבוש סמכויות וכוחות שלטוניים ומתווה את השיקול המרכזי להפעלתם והוא: טובתה של האוכלוסייה המקומית של השטח הכבוש ועקרון שימור הקיים. למען הסדר הטוב, נביא את נסח התקנה בשלמותה:

תקנה 43 בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, ינקוט הלה בכל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין.

46. הפרשנות שהוענקה לתקנה זה הוסיפה על החובות לעיל גם את השמירה על האינטרסים הביטחוניים של המעצמה הכובשת. שני קטבים אלה, טובת הנכבשים מחד ובטחון הכובש מאידך, הם שמניעים את דיני הכיבוש ויוצרים את מקבילית הכוחות, מארג השיקולים ה"חוקיים" שיכולה המעצמה הכובשת לשקול עת עושה היא שימוש בכוחות שלטוניים ומנהלת את השטח הכבוש (לדיון מקיף ב"שני הקטבים" של דיני הכיבוש ראו: בג"ץ 393/92 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון פד"י 47(4), להלן: פרשת ג'מעית אסכאן).

47. הוראות דיני התפיסה הלוחמתית גורסות כי מצב הכיבוש הינו זמני; משכך, הכוח השולט בשטח, המהווה את חליפו של הריבון, משמש כנאמן זמני בשטח. מתפיסה זו נובעת ההוראה כי כל שינוי ארוך טווח באזור הכבוש, ככל שהוא מותר, ייעשה לטובתה של האוכלוסייה המקומית (היא אוכלוסיית האזרחים המוגנים, המיוצגים על ידי המשיב מס' 1).

48. לכך יש להוסיף את האמור בתקנה מס' 55 לתקנות האג, המטילה על הכוח הכובש ובכלל זאת על המשיבים, את החובה לשמור על הנכסים הציבוריים ולנהלם על פי כללי טובת ההנאה. וכך מורה אותנו תקנה מס' 55 לעניין זה:

תקנה 55 המדינה הכובשת נחשבת רק לנאמן ולנהנה של הבנינים הציבוריים, נכסי דלא נידי, יערות ומפעלים חקלאיים השייכים למדינה האויבת והנמצאים במדינה הכבושה. עליה לשמור על קרן הנכסים האלה ולנהלם לפי כללי טובת-ההנאה.

49. בכל הנוגע לחובותיה של מדינת ישראל ככוח כובש בשטחים התפוסים בתפיסה לוחמתית ביחס לאתרים היסטוריים וארכיאולוגיים, המסמך המשפטי המקיף והחשוב ביותר העוסק בחובת ההגנה והשמירה על נכסי תרבות בעת סכסוך מזוין הינו אמנת האג בדבר הגנה על נכסי תרבות בעת סכסוך מזוין מיום 14/5/1954 (Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention 1954, 14 May 1954). אמנה זו, המשקפת משפט בינלאומי מנהגי,² מחייבת גם את מדינת ישראל החתומה עליה עוד משנת 1954.³ לאמנה זו שני פרוטוקולים נלווים, האחד משנת 1954,⁴ עליו ישראל חתומה,⁵ וכן הפרוטוקול השני משנת 1999⁶ עליו ישראל אינה חתומה.

² Francesco Francioni and Federico Lenzerini, "The Obligation to Prevent and Avoid Destruction of Cultural Heritage: From Bamiyan to Iraq", in ART AND CULTURAL HERITAGE 34 (Barbara T. Hoffman, ed., 2006).

³ כתבי אמנה 213, כרך 7 בעמ' 485.

⁴ Protocol to the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed conflict 1954, The Hague, 14 May, 1954; available at: http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=15391&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

⁵ כתבי אמנה 213, כרך 7 בעמ' 485.

50. סעיף 1 באמנה זו מגדיר כי נכסי תרבות כוללים גם אתרים ארכיאולוגיים ואובייקטים בעלי חשיבות ארכיאולוגית, ואילו סעיף 18(2) קובע במפורש כי האמנה חלה בכל הנוגע לשטח כבוש.
51. סעיף 5(1) קובע כי על המדינה הכובשת לתמוך ברשויות המוסמכות של השטח הכבוש בכל הנוגע לשמירה ושימור הנכסים התרבותיים המצויים בשטח:

"Art. 5.

1. Any High Contracting Party in occupation of the whole or part of the territory of another High Contracting Party shall as far as possible support the competent national authorities of the occupied country in safeguarding and preserving its cultural property."

52. כלומר, המשפט הבינלאומי ההומניטארי העוסק בהגנה על נכסי תרבות קובע כי קיימת עדיפות ברורה לטיפול בנכסי תרבות על ידי הרשויות והגורמים המקומיים המייצגים את השטח הכבוש. במקרה דנן, ברי כי לעותרת מס' 1, כמי שמייצגת את אוכלוסיית הכפר אשר עשתה שימוש באתרי התפילה הממוקמים באתר והוא מצוי בתחומיה ההיסטוריים, עדיפות ברורה בכל הנוגע לטיפול ושימור האתר, או לכל הפחות להיות מעורבת בו.

53. גם בית המשפט העליון של מדינת ישראל, קבע בעבר כי רשויות צה"ל השולטות בגדה המערבית מחויבים לשמור על נכסי ואוצרות תרבות, לרבות נכסים וממצאים בעלי ערך ארכיאולוגי, מחויבות הנשענת על אמנת האג משנת 1954. כך נקבע בפסק הדין בעניין בג"ץ 10356/02 **הס נ' שר הביטחון** כמצוטט להלן:

"על מפקד האיזור חלה חובה מכח כללי המשפט הבינלאומי, ובתוכם אמנת האג להגנת נכסי תרבות בשעת סכסוך מזויין, 1954, לשמור על אוצרות תרבות בשטח כבוש, ובכללם נכסים בעלי ערך ארכיאולוגי. עליו לפעול בעניין זה על פי עקרונות היסוד של המשפט המנהלי." (בג"ץ 10356/02 יואב הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נח(3), 443, -463 464 (2004)).

ובמקום אחר, עוגנה חובה זו, הקבועה במשפט הבינלאומי המינהגי, בדברים הבאים:

"...על המשיב מס' 3 מוטלת החובה, מכוח כללי המשפט הבינלאומי המינהגי, להגן ולשמור על אוצרות תרבות בשטח כבוש, כולל אוצרות ארכיאולוגיה. כמו כן מוטלת על המשיב מס' 3 החובה לפעול על פי הדין המקומי, כל עוד לא שונה כדין. לבסוף, מוטלת על המשיב מס' 3 החובה להפעיל את סמכויות - בין אלה הנתונות לו בדין הבינלאומי המינהגי ובין אלה הנתונות לו בדין המקומי ובחקיקת הבטחון, על פי עקרונות יסוד של משפטו המינהלי (כגון, בסבירות ובהגינות). בכל שלש חובות אלה עמד המשיב מס' 3 בנסיבות נשוא העתירה שלפנינו." (בג"ץ 270/87 חליל איסקנדר שהין קנדו נ' שר הבטחון, פ"ד מג(1), 738 (1989)).

54. משכך, בית המשפט העליון של ישראל, מצא לנכון לקבוע כי אמנת האג משנת 1954, המחייבת הגנה ושמירה על אוצרות ארכיאולוגיה בשטח הכבוש, הינה כזו המשקפת משפט בינלאומי מנהגי, החלה בשטח הכבוש לרבות שטחי הגדה המערבית, ומחייבת את רשויותיה של מדינת ישראל.

⁶ Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict 1999, The Hague, 22 March, 1999; available at: http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=15207&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

55. בכל הנוגע לתחולת משפט זכויות האדם הבינלאומי בשטח הכבוש, הרי שזה כולל בין היתר גם את אמנת האו"ם הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות (1966) ואמנת האו"ם בדבר זכויות כלכליות וחברתיות (1966), אמנות שמדינת ישראל חתמה עליהן ואשררה אותן בשנת 1991. בעבר, הביעה מדינת ישראל את עמדתה כי שדה משפטי זה חל רק בתוך תחומי המדינה ורק בימי שלום. העותרים, וכך גם הקהילה המשפטית הבינלאומית אינם מקבלים עמדה זו. גם בית המשפט הבינלאומי לצדק שמושב בלהאג, אשר כפי שציין בית משפט נכבד זה בבג"ץ 7957/04 **זהראן יונס מחמד מראעבה ואח' נגד ראש ממשלת ישראל ואח'** פסקה 56, מהווה את הגורם השיפוטי העליון במשפט הבינלאומי, קבע בשתי חוות דעת מיעוצות (Advisory Opinions), כי יש תחולה של דיני זכויות האדם גם במסגרת דיני העימות המזוין בכלל ובפרט דיני הכיבוש (ראו-

- *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* ADVISORY OPINION OF 9 JULY 2004, I. C. J. Reports 2004, p. 136, at pp. 177-181.
- *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 240.

56. חוות דעת אלו קבעו במפורש כי דיני זכויות האדם אינם מושעים בשל קיומו של מצב לחימה, אלא הם חלים במלוא עוזם, במגבלות הקיימות. קביעה חד-משמעית זו מצטרפת גם לשורת החלטות בית המשפט האירופי לזכויות אדם שקבע את מבחן "השליטה האפקטיבית" כמבחן המכריע לקביעת הגבולות הגיאוגרפיים של תחולת האמנה האירופאית בדבר זכויות האדם וחירויותיו הבסיסיות, מבחינתה של חברה חתומה.⁷

57. מכל האמור עולה כי משפט זכויות האדם הבינלאומי חל גם הוא על המקרה דנן והאיסורים על פגיעה בזכויות היסוד של הפלסטינים, כמו גם חובות השלטון להגן על זכויות אלו, נובעים גם ממנו. יצוין, כי בפרשת מראעבה שהוזכרה לעיל, בית המשפט הנכבד לא שלל את תחולת האמנות, וקבע כי באותו מקרה קיימת הנחה לתחולתן (ראו **מראעבה**, בפסקה 57).

58. כך, בית המשפט הנכבד הכיר בתחולתן של זכויות יסוד מכוח משפט זכויות האדם הבינלאומי בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית גם במקרים נוספים אחרים. לא אחת נקבע כי זכויות יסוד של אדם או של קבוצת בני אדם חלות גם בעת מלחמה (וראו למשל דברי השופט א' פרוקצ'יה, בפסק הדין בבג"ץ 10356/02 **יואב הס נ' מפקד כוחות צ"ל בגדה המערבית** שהוזכר לעיל, בפסקה 17 שם נקבע כי "זכות הקניין של הפרט אינה פוקעת גם בעת מלחמה"; וכן את קביעותיה של כב' השופטת (כתארה אז) ד' בייניש, בפסק הדין בבג"ץ 1890/03 **עיריית בית לחם ו-21 אח' נגד מדינת ישראל ואח'**, (תק-על 1114, 12005), המתייחסת לתחולת הזכות לחופש תנועה כזכות שמקורה במשפט הבינלאומי המנהגי של זכויות האדם (להלן: **פרשת בית לחם**). ואילו במסגרת פסק הדין בבג"ץ 3969/06 **ראש מועצת הכפר דיר סאמט, מוחמד עבד מחמוד אלחרוב ואח' נגד מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח'** (טרם פורסם) (להלן: **פרשת דיר סאמט**) קבע בית המשפט הנכבד את הדברים החד-משמעיים הבאים (בפסקה 10):

⁷ בין החלטות אלו ניתן למנות, למשל: *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, Decision of the 23rd of February 1995, Paragraph 62; *Behrami v France, Saramati v France, Germany and Norway* (Application February 1995, Paragraph 62; *Behrami v France, Saramati v France, Germany and Norway*) Nos 71412/01 and 78166/01 (unreported), 2 May 2007.

"[...] סמכויותיו של המפקד הצבאי יונקות מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי החלים על תפיסה לוחמתית [...]". ניתן, לעיתים, להשלים את ההוראות ההומניטריות מתוך משפט זכויות האדם הבינלאומי (ה-Human Rights Law)

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

"17. באשר לזכויות האדם של האוכלוסייה המקומית, אין חולק כי על המפקד הצבאי לכבד, להגן ולאפשר את מימושו של מגוון זכויות האדם המוקנות לתושבים המקומיים, בכפיפות לצרכי ביטחון חיוניים (ראו, למשל, סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית; תקנה 46 לתקנות האג. כן ראו העקרונות המנחים את פסיקתנו על-פי האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות / International Covenant on Civil and Political Rights, 1966, להלן: האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות)".

59. עולה מכל אלו, כי במשפט זכויות האדם הבינלאומי ועקרונותיו הכלליים חלים בכל שטח שבו יש למדינת ישראל (באמצעות המשיבים) שליטה אפקטיבית. אין ולא יכול להיות ספק שלישאל שליטה אפקטיבית ייחודית ובלעדית בשטחי C, בו ממוקם האתר ההיסטורי חירבת עלמית והקבר הצמוד אליו. זוהי גם עמדת בית המשפט הנכבד כפי שעולה מהפסיקות לעיל, וברור כי היכן שהמדובר בכיבוש ארוך טווח הוא אינו יכול ואינו מאפשר, מטיבו ומטבעו, להותיר קבוצה אנושית כה גדולה משוללת זכויות אדם.

60. בפרט, יבקשו העותרים להתייחס לאמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם משנת 1966, אשר מעגנות בסעיף 1, המשותף לשתי אמנות אלה, כי המשאבים הטבעיים של כל עם ועם נועדו לקידום הכלכלי, החברתי והתרבותי:

"1.א. לכל העמים הזכות להגדרה עצמית. בתוקף זכות זו חופשיים הם לקבוע את מעמדם הפוליטי ולשקוד בחופשיות על פיתוחם הכלכלי, החברתי והתרבותי."

61. זאת ועוד – במסגרת זכויות האדם הקהילתיות, קיימות הזכויות של העמים להיות מעורבים בניהול נכסי הציבור ולהיות שותף לחיי התרבות באזור. כך למשל, סעיף 15 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, תרבותיות וחברתיות קובע כי:

15.א. מדינות שהן צד באמנה מכירות בזכותו של כל אדם:

1. להשתתף בחיי התרבות;

62. ואילו סעיף 25 באמנה בדבר זכויות מדיניות ואזרחיות, קובע כי:

25. לכל אזרח יהיו הזכות והאפשרות, ללא כל הפליה מן ההפלות שצוינו בסעיף 2 וללא הגבלות בלתי-סבירות:

א. ליטול חלק בהנהלתם של עניני ציבור, במישרין או באמצעות נציגים שנבחרו באורח חופשי;

63. לצד מערכות הדינים הבינלאומיות, מחויבות מדינת ישראל ורשויותיה לרבות המשיבים 1-2 בעקרונות החוקתיים והמנהליים של מדינת ישראל ובכלל זאת בכיבוד זכויות היסוד שעוגנו בחוקתה החלקית. הגם שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו חלק מדיני הגדה המערבית, העקרונות החוקתיים והמנהליים שהוא מתווה מטילים חובות על כל רשויות השלטון הישראליות בפועל וגם מחוץ לגבולותיה הריבוניים של מדינת ישראל. בית המשפט הנכבד קבע לא אחת, כי עקרונות חוקתיים ועקרונות המשפט החוקתי הישראלי יחולו על פעילות המשיבים בגדה המערבית וכך גם

לעניין כללי הצדק הטבעיים. בבג"ץ 69/81 באסיל אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(2), 197, (בעמ' 226-227) נקבע:

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

[וראו לעניין זה גם פסקי הדין בעניין בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2), 529, 539-540 (1989), בג"ץ 7015/02 כיפאח מחמד אחמד עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', תק-על 2002(3), 1021, 1025 (2002); בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' שר הבטחון, פ"ד מז(1), 267, (1993); בג"ץ 10356/02 יואב הס ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נח(3), 443, (2004).]

64. הוראות המשפט המנהלי מחייבות את המשיבים 1-3 לנהוג בסמכות, סבירות ובשקיפות; בשוויון ובהגינות; ללא עירובם של כל שיקולים זרים בקבלת החלטותיהם ובשים לב לשיקולי הצדק הטבעי.

65. לצד ההוראות הנוגעות לאתרים ההיסטוריים והארכיאולוגיים, קיימת בהתנהלות המשיבים 1-2 גם בפגישה בזכות הקניין של תושבים מוגנים.

66. תקנה 46 לתקנות האג מעגנת את החובה של הכוח הכובש להבטיח ולשמור שלא תארע כל פגיעה ברכושה של האוכלוסייה המוגנת:

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.

67. מסגרת נורמטיבית-הומניטרית כללית זו נוסחה על ידי גאסר (Gasser), אשר טען בזו הלשון: "Civilians who do not take part in hostilities shall be respected and protected."

They are entitled to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions, and their manners and customs. Their property is also protected"

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

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

Art. 53 – Prohibited Destruction

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

69. האמור בסעיף 53 לעיל בא כמובן להוסיף ולא לגרוע, על האמור בתקנה 46 לתקנות האג שהוזכרה לעיל, וכפי שהגדיר זאת המלומד J.S. Pictet, בפרשנות הצלב האדום הבינלאומי לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר ההגנה על אזרחים בעת סכסוך מזויין :

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

(J.S. Pictet: **Commentary: IV Geneva Convention**, [1958], at p. 301)

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

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

Rule 51. In occupied territory:

[...]

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

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

71. גם בית המשפט הנכבד עמד בשורה של פסקי דין שיצאו תחת ידו על החשיבות המכרעת שיש להעניק לזכות הקניין, במיוחד של תושבים מוגנים בשטח כבוש (ראו: בג"ץ 5023/08 **שחאדה ואח' נגד שר הביטחון ואח'**, [פסק דין מיום 8.2.2015, פסקה 16 לפסק דינו של הנשיא (בדימ'), כב' השופט א' גרוניס]; בג"ץ 8887/06 **אל נאבות' ואח' נגד שר הביטחון ואח'** [פסק דין מיום 2.8.2011]).

72. חובת ההגנה על הקניין של התושב המוגן הינה חובה אקטיבית, כפי שביטא בית המשפט הנכבד בעבר, בפרשת רופאים לזכויות אדם שהוזכרה לעיל (בג"צ 4764/04 **רופאים לזכויות אדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה**, פ"ד נח(5), 385, עמ' 394-393 ועמ' 408). דברים אלה קיבלו גם את ביטויים המפורש בבג"ץ 7862/04 **אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון** (פד"י נט(5) 368, עמ' 377-376) :

“[זכות הקניין] מוכרת אף היא כזכות יסוד חוקתית מוגנת. היא מוכרת ככזו מכ המשפט החוקתי בישראל על פי סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא מוגנת

מפגיעה גם במשפט הבינלאומי. הפגיעה בזכויות קניין, ובכלל זה פגיעה בזכויות מקרקעין של הפרט, אסורה על פי דיני המלחמה של המשפט הבינלאומי, אלא במקום שהדבר הכרחי לצרכי לחימה."

73. ההגנה על הקניין שרירה וקיימת גם בהוראות משפט זכויות האדם הבינלאומי והמסמכים המכונים אותו אשר נזכרו לעיל, כמו גם ההכרה בזכות לחופש תנועה.

74. משפט זכויות האדם הבינלאומי הכיר עוד מראשיתו בזכות לקניין כזכות בסיסית. מעמדה של זכות זו נובע גם מהעובדה כי זו טומנת בחובה את היכולת להגשים זכויות אחרות (כגון משלח יד, מגורים וכו'). גם במקרה זה נקבע כי זכות הקניין מבוססת על שני אדנים: הרובד הראשון **חיובי**, והוא מבטיח כי לכל אדם קיימת הזכות להחזיק בקניין, בעצמו או עם אחרים; ואילו הרובד השני, **השלילי**, קובע כי זכות זו לא תישלל באופן שרירותי. על הרשות מוטלת החובה להגן על זכות הקניין על שני אופניה. כך נקבעו הדברים בהכרזה האוניברסלית לזכויות אדם משנת 1948:

Article 17.

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

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

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

"ARTICLE 1: Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law".[Protocol 1 to the European Convention on Human Rights Regarding Enforcement of certain Rights and Freedoms not included in Section I of the Convention, Done at Paris on the 20th day of March 1952. Available at: <http://www.hri.org/docs/ECHR50.html#P1>]

76. מלבד זכותם של העותרים כי קניינם לא יפגע באופן שרירותי, קיומו של המאחז ומשטרי ההגבלות וההיתרים - הפורמלים והפרטיזניים כאחד - אשר הוטלו על העותרים ושאר חקלאי האזור בגינו, פוגעים באופן ממשי בחופש התנועה שלהם ובזכות הגישה שלהם לשטח. בית המשפט הנכבד עמד לא אחת על חשיבותו של חופש התנועה, לרבות חופש תנועה של אזרחים מוגנים המעוניינים להגיע לאדמותיהם ובדרך נאלצים להתמודד עם חסמים מסוגים שונים ומשונים, חלקם חוקיים, רובם לא.

77. בסעיף 12 לאמנה בדבר אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 ניתן למצוא עיגון לזכות לחופש תנועה:

סעיף 12 א. אדם הנמצא כחוק בתוך שטחה של מדינה זכותו, בתוך שטח זה, לנוע ולבחור את מקום מגוריו באורח חופשי.

78. ועדת זכויות האדם של האו"ם הפועלת מכוח האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות והמהווה את הגורם המקצועי המוסמך לפרש את הוראותיה, מצאה לנכון להעניק תשומת לב מיוחדת לסעיף 12 לאמנה העוסק בחופש התנועה הפנים מדינתי. בהערה כללית מס' 27 מיום 2.11.1999, קובע הוועד את הדברים הבאים:

"1. Liberty of movement is an indispensable condition for the free development of a person. It interacts with several other rights enshrined in the Covenant, as is often shown in the Committee's practice in considering reports from States parties and communications from individuals."

General Comment No. 27: Freedom of movement (Art.12),02/11/99.
CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, General Comment No. 27. Available at:

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

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

"חופש התנועה הוא מזכויות היסוד של האדם והוכר במשפטנו הן כזכות יסוד העומדת על רגליה היא ..והן כזכות הנגזרת מן הזכות לחירות ... כמו כן, יש הגורסים כי חופש זה אף נגזר מכבוד האדם... חופש התנועה הוא "מהזכויות היותר בסיסיות"...הזכות לחופש התנועה "עומדת בשורה הראשונה של זכויות האדם"...וכי חופש התנועה הוא "חופש המצוי ברמה הגבוהה ביותר במדרג הזכויות בישראל"..."

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

*"חופש התנועה מוכר כזכות יסוד גם במשפט הבינלאומי. חופש התנועה הפנים-מדינתית מעוגן בשורה ארוכה של אמנות והכרזות בינלאומיות בדבר זכויות אדם (כך בין היתר, בסעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות International Covenant on Civil and Political Rights, 1966), בסעיף 13 להכרזה האוניברסאלית על זכויות האדם (Universal Declaration of Human Rights, 1948), ובסעיף 2 לפרוטוקול הרביעי מ-1963 לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם מ-1950) ונראה כי הוא מעוגן גם במשפט הבינלאומי המינהגי". (פרשת **עיריית בית לחם**, פסקה 15 לפסק הדין; וראו גם פסקה 17 לפסק דינה של הנשיאה בייניש בפרשת **דיר סאמט** שהוזכרה לעיל).*

81. הזכות לחופש תנועה הינה בעלת חשיבות עליונה לא רק לעצם הגשמת הזכות per se, אלא כאמצעי חיוני ודרוש למען הגשמת ומימוש זכויות אחרות. ההערה הכללית של נציבות זכויות האדם שהוזכרה לעיל, קובעת במפורש כי מדובר הן בזכות "שליטת", המורה למדינה שלא ליצור הגבלות שאינן בהתאם לסייגים הקובעים בסעיף ביחס להגבלת חופש התנועה, והן בזכות "חיובית" המורה לרשויות להבטיח ולנקוט בכל האמצעים הקיימים כדי שהזכות לא תפגע על ידי גורמים פרטיים, דוגמת המשיבים מס' 6-7 ו/או גורמים מטעם:

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

82. על דברים אלו חזר בית המשפט הנכבד בפסק הדין בבג"ץ 9593/04 **ראשד מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד סא(1) 844 [2006; פורסם בנבו] המהווה את ההלכה המרכזית בכל הנוגע לזכויות החקלאים הפלסטינים להגיע אל אדמותיהם לצורך ביצוע עבודות חקלאיות. באותה פרשה, עמד בית המשפט הנכבד על זכות הגישה וחופש התנועה של התושבים המוגנים במרחב הפרטי שלהם ועל המשקל העודף שיש להעניק לחופש התנועה של חקלאי לאדמותיו המהוות גם את מקורות הפרנסה שלו:

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

(בג"ץ **מוראר**, פסקה 14 לפסק דינה של השופטת (כתארה אז) ד' בייניש; הדגשות במקור).

83. מכאן אנו למדים על החשיבות העצומה שייחס גם בית משפט נכבד זה לחופש התנועה, עת הוא מצא לנכון להביט על המקרה לא רק דרך הפריזמה הצרה (יחסית) של דיני המשפט הבינלאומי ההומניטארי, אלא גם להחיל דרכו את העקרונות החוקתיים הקיימים במדינת ישראל, בד בבד עם הסטנדרטים הבינלאומיים כפי שהם מופיעים באמנות הבינלאומיות. צעד זה הינו אך נדרש, עת ברור לכל כי מניעת חופש התנועה מבעלי האדמות טומנת בחובה פגיעה רבה ורחבה הרבה יותר בזכויות נוספות כגון בזכות הקניין, ביכולת הפרנסה וכן בזכות לכבוד של בעלי האדמות (וראו לעניין זה גם בג"ץ **יואב הס** הנזכר לעיל, בפסקה 15).

84. לאחר שמנינו את המסגרות הנורמטיביות החולשות על הסיטואציות, נפנה לבחון את הוראות הדין ביחס לסעדים המבוקשים.

II – מן הכלל אל הפרט

(1) הסעד הראשון והסעד השני: גריעת האתר ההיסטורי מתחום השיפוט והבטחת זכות הגישה החופשית של תושבי הכפר ענתא למתחם ההיסטורי.

85. הצו המגדיר את תחום השיפוט כפי שהוצא על ידי המשיב מס' 1 כפי שבוצע בשנת 1992, בשילוב עם הכרזת האזור כשטח אליו תושבי הפלסטינים של האזור מנועים גישה באופן מוחלט, כפי שנעשה בשנת 2002 (הגם שהמדובר בהוראת שעה, המתחדשת כל הזמן), מונע מהאוכלוסיה הפלסטינית את זכות היסוד שלה, להנות מהאתר ההיסטורי המצוי בשטחם הגיאוגרפי של תושבי הכפר ענתא.

86. מניעת גישה זו סותרת מניה וביה את הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי, והעובדה כי מניעת הגישה בוצעה באמצעות החסם המשפטי של צירוף האתר לתחומיה של המשיבה מס' 4, ולא נניח, באמצעות גידור פיסי המונע גישה, ממחיש כי להדרה הפיסית ישנן מטרות נוספות, של הדרה תרבותית, היסטורית ודתית, המבקשת לנכס את האתר לצרכיה הפוליטיים של המשיבה מס' 3.

87. אין, ולא יכולה להיות מחלוקת, על כך שהאתר אמור לשמש את האוכלוסייה המקומית המצויה בשטח, בראש ובראשונה האוכלוסייה המקומית המוגנת, אשר עשתה שימוש באתר ובמתקני התפילה שלו עד לפני עשורים ספורים, סמוך למועד הקמתה של ההתנחלות ענתות.

88. ברם, מעצם הכללת האתר והאדמות סביבו במסגרת תחום השיפוט של המשיבות מס' 3-4, הרי שבכך פתוחה להן – ולמעשה לה בלבד – הדרך לקדם תכניות שונות אשר נועדו לשרת את המשיבה מס' 3, את תושביה, ואת צרכיה, בדגש על האינטרסים האידאולוגיים המובהקים והמוצהרים שלה, ולא את צרכי האוכלוסייה המקומית המוגנת.

89. הכללת האדמות עליהן מצוי האתר והממצאים הקיימים בתוכו בתוך תחומי השיפוט של המשיבה מס' 3, בהכרח מובילה לכך שהשימוש באדמות אינו יכול להיות, אינו מכוון ואינו מיועד לרווחתה של האוכלוסייה המוגנת המקומית. הדבר גם נלמד מהאופן בו מפעילה המשיבה מס' 3 אתר היסטורי אחר בשטח שצורף לתחומיה על ידי המשיב מס' 1.

90. בפועל, מזה למעלה מעשור שנים מנועים תושבי הכפר ענתא להגיע לאתר כלל, והדבר אף כרוך בסיכון של העמדה לדין, וזאת בעקבות הכרזה בדבר סגירת שטח (ישובים ישראלים), התשס"ב-2002.

91. בכל האמצעים הנזכרים לעיל, פוגעים המשיבים פגיעה אנושה ובלתי סבירה ונעדרת מידתיות בזכות התנועה של התושבים המוגנים בשטח ובזכותם להיות חלק מההיסטוריה, התרבות והמדע הקיימים באדמותיהם.

92. על כן, הדרישה להחרגת האדמות המופקעות משטח השיפוט של המשיבות מס' 3-4 או מכל תחום של יישוב ישראלי, ולהשיבו לנחלת הכלל, בראש ובראשונה תושבי הכפר ענתא ושאר תושבי הפלסטינים של האזור, הינה בעלת שני ממדים, נפרדים אך שלובים:

הממד הראשון, עוסק ברמה העקרונית ולאור החובה שהאדמות הציבוריות ובפרט האדמות המכילות אתר בעל משמעות היסטורית-דתית-חברתית-תרבותית לתושבי האזור אמורות לשרת ראשית לכל ובעיקר את האוכלוסייה המקומית המוגנת ממנה נלקחו האדמות, ומשכך עצם הכללת האדמות במסגרת תחום השיפוט של המשיבה מס' 4 אינו נועד ואינו מאפשר לאוכלוסייה זו לממש באופן מלא את הנאתה מאדמות אלה;

הממד השני, נובע מעצם המניעה המשפטית של האוכלוסייה המקומית המוגנת להיות נוכחים בשטח, גם במידה והוא נועד לשרת את כלל אוכלוסיית הסביבה, וזאת מעצם ההכרזה על סגירת שטח (ישובים ישראלים).

(2) הסעד השלישי: גריעת אדמותיהם של העותרים 2-3 מתחום שטח השיפוט של המשיבות 3-4 והשבתן לחזקת העותרים

93. לצד עתירת העותר מס' 1, כמייצג אנשי הכפר ענתא, יבקשו העותרים 2-3 להשיב לחזקתם את אדמותיהם, כמו גם את זכות הגישה לאדמות אלה, אשר בפועל אינן מצויות בידם בשל הכללותם במסגרת תחום השיפוט.

94. רצונו העז של המשיב לכלול את האתר ההיסטורי כחלק חורג להתנחלות, הגם שהוא קרוב הרבה יותר גיאוגרפית, מוסדית, היסטורית ותרבותית אל הכפר ענתא, הוביל אותו לכלול את אדמות העותרים במסגרת תחום השיפוט של המשיבים 3-4. צירוף זה נעשה כיוון שללא חלקות אלה, לא יתאפשר רצף גיאוגרפי בין כביש הגישה להתנחלות אל האתר ההיסטורי, המוקף כולו אדמות פרטיות של תושבי הכפר ענתא, לרבות העותרים.

95. צירוף חלקות העותרים, מפקיע בפועל את זכויותיהם בחלקות אלה, אשר הפכו להיות חלק מההתנחלות לכל דבר ועניין, בניגוד לדין ובניגוד לאופן תחימת גבולות שיפוט של התנחלויות ברחבי הגדה המערבית.

96. בין אם הדבר נעשה בשל רשלנות המשיבים בקבעם את תחום השיפוט של המשיבות 3-4 ובין אם הדבר נעשה בשל השיקול הזר של אילוץ תחום השיפוט לכלול את האתר ההיסטורי, יותר על מנת למנוע מתושבי ענתא את זכות הגישה והשימוש החופשיים באדמות מאשר לצורך השלמת סיפוחו להתנחלות – כך או כך, אין כל הצדקה לכך שאדמות העותרים 2-3 ייאלצו להיות תחת התנחלות, וכפופים להכרזות שונות המגבילות את יכולת הכניסה שלהם לאדמותיהם.

אחרית דבר

97. האתר ההיסטורי חרבת עלמית/ תל עלמית, צופן בחובו היסטוריה, דת, תרבות, מדע אשר נצבר במשך אלפי שנים. האתר הוא חלק מהמורשת של תושבי ענתא ושימש במהלך כלל השנים את תושבי הכפר, מהווה יום עדות כבושה להדרה, פיסית, רעיונות, תרבותית, של אוכלוסיות שהכוח הכובש אינו חפץ בהם.

98. לצד הדרה זו, מועבר האתר לידיהם של תושבים ישראלים והמסגרות המוניציפליות הרלוונטיות, באמצעות החלטה שרירותית של המשיב מס' 1, אשר מעולם לא הוצגה לשימוע ציבורי ומעולם לא בחנה את מכלול האינטרסים של תושבי הכפר במתחם האתר ההיסטורי.

99. אם בשלב המעגל הראשון, ניתן לראות את ההדרה בעצם הסיפוח של האתר ההיסטורי, אשר מצוי על אדמות ענתא מבחינת רישומן בספרי המקרקעין, אל ההתנחלות ענתות והמועצה האזורית מטה בנימין, בהמשך נאסרה כניסתם של פלסטינים לתחומי האתר ויכולת השימוש שלהם הופקעה. בכך הושלם הרכיב הפיסי של ההדרה.

100. העובדה כי "על הדרך" סופחו גם אדמותיהם של העותרים 2-3 לתחומי ההתנחלות מלמדת גם היא על התנהלותם המשיבים, נועדו כולן לבסס את האחיזה הישראלית-יהודית בשטח ולקפח את קיומה של תודעה היסטורית-מדעית-דתית-תרבותית אחרת, בוודאי זו הפלסטינית. התנהלות זו אינה יכולה להמשך. תופעה זו יש לעקור מן השורש, אחת ולתמיד.

לאור כל האמור מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על-תנאי כמבוקש ברישא לכתב עתירה זו ולאחר קבלת תגובת המשיבים ושמיעת טיעון בעל-פה, להפכם למוחלטים.

כמו-כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותר וכן בשכר-טירחת עו"ד בתוספת מע"מ וריבית כחוק.

האמור בעתירה זו נתמך בתצהיריהם של העותר מס' 1 ושל הארכיאולוג החוקר מר גדעון סולימני מטעם העותר מס' 4.

תאריך: 30-03-2016