

1. XXX חמאד
2. XXX גע'מה,
3. XXX חאמד,
4. XXX חמאד,
5. XXX חמאד,
6. XXX גאסר,
7. XXX זאיד,
8. ראש מועצת הכפר סילוואד, אוסאמה חמאד מחמוד חאמד,
9. ראש מועצת הכפר דיר ג'ריר, עבדה עבד אלגאבר עמר עבד אלראזק,
10. ראש מועצת הכפר עין יברוד, סמיר עאיד עבד אלעזיז גברה,
11. ראש עיריית טייבה, נדים ויקטור ניקולא ברכאת,
12. יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם (ע"ר 22-04426-58)

כולם באמצעות עו"ד שלומי זכריה ו/או עו"ד מיכל זיו ו/או עו"ד פאדיה קווסמה, מטעם ארגון "יש דין" – ארגון מתנדבים לזכויות אדם (ע"ר), מרח' דוד חכמי 12, תל אביב-יפו, טל': 03-5275273; פקס: 03-5275274

העותרים

- נ ג ד -

1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלוף נדב פדן

2. היועץ המשפטי לממשלה, עו"ד ד"ר אביחי מנדלבליט

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

המשיבים

עתירה לצו על תנאי

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

א. מדוע לא יימנע מלהחיל את צו התיחום שהוצא על ידי המשיב במסגרת הצו בדבר מבנים בלתי מורשים (להלן: "צו התיחום") על העותרים, אנשים מטעמם ושאר בעלי האדמות המצויות בשטח צו התיחום, ומדוע לא יאפשר להם גישה חופשית לאדמותיהם;

ב. מדוע לא ייאכוף את צו התיחום ביחס לבינוי הבלתי חוקי והפלישות הקיימות בשטח צו התיחום, לרבות אכיפה אקטיבית המונעת הגעת גורמים שאינם מורשים לשטח, אשר בפועל יוצרת את העילות למניעת גישת העותרים ושאר בעלי האדמות לאדמותיהם;

ג. לחילופין, מדוע לא יבטל את צו התיחום המונע מן העותרים ובעלי האדמות להגיע לאדמותיהם באופן חופשי;

ד. למשיב מס' 2 - מדוע לא יועמדו לדין מפריי של צו התיחום.

העתק מצו בדבר מבנים בלתי מורשים (הוראת שעה)(עמונה)(יהודה ושומרון) (1780), התשע"ז-2017, מצ"ב כנספח 1 לעתירה זו.

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

א. פתח דבר

1. בעתירה זו מבקשים העותרים, בעלי האדמות עליהן הוקם המאחז הבלתי מורשה עמונה ומבניו פונו בעקבות פסק דינו של בית המשפט הנכבד במסגרת בג"ץ 9949/08 חמאד ואח' נגד שר הביטחון ואח', כי תתאפשר להם גישה חופשית, רצונית, בלתי מופרעת ובלתי מוקשית לאדמותיהם.
2. כשנתיים חלפו מאז פונה המאחז הבלתי מורשה 'עמונה', חרף שלל מהלכים מצד תושביו, לא אחת בגיבוי רשויות המדינה ובתמיכתן, אשר עשו כל שלאל ידם על מנת שלא להוביל לאכיפת החוק.
3. מאז, שנתיים חלפו וכניסת העותרים לאדמותיהם אסורה. נסיונותיהם של העותרים לשוב לאדמותיהם, נחסמו, הפעם בצו שיצא תחת ידו של המשיב, אשר אוסר על כניסתם לשטח שבבעלותם. התירוצים ששימשו להוצאתו בסמוך למועד בו הוצא, נועדו בתחילה "לאפשר את הפינוי" וכן לשמור על הסדר על מנת למנוע חיכוך בשטח.
4. בו בזמן, תושבים ישראלים שונים, לרבות גורמים מקרב הרשויות המוניציפליות, עושים באדמה כבשלהם, וזה לא מכבר אף טרחו והקימו מחדש מבנים יבילים בשטח המתוחם. כל זאת, ללא כל אכיפה מצד רשויות ותחת עינו הפקוחה של המשיב, ולעיתים אף תוך הרשאה מטעמו לכך, כפי שיתואר להלן.
5. צו התיחום, או בשמו המלא "הצו בדבר מבנים בלתי מורשים" הותקן בשנת 2003 על ידי המשיב, וזאת על מנת להתמודד עם התרבות המאחזים הבלתי מורשים בתחומי הגדה המערבית, והפלישות הנלוות אליהם על ידי ישראלים, לא אחת על גבי אדמה פרטית.
6. באופן חסר תקדים, נעשה השימוש על ידי המשיב בצו זה במקרה דנן דווקא כלפי בעלי האדמות, תוך הטלת מגבלות שונות ומרובות, המונעת מהם גישה לאדמותיהם. לצד זאת, בחסות העובדה כי העותרים נמנעים מלהפר את הדין, ומנועים מהגעה לאדמותיהם, מגיעים לשטח באופן תדיר מי שאינם בעלי אדמות וכאלה המבקשים ל-"תחזק" ולשמר את הפלישה והנוכחות הבלתי חוקית בשטח.
7. עתירה זו מבקשת לאפשר לעותרים לשוב על אדמותיהם לאחר שנים שבהן נמנעה מהם הגישה אליהן. העותרים בעתירה זו, חלקם היו העותרים בעתירה המקורית של בג"ץ עמונה, נאבקו שנים ארוכות על מנת שאדמותיהם תושבנה לחזקתם.
8. במשך שנים טענו העותרים כי חלקן של רשויות המדינה, לרבות המשיב, במניעת הגישה ויצירה האקלים להשתלטות על אדמותיהם, הייתה נדבך מרכזי במצב בלתי נסבל ובלתי חוקי זה. הגם שאדמות העותרים אינן גובלות בכל יישוב ישראלי (בוודאי בהשוואה ליישובים אחרים בסביבה הקרובה), והגם שמהעותרים לא נשקפת כל סכנה זו או אחרת, מגשים המשיב את הטענה שהושמעה לא אחת נגד העותרים במהלך השנים, כי גם אם יזכו במאבקם, לא יגיעו לאדמותיהם.
9. שנתיים חלפו מאז פונה המאחז וצו התיחום נאכף בעוז וביד רמה דווקא נגד בעלי האדמות. שנתיים חלפו, והמשיבים נמנעים מאכיפת הדין ביחס לישראלים המפירים את הצו יום-יום, שעה-שעה, עת העותרים מביטים אל אדמתם בעיניים כלות.
9. עם חתימתה של עתירה זו, התבשרו העותרים כי המשיב פועל ומבצע פינוי והחרמה של שני מבנים יבילים שהוקמו בשטח המתוחם. אכיפה זו, אשר היא מבורכת לכשעצמה, מלמדת כי כאשר יש רצון ונכונות אצל המשיבים לאכוף את החוק, אלה יודעים לעשות זאת. אכיפת הדין ביחס לשני המבנים האמורים והמתבצרים בתוכם, מלמדת כי דווקא העדרם הכפוי של העותרים ובעלי האדמות, מהווה כר פורה אשר מנוצל לרעה על ידי גורמים ישראלים אלה ואחרים, אשר מסתייעים לא אחת ברשויות האזור.

(1) הצגת הצדדים

10. העותרים 1-7 הינם פלסטינים, תושבי הכפרים עין יברוד, סילוואד וטייבה, אשר בין היתר על גבי אדמותיהם המוסדרות והרשומות במרשם המקרקעין המתנהל באזור מוקם בעבר המאחז עמונה על הסתעפויותיו השונות. העותרים או קרובי המשפחה שלהם היו העותרים במסגרת העתירה הקודמת בבג"ץ 9949/08 חמאד ואח' נגד שר הביטחון ואח' [פורסם באר"ש, 2014] וכן במסגרת הליכים משפטיים נוספים המשיקים לעתירה זו.

העותרת 1 הינה הבעלים והמחזיקה בזכויות הקנייניות בחלקה XX בגוש XX באדמות הכפר סילוואד. העותר 2 הינו הבעלים והמחזיק בזכות הקניינית בחלקה XX בגוש XX באדמות הכפר סילוואד. העותר 3, הינו הבעלים והמחזיק בזכות הקניינית בחלקות XX ו-XX באדמות הכפר סילוואד. העותר 4 הינו הבעלים והמחזיק בזכויות הקנייניות בחלקה XX בגוש XX באדמות הכפר סילוואד. העותר 5 הינו הבעלים והמחזיק בזכויות הקנייניות בחלקה XX בגוש XX באדמות הכפר סילוואד. העותר מס' 6 הינו הבעלים והמחזיק בזכויות הקנייניות בחלקה XX בגוש XX באדמות הכפר א-טייבה. העותר מס' 7 הינו הבעלים והמחזיק בזכויות הקנייניות בחלקה XX בגוש XX באדמות הכפר א-טייבה. 11. פירוט מלא של הזכויות של העותרים ו/או של מורשיהם הוצג עוד במסגרת העתירה המקורית וממילא מצוי אצל המשיבים. יוער, בהקשר האמור, כי במהלך השנים, ארעו שורה של זיופים שונים ביחס לחלק מהחלקות האמורות, והליכים בעניין זיופים אלה מתנהלים בבית משפט המחוזי בירושלים בימים אלה. כפי שגורמים מטעם הרשויות מכירים בכך, שינוי הרישומים נעשו על רקע זיופים ושורה של פעולות פליליות בנושא אולם אין זה המקום להכנס אליהם. משכך, מוטלות הגבלות קשות על העיון בספרי המקרקעין ביחס למתחם האמור בשנה האחרונה.

12. העותרים 8-11 הינם ראשי מועצות הכפרים עין יברוד, סילוואד, טייבה, ודיר ג'ריר, שעליהם חולש צו התיחום נשוא העתירה ותושבי כפרים אלה הינם בעלי האדמות המצויות בתחום צו התיחום. 13. העותר מס' 12, ארגון "יש דין" הינה עמותה רשומה בישראל הפועל בתחום השמירה וההגנה על זכויות האדם של תושבים מוגנים בגדה המערבית הכפופים לשלטון המשיב. העותר מתעד פגיעות שיטתיות בזכויות אדם ומסייע לנפגעים כדי לממש את זכויותיהם היכן שאלה נפגעות על ידי הרשויות הישראליות ותושבים ישראלים בשטח המצוי תחת דיני התפיסה הלוחמתית.

14. המשיב מס' 1 הינו מפקד כוחות צה"ל בתחומי הגדה המערבית, אזור המצוי תחת דיני התפיסה הלוחמתית, למן שנת 1967. בידי המשיב, בהתאם להוראות הדין הבינלאומי, מצויות כלל סמכויותיו כמי שמייצג את חליף הריבון בשטח, וזאת באופן זמני. המשיב הוא זה אשר הוציא את צו מס' 1780 בדבר מבנים בלתי מורשים (הוראת שעה) (עמונה) (יהודה והשומרון), התשע"ז-2017, אשר אוסר על כניסה ושהייה בשטח שבו מצויות אדמות העותרים ואשר בו שכן המאחז הבלתי חוקי עמונה שפונה בהוראת בית המשפט הנכבד.

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

2) רקע עובדתי לעתירה הנוכחית

2.1. הקמת מאחז עמונה ופסק הדין בעניין חמאד

16. קורותיו של המתחם בו היה ממוקם המאחז הבלתי מורשה עמונה נסקרו בשורה של הליכים משפטיים בפני בתי המשפט לרבות בית המשפט העליון (בג"ץ 9949/08 הנזכר לעיל; בגץ 794/17 ואיל חוסיין באגיס זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית [פורסם באר"ש, 2017]; בגץ 1019/06 המועצה האזורית מטה בינימין נ' ממלא מקום ראש הממשלה אהוד אולמרט; בגץ 851/06 עמונה אגודה שיתופית חקלאית להתשייבות קהילתית בע"מ נ' שר הבטחון [2006, פורסם בנבו]; תא (י-ם) 22252/08 מרים חסן עבד אלקרים חמאד נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו, 2015]). עם זאת, חובה עלינו להציג, ולו על קצה המזגל את הרקע לעתירה זו.

17. אדמות גוש 21 של הכפר סילוואד, וכן אדמות גוש 1 של הכפר טייבה, מצויות בשטח המצוי על פסגת הר המכונה ח'רבת אל-מזרעה. רובו של השטח האמור היה מעובד ושימש לעיבודים חקלאיים של תושבי הכפר סילוואד, עין יברוד, א-טייבה, דיר ג'ריר וכפרים פלסטינים סמוכים אשר לתושביהם היו אדמות במתחם (ראו: ת.א. 22252/08 הנזכר לעיל, עת המדינה לא חלקה על כך כי המתחם היה מעובד עובר לפלישה לשטח). המדובר באזור אשר עבר הליך של הסדר מקרקעין וכלל האדמות בו רשומות.

18. בשנים 1996-1997 החל להתבסס בשטח זה המאחז הבלתי מורשה עמונה. ראשיתו של המאחז בחפירה ארכיאולוגית, אשר בחסותה הוצבו מגדלי מים ובהמשך נקבצו סביבו מספר מגורונים. מחאתם של תושבי סילוואד, בכל הנוגע לפלישה האמורה, אל מול המשיב לא רק שלא זכתה למענה אלא אף זכתה לדרישה מפורשת מצד הרשויות אשר היתרו בנציגי הכפר שאל לתושבי הכפר להגיע לאדמותיהם אלא להניח לרשויות לטפל בנושא.

19. התחייבות זו מעולם לא קוימה: המאחז החל להתבסס במהלך השנים, ולצד המבנים הארעיים שאפיינו אותו בימיו הראשונים, החלו לבצבץ גם מבני קבע. לאחר מכן התרחבה פעילותם העבריינית של תושבי המאחז גם להשתלטות חקלאית על חלקות הסמוכות למבנים.

20. בשנת 2005, הוגשה עתירה נגד החלטת גורמי האכיפה במנהל האזרחי, שלא לאכוף את הדין בנוגע לבנייתם של 9 מבני קבע במאחז שנבנו על גבי אדמה פרטית ואשר סימלו "עליית מדרגה" בהתבססות המאחז בשטח (בג"ץ 6537/05 שלום עכשיו – ש.ע.ל מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון ואח'). בעקבות העתירה, ולאור התחייבות נדירה של המדינה כלפי בית המשפט, אשר באופן נדיר עוד יותר קוימה כלשונה, נהרסו תשעת המבנים בחודש ינואר 2006.

21. בשנת 2008 הגישו כ-10 בעלי אדמות וכן ראש מועצת הכפר סילוואד, עתירה נוספת לבית המשפט העליון, אשר מבקשת להורות על מימוש צווי הריסה ביחס לכלל מבני המאחז ולפנותו במלואו (בג"ץ 9949/08 הנזכר לעיל). חלק מעותרים אלה הינם גם עותרים בעתירה זו.

22. לאחר שנים ארוכות, צו על תנאי שהוצא בעתירה זו עוד בחודש מאי 2010 וכן צו מוחלט שהוצא בעתירה זו בשנת 2014 (הנשיא דאז, כב' השופט א' גרוניס, כב' השופטת (כתארה אז) א' חיות וכב' השופט, כתארו אז, ח' מלצר), ולא לפני שהמשיבים מטעם רשויות האזור והמדינה ביקשו מספר הארכות מועד למימוש פסק הדין, פונו המבנים שהיו במאחז ותושביו ביום 1.2.2017.

העתק מפסק הדין שניתן בבג"ץ 9949/08 מצ"ב כנספח 3.

23. יוער, כי פרק הזמן הארוך שנקבע בפסק הדין נועד לאפשר למשיבים בעתירה דשם – המדינה והמועצה האזורית מטה בנימין – זמן מספק על מנת לבחון פתרונות חלופיים חוקיים עבור תושבי המאחז, אך לא התנה את מציאת הפתרון החלופי במימוש מועד הפינוי.

24. בסופו של יום, עבור תושבי המאחז הוקמה בשנת 2017 התנחלות חדשה בשטח המועצה האזורית מטה בנימין המתכנה בשם "עמיחי". (ראו: בג"ץ 5470/17 באסמה אחמד סאלם חג' מוחמד ו-6 אח' נ' שר הביטחון, פורסם בנבו, פסק דין מיום 09.10.2018).

בנוסף, תושבי המאחז קיבלו שורה של הטבות כספיות מפליגות מטעם ממשלת ישראל (ראו: בג"ץ 1915/18 שחר בן מאיר נ' ממשלת ישראל וכן בג"ץ 10112/16 שחר בן מאיר נ' ממשלת ישראל [פורסם בנבו, 2017]).

25. לצורך הפינוי אשר בוצע כאמור ביום 1.2.2017, חתם המשיב ביום 30.1.2017 על הצו בדבר מבנים בלתי מורשים (הוראת שעה) (עמונה) (יהודה והשומרון) (מס' 1780), תשע"ז-2017 (להלן: "צו התיחום")

2.2. צו התיחום הצו בדבר מבנים בלתי מורשים (יהודה ושומרון) (מס' 1539) – הרקע לחקיקתו

26. צו התיחום נשוא העתירה האוסר על כניסה ושהייה של כל אדם בשטח שבו מצויות אדמות הכפר סילוואד ושעליו בנוי היה המאחז. צו תיחום זה הוצא מכוחו של הצו בדבר מבנים בלתי מורשים (הוראת שעה) (יהודה והשומרון) (מס' 1539), התשס"ד-2003 (להלן: "הצו בדבר מבנים בלתי מורשים").

27. הרקע לחקיקת הצו בדבר מבנים בלתי מורשים הוא הניסיון להתמודד עם תופעת המאחזים הבלתי מורשים ועם הבניה הבלתי חוקית מצד ישראלים בגדה המערבית. דו"ח המאחזים הבלתי מורשים, שנכתב על-ידי עו"ד טליה ששון (להלן: "דו"ח ששון"), מפרט את הרקע לחקיקת הצו בדבר מבנים בלתי מורשים. על-פי הדו"ח, הצו בדבר מבנים בלתי מורשים נחקק בעקבות הנחיה של ראש הממשלה ושר הביטחון, לאור חוסר האפקטיביות שביישום נוהל הטיפול בבניה בלתי חוקית על-פי חוק התכנון והבניה הירדני על בניה בלתי חוקית ישראלית, אשר קדם לצו זה. כך נכתב בדו"ח:

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

28. בשנת 2004 הוגשו מספר עתירות נגד חוקיותו של הצו בדבר מבנים בלתי מורשים (בג"ץ 548/04 "אמנה" – תנועת ההתיישבות של גוש אמונים ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון; בג"ץ 670/04 יעקב אייכנשטיין ואח' נ' ראש הממשלה ואח'; בג"ץ 898/04 "עפרה" כפר שיתופי להתיישבות בע"מ נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון) שנדונו במאוחד (להלן: עניין "אמנה"). אחת מטענותיהם של העותרים בעתירות אלה הייתה כי ייעוד הצו כלפי יהודים בלבד מהווה הפליה בינם לבין האוכלוסייה הפלסטינית. טענה זו עלתה לאור קיומו של סעיף 6(ב) לצו בדבר מבנים בלתי מורשים המסייג את תחולת הצו ממי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור, קרי מן התושבים הפלסטינים.

29. עמדת המדינה לטענות בדבר הפליה המגולמת בצו, כפי שהובאה בתשובתה לעתירות הנ"ל, הייתה כי אין מדובר בהפליה אלא בהבחנה מותרת מאחר שמטרת הצו היא טיפול בתופעת המאחזים הייחודית לתושבים הישראלים בגדה המערבית:

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

30. בית המשפט העליון דחה פה אחד את העתירות וקבע כי הצו בדבר מבנים בלתי מורשים הוא חוקי. לעניין טענת ההפליה דחה בית המשפט הנכבד טענה זו וקבע כי קיים שוני רלוונטי בין האוכלוסיה הישראלית לאוכלוסיה הפלסטינית המקומית הן משום שתופעת המאחזים הבלתי חוקיים והישנות הבניה לאחר פינויים היא תופעה שקיימת אך ורק בקרב האוכלוסיה הישראלית, והן משום שלשתי האוכלוסיות מעמד שונה בשטחי הגדה המערבית בהיותם של התושבים הישראלים אזרחי מדינת ישראל. כך קבע בית המשפט הנכבד מפי כב' השופטת ד' דורנר :

י"ראש וראשונה לטענות העותרים, בהקשר זה, היא טענת ההפליה. ואכן, הצו מיועד לפינוי מאחזים שהוקמו על-ידי אזרחי מדינת ישראל, בעוד שהבניה הבלתי-חוקית על-ידי האוכלוסיה המקומית מטופלת, ככלל, על-יסוד הדין המקומי. אלא שבכך בלבד אין כדי לבסס טענת הפליה. שכן, ככלל, שוויון הינו נקיטת יחס שווה כלפי שווים ויחס שונה כלפי שונים על-פי מידת שונותם [...]. מותר ואף חובה לנקוט יחס שונה כלפי שונים, כאשר השונות היא רלוואנטית. והנה, התופעה של בניית מאחזים בלתי-מורשים והקמה חוזרת שלהם לאחר פינויים מתקיימת אך בקרב מתיישבים אזרחי ישראל, ובכך די כדי להצדיק הבחנה בינם לבין האוכלוסיה המקומית.

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

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

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

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

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

34. במהלך השנים נעשו מספר תיקונים לצו בדבר מבנים בלתי מורשים. עד לשנת 2015 נעשו שלושה תיקונים לצו כאשר כל אחד מהם הותיר על כנו את הסייג לתחולה שבסעיף 6(ב) המוציא את התושבים הפלסטינים מן התחולה של הצו. זאת אף על-פי שמהרגע הראשון לחקיקתו נשמעו קולות הקוראים לתקנו ולהחילו גם על התושבים הפלסטינים. במשך 12 שנים המשיב לא ראה לנכון לבטל את הסייג.

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

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

העתק מתשובת המדינה לעתירה בבג"ץ 9785/17 (ללא נספחים) מצ"ב ומסומן כנספח 4

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

"תיקון זה לצו נועד לאפשר הוצאתן של הכרזות על שטחים מתוחמים (בכינויים "צווי תיחום") גם למקבצי בנייה בלתי חוקית המוקמים על-ידי תושבי האזור. מטרת התיקון להקל על

הרשויות להתמודד עם תופעת הבניה הבלתי חוקית ובפרט עם ניסיונות חוזרים ונשנים של הקמת מבנים באזור מוגדר " (היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון, מתוך אתר הפרקליטות הצבאית, 17.5.2016).

צילום מעמוד זה באתר הפרקליטות הצבאית מצ"ב ומסומן כנספח 5

38. מן האמור בתשובת המדינה בעניין מועצה כפרית אלמלאח ומן המצוין באתר הפרקליטות, עולה כי תיקון מס' 4 נועד להחיל את הצו בדבר מבנים בלתי מורשים על עברייני בניה פלסטינים. הוא לא נועד לחול על פלסטינים באשר הם, והוא בוודאי לא נועד לחול על פלסטינים שהם הבעלים החוקיים של האדמות שעליהם הוצא צו תיחום שמלכתחילה נועד להתמודד עם בניה בלתי חוקית ישראלית. הוא כן נועד להתמודד עם שורה של פלישות בלתי חוקיות לאדמות של אחרים, לרבות פלישות בדמות הצבת מבנים, פלישות חקלאיות ובינוי הנלווה אליהן.

39. בפועל, במקרה של העותרים ואדמות הכפרים סילוואד טייבה עין יברוד ודיר ג'ריר ותושביהן, המצב האבסורדי הוא הפוך בתכלית: בחסותו של צו התיחום, בעלי האדמות אינם יכולים להגיע לאדמותיהם. בחסותו של צו התיחום, מוטל על העותרים משטר התרים בלתי חוקי. בחסותו של צו התיחום, נוכחים בשטח אזרחים ישראלים מבלי שהדין נאכף ביחס אליהם, או נאכף באופן חלקי בלבד.

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

2.3 הפרות צו התיחום על-ידי תושבים ישראלים

41. בינתיים, בזמן שצו התיחום מונע מבעלי האדמות להגיע לאדמותיהם, נכנסים ובאים לאדמות העותרים תושבים ישראלים, בגלוי, תוך הפרת צו התיחום ומבלי שיינקטו סנקציות כלשהן נגדם. כך, לדברי יאיר פרנק, מי שהיה רב המאחז עמונה, בכל יום שישי בשעות הצהריים מתבצעת תפילה המונית על האדמות הפרטיות שעליהן שכן המאחז, זאת חרף העובדה כי אסורה הכניסה לכל אדם לשטח המתוחם (ראו: יאיר פרנק, "למה לא עמונה", 21.1.18, <https://www.inn.co.il/Articles/Article.aspx/17054>; העתק מפרסום זה מצ"ב כנספח 6).

42. זאת ועוד, בחודש ינואר 2018, נכנסה קבוצה של ישראלים לשטח צו התיחום במסגרת אירוע לציון יום השנה לפינוי המאחז שארגנו תושבי המאחז לשעבר. הכוונה לקיים את האירוע הופצה ברבים וקראה לאנשים נוספים להצטרף. האירוע התקיים ביום 25.1.18 ועבר ללא התערבות הרשויות, על אף שהתקיים על אדמות פרטיות ובתוך שטח צו התיחום האסור לכניסה.

בין משתתפיו של האירוע נכח גם ראש המועצה האזורית מטה בנימין באותה העת, אבי רואה, אשר נתן במקום ראיון מצולם לכתב ערוץ 7. את הראיון המצולם, הכולל תיעוד של נוכחות ישראלית בשטח, ניתן לראות בקישור הבא: <https://www.inn.co.il/News/News.aspx/364851>

43. הפרתם בגלוי של ישראלים את צו התיחום ונוכחותם בשטח שבבעלות העותרים, ידועה ומוכרת לרשויות. במכתב מיום 25.1.18, באי-כוח העותרים התריעו בפני הרשויות, לרבות המשיבים, מבעוד מועד על קיומו המתוכנן של האירוע ועל ההפרה המתוכננת של צו התיחום, כמו גם על הפרת הצו השבועית שנחשפה בכתבתו של יאיר פרנק. נציג יועמ"ש איו"ש אישר כי לא ניתן כל היתר מטעם המשיב לכניסת מאן-דהוא

לשטח צו התיחום, בין אם לקיום האירוע ובין אם באופן חוזר כל יום שישי, כפי שתואר על ידי יאיר פרנק לעיל.

העתק מכתב העותרים מיום 25.1.18 מצ"ב ומסומן כנספח 7

העתק מכתב מטעם יועמ"ש איו"ש מיום 29.1.18 מצ"ב ומסומן כנספח 8

44. המשיב ושאר הרשויות הפועלות באזור מודעות להפרות חוזרות ונשנות של צו התיחום על ידי תושבים ישראלים. כך, נמסר בעבר כי השער הנעול שהוצב בציר העלייה למאחז, נפרץ מספר פעמים וכי ידוע להם על מספר מקרים שבהם הצליחו גורמים שונים להיכנס לשטח תוך הפרת הוראות צו התיחום. אכיפה מעולם לא בוצעה ביחס לאותם מפריס, לא בהבט המנהלי ולא בהבט הפלילי.

45. זאת ועוד, ביום 29.3.2018 בוצעה פניה על פי חוק חופש המידע לרשויות הצבא, בבקשה לדעת כיצד נכנסים אזרחים ישראלים לשטח המתוחם וכמה בקשות להתרי כניסת הוגשו. כמו כן, התבקש מידע לגבי פעולות האכיפה שנקטו על ידי גורמים צבאיים מטעם המשיב (המחזיק כאמור במלוא הסמכויות ביחס למתרחש באזור), ביחס למקרים של הפרת הצו על ידי אזרחים ישראלים לאחר מועד פינוי המאחז וכן אילו פעולות-מנע ננקטו על ידי המשיב. העתק מפנייה זו מצ"ב **כנספח 9**.

46. ביום 18.11.2018, התקבלה תשובה חלקית למידע שהתבקש, אולם די בתשובה זו על מנת להבין את היקף שיתוף הפעולה של הרשויות עם אלה שנמצאים בשטח המתוחם, וזאת תחת לאכופ את הדין ביחס אליו.

- כך למשל, בסעיף 3(א) התיר המשיב לקיים ארוע במקום המתוחם על ידי תושבי המאחז, "סמוך לאחר הפינוי". המשיב אינו מפרט לאיזה ארוע הוא מכוון, האם הוא נודע לארוע שהתקיים בחודש ינואר 2018 הנזכר לעיל, ומה הייתה ההנמקה וההצדקה לכך;

- כך למשל, נמסר כי "התקבלו מספר בקשות לכניסת חקלאים ישראלים לשטח המתוחם" וזאת בהתאם ל-"נוהל זמני המאפשר כניסה של חקלאים לשטח המתוחם לצורך ביצוע עבודות חקלאיות לשמור המצב הקיים", אולם לא עלה בידי הצבא לאתר תיעוד לבקשות אלה.

העתק מתשובת נציג דובר צה"ל לפנייה מיום 18.11.2018 מצ"ב כנספח 10

47. רשויות הצבא והמשיב מיאנו להשיב כלל לכל השאלות הנוגעות לפעולות אכיפה נגד המפריס (לרבות עיכוב או מעצר של המפריס) וכן לגבי פעולות מנע שנקטו, וכן האם רשויות הצבא הגישו תלונות למשטרה על הפרת צו התיחום כחלק ממאמצי האכיפה. בהעדר מענה לרכיב זה, אין אלא להסיק כי לא נעשה דבר בהקשר האמור.

48. נבקש לציין, כי בכל הנוגע לעתירה בבג"ץ 1250/17 הנזכרת בתשובה זו, ולגביה נטען כי בגינה התקיים הנוהל שמאפשר כניסת אזרחים לשטח המתוחם, הרי שעתירה זו לא נדונה עדיין ואף המדינה לא הגישה כל תשובה בעניינה. מעולם לא הוצא גם צו שיפוטי של בית המשפט הנכבד אשר מאפשר לגורמים אלה ואחרים לחסות מחוץ לתחומי צו התיחום האמור. לא ברור ולא פורט בתשובה לאילו חלקות העתירה מתייחסות כלל, וכיצד נוצר אותו "נוהל זמני" המאפשר שימור הקיים.

מכל מקום, יש להניח כי המשיבים ערים לחובת ההגינות המחייבת את המשיבים בעתירה בבג"ץ 1250/17 המיוצגים על ידי פרקליטות המדינה, לייצע את בעלי המקרקעין הרלוונטיים לעתירה ולא להגיע ל-"הסדר פנימי" על חשבון בעלי האדמות בשטח המתוחם. בשל העדר מידע אודות עתירה זו והתחום אליו היא נוגעת, כמו גם הטענות המועלות שם, העותרים לא ירחיבו לעת זו, אם כי טענותיהם כמובן שמורות להם, ככל שיעלה הצורך בכך.

49. מן האמור לעיל מצטיירת תמונה מעוותת: בזמן שבפועל מתאפשרת כניסתם של אלו שפעולתם העבריינית היא הסיבה לכך שמלכתחילה ישנו צורך בצו תיחום למניעת הישנותה של אותה פעולה עבריינית, נמנעת גישתם לשטח של בעלי האדמות החוקיים, שפינוי המאחז וצו התיחום נועדו בין השאר לאפשר להם לשוב לאדמותיהם.

סרובם של רשויות האזור לתאר אילו פעולות אכיפה ננקטו על ידי גורמי אכיפת החוק, לרבות בכל הנוגע להעמדה לדין של מפרי הוראות הצו, וכן שתיתקם באשר לשאלה אילו אמצעים ננקטו על מנת למנוע את הישנותה של אכיפת החוק, ממחיש את האופן המופרך בו הצו משמש למעשה למניעת גישתם של בעלי האדמות לשטח וזאת כפי הנראה לאפשר את אותה הפרת חוק נעדרת כל רכיב אכיפתי.

3) מיצוי הליכים – פניות העותרים אל המשיבים וגורמים אחרים בקרב הרשויות

50. צו התיחום לאדמות העותרים הוצא ביום 30.1.2017 אולם מעולם לא הובא באופן רשמי לידיעת העותרים. בשעתו, נפוצו ידיעות בתקשורת כי המדובר בצו "שטח צבאי סגור" אשר הוצא על ידי הצבא אולם רק בשלב מתקדם יחסית העותרים הבינו כי המדובר בצו תיחום.

51. כחודשיים לאחר שהוצא, ביום 5.4.2017, פנו העותרים באמצעות באי-כוחם למשיב בבקשה לדעת מתי יבוטל צו התיחום ומתי יוכלו העותרים לשוב לאדמותיהם, כעת משפנוו המבנים הבלתי חוקיים שנבנו על אדמתם. בהזדמנות זו גם ביקשו העותרים לקבל העתק מצו התיחום, וכן ביקשו לדעת, ככל שיש צורך בהסדרים להגעתם לאדמותיהם, מהם הנימוקים לכך ומהם ההסדרים המוצעים.

העתק מפניית העותרים מיום 5.4.17 מצ"ב ומסומן כנספח 11.

52. ביום 17.5.2017, ומשלא התקבלה כל התייחסות לפנייה הראשונה, פנו העותרים פעם נוספת במכתב שבו חזרו על בקשתם מן המכתב הקודם.

53. עם זאת, לאור התפתחויות שונות שפורסמו בתקשורת בדבר נוכחות דיירי המאחז לשעבר בשטח בו שכן המאחז באין מפריע, העותרים ביקשו לקבל מענה למספר סוגיות נוספות: האחת, האם בכוונת גורמי האכיפה לאכוף את הדין ביחס למפרי צו התיחום; השנייה, כיצד נוצר מצב שבו הכוח הצבאי מאפשר תנועה חופשית של ישראלים לשטח צו התיחום.

העתק מפנייתם השנייה של העותרים מיום 17.5.17 מצ"ב ומסומן כנספח 12.

54. כשלושה חודשים לאחר הפניה הראשונה, וכחצי שנה לאחר שהוצא צו התיחום, נתקבל מענה ראשוני פניות האמורות. ביום 2.7.2017 התקבלה תשובה מרס"ן ברק סימן-טוב, ראש מדור אוכלוסין, בשם יועמ"ש איו"ש, שאליה צורף עותק מצו התיחום.

בתשובה זו צוין, כי תכלית צו התיחום שהוצא היא להשליט חוק וסדר, למנוע הקמת מבנים בלתי חוקיים ולמנוע אירועי חיכוך. כמו-כן צוין, כי משכו של צו התיחום הוא כדרך כלל שנתיים, אולם הוא ניתן להארכות בהתאם לצורך.

ביחס לשאלותיהם האחרות של העותרים בעניין אכיפת החוק על מפרי צו התיחום, השיב רס"ן סימן-טוב, כי הוצב שער גורן בציר העלייה למאחז אשר נפרץ מספר פעמים על אף שנעל מחדש על-ידי גורמי החטיבה, וכי מתבצעים – באותה העת - פטרולים לפחות פעם ביום כדי לאכוף את צו התיחום.

רס"ן סימן-טוב הוסיף בתשובתו כי לא ניתנים היתרי כניסה לצורך עריכת אירועים, אם כי ידוע על מספר מקרים שבהם נכנסו גורמים זרים לשטח ללא אישור. לדבריו, הדברים הופנו לגורמי החטיבה ל-"צורך חידוד הנהלים".

55. עוד הוסיף, כי מדיניות מתן ההיתרים לכניסה לשטח "מצומצמת עד מאד" וזאת "נוכח הזמן המועט יחסית שחלף מאז פינוי עמונה", והציע לעותרים לפנות למת"ק לקבלת היתר כניסה לאדמותיהם, וכי שם הבקשה תיבחן על-ידי המפקד הצבאי, בשים לב למכלול השיקולים הביטחוניים. זאת, כיוון שעל פי צו התיחום נדרש לקבל היתר לשם כניסה לשטח המתוחם.

מצ"ב העתק מתשובת נציג יועמ"ש איו"ש מיום 2.7.17 ומסומן כנספח 13.

56. תמוה הדבר כיצד בתשובתו זו לא מצא לנכון נציג יועמ"ש איו"ש להציע את אותו "נוהל זמני" שהעותרים בבג"ץ 1250/17 "זכו" לקבל, או כיצד יצא שלגבי אזרחים ישראלים העולים לשטח "לא עלה לאתר תיעוד בדבר הבקשות" האמורות. כאמור, התוודעות לאותו נוהל זמני כאמור נמסרה רק לפני כחודש, בתשובת נציג דובר צה"ל, מחודש נובמבר 2018. אולם בעלי האדמות וגורמים מטעמם – אלה נדרשים לעבור דרך חתחתים ובסופה תתקל בקשתם במדיניות "מצומצמת עד מאד" אשר משמעה בפועל אי מתן אישורים.

57. ביום 23.7.2017 פנו העותרים בבקשה לקיים פגישה עם יועמ"ש איו"ש ועם קצין המת"ק הרלוונטי על מנת לברר את המצב לאשורו ולבחון דרכים לתקן את המצב המעוות שנוצר בשטח, שבו הפלסטינים בעלי האדמות החוקיים מנועים מלהגיע לשטח, ואילו הישראלים, מסיגי הגבול, הפולשים לשטח פרטי, משוטטים בשטח באופן חופשי. בפנייתם העירו העותרים, כי בתשובה מטעם היועמ"ש לא צוין אם נפתחה חקירה בגין הפריצות הרבות של שער הגורן או אם הוגשו כתבי אישום כנגד הפולשים.

העתק מפנייתם של העותרים מיום 23.7.17 מצ"ב ומסומן כנספח 14.

58. לפנייה אחרונה זו, נלוו מספר פניות טלפונית ללשכת יועמ"ש איו"ש, בבקשה לבחון היכן עומדת בקשתם לקיים פגישה עם נציג היועמ"ש ונציגי המשיב. התשובה בוששה לבוא.

59. בסופו של דבר, ביום 27.9.2017 התקבלה תשובתו של יועמ"ש איו"ש שבה הוא מסרב לקיים את הפגישה המבוקשת בטרם יפנו העותרים לבקש היתרי כניסה. על-פי האמור במכתב, רק לאחר שהעותרים יפנו בבקשה לקבלת היתר כניסה, במסגרתה תבחנה בקשתם במסרקות ברזל ובהתאם לתוצאות בקשות ההיתרים, יבחן היועמ"ש אם יש צורך בקיום הפגישה.

העתק ממכתבו של יועמ"ש איו"ש מיום 27.9.17 מצ"ב ומסומן כנספח 15.

60. גם בקשה זו, כמו קודמותיה, סרבה ליתן כל מענה בדבר המצב הא-נומלי השורר בשטח, וכן לפרט בדבר אמצעי האכיפה בדבר המפרים ואמצעי המניעה נגד הפרות עתידיות.

61. כפי שתואר לעיל, ביום 25.1.2018 לאור פרסומים שונים בתקשורת בדבר ארוע רב משתתים אשר יזמה המועצה האזורית מטעה בנימין אשר כלל קיום ארוע במתחם הסגור, בוצעה פניה אל המשיבים 1-2 וגורמים נוספים מקרב רשויות אכיפת החוק (פרקליט המדינה, מנהלת מחלקת הבג"צים דאז, יועמ"ש איו"ש וכן מפקד מחוז ש"י של משטרת ישראל).

בפניה זו ציינו העותרים שורה של מקרים בהם מופר צו התיחום מעת לעת, וזאת ללא כל מענה אכיפתי מצד הרשויות.

כפי שנכתב בפניה זו, נוכחותם הקבועה של התושבים הישראלים בשטח אדמות הכפר, לא רק מהווה עבירה פלילית בשל הפרת הצו, מעשה הפלישה והסדת הגבול, אלא היא גם משמשת הצדקה ומונעת בפועל מבעלי האדמות הפלסטינים להגיע לאדמותיהם. יצירת אותה "הצדקה" מלאכותית למניעת הגישה החופשית לאדמות, נובעת מחידלון אכיפתי מתמשך, שהארוע נשוא הפניה הוא חוליה נוספת בו.

העובדה כי הפעולה הבלתי חוקית מתבצעת על ידי ובמימון של המועצה האזורית מטה בנימין, מחייבת גם היא נקיטת פעולה אקטיבית מצד רשויות האכיפה.
בפניה זו התבקשה עמדת המשיבים האם הארוע מוכר לרשויות והאם ניתן היתר מטעמן לארוע זה, ובמידה ולא – מה נעשה על מנת למנוע את קיום הארוע בשטח הצו המתוחם.
עוד התבקשו נמעני המכתב, בראש ובראשונה המשיב 2, להורות לרשויות לפתוח בחקירה פליליות לאור שורת העבירות המתוארות במכתב, לרבות אלה בהן מעורבים לכאורה המועצה האזורית מטה בנימין וראשיה.

העתק מפניית העותרים מיום 25.1.2018 מצ"ב כנספח 7.

62. באותו היום התקבלה שיחת טלפון מנציג יועמ"ש איו"ש בה נמסר כי לא ניתן כל היתר מטעם המפק הצבאי לכניסה לשטח המתוחם, לא לארוע הנזכר בפניה ולא לארועים קודמים אשר התקיימו מעת לעת בימי שישי במקום. ביום 29.1.2018 אף נשלח מענה בכתב מטעם יועמ"ש איו"ש, החוזר על עיקרי הדברים.

תשובת נציג יועמ"ש איו"ש מיום 29.1.2018 מצ"ב כנספח 8.

63. שאר הנמענים, בראש ובראשונה המשיב מס' 2, בחרו שלא להשיב לפניה, ובייחוד לא להשיב לחלק המופנה אליהם בנוגע להעמדה לדין של מפרי החוק ומפרי הצו, בדמות הליכים פליליים נגדם, חרף העובדה כי חלף פרק זמן של שנה מאז הפנייה ומאז המתואר בה.

64. למען שלמות התמונה רק נציין, כי אכן התקיים בסופו של יום ארוע במתחם, והדבר אף סוקר בתקשורת. בין אם המדובר בהפרה של הדין, ובין אם זהו אותו ארוע שנציג דובר צה"ל כיוון אליו במכתבו מיום 18.11.2018 (סעיף 3(א) למכתב, נספח 10 לעיל), ברי כי הארוע התקיים בסופו של יום.

65. כשנה וחצי לאחר הפינוי, ומשהתירוף בדבר "הסמיכות למועד פינוי המאחז" כבר לא היה קיים יותר, פנו העותרים ביום 16.9.2018 אל יועמ"ש המשיב, נתבקש המשיב 1 לבטל את צו התיחום האמור או לכל הפחות לגרוע מתחולתו את בעלי האדמות והתושבים הפלסטינים, כפי שהיה עובר לתיקון מס' 4 לצו בדבר מבנים לא מורשים, אשר ארע בשנת 2015.

העתק מפניית העותרים מיום 16.9.2018 מצ"ב כנספח 16.

66. עד לכתיבת שורות אלה, ארבעה חודשים לאחר הפנייה, לא התקבלה על תשובה לפנייה זו.

67. ביום 16.12.2018, לאור שורה של דיווחים על כך שגורמים שונים מיקמו מבנים יבילים בתוך השטח המתוחם וכן אלה מתגוררים בו, פנו העותרים פעם נוספת אל המשיבים ואל יועציהם המשפטיים, בדרישה נוספת לפינוי מיידי ואכיפת צו התיחום ביחס לפלישות האמורות.

העתק מפנייה זו של העותרים מיום 16.12.2018 מצ"ב כנספח 17.

באותו היום בוצעה גם פניה נפרדת אל המשיב מס' 2 ואל פרקליט המדינה, בדרישה לביצוע חקירה פלילית בגין מעורבותם של גורמים שונים, בראשות המועצה האזורית מטה בנימין וכן ראש המועצה האזורית שומרון בנוגע לשורה של הפרות דין לרבות הפרת צו התיחום.

העתק מפנייה זו של העותרים מיום 16.12.2018 מצ"ב כנספח 18.

68. למעט אישור אודות קבלת הפניות, אלה מעולם לא נענו על ידי המשיבים ונמעניהם.

69. עם זאת, ביום 3.1.2019 פורסם בכלי התקשורת כי כוחות מטעם המשיב וכן משטרת ישראל עושים דרכם אל השטח המתוחם על מנת לפנות את הפולשים המצויים שם וכן את שני המבנים שהוצבו בשטח.

70. מכל האמור לעיל, מתחוורת התמונה המטרידה הבאה:

70.1 צו התיחום אשר הוצא לצורך פינוי המאחז ו-"השמירה על הסדר" באזור הנדרש להליך הפינוי, נותר על כנו;

70.2 תושבים ישראלים מגיעים בפועל ללא הפרעה לשטח בו קיים צו התיחום, כאשר אין כל תיעוד לבקשות מטעם למתן היתר או לקיומם של היתרים מצד המשיבים, כאשר עבור תושבים אלה "נתפר" הסדר מיוחד, מבלי שלבעלי האדמות הפלסטינים ניתנה האפשרות להביע עמדה ביחס אליו (ככל שהוא רלוונטי לאדמותיהם);

70.3 בעלי האדמות הפלסטינים נדרשים לבחינה מדוקדקת במסגרתה עליהם לעמוד בקריטריונים של מציאות ה-"מצמצמת עד מאד" מתן היתרים כאמור;

70.4 ארועים שונים והפרות חוק מבצעות כדבר שבשגרה על ידי ישראלים בשטח, לא אחת בליבו ובסיוע של גורמים מטעם הרשויות הישראליות האזוריות, וזאת מבלי שנקט נגדם כל מענה אכיפתי, בין אם בדמות אמצעי מנע ובין אם באמצעות הליכים פליליים;

70.5 צו התיחום, אשר מטרתו הייתה לאכוף את הדין ביחס להפרות דין של ישראלים עבר גלגולים שונים, ולאחר שהוחלט להחילו גם על מנת למנוע פעולות של בניה על ידי פלסטינים, בגלגולו הנוכחי – לכל הפחות ביחס למתחם נשוא עתירה זו – משמש כלי בידי המשיב למנוע מבעלי האדמות החוקיים להגיע לאדמותיהם, ולאפשר לפולשים אלה ואחרים לעשות באדמותיהם של העותרים או אדמות אחרות המצויות בשטח המתחום, ככל העולה על רוחם;

70.6 המשיב מס' 2 נמנע באופן עקבי מהפעלת אמצעי האכיפה הקבוע בדין הפלילי ביחס להפרות צו התיחום על ידי ישראלים.

71. מכאן עתירה זו.

ג. מסגרת הטיעון המשפטי

1. המסגרות הנורמטיביות החלות על המשיבים ועל המתחם נשוא העתירה

1.1. הדין הבינלאומי ההומניטארי

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

73. תקנה מס' 43 המופיעה בתקנות הנספחות לאמנת האג, ואשר זכתה לכינוי "חוקה בזעיר אנפין" של הכיבוש, קובעת את המסגרת הכללית לפעילות כוח כובש בשטח כבוש ומהווה "כלל-על" ליחסי שלטון-אזרח (ראו בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פד"י לז(2) 197 (1983)). תקנה זו

מעניקה לצבא הכיבוש סמכויות וכוחות שלטוניים ומתווה את השיקול המרכזי להפעלתם והוא: טובתה של האוכלוסייה המקומית של השטח הכבוש ועיקרון שימור הקיים.

74. הפרשנות שהוענקה לתקנה זו הוסיפה על החובות לעיל גם את השמירה על האינטרסים הביטחוניים של המעצמה הכובשת. שני קטבים אלה, טובת הנכבשים מחד וביטחון הכובש מאידך, הם שמניעים את דיני הכיבוש ויוצרים את 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 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פד"י לז(4) 785 (1987) להלן: עניין "אסכאן").

1.2. דיני זכויות האדם הבינלאומיים

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

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

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

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

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

79. וכן בהמשך פסק הדין, בפסקה 17 לפסק דינה של כב' הנשיאה דאז, ד' ביניש:

"באשר לזכויות האדם של האוכלוסייה המקומית, אין חולק כי העל המפקד הצבאי לכבד, להגן ולאפשר את מימושן של מגוון זכויות האדם המוקנות לתושבים המקומיים, בכפיפות

לצרכי ביטחון חיוניים (ראו, למשל, סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית; תקנה 46 לתקנות האג. כן ראו העקרונות המנחים את פסיקתנו על-פי האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (International Covenant on Civil and Political Rights, 1966), להלן: האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות).

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

1.3. עקרונות המשפט המנהלי הישראלי

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

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

83. בית המשפט קבע לא אחת, כי עקרונות חוקתיים ועקרונות המשפט החוקתי הישראלי יחולו על פעילות המשיבים בגדה המערבית וכך גם לעניין כללי הצדק הטבעיים (ראו בג"ץ 69/81 באסיל אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(2) 197, (1983) בעמ' 226-227; בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529, (1989), בעמ' 539-540; בג"ץ 7015/02 כיפאח מחמד אחמד עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', תק-על 2002(3) 1021 (2002), בעמ' 1025; בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1), 267 (1993); בג"ץ יואב הס).

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

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

85. לצד עקרונות חוקתיים אלה, גם כללי הצדק הטבעי – כגון איסור פעולה משיקולים זרים, וכן החובה לנהוג בהגינות ובסבירות, חלות על פעולות המשיב ועל החלטותיו (ראו: בד"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', נימוקי פסק הדין מיום 30.10.2017). המפקד הצבאי, כך נקבע, ככל גוף מנהלי חייב להפעיל את הסמכות המסורה לו על פי עקרונות של מידתיות וסבירות, כאשר שיקול דעת

זה לעולם נתון לביקורת שיפוטית (שם, פסקאות 72, 118 וכן פסקאות 45-46 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (בדימ') ס' ג'ובראן)

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

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

ביחס לגורמים אחרים

2.1. כללי

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

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

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

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

89. בעוד שמחד גיסא, זהו המשיב מס' 2 אחראי על מדיניות (אי) אכיפת החוק כנגד מפרי הצווים הישראלים, לו העותרים או גורם פלסטיני אחר יפר את הצווים, תופעל נגדו מערכת משפטית אחרת לגמרי, בדמות מערכת אכיפת החוק הצבאית אשר כפופה למשיב מס' 1. העדר ממד מרתיע והעדר נקיטה באמצעי מנע נגד הישנות התופעה, יוצר את האקלים המשפטי המאפשר את הפרת החוק על ידי ישראלים, הכל כמתואר לעיל.

2.2. החלת צו התיחום על העותרים ועל בעלי האדמות אינה תואמת את תכליתו של צו התיחום

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

"אם החוק הוא מכשיר להגשמת תכלית חברתית, כי אז הפרשנות של החוק צריכה לכלול אמות מידה פרשניות לשם הגשמת התכלית החברתית המונחת ביסוד החוק. [...]. הפרשנות הראויה

של דבר חקיקה היא אפוא זו המעניקה ללשונו אותו מובן המגשים בצורה הטובה ביותר את תכליתו " (א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ב: פרשנות החקיקה (התשנ"ג), עמ' 160).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"הצורך בשינוי המצב נבע מכך שפינוי של המאחזים, להבדיל מפינוי של בניה בלתי חוקית אחרת פלשתינית, הוא בלתי אפשרי במסגרת הפעילות בשטח עפ"י הכלים הקיימים. אם אני מדבר על דיני תכנון ובניה, דיני תכנון ובניה חלים על מבנה וכשהוא חל על מבנה ואם מדובר

על מבנה מקובע אז אני יודע שהמבנה הזה נמצא בשטח, הוא לא זז ולא נע ממקומו ממקום אחד למשנהו. כשאני מדבר על מאחזים עפ"י אופיים, הקרוואנים זזים ממקום למקום. [...] צו הריסה מתייחס לנקודה מסויימת, צו הריסה ביחס למבנה הזה שנמצא פה. [...] השאלה מה קורה ביחס למי שמקבל את צו ההריסה כדת וכדין. הוא קיבל את צו ההריסה ועכשיו הוא מזיז את הקרוואן. האם אני פועל עפ"י הרשאה חוקית כדי לפנות את הקרוואן? " (בעמ' 6).

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

העתק פרוטוקול הדיון שהתקיים ביום 1.1.2004 מצ"ב ומסומן כנספח 19

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

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

98. פסק הדין שניתן בעניין "אמנה", אשר צוטט לעיל, מכיר בחוקיות הצו בדבר מבנים בלתי מורשים בנוסחו שלפני תיקון מס' 4, קרי כאשר הוא חל אך ורק על ישראלים. פסק הדין קובע באופן מפורש כי אין מדובר בהפליה בין שתי האוכלוסיות מאחר שמדובר בהבחנה מותרת על בסיס שוני רלוונטי. במילותיה של כב' השי' פרוקצ'יה:

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

99. זאת ועוד: בעניין "אמנה" טענו העותרים כי הצו בדבר מבנים בלתי מורשים מפר את תקנה 43 לתקנות האג באשר הוא מהווה שינוי החקיקה הקיימת. בית המשפט העליון דחה את הטענה וקבע כי הצו בדבר מבנים בלתי מורשים אינו בגדר שינוי חקיקה מאחר שהוא נועד להתמודד עם תופעה עבריינית שהדין הקיים אינו מסוגל להתמודד איתה. יתרה מכך, קבע בית המשפט הנכבד, כי לא זו בלבד שהצו אינו מפר את תקנה 43, אלא הוא אף נחוץ לצורך הגשמתה: מאחר שהדינים הקיימים אינם מסוגלים לתת מענה לתופעת המאחזים הבלתי מורשים והפלישות הנלוות אליהן, הרי שחקיקת הצו על-מנת להתמודד עם בניה לא חוקית, מגשימה את חובתו של המשיב לפי תקנה 43 לשמור על הסדר הציבורי:

"פעולות מפקד האיזור המכוונות למניעת היאחזויות בלתי חוקיות, שחלקן מוקמות על שטחי קרקע בבעלות אוכלוסייה פלשתינאית מקומית, נימנות בגדר סמכויותיו ואחריותו להבטיח את הסדר והחיים הציבוריים באזור. פעולות שנועדו לבלום פלישה לקרקעות

פרטיות וציבוריות ולמנוע ביצוע בנייה בלתי חוקית בתחומיהן, מצויות בתחומי אחריות המפקד הצבאי כאמור. במובן זה, עונה פעולתו של המפקד על דרישות הרישא לתקנה 43 לאמנת האג.

פעולת המפקד בהוצאת הצווים מתיישבת בנסיבות העניין גם עם הסיפא לתקנה 43. [...] הוצאת צווים לתחימת איזורים לשם מניעת תופעת המאחזים הבלתי חוקיים מתחייבת בנסיבות העניין בהעדר תשתית חקיקתית קיימת שביכולתה לענות לצורך המיוחד שבהתמודדות עם תופעה זו. דיני התכנון והבניה העוסקים בבניה בלתי חוקית מכוונים לטיפול נקודתי במבנה הבלתי חוקי, ומערך הכללים וסדרי הדיון הכלולים בהם מותאמים להשגת תכלית זו. ההתמודדות עם תופעת המאחזים הבלתי חוקיים אינה יכולה לבוא על סיפוקה בעזרת מערך דיני התכנון והבניה, משעניינה אינו מוגבל למניעת בנייה בלתי חוקית ככזו אלא היא מחייבת קיום אמצעים יעילים לבלית השתלטות על שטחים – בין באמצעות בנייה בלתי חוקית ובין באמצעים אחרים. [...] בתנאים הקיימים באיזור, מתחייב, אפוא, הסדר חקיקתי ישיר וכולל אשר יסמך את המפקד הצבאי לפעול לצורך מניעת השתלטות בלתי מורשית על שטחי קרקע באיזור, וההתמודדות עם תופעה זו אינה יכולה למצוא את פתרונה בהסדרי החקיקה הקיימים. בנסיבות אלה, התקנתם של הצווים בידי המפקד הצבאי נדרשת כדי למלא חסר הקיים בדין המקומי וכדי לאפשר השגת התכלית אותה הם נועדו להשיג." (שם, פסקאות 2-3 לפסק דינה של השי' פרוקציה).

100. מכל האמור לעיל עולה, כי תכליתו של הצו בדבר מבנים בלתי מורשים על-פי הנוסח שעמד בתוקף במשך 12 שנים מאז שנחקק ועד שתוקן בשנת 2015, היא לטפל בעבריינות בנייה ישראלית ולא בעבריינות בנייה פלסטינית.

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

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

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

104. מכל מקום, המשיבים לא טענו, ואין כל ראייה לכך, כי העותרים ובעלי האדמות מעוניינים להפר את הדין. נהפוך הוא – בכל השנים שקדמו להקמת המאחז עמונה השטח היה מעובד חקלאית על ידי העותרים ו/או אנשים מטעמם, באופן התואם את הוראות הדין התכנוני החל בשטח. היו אלה רשויות מטעם

המדינה אשר במסגרת ההליך בת.א. 22252/08 הנזכר לעיל, אישרו כי עובר להקמת המאחז השטח התאפיין בעיבודים חקלאיים רבים, ולא בפעולות המאפיינות הפרת חוק.

החלת צו התייחוס על העותרים אינה משרתת את תכליתו ועל-כן מהווה חריגה מסמכות

105. מן האמור לעיל עולה כי החלת צו תייחוס על תושבים פלסטינים משרתת את תכליתו רק אם במקרה הקונקרטי הוא נועד לטפל בבנייה בלתי חוקית של פלסטינים. החלת הצו על פלסטינים אינה משרתת את תכליתו כאשר אין צורך בטיפול בבניה לא חוקית של פלסטינים. בכך, למשל, נבדל צו תייחוס מצווי סגירת שטח או צווי איסור כניסה לגורמים מסויימים, אשר המשיב מוציא מעת לעת תחת ידיו.

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

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

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

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

109. המסקנה מכל האמור היא כי החלת הצו על בעלי הקרקע אינה משרתת את תכליתו, ולפיכך החלתו עליהם וסגירת השטח בפניהם מכוחו אינה מותרת ומהווה חריגה מסמכות.

110. כאן המקום להעיר, כי החלת צו, שתכליתו התמודדות עם בניה בלתי חוקית, על בעלי האדמות, שכניסתם לאדמותיהם נמנעה במשך שני עשורים ארוכים בשל בניה בלתי חוקית שאלמלא מאבק משפטי ממושך כלל לא הייתה נאכפת, היא בבחינת לעג לרש.

111. דברים אלה מקבלים משנה תוקף לנוכח העובדה כי המשיבים נמנעים מלאכוף את החוק בנוגע לבינוי הבלתי חוקי המצוי בשטח המתוחם וכן ביחס לרכוש המצוי שם כהגדרתו בצו בדבר מבנים בלתי מורשים, ואף מגיעים ל-"הסדרים" עם גורמים אלה ואחרים באשר להמשך שהייתם בשטח במהלך השנים מאז שהוצא הצו.

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

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

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

‘הנה כי כן, בהפעילו את סמכותו על-פי דיני התפיסה הלוחמתית, על המפקד הצבאי להבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים’. במסגרת זו עליו לשקול מחד גיסא שיקולי ביטחון המדינה, ביטחון הצבא וביטחונו האישי של כל מי שנמצא באזור. מאידך גיסא, עליו לשקול את זכויות האדם של האוכלוסיה הערבית המקומית. אכן ‘דיני המלחמה יוצרים בדרך כלל איזון עדין בין שני קטבים מגנטיים: צורך צבאי, מחד גיסא, ושיקולים הומניטאריים, מאידך גיסא’ (עניין מראעבה, פסקה 28 לפסק דינו של הנשיא (כתארו אז) א’ ברק).

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

I. הזכויות הנפגעות מהחלת צו התיחום על העותרים

זכות הקניין של העותרים באדמותיהם

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

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

Art. 46. Family, honor and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected. Private property cannot be confiscated.

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

באופן שרירותי. על הרשות מוטלת החובה להגן על זכות הקניין על שני אופניה. כך נקבעו הדברים בהכרזה האוניברסלית:

“Art. 17.

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

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

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

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

120. 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 בבג”ץ 9593/04 ראשד מוראר נ’ מפקד כוחות צה”ל ביהודה ושומרון, פ”ד סא(1) 844 (2006) (להלן: “עניין מוראר”) המציינים במפורש, כי לתושבי הגדה זכות מוגנת לקניינם גם מתוקף שיטת המשפט הישראלית:

“בשיטתנו המשפטית מוגנת זכות הקניין כזכות יסוד חוקתית (סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). זכות זו הינה זכות מוכרת, כמובן, גם במשפט הבינלאומי הפומבי [...]”
“משנמנעת, אפוא, מן העותרים הגישה לאדמות המהוות את קניינם, וכן נמנעת מהם האפשרות לטפל בגידולים החקלאיים השייכים להם, הרי שבכך מתבצעת פגיעה חמורה בזכותם לקניינם וביכולתם ליהנות ממנו.” (עניין מוראר, עמ’ 858).

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

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

"[זכות הקניין] מוכרת אף היא כזכות יסוד חוקתית מוגנת. היא מוכרת ככזו מכח המשפט החוקתי בישראל על פי סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא מוגנת מפגיעה גם במשפט הבינלאומי. הפגיעה בזכויות קניין, ובכלל זה פגיעה בזכויות מקרקעין של הפרט, אסורה על פי דיני המלחמה של המשפט הבינלאומי, אלא במקום שהדבר הכרחי לצרכי לחימה." (בג"ץ 7862/04 זוהרייה חסן מורשד בן חוסין אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נט(5), 368, עמ' 377-376).

122. אולם, עינינו הרואות, כי המשיב – רשות שלטונית האמונה על אכיפת החוק בשטחי הגדה המערבית הכבושה – מועל בחובתו שלא להישאר פאסיבי נוכח הפגיעה בקניין הפרטי על ידי התושבים הישראלים המפרים את הדין באין מפריע, ונוקט בצעדים דראסטיים ביחס לבעלי האדמות דווקא. בכך, מפר המשיב את החובות המוטלות עליו מכוח המשפט הבינלאומי ומכוח משפטה החוקתי של מדינת ישראל.
123. הפרה זו של המשיב הינה דו-כיוונית: מחד גיסא המשיב מאפשר, במעשה דוגמת "ההסדר הזמני" או במחדל אי האכיפה, לתושבים הישראלים ולמקורביהם ותומכיהם לעשות בשטח המתוחם ככל העולה על רוחם; ומאידך גיסא, מתוך ידיעה שביחס לתושבים הפלסטינים כל הפרה של צו התיחום תוביל בהכרח לאכיפה נגדם בבתי המשפט הצבאיים בהתאם לתחיקת הביטחון החלה בשטח, בוחר לנקוט במדיניות אשר אינה מאפשר גישה חופשית לאדמות העותרים.

זכות העותרים לחופש תנועה

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

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

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

יסעיף 12:

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

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

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

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

" חופש התנועה הוא מזכויות היסוד של האדם והוכר במשפטנו הן כזכות יסוד העומדת על רגליה היא (ראו למשל: בג"ץ 672/87 עתאמללה נ' אלוף פיקוד הצפון (להלן – פרשת עתאמללה [18]), בעמ' 709, 712; בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל (להלן: פרשת לוי [19]), בעמ' 401-402) הן כזכות הנגזרת מן הזכות לחירות (הנשיא ברק והשופט מ' חשין בבג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה (להלן – פרשת חורב [20]), בעמ' 59 ו-147 בהתאמה). כמו כן יש הגורסים כי חופש זה אף נגזר מכבוד האדם (הנשיא ברק בפרשת חורב [20], בעמ' 59; בפרשת שביט [15], בעמ' 651 ובבג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים (להלן – פרשת דיין [21]), בעמ' 472; והשוו לעמדת השופט טל בפרשת חורב [20], בעמ' 181).

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

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

"חופש התנועה מוכר כזכות יסוד גם במשפט הבינלאומי. חופש התנועה הפנים-מדינתית מעוגן בשורה ארוכה של אמנות והכרזות בינלאומיות בדבר זכויות אדם (כך בין היתר, בסעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (International Covenant on Civil and Political Rights, 1966), בסעיף 13 להכרזה האוניברסאלית על זכויות האדם (Universal Declaration of Human Rights, 1948), ובסעיף 2 לפרוטוקול הרביעי מ-1963)

לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם מ-1950, ונראה כי הוא מעוגן גם במשפט הבינלאומי המנהגי. " (עניין עיריית בית לחם, בפסקה 15 לפסק הדין; וראו גם פסקה 17 לפסק דינה של הנשיאה בייניש בעניין דיר סאמט).

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

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

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

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

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 פסקה 15 לפסק הדין והאסמכתאות הנזכרות שם). חופש התנועה מוכר גם כזכות יסוד במשפט הבינלאומי וזכות זו מעוגנת בשורה של אמנות בינלאומיות (שם, שם). חשוב להדגיש כי בענייננו, אין מדובר בתנועה של תושבים פלסטינים באזורים בלתי מסוימים ברחבי יהודה ושומרון, אלא בגישה של התושבים לאדמות **השייכות להם**. בנסיבות אלה, כאשר התנועה מתבצעת במרחב פרטי, יש ליתן משקל רב במיוחד לזכות לחופש תנועה ולצמצם למינימום את המגבלות המוטלות עליה. " (פסקה 14 לפסק דינה של השופטת (כתארה אז) ד' בייניש; הדגשות במקור).

133. מכאן אנו למדים על החשיבות העצומה שייחס בית המשפט הנכבד לחופש התנועה, עת הוא מצא לנכון להביט על המקרה לא רק דרך הפריזמה הצרה (יחסית) של דיני המשפט הבינלאומי ההומניטארי, אלא גם להחיל דרכו את עקרונות המשפט החוקתי החלים בישראל, בד בבד עם הסטנדרטים הבינלאומיים כפי שהם מופיעים באמנות הבינלאומיות.

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

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

המתחם הקשור לביתו שלו ואין דינן של הראשונות כדינן של האחרונות (ראו: בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 475). " (עניין מוראָר בעמ' 857).

135. בפועל, המשיב בוחר בנקיטה באמצעי אשר פוגעני ביותר מבחינת העותרים, פוגע בזכות ובחופש התנועה שלהם, והכל על מנת להמנע מעימותים, בין אם פוליטיים ובין אם אחרים, מול התושבים הישראלים המבקשים להגיע לשטח המתוחם. מחדלי המשיב מס' 2 אשר אינו מוביל לאכיפת דין פלילית כנגד הישראלים המפרים את צו התיחום, מעצימה גם היא את הפגיעה בחופש התנועה של העותרים, שכן הגורמים העבריינים בשטח יודעים כי בפועל קיימת להם חסינות מפני כל ממד הרתעת, ואילו במקרים אחרים, המשיב וכוחותיו אף יסייעו להם ויגבשו שמירה היקפית ביחס לעבירות המתבצעות על ידי אותם גורמים.

זכות העותרים לפרנסה ולחופש עיסוק

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

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

138. מניעת הגישה החופשית של העותרים לאדמותיהם במשך שנים פגעה פגיעה אנושה בזכות יסוד זו, ומניעת הגישה כעת, לאחר שנפסק כי יש להשיב לבעלי האדמות את אדמותיהם, מחריפה את הפגיעה. הואיל ומדובר בשטח חקלאי אשר שימש את העותרים, בני משפחותיהם ושאר תושבי הכפר לצורכי פרנסה וכחלק ממשלח ידם, הרי שגם זכותם לעבוד ולהתפרנס בכבוד נפגעת באופן ממשי.

II. מבחני המידתיות ביחס לתכליות צו התיחום

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

יכשיש בהחלטתו (של המפקד הצבאי, ש.ז., מ.ז.) משום פגיעה בזכויות אדם, תיבחן מידתיות הפגיעה בהתאם למבחנים המקובלים שהותוו בפסיקה לעניין זה" (בג"ץ 2150/07 עלי חסיין מחמוד אבו צפייה, ראש מועצת הכפר בית סירא ו-24 אח' נ' שר הביטחון, סג(3) 331, 360).

140. מידתיותה של פעולה שלטונית נבחנת ביחס שבין התכלית שלשמה מופעלת הסמכות לבין האמצעי שנבחר לצורך הגשמת אותה תכלית. מסעיף 2 למכתבו של נציג יועמ"ש איו"ש מיום 2.7.17 ומן האמור בדיון לעיל בדבר תכליותיו של הצו בדבר מבנים בלתי מורשים, הרי שלצו התיחום בעניין עמונה, שתי תכליות עיקריות:

(1) פינוי המאחז הבלתי-חוקי עמונה ומניעת הקמת מבנים בלתי חוקיים נוספים;

2) שמירה על הסדר והביטחון (מניעת "אירועי חיכוך" כדברי נציג היועמ"ש במכתבו הנ"ל).

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

תכלית פינוי המאחז עמונה ומניעת הקמת מבנים בלתי חוקיים נוספים

142. **מבחן הקשר הרציונאלי.** האמצעי של סגירת השטח בפני העותרים אינו בעל קשר רציונאלי למטרה של פינוי המאחז. המאחז עמונה נבנה על אדמותיהם של העותרים ומנע מהם להגיע אליהן, לעבדן ולהתפרנס מהן במשך כשני עשורים. פינוי המאחז אם כן, לאחר שנים של מאבק משפטי וחרף שלל נסיונות הרשויות השונות של הרשות המבצעת להמנע מכך, הוא אינטרס של בעלי האדמות ואין סיבה לחשוב כי כניסתם לאזור תסכל את הפינוי.

בנוסף, גם אם ייטען כי עצם נוכחותם של אזרחים בשטח מפריעה לביצוע יעיל של הפינוי, הרי שמדובר בטיעון שאיננו רלוונטי יותר, מאחר שמבני המאחז כבר פונו. לפיכך, גם אם בתחילה הייתה סיבה לסגור את השטח בפני העותרים, הרי שסיבה זו אינה מתקיימת עוד.

זאת ועוד, לפינוי המאחז ישנה תכלית משלו והיא להגן על קניינם של העותרים ולהשיב להם את אדמותיהם. בהקשר דומה קבעה בעבר כב' השופטת (כתארה אז) מ' נאור, את הדברים הבאים:

"חמש שנים היתה העתירה תלויה ועומדת ונעשו במהלך הטיפול בה ניסיונות לפתרון בדרכי שלום. בסופו של דבר נקבע כי לא ניתן להמתין עוד אך ניתנה למדינה שהות ניכרת לפינוי המאחז. עתה זכאים העותרים ליהנות מפירות פסק הדין. זכאים הם לכך שהפגיעה המתמשכת בזכויותיהם תבוא לסיומה."

(בג"ץ 8887/06 אל נאבות' ואח' נגד שר הביטחון ואח', החלטה מיום 25.3.2012, פורסם בנבו, פסקה 14 להחלטת כב' השופטת נאור, בהסכמת נשיא ביהמ"ש דאז כב' השופט א' גרוניס וכב' השופט ס' ג'ובראן)

אם כן, לא זו בלבד שסגירת השטח אינה מקיימת קשר רציונאלי עם תכלית פינוי המאחז, אלא היא אף חותרת תחת השגת התכלית. משמעות הדבר היא כי כיום סגירת השטח בפני העותרים אינה משרתת את המטרה של פינוי המאחז.

143. כמו-כן, האמצעי של סגירת השטח בפני העותרים אינו בעל קשר רציונאלי למטרה של מניעת הקמת מבנים בלתי חוקיים נוספים. זאת משום שמטרה זו אינה מופנית כלפי העותרים אלא כלפי תושבי המאחז לשעבר ותומכיהם, שביחס אליהם קיים חשש כי יפלוש שנית לאזור וינסו להקים מחדש את המאחז. העותרים אינם מקימים חשש כזה.

ראשית, מדובר באדמותיהם הפרטיות של העותרים. כזכור, צו התיחום לא נועד לטפל בפינוי בלתי חוקי שמבצע אדם באדמתו הפרטית, אלא בכזה המתבצע תוך כדי פלישה לאדמות של אחר או לאדמות מדינה. **שנית**, אדמותיהם של העותרים שימשו אותם מאז ומעולם לחקלאות ואין סיבה להאמין כי כעת הם יבחרו לבנות בהן, לא כל שכן באופן בלתי חוקי. ממילא לא עלתה טענה כזו מצד המשיב או מי מטעמו. **שלישית**, הצו בדבר מבנים בלתי מורשים נועד להתמודד עם בניה בלתי חוקית קיימת ועם הישנותה של אותה בניה, ולא עם היתכנות כלשהי כי אדם כלשהו בזמן כלשהו יבצע בניה בלתי חוקית – ככל שטענה מופרכת כזאת עשויה לעלות מצד המשיב.

144. זאת ועוד, לא ניתן לטעון כי חזרתם של העותרים לאדמותיהם כשלעצמה תאפשר את הישנות הבניה הבלתי חוקית מצד תושבים ישראלים. **ראשית**, משום שפתיחת השטח לכניסת העותרים אינה מחייבת את ביטול הצו ביחס לתושבים הישראלים, כפי שנעשה לא אחת במקרים אחרים וכפי שהצו בדבר מבנים בלתי מורשים היה מנוסח מלכתחילה. **שנית**, משום שנוכחות בעלי האדמות בשטח עשויה דווקא להקשות על מסיגי גבול ועברייני בניה. לפיכך, אמצעי סגירת השטח בפני העותרים אינה משרתת את התכלית של מניעת הישנות בניה בלתי חוקית.

145. **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה**. גם לו היה קשר רציונאלי בין סגירת השטח בפני העותרים לבין תכלית פינוי המאחז ומניעת הקמת מבנים בלתי חוקיים נוספים, ברור שהאמצעי של סגירת השטח כליל והפניית העותרים למנגנון קבלת היתרים הוא האמצעי הפוגעני ביותר. יוזכר כי הגם שמדובר בצו בהוראת שעה התחום בזמן, שאמור כביכול לצמצם את הפגיעה בזכויות, תוקף הצו עומד על שנתיים – פרק זמן ארוך באופן בלתי סביר כאשר מדובר במניעת גישה של אדם לקניינו הפרטי. כמו-כן, למשיב יש סמכות להאריך את הצו לפי שיקול דעתו, באופן שהופך את הזמני לקבוע – תופעה שאינה חריגה במחוזותינו.

אמצעים שפגיעתם פחותה כוללים הותרת צו התיחום בתוקף ביחס לתושבים הישראלים בלבד; הוצאת צווי הגבלה לתושבים ישראלים מסוימים שהיו מעורבים בבניה בלתי חוקית בעמונה או בכלל, או כאלה שלמשיב יש סיבה ממשית לחשוד כי יפלו לאדמות העותרים ויקימו מבנים בלתי חוקיים נוספים; הותרת צו התיחום בתוקף ביחס לכלל התושבים – ישראלים ופלסטינים, תוך החרגת העותרים, בני משפחותיהם והמסייעים להם בעבודת החקלאות; פיקוח מוגבר של רשויות האכיפה בשטח ועוד. לפיכך, סגירת השטח בפני העותרים אינה מקיימת את מבחן המידתיות השני שכן קיימים אמצעים אחרים שישגו את המטרה של צו התיחום מבלי לפגוע בזכויות העותרים בצורה כל-כך אנושה.

146. **מבחן הנזק מול תועלת**. הפגיעה בזכויות העותרים שנגרמת מן האמצעי של סגירת השטח בפניהם, אינה עומדת ביחס ראוי לתועלת שתצמח ממנו. בגדרי מבחן זה יש לשקול את התועלת לציבור הצפויה מצו התיחום. וכי איזו תועלת צפויה ממנו כאשר אכיפתו המאוחרת מאוד של הדין באמצעות צו זה, במקום שתתקן את חוסר-הצדק שנגרם מקיומו של המאחז ומהיעדר אכיפת הדין עד כה, ממשיכה אותו ומוסיפה עוד על הפגיעה הקשה ממילא בבעלי האדמות. צו התיחום הוצא לצורך יישום פסק הדין בעניין **חמאד** שקבע כי על המשיב מוטלת החובה להגן על הקניין הפרטי של התושבים המוגנים. ברור כי החלת צו התיחום על בעלי האדמות אינה יכולה להיחשב כהגנה על הקניין הפרטי ומכאן שגם התועלת הצרה יחסית של קיום פסק הדין אינה מתממשת. מכאן, שהנזק רב והתועלת אפסית, ביחוד לאור הפרות צו התיחום הרבות מצד תושבים ישראלים שאינן נאכפות כראוי, ועל-כן צו התיחום אינו עומד גם במבחן זה.

תכלית השמירה על הסדר והביטחון

147. מכתבו של נציג יועמ"ש איו"ש מיום 2.7.17, לא פירט ביחס לתכלית זו את כוונתו ורק ציין כי צו התיחום נועד למנוע "אירועי חיכוך".

148. במאמר מוסגר יוער כי הצו בדבר מבנים בלתי מורשים לא נועד להתמודד עם "אירועי חיכוך" אלא עם בנייה בלתי חוקית. העובדה שקיימים צווים אחרים שמטרתם מניעת חיכוך וכי המשיב לא ראה לנכון להוציאם במקרה זה, מעידה כי המטרה של מניעת חיכוך לא הייתה מטרתו המרכזית. אין חולק כי בכל פעולה של המשיב עליו לשקול שיקולים של הגנה על הביטחון, ובכלל זה גם כאשר הוא מוציא צו תיחום שנועד להתמודד עם בניה בלתי חוקית. אולם הבחירה לעשות שימוש בצו תיחום, במקום, למשל, בצו

שטח צבאי סגור בהתאם לצו בדבר הוראות ביטחון, מלמדת כי החשש מאירועי חיכוך, ככל שקיים כזה, היה בגדר מניע שולי למטרה של התמודדות עם הבניה הבלתי חוקית.

149. מכל מקום, במכתב לא צוין אם מניעת אירועי החיכוך משמעה מניעת הפרות סדר מצד התושבים הישראליים והגנה על ביטחון התושבים הפלסטינים, או שמא גם מניעת הפרות סדר מצד התושבים הפלסטינים והגנה על ביטחון התושבים הישראליים. להבחנה זו חשיבות רבה משום שבעוד שסגירת השטח לצורך הגנה על ביטחון התושבים הישראליים הוכרה בפסיקה כמידתית בנסיבות מסוימות, סגירת השטח לצורך הגנה על ביטחון בעלי האדמות הפלסטינים, כאשר אין כל איום קונקרטי וממשי, הוכרה כבלתי מידתית בכל מקרה שהוא.

150. העותרים יטענו כי הנוסח "מניעת אירועי חיכוך" במכתבו של נציג יועמ"ש איו"ש אינה יכולה לעמוד במבחן הסבירות, לנוכח העובדה כי הפרות הדין בשטח נעשות דווקא על ידי התושבים הישראליים. משמע, כי הצו נועד בסופו של דבר להגן על העבריינים הישראליים ולמנוע כל הצדקה להגעת בעלי האדמות לשטחם.

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

152. לפיכך, התכלית של הגנה על ביטחון התושבים הישראליים אינה יכולה להיות אחת מתכליות צו התיחום, ובוודאי שאינה יכולה להיות תכליתו העיקרית.

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

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

154. במקרה שלפנינו, לא זו בלבד שאין מדובר בהפעלת הסמכות בהיקף המינימלי ההכרחי, אלא שניתן לומר במידה רבה של ביטחון, כי המשיב הפעיל כאן את סמכותו בהיקף מקסימלי, וזאת על מנת לאפשר לתושבים הישראליים להגיע לשטח באופן רציף, מבלי שנקטה כל פעילות אכיפה נגדם וכן על מנת להותיר את ה-"הסדר הזמני" שגובש עמם, ככל שאכן גובש, בהתאם לעתירה בבג"ץ 1250/17. ויודגש כי דברים אלו נאמרים בבחינת למעלה מן הצורך, משום שלשיטת העותרים, ההגנה על התושבים הישראליים מפני התושבים הפלסטינים אינה יכולה להיחשב לאחת מתכליותיו של צו התיחום, אלא צווים אחרים.

155. לעומת זאת, ישנו פוטנציאל רב להפרת הסדר, לביצוע עבירות ולאירועים אלימים מצד תושבים ישראלים כלפי בעלי האדמות. אלו כבר הוכיחו כי החוק אינו נר לרגליהם, כי קניין פרטי של פלסטינים אינו עניין שיש לכבדו וכי הם אינם מהססים לנקוט בבריונות כדי להשיג את מטרותיהם. גם כיום הם

פוקדים את אדמות העותרים, היכן ששכן המאחז עמונה, על אף קיומו של צו תיחום האוסר עליהם להיכנס לשטח, ומכריזים בגלוי על כוונתם לשוב לבנות באזור.

156. המציאות הקצרה מאז פינוי עמונה כפי שפורטה אף בתשובות המשיבים והוצגה בחלק העובדתי מלמדת כי הגורמים אשר מערערים על הסדר במתחם אינם העותרים או התושבים הפלסטינים, אלא דווקא התושבים הישראלים הפועלים ונמצאים בשטח. ערעור הסדר "מושג" דווקא לנוכח שוויון הנפש של המשיבים לנוכח שורה של הפרות חוזרות ונשנות של הדין, מבלי שהמשיבים עושים שימוש בכלים העומדים לרשותם, בראש ובראשונה האפיק הפלילי כנגד מפרי הצווים.

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

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

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

ובהמשך:

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

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

יכאשר התכלית המבוקשת היא הגנה על ביטחון החקלאים הפלסטינים מפני מעשי אלימות המופנים נגדם הרי שראוי הוא כי האמצעי המתאים יופעל כנגד הגורם המסכן, דהיינו כנגד אלה המבצעים את התקיפות על החקלאים הפלסטינים. דא עקא, שבבואו להגן על החקלאים הפלסטינים בחר המפקד הצבאי לפעול שוב כנגדם, גם כאשר הם הקורבן להתקפות. ברור, אפוא, כי שימוש באמצעי של סגירת השטח בפני חקלאים פלסטינים כאשר המטרה היא הגנה עליהם עצמם אינו שימוש הולם באמצעי האמור ויש בכך משום פגיעה בתחושת הצדק. מצב דברים זה אינו ראוי ועל כן, שימוש באמצעי של סגירת שטחים, כאמצעי שבשגרה וכאמצעי בלעדי, לצורך הגנה על תושבים פלסטינים המותקפים בשטחם, הוא שימוש שאינו מידתי ושאינו עולה בקנה אחד עם החובות המוטלות על המפקד הצבאי " (שם, הדגשות במקור).

160. נסיבותיו של המקרה שנדון בפרשת מוראך דומות עד זהות למקרה שבעניינינו. גם שם נדרש בית המשפט להכריע בשאלות העולות במקרה דנן, קרי, בסגירת שטח בפני בעלי האדמות לצורך שמירה על הביטחון בשל החשש מ"אירועי חיכוך".

161. עם זאת, בפרשת מוראך הוצא צו סגירה לשטח מכוח הצו בדבר הוראות ביטחון ולצורך הבלעדי של מניעת אירועי חיכוך, בעוד שבעניינינו, מניעת אירועי החיכוך היא משנית לתכלית של הצו שהוצא. מכאן, שהאמור בפסק הדין בפרשת מוראך, נכון ביתר שאת בנסיבות של המקרה דנן, היכן שמלכתחילה ההגנה על הביטחון אינה התכלית העיקרית של סגירת השטח.

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

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

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

165. כמו כן, פעולת המשיב מסכלת את מימושו המהותי של פסק הדין בעניין 9949/08 שקבע כי בשל החובה להגן על זכויות התושבים המוגנים יש לפנות את המאחז: המאחז אמנם פונה, אולם חובותיו של המשיב להגן על זכויות העותרים לא נתמלאו.

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

167. המתואר בעתירה זו חושף רובד נוסף כיצד אי אכיפה מועדת ומכוונת של הדין יוצרת את אותה מציאות אנרכית, אשר בסופה בוחר המשיב באמצעי הקל ביותר מבחינתו, הוא אמצעי המונע דווקא מבעלי האדמות לממש את זכויותיהם באדמותיהם, בעצמם או באמצעות אנשים מטעמם.

168. לצד הטלת משטר היתרים על אותם בעלי אדמות, אנו נחשפים למציאות שבה גורמים ישראלים מגיעים לשטח באופן תדיר, כמעט יום-יומי, לא אחת באישור ובפיקוח המשיבים, שאף פורשים חסותם על נוהל זה או אחר.

169. פעילות ישראלית בשטח האמור מתבצעת כמעט כל יום. אכיפה פלילית מצד המשיב מס' 2, חרף שורה של פניות שנעשו ביחס לנושא – אין.

170. כל אלה מגבשים את אותו סף המצדיק, לשיטת העותרים את הפניה לבית המשפט, בדרישות המפורטות בעתירה.

171. לשיטת העותרים, החלת צו התיחום ביחס אליהם, חותרת תחת תכלית הצו ופוגעת דווקא במי שאינו מפר את החוק, וזאת כאשר דווקא מפרי החוק עושים בשטח כבשלהם.

172. לשיטת העותרים, העובדה כי בשטח המתוחם עדיין נכנסים ויוצאים תושבים ישראלים, וזאת כחלק מהטיפול ברכוש שהושאר בשטח ולא פונה מאז הותקן הצו, פוגעת דווקא בעותרים ומעניקה פרס בלתי ראוי ובלתי חוקי דווקא לגורמים העבריינים. העובדה כי בעת הזו ממש מפונים שני המבנים שהוצבו בשטח צריכה דווקא לשמש מקפצה למימוש שאר רכיבי הפינוי הכלולים ביחס לצו התיחום כלפי מי שאינם בעלים של המתחם והם למעשה, בגדר פולשים.

173. לשיטת העותרים, המנעותו של המשיב 2 להעמיד לדין את אלה המפרים את הצו, למעשה מעניקה "רוח גבית" ושומטת את רכיב ההרתעה הפלילי הקיים בצו. הרתעה זו מושגת למעשה אך ורק ביחס לעותרים ובעלי האדמות הפלסטינים אשר יודעים כי הפרתו תוביל אותם בהכרח להליכים משפטיים ארוכים בפני בית המשפט הצבאי הפועל בשטח מתוקף סמכותו של המשיב 1. העותרים אינם רוצים לפעול באופן המפר את הדין ואז לטעון טענות ממין "אכיפה סלקטיבית". העותרים רוצים כי החוק ייאכף באופן שוויוני כלפי המפרים, באופן אשר יממש את התכלית שביסוד הוראות הדין.

174. אי-אכיפת הכרזות התיחום גורמת לפגיעה בזכויות קניין של אנשים עליהם השתלטו מקימי המאחזים, פוגעת בשלטון החוק בכללותו ויוצרת תחושה של אכיפה סלקטיבית המונעת משיקולים פוליטיים. אי ביצוע מימוש הכרזות ואי אכיפת הדין כלפיה המפרים המתריסים הפועלים [פעם אחר פעם במודע ובמכוון להפר את הדין, מצטרפים לשורה ארוכה ביותר של מחדלים אשר הפכו את הגדה המערבית למערב הפרוע, מקום בו יש אמנם דין - אך רק על הנייר.

175. כולנו מפסידים מהשפלת החוק: אי-אכיפה מביאה להפרות נוספות בקצב הולך וגדל, ההפרות פוגעות באינטרס הכלל ובאינטרס היחיד – היחיד הנפגע מההפרה אישית כי את אדמתו גזלו ואין סעד; הרבים שמשאבים ציבוריים נלקחים בכוח הזרוע על-ידי המעטים, וששמירת החוק על-ידם מחלישה אותם ביחס לעבריינים. אכן, כל אחד היה רוצה לבנות לעצמו קומה נוספת על גג ביתו או בית חדש לגמרי על ראש גבעה נאה, בלי צורך בקבלת רשות מהרשויות, בלי החובה לשלם מיסים, מבלי לשלם עבור האדמה.

176. בפועל, הנפגעים העיקריים והמרכזיים מכל החידלון המתואר לעיל הם דווקא העותרים, בעלי האדמות, תושבים מוגנים בשטח המצוי תחת כיבוש ודיני הכיבוש. מעמד המוחלש עומד להם לרועץ,

והנה דווקא כלי האכיפה הייעודי שנועד להגן עליהם, מופנה דווקא נגדם, ואילו כלי האכיפה העומדים לרשותם של המשיבים כנגד המעוולים, כמעט ואינם מופעלים.

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

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

העובדות המופיעות בעתירה זו הנוגעות לנתמכת בתצהירי העותרים וכן בתצהיר של הגב' זיו שטהל מטעם העותר מס' 12.

תאריך: היום, 2.1.2019

מיכל זיו, עו"ד

שלומי זכריה, עו"ד

ב"כ העותרים