

בעניין:

1. הרשה, ת"ז _____
פלסטיני תושב השטחים הכבושים
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר –
ע"ר מס' 580163517

ע"י ב"כ עוה"ד תהילה מאיר (מ"ר 71836) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או נאסר עודה (מ"ר 68398) ו/או נדיה דקה (מ"ר 66713) ו/או אהרון מיילס קורמן (מ"ר 78484)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל': 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

1. המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית
2. ראש המינהל האזרחי
3. היועץ המשפטי לגדה המערבית

ע"י פרקליטות מחוז ירושלים - אזרחי, משרד המשפטים
רח' מח"ל 7, ירושלים
טל': 02-5419555; פקס: 02-6468053

המשיבים

עתירה מינהלית

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיבים:

- א. להנפיק לעותר 1 היתר כניסה למרחב התפר, בתוקף לשנתיים, לצורך שימור זיקתו הקניינית לאדמתו שבמרחב התפר ולצורך עיבודה;
- ב. להפסיק לדחות בקשות של בעלי אדמות המצויות במרחב התפר להיתרי כניסה למרחב התפר, בתוקף לשנתיים, בשל גודלן הנטען של האדמות שלהם.

עניינה של העתירה בסירובם של המשיבים להנפיק היתרי כניסה למרחב התפר לאנשים הזכאים להם על פי נהלים. על פי סעיף 5א(א)(1) לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, בצירוף פרט 3(ה) לתוספת הרביעית, נושא זה מצוי בסמכותו של בית משפט נכבד זה.

התשתית העובדתית

משטר ההיתרים

1. בשנת 2002 החליטה ממשלת ישראל על הקמת גדר ההפרדה. שורה של עתירות הוגשו בנושא חוקיות הקמתה של גדר ההפרדה ככלל וחוקיותם של חלקים שונים מהתוואי שלה. בפסקי הדין שניתנו בעתירות אלו נקבע כי השאלה האם תוואי הגדר הוא חוקי או לא תלויה בשאלה האם הוא מאזן כראוי בין השיקולים הביטחוניים שבבסיסו לבין ההגנה על זכויות האדם של התושבים המוגנים (ראו,

לדוגמא, בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005); בג"ץ 5488/04 מועצת מקומית אלראם נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 13.12.2006); ובג"ץ 8414/05 יאסין נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(2) 822 (2007).

2. התוואי שנקבע לגדר ההפרדה הביא לכך שחלקים משמעותיים מהגדר נבנו בתוך שטחי הגדה המערבית. עם הקמתם של חלקי גדר אלו, הכריזו המשיבים על השטחים שנותרו בין גדר ההפרדה לבין הקו הירוק כעל שטחים סגורים, המכונים יחדיו "מרחב התפר", שהכניסה אליהם והשהייה בהם אסורות, אלא אם ניתן לאדם היתר לשם כך. האיסורים האלה אינם חלים על תושבי מדינת ישראל ועל תיירים, המורשים להיכנס למרחב התפר ככל שיחפצו.

3. בסמוך להכרזה הראשונה על סגירת שטחי מרחב התפר, שנחתמה ביום 2.10.2003, הוגשו עתירות נגד משטר ההיתרים, שעסקו בחוקיות סגירתו של מרחב התפר בפני פלסטינים והתניית כניסתם לשם בקבלת היתרים מיוחדים. ההכרעה בעתירות אלו הושתתה במשך למעלה משבע שנים, עד למתן פסקי דין בעתירות בנושא גדר ההפרדה, שנדונו באותה העת. כתוצאה מכך, פסק הדין בעתירות, בג"ץ 9961/03 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 5.4.2011, להלן: פסק דין משטר ההיתרים), נכתב מתוך התייחסות לגדר ההפרדה כעובדה מוגמרת, ובמסגרתו נבחנה הפגיעה של משטר ההיתרים בתושבים הפלסטינים במנותק מפגיעתה של גדר ההפרדה בהם.

4. בפסק הדין נבחנה פגיעתו של משטר ההיתרים על רקע ההסדרים שקבעו המשיבים למתן היתרי כניסה למרחב התפר לפלסטינים, בין היתר, "קפ"ק מרחב התפר ונוהל טיפול בשימוש לרעה בהיתר מרחב התפר" (להלן: קפ"ק מרחב התפר), ועל יסוד טענות המשיבים כי ההסדרים ייושמו באופן ליברלי. בית המשפט קבע כי הפגיעה של משטר ההיתרים בתושבים הפלסטינים היא מידתית, למעט מספר עניינים נקודתיים שנפסלו.

5. עוד הובהר בפסק הדין כי הקביעות לגבי מידתיות הפגיעה של משטר ההיתרים בתושבים הפלסטינים אינן שוללות את האפשרות "כי קיימים מקרים פרטניים בהם נגרמת פגיעה חמורה בזכויות הקניין והפרנסה של תושבים פלסטינים שאינם זוכים לעבד את אדמתם במידה הנדרשת להם או נתקלים בקשיי גישה אחרים, והמשיבים מצידם אינם עושים די על מנת להביא למזעור פגיעה זאת", וכי "מקרים אילו ניתנים לביורר במסגרת עתירות פרטניות, במסגרתן יוכל בית המשפט לבחון את מכלול ההסדרים הרלוונטיים לאזור מסוים, ולבחון את האיזון הפרטני המתבצע בתחומו בין זכויות התושבים לבין אינטרסים אחרים, כפי שנעשה בעבר בעתירות דומות" (סעיף 34 לפסק הדין).

6. ואכן, לאחר שניתן פסק דין משטר ההיתרים, על בסיס ההנחה כי לא תימנע כניסתם למרחב התפר של פלסטינים בעלי זיקה אליו, החלו להתעורר עוד ועוד מקרים בהם מונעים המשיבים מתושבים פלסטינים לגשת לאדמותיהם, לעסקיהם ולמקומות עבודתם שבמרחב התפר. במקרים כאלה, נאלצים תושבים פלסטינים להגיש עתירות על מנת לקבל את ההיתרים להם הם זכאים, כבמקרה דנן.

הצדדים לעתירה

7. העותר 1 (להלן: העותר) הוא בעל אדמות במרחב התפר ששטחו 12.5 דונם. לעותר ניתנו היתרי כניסה למרחב התפר במשך שנים רבות, מאז החלת משטר ההיתרים, על מנת שיוכל לגשת לאדמותיו ולעבד אותן. אולם, כעת המשיבים מסרבים לתת לעותר היתר, בטענה שגודל האדמות שלו 157 מ"ר, וששכל כך הוא אינו זכאי להיתר. בכך מונעים המשיבים מהעותר לממש את זכותו, זכות בסיסית שאמורה

- להיות מובנת מאליה - לגשת לאדמות שבבעלותו הפרטית ושמצויות בגדה המערבית. זאת ללא כל הצדקה בדין, ואף ללא עיגון של ממש בקפ"ק מרחב התפר, ותוך פגיעה קשה בפרנסתו.
8. **העותרת 2** היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.
9. **המשיב 1** הוא המפקד הצבאי בגדה המערבית מטעם מדינת ישראל.
10. **המשיב 2** הוא ראש המינהל האזרחי, גוף שהוקם כדי לנהל את העניינים האזרחיים בגדה המערבית "לרווחתה ולטובתה של האוכלוסייה ולשם הספקת השירותים הציבוריים והפעלתם, בהתחשב בצורך לקיים מנהל תקין וסדר ציבורי" (סעיף 2 לצו בדבר הקמת מינהל אזרחי (יהודה והשומרון) (מס' 947), תשמ"ב-1981).
11. **המשיב 3** הוא יועצם המשפטי של המשיבים 1 ו-2. הוא וקציניו מלווים באופן שוטף את ההיבטים המשפטיים של עבודת המשיבים 1 ו-2, ובכלל זאת כל הקשור להנפקת היתרי כניסה למרחב התפר.

עיקרי העובדות ומיצוי ההליכים

עניינו הפרטני של העותר

12. העותר, יליד שנת 1952, נשוי ומתגורר בקפין שבנפת טולכרם. העתק תעודת הזהות של העותר מצורף ומסומן ע/1.
13. העותר הוא בעל קרקע בגודל 12.5 דונם, המצויה באדמות קפין, במרחב התפר. על פי צווי ירושה שניתנו על ידי בית הדין השרעי בטולכרם, העותר ירש את הקרקע מאביו המנוח, מר ח'אלד מחמוד אבראהים הרשה, שהלך לעולמו בשנת 1987. אביו המנוח של העותר ירש את הקרקע מסבו המנוח של העותר, מר מחמוד אלשיח' אבראהים הרשה, שהלך לעולמו בשנת 1979. יורשי הסב הסכימו ביניהם שאביו של העותר ודודו יקבלו את החלקה הנדונה, ויתר היורשות יקבלו חלקות אחרות. העתק נסח מס הרכוש של הקרקע של העותר מצורף ומסומן ע/2;
- העתקי צווי הירושה מצורפים ומסומנים ע/3.
14. באדמה של העותר גדלים עצי זית. העותר מתפרנס ממכירת שמן הזית שהוא מפיק מהיבול שלו, ואין לו מקור פרנסה אחר.
15. מאז החלת משטר ההיתרים ובמשך שנים רבות ניתנו לעותר היתרי כניסה לאדמתו שבמרחב התפר. ההיתר האחרון שלו היה תקף עד ליום 5.10.2017. משום מה, היתר זה היה תקף לשנה ולא לשנתיים, כפי שמורה קפ"ק מרחב התפר, והוא היה היתר מסוג תעסוקה חקלאית, הניתן לעובדים המועסקים על ידי בעל האדמה בעבודה חקלאית, ולא היתר חקלאי, הניתן לבעל האדמה עצמו. העתק ההיתר של העותר שהיה תקף עד ליום 5.10.2017 מצורף ומסומן ע/4.
16. מאז תום התוקף של היתרו האחרון, העותר הגיש בקשות רבות לחידוש ההיתר. חלק מהבקשות נדחו ללא נימוק ולחלקן לא ניתן כל מענה. בחודש יוני 2018 נדחתה בקשתו האחרונה של העותר, בטענה התמוהה שהחלקה אינה במרחב התפר. כאמור, העותר קיבל היתרי כניסה למרחב התפר במשך שנים, לצורך שימור זיקתו לאותה החלקה.
17. ביום 19.7.2018 הגיש המוקד להגנת הפרט בקשה לזימון העותר לביורר רמת"ק, בהתאם להוראות קפ"ק מרחב התפר 2017, על פיהן מי שבקשתו נדחתה מטעם קריטריוני (להבדיל מטעם ביטחוני) יכול

להשיג על החלטה במסגרת בירור רמת"ק (סעיפים 1 ו-2 לפרק "בירור רמת"ק" בקפ"ק מרחב התפר, <http://www.hamoked.org.il/files/2017/1162030.pdf>).

18. במסגרת הבקשה לבירור רמת"ק, המשיבים התבקשו להודיע למוקד להגנת הפרט היכן, לשיטתם, נמצאת האדמה של העותר, ולמסור לו החלטה מנומקת בכתב, אם הם יחליטו שלא להזמין את העותר לבירור רמת"ק.

העתק הבקשה לזימון העותר לבירור רמת"ק, מיום 19.7.2018, מצורף ומסומן ע/5.

19. על פי קפ"ק מרחב התפר, על המשיבים לזמן את המבקש לבירור רמת"ק בתוך שבועיים מיום הבקשה (סעיף 25. לפרק "בירור רמת"ק"). ואולם, חלפו קרוב לחודשיים והעותר לא הוזמן לבירור רמת"ק, ולא התקבלה כל החלטה בעניינו, ולכן ביום 12.9.2018 המוקד להגנת הפרט הגיש ערר על הטיפול הלקוי בבקשתו של העותר, בהתאם לסעיף 5א(4) לפרק "ועדת הערר" בקפ"ק מרחב התפר.

העתק הערר מיום 12.9.2018 מצורף ומסומן ע/6.

20. על פי קפ"ק מרחב התפר, על המשיבים להחליט אם לקיים דיון בוועדת הערר בתוך שבועיים מקבלת הערר, ואם הם מחליטים לקיים דיון בוועדת הערר, לזמן את המבקש לדיון בתוך חודש מקבלת הערר (סעיף 25. לפרק "ועדת הערר"). אולם, חלפו למעלה משבועיים ולא התקבלה כל תשובה לערר, ול-16 עררים נוספים שהוגשו, ולכן ביום 2.10.2018 המוקד להגנת הפרט פנה לקצין פניות הציבור במינהל האזרחי בבקשה לזימון העותר, ויתר העוררים, לדיון בוועדת הערר ללא דיחוי.

העתק פנייתו של המוקד להגנת הפרט לקצין פניות הציבור במינהל האזרחי מיום 2.10.2018 מצורף ומסומן ע/7.

21. ביום 7.10.2018 התקבלה תשובה לערר מאת סגנית מפקד הנציגות במת"ק טולכרם, שזה לשונה:

הנ"ל סורב לאחר בחינה מעמיקה בבקשתו ועלה כי אינו זכאי להיתר עקב אי עמידה בקריטריונים (חלקה מזערית בעל 157 מ"ר).

העתק התשובה לערר מצורף ומסומן ע/8.

22. כאמור, גודל החלקה של העותר הוא 12.5 דונם. ההחלטה של המשיבים, על פיה גודל החלקה הוא 157 מ"ר, ובשל כך העותר אינו זכאי להיתר, מתבססת על שתי הוראות פוגעניות שנקבעו על ידי המשיבים, ועל פרשנותם השגויה להוראות אלו, המרחיבה שלא לצורך ובניגוד לדין את היקף הפגיעה בפלסטינים בני המקום, ובענייננו, בעותר.

23. אחת ההוראות האמורות היא ש"היתרי תעסוקה חקלאית יונפקו עבור חלקו היחסי של החקלאי בקרקע, בהתאם למסמכים. יודגש כי... ככלל, לא יתקיים צורך חקלאי בר-קיימא, כאשר גודל החלקה בעבורה מתבקש ההיתר הינו בגודל מזערי, שאינו עולה על 330 מ"ר. ואולם, בנסיבות חריגות ומנימוקים שיירשמו, רשאי הרמת"ק להנפיק היתר חקלאי, בעבור חלקה בגודל מזערי, כאמור" (סעיף 13א7(ב) לפרק "היתרים לצרכים חקלאיים במרחב התפר").

24. כלומר, ככלל, לא יינתנו היתרים מסוג "תעסוקה חקלאית" לצורך עיבוד אדמות שאינן גדולות מ-330 מ"ר.

25. ההוראה השנייה שביסוד ההחלטה של המשיבים היא שהמונח "גודל החלקה" אינו מתייחס, למעשה, לגודל החלקה, אלא ל"מכפלת שטח החלקה כולה בשיעור בעלותו היחסי של המבקש בחלקה" (סעיף 5 לפרק "היתרים לצרכים חקלאיים במרחב התפר"). כפי שיובהר בהמשך, הדין הנוהג במקום קובע כי אדמות חקלאיות מסוג "מירי" עוברות במות הבעלים לילדיו. על כן, רבות מהאדמות במרחב התפר

הן בבעלות משותפת של בני משפחה שירשו אותן יחד על פי דין, וכתוצאה מכך, הן מסווגות על ידי המשיבים כאדמות הקטנות מ-330 מ"ר, גם כשהן מתפרסות על פני דונמים רבים. כך גם לגבי העותר.

26. השילוב של שתי ההוראות האמורות מביא לכך שהמשיבים אינם מאפשרים העסקה של עובדים בחלקות שאינן גדולות מ-330 מ"ר, וגם בחלקות שגדולות פי כמה מ-330 מ"ר, אך יש להן מספר בעלים. על הוראות אלו הוגשה, באמצעות המוקד להגנת הפרט, עתירה לבג"ץ, בה נטען כי בעלי אדמות זכאים להיתרים שיאפשרו את עיבוד אדמותיהם, ללא תלות בגודלן ובהגדרה הפרדוקסאלית של המשיבים למונח "גודל החלקה" (בג"ץ 6896/18 טעמה נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית). העתירה תלויה ועומדת.

27. אולם, עתירה זו אינה תוקפת את ההוראות לכשעצמן, אלא את היישום השגוי שלהן בידי המשיבים, בעניינו של העותר ובעניינם של אחרים במצבו, יישום המרחיב ומעמיק עוד יותר את פגיעתן הקשה ממילא של ההוראות, שלא לצורך ובניגוד לדין.

28. כאמור, ההוראה המגבילה את מתן ההיתרים לחלקות הגדולות מ-330 מ"ר אינה מתייחסת להיתרי חקלאי, הניתנים לבעלי האדמות, אלא להיתרי תעסוקה חקלאית, הניתנים לעובדיהם. אף על פי כן, על בסיס הוראה זו המשיבים מונעים מהעותר, שהוא בעל האדמה, לגשת לאדמתו ולעבד אותה.

מדיניותם הכללית של המשיבים

29. ביום 13.6.2017 פנה המוקד להגנת הפרט לראש המינהל האזרחי בעניין המדיניות המצמצמת והפוגענית של המשיבים, הבאה לידי ביטוי בגרסתו האחרונה של קפ"ק מרחב התפר. הפנייה התייחסה, בין היתר, לחזקה שקבעו המשיבים על פיה אין צורך בעיבוד אדמות שאינן גדולות מ-330 מ"ר, ולחלוקה של האדמות לתתי-חלקות קטנות יותר. בעניין זה נכתב בפנייה כך:

הדרישה לפיצול מלאכותי של החלקה בין היורשים, גורמת גם לכך שעם השנים תתחלק החלקה המשפחתית לתת-חלקות זעירות יותר ויותר... כהמשך למדיניות זו, בקפ"ק החדש התווספה חזקה, לפיה לגבי קרקע שקטנה מ-330 מ"ר לא מתקיים כל "צורך חקלאי בר קיימא". לאור קביעה זו אין כל אפשרות אף לבעל הקרקע עצמו לקבל היתר כניסה לקרקע. כדי להיכנס לאדמה השייכת לו, יהיה על בעל הקרקע לבקש היתר לצרכים אישיים (שהינו היתר חד פעמי), לפני כל כניסה לחלקה!... אין דבר בין הוראות אלו של הקפ"ק והמדיניות העומדת מאחוריהן לבין ההתחייבות של המדינה במסגרת בג"ץ משטר ההיתרים, שהוזכר לעיל, לשמר את הזכויות והגישה של פלסטטיים ובני משפחתם לאדמותיהם החקלאיות שמעבר לגדר. אך חמור מכך, נראה כי בעתיד יגרמו הוראות אלה לאובדן הדרגתי של הגישה של בעלי הקרקע לאדמותיהם, להפסקת עיבוד החלקות ואף לניתוק מוחלט בין התושבים הפלסטטיים לאדמותיהם שמעבר לגדר.

העתק פנייתו של המוקד להגנת הפרט לראש המינהל האזרחי מיום 13.6.2017 מצורף ומסומן ע/9.

30. ביום 16.7.2017 התקבלה תשובתו של קצין פניות הציבור במינהל האזרחי, על פיה "הגדרת המונח "צורך חקלאי", וקביעת חזקה לעניין גודל החלקה המזערי אשר מקיים צורך שכזה... נועד להקל על עבודת המת"קים בבחינת הבקשות, תוך קביעת אמות מידה ברורות, בדבר האפשרות לסרב בקשות להיתרים חקלאיים, כאשר מדובר בחלקות מזעריות". לא הובהר במכתב מדוע סבורים המשיבים כי אפשרות זו פתוחה לפנייהם, בהינתן הפסיקה הקיימת בעניין.

31. עוד נטען בתשובתו של קצין פניות הציבור כי "קפ"ק מרחב התפר אינו זה המפצל את החלקות בין היורשים אלא צווי הירושה". טענה זו היא שגויה. צווי הירושה אינם קובעים חלוקה של האדמות לחלקים מסוימים, אלא הם קובעים כי הבעלות על כל הרכוש של המוריש עוברת ליורשיו לפי מניות. יצוין כי במענה לטענה אחרת של המוקד להגנת הפרט, בעניין דרישת המשיבים להעברת הזכויות על

האדמות בטאבו מהמוריש ליורש, המשיבים טענו טענה הפוכה – כי צווי הירושה אינם מפרטים את הנכסים של המוריש, ולכן כלל לא ניתן לדעת אם הם מתייחסים לאדמות המוזכרות בבקשה:

דיון בצו הירושה מלמד כי, אכן לא ניתן לשלול היתכנות זיקתו הקניינית של העורר למקרקעין מושא פנייתו. אולם, ובשים לב לכך שצו הירושה נעדר התייחסות פרטנית לנכסים בהם מחזיק המוריש ואשר לכאורה, עברו לידי העורר ובני משפחתו, מצאתי כי ישנו מקום לוודא שהמקרקעין מושא הבקשה להיתר חקלאי במרחב התפר, אכן הורשו למבקש גם במסגרת צו הירושה.

העתק תשובתו של קצין פניות הציבור במינהל האזרחי מיום 16.7.2017 מצורף ומסומן ע/10;

העתק מכתבו של רת"ח מעברים ותפר אצל המשיבים מיום 17.10.2017 מצורף ומסומן ע/11.

32. מטיפולו של המוקד להגנת הפרט באנשים המבקשים היתרי כניסה למרחב התפר עולה כי מדיניותם של המשיבים הוחמרה לאחרונה, וכי במהלך השנה האחרונה חלה עלייה חדה במספר בעלי האדמות שבקשותיהם להיתרים נדחו בנימוק שהחלקות שבעלותם "מזעריות". מאז תחילת שנת 2018 הגיעו למוקד להגנת הפרט **31 מקרים** של דחייה של בקשות להיתרי חקלאי בנימוק זה. זאת לעומת תשעה מקרים בשנת 2017, מקרה אחד בשנת 2016, אפס מקרים בשנת 2015, מקרה אחד בשנת 2014, שני מקרים בשנת 2013, 16 מקרים בשנת 2012 וחמישה מקרים בשנת 2011. מובן כי רבים מבעלי האדמות במרחב התפר אינם מיוצגים על ידי המוקד להגנת הפרט, ויש להניח שבפועל, היקף הפגיעה בבעלי האדמות הנגרמת על ידי מדיניותם החדשה של המשיבים רחב בהרבה.

הטיעון המשפטי

33. להלן יטענו העותרים כי בכך שהמשיבים אינם מאפשרים את כניסתו של העותר למרחב התפר, לצורך עיבוד אדמתו ושימור זיקתו אליה, הם פוגעים בצורה קשה ובלתי מידתית בזכויות היסוד שלו לקניין ולחופש תנועה.

34. עוד יטענו העותרים כי מדיניותם החדשה של המשיבים, על פיה הם מסרבים לתת היתרי כניסה למרחב התפר לבעלי אדמות במרחב התפר, בנימוק ששטח האדמות שלהם קטן, מנוגדת לדין ואף לנהלי המשיבים הקבועים בקפ"ק מרחב התפר. כך במיוחד בהינתן ההגדרה שקבעו המשיבים למונח "גודל החלקה", על פיה שטח החלקה נחשב לקטן בהרבה משטחו הריאלי.

הרקע הנורמטיבי

35. עניינה של העתירה בפעולות של המשיבים בתוך השטח הכבוש. התחומים שבהם מוסמכים המשיבים לפעול בשטח הכבוש הם ההגנה על האינטרס הביטחוני הלגיטימי של הממשל, וההגנה על הזכויות של תושבי השטח הכבוש:

ישראל מחזיקה בשטחי האזור בתפיסה לוחמתית. במסגרת הממשל הצבאי מפעיל המפקד הצבאי באזור סמכויות היונקות במשולב מכללי המשפט הבינלאומי ומעקרונות המשפט הציבורי הישראלי... על התפיסה הלוחמתית באזור חלות הנורמות העיקריות של המשפט הבינלאומי המנהגי המעוגנות באמנת האג בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907 [25], ואילו העקרונות ההומניטריים של אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן – אמנת ג'נבה) מוחלים על-ידי המדינה ועל-ידי מפקד האזור הלכה למעשה (פרשת אסכאן [1], שם, בעמ' 793-794). **אמנת האג מסמיכה את מפקד האזור לפעול בשני תחומים מרכזיים: האחד – הבטחת האינטרס הביטחוני הלגיטימי של הממשל המחזיק בשטח, והשני – הבטחת צרכיה וזכויותיה של האוכלוסייה המקומית בשטח הנתון לתפיסה הלוחמתית.** הצורך האחד הוא צבאי. הצורך האחר הוא צורך אזרחי-הומניטרי. הראשון מתמקד בדאגה לביטחון הכוח הצבאי וכן לסדר, לביטחון ולשמירה על שלטון החוק באזור; השני – נוגע לאחריות לקיום שלומם ורווחתם של התושבים. **בדאגה לרווחה כאמור מוטל על מפקד האזור לא רק**

לשמור על הסדר ועל הביטחון של התושבים אלא גם להגן על זכויותיהם, ובייחוד על זכויות האדם החוקתיות הנתונות להם. "הדאגה לזכויות אדם עומדת במרכז השיקולים ההומניטריים שחובה על המפקד לשקול" (בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (להלן – פרשת הס [4]), בעמ' 456). בביצוע תפקידו על מפקד האזור להבטיח את האינטרסים הביטחוניים החיוניים, מזה, ואת הגנת זכויותיה של האוכלוסיה האזרחית, מזה. בין שני מוקדי אחריות אלה נדרש איזון ראוי (י' דינשטיין "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים" [23], בעמ' 509). בהגנה על הזכויות החוקתיות של תושבי האזור חלים על המפקד הצבאי גם עקרונות המשפט הציבורי הישראלי, ובהם עקרונות היסוד בדבר זכויות האדם (בג"ץ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נט (5) 368, 375-376 (2005), להלן: עניין אבו דאהר, כל ההדגשות בעתירה הוספו אלא אם צוין אחרת, ת.מ.).

36. מדינת ישראל החליטה להקים חלק גדול מגדר ההפרדה בתוך הגדה המערבית, ולסגור בפני פלסטינים את חלקי הגדה המערבית שבין גדר ההפרדה לבין גבולה של ישראל – מרחב התפר. בכך נפגעו, ונפגעות, זכויות היסוד של התושבים המוגנים, ובמיוחד זכויותיהם של בעלי האדמות שנכלאו במרחב התפר. על רקע זה נקבע בפסיקה כי המשיבים חייבים לצמצם ככל הניתן את פגיעתה של גדר ההפרדה בבעלי האדמות:

עם סיום בחינת מידתיות של כל צו בנפרד מן הראוי הוא שנרים מבטנו ונשקיף על מידתיותו של מלוא מתווה גדר ההפרדה נושא הצווים כולם. אורכה של גדר ההפרדה נושא הצווים שלפנינו היא כארבעים קילומטר. היא פוגעת בחייהם של שלושים וחמישה אלף תושבים מקומיים. ארבעת אלפים דונם מאדמותיהם נתפסות על-ידי תוואי הגדר עצמה, ואלפי עצי זית הגדלים בתוואי עצמו נעקרים. הגדר חוצצת בין שמונה כפרים שבהם מתגוררים התושבים המקומיים לבין למעלה משלושים אלף דונם מאדמותיהם. חלקן הגדול הן אדמות מעובדות, והן כוללות עשרות אלפים של עצי זית, עצי פרי וגידולים חקלאיים שונים. משטר הרישוי שהמפקד הצבאי מבקש לקבוע ואשר הוחל על שטחי קרקע רבים אין בכוחו למנוע באופן משמעותי את ממדיה של הפגיעה הקשה בחקלאים המקומיים או להפחיתה. האפשרות להגיע לאדמות תלויה באפשרות לחצות שערים, שהמרחק ביניהם רב ושאינם פתוחים כל העת. בשערים ייערכו בדיקות ביטחוניות, דבר שעלול למנוע מעבר כלי רכב, ואשר ייצור מטבע הדברים תורים ארוכים ושעות המתנה רבות. כל אלה אינם עולים בקנה אחד עם יכולתו של חקלאי לעבד את אדמתו. יהיו בוודאי מקומות שבהם לא יהא מנוס מכך שגדר ההפרדה תחצוץ בין התושבים המקומיים לבין אדמותיהם. באותם מקומות יש להבטיח מעבר שיקטין ככל האפשר את הפגיעה בחקלאים (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל, סעיף 82 (פורסם בנבו, 30.6.2004)).

וכן:

המסקנה לפיה לא ניתן להתוות תוואי גיאוגרפי חלופי לגדר שפגיעתו פחותה אינה מסיימת, כשלעצמה, את בחינת המידתיות במובנה השני. בבחינת מידתיות הפגיעה שיוצרת הגדר, כרוכים זה בזה התוואי הגיאוגרפי ומשטר ההיתרים והמעברים לאדמות שנותרו מערבית לה. מטעים ואדמות מרעה של העותרים נותקו על ידי גדר ההפרדה. במצב דברים זה, על המשיבים לדאוג כי יקבעו הסדרי מעבר ומשטר נגישות סבירים לאדמות העותרים, באופן המצמצם, עד כמה שניתן, את הפגיעה בהם (בג"ץ 4825/04 עליאן נ' ראש הממשלה, סעיף 16 (פורסם בנבו, 16.3.2006)).

וכן:

אף ההסדרים שגובשו בעניין הנפקת היתרים לבעלי עניין קבוע ו-מזדמן, כפי שפורטו, עומדים לשיטתנו במבחן המידתיות השני. כפי שצינו לעיל, מקובל עלינו כי הפגיעה בקבוצה זו הינה פגיעה קשה. פרטים שעידו את אדמתם במרחב התפר, ניהלו את עסקיהם שם ויצרו קשרי חברות ומשפחה, נאלצים עתה, ועל מנת לשמר את אורחות חייהם, לבקש היתר כניסה על בסיס עילות מצומצמות שונות. גם התושבים במרחב עצמו נפגעים מן המשטר שהוחל בו, שכן בעל כורחם הופכת מציאות חייהם קשה ומורכבת, עת נכפה עליהם בידוד חברתי ועסקי באזור מגוריהם. פגיעות אלו מחייבות קביעתם של הסדרי המשמרים ככל הניתן את מרקם החיים שקדם להכרזה, בכפוף לצרכים הביטחוניים המחייבים זאת. נראה

לנו, כי ככלל, ההסדרים שגובשו מקיימים דרישה זאת. נתייחס להסדרים הנוגעים לקבוצות בעלי העניין השונות (פסק דין משטר ההיתרים, סעיף 33).

37. כאמור, בפסק דין משטר ההיתרים נקבע כי הפגיעה שבסגירה של מרחב התפר בפני פלסטינים היא מידתית, בין היתר, על בסיס טענת המשיבים כי הם יישמו את משטר ההיתרים באופן שישמר את מצב העיבוד של האדמות כפי שהיה לפני הקמת גדר ההפרדה:

בנסיבות העניין שלפנינו נראה אכן על-פני הדברים כי המשיבים מכירים בזכותם של התושבים להמשיך לעבד את אדמותיהם ומבקשים להביא לכך שבעלי הזיקה לאדמות במרחב התפר ימשיכו בעיבודן, תוך מתן אפשרות לקרובי משפחה ועובדים אחרים לסייע להם בעבודתם... נראה לנו כי הסדר זה נותן מענה סביר הממזער את הפגיעה בזכויותיהם של החקלאים, ואנו מניחים בקביעתנו זו כי המשיבים אכן יוצקים תוכן ממשי להצהרותיהם באשר לחשיבות שבהמשך מתן מענה ראוי לצורכי החקלאים באזור (סעיף 34).

היישום הפוגעני של משטר ההיתרים לאחר דחיית העתירות כנגדו

38. למרבה הצער, לאחר שנדחו העתירות בעניין הסגירה של מרחב התפר בפני פלסטינים, על יסוד ההנחה שהסדרי משטר ההיתרים ייושמו באופן ליבראלי, החלו המשיבים לנקוט במדיניות יותר ויותר מצמצמת בעניין מתן היתרי כניסה למרחב התפר.

39. בבג"ץ 5078/11 אבו זר נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (להלן: עניין אבו זר) נדון הסירוב של המשיבים לתת היתר לנכד של בעל אדמה במרחב התפר, בטענה שאחיו כבר קיבלו היתרים לצורך עיבוד החלקה. בדיון שהתקיים בעניין ביום 27.7.2011 אמר כבוד השופט פוגלמן כך:

כנראה שפסקי הדין צריכים להיות אתכם פחות ליברליים ואתם שוכחים שזה תושבי אזור וזה שטח שמטעמים פרקטיים קיבלנו אותו.

בכל תיקי הגדר אתם מסבירים לנו אין בעיה, זה קו התפר, ועכשיו אנו רואים את המציאות אז תעמדו מאחורי המילה שלכם, מדובר פה במשפחה אז או שתגידו בתיקי גדר אנו לא ניתן לעבור, אך אני מרגיש פה סוג של מצג כפול, ואינני אומר שמישהו עושה את זה בכוונה.

העתק פרוטוקול הדיון בעניין אבו זר מצורף ומסומן ע/12.

40. כלומר, בעתירות בעניין תוואי גדר ההפרדה, המדינה טענה שהיא תאפשר את המשך קיום שגרת החיים במרחב התפר, ולכן פגיעתו של תוואי הגדר בפלסטינים היא מידתית, ועל בסיס טענות אלו החליט בית המשפט לא לפסול את תוואי הגדר. אולם, לאחר מכן המדינה החלה להתייחס למרחב התפר כאל שטח ישראל, ולסרב לאפשר לפלסטינים להיכנס אליו, גם כאשר מדובר בבני משפחה של בעלי האדמות. מדיניות זו חותרת תחת הבסיס לקביעה כי תוואי הגדר יכול לעמוד.

41. בפסק הדין שניתן בעניין אבו זר ביום 27.7.2011 נקבע כך:

מהודעת המשיבים עולה כי הטיפול בבקשתם של העותרים לא היה עקבי. מתברר מההודעה כי אין מניעה ביטחונית לכניסתו של העותר 1 לחלקה החקלאית שהייתה בבעלותו וחזקתו של סבו. עוד הוברר לנו בדיון שעל פי הקריטריונים שהמשיב נוהג בהם, ההיתרים לכניסה ניתנים על פי חלוקה של השטח למספר בני המשפחה ביחס לצורך בעיבוד על פי גודל השטח. בנתונים שלפנינו לא הוברר על איזה בסיס הוחלט ש-4 מבני משפחת העותר 1 יוכלו להיכנס לחלקה לשם עיבודה ואילו מהעותר 1 תימנע הכניסה. אנו סבורים שהחלטה זו על פני הדברים אינה יכולה לעמוד, אנו נמנעים מליתן צו על תנאי, כי אנו יוצאים מהנחה שבעקבות המלצתנו בדיון היום, וברוח המלצותינו בפסק-הדין בבג"ץ 9961/03 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' ממשלת ישראל (לא פורסם, 05.04.2011), ישקלו המשיבים עמדתם מחדש ויאפשרו כניסתו של העותר 1 לשטח החקלאי שבחזקת משפחתו.

42. כאמור, בעניין אבו זר דובר **בנכד** של בעל האדמה, ואילו בענייננו המשיבים מסרבים לתת היתר לבעל האדמה עצמו, והדברים הם קל וחומר.

43. למרבה הצער, לא רק שמדיניותם של המשיבים לא רוככה בעקבות הערותיו של בית המשפט, אלא היא הוחמרה באופן דרמטי בעדכון האחרון של קפ"ק מרחב התפר, בשנת 2017, וביישום המרחיב של הוראותיו, במיוחד בשנת 2018.

44. ראשית, בקפ"ק מרחב התפר 2017 המשיבים קבעו חזקה לפיה **אין צורך בעיבוד אדמות שאינן גדולות מ-330 מ"ר**:

...היתרי תעסוקה חקלאית **יונפקו** עבור **חלקו היחסי של החקלאי בקרקע**, בהתאם למסמכים. יודגש כי... ככלל, לא יתקיים צורך חקלאי בר-קיימא, כאשר גודל החלקה בעבורה מתבקש ההיתר הינו בגודל מזערי, שאינו עולה על 330 מ"ר. ואולם, בנסיבות חריגות ומנימוקים שיירשמו, **רשאי הרמת"ק להנפיק היתר חקלאי, בעבור חלקה בגודל מזערי, כאמור** (סעיף 7 לפרק "היתרים לצרכים חקלאיים במרחב התפר", ההדגשות במקור).

45. המונח "צורך חקלאי" הוגדר על ידי המשיבים כ"צורך בעיבוד אדמה, למטרת ייצור בר-קיימא של תוצרת חקלאית" (שם, בסעיף 11).

46. כלומר, **המשיבים החליטו שבעלי האדמות אינם זקוקים לתוצרת של האדמות שלהם – קניינם הפרטי**, אלא אם שטח האדמות גדול מהמספר הרנדומאלי שהם קבעו - 330 מ"ר. זאת על אף שאותם בעלי אדמות אכן מעוניינים ביבול של אדמתם ומבקשים מהמשיבים להנפיק להם היתרים שיאפשרו להם לגשת לאדמותיהם ולעבד אותן.

47. המשיבים לא הספקו בכך, אלא התחילו להחיל את ההוראה הזו לא רק על היתרי תעסוקה חקלאית, כלשון הסעיף, אלא גם על היתרי חקלאי.

48. אם לא די בכך, על פי קפ"ק מרחב התפר 2017, המונח "גודל החלקה" אינו מתייחס לגודל האמיתי של החלקה, כפי שנרשם במסמכי האדמות, אלא הוא מוגדר כך:

גודל החלקה - לעניין פרק זה גודל החלקה ייחשב למכפלת שטח החלקה כולה בשיעור בעלותו היחסי של המבקש בחלקה (שם, בסעיף 5, ההדגשה במקור).

49. כלומר, **חלקה תיחשב לקטנה מ-330 מ"ר גם אם היא גדולה מ-330 מ"ר**, אך אם מחלקים את שטחה במספר הבעלים שלה, חלקיה התיאורטיים קטנים מ-330 מ"ר.

50. אדמות חקלאיות רבות בגדה המערבית עוברות במות בעלי האדמות לילדיהם בירושה על פי דין, בהתאם לסעיף 54 לחוק הקרקעות העותומני, 1274 (21 אפריל 1858):

במות המחזיק או המחזיקה בקרקעות מירי ומוקופה, תעבורנה קרקעותיהם בירושה לבניהם ובנותיהם בחינם ללא תמורה, בחלקים שווים, בין שהם נמצאים במקום הקרקעות ובין בארץ אחרת.

51. הקרקע אינה מתחלקת לחלקים מסוימים עם ההורשה שלה, אלא היורשים הם בעלים במשותף על האדמה כולה. משכך, לחלקות רבות במרחב התפר יש בעלים רבים. ההגדרה של "גודל החלקה" כאילו שהחלקה מחולקת בעין בין בעליה מגדילה באופן דרמטי את מספר החלקות שנחשבות ל"מזעריות" ושלשיטת המשיבים, אינן מצריכות עיבוד. זאת על אף שמדובר בחלקות שעובדו בעבר, ושהיו מעובדות גם כעת אלמלא קביעות אלה של המשיבים, ושנחשבו על ידי המשיבים לגדולות בהרבה עד לרגע שבו בעליהן מתו.

52. מטבע הדברים, גם בעתיד, האדמות במרחב התפר ימשיכו לעבור בירושה על פי דין מבעלי האדמות לילדיהם, כך שמספר הבעלים של כל חלקה ימשיך לגדול. השילוב בין החזקה על פיה אין צורך בעיבוד

אדמות שאינן גדולות מ-330 מ"ר, לבין ההגדרה המרחיבה של המונח "גודל החלקה", צפוי להביא לכך שבמוקדם או במאוחר, **כל האדמות במרחב התפר ייחשבו לאדמות שאינן מצריכות עיבוד**.

53. בעניינו של העותר, אכן מדובר בחלקה שעובדה על ידי העותר כל עוד המשיבים איפשרו זאת, **ועיבוד החלקה הוא מקור הפרנסה היחיד של העותר**, ולמרות זאת המשיבים טוענים כעת כי אין לו צורך בעיבוד החלקה שלו.

54. כאמור, המשיבים מוסמכים לפעול בתחום של הבטחת האינטרס הביטחוני הלגיטימי של הממשל המחזיק בשטח, ובתחום של הבטחת הצרכים והזכויות של תושבי השטח הכבוש. המדיניות של המשיבים, על פיה בעלי אדמות אינם זקוקים ליבול של אדמותיהם, ולכן אינם זכאים להיתרים שיאפשרו להם לגשת לאדמותיהם, אינה מהתחום הביטחוני, וודאי אינה מתחום הדאגה לזכויות התושבים המוגנים ולצרכיהם. משכך, מדיניות זו מונהגת בחוסר סמכות. מדיניות זו אף מביאה לניתוק של תושבים מוגנים מהאדמות שבבעלותם, ומביאה לכך שאדמות בגדה המערבית שעובדו לאורך שנים לא יעובדו יותר. תוצאה זו אינה הומנית ואינה ראויה והיא מנוגדת לפסיקה ולהתחייבויות המשיבים לפני בית המשפט.

הפגיעה בזכות לקניין

55. הזכות לקניין היא זכות יסוד, המעוגנת בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המגן על זכויותיהם של כל בני האדם, וכן באמנות הבינלאומיות הרלוונטיות לשטח הכבוש:

זכות הקניין נמנית אף היא על זכויות היסוד של האדם. זכות זו הוכרה כזכות יסוד הראויה להגנה בפסיקתו של בית משפט זה (ראו למשל: בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 14-15; דנג"ץ 4466/94 **נוסייבה נ' שר האוצר**, פ"ד מט(4) 68, 83-85) ואף זכתה לעיגון חוקתי מפורש בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכות זו מוכרת גם במשפט הבינלאומי, ובכל הנוגע לשטחים המוחזקים בתפיסה לוחמתית מעוגנת היא, בין היתר, באמנת האג ובאמנת גינבה הרביעית (בג"ץ 1890/03 **עירית בית לחם נ' מדינת ישראל משרד הבטחון**, סעיף 20 לפסק דינה של כבי' השופטת (כתוארה אז) ביניש 3.2.2005; להלן: **פרשת עירית בית לחם**)).

56. הפגיעה בזכות הקניין של התושבים המוגנים אסורה אלא אם היא נועדה לצורך הגנה על חיי אדם, והיא חיונית לכך:

החובה להגן על הביטחון עשויה, לעתים, להיות כרוכה בפגיעה ב**בלתי נמנעת** בזכויות קניין פרטי... ההגנה על ביטחון החיים ושלמות הגוף עומדת בראש מידרג העניינים הנתונים לאחריותו של מפקד האזור... בצד זכות זו עומדת זכות הקניין של תושבי האזור, המוכרת אף היא כזכות יסוד חוקתית מוגנת. היא מוכרת ככזו מכוח 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 מקום שהדבר הכרחי לצורכי לחימה...**

על מפקד האזור להפעיל שיקול-דעת קפדני וזהיר ביותר בטרם יוציא צו הפוגע בזכויות קניין של אזרחים בשטח מוחזק. חובה זו מוטלת עליו הן מכוח דיני המלחמה במשפט הבינלאומי הן מכוח המשפט החוקתי הנוהג בישראל, המגדיר זכות קניין כזכות יסוד חוקתית (עניין אבו דאהר, בעמ' 376-378).

57. על פי קפ"ק מרחב התפר, היתרי חקלאי במרחב התפר נועדו להגן על זכות הקניין של בעל האדמה:

היתר חקלאי – מונפק לתושב איו"ש שיש לו זיקה קניינית לאדמות חקלאיות במרחב התפר, ותכליתו שימור הזיקה לאדמות אלה (סעיף 2 לפרק "היתרים לצרכים חקלאיים במרחב התפר" בקפ"ק מרחב התפר, ההדגשות במקור).

58. כמפורט לעיל, המשיבים מנהיגים כיום מדיניות המגבילה באופן דראסטי את האפשרות של בעלי אדמות לקבל היתרים שיאפשרו את שימור הזיקה שלהם לאדמותיהם ואת עיבודן. בין היתר,

המשיבים קבעו חזקה לפיה אין צורך בעיבוד אדמות שאינן גדולות מ-330 מ"ר, קבעו הגדרה למונח "גודל החלקה", על פיה גם חלקות הגדולות מ-330 מ"ר נחשבות לקטנות מ-330 מ"ר, והחילו את הכללים האלה לא רק על העובדים של בעלי האדמות, אלא גם על בעלי האדמות עצמם. מדיניות חדשה ומחמירה זו פוגעת בצורה קשה בזכותם של בעלי האדמות לקניין.

59. בענייננו, העותר הוא בעל אדמה ששטחה 12.5 דונם, שגדלים בה מזה שנים עצי זית. העותר מתפרנס ממכירת שמן הזית שהוא מפיק מהיבול שלו וזהו מקור הפרנסה היחיד שלו. למרות זאת, המשיבים טוענים שהחלקה של העותר קטנה מ-330 מ"ר ואינה מקימה צורך בעיבוד חקלאי, ובשל הקביעות האלה הם מונעים מהעותר להגיע לאדמתו ולעבד אותה לצורך פרנסתו. החלטות דומות מתקבלות על ידי המשיבים כדבר שבשגרה ובעלי אדמות רבים נפגעים מכך.

60. בנוסף לפגיעה זו בקניינם של בעלי האדמות, כאמור, המדיניות החדשה של המשיבים צפויה להביא לכך שבעתיד, כל האדמות במרחב התפר יחשבו לאדמות שאינן מקימות צורך בעיבוד חקלאי, לא יינתנו כלל היתרים לצרכים חקלאיים במרחב התפר, האדמות במרחב התפר לא יעובדו כנדרש והזיקה של בעלי האדמות לאדמותיהם תלך ותתפוגג.

61. מדיניותם החדשה של המשיבים מקפלת בתוכה את ההנחה כי זכות הקניין עומדת רק לבעלי אדמות ששטחן גדול, או לבעלי אדמות שאין להם אחים שירשו את האדמות יחד איתם. אולם, לאמיתו של דבר, זכות הקניין אינה מותנית לא בגודל הנכס ולא במספר השותפים לו. המשיבים אינם יכולים להחליט שאין לאדם צורך בנכס שלו או ברווחים שניתן להפיק ממנו, אלא האדם זכאי לקניינו גם אם ערכו נמוך בעיני המשיבים.

62. כאמור, הפגיעה בזכות הקניין של תושבים מוגנים מותרת אם היא הכרחית, ואם היא נועדה להגנה על האינטרס הביטחוני הלגיטימי של הממשל המחזיק בשטח.

63. באשר לתנאי בדבר **הכרחיות הפגיעה**, הפגיעה של מדיניותם החדשה של המשיבים בזכות הקניין של התושבים המוגנים ודאי אינה הכרחית, שהרי מדובר בהוראות שנקבעו בשנת 2017 ולא הונהגו בעבר, ובמדיניות מרחיבה ופוגענית עוד יותר שהונהגה בשנת 2018.

64. כאמור, העותר עצמו קיבל היתרי כניסה למרחב התפר במשך שנים רבות, מאז החלת משטר ההיתרים ועד לפני כשנה, וכמוהו בעלי אדמות רבים, שकेת נמנעת גישתם לאדמותיהם בטענה שאין להם צורך בעיבוד האדמות שלהם.

65. גם קפ"ק מרחב התפר עצמו אינו מתנה את הזכאות של בעלי אדמות להיתרי כניסה למרחב התפר בגודל של החלקה שלהם. ההוראה בדבר הגודל המינימאלי של חלקות נוגע להיתרי תעסוקה חקלאית, הניתנים לעובדים שבעל האדמה מעסיק לצורך עיבוד אדמתו, ולא להיתרי חקלאי, הניתנים לבעל האדמה עצמו, מכוח זיקתו הקניינית לאדמה, וללא תלות בצורך כלשהו בעיבוד האדמה.

66. ברוח זו גם נקבעו בקפ"ק מרחב התפר נוסחאות לחישוב מספר היתרי התעסוקה החקלאית שבעל האדמה זכאי לקבל עבור עובדיו, בהתאם לסוג הגידול ולגודל החלקה, אך הודגש כי המכסות האלה אינן חלות על בעל האדמה, שזכאי להיתר ללא כל תלות בעיבוד של האדמה ובגודלה:

8) בדיקת מקבלי היתר תעסוקה חקלאית – בדיקת מכסת ההיתרים עבור חלקת המעסיק ע"פ הקריטריונים המנויים בטבלת קמ"ט חקלאות (נספח 4)... בהתאם לגודל המכסה הפנויה...

9) החקלאי ומכסת המועסקים –

א) החקלאי, שהינו בעל הזיקה הקניינית לקרקע החקלאית, לא יימנה במכסת המועסקים (סעיף 13א לפרק "היתרים לצרכים חקלאיים במרחב התפר", ההדגשות במקור).

67. כאמור, המונח "היתר חקלאי" הוגדר בקפ"ק מרחב התפר כהיתר ה"מונפק לתושב איו"ש שיש לו זיקה קניינית לאדמות חקלאיות במרחב התפר, ותכליתו שימור הזיקה לאדמות אלה", להבדיל מהיתר תעסוקה חקלאית, שהוגדר כהיתר ה"מונפק לתושב איו"ש המועסק על ידי חקלאי באדמתו... לשם עיבודם של אדמות אלה" (סעיפים 1 ו-3 לפרק "היתרים לצרכים חקלאיים במרחב התפר"). לא במקרה מבחין קפ"ק מרחב התפר בין שני סוגי ההיתרים לצרכים חקלאיים, בכל הנוגע לרלוונטיות של גודל החלקה לזכאות להיתר, אלא על בסיס ההכרה בכך שהיתרים הניתנים לצורך שימור זיקה קניינית לאדמה אינם יכולים להיות מותנים בגודל האדמה (המוקד להגנת הפרט סבור כי לבעל אדמה יש גם זכות לקבל היתר תעסוקה חקלאית שיאפשר את עיבוד האדמה שלו, גם אם שטחה קטן, אך נושא זה נדון בעתירה אחרת, כאמור).

68. אם כן, גם על פי נהלי המשיבים, גודל החלקה שבבעלותו של המבקש אינו שיקול רלוונטי להחלטה על הנפקת היתרי חקלאי עבורו.

69. באשר לתנאי בדבר האינטרס הביטחוני הלגיטימי של הממשל, לפגיעה בזכות הקניין הנובעת ממדיניותם החדשה של המשיבים אין כל הצדקה ביטחונית, למעט הרצון הכללי של המדינה להקטין את מספר הפלסטינים המורשים להיכנס למרחב התפר. על כל פנים, אין ספק שפגיעה זו אינה "הכרחית לצורכי לחימה", ואינה מידתית. ברור, אם כן, כי המדיניות הנתקפת בעתירה זו, וההחלטה שהתקבלה על בסיסה בעניינו של העותר, עומדות בניגוד גמור לדין הבינלאומי ולפסיקה בעניין הזכות לקניין.

הפגיעה בזכות לחופש תנועה

70. הזכות לחופש תנועה פנים מדינתי מוכרת בדין הבינלאומי כזכות יסוד. זכות זו עוגנה בהכרזה האוניברסלית על זכויות האדם, שגובשה בעקבות מלחמת העולם השנייה:

Everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each State (Article 13(1), https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf).

וכן באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966:

Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence. (Article 12(1) <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx/>)

71. גם הפסיקה הישראלית הכירה בזכות לחופש תנועה כזכות יסוד. כך נקבע בסעיף 15 לפסק דינה של כב' השופטת ביניש בפרשת ערית בית לחם:

חופש התנועה הוא מזכויותיו הבסיסיות ביותר של האדם. עמדנו על כך שבשיטתנו 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.

72. בבג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד ס"א (1) 844, 863 (2006) נקבע כי משקלה של הזכות לחופש תנועה כבד במיוחד כאשר מדובר במניעת גישתו של אדם למקום ששייך לו:

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. 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.

73. העותר, כמו בעלי אדמות רבים אחרים, זקוק להיתר המונפק על ידי המשיבים כדי לגשת לאדמה שבבעלותו הפרטית ושנמצאת בגדה המערבית, ולא בשטח ישראל. המניעה מאדם לגשת לאדמה ששייכת לו פוגעת בצורה קשה במיוחד בזכותו לחופש תנועה בארצו.

סיכום

74. על המשיבים לתת לעותר היתר כניסה למרחב התפר בתוקף לשנתיים, כדי שיוכל לגשת לאדמה שבבעלותו ולעבד אותה לצורך פרנסתו, כפי שעשה מאז החלת משטר ההיתרים ובמשך שנים רבות. המשיבים מסרבים כעת לתת לעותר היתר, על בסיס הטענה שאדמתו, שגודלה 12.5 דונם, קטנה מ-330 מ"ר, ושאינן צורך בעיבוד אדמות שאינן גדולות מ-330 מ"ר. מניעת כניסתו של העותר למרחב התפר פוגעת בצורה קשה בפרנסתו ובזכויות היסוד שלו לקניין ולחופש תנועה.

75. מדיניותם של המשיבים, על פיה לא יינתנו היתרים לבעלי אדמות במרחב התפר אלא אם האדמות גדולות מ-330 מ"ר, וגם אדמות הגדולות מ-330 מ"ר נחשבות לקטנות מ-330 מ"ר, פוגעת בצורה קשה ובלתי חוקית בקניינם של רבים, ואף אינה תואמת את נהלי המשיבים שבקפ"ק מרחב התפר.

76. נוכח כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את העתירה, ולהורות למשיבים לתת לעותר היתר כניסה למרחב התפר, בתוקף לשנתיים, ולהפסיק לדחות בקשות של בעלי אדמות המצויות במרחב התפר להיתרי כניסה למרחב התפר בשל גודלן הנטען של האדמות שלהם.

77. כן מתבקש בית המשפט הנכבד לקצוב פרק זמן קצר לתגובת המשיבים לעתירה, ולחייב את המשיבים בהוצאות העותרים ובשכר טרחת עורכי דין.

78. עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד בגדה המערבית ונשלח למוקד להגנת הפרט בפקס, לאחר תיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת ייפוי הכוח שאף הוא ניתן בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים במפגש בין העותר לבין באי כוחו.

19 נובמבר 2018

[ת.ש. 104276]