

בעניין:

1. ראש עיריית קפין, סעיף 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 אחסתרביה (מ"ר 58088) ו/או נדיה דקה (מ"ר 66713) ו/או אהרון מיילס קורמן (מ"ר 78484) ו/או מאיסא אבו סאלח - אבו עכר (מ"ר 52763)

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 -

המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים
טל': 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא וליתן טעם מדוע לא יוסרו חסימות הבטון שהוצבו לפני שער קפין שבגדר ההפרדה, כך שהחקלאים המחזיקים בהיתרי כניסה למרחב התפר דרך שער זה יוכלו לעבור בשער עם טרקטורים ועגלות ולהוציא את היבול שלהם ממרחב התפר.

בקשה לקביעת דיון במועד קרוב

עניינה של העתירה בחסימות בטון שהוצבו לפני שער קפין שבגדר ההפרדה ושמנועות מהחקלאים המחזיקים בהיתרי כניסה למרחב התפר דרך שער זה לעבור בשער עם טרקטורים ועגלות. החקלאים זקוקים לטרקטורים ולעגלות כדי להוציא את היבול שלהם ממרחב התפר ולקחת אותו לבתיהם. אנו נמצאים בתקופת מסיק הזיתים, התקופה הקריטית והעמוסה ביותר בשנה עבור החקלאים. בתקופה זו החסימה של השער פוגעת בחקלאים בצורה קשה במיוחד. מהפסיקה עולה כי אין כל צורך בחסימת השער בגדר ההפרדה, שכן, על פי פסקי הדין, הגדר עצמה כוללת מגוון אמצעים שנועדו למניעת התופעות שבגללן נחסם השער – פריצת הגדר ומעבר בה ללא היתר. משכך, החסימה של השער פוגעת בזכויות של החקלאים לא רק באופן בלתי מידתי, אלא באופן מיותר לחלוטין. על כן, בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע כי העתירה תידון במועד קרוב.

היעדר סעד חלופי

1. עניינה של העתירה בחסימה של שער בגדר ההפרדה, בגדה המערבית. השער משמש את החקלאים המחזיקים בהיתרי כניסה למרחב התפר לצורך גישתם לאדמות שבמרחב התפר. החסימה של השער

מונעת מהחקלאים לעבור בו עם טרקטורים ועגלות, והם זקוקים לטרקטורים ולעגלות כדי להוציא את היבול מהאדמות שלהם.

2. מדובר באנשים שכבר עברו את התהליך המפרך והממושך של קבלת היתרי כניסה למרחב התפר, אך גם השימוש בהיתרים שניתנו להם, בסופו של דבר, כפוף להגבלות הפוגעות בעבודתם החקלאית, וזאת ללא כל הצדקה – משפטית או מעשית.

3. על פי חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000, בית המשפט המחוזי מוסמך לדון בעתירות נגד החלטות של המשיב בנושא כניסה למרחב התפר, אך רק כאשר מדובר בהחלטה פרטנית בעניין היתר כניסה למרחב התפר (פרט 3.ה). לתוספת הרביעית). בענייננו לא מדובר בהחלטה פרטנית ולא מדובר בהיתרים, ועל כן העותרים אינם יכולים לפנות לבית המשפט לעניינים מינהליים לקבלת סעד, אלא רק לבית 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 תלוייה 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, הכריז המשיב 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 הושהתה 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 שם 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 לבירור 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 מונע המשיב מתושבים פלסטינים לגשת לאדמותיהם, לעסקיהם ולמקומות עבודתם שבמרחב התפר.
7. כיום, הרוב המכריע של הבקשות של בעלי אדמות במרחב התפר להיתרים לצרכים חקלאיים נדחות. על פי נתונים שהתקבלו מהמשיב, **אחוז הסירובים לבקשות של בעלי אדמות להיתרי כניסה למרחב התפר עלה במהלך חמש השנים האחרונות מ-24% ל-72%**.
- העתק מכתבו של המשיב מיום 26.11.2018 מצורף ומסומן ע/1.
8. אולם, לעתים גם אישור הבקשה של בעל האדמות להיתר כניסה למרחב התפר אינו פותר את בעיית הגישה שלו לאדמותיו, וגם האנשים המעטים שהמשיב החליט לאפשר להם להיכנס למרחב התפר מוגבלים באפשרותם לעשות זאת, בשל קשיי נגישות אחרים הנובעים מהתנהלות הצבא.
9. בענייננו, מדובר בשער בגדר ההפרדה המצוי בתוך הגדה המערבית. הצבא הציב חסימות בטון לפני השער, והדבר מונע מהחקלאים המחזיקים בהיתרי כניסה למרחב התפר דרך שער זה לעבור בשער עם טרקטורים ועגלות, הדרושים להם לצורך הוצאת היבול שלהם מאדמותיהם. בכך נפגעת העבודה החקלאית של בעלי ההיתרים, ללא כל צורך ביטחוני. על פי הפסיקה בנושא, גדר ההפרדה כוללת מערך רחב של אמצעים שנועדו לשמור על גדר ההפרדה מפני פרצות ולמנוע מעברים דרך הגדר – הסיבה שבגינה נחסם השער, לדברי המשיב. על כן, אם גדר ההפרדה תופעל כמתוכנן, לא יהיה כל צורך בחסימה של השער, כך שהפגיעה בחקלאים הנגרמת על ידי החסימה של השער מיותרת ופסולה.

הצדדים לעתירה

10. **העותר 1** הוא ראש עיריית קפין, יישוב שלו אדמות המצויות מעבר לגדר ההפרדה, במרחב התפר. תושבי קפין המחזיקים בהיתרי כניסה למרחב התפר צריכים להגיע לאדמותיהם דרך שער קפין, שנחסם על ידי הצבא.
11. **העותרת 2** היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים. בין היתר, היא מסייעת לפלסטינים בעלי זיקה למרחב התפר במימוש זכותם להיכנס למרחב התפר.
12. **המשיב** הוא המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית מטעם מדינת ישראל.

עיקרי העובדות ומיצוי ההליכים

13. ביום 26.9.2019, ימים ספורים לפני שהתחילה עונת מסיק הזיתים, הציב הצבא חסימות בטון לפני שער קפין שבגדר ההפרדה, שמספרו 436. חסימות הבטון אינן מונעות מהחקלאים לעבור בשער ברגל, אך הן מונעות מהם לעבור בשער עם טרקטורים ועגלות. החקלאים זקוקים לטרקטורים ולעגלות כדי להוציא ממרחב התפר את שקי הזיתים שהם מוסקים ולהביא אותם לבתיהם, ולכן החסימה של השער פוגעת בהם בצורה קשה, במיוחד בתקופה זו.

תמונות של השער החסום מצורפות ומסומנות ע/2.

14. מעיריית קפין נמסר כי במהלך השבועיים שקדמו להצבת החסימה, הצבא השאיר את שער קפין פתוח, וללא נוכחות של חיילים במקום. בתקופה זו התאפשר מעבר חופשי של אנשים בשער ואנשים רבים עברו בו, גם בתוך מכוניות. בנוסף, היו מספר פרצות לאורך גדר ההפרדה ואנשים עברו גם בהן ללא התערבות של הצבא.

15. עובדת המוקד להגנת הפרט התקשרה ביום 2.10.2019 לחמ"ל של החטיבה המרחבית המופקדת על אזור קפין – "חטיבת מנשה", ודיברה עם קצינה בשם לירן. עובדת המוקד להגנת הפרט שאלה את הקצינה לירן למה הונחו חסימות הבטון בשער קפין והסבירה לה על הבעייתיות של הדבר. הקצינה השיבה שלצבא לא היתה ברירה אלא לחסום את השער, מכיוון שלדבריה, בתקופה האחרונה "הפלסטינים" פרצו את הגדר ואת השער פעמים רבות, הרסו ציוד צבאי יקר ופעמים רבות נכנסו לתוך ישראל עם רכבים, ללא אישור.

16. עובדת המוקד להגנת הפרט הסבירה שמדובר בפגיעה מאוד חמורה בחקלאים, ימים ספורים לפני עונת מסיק הזיתים. היא הסבירה שבגלל החסימה, החקלאים לא יוכלו להיכנס לאדמותיהם עם כלי עבודה ולא יוכלו להוציא את היבול שלהם ממרחב התפר. הקצינה השיבה שהבעיה ידועה לצבא ושהצבא יאפשר לחקלאים להיכנס למרחב התפר דרך שערים אחרים. עובדת המוקד להגנת הפרט השיבה שהמעבר דרך שערים אחרים צפוי לעורר בעיות רבות, מכיוון שאסור לחקלאים לעבור דרך שערים שאינם רשומים על ההיתרים שלהם, והדבר אף מהווה עילה להחרמת ההיתרים ולביטולם. הקצינה אמרה שהעניין יטופל.

17. המוקד להגנת הפרט פנה באותו היום למשיב ולראש המינהל האזרחי וכתב כך :

אנו דורשים כי תפתחו באופן מיידי את השער החקלאי שבגדר ההפרדה שפרטיו בנדון, דרכו נכנסים חקלאים מקפין אל אדמותיהם שבמרחב התפר. לפני ימים ספורים הונחו בטונאדות גדולות על הדרך המובילה אל השער. בטונאדות אלה מונעות מהחקלאים להגיע אל חלקותיהם בטרקטורים או עם עגלות הרתומות לבהמות משא. חסימה זו נעשתה בעיצומה של תקופת ההכנות למסיק הזיתים. כידוע, בעונה זו הגישה למרחב התפר עם רכבים חקלאים ועגלות היא קריטית לצורך החזרת היבול ממרחב התפר. אנו דורשים כי החסימה האמורה תוסר לאלתר וכי המצב יחזור לקדמותו באופן מיידי על מנת למנוע פגיעה נוספת בכל החקלאים שכבר נפגעו מעצם הקמת גדר ההפרדה ויישום משטר ההיתרים שמגביל את גישתם אל אדמותיהם. אנו דורשים לקבל מענה מהיר וענייני מהגורם הצבאי האחראי על מנת לייתר פנייה לערכאות.

העתק הפנייה של המוקד להגנת הפרט מיום 2.10.2019 מצורף ומסומן ע/3.

18. באותו היום התקבלה תשובה ממשד פניות הציבור של אלוף פיקוד מרכז, על פיה "פניות הנוגעות למשטר ההיתרים למרחב התפר ואל המעבר בשערים החקלאיים יש להפנות במישרין אל המנהל האזרחי".

העתק התשובה של משרד פניות הציבור של אלוף פיקוד מרכז מיום 2.10.2019 מצורף ומסומן ע/4.

19. חלפו מספר ימים ולא התקבלה תשובה לפנייה, והחסימה לא הוסרה. על כן, המוקד להגנת הפרט פנה ביום 6.10.2019 למנהל מחלקת בג"ץ בפרקליטות המדינה, עו"ד ענר הלמן, בקדם בג"ץ בעניין.

העתק מקדם הבג"ץ מיום 6.10.2019 מצורף ומסומן ע/5.

20. באותו היום התקבל מכתב מפרקליטות המדינה, על פיו הפנייה "הועברה לטיפול לשכת היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון. לפי הנמסר מלשכת היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון, הפנייה נבחנת על

ידם יחד עם הגורמים המבצעיים הרלוונטיים, ותשובה מטעמם תישלח אלייך לאחר השלמת הבחינה, בהקדם האפשרי".

העתק המכתב של פרקליטות המדינה מיום 6.10.2019 מצורף ומסומן ע/6.

21. למחרת התקבל מכתבו של קצין הייעוץ בלשכת היועץ המשפטי של המשיב, בו נכתב כך:

בפנייתך שבסמך, ביקשת כי יוסרו בטונדות שהוצבו ביום 26.09.19 לפני שער קפין, אשר על פי הנתען מונעות מעבר חקלאים עם טרקטורים, סוסים ועגלות לחלקותיהם שבמרחב התפר. כן ציינת, כי חסימה זו פוגעת בחקלאים במיוחד בעת הנוכחית, עם תחילתה של עונת המסיק.

פנייתך הועברה לבחינת הגורמים המבצעיים, מהם נמסר כי בעת האחרונה קיימת תופעה עבריינית בעלת היבטים ביטחוניים מובהקים, בה נפרצים שערים חקלאיים בגדר הביטחון בגזרה הרלוונטית, לרבות שער קפין מושא פנייתך, באמצעות כלי רכב. כתוצאה מתופעה זו, מרחב התפר פרוץ, וניתן להיכנס לישראל שלא כדין.

לאור המשמעויות הביטחוניות כבדות המשקל של אירועים אלו, נאלץ צה"ל לנקוט באמצעים ביטחוניים מידיים לשם הפסקת התופעה.

לאחר בחינת פנייתכם ע"י חטמ"ר מנשה, ועל מנת לאפשר מענה לצורך החקלאי, הוחלט בעת הזו, לאפשר מעבר של טרקטורים ועגלות עם סוסים באמצעות שער 387, המצוי במרחק של כ-2.5 ק"מ משער קפין, וזאת בתיאום עם גורמי המת"ק. הולכי רגל, וכן חמורים וסוסים, יוכלו להמשיך לעבור בשער קפין. כך להבנתנו, יינתן מענה מלא למסיק החקלאי של מרשיכם תוך איזון עם צורכי הביטחון במרחב. לסיום נעיר, כי המשך קיומה של החסימה בשער קפין ייבחר במסגרת הערכת המצב הביטחוני.

העתק המכתב של קצין הייעוץ בלשכת היועץ המשפטי של המשיב מיום 7.10.2019 מצורף ומסומן ע/7.

22. המוקד להגנת הפרט השיב למכתב זה ביום 10.10.2019 וכתב כך:

על פי הדיווחים שהגיעו למוקד להגנת הפרט מתושבי המקום, בתקופה האחרונה השערים בגדר ההפרדה נשארו פתוחים ואנשים עברו בהם עם כלי רכב באין מפריע. אולם, כעת השערים סגורים והחיילים חזרו לפקח על המעברים בהם, ורק בעלי היתרי כניסה למרחב התפר יכולים לעבור בהם. משכך, איננו רואים כל הצדקה להמשיך החסימה של שער קפין, המונעת מבעלי היתרים לעבור בשער הרשום על ההיתרים שלהם עם טרקטורים ועגלות. על פי מכתבך, השער הסמוך, 387, אינו חסום, ולכן ככל הנראה, אין מניעה מהסרת החסימה גם משער קפין, כך שהחקלאים יוכלו לעבור בו כמו בעבר.

התחליף שהצעת להסרת החסימה מאריך את הדרך של החקלאים לאדמותיהם, כיוון שהוא מאלץ אותם להגיע לשער מרוחק יותר מבתיהם ומאדמותיהם. בנוסף, על פי מכתבך, מעברם של החקלאים באותו השער יתאפשר רק בכפוף לתיאום עם גורמי המת"ק. ניסיונו של המוקד להגנת הפרט מלמד כי פעולות הדורשות תיאום עם גורמי המת"ק נוטות להתבצע רק לאחר שעות של המתנה, במקרה הטוב, ורק לאחר פניות רבות מצד המוקד להגנת הפרט. במקרים לא מעטים, החקלאים נאלצים להמתין במשך שעות רבות בחום ולבסוף שבים לבתיהם בלא כלום ונדרשים לחזור ביום אחר ולהתחיל את התהליך מההתחלה. משכך, ההצעה שהחקלאים יעברו בשער אחר בתיאום עם גורמי המת"ק אינה מהווה פתרון מעשי עבורם.

על כן, אנו שבים ומבקשים שתפעלו להסרת החסימה ולהשבת הסדרי המעבר בשער קפין על כנם.

העתק המכתב של המוקד להגנת הפרט מיום 10.10.2019 מצורף ומסומן ע/8.

23. באותו היום נמסר למוקד להגנת הפרט שחסימות הבטון שהוצבו בשערים חקלאיים אחרים באזור – שער דיר אלגצון ושער עתיל – הוסרו באותו היום, בשעות הצהריים. אולם, החסימה של שער קפין לא הוסרה.

24. ביום 16.10.2019 התקבל מכתבו של קצין הייעוץ בלשכת היועץ המשפטי של המשיב, על פיו המכתב התקבל והעניין ייבחן.

העתק המכתב מיום 16.10.2019 מצורף ומסומן ע/9.

25. באותו השבוע החל מסיק הזיתים, ושער קפין נותר חסום.

26. ביום 27.10.2019 התקבל מכתבו של קצין הייעוץ בלשכת היועץ המשפטי של המשיב, בו נכתב כך:

בעקבות פנייתכם, ערכנו בירור נוסף עם החטיבה המרחבית מנשה, ממנו עלה כי האירועים המוזכרים בפנייתכם, של מעבר לא מפוקח בשערים, אינו אלא תוצאה של פריצות לא חוקיות של הגדר, באמצעות כלי רכב וכלי עבודה. יתרה מכך, בתקופה האחרונה נעשה ניסיון להסיר בטונדות במספר שערים בגזרה, אך השערים נפרצו שוב, תוך גרימת נזק לגדר, ולא הייתה ברירה אלא להשיב את הבטונדות. לאחר בחינה נוספת של כלל הנסיבות, הוחלט כי בעת הזו אין מנוס מהמשך קיומה של החסימה במקום. כפי שצוין במכתבנו הקודם, במצב דברים זה מתאפשר מעבר דרך שער קפין להולכי רגל ולחמורים וסוסים, כאשר כלי רכב ועגלות יוכלו לעבור בתיאום דרך שער 387. כאמור, המשך קיומה של החסימה יבחן בהתאם להערכת המצב הביטחוני.

העתק המכתב מיום 27.10.2019 מצורף ומסומן ע/10.

27. העותר 1, וחקלאים נוספים מהאזור המיוצגים על ידי המוקד להגנת הפרט, מסרו, בין היתר, כי הם מעולם לא הופנו לשער אחר וכי הם כלל אינם יודעים מהו שער 387. המוקד להגנת הפרט קיבל בעבר תשובה לבקשת מידע שלו בעניין השערים שבגדר ההפרדה, וגם בתשובה זו לא הוזכר שער עם מספר כזה. המוקד להגנת הפרט פנה לעו"ד מפרקליטות המדינה ביום 29.10.2019 בניסיון לברר מה שם השער, אך לא התקבלה תשובה.

העתק התשובה מיום 7.8.2017 לבקשת המידע של המוקד להגנת הפרט בעניין השערים בגדר ההפרדה מצורף ומסומן ע/11.

28. המוקד להגנת הפרט פנה לקצין הייעוץ בלשכת היועץ המשפטי של המשיב ביום 30.10.2019 ושאל מה שם השער שמספרו 387 והיכן הוא נמצא. בפנייה הובהר שהעותרים עומדים על דרישתם להסרת החסימה של שער קפין, אך עדיין מבקשים לקבל תשובה לשאלתם.

העתק המכתב של המוקד להגנת הפרט מיום 30.10.2019 מצורף ומסומן ע/12.

29. משלא התקבלה תשובה לשאלה זו, עובדת המוקד להגנת הפרט פנתה לקצין פניות הציבור במינהל האזרחי ביום 3.11.2019 וביקשה לדעת מהו שער 387. הוא השיב לה באותו הערב שזהו שער עכאבה.

30. מהעותר 1 נמסר כי שער עכאבה נמצא במרחק של קרוב לשלושה קילומטרים מהכפר, וקרוב לחמישה קילומטרים מהאדמות של הכפר שבמרחב התפר. זאת לעומת שער קפין, המצוי במרחק של קילומטר אחד מהכפר וכ-400 מטר מהאדמות. כן נמסר כי אין אף כביש, שביל עפר או דרך מוסדרת אחרת המחברים בין שער עכאבה לאדמות של קפין. הדרך היחידה להגיע משער עכאבה לאדמות היא בנסיעה בתוך השדות שבבעלותם הפרטית של אנשים אחרים, תוך רמיסת הגידולים שלהם בטרקטורים ובעגלות. כמובן שנסיעה כזאת גם אינה נוחה, והיא אורכת זמן רב – כעשרים עד שלושים דקות בכל כיוון, כדי להגיע לאדמות שבמרחק של פחות מחצי קילומטר מהכפר.

31. הצעה זו אינה מקובלת על החקלאים ועל העירייה, שמתפקידה לדאוג לרווחת התושבים. תושבי קפין כבר נפגעו בצורה קשה ביותר מההקמה של גדר ההפרדה באופן החוסם את גישתם לאדמותיהם, והעירייה אינה יכולה להסכים להעמקת הפגיעה עוד יותר.

32. בנוסף, כאמור, הכניסה למרחב התפר והיציאה ממנו דרך שער שאינו רשום על ההיתרים של החקלאים צפוי לגרום בעיות עבורם, כולל החרמה וביטול של ההיתרים שלהם. על פי נהלי המשיב, "כניסה או יציאה שלא דרך המעבר הרשום בהיתר" עולה כדי "שימוש לרעה בהיתר" (סעיף 2.ד. לפרק "נוהל טיפול בשימוש לרעה בהיתר מרחב התפר" בקובץ "נהלים והנחיות לכניסה למרחב התפר 2019"). נהלי המשיב קובעים כי "הכוח התופס רשאי ליטול היתר אשר בעליו נתפס בעת שהוא משתמש לרעה

בהיתר" לתקופה ראשונית של עד שלושים יום" (שם, בסעיף 5). לאחר מכן בעל ההיתר רשאי להגיש בקשה להחזרת ההיתר שלו, ואז המשיב יכול להחליט, בתוך שלושים ימים נוספים, אם להשיב את ההיתר או לבטלו (סעיף 6).

הפרק "נוהל טיפול בשימוש לרעה בהיתר מרחב התפר" מצורף ומסומן ע/13.

33. על פי רוב, ההחרמה של ההיתרים נעשית על ידי חיילים המוצבים בשערים בגדר ההפרדה, שאינם בקיאים בנהלי המשיב, אינם מפעילים שיקול דעת של ממש, אינם שומעים לטענותיהם של בעלי ההיתרים ואינם מודיעים להם על זכותם להשיג על ההחרמה של ההיתרים שלהם. משכך, העובדה שהצבא מתיר לאנשים לעבור דרך שער עכאבה אינה מהווה כל ערובה לכך שההיתרים של החקלאים לא יוחרמו בשל כך.

34. רק לאחרונה, ביום 29.10.2019, הוחרם ההיתר של אחד ממרשיו של המוקד להגנת הפרט בעת מעברו בשער שבגדר ההפרדה בטענה שההיתר שלו מזויף, על אף שההיתר ניתן לו על ידי המשיב במסגרת עתירה שהוגשה בשמו, ולאחר הערות של בית המשפט (עת"ם 48326-12-18 עט"ר נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית). הפניות של המוקד להגנת הפרט לפרקליטה שטיפלה בתיק לא הועילו, והעותרים נאלצו לחזור לתחילתו של הליך מיצוי ההליכים, הליך שנוטה לארוך חודשים ארוכים, ובמקרים רבים, קרוב לשנה, וזאת כדי לקבל בחזרה היתר שהוחרם בטענה מופרכת על פניה.

35. במקרים אחרים הוחרמו ההיתרים של בעלי אדמות מכיוון שהלבוש שלהם נראה לחייל בשער נקי מדי, או מלוכלך מדי, בגלל שהיו להם שטרות בכיס, בגלל שהיו להם עטים בכיס וכיו"ב. אך גם כאשר היתר מוחרם מהסיבה המופרכת ביותר, בעליו אינו יכול לקבל אותו בחזרה אלא לאחר מספר חודשים ולאחר ניהול הליכי השגה, ומרבית החקלאים כלל אינם מודעים לאפשרות לעשות זאת. כלומר, קיים סיכון ממשי שיוחרמו ההיתרים של החקלאים שיפעלו על פי ההצעה של המשיב ושהם לא יושבו לידיהם במשך חודשים ארוכים.

36. בנוסף, כאמור במכתבו של המוקד להגנת הפרט מיום 10.10.2019, המתווה שהציע המשיב תלוי בתיאום של המעברים של החקלאים בשער החלופי עם גורמי המת"ק. ניסיונו של המוקד להגנת הפרט מלמד כי הליכי התיאום עם גורמי המת"ק אורכים זמן רב וכרוכים בהמתנה ממושכת, לעתים קרובות במשך שעות, שבמהלכן יש צורך בפניות רבות לגורמי המשיב או לפרקליטות. במקרים לא מעטים, כל זה אינו מועיל, ובסופו של דבר, לאחר שעות של המתנה, בגשם או בחום, החקלאים שבים לבתיהם בלא כלום. ככל שגדל מספר המקרים שבו נדרשים תיאומים עם המת"ק, כך גוברת גם ההתנגדות שבה נתקל המוקד להגנת הפרט בניסיונותיו לערוך את אותם התיאומים, ופוחתת הנכונות של גורמי הצבא לצמצם את הפגיעה בחקלאים ואת ההשחתה של זמנם.

37. ההצעה של המשיב, שכל החקלאים הנפגעים מהחסימה של השער יתאמו עם גורמי המת"ק את כל המעברים שלהם אל מרחב התפר וחזרה ממנו, תביא להצפה של המת"ק בפניות חוזרות ונשנות של החקלאים, בכל יום ובמשך שעות, ולהמתנה של החקלאים ליד גדר ההפרדה במשך אינספור שעות, במצטבר, על בסיס יומיומי. להערכת העותר 1, מדובר **ביותר משלוש מאות חקלאים** שיידרשו לתאם כל כניסה לאדמותיהם וכל חזרה מהן עם גורמי המת"ק, מדי יום. ברור שמדובר בפתרון שאינו מעשי כלל ושיהיה כרוך באי נוחות ובבזבוז זמן בלתי סבירים לחלוטין.

38. לעותרים לא ידוע מה גרם לפתיחה של שער קפין במהלך חודש ספטמבר, אך מהעותר 1 נמסר כי השער לא נפרץ ואין עליו סימני פריצה. ידוע לו שיש פרצות בגדר ההפרדה, אך בשער קפין אין. החיילים עברו ליד שער קפין בתקופה שבה הוא היה פתוח. הם ראו את האנשים עוברים בשער והם לא התנגדו לכך. במספר מקרים החיילים פתחו במרדף אחרי האנשים, אך בדרך כלל הם לא פעלו.

39. ראש הקישור הפלסטיני, מר חיליל טנה, מסר כי הוא שוחח על החסימה של שער קפין עם הרמת"ק, דני סנדלר, ועם הקצין צאלח זיאן מהמת"ק. הם הציעו לו שהחקלאים המבקשים להיכנס למרחב התפר עם טרקטורים ועגלות יופנו לשער אחר באזור עכאבה, אך הוא סירב להצעה. הוא מסר כי הקישור הפלסטיני אינו מקבל את ההצעה הזאת מסיבות רבות, וביניהן, שהוא אינו מסכים לשינוי המצב של התושבים לרעה, שהוא חושש שהמצב הזמני יהפוך לקבוע, כפי שנוטה לקרות בהקשרים אלו, שהארכת הדרך מהבתים של החקלאים לשער, ומהשער לאדמות, תקשה על החקלאים, ושהחיילים יחרימו את ההיתרים של החקלאים אם הם יעברו בשער אחר מזה שרשום על ההיתרים שלהם. ראש הקישור הפלסטיני דחה את הטענות של הצבא ומסר שהשמירה של גדר ההפרדה היא באחריות המשיב ולא באחריות התושבים. הוא ציין שיש חיישנים בגדר ההפרדה ושהוא אינו יודע מדוע הם נותקו או אינם פועלים, ושהחיילים היו עדים לפתיחת השער ושהצבא יכול היה למנוע את הפרצות בגדר ההפרדה. בנוסף, הוא אמר שגורמי הצבא מסרו לו שהם עובדים על תיקון הפרצות.

הטיעון המשפטי

40. להלן יטענו העותרים כי החסימה של שער קפין שבגדר ההפרדה פוגעת בזכויות היסוד של החקלאים שאדמותיהם מצויות במרחב התפר במידה העולה על הנדרש, ולמעשה, אינה נדרשת כלל, וכי היא מהווה, הלכה למעשה, ענישה קולקטיבית של קבוצה גדולה של אנשים, בגין מעשים שאינם מיוחסים להם.

הרקע הנורמטיבי

41. 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 המשיב חייב 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, להלן: בג"ץ בית סוריק)).

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 שנתרו 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 שציינו לעיל, מקובל עלינו כי הפגיעה בקבוצה זו הינה פגיעה קשה. פרטים שעיבדו 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 הסדרים 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).

42. פסק הדין משטר ההיתרים התייחס בהרחבה להסדרי המעבר בשערים בגדר ההפרדה. כך נכתב בפסק

הדין:

בכל הנוגע להסדרי הכניסה למרחב התפר, **פירטה המדינה עוד בכתב תשובתה את מערך השערים הקיים בתוואי הגדר בכניסה למרחב התפר, ואת ההסדרים המופעלים על-ידה, אשר נועדו, על-פי הטענה, לסייע ככל הניתן במעבר נוח של התושבים לשטחי מרחב התפר.** כך, ציינה המדינה בכתב תשובתה, כי במרחב התפר שהוכרז לאורך שלבים א' ו-ב' קיימים 53 שערים, מתוכם 37 שערים חקלאיים המשמשים למעבר פלסטינים לאדמותיהם או לבתיהם. המדינה הצביעה על ארבעה סוגי שערים הקיימים במרחב התפר: שער מרקם חיים - הפתוח מדי יום באופן רצוף בין 12 ל-24 שעות ביום; שער יומי - הנפתח פעמיים או שלוש פעמים ביום, לפרק זמן משתנה של חצי שעה עד שעתיים, בהתאם להיקף העוברים ולצרכים החקלאיים; שער עונתי - הנפתח בעונות החקלאיות בדגש על העונות הרלוונטיות לגידולי זיתים, ובשאר עונות השנה נפתח בתיאום מראש; שער מבצעי - המשמש את הכוחות המבצעיים. **המדינה שבה והדגישה בתגובתה כי נעשות על-ידה פעולות שוטפות לשפר את מערך המעברים שהוקם, על-סוגי המעברים השונים הכלולים בו. כך, הדגישה כי מושקע על-ידה מאמץ רב, כספי ואחר, בבניית המעברים בסטנדרט גבוה תוך שיפור איכות השירות בהם והצבת אמצעי בידוק משוכללים המאפשרים בידוק טוב יותר לצד קיצור זמני ההמתנה במעבר. בדומה, צוין כי הושקעו סכומי כסף משמעותיים אף בשיפור השערים החקלאיים, וכי הורחבו שעות הפתיחה שלהם, כך גם נקבעו הסדרים שונים הנוגעים לפתיחתם בעת הצורך. צוין כי קיימות מספר אפשרויות לפתיחת השערים החקלאיים גם מחוץ לשעות הפתיחה הרגילות שלהם, בין היתר באמצעות פנייה למוקד ההומניטארי הממוקם במפקדת המנהל האזרחי בבית-אל. בנוסף, כך נטען, הוצבו 22 קצינים ונגידים דוברי ערבית במעברים הרגליים העיקריים שתפקידם להבטיח קיומו של מרקם חיים סביר במעברים וסיוע במתן פתרונות לסוגיות המתעוררות בהם. בהודעה המעדכנת שהגישה המדינה, הרחיבה על שינויים נוספים שאירעו בתחום זה, ביניהם שדרוג ואזרוח מעבר ריחן - הקרוב לאזור ברטעה המזרחית בה מתגוררים מרבית תושבי מרחב התפר. בהתאם לנטען, מהלך זה הביא לשיפור משמעותי בהליכי הבידוק והמעבר דרך מעבר זה, בו עוברים בממוצע כ-2,500 פלסטינים ביום, ואשר מבדיקות שנערכו עולה כי זמן המעבר הממוצע למעבר אדם בו עומד על כ-10 דקות בממוצע בשעות העומס ו-5 דקות בשעות עמוסות פחות. בידוק ומעבר של ארבעה כלי רכב מתמשך כ-20-15 דקות (סעיף 28).**

43. כאמור, בית המשפט הנכבד קיבל את גרסתו של הצבא לגבי השתדלויותיו לצמצם את הפגיעה בחקלאים המקומיים, הנגרמת על ידי גדר ההפרדה והסגירה של מרחב התפר, והצהרות אלה של הצבא עמדו ביסוד ההכרעה של בית המשפט הנכבד כי משטר ההיתרים אינו פוגע יתר על המידה באוכלוסייה הפלסטינית. אולם, בפסק הדין נקבע גם כי יתכן שקיימים מקרים שבהם הפגיעה בחקלאים אינה מידתית, וכי מקרים אלו ניתנים לבירור במסגרת עתירות שיתייחסו לאזורים ספציפיים:

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. כן עולה כי קיימים מעברים מיוחדים שנועדו להסדיר כניסה למרחב - שחלקם מותאמים לפעילות החקלאית בהתאם לצרכים העונתיים. 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. עם זאת, וכאמור לעיל, אין בידינו לשלול 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. כאמור, מקרים אילו ניתנים לבירור 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).

44. בענייננו, החקלאים המבקשים לעבד את אדמותיהם שבאזור קפין נתקלים בקושי של ממש בגישה לאדמותיהם ובעיבודן, בשל המניעה מהם לעבור בשער הרשום על ההיתרים שלהם עם טרקטורים ועגלות. הדבר מונע מהם לקחת את היבול שלהם מהאדמות לבתיהם ולהשתמש בו. פגיעה זו חריפה במיוחד בתקופה זו, של מסיק הזיתים. הפתרון שהציע המשיב, שהחקלאים יעברו בגדר ההפרדה שלא דרך השער הרשום על ההיתרים שלהם, אלא דרך שער אחר הרחוק יותר מאדמותיהם, וזאת רק לאחר תיאום עם גורמי המת"ק, אינו מעשי ואינו מקובל על החקלאים, על עיריית קפין או על הקישור הפלסטיני.

45. יש לראות את הפגיעה בחקלאים בהקשרה - תושבי קפין כבר נפגעו מהשליטה הצבאית של ישראל על מקום מגוריהם. לאחר שפגיעה זו השתרשה והפכה לקבועה, המדינה החליטה להקים את גדר ההפרדה ולעשות זאת בתוך הגדה המערבית, באופן החוצץ בין הבתים של תושבי קפין לבין אדמותיהם. בית המשפט הנכבד ראה בכך פגיעה קשה בתושבים ובזכויות היסוד שלהם והתנה את הדבר בשימור שגרת החיים והעבודה החקלאית שנהגו באזור לפני ההקמה של גדר ההפרדה. אולם, מאז הוחמרה באופן דראסטי המדיניות של המשיב בכל הנוגע למתן היתרי כניסה למרחב התפר, כפי שעולה מהנתונים שהוצגו במכתבו של המשיב שצורף כ-1/ע, ורבים מהחקלאים שעיבדו אדמות במקום במשך שנים רבות אינם מקבלים עוד היתרי כניסה לאדמותיהם. אך גם בכך לא תמה הפגיעה בחקלאים המקומיים, וגם אחרי החמרה הזאת חלה החמרה נוספת וקיצונית עוד יותר בנהלי המשיב שבאמצעותם מיושם משטר ההיתרים, כך שכיום כמעט ואין כל אפשרות מעשית לחקלאים לקבל היתרי כניסה לאדמות שבמרחב התפר, כולל בעלי האדמות עצמם, למעט לפרקי זמן קצרים ביותר או למכסות של ימים ספורים בשנה (הדברים מפורטים בהליך המתנהל בבג"ץ 6896/18 טעמה נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית).

46. הגישה של חקלאי המקום לאדמותיהם שנתרו מעבר לגדר ההפרדה הצטמצמה במהלך השנים האחרונות באופן עקבי וקיצוני וכיום רק מיעוט קטן מאוד של האנשים שעיבדו אדמות במרחב התפר לאורך כל השנים מקבל היתרים, וגם זאת לתקופות קצרות בלבד. מציאות זו עומדת בניגוד גמור לפסיקה של בית המשפט הנכבד בנושא, כפי שפורטה לעיל. הרחבת הפגיעה בחקלאים עוד יותר, באמצעות חסימת השער שדרכו הם רשאים להגיע לאדמות, היא עניין חמור ופסול.

הפגיעה בזכויות לקניין, לחופש העיסוק ולחופש תנועה

47. 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 ג'נבה הרביעית (בג"ץ 1890/03 **עירית בית לחם נ' מדינת ישראל משרד הבטחון**, סעיף 20 לפסק דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) ביניש (3.2.2005; להלן: **פרשת עירית בית לחם**)).

48. חופש העיסוק הוכר אף הוא כזכות יסוד, והרשויות חייבות להימנע מפגיעה בה גם כאשר הן פועלות מחוץ לתחומה של מדינת ישראל:

טעם נוסף... נמצא בזכות היסוד של חופש העיסוק, שהוכרה בפסיקת בית משפט זה עוד בטרם חקיקתו של חוק יסוד: חופש העיסוק... למשפט הישראלי אין אמנם תחולה ישירה באזור, אך בית משפט זה מחיל את עקרונות היסוד שלו על המפקד הצבאי באזור ועל פקודיו מכוח הסמכות הפרסונאלית, בהיותם נמנים על רשויות המדינה ופועלים שם בשרותה... ממש כמו שהוא מחיל עליהם את כללי המשפט המינהלי. (בג"ץ 3940/92 **ג'ראר נ' מפקד אזור יהודה ושומרון**, פ"ד מז(3) 298, 304-305 (1993)).

49. הזכות לחופש תנועה גם היא מוכרת כזכות יסוד, הן בדין הישראלי והן בדין הבינלאומי. כך נקבע בסעיף 15 לפסק דינה של כב' השופטת ביניש בפרשת **עירית 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 פיסקה 15 לפסק הדין והאסמכתאות הנזכרות שם). חופש התנועה מוכר גם כזכות יסוד במשפט הבינלאומי וזכות זו מעוגנת בשורה של אמנות בינלאומיות.

50. 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 בהגבלת הגישה של אנשים לאדמות שבבעלותם:

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 כדיןן של האחרונות.

51. חסימת הגישה של החקלאים לאדמות שבמרחב התפר על ידי גדר ההפרדה פגעה בצורה קשה בזכויות היסוד שלהם, כפי שהוזכר בפסיקה. באותו האופן, הערמת הקשיים על החקלאים המבקשים להגיע לאדמותיהם ולעבדן, בהתאם להיתרים שניתנו להם, פוגעת באותן הזכויות.

52. השמירה על גדר ההפרדה והפיקוח על המעברים בהם באחריות הצבא. לצבא יש אמצעים המאפשרים לו להפעיל את גדר ההפרדה באופן אפקטיבי, כלומר, באופן שיימנע מאנשים לעבור לצדה השני, שאם לא כן, לא היה כל היגיון ביטחוני בהקמתה.

53. ואכן, האמצעים למניעת הפריצה של הגדר והחצייה שלה פורטו בפסיקה:

גדר ההפרדה היא מכשול הבנוי מכמה מרכיבים: "במרכזו עומדת גדר 'חכמה'. תפקידה להתריע בפני הכוחות הפרוסים לאורכה על כל ניסיון לעבור אותה. מצדה החיצוני של הגדר עובר מכשול נגד רכב, המורכב מתעלה או מאמצעי אחר, שייעודו למנוע פריצת הגדר באמצעות ניגוח של כלי רכב. כן מצויה גדר מעכבת נוספת. בסמוך לגדר נסלל כביש שירות. מצדה הפנימי של הגדר האלקטרונית קיימות כמה דרכים: דרך טשטוש (שנועדה לגלות את העקבות של מי שחצה את הגדר), דרך פטרולים ודרך לרכב משוריין וכן גדר נוספת. רוחבו הממוצע של המכשול, בצורתו האופטימלית, הוא 50-70 מטרים... לאורך המכשול ימוקמו אמצעים שונים שנועדו לסייע במניעת החדירה. צה"ל ומשמר הגבול יפטרלו לאורך גדר ההפרדה ויוזעקו אל מקומות החדירה כדי לסכלה

ולנהל מרדף אחר אלה שהצליחו לחצות את גדר הביטחון" (בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד ס (2) 477, 487 (2005), וראו גם בג"ץ בית סוריק, בעמ' 818).

54. מתיאור זה עולה כי גדר ההפרדה עצמה כוללת אמצעים למניעת התופעות שעליהן מלין המשיב ושגללן הוא חסם את השער שבגדר. נראה כי הצבא פשוט אינו מפעיל את האמצעים האלה, וחלף זאת הוא חוסם את המעבר של בעלי ההיתרים בשער הרשום על ההיתרים שלהם. פגיעה זו בתושבים אינה נדרשת כלל וניתן היה למנוע אותה באמצעות הפעלת המערך המתואר בפסקי הדין בנושא. הגבלת הגישה של החקלאים לאדמותיהם שבמרחב התפר, לאחר שניתנו להם היתרים לשם כך, היא אמצעי פוגעני הרבה יותר מאשר ההפעלה של הגדר באופן שתוכנן מלכתחילה על ידי הצבא – וזאת בתקופה שבה דובר בפסקי הדין על פיגועי התאבדות רבי נפגעים, על תכנית לפיצוץ מגדלי עזריאלי וכיו"ב, ולא על כניסה לישראל שלא כדין, כמו בענייננו. אין כל הצדקה להעברה של הנטל של מניעת ההסתננות דרך הגדר מהצבא לכתפי החקלאים הנפגעים מתוואי הגדר.

55. על פי הדיווחים שנמסרו למוקד להגנת הפרט מעיריית קפין, הצבא כלל לא פעל כדי למנוע את המעברים של האנשים בגדר ההפרדה ללא היתרים. החיילים השאירו את השערים פתוחים והאנשים עברו בהם באין מפריע. על הצבא להימנע מפגיעה בתושבים המוגנים החפים מפשע בהיעדר הכרח ביטחוני בכך.

56. כאמור, המשיב לא הציב חסימה לפני שער עכאבה, המצוי במרחק של כשלושה קילומטרים משער קפין, ובשער זה הוא מאפשר מעבר של אנשים בטרקטורים ובעגלות. על כן יש להניח כי ניתן לאפשר את מעברם גם בשער קפין וכי אין סיבה ביטחונית שבאמת מחייבת את חסימתו.

החסימה של השער בגדר ההפרדה מהווה הפרה של האיסור על ענישה קולקטיבית

57. האיסור על ענישה קולקטיבית הוא ממושכלות היסוד של המשפט. הענישה הקולקטיבית זוהתה עוד במקרא כמעשה פסול ובלתי מוסרי, העומד בסתירה לעקרונות בסיסיים של צדק:

חלילה לך מלעשות כדבר הזה, להמית צדיק עם רשע והיה כצדיק כרשע, חלילה לך השופט כל הארץ לא יעשה משפט (בראשית יח 25).

58. האיסור על ענישה קולקטיבית מצא את ביטויו במשפט הבינלאומי המנהגי. סעיף 50 לאמנת האג קובע כך:

No general penalty, pecuniary or otherwise, shall be inflicted upon the population on account of the acts of individuals for which they can not be regarded as jointly and severally responsible.

59. ואילו סעיף 33 לאמנת ז'נבה הרביעית קובע באופן קטגורי:

No protected person may be punished for an offence he or she has not personally committed. Collective penalties and likewise all measures of intimidation or of terrorism are prohibited...

Reprisals against protected persons and their property are prohibited.

60. גם אם המשיב יטען שתכלית החסימה של השער אינה ענישה, הלכה למעשה החסימה פוגעת באנשים רבים חפים מפשע. החסימה של השער פוגעת בכל האנשים שצריכים ורשאים לעבור בו, על פי ההיתרים שניתנו להם. לבעלי ההיתרים אין כל צורך בפריצת הגדר או במעבר בשער שלא כדין, ואלה ודאי לא האנשים שגרמו לנזקים הנטענים. הפגיעה שבחסימת השער אינה ממוקדת באנשים שפרצו את הגדר, לטענת המשיב, אלא היא חלה באופן גורף על כל הקהילה שאדמותיה מצויות באזור הסמוך לשער, ובכך היא מהווה, הלכה למעשה, ענישה קולקטיבית. עצם ההקמה של גדר ההפרדה בתוך השטח הכבוש אינו חף מבעיות וחוקיותו שנויה במחלוקת. על המשיב להקפיד שלא להרחיב את הפגיעה של החלטה זו מעבר למינימום הנחוץ כדי למנוע פגיעה בשלום הציבור. כאמור, בפסיקה תוארו האמצעים

שבידי המשיב למניעת הפריצות של הגדר והסתננויות בה, ושם דובר על מניעה של פיגועי טרור רבי נפגעים, ולא רק על כניסה לישראל שלא כדין. משכך, אין כל צורך בסנקציות שבהן נוקט המשיב כיום כנגד האוכלוסייה המוגנת.

סיכום

61. החסימה של שער קפין שבגדר ההפרדה מונעת מהחקלאים, המחזיקים בהיתרים המאפשרים להם לעבור דרך שער זה, לעבור בו עם טרקטורים ועגלות, וכתוצאה מכך, מונעת מהם לאסוף את היבול שלהם ולקחת אותו לבתיהם. פגיעה זו חמורה במיוחד בימים אלו – תקופת מסיק הזיתים, שיאה של השנה החקלאית כולה.
62. ההצעה של המשיב, שבעלי ההיתרים יעברו את גדר ההפרדה דרך שער מרוחק יותר, שאינו רשום על ההיתרים שלהם, ושהמעברים בו דורשים תיאומים עם גורמי המת"ק, אינה מעשית ולא תביא לפתרון הבעיה של החקלאים ותאלץ אותם להמתין במשך שעות בשער ולפנות שוב ושוב למת"ק, על בסיס יומיומי.
63. החסימה של השער בגדר ההפרדה פוגעת באופן בלתי מידיתי בזכויות היסוד של החקלאים לקניין, לחופש עיסוק ולחופש תנועה ומנוגדת לפסיקה של בית משפט נכבד זה בעניין גדר ההפרדה ומשטר ההיתרים. לצבא יש אמצעים לשמירה על השערים שבגדר ההפרדה ולפיקוח על המעברים בהם, ואלה פורטו בפסקי הדין של בית משפט נכבד זה בנושא. אין כל מקום להטלת הנטל של הדבר על האוכלוסייה המוגנת, שכבר נפגעה מגדר ההפרדה, המנתקת אותם מאדמותיהם.
64. החסימה של השער בגדר ההפרדה מהווה ענישה קולקטיבית, שכן היא פוגעת באופן גורף באנשים רבים שאינם אשמים בפגיעה הנטענת בגדר ההפרדה ובמעבר בה שלא כדין. מהחסימה נפגעים מאות חקלאים הרשאים לעבור בשער באמצעות היתרים שניתנו להם על ידי המשיב. בפסקי הדין הובהר כי יש למדינה שורה של אמצעים המאפשרים לה לפקח על גדר ההפרדה ועל המעברים בה ולמנוע את הנזקים להם טוען המשיב – פריצה של הגדר והסתננות דרכה. לא ניתן להטיל על תושבים חפים מפשע לשלם את המחיר של ההימנעות של המשיב משימוש באמצעים שבידיו, שפגיעתם פחותה.
65. המדינה התחייבה לצמצם ככל הניתן את הפגיעה של גדר ההפרדה באנשים אלו ולהנהיג הסדרי מעבר נוחים, שישמרו את החקלאות במקום. כל הרחבה של הפגיעה של גדר ההפרדה בחקלאים אסורה אלא אם היא חיונית ואינה ניתנת להחלפה באמצעי אחר, כמו כל האמצעים שפורטו בהרחבה בפסיקה של בית משפט נכבד זה, כעניין שבעובדה.
66. נוכח כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על תנאי כמבוקש בעתירה.
67. כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיב בהוצאות העותרים ובשכר טרחת עורכי דין.
68. עתירה זו נתמכת התצהיר 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.

11 בנובמבר 2019.

[ת.ש. 108638]

תהילה מאיר, עו"ד
ב"כ העותרים