

- בעניין: 1. _____ הרשה, ת.ז. _____
תושב הרשות הפלסטינית
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר
ע"י ב"כ עו"ד ידין עילם
רח' יהודה הלוי 45 תל אביב-יפו, 65157
טל': 03-5606080, פקס: 03-5606083, סלולארי: 054-2266488
דוא"ל: yadin@yelow.co.il

העותרים

– נ ג ד –

1. המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית
2. ראש המנהל האזרחי

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם:

- א. מדוע לא ינפיקו לעותר 1 (להלן: **העותר**) היתר כניסה למרחב התפר לצרכים חקלאיים שיאפשר לעותר לעבד את אדמות משפחתו.
- ב. מדוע לא ינפיקו היתרי כניסה למרחב התפר לכל מי שהוכחה זיקתו למרחב התפר, בין אם המדובר ב"מנועים ביטחוניתי" ובין אם לאו, כמתחייב מפקודות הקבע של המשיבים עצמם.
- ג. מדוע לא יערכו לעותר ולשאר מבקשי היתרי כניסה למרחב התפר, שימוע **כדין** טרם קבלת החלטה על סירוב להנפיק היתר.
- ד. מדוע לא ינמקו את הסירוב להנפיק היתר ולא יציגו בפני העותר ובפני שאר התושבים שבקשתם להיתר כניסה למרחב התפר סורבה, את סיבת הסירוב ונימוקיו ואת אופי הראיות עליהן הוא נשען.

בקשה לקיום דיון דחוף

"בהתאם לכך, לאחר הקמת התוואי המוצע יהיה על המפקד הצבאי לבחון מחדש את מיקומם של השערים ואת שעות פתיחתם, בהתאם לצורכי החקלאים **ועל-מנת לצמצם את הפגיעה בהם ככל הניתן.**"

בג"ץ 10905/05 **ראש עיריית ג'יוס נ' ראש הממשלה** (לא פורסם). ניתן ביום 9.9.2009. סעיף 43 לפסק הדין. כל ההדגשות בעתירה הוספו. (להלן: **עניין ג'יוס**)

העותר הינו תושב הישוב קפין. למשפחתו של העותר 145 דונם אדמות חקלאיות המצויות בצידה המערבי של גדר ההפרדה. מאז הקמת גדר ההפרדה נמנעה מהעותר הכניסה לאדמות המשפחה היות והמשיבים מסרבים להנפיק עבורו היתרי כניסה למרחב התפר. כפי שיראו העותרים בחלק המשפטי של העתירה, אי הנפקת היתר עבור העותר הינו בניגוד לדין ולפסיקת בית משפט נכבד זה ואף בניגוד לפקודות המשיבים עצמם.

בכל יום שחולף נגרם נזק לעותר, למשפחתו ולאדמותיו כתוצאה ישירה של אי יכולתו לקחת חלק בעבודת האדמה. בית משפט נכבד זה, בפסיקות רבות בעתירות הנוגעות לגדר ההפרדה, קבע כי יש לצמצם ככל הניתן את הפגיעה בתושבים אשר ניזוקו מהקמת גדר ההפרדה. **בהתחשב בכל אלה, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע את העתירה לדיון במועד המוקדם ביותר האפשרי.**

התשתית העובדתית

1. זו העתירה החמישית בסדרת עתירות שעניינן הסירוב שלא כדן של המשיבים להנפיק היתרי כניסה למרחב התפר לעותר ולאחרים במצבו, חקלאים שבתיהם נמצאים בצידה המזרחי של גדר ההפרדה ואדמותיהם בצידה המערבי. ארבע העתירות הראשונות בסדרה הוגשו ביום 18.3.2010 (בג"ץ 2192/10, 2193/10, 2194/10 ו-2195/10). ביום 21.3.2010 החליט כבוד השופט מלצר כי הדיון בעתירות יאוחד וכי העתירות יובאו לדיון בפני הרכב תלתא, שייקבע לא יאוחר מתאריך 4.5.2010.

2. במהלך הדיונים בפני בית משפט זה, בעתירות רבות שהוגשו בעניין תוואי גדר ההפרדה, המשיבים התחייבו להתיר לכל התושבים שזיקתם למרחב התפר הוכחה, להיכנס למרחב התפר. התחייבות זו מצאה ביטוי גם ב"קובץ פקודות קבע מרחב התפר" שהוציאו המשיבים. המשיבים לא עומדים בהתחייבותם.

3. מאז הוקמה גדר ההפרדה הוחל במשטר היתרים הדורש כי תושב פלסטיני המעוניין להיכנס למרחב התפר יצטייד בהיתר. כנגד משטר ההיתרים הוגשו שתי עתירות לבית משפט נכבד זה: בג"ץ 9961/03 **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' ממשלת ישראל** ובג"ץ 639/04 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון** (שתי העתירות להלן: **עתירות משטר ההיתרים**). שתי עתירות אלה מחכות למתן פסק דין והעותרים מבקשים להבהיר לבית המשפט הנכבד כי בהגשת העתירה דנא אין משום חזרה מעמדתם כי יש לבטל את משטר ההיתרים והם מקווים כי בית המשפט הנכבד יאמץ את עמדתם זו בפסק דינו.

עתירה זו מוגשת כדי לפתור את הבעיה הפרקטית של העותר ושל תושבים אחרים במצבו אשר אינם מסוגלים לעבד את אדמתם ויש בה כדי להמחיש לבית המשפט הנכבד כי מעבר לטענה כי משטר ההיתרים עומד בניגוד לעקרונות היסוד של המשפט המינהלי והחוקתי בישראל ובניגוד למשפט הבינלאומי ההומניטארי והמשפט הבינלאומי של זכויות האדם, משטר ההיתרים גם אינו "מצמצם את הפגיעה בהם (בתושבים הפלסטינים - י.ע.) ככל הניתן".

הצדדים לעתירה והרקע העובדתי

4. העותר הינו תושב פלסטיני בן 34 שנים, נשוי ל _____ ואב ל _____ בת ה-15, _____ בן ה-13, _____ בן ה-9 ו _____ בת ה-4. העותר מתגורר עם משפחתו ביישוב קפין שבנפת טולכרם.

5. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.

6. המשיב 1 הוא המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, מטעם מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה למעלה מארבעים ושתיים שנה.

7. המשיב 2 הוא ראש המנהל 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), התשמ"ב-1981). קציניו של המשיב 2 הינם אלו שעומדים בקשר עם האוכלוסייה המוגנת בכל הנוגע להנפקת היתרי כניסה למרחב התפר.

8. היישוב קפין מונה כ-10,000 תושבים אשר מרביתם מתפרנסים מחקלאות.

9. למשפחתו של העותר 145 דונם אדמות חקלאיות המצויות בצידה המערבי של גדר ההפרדה במרחב התפר, באיזור אלשומרה. האדמה רשומה על שם אבי סבו המנוח של העותר, מר _____ קאסם, אשר נפטר בשנת 1964. סבו של העותר, מר _____ הרשה, נפטר ביום 14.8.2006 והוריש את חלקו לילדיו ובהם אבי העותר. למשפחתו הגרעינית של העותר 5 דונם. בנוסף חוכרת משפחתו של העותר כ-40 דונם אדמות מדודו של העותר (אחי אביו). משפחת העותר מגדלת באדמותיה זיתים, שעורה וחיטה.

העתק מסמך רישום האדמות בטאבו, מצורף ומסומן **ע/1**
העתק צו הירושה, מצורף ומסומן **ע/2**

10. עד להקמת גדר ההפרדה יכלו העותר ומשפחתו לעבוד באדמותיהם בכל עת שחפצו, מבלי להיתקל בשום הפרעה בדרך.

11. בשנת 2002 החליטה ממשלת ישראל להקים גדר הפרדה. גדר ההפרדה, אשר הושלמה בשנת 2003, חוצצת בין ביתם של משפחת העותר לבין אדמתם.

12. מאז הוקמה גדר ההפרדה הגיש העותר מספר בקשות לקבלת היתר כניסה למרחב התפר אולם כל בקשותיו נדחו והוא נאמר לו שהוא מנוע מסיבות ביטחוניות.

13. ביום 15.10.2009 פנתה האגודה לזכויות האזרח בישראל (להלן: **האגודה**), בשם העותר, לאל"מ שרון אפק ששימש כיועץ המשפטי לגדה המערבית. במכתב האגודה נאמר כי "הסירוב לתת למר הרשה היתר כניסה למרחב התפר מהווה פגיעה קשה בחופש התנועה שלו, בזכותו לעבוד ובזכותו להתפרנס בכבוד. יתר על כן, לאור תחילת עונת המסיק, בני משפחתו הגרעינית של מר הרשה זקוקים מאוד לכוח עבודתו, בעבדם הן את חלקת אדמתם והן את חלקות הדוד שנחכרו על ידם". האגודה ביקשה את התערבותו הדחופה של אל"מ אפק "במטרה להנפיק למר נאאל הרשה היתר כניסה למרחב התפר. לחילופין, נבקש לקבל את התשתית העובדתית וההנמקה העומדות ביסוד ההחלטה לשלול ממנו זכויות יסוד העומדות לו".

העתק המכתב מיום 15.10.2009, מצורף ומסומן **ע/3**

14. משלא נתקבלה כל תשובה, על אף הדחיפות שצוינה במכתב, שלחה האגודה, ביום 23.11.2009, תזכורת לסגן נועה שפירר מלשכת היועמ"ש.

העתק התזכורת מיום 23.11.2009, מצורף ומסומן **ע/4**

15. ביום 13.12.2009 קיבלה האגודה את תשובתה של סגן שפירר בשם היועץ המשפטי. בתשובה נאמר כי "ביום 27.10.2009 זומן מרשך לועדת שימוע בהשתתפות גורמי הביטחון, לאחריה סורבה בקשתו... על-פי התייחסות גורמי הביטחון אשר הועברה אלינו ביום 3.12.2009 עולה, כי מרשך עוסק בפעילות כנגד

ביטחון מדינת ישראל. משכך, לא ניתן לענות בחיוב לבקשת מרשך בשל המידע הביטחוני העולה בעניינו".

העתק התשובה מיום 13.12.2009, מצורף ומסומן ע/5

16. ויודגש, אין ולא יכול להיות כל ויכוח על הזיקה שבין העותר לבין אדמת משפחתו. ההוכחה לכך הינה שהוריו, אחיו ורעייתו של מרשי מקבלים היתרי כניסה למרחב התפר כדי לעבד את אדמות המשפחה. המסמכים שהובאו לפיכך כנספחים ע/1 ו-ע/2 הינם למען הסדר הטוב ולא כדי להוכיח את הזיקה שבין העותר לבין אדמתו. הסיבה היחידה בשלה נמנעת מהעותר הגישה לאדמותיו הינה טענה בעלמא לפיה העותר "עוסק בפעילות כנגד מדינת ישראל". הא ותו לא.

17. ביום 7.3.2010 פנה הח"מ, בשם העותרים, במכתב "קדם בג"ץ" למנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה. במכתב נאמר, בין היתר, כי "הסירוב להנפיק היתר כניסה למרחב התפר למרשי בשל התנגדות גורמי הביטחון, סותר את קובץ פקודות הקבע של המנהל האזרחי בעניין" וכן כי "השימוע שנערך כביכול למרשי אינו שימוע כללי"

העתק המכתב מיום 7.3.2010, ללא נספחיו אשר צורפו לעיל או יצורפו להלן, מצורף ומסומן ע/6

18. עד עתה לא נתקבל כל מענה ממחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה.

19. הפגיעה בזכויותיו של העותר הינה יומיומית. העבודה בשדות המשפחה דורשת עיסוק וטיפול מתמיד והעותר אינו יכול להיכנס למרחב התפר ולעבד את אדמותיו מאז הוקמה גדר ההפרדה. הבקשה המקורית של האגודה בעניין העותר הייתה לקבלת היתר כניסה שיאפשר לעותר לסייע למשפחתו בעונת המסיק והנה חלפה לה עונת המסיק והעותר עדיין לא קיבל היתר כניסה למרחב התפר.

20. לדברי העותר: "אני מאוד רוצה להגיע לאדמה ולעבד אותה. הסירוב שאני מקבל כל הזמן לא מובן לי למה. זה מאוד פוגע בי ומעיק על ליבי. מה שאני עושה, הכל כמו שצריך. אני מגיש בקשות ומגיש מסמכים, ולמה? בכדי להגיע לאדמה שלי!"

21. **לאחר שהעותרים עשו כל שביכולתם בכדי לאיין את הצורך בהגשת העתירה ולאחר שכל מאמציהם עלו בתוהו, לא נותרה לעותר כל ברירה מלבד לפנות בבקשת סעד מבית משפט נכבד זה.**

הטיעון המשפטי

22. העותרים טוענים כי בכך שהמשיבים אינם מאפשרים את כניסתו של העותר למרחב התפר הם פוגעים בצורה קשה, בלתי סבירה ובלתי מידתית בזכויותיו של העותר לחופש תנועה, לקניין ולחופש העיסוק. פגיעה זו בזכויותיו של העותר נעשית בניגוד לחוק, לפסיקה, להצהרות מפורשות של המשיבים בפני בית משפט נכבד זה ואף בניגוד לפקודותיהם ונהליהם של המשיבים עצמם.

על הזכויות הנפגעות

23. העותרים יכולים להרחיב בדבר חשיבותן של הזכויות, להביא אסמכתאות מהמשפט הישראלי, מהמשפט הבינלאומי ומדברי מלומדים שונים בנושא אולם דומה כי בית משפט נכבד זה כבר אמר את כל מה שהעותרים היו רוצים לומר, בצורה טובה וברורה יותר מכפי שהעותרים יכולים לומר זאת.

24. בבג"ץ 9593/04 ראשד מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (לא פורסם). ניתן ביום 26.6.2006. להלן: פרשת יאנון, נידונה סמכותו של המפקד הצבאי לסגור בצו את הגישה של תושבים פלסטינים לאדמותיהם החקלאיות. בסעיף 12 לפסק הדין הגדירה כבוד השופטת (כתוארה אז) ביניש את השאלה העומדת לדיון כך: "השאלה שלפנינו היא, האם מפעיל המפקד הצבאי את סמכותו כדין בכל הנוגע לסגירת שטחים חקלאיים בפני תושבים פלסטינים שהם הבעלים או המחזיקים של שטחים אלה".

25. זוהי גם השאלה בעתירה דנא בהבדל עקרוני אחד. בפרשת יאנון דובר על סגירת שטח שאינה סגירה קבועה. בעתירות שעניינן כניסה למרחב התפר, המדובר בשטח צבאי סגור ללא הגבלת זמן. לפיכך, אמצעים אשר ייתכן ויחשבו מידתיים כשהמדובר בהגבלה זמנית המוטלת על התושבים המוגנים ואשר תאפשר להם, בכל מקרה, כניסה לאדמותיהם ועבודה בהן, לא בהכרח יחשבו כמידתיים כשהמדובר בהגבלה קבועה כגון ההגבלה בעתירה דנא.

26. בסעיף 14 לפסק הדין בפרשת יאנון נכתב כך:

"העתירה שלפנינו עוסקת בשטחים חקלאיים הנמצאים בהחזקתם של התושבים הפלסטינים ואשר נסגרים בהוראת המפקד הצבאי. לפיכך, אל מול הזכות לביטחון ולהגנה על שלמות הגוף נמצאים מן הצד האחר השיקולים הנוגעים להגנה על זכויותיהם של התושבים הפלסטינים ובהתחשב במהות העניין שלפנינו, הרי שמדובר בעיקר בזכות לחופש תנועה ובזכות לקנין. בפסק הדין שניתן בבג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) ציינו כי 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... חופש התנועה מוכר גם כזכות יסוד במשפט הבינלאומי וזכות זו מעוגנת בשורה של אמנות בינלאומיות... 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 דיין של הראשונות כדיןן של האחרונות (ראו: בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 475).

כאמור, זכות בסיסית נוספת אשר יש להתחשב בה בענייננו היא, כמובן, זכות הקנין של החקלאים הפלסטינים באדמותיהם. בשיטתנו המשפטית מוגנת זכות הקנין כזכות יסוד חוקתית... זכות זו הינה זכות מוכרת, כמובן, גם במשפט הבינלאומי הפומבי... לפיכך, לתושבים באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית זכות מוגנת לקנינם. בענייננו, אין מחלוקת כי מדובר באדמות חקלאיות ובגידולים חקלאיים שלעותריים יש זיקה קניינית אליהם. משנמנעת, אפוא, מן העותרים הגישה לאדמות המהוות את קנינם, וכן נמנעת מהם האפשרות לטפל בגידולים החקלאיים השייכים להם, הרי שבכך מתבצעת פגיעה חמורה בזכותם לקנינם וביכולתם ליהנות ממנו".

על האינטרס המוגן

27. כנגד הזכויות הנפגעות עומד הערך של "שיקולי ההגנה על ביטחון התושבים באזור" (סעיף 15 לפסה"ד, שם). אולם לא מספיק שתיטען טענה ערטילאית לפיה הסירוב לאפשר לאדם להיכנס לאדמתו הינו בשל שיקולים ביטחוניים אלא צריך שיהיה מדובר "במצבים בהם מימוש זכויות אדם יוצר **וודאות קרובה להתרחשותו של נזק חמור וכבד לשלום הציבור, וכאשר קיימת הסתברות גבוהה לפגיעה בביטחון האישי**, כי אז נסוגות זכויות האדם האחרות מפני הזכות לחיים ולשלמות הגוף" (סעיף 16 לפסה"ד, שם).

על גדר הפרדה, מרחב התפר והעתירות בעניינם

תואי גדר הפרדה

28. הפגיעה בחופש התנועה של העותר הינה תוצאה ישירה של הקמת גדר הפרדה החוצצת בין ביתו של העותר לבין אדמתו.

29. כנגד הקמת גדר הפרדה הוגשו לבית משפט נכבד זה מספר רב של עתירות. עניינה של העתירה דנא אינו גדר הפרדה עצמה. עניינה של העתירה הינו המניעה שהוטלה על העותר מלהיכנס, דרך שער בגדר, אל מרחב התפר שם מצויות אדמות משפחתו. **לטענת העותרים, המשיבים מתנהלים במעין מדרון חלקלק. לצורך מתן אישורו של בית משפט נכבד זה לבניית הגדר, מבטיחים המשיבים הבטחות לפיהן הנזק אשר ייגרם לאוכלוסייה הנפגעת מבניית הגדר יהיה מינימלי. לאחר שביט המשפט הנכבד נתן אישורו והגדר נבנתה, לא עומדים המשיבים בהבטחותיהם ומיום ליום מורע מצבם של התושבים אשר נפגעו מבנייתה.**

30. בפרשת גיוס אמר בית המשפט הנכבד כך:

במסגרת החובה להגן על זכויותיהם של תושבי האזור, **על המפקד הצבאי להתחשב בפגיעה העשויה להיגרם בזכויותיהם של התושבים המוגנים – הן אלה שאדמותיהם מופקעות לשם בניית הגדר, הן אלה שהגדר חוצצת בינם לבין אדמותיהם והן אלה אשר הגדר מקשה על גישתם אל הערים הגדולות הסמוכות לכפריהם, אשר בהן ניתנים להם שירותי בריאות, חינוך, דת, תעסוקה וכיוצא באלה...** בהקשר זה יודגש, כי זכויות האדם של התושבים המקומיים כוללות את מיגוון זכויות האדם. כך, למשל, קובע סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית (Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons Geneva, in Time of War, 1949, להלן: אמנת ג'נבה הרביעית) כי התושבים המוגנים זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך-ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותיהם המשפחתיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמנהגיהם. כן קובע הסעיף כי היחס אליהם יהא תמיד אנושי, והם יוגנו במיוחד מפני כל מעשי אלימות, איומים באלימות, ומפני עלבונות. וכל זאת, בכפוף לאיזונים הנדרשים אל מול זכויות מתחרות של בני אדם אחרים או אל מול אינטרסים ציבוריים. בדומה, קובע סעיף 46 לאמנת האג הרביעית משנת 1907 (Convention Hague 1907 Respecting the Laws and Customs of War on Land, (IV), להלן: אמנת האג) כי יש לכבד את זכויותיהם של התושבים המקומיים לחיים, כבוד, חופש דת ופולחן, חיי משפחה וכן קניין פרטי. זכות הקניין והיחס כלפי רכוש פרטי של התושבים המקומיים

מעוגנים ומוגנים גם על-ידי סעיפים 23(g) ו-52 לאמנת האג, וכן בסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית. (סעיף 32 לפסק הדין)

31. המשותף לכל העתירות שנידונו בבית משפט נכבד זה בנוגע לתוואי גדר ההפרדה הינו כי בית המשפט הנכבד קיבל את התוואי המוצע רק לאחר שהשתכנע כי "התוואי המוצע מאזן באופן מידתי בין האינטרס הביטחוני, המחייב הגנה על חיי אדם מפני התקפות הטרור, לבין זכויותיהם של התושבים הפלסטיניים" (סעיף 39, שם). במקרים בהם סבר בית המשפט הנכבד כי התוואי המוצע פוגע יתר על המידה בזכויותיהם של התושבים הפלסטינים, הוא פסל את התוואי המוצע.

משטר ההיתרים

32. העתירות שהוגשו בעניין תוואי גדר ההפרדה לא עסקו, ככלל, בשאלה האם, לאחר בניית הגדר, יצטרכו התושבים הפלסטיניים המעוניינים להיכנס למרחב התפר להצטייד בהיתר כדי לעשות כן, מה תהיה הפרוצדורה להשגת ההיתר וכיו"ב.

33. בעתירות משטר ההיתרים העלו העותרים את הדרישה כי תבוטל ההכרזה בדבר היות מרחב התפר שטח צבאי סגור וכי יבוטלו הצווים שהותקנו מכוחה, המחייבים תושבים פלסטינים המעוניינים להיכנס למרחב התפר, להצטייד בהיתרי כניסה. בעתירות אלו עדיין לא נתן בית המשפט הנכבד פסק דין.

34. ביום 13.11.2006 הגישו המשיבים בעתירות משטר ההיתרים את כתב תשובתם לעתירות (להלן: **התשובה**). בסעיף 74 לתשובה נכתב במפורש: "כפי שנקבע ב**פרשת הכפר יאנון**, אין דין הפגיעה בחופש התנועה של אדם בשטח ציבורי באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית כדין הפגיעה בחופש התנועה שלו בשטחו הפרטי. לפיכך סגירת שטח מרחב התפר, ובמקביל **קביעת משטר היתרים, שמאפשר לכל בעלי הזיקה הפרטנית לאדמות מרחב התפר לקבל היתר כניסה למרחב או להתגורר בו**, לפי העניין, מאזנת לדעת המשיבים בצורה ראויה בין הצורך הביטחוני הדוחק העומד בבסיס הנקיטה בצעדים אלה, לבין הפגיעה בזכויות תושבי האזור".

35. העותרים לא מסכימים, כאמור, לצורך בהיתרי כניסה למרחב התפר אולם, לו היו פועלים המשיבים כפי שהצהירו בפני בית משפט נכבד זה ומנפיקים היתרים לכל מי שהוכחה זיקתו לאדמות במרחב התפר, לא הייתה, מן הסתם, מוגשת עתירה זו שהרי זיקתו של העותר לאדמות מרחב התפר מוסכמת על הצדדים.

36. אלא שכבר מהמשך התשובה עולה שלא כל מי שיש לו זיקה פרטנית לאדמות מרחב התפר מקבל היתר וכי ישנם כאלו שסורבו על רקע ביטחוני. הסעיפים 112-117 לתשובה עוסקים במי שסורבו מטעמים ביטחוניים. סעיף 113 בא להרגיענו כי "בפועל נמצאו רק בקשות מעטות יחסית שסורבו מטעמים ביטחוניים". בסעיף 114 נאמר כי "הדרך הראויה במקרה שכזה, הינה להגיש ערר כנגד הסירוב למינהל האזרחי, ואם מתקבלת החלטה שלילית בערר יש לפנות בטרם הגשת עתירה לבית המשפט הנכבד למדור מרשם אוכלוסין בלשכת היועץ המשפטי של האזור, ולבקש את התערבותו".

יוער, כי בניגוד לאמור בסעיף, ובניגוד לדרך בה פעל היועץ המשפטי במקרה נשוא עתירה זו, המוקד להגנת הפרט קיבל מספר תשובות ממדור מרשם אוכלוסין בלשכת היועץ המשפטי אשר לפיהן סירב היועץ המשפטי להתערב וטען כי "משרדנו אינו משמש כערכת ערר על החלטת הגורמים המוסמכים".

37. בסעיף 115 ממשיכים המשיבים וטוענים כי "מתחילת שנת 2006 הוגשו עתירות פרטניות בודדות בלבד המתייחסות למשטר ההיתרים במרחב התפר. בכך יש כדי להעיד, מחד גיסא, כי ההליך המנהלי מתקיים באופן תקין; ומאידך גיסא, עולה מן הנתונים לעיל כי מספר המקרים בהם קיים צורך בהגשת עתירה כאמור אינו גבוה, וזאת בלשון המעטה".

טענה זו של המשיבים הינה, בכל הכבוד ובזהירות המתבקשת, טענה לא רצינית. ראשית, חלילה לנו אם נמדוד את תקינותו של ההליך המנהלי לפי מספר העתירות אשר מוגשות כנגד הרשות המוסמכת; שנית, הצורך בהגשת עתירה לא מוביל תמיד להגשתה. הדבר נכון תמיד והוא נכון שבעתיים כאשר מדובר באוכלוסיות מוחלשות הנמצאות תחת כיבוש ומתמודדות עם עוני וקשיי שפה; שלישית, המשיבים נמנעו מלמסור נתונים כלשהם על מספר הבקשות שנדחו מטעמים ביטחוניים, נתון שנמצא בידם. ממה נפשך, אם סורב רק תושב אחד, הרי בין אם הוגשה עתירה בעניינו ובין אם לאו ניתן לטעון כי "מספר המקרים בהם קיים צורך בהגשת עתירה כאמור אינו גבוה". לעומת זאת, אם סורבו אלף בקשות והוגשו רק שלוש עתירות לא ניתן ללמוד מכך לא על תקינותו של ההליך ולא על הצורך בהגשת עתירות.

העתק של העמודים הרלבנטיים בתשובת המשיבים מיום 13.11.2006, מצורף ומסומן ע/8

38. ואכן, ביום 12.2.2009 נתנה כבוד הנשיאה החלטה בעתירות משטר ההיתרים בה ביקשה מהמשיבים נתונים מפורטים לגבי, בין היתר, "סוגי הבקשות לקבלת היתרי שהייה במרחב התפר שהוגשו בשנים 2007 ו-2008, **תוך התייחסות להיקף הבקשות שאושרו, הבקשות שסורבו והעילות שעמדו בבסיס החלטות הסירוב**".

39. ביום 30.7.2009 הגישו המשיבים הודעה מעדכנת משלימה לבית המשפט הנכבד (להלן: **ההודעה המשלימה**).

40. מהנספחים שצורפו כמס/35-מס/37 להודעה המשלימה עולה, כי בשנת 2007 **סורבו 1,285** בקשות על רקע ביטחוני, בשנת 2008 **סורבו 2,043** בקשות ובמחצית הראשונה של 2009 **סורבו 556** בקשות על רקע ביטחוני. המשיבים לא נתבקשו ולא צירפו את הנתונים לגבי שנת 2006 לגביה טענו כזכור כי "בפועל נמצאו רק בקשות מעטות יחסית שסורבו מטעמים ביטחוניים". האם בשנת 2006 היו אכן בקשות מועטות? האם הטעו המשיבים את בית המשפט? האם המשיבים סבורים שאלפי בקשות המסורבות הן "בקשות מעטות יחסית"? למשיבים הפתרונים.

41. במס/44 מסרו המשיבים נתונים לגבי ועדות השימוע. ועדות השימוע דנות הן במקרים של סירובים ביטחוניים, הן בסירובים על רקע אחר כגון אי הוכחת זיקה למקרקעין. כזכור, התיזה של המשיבים בתשובה הייתה כי ממספר העתירות ניתן ללמוד על מספר המקרים הזקוקים לעתירה. **בשנים שנסקרו במס/35-מס/37 סורבו 27,978 בקשות. מתוכן הוזמנו לוועדה 736, התייצבו 212 והתקבלו 84 עררים.** אגב, אלפי בקשות שסורבו, על פי נספחים אלו, סורבו מטעמים של אי עמידה בקריטריונים (12,519) או "אחר" (6,586). מהם הקריטריונים בהם לא עמדו מבקשי הבקשות? מהו "אחר"? זאת לא הסבירו המשיבים בתשובתם.

42. אם כן, כשבע שנים לאחר הקמת גדר הפרדה, הפגיעה המינימלית בתושבים אליה כיוון בית משפט נכבד זה בפסקי דינו בעניין גדר הפרדה, וההתחייבות של המשיבים ל"קביעת משטר היתרים,

שמאפשר לכל בעלי הזיקה הפרטנית לאדמות מרחב התפר לקבל היתר כניסה למרחב או להתגורר בו, נתקלה במציאות לפיה אלפי אנשים אינם מסוגלים להיכנס למרחב התפר ולעבד את אדמותיהם.

43. ייתכן, לפיכך, כי יהיה זה מפתיע להיווכח שהסירובים על רקע ביטחוני להנפקת היתרי כניסה למרחב התפר מנוגדים לא רק להתחייבות המשיבים להנפיק היתרי כניסה לכל בעלי הזיקה למרחב התפר אלא גם לפקודות הקבע של המנהל האזרחי עצמו.

44. להודעה המשלימה צירפו המשיבים את "קובץ פקודות קבע מרחב התפר" (מש/32. להלן: **הקפ"ק**). בסעיף 6 להודעה המשלימה נאמר לגבי הקפ"ק כי הוא "מעגן ומפרט את הכללים הנוגעים למגורים, כניסה ושהייה בשטח מרחב התפר, ובכלל זה את הקריטריונים לקבלת התעודות וההיתרים, תקופותיהם של התעודות וההיתרים הניתנים וכדומה".

45. נספח 3 לקפ"ק הוא הנספח העוסק בהנפקת היתרים. הוא מבחין בין תושבים קבועים במרחב התפר לבין אלו שאינם מתגוררים באופן קבוע במרחב התפר, כגון העותר. סעיף 1 לנספח עוסק בתושבים קבועים וסעיף 2 עוסק בתושבים שאינם קבועים המעוניינים להיכנס למרחב התפר ומונה את סוגיהם השונים. סעיף 2ד. מציין כי אחד הסוגים בהם עוסק הנספח הינו "חקלאי - במרחב התפר" וסעיף 2ג. מציין "תעסוקה - במרחב התפר".

46. עמודים 5-6 לנספח עוסקים בתפקידה של "וועדה לקביעת זכאות לתושב קבוע במרחב התפר". שמה של הוועדה מטעה במקצת היות ובעמוד 6 מוסבר כי הוועדה דנה הן בבקשות לקבלת תיעוד תושב קבוע במרחב התפר, הן בהיתרי כניסה ושהייה במרחב התפר.

עמוד 5 לנספח עוסק בתושבי קבע ובעמוד 6 נידונות בקשות של "תושב איו"ש המגיש בקשה לכניסה ושהייה במרחב התפר". לגבי "מטרות בעלות זיקה כלכלית (סוחר, חקלאי וכד") נאמר במפורש:

(א) הבקשה אומתה - יונפק היתר.

(ב) קיים ספק לגבי אמיתות הבקשה - תיבדק הבקשה ברמת השטח...

(ג) מניעה ביטחונית לבדה לא תהווה בסיס לדחיית הבקשה (ההדגשה במקור - י.ע.).

כך, בצורה חדה וברורה, אומר הקפ"ק את מה שנאמר בתשובה של המשיבים. כל מי שהוכחה זיקתו למרחב התפר זכאי לקבל היתר ומניעה ביטחונית לבדה אינה בסיס לדחיית הבקשה!

47. אלא שכמו שגילה העותר על בשרו, הצהרות ואפילו פקודות לחוד ומציאות לחוד.

העתק של מש/35-מש/37, מש/44 ושל נספח 3 לקפ"ק, מצורף ומסומן ע/9

48. העותרים מקווים כי עלה בידיהם לשכנע את בית המשפט הנכבד כי לעותר יש זכות להיכנס למרחב התפר. אם המשיבים רוצים כי העותר ייכנס למרחב התפר באמצעות היתר כניסה וכל עוד לא יפסוק בית המשפט אחרת בעתירות משטר ההיתרים, יתכבדו וינפיקו לעותר היתר.

49. למען הזהירות מבקשים העותרים להדגיש שני עניינים נוספים. האחד, ההבדל בין מניעה ביטחונית המונעת מאדם להיכנס למקום אליו אין לו זכות מוקנית להיכנס ובין כניסה למרחב התפר; השני, ההפרה הבוטה של הזכות לטיעון ולשימוע של העותר ושל רבים אחרים במצבו וחובת ההנמקה המוטלת על המשיבים.

על מניעה ביטחונית להיכנס למרחב התפר

50. מניעה ביטחונית הינו אחד הביטויים העמומים ביותר בהם נעשה שימוש על ידי המפקד הצבאי. במרבית המקרים איש אינו יודע אם המניעה הביטחונית הינה בשל מעשיו של המנוע או בשל מעשי אחרים, מה טיבם של המעשים המיוחסים? האם המדובר בכלל במעשים או בכוונה או בדיבור בעלמא?

51. המשיבים בעתירות משטר ההיתרים ציטטו מפסק דינו של בית משפט זה בפרשת יאנון ואמרו, כזכור, כי "כפי שנקבע בפרשת הכפר יאנון, אין דין הפגיעה בחופש התנועה של אדם בשטח ציבורי באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית כדין הפגיעה בחופש התנועה שלו בשטחו הפרטי". הנה אמירה אחת עליה יכולים העותרים והמשיבים להסכים.

52. היה ויחליט בית המשפט הנכבד כי ישנם סוגים של מניעה ביטחונית המצדיקים אי מתן היתר כניסה למרחב התפר, מהו סוג המניעה הביטחונית המצדיק זאת? העותרים טוענים כי סוג המניעה הינו זה עליו דובר בפסק הדין בפרשת יאנון: כאשר מתן ההיתר "יוצר וודאות קרובה להתרחשותו של נזק חמור וכבד לשלום הציבור". בכל מקרה אחר יש לאפשר לתושב להיכנס למרחב התפר ולעבד את אדמתו.

ודוק, מתן היתר כניסה למרחב התפר אין פירושו מתן היתר כניסה לישראל. לו ירצו המשיבים לוודא כי העותר אינו מנצל לרעה את ההיתר שניתן לו כדי להיכנס שלא כדין לישראל, חזקה עליהם שימצאו את האמצעים לכך.

על הזכות לשימוע

53. בסעיף 25 להודעה המשלימה אומרים המשיבים כי "ישנה אפשרות לערור על בקשות שהוגשו ונדחו, אשר נדונות בפני ועדת שימוע, אשר שומעת את התושב ומחליטה".

54. גם בנספח בנוגע להנפקת היתרים שבקפ"ק ישנה התייחסות לוועדת השימוע. בעמוד 6 נקבע מיהם נציגי הוועדה ובעמוד 7 נקבע מהו "מניין חוקי לדיוני הוועדה בנושא היתרי כניסה ושהייה". המניין החוקי הינו: יו"ר הוועדה, שהוא ראש המת"ק, מזכיר הוועדה, שהוא קצין הקישור במת"ק, נציג קמ"ט רלוונטי (על פי החלטת הרמת"ק) ונציג יועמ"ש (במידת הצורך).

55. אלא שהדברים בשטח מתנהלים קצת אחרת. האגודה פנתה ליועמ"ש הגדה המערבית ביום 15.10.2009. למרות שהמשיבים ידעו באותו שלב כי העותר מיוצג על ידי האגודה, הם זימנו אותו לשימוע שנערך ביום 27.10.2009 מבלי לתאם זאת עם באי כוחו של העותר.

56. בניגוד לאמור במכתבה של סגן שפיר (ע/5 לעתירה) לפיו העותר זומן "לוועדת שימוע בהשתתפות גורמי הביטחון", "ועדת השימוע" בפניה הופיע העותר, ביום 27.10.2009, כללה שני אנשים בלבד, קצין הקישור רס"ן תייסיר ד'אהר וחיילת שרשמה את הנאמר. רס"ן ד'אהר שאל שאלות כלליות אשר אף לא אחת מהן עסקה בעניינים ביטחוניים. קצין הקישור עיין במסמכיו של העותר ושאל אותו לאיזה צורך הוא זקוק להיתר. העותר השיב שהוא זקוק להיתר כדי לעבוד באדמות משפחתו. בסוף השיחה אמר רס"ן ד'אהר לעותר שיונפק לו היתר לשלושה חודשים למרות המניעה הרשומה בעניינו, שבעוד מספר ימים ההיתר יועבר לקישור הפלסטיני והעותר יקבל את ההיתר דרך עיריית קפין. רס"ן ד'אהר הוסיף שלאחר שיפוג תוקף ההיתר הבקשה שלו תועבר לבדיקת השב"כ. העותר בירר כל יום מול

העירייה ובכל פעם נאמר לו שעדיין אין תשובה. למרות האמור, ביום 13.12.2009 קיבלה כאמור האגודה את התשובה השלילית בעניינו של העותר.

57. שימוע מסוג זה אינו שימוע כדין.

ראשית, על השימוע להתבצע **בטרם** קיבלה הרשות את ההחלטה הסופית לדחות את בקשת התושב להיתר כניסה, במטרה לסייע לרשות לגבש את עמדתה הסופית;

שנית, על כל תושב שהמשיבים שוקלים לסרב את בקשתו להיות מוזמן לשימוע טרם קבלת ההחלטה בעניינו ואין להטיל על התושב את האחריות לבקש להיות מוזמן לשימוע;

שלישית, על התושב לקבל לידי את החומר אשר הביא לאי אישורו המיידית של היתר כניסה עבורו. באם הוא לא יודע מה טיב הטענות נגדו, כיצד יוכל להגן על עצמו? כפי שאמר כבוד השופט (כתוארו אז) לנדוי: "את טענות הצד שכנגד אפשר לסתור רק כשהן ידועות; עם ספינקס אי אפשר להתווכח" (בג"ץ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז 534, 541). וכן: "המפתח להפיכת השימוע להליך אמיתי הוא, כי למבקשים יינתן מידע ממשי, ככל הניתן, אם גם במגבלות מובנות, כך שיאפשר להם להתכונן להליך כראוי" (ע"ם 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביץ. לא פורסם. ההדגשה הוספה. להלן: **פרשת געאביץ**). מכאן, שלדעת בית משפט נכבד זה, הליך שימוע שאינו מאפשר לתושבים לדעת מה הטענות נגדם, אינו "הליך אמיתי";

רביעית, לתושב צריך להיאמר, עם זימונו לוועדה, כי הוא זכאי להיות מיוצג על ידי בא כוח במהלך השימוע. הזכות להיות מיוצג בפני הרשות הינה חלק בלתי נפרד מזכות הטיעון. כדברי המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, 717-718: "נקודת המוצא העקרונית הינה, כי **חירותו של כל אדם - פרי האוטונומיה של הרצון הפרטי - היא למנות לעצמו שלוח כרצונו**. חירות זו היא בעלת חשיבות כאשר השלוח הוא עורך דין... זכותו של אדם להיות מיוצג לפני רשות שלטונית על ידי פרקליט מעוגנת בעיקרי המשפט והצדק הכלליים... יש לראות בה אחד מכללי הצדק הטבעי... היקפה של זכות הטיעון (והייצוג)... הוא בעיקרו של דבר מבחן של הגינות..." לאחרונה נידונה בבית משפט נכבד זה עתירתה של צעירה פלסטינית אשר הורחקה מהגדה המערבית לרצועת עזה ללא שימוע כדין. בית משפט נכבד זה פסק כי על המשיבים לערוך לעותרת שימוע בנוכחות קצין בכיר ובנוכחות עורך דינה (בג"ץ 8731/09 עזאם נ' מפקד איזור הגדה המערבית).

דברים אלה מקבלים משנה תוקף במקרה דנא בו התושב מוזמן על ידי המשיבים לוועדת שימוע, כאשר המשיבים מודעים לכך שהתושב מיוצג, מבלי לתאם זאת עם באי כוחו של התושב;

חמישית, הגורמים היושבים בוועדה צריכים להיות הגורמים אשר יקבלו את ההחלטה בעניין התושב. מה נפקא מינא אם ישבו בוועדת השימוע אדם אחד, שניים או עשרה אם אף לא אחד מהם הינו הגורם אשר יחליט בבקשה. אם השב"כ הוא הגורם המחליט בבקשה, יתכבדו נציגיו וישבו בוועדה.

58. היה ולאחר השימוע יחליטו המשיבים לסרב לבקשת העותר להנפקת היתר כניסה למרחב התפר, תחול עליהם החובה לנמק את החלטתם ולא להסתפק באמירה בעלמא לפיה העותר "מנוע ביטחוניתי". הדבר אינו מתחייב רק מן הדין אלא גם יקל על בית משפט נכבד זה שהרי ייתכן והעותר ישתכנע מההנמקה ולא יגזול מזמנו של בית המשפט הנכבד ללא צורך.

59. העותר זכאי לכך כי ההחלטה בעניינו תתקבל בדרך מינהלית תקינה וכי המשיבים יחשפו את הטעם להגבלת זכויותיו. ללא הנמקת הסירוב, לא יוכל העותר לכפור בטענות נגדו:

פטור מגילוי נימוקים, עובדות או מסמכים כאשר הגילוי עלול לפגוע בבטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה מקובל על המחוקק ועל בית המשפט בהקשרים שונים. ואם יש כאן מקום לתמיהה, אין זה בגלל עצם הפטור, אלא בגלל היקף הפטור. שכן, מצד אחד, סביר הדבר שעובד הציבור לא יהיה חייב לגלות נימוקים להחלטתו במידה שיהיה בכך כדי לפגוע בבטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה. אולם, מן הצד השני, **אין בכך בהכרח כדי למנוע גילוי נימוקים באופן מוחלט. יש מקרים בהם שיקולים של בטחון המדינה או יחסי החוץ שלה מונעים גילוי חלק מן הנימוקים, או מונעים ניסוח מסויים של הנימוקים, אך עדיין מאפשרים לתת הנמקה, ולו רק חלקית, שלא תפגע בבטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה.**

י' זמיר, **הסמכות המינהלית** (כרך ב, תשנ"ו), בעמ' 917.

סיכום

60. לעותר ישנה זכות לקבל היתר כניסה למרחב התפר לצרכים חקלאיים.
61. לתושבים פלסטינים אשר להם זיקה למרחב התפר ישנה זכות לקבל היתר כניסה למרחב התפר אף אם יש כנגדם מניעה ביטחונית. זאת על פי התחייבות המשיבים בעתירות משטר ההיתרים ועל פי פקודות הקבע שלהם.
62. על המשיבים לערוך שימוע אמיתי כדין לכל תושב אשר לא הונפק לו היתר כניסה למרחב התפר ולנמק את סירובם באם החליטו לסרב לבקשה.
63. לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על-תנאי, כמבוקש בראש העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים להפוך את הצו על-תנאי להחלטי ולחייב את המשיבים בהוצאות העותרים ושכ"ט עורך דין.
64. כמו כן מתבקש בית המשפט הנכבד לאחד את הדיון בעתירה זו עם ארבע העתירות הראשונות שהוגשו בעניין ואשר הזכרו בסעיף 1 לעיל, או לחלופין, לקבוע את העתירה לדיון במועד המוקדם ביותר האפשרי ולקבוע זמן קצר ביותר לתגובת המשיבים.
65. 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 יפוי הכוח שאף הוא ניתן בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותר לבין באי כוחו.

ג' תמוז תש"ע
15 יוני 2010