

**בבית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים**

עת"ם 20-

בעניין:

1. צבאח, ת"ז
פלסטיני תושב השטחים הכבושים
2. צבאח, ת"ז
פלסטיני תושב השטחים הכבושים
3. **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 נדיה דקה (מ"ר 66713) ו/או אהרון מייסלס 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 מחוז ירושלים - אזורי, משרד המשפטים
רח' מח"ל 7, ירושלים
טל': 073-3920000; פקס: 02-6468053

המשיב

עתירה מינהלית

על-פניו מודעים המשיבים לקשיים שיוצר משטר ההיתרים והם פועלים בדרכים שונות לצמצום הפגיעה הנגרמת מהחלתו, תוך שיפור מנגנוני הטיפול בבקשות השונות ובשמירה על אורח חיים שוטף בין שטחי האזור לשטח מרחב התפר. מן העבר השני, לא מצאנו כי עלה בידי העותרים להצביע על פגמים מהותיים בהליכי הטיפול שאימצה המדינה במסגרת החלתו של משטר ההיתרים (בג"ץ 9961/03 **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' ממשלת ישראל**, סעיף 39 (פורסם בנבו, 5.4.2011).

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב:

- א. לתת לעותר 2 היתר כניסה למרחב התפר בתוקף המלא, לצורך גישתו הסדירה לאדמת אביו, עותר 1;
- ב. לתת אישור על הגשת הבקשה למי שהגיש בקשה להיתר כניסה למרחב התפר במת"ק, בהתאם לסעיף 12 לפרק "הנחיות כלליות" בנהלי המשיב.

עניינה של העתירה בהימנעות של המשיב מלתת לעותר 2 היתר כניסה למרחב התפר, בטענות בלתי מובנות. 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, לדוגמה, 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. בחודש ספטמבר 2019 פורסמה גרסה חדשה ופוגענית ביותר של קפ"ק מרחב התפר, על פיה כלל לא ניתן לקבל היתרי כניסה למרחב התפר לצרכים חקלאיים אלא למכסה של ימים ספורים בשנה, וזאת גם כאשר מדובר בבעל האדמה עצמו. נהלים אלו עומדים בסתירה חריפה לפסיקה הענפה והעקבית בנושא שימור הזיקה של האוכלוסייה הפלסטינית המקומית למרחב התפר, ולהתחייבויות של המשיב לפני בית המשפט העליון, שהיוו בסיס לפסקי הדין המאשרים את התוואי של גדר ההפרדה ואת משטר ההיתרים.

8. על פי נתונים שהתקבלו מהמשיבים, בין השנים 2014 ל-2018 אחוז הסירובים לבקשות של בעלי אדמות להיתרי כניסה למרחב התפר עלה מ-24% ל-72%, ובמחצית הראשונה של שנת 2020 אחוז הסירובים היה גבוה מ-84%. אופן היישום של משטר ההיתרים היום שונה בתכלית מזה שנטען לפני בית המשפט כאשר החוקיות של משטר ההיתרים עמדה לדיון. הנפגעים ממדיניות הסירוב המונהגת על ידי המשיב נאלצים לפנות לבית המשפט בעתירות פרטניות כדי לקבל את ההיתרים להם הם זקוקים, כמו בענייננו.

העתק מכתבו של המשיב מיום 26.11.2018 מצורף ומסומן ע/1 ;

העתק מכתבו של המשיב מיום 28.6.2020 מצורף ומסומן ע/2.

הצדדים לעתירה

9. **עותר 1** הוא בעל אדמה במרחב התפר **ועותר 2** (להלן: **העותר**) הוא בנו. העותר הגיש בקשה להיתר כניסה למרחב התפר, לצורך גישתו לאדמה של אביו, בעיריית קפין, ומשלא התקבלה תשובה לבקשתו, הוא הגיש בקשה נוספת במת"ק הישראלי, והיא הוחזרה לידי בטענה שיש בעניינו מניעה ביטחונית. לאחר שהוגש ערר על החלטת הסירוב, המשיב הודיע כי "לאחר בדיקה" התברר לו כי העותר כלל לא הגיש בקשה להיתר. בד בבד הודיע המשיב כי בקשתו של העותר הועברה למפקד המת"ק, וכי העותר מוזמן להגיע למת"ק כדי "להבהיר איתו את הפרטים, וכן להגיש את הבקשה". העותרים אינם מבינים את פשר התשובה הזאת, אך התוצאה היא שהבקשה של העותר להיתר לא אושרה והערר לא התקבל.

10. העתירה מגוללת סיפור מזעזע של יותר מחמש וחצי שנים של מאבק של העותר בהחלטות של המשיב בעניין כניסתו למרחב התפר. זה משכו של המאבק שהעותר נאלץ לנהל עד כה לאחר שהוא **ויתר** על התקיפה של מספר החלטות שהתקבלו בעניינו, מתוך תשיות וייאוש. המערכת הבירוקרטית שהמשיב מפעיל מצליחה למנוע מהחקלאים לגשת לאדמותיהם באופנים רבים, ישירים ועקיפים, ללא תלות בפסיקה או אפילו בנהלים שנקבעו על ידי המשיב, שגם הם מנוגדים לפסיקה בהיבטים רבים.

11. **עותרת 3** היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.

12. **המשיב** הוא המפקד הצבאי בגדה המערבית מטעם מדינת ישראל.

עיקרי העובדות ומיצוי ההליכים

13. עותר 1, יליד שנת 1952, נשוי ואב לאחד עשר ילדים, ביניהם העותר. הוא מתגורר בקפין שבנפת טולכרם.

העתק תעודת הזהות של עותר 1 מצורף ומסומן ע/3.

14. העותר, יליד שנת 1978, נשוי ואב לשבע בנות וגם הוא מתגורר בקפין.

העתק תעודת הזהות של העותר מצורף ומסומן ע/4.

15. עותר 1 הוא בעל חלקת אדמה המצויה באדמות קפין, במרחב התפר. הוא ירש את החלקה מאביו המנוח, מר עלי אלשיח' דאוד אלאסעד, שהלך לעולמו בשנת 1982. גודל החלקה, על פי נסח מס הרכוש, ארבעה דונם. במציאות החלקה גדולה יותר. הרישומים בספרי מס הרכוש הושפעו לעתים משיקולי מס.

העתק מנסח מס הרכוש של החלקה מצורף ומסומן ע/5 ;

העתק מצו הירושה מצורף ומסומן ע/6 ;

העתק אישור של ראש עיריית קפין על כך שהחלקה במרחב התפר מצורף ומסומן ע/7 ;

העתק מפה של המווקע שבה מצויה החלקה, המוכיחה כי היא במרחב התפר, מצורף ומסומן ע/8.

16. בחלקה של עותר 1 גדלים עצי זית. המשפחה התכוונה לגדל גם טבק השנה, אך לא יכלה בגלל שהצבא לא איפשר לחקלאים להיכנס למרחב התפר בעונה שבה צריך לשתול את הטבק – בין חודש מרץ לאמצע חודש אפריל – בטענה שהמניעה הגורפת של הכניסה של בעלי ההיתרים למרחב התפר נדרשת בשל ההתפשטות של מחלת הקורונה, וכן בגלל שלא ניתן היתר כניסה למרחב התפר לאף אחד מבני המשפחה.

17. עותר 1 סובל מבעיות רפואיות, כולל פריצות דיסק ודלקות מפרקים. הוא זקוק לסיוע של בנו, העותר, בעיבוד האדמה, והוא מעוניין בשימור הזיקה של בני המשפחה לאדמה העוברת בירושה מדור לדור.

18. העותר קיבל בעבר היתרי כניסה למרחב התפר לצורך עיבוד האדמה של אביו. בין הקמת גדר ההפרדה לבין שנת 2014 הוא קיבל כארבעה או חמישה היתרים, האחרון שבהם היתר חקלאי, בתוקף מיום 18.3.2014 עד ליום 27.1.2015.

העתק ההיתר מצורף ומסומן ע/9.

19. העותר הגיש שש בקשות לחידוש ההיתר הזה בעיריית קפין, ובקשה נוספת במת"ק הישראלי בחודש ינואר 2016, ואז נאמר לו על ידי חייל בשם אייל כי החלקה של אביו אינה במרחב התפר. העותר השיב כי הוא כבר קיבל מספר היתרים לצורך גישתו לאותה חלקה, והקצין אמר לו לפנות לקישור הפלסטיני ולבקש שעניינו יידון בוועדת השימוע (בגרסאות מוקדמות יותר של קפ"ק מרחב התפר, כמו קפ"ק 2011, לא היו שני הליכי השגה, של בירור רמת"ק ושל ערר, אלא הליך אחד, של דיון בוועדת שימוע). העותר עשה זאת לאחר יומיים, כלומר, בחודש ינואר 2016. בחודש מרץ 2016 הוא פנה למוקד להגנת הפרט לסיוע, ולאחר פניות רבות למשיב, ביום 29.12.2016 הוגשה עתירה על הסירוב של המשיב לתת לעותר היתר בתוקף לשנתיים (בג"ץ 10196/16 צבאח נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית).

העתק העתירה, ללא נספחיה, מצורף ומסומן ע/10.

20. בעקבות העתירה, לאחר יותר משנתיים של התנגדות מצד המשיבים, הוחלט להנפיק לעותר היתר כניסה למרחב התפר, לצורך עיבוד האדמה של אביו, בכפוף להיעדר התנגדות ביטחונית לכניסתו למרחב התפר. עם זאת, המשיבים ביקשו, כהרגלם, לשמור על "זכותם לסרב" לבקשות עתידיות של העותר באותו הנושא. ספק אם המשיבים הם בעלי זכות כזאת.

21. לעותר לא ניתן היתר בתוקף המלא, אלא ניתן לו היתר בתוקף לשישה חודשים בלבד, מיום 11.2.2018 עד ליום 18.8.2018. ב"כ המשיבים הודיעה לב"כ העותרים ביום 18.2.2018 כי התוקף הקצר של ההיתר נועד "לצורך בדיקה עיתית, וזאת לאור קשרי בני משפחתו של העותר לאמל"ח", כלומר, הוא ניתן על בסיס הנטייה של המדינה להתייחס לבני משפחה פלסטינים כישות אחת שכולה מסוכנת.

העתק ההיתר שניתן לעותר מצורף ומסומן ע/11.

22. ביום 5.8.2018 ניתן פסק דין בעתירה, הקובע כך :

עניינה של העתירה, בבקשתו של העותר 1 לקבל היתר לתעסוקה חקלאית במרחב התפר.

שנתיים בקירוב, למן הגשת העתירה ועד לעת האחרונה, נעשה ניסיון לברר באמצעות מפות, מדידות, סיור בשטח, צווי ירושה, נסח מס רכוש ומסמכים נוספים, מה זיקתו של העותר לשטח שלגביו הגיש את בקשתו, אם בכלל (!). פרטי הדברים הועלו על הכתב בהודעה מעדכנת מיום 29.7.2018 מאת המשיבים. עוד לפני כחצי שנה, מבלי לקבוע מסמרות, החליטו גורמי המשיבים להנפיק לעותר היתר כניסה למרחב התפר, לשם עיבוד אדמות אביו, בכפוף להעדר קיומה של התנגדות בטחונית לגבי כניסתו.

לאחרונה, בעקבות שיג ושיח בין ב"כ הצדדים הושגה הסכמה, ולפיה, שומרים המשיבים על זכותם לסרב לבקשות עתידיות של העותר או של מי מבני משפחתו לכניסה למרחב התפר לצורך עיבוד הקרקע הנתענת; או לחלופין, לבטל היתר קיים שהונפק, בהתבסס על ההנחה כי הקרקע האמורה מצויה במרחב התפר. יחד עם זאת, בטרם יוחלט לבטל היתר קיים שהונפק, יזומן העותר לבירור רמת"ק על ידי המת"ק. ככל שיוחלט על ביטול ההיתר במסגרת בירור רמת"ק, שמורה לעותר האפשרות לפנות לוועדת ערר, וככל שיפעל בדרך זו, לא יבוטל ההיתר עד לאחר מתן החלטת ועדת הערר. שמורה לעותר הזכות לעתור נגד החלטת ועדת הערר לערכאה המשפטית הרלוונטית.

ביחס לבקשות עתידיות של העותר לצרכים חקלאיים, שומרים המשיבים על זכותם לסרב את הבקשות כאמור, על-פי כל אחת מהעילות הקריטריוניות הקבועות בקפ"ק מרחב התפר, כפי שתקבענה מעת לעת. זאת לרבות היעדר עיבוד חקלאי של הקרקע בעת שלעותר היה היתר בתוקף לעבדה. לצד זאת הובהר, למען הסר ספק, כי ככל שלא יחול שינוי בנסיבות העניין או בקריטריונים הקיימים נכון להיום לצורך מתן היתרים לעיבוד חקלאי, בקשות עתידיות של העותר למתן היתרים תיבחנה ברוח ההודעה המעדכנת מיום 11.2.2018.

מן הראוי להזכיר, כי החלטת המשיבים להנפיק היתר כניסה לעותר לצורך עיבוד החלקה, תאפשר לעותר לעבד אך את חלקו היחסי של אביו בחלקה, קרי – 66.66 מ"ר בלבד.

בכפוף להסכמות האמורות, הוסכם על מחיקת העתירה בלי צו להוצאות.

פסק הדין מצורף ומסומן ע/12;

העתק ההודעה מטעם העותרים מיום 16.11.2017 מצורף ומסומן ע/13;

העתק ההודעה המעדכנת מטעם המשיבים מיום 11.2.2018 מצורף ומסומן ע/14.

23. חרף הניסוח השלילי והסבוך של הדברים, המשמעות של פסק הדין היא שבעקבות העתירה המשיבים הסכימו לתת לעותר את ההיתר שהוא ביקש, בכפוף להיעדר התנגדות של גורמי הביטחון, ולקבל החלטות דומות בבקשות שהוא יגיש בעתיד, בהיעדר שינוי בנסיבות או בקריטריונים הרלוונטיים.

24. העותר הגיש בקשה חדשה להיתר בעיריית קפין ביום 16.9.2018, לאחר שחידש את נסח מס הרכוש של החלקה. הבקשה הועברה מהקישור הפלסטיני בטולכרם למת"ק ביום 1.10.2018.

25. המוקד להגנת הפרט פנה לקצין פניות הציבור במינהל האזרחי ביום 22.10.2018 בבקשה לבירור סטאטוס הטיפול בבקשה.

העתק הפנייה מיום 22.10.2018 מצורף ומסומן ע/15.

26. העותר פנה למת"ק ביום 29.11.2018 כדי לברר מה מצב הטיפול בבקשתו. קצין בשם צאלח אמר לו שבקשתו עברה בחינה של השב"כ ונדחתה ביום 18.11.2018.

27. המוקד להגנת הפרט הגיש ערר על החלטת הסירוב ביום 3.12.2018.

- העתק הערר מצורף ומסומן ע/16.
28. ביום 18.12.2018 התקבל מכתב של קצין פניות הציבור במינהל האזרחי, על פיו העותר "יזומן לוועדת ערר".
- העתק המכתב מצורף ומסומן ע/17.
29. העותר לא הוזמן לדיון בוועדת הערר והמוקד להגנת הפרט שלח תזכורת בעניין ביום 10.1.2019.
- העתק התזכורת מצורף ומסומן ע/18.
30. ביום 5.2.2019 התקבלה הודעה מחייל שעובד עם קצין פניות הציבור במינהל האזרחי, על פיה העותר נדרש להגיע למת"ק למחרת כדי לקבל היתר.
31. העותר הגיע למת"ק ביום 6.2.2019. הוא הוכנס לתוך המת"ק בשעה 8:40. בשעה 9:10 הוא הודיע למוקד להגנת הפרט שמאז הגעתו אין חיילים במקום. בשעה 10:40, לאחר שעתיים של המתנה במת"ק, ניתן לו היתר. מדובר בהיתר "בני משפחת חקלאי מקרבה ראשונה", בתוקף לשנה בלבד – מיום 6.2.2019 עד ליום 6.2.2020.
- העתק ההיתר מצורף ומסומן ע/19.
32. העותר הותש מכל מה שהוא עבר עד לאותו המועד ולא היה מעוניין בתקיפת התוקף של ההיתר.
33. אולם, הבעיות של העותר לא פסקו. זמן קצר לאחר שההיתר ניתן לעותר, ביום 23.4.2019, ההיתר הוחרם על ידי חיילים שהוצבו בשער שבגדר ההפרדה. נהלי המשיב קובעים כי "הכוח התופס ימסור לבעל ההיתר, אשר היתרו ניטל, טופס נטילת היתר כניסה למרחב התפר (נספח 6) ובו פירוט סיבת הנטילה והפנייה למת"ק הגזרתי (סעיף 5.ד. לפרק "נוהל טיפול בשימוש לרעה בהיתר מרחב התפר"). אולם, בטופס ההחרמה שניתן לעותר לא צוינה סיבה לנטילת ההיתר והחיילים לא הסבירו לעותר מדוע הם לוקחים את ההיתר שלו.
- העמוד הרלוונטי מנהלי המשיב מצורף ומסומן ע/20 ;
- העתק מטופס ההחרמה מצורף ומסומן ע/21.
34. העותר מסר כי באותה התקופה היה גל של החרמות של היתרים באותו השער, 408 קפין צפון, ובשערים חקלאיים נוספים. העותר פנה לעירייה ונמסר לו כי העירייה מודעת לגל ההחרמות וכי היא תברר את העניין באמצעות הקישור הפלסטיני.
35. המוקד להגנת הפרט הגיש בקשה לבירור רמת"ק בעניין ההחרמה של ההיתר של העותר ביום 5.5.2019.
- העתק הבקשה לבירור רמת"ק מצורף ומסומן ע/22.
36. תזכורת נשלחה ביום 22.5.2019.
- העתק התזכורת מצורף ומסומן ע/23.
37. ביום 27.5.2019 התקבל מכתבו של קצין פניות הציבור במינהל האזרחי, על פיו העותר "יזומן לבירור רמת"ק".
- העתק המכתב מצורף ומסומן ע/24.

38. אולם, העותר לא הוזמן לבירור רמת"ק. המוקד להגנת הפרט שלח תזכורת נוספת בעניין ביום 7.7.2019.

העתק התזכורת מצורף ומסומן ע/25.

39. ביום 18.7.2019 הוגש ערר על היעדר המענה לחמש בקשות לבירור רמת"ק, ביניהם הבקשה שהוגשה בשם העותר.

העתק הערר מצורף ומסומן ע/26.

40. בסופו של אותו היום ניתן לעותר היתר מסוג "בני משפחת חקלאי מקרבה ראשונה", בתוקף מיום 8.7.2019 עד ליום 3.1.2020. זאת בעוד שההיתר שהוחרם היה תקף עד ליום 6.2.2020. ההיתר הודפס רק ביום 17.7.2019, תשעה ימים לאחר תחילת תוקפו. העותר לא ביקש לתקוף את התוקף של ההיתר, בשל תשישות וייאוש מניהול ההליכים מול המשיב.

העתק ההיתר מיום 8.7.2019 מצורף ומסומן ע/27.

41. העותר הגיש בקשה לחידוש ההיתר שלו בעיריית קפין ביום 28.1.2020 ולא קיבל תשובה. לאחר מכן הקישור הפלסטיני הפסיק לקבל בקשות להיתרי כניסה למרחב התפר ולהעביר אותן למת"ק, כמחאה על "היתרי הכרטיסייה". מיום 6.3.2020 עד ליום 31.5.2020 המשיב מנע מאנשים להגיש בקשות במת"קים "עקב התפשטות נגיף הקורונה" (סעיף 7 לתגובת המשיב לבקשה להוצאות בעת"ס -11473-06-20), ולא איפשר להם להגיש בקשות באופן אחר. בשלב זה הקישורים הפלסטיניים הפסיקו לעסוק בהעברה של בקשות ושל היתרים בין התושבים המוגנים לבין המת"קים, בשל החצרות של מדינת ישראל על כוונותיה לספח את הגדה המערבית. בשיחת טלפון שהתקיימה ביום 4.6.2020 בין הח"מ לבין ראש תחום מעברים ותפר אצל המשיב נמסר לח"מ כי פלסטינים יכולים להגיש בקשות להיתרי כניסה למרחב התפר במת"קים ולקבל שם היתרים, ללא תיאום מראש.

42. על כן, העותר הגיע למת"ק ביום 16.6.2020 והגיש בקשה נוספת להיתר. אולם, החיילים החזירו לעותר את הבקשה ואמרו לו שיש בעניינו מניעת שב"כ. החיילים סירבו למסור לעותר החלטה בכתב ולא מסרו לו פרפראזה של עילת הסירוב. יש להניח שהבקשה של העותר כלל לא הועברה לבחינה של גורמי הביטחון, שכן היא הוחזרה לעותר מיד לאחר הגשתה, אלא היא נדחתה רק על בסיס הערה במערכת הממוחשבת. זאת בניגוד לנהלי המשיב, הקובעים כך:

הבקשה הוגשה עם כלל המסמכים הרלוונטיים ובמועד, והמבקש עומד בקריטריונים המנהליים לבקשה, אך נתקבלה מגורמי הביטחון עמדה שלילית בעניינו - בעל הסמכות ראשי לסרב את הבקשה על בסיס "סירוב ביטחוני". במקרה כזה יש למסור פרפראזה גלויה בדבר עילת הסירוב, ובכל מקרה אין לסרב בקשה העומדת בקריטריונים רק על סמך קיומה של מניעה ביטחונית במערכת הממוחשבת, בלא שבוצע תהליך אבחון פרטני (סעיף 2.ב.16. לפרק "הנחיות כלליות").

העמוד הרלוונטי בנהלי המשיב מצורף ומסומן ע/28.

43. המוקד להגנת הפרט הגיש ערר על החלטת הסירוב ביום 1.7.2020 ובו התבקשה בדחיפות הפרפראזה של עילת הסירוב.

העתק הערר מצורף ומסומן ע/29.

44. ביום 21.7.2020 התקבל מכתבו של קצין פניות הציבור במינהל האזרחי, בו נכתב כך:

לאחר בדיקה, עולה כי התושב לא הגיע לחלון קבלת הקהל על מנת להגיש מסמכים לקבלת היתר. בקשת התושב הועברה למפקד הנציגות, אשר ביקש למסור כי

התושב מוזמן להגיע לנציגות בכדי להבהיר איתו את הפרטים, וכן להגיש את הבקשה בצורה מסודרת בחלון קבלת הקהל.

העתק המכתב מיום 21.7.2020 מצורף ומסומן ע/30.

45. הודעה זו אינה ברורה כלל. ראשית, ההודעה כוללת שתי טענות עובדתיות סותרות – הטענה שהעותר לא הגיש בקשה להיתר, והטענה שבקשתו של העותר הועברה למפקד המת"ק. העותר נדרש במסגרת ההודעה הזאת להגיע למת"ק כדי לעשות שני דברים סותרים – להבהיר למפקד המת"ק פרטים לגבי הבקשה שהועברה לידיו, ולהגיש את הבקשה. **על המשיב, לכל הפחות, לבחור בין הטענה שהעותר לא הגיש בקשה לבין הטענה שמשוהו בבקשה שלו טעון הבהרה.**

46. שנית, הדרישה מהעותר "להבהיר את הפרטים" אינה תשובה ראויה לערר, וקשה לתאר תשובה פחות ברורה לבקשה. הכלל של מסירת החלטות בכתב נועד כדי שתימסר אינפורמציה למבקש לגבי ההחלטה שהתקבלה בעניינו ולגבי הסיבה להחלטה. אין תועלת במתן תשובה בכתב, אם תוכן התשובה הוא שיש להגיע למקום כלשהו ו"להבהיר את הפרטים".

47. שלישית, הדרישה מהעותר להגיע למת"ק, להיפגש עם מפקד המת"ק ו"להבהיר איתו את הפרטים" אינה תואמת כלל את נהלי המשיב.

48. המוקד להגנת הפרט פנה לקצין פניות הציבור במינהל האזרחי ביום 2.8.2020 בתזכורת לגבי הערר שהוגש בשם העותר, וכתב כך:

הודעה זו אינה מובנת, והיא אף מקוממת. נסביר:

כאמור מר צבאח הגיש בקשה ביום 16.6.2020, אם אין כנגדו מניעה בטחונית, אנו מבקשים כי ינתן לו היתר כניסה למרחב התפר ללא דיחוי נוסף. אם בקשתו סורבה מטעמי ביטחון, אנו חוזרים על דרישתנו מיום 1.7.2020 כי תמסרו את הפרפראזה הגלויה ללא דיחוי על מנת שנגיש טיעונים בכתב במהירות.

במטרה לייתר פניה לערכאות, נודה לטיפולכם לאלתר ולקבלת מענה בכתב.

העתק התזכורת מיום 2.8.2020 מצורף ומסומן ע/31.

49. ביום 24.8.2020 התקבל מכתב נוסף מקצין פניות הציבור במינהל האזרחי, נושא תאריך 19.8.2020, בו נכתב כך:

לאחר בדיקה נוספת אל מול גורמי המת"ק הרלוונטיים, עולה כי אין בקשות פתוחות לתושב. על התושב לגשת למת"ק הרלוונטי ולהגיש בקשה להיתר".

העתק המכתב מיום 24.8.2020 מצורף ומסומן ע/32.

50. המוקד להגנת הפרט נתקל בתקופה האחרונה בתופעה נרחבת וחמורה של מסירת מידע שגוי על ידי המשיב בעניין בקשות להיתרי כניסה למרחב התפר, ובהעלאה סדרתית של הטענה שבקשה שהוגשה במת"ק אינה מצויה במת"ק ושעל המבקש להגיש בקשה חדשה. במקרים רבים המשיב מוסר גם תשובות שסותרות את הטענה שהבקשה לא הוגשה, אפילו באותו היום, בלי להסביר את הדבר.

51. המוקד להגנת הפרט הגיש עתירה ביום 11.8.2020 בעניין חמש בקשות להיתרי כניסה למרחב התפר שהוגשו במת"קים על ידי המבקשים עצמם, ושהמשיב טען שלא התקבלו במת"ק (עתי"ם - 23302-08-20 **יאסין נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**). שלושה מהעותרים באותו הליך קיבלו היתרי כניסה למרחב התפר בסמוך לאחר הגשת העתירה, זמן קצר לאחר שנטען שאין במת"ק בקשות להיתרים עבורם, באופן המוכיח את טענת העותרים.

העתק העתירה, ללא נספחיה, מצורף ומסומן ע/33;

העתק מהודעת העדכון בעניין מתן ההיתרים לשניים מהעותרים מצורף ומסומן ע/34.

52. אם כן, אין ממש בטענה שהבקשה של העותר לא הוגשה. כאמור, במכתב של קצין פניות הציבור במינהל האזרחי מיום 21.7.2020 נטען, בנוסף לכך שהבקשה לא הוגשה, שהבקשה הועברה למפקד הנציגות. לא ניתן להסתמך על טענות עובדתיות שמתחלפות ונסתרות, גם על ידי העותרים וגם על ידי המשיב עצמו.

53. מכאן העתירה.

הטיעון המשפטי

54. להלן יטענו העותרים כי ההימנעות של המשיב מלתת לעותר היתר כניסה למרחב התפר פוגעת בצורה קשה בזכויות היסוד של העותרים לקניין, לחופש העיסוק ולחופש תנועה. פגיעה זו אינה מנומקת ואין לה כל הצדקה.

הרקע הנורמטיבי

55. עניינה של העתירה בפעולות של המשיב בתוך השטח הכבוש. התחומים שבהם המשיב מוסמך 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 האוכלוסיה 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.).

56. 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 ונשקף 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 שוריק 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 שעידדו 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).

57. כאמור, בפסק דין משטר ההיתרים נקבע כי הפגיעה שבסגירה של מרחב התפר בפני פלסטינים היא מידתית, בין היתר, על בסיס טענת המשיב הוא יישם 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).

58. כן נקבע בפסק הדין כי הטיפול המהיר בבקשות להיתרי כניסה למרחב התפר הוא קריטי לשמירה על מרקם החיים באזור וכי המשיב חייב לקבוע לוח זמנים סביר לטיפול בבקשות, באופן שיאפשר גישה רציפה וסדירה למרחב התפר :

לא מצאנו במסגרת הליכי הטיפול השונים כי המינהל האזרחי נטל על עצמו מחויבות בנוגע למשך הזמן הנדרש לצורך טיפול בבקשות השונות המונחות לפתחו, חרף החשיבות הטמונה בטיפול מהיר ויעיל בבקשות אלו, שנועדו לאפשר **המשך מרקם חיים שוטף ודינמי ככל הניתן** עבור תושבי מרחב התפר ותושבים פלסטינים המתגוררים מחוצה לו ומבקשים להיכנס אליו... במצב דברים זה, אנו

סבורים כי על המשיבים לגבש מסגרת זמנים סבירה לטיפול בבקשות השונות, בהתאם למאפייניהם הייחודיים, כך שיתאפשר לתושבים להיערך בהתאם לצרכים השונים בהגשת בקשת מתאימות. **כן תאפשר מסגרת זמנים סבירה לשמור על רצף תקין ועקבי של חיי התושבים, כמתחייב** (סעיף 39, ההדגשה הראשונה במקור).

59. המשיב אמנם קבע לוחות זמנים לטיפול בבקשות להיתרי כניסה למרחב התפר, אך הוא אינו עומד בהם, ומרקם החיים של החקלאים ורציפות העבודה שלהם נפגעים כתוצאה מכך, על אף ההערות של בית המשפט בעניין.

הפגיעה בזכויות לקניין ולחופש העיסוק

60. 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 **דויקאט 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 **עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל משרד הבטחון**, סעיף 20 לפסק דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) ביניש (3.2.2005; להלן: **פרשת עיריית בית לחם**)).

61. כך נקבע בפסיקה לגבי משקלה של זכות הבעלות על מקרקעין:

על מעמדה של זכות הקניין במשפט הישראלי אין צורך להכביר מילים. זכות זו הוכרה כזכות יסוד בשיטתנו המשפטית עוד טרם חקיקת חוק ... והיא זכתה למעמד חוקתי-על-חוקי עם חקיקת חוק היסוד, הקובע בסעיף 3 כי "אין פוגעים בקנינו של אדם"...

ההגנה על זכות הקניין כמשמעותה בחוק היסוד, משתרעת גם על זכויות אובליגטוריות בעלות ערך רכושי (עניין **חוף עזה**, בעמ' 583; בג"ץ 2293/17 **גרסגהר נ' הכנסת**, [פורסם בנבו] פסקה 24 לחוות דעתי (23.4.2020) (להלן: **עניין הפיקדון**)), ובעשורים האחרונים ניכרת מגמה שעיקרה הגברת היקף ההגנה על הזכות לקניין פרטי, מקום שבו מדובר בנטילת מקרקעין (ע"א 8622/07 **רוטמן נ' מע"צ – החברה הלאומית לדרכים בישראל**, [פורסם בנבו] פסקה 63 (14.5.2012) ...; בג"ץ 2390/96 **קורסיק נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נה(2) 625, 638-639 (2001) ...). על הטעמים לכך עמד השופט י' טירקל בדנ"א 1333/02 **הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ**, פ"ד נח(6) 289 (2004) בציינו:

"כאשר מדובר בקניין שבמקרקעין בהקשר כזה מדובר בדרך-כלל במצבור עמלו של אדם במשך ימי חייו, בתקוותו ובמשענו לעת זקנה ובירושה שהוא מבקש להוריש לילדיו על-מנת שחיהם יהיו טובים ונוחים משלו. לפגיעה בקניין פרטי שכזה יש משקל גדול במיוחד לגבי האדם הנפגע" (שם, בעמ' 335).

אכן, מקרקעין של אדם הם פעמים רבות נכס רב משמעות עבורו ושליטתם עלולה לפגוע בו לא רק בשל הפגיעה הכלכלית הגלומה בכך אלא גם בשל הזיקה והקשר שהפרט מפתח כלפי מקרקעין שהם קניינו (בג"ץ 1308/17 **עיריית סלואד נ' הכנסת**, סעיפים 38-39 (פורסם בנבו, 9.6.2020)).

62. זכות הקניין מתבטאת באפשרות של בעל האדמה לעשות שימוש באדמה שלו, ולכן זכות הקניין נפגעת גם כאשר הבעלות שלו על האדמה אינה נשללת:

הטענה כי החוק מפקיע אך את זכויות השימוש והחזקה במקרקעין, אף היא אינה נושאת משקל משמעותי לעניין מידתיות החוק ב"מובן הצר". זאת, בהינתן העובדה שזכות בעלות במקרקעין פרטיים, ככל שהיא קיימת ואף אם היא נשמרת, אין לה משמעות מעשית או כלכלית רבה אם ניטלים ממנה זכויות השימוש והחזקה ולו לתקופה המוגדרת כ"זמנית" אך סופה אינו ידוע (שם, בסעיף 105).

63. בענייננו המשיב מונע מבעל האדמה, עותר 1, את האפשרות שאדמתו תעובד על ידי בנו, העותר, ואת האפשרות שהבן יפתח וישמר זיקה לאדמה העוברת במשפחה מדור לדור, כפי שהיה מקובל לאורך כל השנים וכפי שמקובל גם היום, ביחס לאדמות שלא נחסמו על ידי מדינת ישראל. לאף אחד מבני המשפחה אין היתר כניסה לאדמה, כך שאין אפשרות לעבד את החלקה והזיקה של המשפחה אליה הולכת ואובדת. זוהי פגיעה קשה ביותר בזכות הקניין של העותרים.

64. 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) 298-305, 304 (1993)).

65. ההימנעות של המשיב מלאשר את הבקשה של העותר להיתר כניסה למרחב התפר מונעת ממנו לעבד את האדמה של אביו, עותר 1, ופוגעת בפרנסת המשפחה ובזכותם של העותרים לחופש העיסוק.

66. על אף החומרה של הפגיעה בזכויות היסוד של העותרים, שהם תושבים מוגנים שהמשיב מחויב על פי הדין בהגנה על זכויותיהם, ההחלטות של המשיב לא נומקו, הערר של העותרים כלל לא נדון וההלך כולו התנהל בניגוד גמור לנהלים של המשיב.

67. ראשית, המשיב היה צריך לתת לעותר אישור על הגשת הבקשה במת"ק, בהתאם לסעיף 12 לפרק "הנחיות כלליות" בנהלי המשיב.

העמוד הרלוונטי בנהלי המשיב מצורף ומסומן ע/35.

68. לאחר מכן היה על המשיב לבדוק את הבקשה ואז להעביר אותה לאבחון פרטני של השב"כ, ורק אחר כך לקבל החלטה בבקשה. הנהלים של המשיב אוסרים בפירוש על דחיית בקשה להיתר כניסה למרחב התפר על בסיס "מניעה ביטחונית במערכת הממוחשבת" בלבד, ללא הליך אבחון פרטני.

69. אפילו אם המשיב היה מוצא, לאחר אותו ההליך, כי יש מידע ביטחוני שמצדיק את הדחייה של הבקשה של העותר, הוא לא היה רשאי להחזיר לעותר את הבקשה שלו ולמסור לו סירוב בעל פה, אלא היה עליו למסור לו החלטת סירוב בכתב, הכוללת נימוק לסירוב ופרפראזה גלויה.

70. המוקד להגנת הפרט הגיש ערר על החלטת הסירוב שנמסרה לעותר בעל פה, ובו הוא ביקש לקבל את הפרפראזה של עילת הסירוב. היה על יושב ראש ועדת הערר להחליט בתוך שבועיים אם יש צורך בהזמנת העותר לדיון בוועדת הערר או לא, ולמסור לעותרים החלטה בעניין (סעיפים 5.5-5.6). לפרק "וועדת הערר".

71. אם סיבת הסירוב היא ביטחונית, היה על המשיב, גם בשלב הזה, להעביר למוקד להגנת הפרט פרפראזה גלויה של החומר הביטחוני שביסוד הסירוב ולבקש את התייחסותו של העותר לאמור בה; להעביר לגורמי הביטחון את התייחסות של העותרים לפרפראזה; לקבל מגורמי הביטחון את עמדתם העדכנית לגבי הבקשה; ולדון בערר (לא ברור מהנהלים אם המשיב בכלל דורש מהוועדה לקרוא את התייחסות של העורר לפרפראזה בעניינו!).

הפרק "וועדת הערר" בנהלי המשיב מצורף ומסומן ע/36.

72. כל זה לא נעשה, וכעת המשיב דורש מהעותר להגיש בקשה חדשה, על בסיס הכחשה לאקונית של ההליך כולו, על אף שהעותר היה שם כאשר הבקשה שלו התקבלה במת"ק וכאשר היא נדחתה על ידי החיילים. אפילו אם העותרים ימחלו על הזמן שהם כבר איבדו ויסיימו להתחיל את ההליך המינהלי מההתחלה – ואין כל מקום לדרישה מהם לוותר על זכויותיהם ועל זמנם באופן הזה – אין כל ערובה לכך שהתוצאה תהיה שונה בפעם הבאה. קשה לתאר סיטואציה שבה הוודאות של העותרים לגבי קבלת הבקשה במת"ק וקבלת ההחלטה בבקשה גבוהה יותר מאשר המצב שבו הם הגישו את הבקשה במת"ק בעצמם והחלטת הסירוב נמסרה להם באופן ישיר על ידי החיילים. אם במצב הקיצוני הזה המשיב מכחיש גם את הגשת הבקשה וגם את ההכרעה בה, קשה להניח שהגשת בקשה נוספת תפתור את הבעיה. המשיב מעלה באופן סיטונאי, בתיקים רבים ובלי בדיקה יסודית, את הטענה שהבקשה לא התקבלה במת"ק, ובמקרים רבים מונפקים היתרים על יסוד הבקשות המוכחות בסמוך לאחר מכן, כאמור בסעיפים 50-51.

73. בבג"ץ 3764/16 עלי נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (החלטה מיום 20.4.2017) נקבע כך :

האידיאולוגיה צריכה להיות פשוטה: מבלי לפגוע כהוא זה בביטחון ובשיקולי ביטחון, כמובן, יש צורך במאמץ להקל ככל הניתן על האוכלוסיה הפלסטינית הנזקקת להיתרים במישור המינהלי, כדי לפשט את החיים במציאות המדינית, המשפטית והיומיומית המורכבת. בכך גם יכולות לכאורה הרשויות להקל על עצמן ולחסוך בירוקרטיה. מכל מקום, ראוי להגיע למסגרת פשוטה ככל הניתן ומובנת ככל הניתן, כדי להסיר מעקשים לא נחוצים בחיי האוכלוסיה. העתירות הרבות המוגשות ונמחקות בטרם דיון כיון שנפתרה הבעיה הקונקרטית, והמוכחות על-ידי כך כמיותרות מעיקרן אילו טופל הנושא, מעידות כמאה עדים על הצורך בשיפור. אין לי ספק ברצון הטוב של גורמים שונים, בודאי מחלקת הבג"צים וראש המינהל האזרחי, כעולה מהודעות העדכון, אך יש צורך להגיע למצב מערכתי מסודר ובהיר, והדבר אינו בשמים כמובן.

74. בדיון שהתקיים בבג"ץ 3592/13, בג"ץ 3594/13 ובג"ץ 3595/13 ביום 6.6.2013 אמר כבוד השופט ג'ובראן כך :

מדוע הפרוצדורה הזאת צריכה להתנהל בצורה כזאת? אנשים יש להם אדמות שצריך לעבד אותן והן נמצאות מאחורי הגדר, הם מגישים בקשה להיכנס ולעבד... בסופו של דבר הבקשות מתקבלות, אז מדוע לטרטר את האנשים האלה, שיגישו בג"ץ ויום לפני הדיון אומרים החלטנו לתת את ההיתר. המדיניות צריכה להיות כך, אם יש מניעה ביטחונית אז הנושא צריך להיבדק. מדוע לגרום את הטרטור הזה לאנשים שסך הכל מבקשים לעבד את אדמותיהם?

וכך :

אנחנו לא מתערבים בעובדה שצריך לבדוק. אני רוצה להציע שהמדיניות תהיה אוהדת. רוב רובם של האנשים האלה יש להם חלקות ויכול להיות שזה מקור הפרנסה היחידי שלו. יש אינטרס למדינה שהאיש יתפרנס. הוא מעבד וחוזר. המדיניות צריכה להיות סלחנית עד גבול מסוים. הכלל זה לתת והחריגים לא לתת. יש פה הרבה דחיות.

וכבוד השופט הנדל הוסיף :

נניח שאתם יודעים כמו בכל דבר, שיש בקשות שיותר קשה וכו', אז תקשורת מאוד מאוד חשובה פה. אם אתם יודעים שאתם מתכוונים לתת את ההיתר אז תזרוזו את ההליך. כאשר יש תקשורת זה יותר טוב.

ב"כ המשיבים אמר :

דיברתי עם הקצינים לפני הדיון והמגמה הברורה כאן זה ללכת לקראת המעבדים.

כבוד השופט ג'ובראן השיב :

רצינו שהדבר ייעשה ברוח טובה ובצורה הפשוטה ביותר. בלי הליכי בג"ץ.

וכבוד השופט הנדל הוסיף:

יש מבחן התוצאה שאנחנו רואים בדרך הזאת, יש גם את מבחן הדרך.

וכבוד השופט ג'ובראן אמר:

אנחנו מדברים באנשים, אנשים רגישים, יש להם זכויות ורגשות, צריך לכבד אותם ולעשות את האיזונים. ביקשנו מהמדינה לעשות את האיזונים בצורה כזאת שהיא צריכה להקל כמה שיותר.

העתק הפרוטוקול של הדיון מיום 6.6.2013 מצורף ומסומן ע/37.

75. אולם, המשיב עושה בדיוק את ההפך. הליך הטיפול בבקשות הקבוע בנהלי המשיב ארוך ורב שלבי, אך גם בו המשיב אינו עומד כמעט אף פעם, והיתרים כמעט ואינם ניתנים ללא מאבק ממושך. כאמור לעיל, שיעור הסירובים לבקשות להיתרי חקלאי המשיך לעלות והשנה הוא גבוה מ-84%. הצורה של הטיפול בבקשות והתוכן של ההחלטות שמתקבלות בהן הם שני רכיבים משלימים של מדיניות אחת קוהרנטית, שכל חלקיה נועדו לתכלית אחת – הגבלה מקסימאלית של הגישה של פלסטינים בעלי זיקה למרחב התפר לאדמותיהם. זאת לאחר שהוצג לבית המשפט העליון מצג הפוך בדיוק במסגרת בג"ץ משטר ההיתרים, ועליו בית המשפט התבסס בפסק דינו שאיפשר את הדבר. הדרישה מהחקלאים לחזור ולהגיש בקשות חדשות, לאחר שהגיעו למת"קים והגישו שם את בקשותיהם ולאחר מכן הגישו עררים, היא חלק מהמנגנון המשוכלל שמביא, במגוון רחב של דרכים, לנישול החקלאים הפלסטינים מהאדמות שלהם, והיא פוגעת בצורה קשה בחקלאות המקומית וברציפות הגישה של החקלאים לאדמות של משפחותיהם, שעליהם לעבד. המקרה של העותר מדגים בצורה קיצונית כמה קשה להמשיך לעסוק בחקלאות באדמות שבמרחב התפר לאחר החלת משטר ההיתרים וכמה מאבקים נדרשים לשם כך.

הפגיעה בזכות לחופש תנועה

76. הזכות לחופש תנועה 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 פסקה 15 לפסק הדין והאסמכתאות הנזכרות שם). חופש התנועה מוכר גם כזכות יסוד במשפט הבינלאומי וזכות זו מעוגנת בשורה של אמנות בינלאומיות.

77. 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 הגישה לאדמות שבבעלות הפרטית:

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.

78. כך גם לגבי הגישה של העותר לאדמה של אביו, לצורך עיבוד האדמה של האב, עותר 1, ושימור הזיקה של המשפחה לאדמתה, העוברת בירושה מדור לדור. ההימנעות הבלתי מוסברת של המשיב מלאשר את הבקשה של העותר ולאפשר לו לגשת לאדמת אביו, בגדה המערבית, פוגעת בצורה קשה בזכותו לחופש תנועה בארצו, ללא נימוק של ממש.

79. העותר ביקש לקבל היתר כניסה למרחב התפר כדי שיוכל לעבד את האדמה של אביו, עותר 1, בהתאם למסורת הפלסטינית, וכדי שתשמר הזיקה של המשפחה לאדמתה, העוברת בירושה מדור לדור, כרצונו של אביו. המשיב לא אישר את הבקשה וגם לא הבהיר מדוע לא ניתן לאשר אותה, ואף לא הבהיר אם הוא בכלל סבור שלא ניתן לאשר את הבקשה. ההחלטות של המשיב התקבלו תוך חריגה דרמטית מנהלי המשיב ומעקרונות היסוד של המשפט המינהלי, והן עמומות וסתומות עד כדי כך שקשה בכלל להשיב להן.
80. בהיעדר היתר כניסה למרחב התפר, זכויות היסוד של העותרים לקניין, לחופש העיסוק ולחופש תנועה נפגעות בצורה קשה. אין כל הצדקה לפגיעה זו ואף לא הובא לה כל הסבר ברור.
81. נוכח כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את העתירה, ולהורות למשיב לתת לעותר 2 היתר כניסה למרחב התפר בתוקף המלא, לצורך גישתו הסדירה לאדמת אביו, עותר 1; ולתת אישור על הגשת הבקשה למי שהגיש בקשה להיתר כניסה למרחב התפר במת"ק, בהתאם לסעיף 12 לפרק "הנחיות כלליות" בנהלי המשיב.
82. כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיב בהוצאות העותרים ובשכר טרחת עורכי דין.
83. עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד בגדה המערבית ונשלחו למוקד להגנת הפרט בפקס, לאחר תיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת ייפויי הכוח שאף הם ניתנו בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים במפגש בין העותרים לבין באי כוחם.

6 בספטמבר 2020.

תהילה מאיר, עו"ד
ב"כ העותרים

[ת.ש. 72077]