

סאלח XXXXXX XXXXX בעיראת, ת.ז.
XXXXXXXXXX

העותר

באמצעות עו"ד שלומי זכריה ו/או עו"ד ליאור צור
ו/או עו"ד פאדיה קוואסמי כולם מטעם "יש דין –
ארגון מתנדבים לזכויות אדם" (ע"ר) מכתובת רח' דוד
חכמי 12, תל-אביב-יפו, טל : 03-5275273, פקס : 03-
5275274

-- נ ג ד --

1. **מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלוף יהודה
פוקס**

2. **ראש המנהל האזרחי בגדה המערבית, תת אלוף
פארס עטילה**

המשיבים

המשיבים באמצעות ב"כ מפרקליטות המדינה, משרד
המשפטים, רח' צלאח א-דין 29, ירושלים, פקס' : 02-
6467011

עתירה למתן צו על תנאי

זוהי עתירה למתן צו על תנאי במסגרתה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם,
באם יחפצו, ולהורות לנמק בתצהיר תשובה, כדלקמן :

מדוע לא תופסק ותפונה הפלישה לאדמותיו הפרטיות של העותר בחלקה מוסדרת מס' X בגוש XX
באדמות כפר מאלכ בגדה המערבית (להלן : "החלקה"), בהתאם לסמכותם מכוח צו בדבר מקרקעין
(שימוש מפריע במקרקעין פרטיים) (יהודה והשומרון) (מס' 1586), תשס"ח-2007 (להלן : "צו בדבר שימוש
מפריע" או "הצו"), בפרט על ידי מימוש והשלמת ההליך מכוח הצו בהתאם לדרישה לפי סעיף 2(א) לצו
שהוציא המשיב 2 ביחס לפלישה זו ביום 2.5.2021, או בכל אמצעי אחר שיימצאו לנכון לצורך הבטחת
זכויות הקניין של העותר.

א. פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו בהימנעותם של המשיבים מהפעלת סמכותם מכוח הצו בדבר מקרקעין (שימוש מפריע במקרקעין פרטיים) (יהודה והשומרון) (מס' 1586), תשס"ח-2007 (להלן: "**צו בדבר שימוש מפריע**" או "**הצו**") **להפסקתה וסילוקה של פלישה בלתי חוקית שבוצעה לאדמת העותר- חלקה פרטית, מוסדרת ורשומה, שמתקיימת באדמותיו מזה מעל לארבע שנים**. זאת, בהמשך להוצאת דרישה על ידם מכוח סעיף 2(א) לצו ביחס לפלישה לפני **כשנתיים** - אשר לא מומשה ולא נעשה בהמשך לה דבר, על אף פניות חוזרות ונשנות מטעם העותר, שזכו להתעלמות גורפת ומכוונת מצד המשיבים, כמפורט להלן.
2. לאחר שאפשרות גישתו של העותר לחלקתו הוגבלה במשך השנים לנוכח אלימות קשה מצד ישראלים באזור החלקה וכן לנוכח גידור ההתנחלות הקרובה "כוכב השחר", החל משנת 2019 השתלטו פולשים ישראלים על אדמת העותר הפרטית באמצעות פלישה של נטיעות בלתי חוקיות בחלקה (לצד בינוי בלתי חוקי), וגזלו את אדמתו באופן מוחלט.
3. הצו בדבר שימוש מפריע הוא כלי ייעודי שניתן בידי המשיבים לשם התמודדות עם התופעה העגומה של פלישות חקלאיות לאדמות פלסטיניות על ידי ישראלים, לאור מסקנות בדבר מוגבלותם של הכלים החקיקתיים שהיו קיימים לפני הוצאתו, ובהתאם **לחובות** המשיבים להגן על קניינם הפרטי של התושבים הפלסטינים המוגנים ולשמור על הסדר והביטחון באזור.
4. ואמנם, לאחר תכתובת שהחלה בפניית העותר למשיבים בחודש יולי 2019 ובחלוף פרק זמן רב- מצאו המשיבים לנכון להפעיל את ההליך הקבוע בצו ביחס לפלישה בחלקת העותר, והוציאו דרישה לפי סעיף 2(א) לצו בחודש מאי 2021. אולם, מאז חלפו **מעל לשנתיים נוספות** – ודבר לא נעשה בפועל לסילוק הפלישה.
5. יתרה מכך, המשיבים גם בחרו שלא להשיב כלל לפניותיו החוזרות ונשנות של העותר, שביקש לדעת האם בכוונתם להשלים את ההליך בהתאם לדרישה שהוציאו ולפעול לפינוי הפלישה כך שאדמתו תושב אליו, אך נותר חסר אוניים וחסר כל מידע בדבר גורלו וגורל קניינו- אשר מופקדים אך ורק בידיהם של המשיבים.
6. כך, הפלישה קיימת בחלקת העותר מזה כארבע שנים, ומהווה עדות לרמיסת שלטון החוק וזכויות העותר- תושב מוגן, תוך שהמשיבים נמנעים מהפעלת סמכויותיהם לפינויה. בהתנהלותם המשיבים מתנערים לחלוטין ממילוי חובותיהם על פי הדין הבינלאומי ההומניטרי והדין המקומי באזור, לרבות פסיקות בית המשפט העליון בעניינם, וכן על פי המשפט המנהלי הישראלי. לעותר לא נותר אלא לפנות לבית המשפט הנכבד בבקשה להתערבותו ולמתן סעד.

ב. הרקע העובדתי

I – הצגת הצדדים

7. העותר, סאלח XXXXXX XXXXX בעיראת, תושב כפר מאלכ שבגדה המערבית, מחזיק בזכויות קנייניות בחלקה X בגוש XX באדמות כפר מאלכ שבגדה המערבית (להלן: "**החלקה**"). המדובר במקרקעין רשומים ומוסדרים כפי שאלה רשומים במרשם המקרקעין הקיים באזור.

העתק מפנקס רישום המקרקעין ביחס לחלקה על שם סבו של העותר, על תרגומו לעברית, מצ"ב ומסומן כנספח 1.

העתק מצו ירושה על שם סבו של העותר, על תרגומו לעברית, מצ"ב ומסומן כנספח 2.

העתק תצהיר בעניין שם המשפחה, על תרגומו לעברית, מצ"ב ומסומן כנספח 3.

צילומי אוויר של חלקת העותר (עם מספר נקודות ציון) וסביבתה מצ"ב ומסומנים כנספח 4.

8. המשיב מס' 1 הוא מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אזור המצוי תחת דיני התפיסה הלוחמתית משנת 1967. בהתאם להוראות הדין הבינלאומי, בידי המשיב מצויות כל סמכויות הניהול והחקיקה, כמי שמייצג את חליף הריבון בשטח, וזאת באופן זמני. בפרט, אמון המשיב 1 על שמירה על הסדר הציבורי והגנה על קניין התושבים באזור הנתון לתפיסה לוחמתית.

9. המשיב מס' 2 הוא ראש המינהל האזרחי, אשר אחראי על ניהול ההיבטים האזרחיים של השלטון הישראלי בשטח C שבגדה המערבית. בין היתר אמון המשיב מס' 2 על הפעלת הסמכויות מכוח הצו בדבר שימוש מפריע, לרבות הוצאת דרישות/צווי פינוי מכוח הצו ומימושם.

10. יצוין, כי לא ידועה לעותר זהות הפולשים שפלשו לאדמתו ומטעם זה אלה אינם מצורפים לעת הזו כמשיבים לעתירה. זאת, בין היתר לאור סיכון החיים, פשוטו כמשמעו, של התקרבות לאזור בו קיימת הפלישה, אזור אשר נודע באלימות הקשה המופעלת מצד תושבים ישראלים כלפי פלסטינים, וכלפי גורמים אחרים. מובן, כי ככל שייודעו לעותר פרטים אודות הפולשים, יפעל זה לצרפם כמשיבים ללא דיחוי.

II – רקע על חלקת העותר והפלישה לאדמותיו

11. העותר נהג לעבד את החלקה במשך שנים רבות. בחלקה גידלו העותר ובני משפחתו גידולים עונתיים כגון חיטה, שעורה ועדשים- אשר דורשים טיפול בתדירות גבוהה, ואכן העותר או מי מבני המשפחה היה מגיע לחלקה ומטפל בגידולים כמעט כל חודש ובתקופות מסוימות כמעט כל יום. העותר ומשפחתו התפרנסו מהגידולים החקלאיים שבחלקה (לצד אדמות נוספות שבבעלותם).

12. לאחר הקמת ההתנחלות "כוכב השחר" בקרבת החלקה, החלו העותר ובעלי אדמות נוספים באזור לסבול מאלימות מצד ישראלים ומגירוש מאדמותיהם. על אף זאת, העותר לא אמר נואש והמשיך להגיע ולעבד את חלקתו בקביעות. בהמשך, במחצית הראשונה של שנות ה-2000, הוקם שער אשר מוביל להתנחלות "כוכב השחר", באופן שחוסם את הדרך שהייתה משמשת את העותר כדרך הגישה לחלקה לצורך עבודה באמצעות רכבי עבודה. מעבר העותר בשער נחסם על ידי השומר, כך שהגישה לחלקה והיכולת לעבדה צומצמו עוד יותר. הגידולים בחלקה, שדורשים טיפול קבוע, נפגעו מכך.

13. אולם גם לאחר כל התגברות מכשולים אלה, העותר המשיך להגיע לחלקה בתדירות משתנה מדרכי גישה אחרות, אך באופן רגלי בלבד, שכן דרכים אלה לא מותאמות לנסיעה ברכבי עבודה.

14. יצוין כי החל מהעשור השני של שנות ה-2000 האלימות כלפי תושבים פלסטינים באזור החלקה גברה, בין היתר כתוצאה מהקמת ריכוזי המאחזים המכונים "הבלאדים" באזור זה, אשר היו ידועים לשמצה באלימות הרבה שיצאה מהם (בעיקר כלפי התושבים הפלסטינים, לצד אלימות שהופנתה כלפי כוחות הביטחון). בהיעדר אכיפה מספקת ביחס למאחזים אלה ולאלימות שהפעילו יושביהם, הדבר הקשה עוד יותר על הגעת העותר לחלקתו, שהפכה כרוכה בסיכון של ממש לחיים ולשלמות הגוף.

15. בשנים האחרונות החלה הגבלת גישתו של העותר לחלקתו להיות מנוצלת על ידי גורמים ישראלים פולשים ומפרי חוק לפגיעה בקניינו של העותר ולהשתלטות על החלקה.

16. כך, בחודש יוני 2019 צפה העותר ממרחק על חלקתו וראה כי פולשים נטעו עצים בחלקה. לצד זאת הבחין גם במספר מבנים בלתי חוקיים שהוצבו בה.

תמונות הפלישה של הנטיעות כפי שתועדה בשנת 2019 מצ"ב ומסומנות כנספח 5.

17. אחיו של העותר, מר ג'ימעה בעיראת, פנה למשטרה והגיש תלונה בגין אירועים אלה. בהמשך, ובהתאם לסמכויותיהם, פנה העותר גם למשיבים, כפי שיפורט להלן.

העתק אישור הגשת תלונה על שם אחיו של העותר, מר ג'ימעה בעיראת, מיום 3.7.2019 מצ"ב ומסומן כנספח 6.

18. בצילומי האוויר של החלקה מהשנים האחרונות ניתן לראות בבירור את הפלישה בחלקת העותר (ממוקמת באזור הימני בחלקה), וכן את ההבדל במצב הקרקע לפני ולאחריה. בצילומי האוויר ניתן לראות גם את התפתחות הבנייה הבלתי חוקית בחלקה, שכיום כוללת שני מבנים בלתי חוקיים ודרך שנסללה וחוצה את החלקה.

צילומי אוויר של חלקת העותר מהשנים 2017 עד 2022 מצ"ב ומסומנים כנספח 7.

19. את כל האמור ניתן לראות גם בתמונות עדכניות מחודש מאי 2023 המתעדות את הפלישה ואת הנעשה בחלקה כיום מרחוק.

תמונות החלקה והפלישה מחודש מאי 2023 מצ"ב ומסומנות כנספח 8.

20. כך, בזמן שהעותר מורחק מאדמתו שלו, שאותה הוא ומשפחתו טיפחו במשך שנים, פולשים עבריינים עושים בה כרצונם, נהנים מפירות הגזל שלהם, מבלי שהמשיבים אשר אמונים על הגנה עליו ועל קניינו עושים את הנדרש ומתחייב ומסלקים אותם ואת הפלישה. העותר נותר חסר אונים במציאות זו, כאשר כל פניותיו לרשויות ובפרט למשיבים העלו חרס- כפי שיפורט להלן במסגרת תיאור מיצוי ההליכים. התנהלותם הפסולה של המשיבים בעניינו של העותר, אשר חוטאים לחובותיהם הבסיסיות, היא המצויה במוקד עתירה זו.

21. אין לכחד- השתלטות ופלישה כגון זו הנדונה בעתירה דנו, על קרקעות פרטיות של תושבים פלסטינים, היא תופעה רווחת בגדה המערבית מזה שנים. תופעה זו החלה עוד לפני חקיקת הצו בדבר שימוש מפריע, שיידון בהמשך, ולצערנו ממשיכה גם בימים אלה, בין היתר גם לאור התנהלות המשיבים ביחס להפעלתו ויישומו. יצוין, כי מקרים של פלישות שכאלה נדונו גם בבית משפט זה (כגון: עניין בג"ץ 5439/09 עבדאלקאדר נ' וועדת העררים (פורסם בנבו, 2012), ועניין בג"ץ 6174/15 פאוזי אבראהים עבד חג' מחמד נ' ראש המנהל האזרחי (פורסם בנבו, 11.5.2021, שיוזכרו להלן).

III – מיצוי הליכים

22. כאמור, לאחר שראה העותר את הנטיעות הבלתי חוקיות בחלקה הוא פנה למשטרת ישראל והגיש תלונה ביום 3.7.2019, אולם לא ידוע לו על צעדים שננקטו מצד המשטרה כנגד הפולשים, והפלישה הבלתי חוקית ממשיכה ומתקיימת עד היום.

23. לצד זאת, לנוכח הפלישה לאדמתו, פנה העותר באמצעות משרד הח"מ אל המשיב 2, ראש המנהל האזרחי, ואל יועמ"ש איו"ש ביום 25.7.2019 (להלן: "הפנייה הראשונה"). בפנייה זו התבקשו המשיב ויועצו המשפטי לעשות שימוש בכל הכלים העומדים לרשותם כדי להבטיח את הסרת הפלישה לאדמות העותר, ובפרט התבקשו להשתמש בסמכותם מכוח הצו בדבר שימוש מפריע לצורך כך.

העתק הפנייה הראשונה של משרד הח"מ מיום 25.7.2019 מצ"ב ומסומן כנספח 9.

24. ביום 29.7.2019 התקבל מענה מרמ"ד מקרקעין בלשכת יועמ"ש איו"ש (להלן: "רמ"ד מקרקעין"), שביקש הבהרות אודות הפער בין שם העותר לבין השם הרשום של בעל החלקה בנסח רישום המקרקעין.

העתק מענה רמ"ד מקרקעין ביועמ"ש איו"ש מיום 29.7.2019 מצ"ב ומסומן כנספח 10.

25. לאחר שהושגו כלל המסמכים הרלוונטיים להוכחת בעלותו של העותר בחלקה, פנה העותר ביום 28.10.2019 לרמ"ד מקרקעין וצירף לצד נסח המקרקעין גם צו ירושה וכן תצהיר לעניין שם המשפחה, אשר מעידים על זכויותיו הקנייניות בחלקה. המדובר במסמכים המצורפים לכתב עתירה זה בנספחים 1-3, שמבהירים כי האדם שעל שמו רשומה החלקה בנסח המקרקעין הוא סבו של העותר, והעותר הוא יורשו (לאחר שירש את החלקה מאביו שנפטר). בהתאם, התבקש חידוש הטיפול בפלישה החקלאית כפי שהתבקש במסגרת הפנייה הראשונה.

העתק פניית משרד הח"מ מיום 28.10.2019 מצ"ב ומסומן כנספח 11.

26. ביום 30.10.2019 נתבקשו הסברים וביאורים נוספים מאת רמ"ד מקרקעין בנוגע לנתונים שנמסרו. כן התבקש פירוט בדבר גישת העותר למקרקעין לפני הפלישה ולאחריה.

העתק מענה רמ"ד מקרקעין מיום 30.10.2019 מצ"ב ומסומן כנספח 12.

27. ביום 10.11.2019 נשלחה תשובה לרמ"ד מקרקעין, ובה נמסרו ההסברים והפרטים שהתבקשו.

העתק תשובת משרד הח"מ לרמ"ד מקרקעין מיום 10.11.2019 מצ"ב ומסומן כנספח 13.

28. ביום 13.11.2019 השיב רמ"ד מקרקעין כי "אכן ניתן לקבוע כי למרשכם ישנן זכויות לכאורה בחלקה" וכי טענות העותר באשר לפלישה חקלאית לחלקה ייבחנו.

העתק מענה רמ"ד מקרקעין מיום 13.11.2019 מצ"ב ומסומן כנספח 14.

29. בחלוף שלושה חודשים ללא עדכון מאז מענה רמ"ד מקרקעין, ביום 19.2.2020 בוצעה פניה נוספת מטעם העותר, במסגרתה התבקש מענה בדבר הוצאת דרישת פינוי מכוח הצו בדבר שימוש מפריע ביחס לפלישה ונקיטת פעולות להסרתה.

העתק פניית התזכורת של משרד הח"מ מיום 19.2.2020 מצ"ב ומסומן כנספח 15.

30. בחלוף חודשיים נוספים ללא כל מענה, פנה שוב משרד הח"מ ביום 26.4.2020, בבקשה לברר היכן עומד הטיפול בפנייה בעניין הפלישה לחלקת העותר ובדרישה להוציא צו פינוי מכוח הצו בדבר שימוש מפריע. כפי שהודגש בפנייה, בזמן שחולף, הפולשים חומקים מאחריות והזכויות הקנייניות של העותר נפגעות.

העתק פניית התזכורת השנייה של משרד הח"מ מיום 26.4.2020 מצ"ב ומסומן כנספח 16.

31. ביום 6.5.2021, בחלוף כשנה וחצי מהמענה האחרון מטעם רמ"ד מקרקעין ביועמ"ש איו"ש, עדכן זה כי בהמשך לפניות מטעם העותר, המשיב 2 חתם על דרישה לפי סעיף 2(א) לצו בדבר שימוש מפריע בחלקת העותר, והדרישה פורסמה בשטח ביום 2.5.2021. למענה זה צורפה הדרישה שעליה חתם המשיב 2, אשר

פירטה כי היא נוגעת לשימוש בחלקה של "נטיעת עצים ושתילים", וכללה את סימון חלקת העותר על גבי תצלום אוויר, שבו גם נראית בבירור הפלישה (להלן: "הדרישה").

32. לפי נוסח הדרישה שצורפה, בהתאם לצו בדבר שימוש מפריע נדרש העושה את השימוש האמור במקרקעין להגיש למשיב 2, בתוך 15 ימים ממסירת הדרישה, תצהיר, הנתמך במסמכים, המפרט מדוע אין לראות בשימוש זה משום שימוש מפריע, כהגדרתו בצו. ככל שלא יוגש תצהיר כאמור, המשיב 2 יהיה רשאי להפסיק ולסלק כל שימוש מפריע במקרקעין.

העתק מענה רמ"ד מקרקעין (הכולל את הדרישה שצורפה לו) מיום 6.5.2021 מצ"ב ומסומן כנספח 17.

33. ביום 15.6.2021, פנה העותר פעם נוספת, בהמשך למענה האמור מרמ"ד מקרקעין. זאת, משחלפו 15 הימים שהוקצבו להגשת תצהיר מטעם הפולש, ועוד כארבעה שבועות נוספים, ואילו העותר לא קיבל כל עדכון האם הוגש תצהיר ואילו החלטות התקבלו בהתאם לכך בעניין הפלישה לחלקתו, אם בכלל. בפנייה התבקש עדכון בעניינים אלה.

העתק פניית משרד הח"מ מיום 15.6.2021 מצ"ב ומסומן כנספח 18.

34. מאז, שב ופנה העותר אל הרשויות באזור בדרישה לקבל מענה מתי בכוונת אלה לאכוף את הדין ולממש את צו הפינוי שהוצא על ידן עוד בחודש מאי 2021, לפני כשנתיים. מצ"ב פניות העותר מיום 19.8.2021, מיום 15.12.2021, מיום 28.7.2022 ומיום 20.11.2022, מסומנות כנספחים 19-22 בהתאמה.

35. עד לעת כתיבת שורות אלה לא התקבל כל מענה לפנייה האמורה מטעם העותר, ולמעשה לא התקבל כל עדכון מטעם המשיבים מאז מכתבם בדבר הוצאת הדרישה מיום 6.5.2021. הפלישה כאמור עודנה בחלקת העותר ולא ננקט כל צעד להסרתה.

36. במסגרת פניות התזכורת ובפרט האחרונות שבהן הודגש פרק הזמן הארוך שחלף מפרסום הדרישה על ידי המשיב 2, ללא שהעותר קיבל מענה או שהפלישה פונתה מחלקתו, וצוין גם כי אי מענה מוחלט במשך זמן כה רב כשלעצמו אינו עומד בדרישות הדין.

37. כך, החל מאמצע שנת 2019, מזה כארבע שנים, מודעים המשיבים לפלישה הבלתי חוקית והפוגענית לקניינו של העותר- חלקתו הפרטית המוסדרת, אולם בפועל לא ננקטה כל אכיפה כנגדה והיא לא פונתה. גם הדרישה שהוצאה על ידי המשיבים כשנתיים לאחר מכן, במאי 2021, לא הובילה עד כה לכל צעד אכיפתי בפועל- וזאת בחלוף שנתיים נוספות.

38. לצד חוסר המעש והיעדר האכיפה, העותר גם "זוכה" להתעלמות מוחלטת מצד המשיבים, שהפסיקו להשיב לפנייתו. הוא לא יודע אף אם הוגש תצהיר כלשהו על ידי הפולשים בעקבות דרישת המשיב 2, שקצבה לכך 15 ימים בלבד, מה נטען בו, ככל שהוגש, ומה עמדת המשיבים בעניין, ובכלל האם בכוונת המשיבים לפנות את הפלישה מחלקתו, איך ומתי, או לא בכלל, ומדוע. וזאת- מצד הגורמים היחידים שאליהם הוא יכול לפנות כדי שיספקו לו הגנה בסיסית על קניינו וזכויותיו וישמרו על החוק והסדר הציבורי.

39. למען שלמות התמונה ייאמר כי הליכי פניות הנוגעים לבינוי הבלתי חוקי אשר קיים בחלקה, לצד הפלישות החקלאיות, נוהלו על ידי העותר מול המשיבים, וגם אלה לא זכו למענה ענייני במשך כשלוש שנים, עד לאחרונה. פניות אלה נוגעות למערכת חוקים אחרת, הנפרדת מעתירה זו, אולם על מנת שמלוא התמונה תהיה בפני בית המשפט הנכבד, מובאים הדברים לידיעתו. על פי הנמסר מהמשיבים בתשובתם בעניין זה מיום 30.11.2022, בעקבות מיצוי ההליכים נהרסו המבנים מושא הפניות. אולם, לאחרונה נראה כי

המבנים הבלתי חוקיים הוקמו מחדש. העותר פועל במישור זה מול המשיבים בהליך נפרד, אולם אין ספק בדבר יחסי הגומלין שמתקיימים בין הפלישה מושא העתירה לבין הבנייה הבלתי חוקית המבוצעת בחלקה.

40. מכאן עתירה זו.

ג. מסגרת הטיעון המשפטי

I – המסגרת הנורמטיבית המשפטית החלה על המשיבים

א. המשפט הבינלאומי ההומניטרי

41. מאז כיבוש כוחות צה"ל את הגדה המערבית בשנת 1967, מערכת הדינים שחלה בשטח היא זו של דיני הכיבוש- דיני התפיסה הלוחמתית (Belligerent Occupation), כפי שגם התקבל בפסיקת בית המשפט העליון וכן בעמדתה העקבית של המדינה (ראו, למשל, בג"ץ 2055/17 [יחד עם בג"ץ 1308/17] ראש מועצת הכפר עין יברוד ואח' נ' הכנסת ואח' (פורסם בנבו, 9.6.2020) (להלן: "בג"ץ חוק ההסדרה").

42. דיני התפיסה הלוחמתית מעוגנים בעיקר באמנת האג בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907 והתקנות הנספחות לה (להלן: "תקנות האג"), באמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בעת מלחמה משנת 1949 (להלן: "אמנת ג'נבה הרביעית"), בהוראות המנהגיות הקבועות בפרוטוקולים הנלווים לאמנות ג'נבה משנת 1977 ובעקרונות הכלליים של המשפט הבינלאומי.

43. אמנת האג ותקנות האג משקפות משפט מנהגי ועל כן מחייבות את צה"ל ואת רשויות המדינה הפועלות בשטח הכבוש. בנוסף, חלה גם אמנת ג'נבה הרביעית, אשר ישראל אישרה ואשר לפחות חלק מהוראותיה הוכרו כמנהגיות (ראו, למשל, בג"ץ 3969/06 ראש מועצת הכפר דיר סאמט, מוחמד עבד מחמוד אלחרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 10 (פורסם בנבו, 22.10.2009) (להלן: "עניין דיר סאמט").

44. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (להלן: "המפקד הצבאי"), שהוא המשיב 1, הוא העומד בראש הממשל הצבאי שהוקם בשטח עם כיבושו, כאשר המשיב 2 פועל בשטח זה מכוח הסמכת המשיב 1 וכפוף לאותן הגבלות. חרף שליטתו האפקטיבית של המפקד הצבאי בשטח, הוא אינו הריבון בשטח וסמכויות כלל רשויות הכוח הכובש הפועלות בשטח הן זמניות, וחלות ככל שהממשל הצבאי שולט אפקטיבית בשטח. עקרון-על זה משליך על סמכויות הכובש והפעלתן (ראו גם בג"ץ חוק ההסדרה, בפס' 2-3 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

45. הכלל העליון של דיני התפיסה הלוחמתית מצוי בתקנה 43 לתקנות האג. תקנה זו היא שקובעת את המסגרת הכללית לפעילות כוח כובש בשטח כבוש, ומהווה כלל-על ליחסים בין השלטון הצבאי לאזרח של השטח הכבוש (התקנה אף כונתה בספרות "חוקה בזעיר אנפין" של הכיבוש, ראו לעניין זה: בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פד"י לז' (2) 197 (1983)).

46. להלן תקנה 43 בנוסחה המלא:

"בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים, תוך כיבוד החוקים שבתוקף בארץ, אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לכך" [ההדגשה הוספה].

47. על פי תקנה 43, ליבת חובתו של המפקד הצבאי בשטח הכבוש היא להחזיר ולהבטיח את הסדר הציבורי והביטחון באזור, ועליו לנקוט בכל האמצעים שברשותו לשם כך (ר' גם בג"ץ 10356/02 יואב הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 8 לפסק הדין (פורסם בנבו, 4.3.2004). בהתאם לפסיקת בית המשפט

Rule 51. In occupied territory:

[...]

(c) private property must be respected and may not be confiscated;

except where destruction or seizure of such property is required by imperative military necessity.

55. בנוסף להגנות על קניין פרטי, סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית מחייב לכבד את זכויות התושבים המוגנים, לרבות כבודם, להתייחס אליהם בצורה אנושית ולהגן עליהם מפני כל סוג של אלימות או איומים בה ומפני עלבונות:

Art. 27. **Protected persons** are entitled, in all circumstances, to **respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions and practices, and their manners and customs. They shall at all times be humanely treated, and shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof and against insults and public curiosity.** [...]

[כל ההדגשות הוספו].

56. וכך קבע בית המשפט העליון בעניין דיר סאמט:

"באשר לזכויות האדם של האוכלוסייה המקומית, אין חולק כי על המפקד הצבאי לכבד, להגן ולאפשר את מימושו של מגוון זכויות האדם המוקנות לתושבים המקומיים, בכפיות לצרכי ביטחון חיוניים (ראו, למשל, סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית; תקנה 46 לתקנות האג. כן ראו העקרונות המנחים את פסיקתנו על-פי האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (International Covenant on Civil and Political Rights, 1966), להלן: האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות))." (פס" 17)

57. אם כן, משפט הבינלאומי ההומניטרי, כפי שגם פורש על ידי בית המשפט העליון, מטיל על המשיבים חובות אקטיביות לנקוט בפעולות כדי להגן על זכויותיהם של התושבים המוגנים, על קניינם הפרטי ועל כבוד האדם שלהם; וכן להבטיח את הסדר הציבורי והביטחון, בין היתר כדי להבטיח את צרכי התושבים המוגנים.

58. כפי שיידון להלן, הצו בדבר שימוש מפריע שנמצא במוקד עתירה זו, הוצא על רקע הוראות אלה בדין הבינלאומי ההומניטרי ובמטרה ליישמן, ובהתאם לכך יש להפעילו.

ב. הוראות הדין המקומי

59. כידוע, המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת ישראל לא הוחלו בגדה המערבית. במנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), תשכ"ז-1967, שהוציא המפקד הצבאי עם כיבוש הגדה המערבית, נקבע כי:

"2. המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ח באייר תשכ"ז (7 ביוני 1967) יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר זה או לכל מנשר או צו, שיינתנו על ידי, ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור."

60. כך, לצד דיני התפיסה הלוחמתית של המשפט הבינלאומי ובהתאם להם, חלים בגדה המערבית הדינים שחלו בה ערב כניסת כוחות צה"ל- שכוללים את הדין הירדני וכן דינים עות'מאניים ודינים מנדטוריים של

המנדט הבריטי שהושארו בתוקף בשטח על ידי ירדן כריבון הקודם, וכן חלה תחיקת המפקד הצבאי, שלעיתים ערכה שינויים בדין המקומי הקיים.

61. בענייננו תחיקת המפקד הצבאי הרלוונטית כוללת בעיקר את הצו בדבר שימוש מפריע, אשר יידון בהרחבה בחלק הבא.

ג. הוראות ועקרונות המשפט המנהלי הישראלי

62. לצד הדינים שנסקרו לעיל, חלים על המפקד הצבאי ועל הרשויות הישראליות שפועלות תחתיו ומקיימות את הממשל הצבאי בשטח הכבוש גם עקרונות המשפט המנהלי הישראלי. כפי שהובהר בפסיקה, המשמעות היא כי נושאי תפקיד ישראלים הפועלים בשטח הכבוש נושאים עמם חובה לנהוג, בנוסף לדינים שנסקרו לעיל, גם על פי אמות המידה המתחייבות מעובדת היותם חלק מרשויות המנהל הישראלי (ראו לעניין זה בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529, 536-537 (1989)).

63. כפי שנקבע בבג"ץ חוק ההסדרה, בפסקה 5 לפסק דינה של כב' הנשיאה א' חיות, כללים אלה באים בנוסף על החובות מן הדין הבינלאומי והדין המקומי (הדגשה במקור):

5'. מקור נוסף של דינים החלים באזור הוא עקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי, הנוגעים לשימוש בסמכות שלטונית של עובד ציבור. בין היתר, מדובר בכללים של הגינות מהותית ודיונית ובכללי מידתיות המחייבים את המפקד הצבאי בפעולתו [...]. תחולתם של עקרונות אלה אין בה משום החלה של המשפט הישראלי באזור ועל תושביו. משמעות החלתם היא כי נושאי תפקיד ישראלים הפועלים בשטח נושאים עמם חובה לנהוג על פי אמות המידה הנוספות המתחייבות מעובדת היותם חלק מהרשות המינהלית הישראלית."

64. עקרונות אלה כוללים את כללי ההגינות המהותית והדיונית, כגון תום לב, הימנעות משקילת שיקולים זרים, איסור אפליה, איסור ניגוד עניינים, שקיפות ומתן זכות שימוע לפני פעולה שלטונית העשויה לפגוע בפרט, וכן את החובה לנהוג בסבירות.

65. לסיכום, המסגרת הנורמטיבית החלה בשטח הכבוש מורכבת מרבדים של מקורות נורמטיביים הכוללים את: כללי המשפט הבינלאומי הפומבי ובפרט דיני הכיבוש (דיני התפיסה הלוחמתית); הדין המקומי שהיה קיים בשטח ערב כניסת כוחות צה"ל אליו; תחיקת הביטחון של המפקד הצבאי; וכן עקרונות היסוד של המשפט המנהלי הישראלי. התנהלות המשיבים ביחס לפלישה לקניינו הפרטי של העותר תיבחן להלן לאור מקורות אלה. בטרם נפנה לכך, נבקש להרחיב על הצו בדבר שימוש מפריע, שבמוקד עתירה זו.

II – הדין המקומי הפרטני: הצו בדבר שימוש מפריע

(1) כללי

66. הצו בדבר שימוש מפריע, כשהוצא, נועד לתת מענה לממצאים שעלו לאור התנהלויות מטרידות בשטחי האזור של תפיסת קרקעות, לרבות קרקעות פרטיות של פלסטינים, באמצעות פלישות חקלאיות, דוגמת הפלישה שבנדון לחלקות העותר, החל מסוף שנות ה-90 של המאה הקודמת.

67. ממצאים אלה עלו בין היתר במסגרת חוות הדעת שחוברה לבקשת משרד ראש הממשלה על ידי עו"ד טליה ששון והוגשה בחודש מרץ 2005 (להלן: "דו"ח ששון").

העתק העמודים הרלוונטיים בדו"ח ששון מצ"ב ומסומן כנספח 23.

68. וכך נכתב בדו"ח ששון לעניין דרכי ההשתלטות על קרקעות באופן האמור, כפי שננקטות על ידי מתנחלי האזור:

"תכלית זו של תפיסת חזקה בקרקע מושגת על ידי עיבוד הקרקע, נטיעה, זריעה, רעייה, ישיבה פיזית בקרקע, גידור, מניעת גישה, סלילת דרכים, הצבת עמודי תאורה הצבת מבנים, השתלטות על מערות, ובדרכים אחרות. כאשר נתפסות קרקעות פרטיות של פלסטינים על ידי מתנחלים, מתברר כי ההגנות המשפטיות העומדות להם אינן אפקטיביות."
(דו"ח ששון, עמ' 313).

69. בהמשך, הדו"ח בחן את דרכי ההגנה על מקרקעין פרטיים של פלסטינים מפני פלישות כאמור שלא כדין, בהתאם לדין הקיים בתקופת כתיבת הדו"ח, במישור האזרחי, הפלילי והמנהלי. הדו"ח מצא כי:
"עולה מהמקובץ כי אין הגנה אפקטיבית לקרקעות פרטיות של פלסטינים מפני פלישה של ישראלים שלא כדין לקרקע, לא מכוח הדין האזרחי ולא מכוח הדין הפלילי או המנהלי."
(דו"ח ששון, עמ' 317-313).

70. בהתאם לכך, ולאור חובות המפקד הצבאי- המשיב 1, הדו"ח קבע כי:

"אם הכלים המשפטיים הנוכחיים אינם מקנים הגנה משפטית ראויה ומספקת לזכות הקניין של הפלסטינים בכל הנוגע לקרקעותיהם הפרטיות – והם אינם מקנים, אזי מחובתו של המפקד הצבאי ליצור את הכלים הנחוצים הללו...". (דו"ח ששון, עמ' 317).

71. הדו"ח ציין בהקשר זה כי אכן, בהיבט המנהלי, כבר נעשתה עבודה ונוסחה הצעת חקיקה שתיתן מענה בעניין זה, אשר טרם אושרה באותה העת. הדבר מעיד על כך שאף מעבר לדו"ח ששון, הייתה הבנה בקרב רשויות האזור כי דרוש מענה משפטי אפקטיבי ואמיתי לצורך התמודדות עם פלישות חקלאיות למקרקעין פרטיים של פלסטינים. המענה שנבחר ונחקק לבסוף הוא הצו בדבר שימוש מפריע, שהוציא המפקד הצבאי בחודש ינואר 2007.

המדובר בכלי משפטי אשר נועד להתמודד עם תופעות רחבות המתרחשות בשטח האמור, כפי שמוצא מעת לעת על ידי המפקד הצבאי (ראו למשל, בג"ץ 584/04 אמנה- תנועת ההתיישבות של גוש אמונים ואח' נגד מפקד כוחות צה"ל ואח' [פורסם בנבו, 2004]).

72. הצו בדבר שימוש מפריע, אם כן, הינו אמצעי מנהלי, שנועד לטפל באופן מהיר ומיידי באירועי פלישות מהסוג המתואר בעתירה לעיל, וזאת כתחליף להליכים משפטיים שנמצאו כלא אפקטיביים בנסיבות השוררות בגדה המערבית, ומתוך מטרה להשיב את הסדר באזור על כנו, מהר ככל שניתן.

(2) הרציונל העומד בבסיס הצו

73. כאמור לעיל, המשיב 1 מחויב לדאוג לביטחון ולסדר הציבורי, וכן מחויב להבטיח את צרכי וזכויות התושבים המוגנים, ובפרט להגן על קניינם הפרטי. בענייננו חובות אלה שלובות זו בזו, והדבר עלה גם בדו"ח ששון במסגרת הדיון על הפלישות החקלאיות והצורך בכלי אפקטיבי להתמודדות עמן:

"החובה הראשונה של מפקד האזור היא לדאוג לסדר ולביטחון באזור.

פלישה לקרקעות הזולת שלא כדין נושאת בכנפיה הרס ואלומות, בנוסף לעוול ולפגיעה בזכויות.

השתלטות בכוח על קרקעות כבר הביאה לפרצי אלימות ושפיכות דמים. פוטנציאל הסכסוך עקב מעשים כאלה, אינו טמון אך ורק בעימות בין המחזיק לפולש. יש אפשרות ממשית לגלישה לעימות אלים בין קבוצות ומגזרי אוכלוסיה שונים על רקע המאבק בין שני העמים על שליטה בקרקעות באיו"ש.

מכאן שחובת שמירת הסדר והביטחון מצמיחה גם חובה להגן על מקרקעי הפרט.
(דו"ח ששון, עמ' 317).

74. אף בית המשפט העליון עמד לא פעם על תכליתו של הצו בדבר שימוש מפריע. בפסק הדין בבג"ץ 5439/09 אחמד עבדאלקאדר נ' ועדת העררים הצבאית שלפי צו בדבר וועדות עררים מחנה עופר ואח' (פורסם בנבו, 20.3.2012) (להלן: "עניין עבדאלקאדר"), נקבע:

"הוראותיו של צו שימוש מפריע מגשימות את חובתו של המפקד הצבאי לשמור על הסדר הציבורי באזור ואת חובתו לשמור ולהגן על קניינם של התושבים המוגנים. מקורן של חובות אלה בהוראות המשפט הבין-לאומי המחייבות את המפקד הצבאי, ובפרט בתקנות 43 ו-46 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית משנת 1907, המהוות חלק מהמשפט הבין-לאומי המנהגי המחייב את ישראל. כפי שמציין ראש המנהל האזרחי בתגובתו לעתירה מיום 10.11.2009, הצו נועד ליתן מענה מקיף לצורך למלא ביעילות אחר חובות אלה... [...]. המפקד הצבאי מחויב מכוח תפקידו להגן על ביטחונם ועל קניינם של התושבים המוגנים באזור, ומתוקף כך למנוע פלישות ושימוש מפריע במקרקעיהם הפרטיים. כפי שכבר נפסק, הגנה זו היא אחת מחובותיו הבסיסיות ביותר של המפקד הצבאי..." (פס' 11 לפסק הדין).

75. ובעניין אחר נקבע כי:

"התכלית העומדת ביסוד הוצאתו של צו שימוש מפריע היא הגשמת חובתו של המפקד הצבאי לשמור על הסדר הציבורי באזור, להגן על קניינם של התושבים המוגנים, ולמנוע פלישות למקרקעין פרטיים... [...]. חשוב להבהיר כי צו פינוי הניתן מכוחו של צו שימוש מפריע אינו מכריע בשאלת הזכויות במקרקעין, אלא נועד לשמר את מה שנתפס כ"סטטוס קוו", על מנת שהטוענים לזכויות בהם יפנו להליך של בירור הזכויות והוכחתן. אם כן, מטרתו של צו הפינוי הן בראש ובראשונה מניעת השתלטות על שטחים ושמירה על הסדר הציבורי באזור..."

(בג"ץ 6174/15 פאוזי אבראהים עבד חג' מחמד נ' ראש המנהל האזרחי בגדה המערבית, בית אל, פס' 6-7 (פורסם בנבו, 11.5.2021)).

76. עוד נקבע בבג"ץ 1315/12 ג'מיל חליל מוסא חושיה ואח' נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 16.2.2014):

"צו סילוק פולשים לא נתן מענה מלא לצורך בהגנה על זכויות התושבים המוגנים. על כך עמד בית משפט זה ב-בג"ץ 548/04 אמנה – תנועת ההתיישבות של גוש אמונים נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נח(3) 373, 383-384 (2004) (להלן – עניין אמנה):

"בצד דיני התכנון והבנייה, הדין המקומי באזור העוסק בסילוק פולשים (צו מס' 1472 בדבר מקרקעין (סילוק פולשים) משנת 1999) אף

הוא אינו עונה לצורך המיוחד שלפנינו [פינוי מבנים בלתי מורשים – מ"ג], ולו מן הטעם שהפעלתו מותנית לגבי קרקע פרטית ביוזמתו העצמאית של בעל הזכות בקרקע, וזאת בתוך 30 יום מיום תפיסת הקרקע. ברי כי בנסיבות הקיימות באזור יכולת מיצויה של יוזמה כזו בידי בעלים פרטי נתונה בסימן שאלה בין בשל העובדה כי לא אחת בעל הקרקע אינו מצוי באזור או אינו מודע כלל לקיומה של פלישה לאדמתו, ובין מאחר שלא תמיד נתונים בידו אמצעים ויכולת ליזום בעצמו פעולות לסילוק הפולש. בתנאים הקיימים באזור מתחייב איפוא הסדר חקיקתי ישיר וכולל אשר יסמיך את המפקד הצבאי לפעול לצורך מניעת השתלטות בלתי מורשית על שטחי קרקע באזור...".

צו שימוש מפריע נועד, בין היתר, לפתור את הבעיה עליה הצביע בית המשפט בעניין אמנה..."
(פס' 4 לפסק הדין).

77. זוהי המסגרת המשפטית הכללית שממנה נגזר ועל בסיסה הוצא הצו בדבר שימוש מפריע, ועל פי עקרונות אלה יש לנהוג ביישומו ויש לפרש אותו.
78. נזכיר, כי בענייננו אין המדובר בעתירה המבקשת את הוצאתו של צו הפינוי, שכן זה כבר הוצא, אלא בעתירה המבקשת את אכיפתו בפועל.
79. לסיכום חלק זה, משנסקרה המסגרת המשפטית הנורמטיבית החלה על התנהלות המשיבים, וכן המסגרת המשפטית הפרטנית שחלה על המקרה בדמות הצו בדבר שימוש מפריע, נפנה לבחינת התנהלות המשיבים בענייננו של העותר לאורך.

III – התנהלות המשיבים מפרה את חובותיהם בדיני התפיסה הלוחמתית

80. בעצם הפעלת הצו בדבר שימוש מפריע ביחס לחלקת העותר והוצאת הדרישה על ידי המשיב 2, לאחר בחינה מטעם המשיבים שכמתואר לעיל **ארכה כשנתיים**, אישרו המשיבים כי אכן בוצעו נטיעות על אדמת העותר המהווה מקרקעין פרטיים ולעמדתם יש חשד סביר כי מדובר בפלישה ללא זכות בדין ובניגוד לחוק. כנגד פלישה זו הוצא צו הפינוי, אשר המשיבים מיאנו למסור כי נוהלו הליכים הכופרים בו מצד הפולשים.
81. במצב זה, העובדה כי הפלישה מצד גורמים עברייניים עודנה מתקיימת בחלקת העותר **במשך ארבע שנים ובפרט שנתיים לאחר הוצאת הדרישה**, ללא נקיפת אצבע בפועל מטעם המשיבים – מהווה הפרה של חובות המשיבים הן **ביחס לשמירת הסדר והביטחון והן ביחס להגנה על הקניין הפרטי של תושבים מוגנים**.

(1) הפרת חובת המשיבים להגן על הקניין הפרטי

82. קניינו הפרטי של העותר נפגע עוד קודם לפלישה מעצם הקושי שלו להגיע לחלקתו ולעבד אותה לאור חסימת דרך הגישה כתוצאה מגידור ההתנחלות "כוכב השחר", ולאור אלימות מתנחלים - שאינה נאכפת בצורה מספקת (בלשון המעטה) באזור המדובר. לצד הבינוי הבלתי חוקי הקיים בחלקה, אשר החל קורם עור וגידים לצד הפלישה החקלאית, הפלישה הכוחנית והעבריינית לחלקה מהווה "שיא" בתהליך דחיקת רגליו של העותר מאדמתו, שכן לאור פלישת הגורמים הזרים והנטיעות בה- העותר כבר אינו יכול לעשות כל שימוש באדמה שבה הפלישה, אפילו לא שימוש מוגבל. אדמתו ניטלה ממנו לחלוטין.

83. כידוע, הפגיעה בקניין הפרטי וביכולתו של העותר להפיק פירות מקניינו רק מתעצמת בכל יום שחולף, שבו אדמתו עודנה גזולה ומצויה בשימוש גורמים פולשים ומפרי חוק. בענייננו, מדובר על פגיעה מתמשכת של ארבע שנים, שנעשית בידעית המשיבים ונענית בפועל בשתיקתם.

84. כפי שפורט לעיל, החובה להגן על קניינו הפרטי של העותר היא מהמרכזיות שבחובות המשיבים. חובה זו אינה מאפשרת למשיבים להתנהל באדישות לנוכח פגיעה זו בקניין הפרטי של העותר.

85. כאמור, חובת המשיבים בעניין זה כוללת חובה "חיובית", אקטיבית, לביצוע פעולות כדי להבטיח את ההגנה על זכויות התושבים המוגנים. כך חזר וקבע בית המשפט בעניין בג"ץ חוק ההסדרה (פסקה 40 לפסק דינה של הנשיאה, כב' השופטת א' חיות):

"בהסתמך על תקנה 46, חזר בית משפט זה ושנה כי המפקד הצבאי באזור מחויב להגן על קניינם של התושבים הפלסטינים – בהיותם "תושבים מוגנים". הגנה זו, כך נקבע, נושאת עמה חובה כפולה: חובה שלילית, להימנע מפעולות הפוגעות בקניינם של תושבים אלה; וחובה חיובית, לבצע פעולות המבטיחות כי קניינם לא יפגע על ידי אחרים [...] על משמעותה של חובה זו בהיבט האקטיבי עמד בית משפט זה, בין היתר, בבג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון (25.12.2014) (להלן: עניין חמאד) בקובעו:

"על המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון מוטלת החובה לפעול באופן אקטיבי על מנת להגן על זכויות הקניין הפרטי של התושבים המוגנים, ובכלל זאת להגן עליהם מפני בנייה שלא כדין על אדמתם והשתלטות עליה (שם, בפסקה 15)."

86. כך נקבע על ידי בית המשפט הנכבד גם לעניין הגנה על זכויות התושבים המוגנים ככלל, ולא רק בהקשר ההגנה על הקניין, בהתייחס לסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית שהובא לעיל:

"חובתו של המפקד הצבאי על-פי הכלל הבסיסי היא כפולה: ראשית, עליו להימנע מפעולות אשר פוגעות בתושבים המקומיים. זוהי חובתו ה"שלילית"; שנית, עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא ייפגעו. זו חובתו ה"חיובית" (גאסר [23], בעמ' 2012)." (בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, עמ' 393-394 (2004)).

87. ויובהר כי בעניין רופאים לזכויות אדם הדברים נאמרו בהקשר של לחימה ממש, ומכאן שהם תקפים ביתר שאת במצב של כיבוש מתמשך, כאשר העמידה בחובת ההגנה האקטיבית על התושבים המקומיים אינה נעשית במקביל ולצד התגוננות מפני אויב לוחם.

88. אם כן, בחוסר המעש של המשיבים לנוכח הפגיעה בזכויות העותר במשך פרק זמן כה ארוך כבענייננו-מפריים המשיבים באופן בוטה את חובותיהם האמורות. חשוב להבהיר בהקשר זה כי הוצאת הדרישה מכוח הצו בדבר שימוש מפריע- אשר מהווה צעד ראשוני בלבד לפתיחה בהליך מכוח הצו – כל עוד בחלוף שנתיים זו לא הובילה להפסקת הפגיעה בקניין, לסילוק הפלישה ולהשבת אדמתו של העותר לשימוש מידי הפולשים, ואף לא לכל צעד אחר למעשה מצד המשיבים – לא מהווה עמידה בחובות המשיבים לנקיטת פעולות אקטיביות להגנה על הקניין ועל זכויות העותר.

89. יתרה מכך, העובדה שבמהלך שנתיים אלה המשיבים גם מתעלמים כליל מפניותיו החוזרות והנשנות של העותר בעניין זה, ולא מוצאים לנכון אפילו להשיב לו בעניין סטטוס הטיפול בעניינו וליידע אותו בדבר כל כוונה שלהם לנקוט בפעולה כלשהי כנגד הפלישה, כאשר הוא תלוי בהם באופן מוחלט להגנה על קניינו ועל זכויותיו הבסיסיות, מהווה פגיעה נפרדת ועצמאית גם בכבודו כאדם.

90. יודגש עוד כי בעניינו מדובר באדמות **מוסדרות** (מצב שאינו המצב הנפוץ בגדה המערבית), ועל כן אין כל מחלוקת על היותן מקרקעין פרטיים. נתון זה היה צריך לחייב את המשיבים בפעולה עוד יותר מהירה וברורה כנגד הפגיעה בקניין – ומחדד עוד יותר את עוצמת הפרת חובותיהם בכך שבמשך **ארבע שנים** לא פעלו להגנה על קניינו של העותר ולסילוק הפלישה.

91. כך, התנהלות המשיבים מפרה את חובותיהם הבסיסיות ביותר במשפט הבינלאומי, באי ההגנה על זכויות העותר – על קניינו הפרטי וכן על חופש התנועה שלו, על יכולתו להתפרנס ועל כבודו כאדם.

92. **יובהר כי בנקודת זמן זו, בחלוף זמן כה רב שבו הפלישה וההשתלטות בחלקת העותר נמשכות, לא יהיה ניתן להסתפק בהצהרות בדבר כוונות עתידיות כדי למלא את חובת ההגנה על קניינו של העותר, ונדרש כי המשיבים יפעילו סמכויותיהם ויובילו לפינוי הפלישה בפועל בהקדם.**

(2) הפרת החובה לשמור על הסדר הציבורי והביטחון

93. בבג"ץ 9593/04 רשאד מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (פורסם בנבו, 26.6.2006) צוין כי:

"...בתקנה 43 לתקנות האג נקבעה חובתו וסמכותו של המפקד הצבאי לשמור על הסדר והביטחון באזור הנתון לשליטתו. אין ספק, כי אחת מהחובות המרכזיות המוטלות על המפקד הצבאי במסגרת זו היא החובה לשמור על כיבוד החוק באזור (ראו: בג"ץ 61/80 העצני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 595, 597; פסק דין אבו-דאהר, פסקה 7)." (פס" 30 לפסק הדין)

94. בעניינו, באי נקיטת פעולות אכיפה אפקטיביות כנגד הפרות החוק והסדר המגולמות בפלישה לחלקת העותר, תוך הסגת גבול, גזל וגרימת נזק לרכושו, מפריס המשיבים גם את חובתם לשמור על הסדר הציבורי ועל הביטחון באזור, הנובעת מדיני התפיסה הלוחמתית כפי שפורט לעיל.

95. במשך כארבע שנים מבוצעות הפרות חוק וסדר על ידי פולשים עבריינים, העושים דין לעצמם על חשבון העותר – תושב מוגן, ולא ננקט כל צעד על ידי המשיבים להשבת הסדר על כנו ולשמירה על שלטון החוק. זאת, על אף פניות העותר למשיבים במהלך תקופה זו.

96. כאמור, לא ניתן לקבל כי בכך שהמשיבים החלו לכאורה בהפעלת ההליך הקבוע בצו בדבר שימוש מפריע, אולם בחלוף שנתיים מאז לא נקטו בכל צעד להשלמת ההליך ולביצוע האכיפה בפועל כך שהפרת החוק תיפסק – הם יצאו ידי חובתם לנקוט בצעדים הנדרשים לשמירה על הסדר הציבורי והביטחון.

97. ההיפך הוא הנכון, התנהלות זו של המשיבים מאיינת כל ממד של הרתעה מפני ביצוע מעשי עבריינות באזור, מעבירה מסר של עליונות הפולשים הישראלים על החוק ושל "איש הישר בעיניו יעשה", ועשויה לעודד המשך ביצוע הפרות. כפי שניתן לראות בצילומי האוויר של חלקת העותר לאורך השנים (נספח 7), אכן הפרות החוק בה מצד פולשים התעצמו עם השנים, על רקע אי נקיטת צעדים כנגד הפלישה עם תחילתה.

98. המצב שנוצר הוא של חוטא היוצא נשכר, מצליח במזימתו להשתלט על אדמות ונהנה מפירותיה של הפרת החוק שלו במשך שנים. ומדוע שילמד מכך כי עליו להימנע מביצוע הפרות דומות בעתיד? יותר מכך, הימנעות המשיבים מאכיפה אפקטיבית עשויה להעביר מסר של מתן לגיטימציה ממש להמשך הפרת הדין.

99. כך, מעבר לפגיעה בעותר ובתחושת הביטחון שלו, יש בהתנהלות המשיבים בענייננו פגיעה קשה בשלטון החוק באזור, אשר השמירה עליו חשובה במיוחד בשטח כה רגיש ונפיץ, שבו נוכחים לצד התושבים המוגנים, תושבים שהם אזרחי המדינה הכובשת, שחלקם באופן מוצהר מנהלים מאבק על שליטה בקרקעות. השמירה על שלטון החוק והסדר הציבורי- גם כאשר מפרי החוק והסדר הם אזרחים ישראלים- היא גם אינטרס ראשון במעלה של גורמי הרשויות עליהן מופקדים המשיבים, כאשר פגיעה בהרתעה מפני הפרת הדין תעודד הישנות ההפרות ותקשה עליהם עוד בביצוע תפקידם.

100. ראוי לחזור כאן על הדברים שהובאו לעיל מדו"ח ששון, אשר הכירו בדיוק בנקודה זו :

"השתלטות בכוח על קרקעות כבר הביאה לפרצי אלימות ושפיכות דמים. פוטנציאל הסכסוך עקב מעשים כאלה, אינו טמון אך ורק בעימות בין המחזיק לפולש. יש אפשרות ממשית לגלישה לעימות אלים בין קבוצות ומגזרי אוכלוסייה שונים על רקע המאבק בין שני העמים על שליטה בקרקעות באיו"ש."

101. אם כן, בהימנעות מאכיפה כנגד הפלישה הבלתי חוקית חוטאים המשיבים לחובתם לשמור על הסדר הציבורי ועל הביטחון באזור. הימנעות המשיבים ממימוש הסמכויות המסורות להם בדין באופן ייעודי וייחודי לצורך טיפול בפלישות מהסוג שנעשה באדמת העותר (ואי נקיטת כל צעד אחר להשבת הסדר על כנו ולהשלטת החוק) מהווה הפרה חמורה וברורה של החובה לשמור על הסדר הציבורי והביטחון.

102. לבסוף, חשוב לציין כי בענייננו, חובת השמירה על הביטחון והסדר הציבורי וחובת ההגנה על קניין פרטי של תושב מוגן – שתיהן מוליכות לאותה תוצאה מתחייבת. לא מדובר במקרה של התנגשות בין החובות הללו, כפי שלעיתים קורה בעת הפעלת סמכויות המשיבים באזור, ואין המשיבים נדרשים לאזן בין שתי החובות. הגשמת זו כמו הגשמת זו- שתיהן דורשות את פינוי הפלישה הבלתי חוקית מחלקתו של העותר בהקדם, והן מחזקות האחת את השנייה בדרישה זו.

IV – התנהלות המשיבים מנוגדת לתכליתו ולהוראותיו של צו שימוש מפריע, כפי שגם פורש בפסיקותיו של בית המשפט העליון

103. על פי הגדרת הצו בדבר שימוש מפריע, הנטיעות בחלקה ללא כל זכות של הפולשים בדין (וכמובן ללא הסכמת העותר ותוך הסגת גבול לחלקתו) מהוות שימוש מפריע במקרקעין פרטיים. כאמור, הצו נוצר במטרה להוות מענה יעיל ואפקטיבי לפלישות מסוג זה אשר נכנסות תחת הגדרתו.

104. בענייננו, כאמור, גם המשיבים סברו כי נדרשת הפעלת הצו בדבר שימוש מפריע, ומשכך הוציא המשיב 2 את הדרישה לפי סעיף 2(א) לצו, אשר פותחת את ההליך הקבוע בו.

105. יודגש כי המשיבים אינם מפעילים את הצו בדבר שימוש מפריע בקלות, ויעידו על כך שלל פניות מטעם הח"מ המבקשות שוב ושוב את הפעלתו בגין פלישות עברייניות של ישראלים לאדמות פרטיות של תושבים פלסטינים, ואף עתירות שהוגשו בחלק מהמקרים בגין הימנעות המשיבים מהפעלת הצו, בניגוד למתחייב.

106. העובדה ש-15 הימים שהוקצבו בדרישה להגשת תצהיר מטעם הפולשים חלפו **כבר לפני כשנתיים** ולא הובאה לידיעת העותר כל מניעה לאכיפה (בין אם בדמות הגשת תצהיר כנדרש על פי הצו או הליך משפטי כלשהו), מלמדת כי דרכם של המשיבים להפעלת סמכויותיהם במסגרת ההליך הקבוע בצו הייתה פתוחה, ואף התחייבה מכוח הדינים החלים עליהם, כבר לפני שנתיים. העובדה שהמשיבים נמנעו מלהשיב לפניותיו החוזרות ונשנות של העותר בדבר התקדמות ההליך והטיפול בחלוף הזמן מהדרישה, מלמדת כי לא נעשה דבר מטעם המשיבים מעבר להוצאת דרישה זו. כך או כך, **הסמכות שבצו להפסיק ולסלק פלישה שמהווה שימוש מפריע במקרקעין פרטיים לא מומשה בפועל, והפלישה לחלקות העותר עודנה קיימת.**

107. התנהלות זו, שבה המשיבים מאפשרים לפלישה הבלתי חוקית לאדמה הפרטית לעמוד על כנה **במשך ארבע שנים**, בוודאי במקרה מובהק כעניינו של העותר, **חותרת תחת תכלית הצו בדבר שימוש מפריע והופכת אותו לאות מתה**. ההימנעות ממימוש הסמכויות שבצו במשך פרק זמן כה ארוך מעודדת המשך הפרות מסוג זה והופכת אותן לכלי יעיל להשתלטות על שטחים – בניגוד גמור לתכליתו של הצו בדבר שימוש מפריע. התנהלות המשיבים בענייננו מובילה למעשה לתוצאה ההפוכה.

108. כפי שנדון לעיל, טיפול **מהיר ויעיל** בפלישות לקרקע פרטית הוא אינהרנטי לתכלית הצו, שנועד לשמר את הסטטוס קוו ולמנוע השתלטות על שטחים והפרת הסדר. ניתן גם ללמוד על כך הן מההליך הפשוט הקבוע בצו והן מסדרי הזמנים הקצרים הקבועים בו (15 ימים להגשת תצהיר הסבר מצד הפולשים המשתמשים במקרקעין; בחלוף 15 ימים ממועד מסירת ההחלטה בעניין התצהיר, ככל שהוגש, ניתן להפסיק ולסלק את השימוש המפריע). הצו גם מגביל בזמן את הפעלת הסמכויות שבו כך שלא ניתן להפעילן אם במועד מסירת הדרישה על ידי המשיב 2 מתברר לו כי חלפו מעל לחמש שנים מתחילת הפלישה- השימוש המפריע במקרקעין. בכך הצו דורש גם בהיבט זה פעולת מהירה מצד המשיבים, בפרט כאשר פונים אליהם בעניין פלישה מיד בתחילתה- כפי שנעשה בענייננו.

109. הימנעות המשיבים מכל פעולה בשטח ביחס לפלישה לחלקת העותר, במשך הזמן הארוך שחלף, מהווה סטייה כה משמעותית מהמועדים הקבועים בצו, המבטיחים את יעילותו, כך **שהתנהלות זו סותרת ומתנגשת חזיתית עם הוראות הצו ותכליתו.**

110. העובדה שבענייננו המשיבים כן החליטו להוציא דרישה לפי סעיף 2(א) בצו, והקציבו לכך 15 ימים (בהתאם לקבוע בצו), ועל אף זאת חלפו שנתיים נוספות ללא נקיטת כל צעד ביחס לפלישה או כל עדכון בשאלה האם הוגש תצהיר, האם התקבלה החלטה של המשיב 2 בהתאם לכך, ומהי – מחדדת את עוצמת החריגה בענייננו מהקבוע בצו, באופן שמסכל את מהותו.

111. כפי שנקבע לא אחת, יש נסיבות שבהן סמכות רשות המוקנית לרשות המנהלית הופכת לחובה (ר', למשל, בג"ץ 2757/96 הילה אלראי נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 18, פס' 3 לפסק הדין (1996); בג"ץ 2344/98 מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר, פ"ד נד(5) 725, פס' 42 לפסק הדין (2000)), וגם שיקול הדעת של המשיב 2 במסגרת הצו צריך להיות מופעל באופן סביר, וכן באופן ההולם את תכלית הצו. בעניין זה קבע בית המשפט העליון כי:

"כידוע, הסמכות המנהלית חייבת להיות מופעלת להשגת תכליתו של החיקוק שהסמיך את הרשות, להסתמך על תשתית ראייתית מספקת ועל שיקולים ענייניים, ולהיות סבירה לגופו של עניין..." (עניין עבדאלקאדר, פס' 13 לפסק הדין).

112. בענייננו, ראשית, יש לחזור ולהדגיש כי הצו האמור נועד להגשים **חובות** אשר מוטלות על המשיבים מכוח דיני התפיסה הלוחמתית- שהם הדינים העליונים החלים בשטח. הדבר חייב להשפיע על פרשנות הצו ועל שיקול הדעת של המשיבים בהפעלת הסמכויות שבצו. כאשר לא ננקט כל צעד אחר לצורך עמידה בחובות

המשיבים בנוגע להשכנת הסדר והביטחון ולהגנה על קניין העותר במשך זמן רב, הדבר אמור להשליך על החלטת המשיב 2 בדבר הפעלת הצו בדבר שימוש מפריע, בפרט לאור יעילותו ומהירותו.

113. נזכיר שוב את שנקבע בפסק הדין בעניין עבדאלקאדר (פס' 11): "המפקד הצבאי מחויב מכוח תפקידו להגן על ביטחונם ועל קניינם של התושבים המוגנים באזור, ומתוקף כך למנוע פלישות ושימוש מפריע במקרקעיהם הפרטיים".

114. שנית ומעבר לאמור, פסיקת בית המשפט הנכבד מהעת האחרונה קבעה במפורש ביחס לשיקול הדעת בדבר הפעלת הצו בדבר שימוש מפריע כי:

"ככל שהזיקה של התושבים המוגנים בקרקע הוכחה במידה רבה יותר, וככל שהפלישה אל הקרקע טרייה ומובהקת יותר, כך מצטמצם טווח שיקול הדעת של המנהל האזרחי, עד כדי חובה לפעול כדי לעצור פלישה שכזו.

[...]

וידגש – הוכחת "זיקה" אין פירושה בהכרח הוכחת קיומן של זכויות במקרקעין במידה הדרושה לרישום, או לזכייה בהליך אזרחי, אלא די שתוכח זיקה במידה מספקת במישור המינהלי כדי שהכף תיטה לכך שסמכות המפקד הצבאי לפעול לסילוק הפלישה – תהא בגדר חובה".

(בג"ץ 7718/15 מוסא אחמד חסן עסאכרה נ' שר הביטחון, פס' 30, 34-36 לפסק הדין (פורסם בנבו, 6.7.2021)).

115. בענייננו, זכותו הקניינית של העותר בחלקה מוכחת באופן מובהק, שכן מדובר בחלקה שהיא מקרקעין מוסדרים ורשומים כמקרקעין פרטיים במסמכי רישום המקרקעין של הגדה המערבית (באופן שלא מאפיין את מרבית האדמות בגדה המערבית- שאינן מוסדרות ורשומות).

116. לצד זאת, הפלישה לחלקות מובהקות וכך גם העובדה כי מדובר בפלישה טרייה. עיון בצילומי האוויר של החלקה מראה את מצב הקרקע לפני ואחרי הפלישה וניתן לזהות בהם את הפלישה המובהקת לחלקה. היא גם מתועדת בבירור בתמונות שצורפו כנספח 8 לעיל. צילומי האוויר גם מעידים כי מדובר בפלישה טרייה. כך, בצילומי האוויר של שנים 2017 ו-2018 לא נראית פלישה בחלקה, ואילו בזה של שנת 2019 ניתן כבר לראות את השינוי והנטיעות המסודרות בקרקע- בצורה התואמת את התיעוד בתמונות מאותה שנה (נספח 5), ואלה נראות גם בכל צילומי האוויר של השנים הבאות. הדברים תואמים לתיאור העותר בדבר הפלישה שראה מרחוק ומועד תחילתה.

117. עוד קבע בית המשפט הנכבד בעניין בג"ץ עסאכרה הנ"ל כי: "ככל שזיקת התושבים המוגנים לקרקע הוכחה במידה רבה יותר, תידרש מידה פחותה של הוכחה ביחס לאופי ולמשך הפלישה, ולהיפך" (פס' 36 לפסק דינו של כבוד המשנה לנשיאה (בדימו') דאז השופט ח' מלצר). בענייננו, שני הפרמטרים ממילא מתקיימים במובהק, ומשמדובר במקרקעין מוסדרים ורשומים- אין מדובר אך ב"זיקה לקרקע" אלא בזכות קניינית מוכחת ורשומה של העותר בחלקה.

118. לאור האמור, פעולה מטעם המשיבים לעצירת וסילוק הפלישה, באמצעות הצו, מהווה חובה בנסיבות ענייננו, אף לפי הפרמטרים שנקבעו לאחרונה על ידי בית המשפט העליון. לא בכדי המשיבים מצאו לנכון להפעיל את הצו עוד בחודש מאי 2021. אולם, בהמשך לכך, נמנעו לחלוטין וללא כל בסיס או הצדקה מלמלא את חובתם ולממשו לסילוק הפלישה כנדרש.

119. אם כן, בהימנעות ממנימוש ההליך הקבוע בצו בדבר שימוש מפריע והפעלת הסמכויות שבו ביחס לפלישה, לאחר שהוחלט להתחיל בהפעלתו, **פעלו המשיבים בניגוד לתכלית הצו והפרו את חובתם בנסיבות העניין** לפעול מכוחו לסילוק הפלישה, בהתאם לפסיקה.

120. בחלוף זמן כה רב, ככל שהמשיבים לא יחויבו כעת להפעיל את הסמכות המסורה להם על פי דין בנסיבות כגון אלה שבעניינו, סמכות אשר הוכרה למעשה כחובה בנסיבות אלה, המצב בשטח ימשיך להיות הפקר – פגיעה בזכויות קנייניות של התושבים המוגנים, ערעור הסדר הציבורי, הותרת הפרות דין על כנן ובעקיפין אף דירבון להפרות אלה.

V – התנהלות המשיבים בחוסר המענה לפניות העותר מהווה הפרה של חובותיהם על פי הדין המנהלי

121. כמפורט בפרק העוסק במיצוי הליכים, גם לפני הוצאת הדרישה על ידי המשיבים, ובאופן בוטה במיוחד לאחריה – פנה העותר למשיבים שוב ושוב וזכה להתעלמות מוחלטת מפניותיו ונותר ללא תשובות. כאמור, בשנתיים שחלפו מאז יידוע העותר בהוצאת הדרישה מכוח הצו בדבר שימוש מפריע על ידי המשיב 2, פנה העותר אל המשיבים **חמש פעמים** – אף אחת מפניותיו אלה לא נענתה.

122. התנהלות המשיבים בהקשר האמור, חותרת תחת החובה הקיימת להם על פי המשפט המנהלי לנהוג בהגינות ובהתאם לכללי הצדק הטבעי, ובפרט בניגוד לחובה הקונקרטיית הקבועה בדין בדמות החוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ב-1952. עמד על כך זה לא מכבר בית המשפט העליון (הגם שבדעת מיעוט מבחינת התוצאה בלבד) במסגרת עע"מ 2065/21 ג'וליטה בירחטריאן נ' נתיב לשכת הקשר [פורסם בבנו, 2022], עת נקבעו הדברים הבאים ביחס לחובת ההנמקה של רשות מנהלית:

*"12. סעיף 6(א) לחוק ההנמקות קובע את תוצאות ההפרה של חובת ההנמקה על ידי עובד הציבור. לא מילא עובד הציבור אחר חובת ההנמקה שמוטלת עליו כאמור בסעיף 2א לחוק ההנמקות אזי "בכל הליך לפני ועדת ערר או ועדת ערעור או לפני בית המשפט, על עובד הציבור הראיה כי החלטה או פעולה שלא ניתנה לגביהן תשובה או הודעה כאמור, נעשו כדין". תוצאה זו מקנה בידי האזרח הפשוט, ש"ראוי שלא יהיה היחיד ניצב מול קיר אטום ושותק" ושמצפה ל"יחס האנושי והסביר לרגשותיו ולכבודו" ולהגנה על "האינטרס הרגשי" שלו (עניין דור) יתרון דיוני. אומר על כך השופט (בדימוס) יצחק זמיר, בספרו **הסמכות המינהלית** כרך ב 1294 (מהדורה שנייה, 2011) (להלן: זמיר) כך:*

"לכן בא חוק ההנמקות וקובע שאם ההחלטה המינהלית נתקבלה תוך הפרת החובה לנמק, חובת הראיה עוברת אל עובד הציבור, כלומר חזקת החוקיות מתהפכת: די בכך שאדם יפנה אל בית דין או אל בית משפט בטענה שנפגע מהחלטה מינהלית מסוימת, אף בלי לציין מה הפגם שלדעתו נפל בהחלטה, והנטל יעבור אל עובד הציבור להוכיח כי ההחלטה ניתנה כדין. זהו נטל כפול. ראשית, על עובד הציבור להציג בפני בית הדין או בית המשפט את הנימוקים להחלטתו. אפשר לומר שזאת הנמקה מושהית: עובד הציבור שנמנע מלמלא את חובת ההנמקה בעת מתן ההחלטה, ממלא אותה בעל כורחו בעת הביקורת על ההחלטה. שנית, אם הדבר אינו ברור מאליו, על עובד הציבור להוכיח כי הנימוקים שנתן מבססים את ההחלטה כדין, למשל שהם משקפים שיקולים ענייניים ולא שיקולים זרים".

ובהמשך פסק דינו של כב' השופט שי' שוחט, ממשיך וקובע זה את הדברים הבאים ביחס לאי עמידת הרשויות בתנאי הדין:

15. [...] מתן רוח גבית להתנהלות זו של המשיב כמוה כמתן תמריץ נוסף לו ולכל רשות מנהלית שנוהגת כמותו, להפר את חובת ההנמקה. מן הראוי ש"רשות מנהלית העומדת להפר את חובת ההנמקה של ההחלטה צריכה להיות מודעת לכך שבעת הביקורת השיפוטית על ההחלטה הנטל יועבר אליה להוכיח שההחלטה ניתנה כדין ובשל החשש שנובע מהפרת החובה לנמק את ההחלטה הנטל עשוי להיות כבד במיוחד" (זמיר, בעמוד 1296).

16. לפני כיובל שנים, עוד בבג"ץ 77/153 פרג' נ' עיריית פתח תקווה, פ"ד ל"א(3) 427 (1977), קבע בית משפט זה, כי "אי מתן תשובות לאזרח הפונה אל הרשות הוא בגדר רעה חולה ונפוצה במציאות שלנו וככל הנראה לא ניתן לשרש תופעה זו אלא אם יינקטו צעדים החלטיים ויעילים יותר מאלה הנוהגים עד עתה".

123. התנהלות המשיבים אשר לא מצאו לנכון להשיב לפניית העותר, למעשה מאיינת את דבר החקיקה המנהלי החל עליהם כרשויות ציבור. די בכך כדי לכל הפחות להוציא צו על תנאי ולהעביר את הנטל אל כתפי המשיבים, אם לא למעלה מכך, כפי שהטעים כב' השופט שוחט בפסק הדין הנזכר לעיל.

124. כך או כך, התנהלות המשיבים – לצד הפרות חובותיהם מן המשפט הבינלאומי ההומניטרי והפרת חובותיהם על פי פסיקת בית המשפט העליון, חוטאת גם באי קיום יחס ומענה בסיסי לעותר ביחס לפנייתו. הדבר מצדיק גם ראיית היעדר המענה כתשובה שלילית נעדרת הנמקה, וככזו אשר יש בה כשלעצמה, כדי להוביל לדחיית של ההחלטה המנהלית (השוו: בג"ץ 6322/14 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים [פורסם באר"ש, 19.4.2017], פסקה 20 לפסק דינה של הנשיאה דאז, כב' השופט מ' נאור ז"ל, וכן הערותיה של כב' השופטת ד' ברק-ארז בפסק דינה).

125. יוער, כי אין זו הפעם הראשונה שהמשיבים מסרבים למסור מענה ראוי וענייני לעותרים הפונים בענייני הצו בדבר שימוש מפריע (ראו, למשל, בג"ץ 8697/21 נגיא'ר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, שם הוצא צו על תנאי על ידי בית המשפט הנכבד וכן בג"ץ 748/22 עמאר אסמאעיל מחמוד עיד נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, עת לאור התנהלות המשיבים אשר גם שם נמנעו ממתן מענה לפניית שקדמו להגשת העתירה, החליט בית המשפט לחייב אותם בהוצאות משמעותיות).

VI – התנהלות המשיבים בלתי סבירה באופן קיצוני

126. התעלמותם המתמשכת של המשיבים מפניות העותר לצד חוסר המעש מצידם, חורגת מכל מתחם סבירות אפשרי. בית המשפט הנכבד קבע בעבר את הדברים הבאים בעניין העדר הסבירות של הרשויות:

"עקרון הסבירות מביא לפסילתו של שיקול-דעת מינהלי, אשר אינו נותן משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המינהלית להתחשב בהם בהחלטתה." (בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 437 (1981)).

127. לאור החובות החלות על המשיבים מכוח דיני התפיסה הלוחמתית, ותפקיד המשיבים כמי שאחראים על השלטת סדר ושלטון החוק בגדה המערבית, אי הטיפול בפלישה ובהשתלטות על אדמת העותר כך שמפרי החוק ממשיכים לעשות דין לעצמם, במשך זמן כה רב, לא יכול להיחשב כסביר בנסיבות העניין, שכן באופן מובהק לא ניתן משקל ראוי לאינטרסים המהותיים של העותר ולפגיעה הקשה בזכויותיו. פגיעה זו

מתעצמת ככל שחולף הזמן, ובענייננו חלף זמן רב מאוד. בהימנעותם ממימוש הכלי היעיל שבצו בדבר שימוש מפריע, כלי שהמשיבים למעשה בחרו לפתוח בהפעלתו לפני יותר משנתיים, וללא נקיטה בכל צעד אחר לסילוק הפלישה הבלתי חוקית, המשיבים גם לא נתנו משקל ראוי למסר המועבר למי שלקחו את החוק לידיהם וקבעו עובדות בשטח.

128. עולה השאלה מהם האינטרסים אותם שקלו המשיבים בבחירתם **שלא** לפעול לפינוי הפלישה במשך מעל לשנתיים מהוצאת הדרישה מכוח הצו על ידם ובהחלטתם, וכארבע שנים מתחילתה. זאת, בפרט כאשר בענייננו אין ולא יכולה להיות כל שאלה בדבר הזכויות במקרקעין, שהינם רשומים ומוסדרים (וממילא פעולה כאמור אינה מכריעה בדבר הזכויות המהותיות, אלא רק מונעת השתלטות בלתי חוקית, עשיית דין עצמי והפרת הסדר). הסביר כבוד השופט ברק בעניין דפי זהב:

"חוסר הסבירות נמדד תמיד ביחס למטרה הלגיטימית (החקיקתית או האחרת) אותה מבקשת הרשות המינהלית להשיג." (עמ' 444).

129. רשות סבירה אשר מטרתה לשמור על הסדר והביטחון, וכן להגן על קניינם של תושבים מוגנים, לא הייתה פועלת כפי שפעלו המשיבים בענייננו.

130. הזמנים הקצרים הקבועים בצו בדבר שימוש מפריע, שתוארו לעיל, מעידים גם הם על חוסר הסבירות הקיצוני בתקופת הזמן שחלפה בענייננו מבלי שטופלה בפועל הפלישה לחלקת העותר. אל מול הזמנים הקבועים בצו, המספקים אינדיקציה לאופן הטיפול הנדרש וההולם בפלישות מהסוג המצוי בחלקת העותר, בולט חדלונם של המשיבים בטיפול בפלישה לחלקת העותר, באי מימוש הסמכויות מכוח הצו במשך כל הזמן שחלף מתחילתה. החלטת המשיבים שיש הצדקה להפעיל את הצו בענייננו והפתיחה בהליך מכוחו, מחזקת את חוסר הסבירות הקיצוני שבאי הטיפול בפלישה גם בחלוף שנתיים לאחר מכן.

131. על רקע כל האמור, התנהלות המשיבים נגועה בחוסר סבירות מהותי היורד לשורש העניין. לא ניתן להלום כי רשות סבירה, המופקדת על הגנה על קניין תושבים מוגנים ועל שמירת הסדר, תתנהל באופן שבו התנהלו המשיבים בענייננו, שהיא למעשה התנערות מליבת חובתם ותפקידם.

132. נזכיר, בהקשר זה, כי לעניין התערבות בית המשפט ביעילות אכיפת החוק על ידי הרשויות נקבע כי:

"כדי שבית המשפט יתערב ברמת האכיפה של חוק זה או אחר, צריך שהרשויות המוסמכות יתנערו לחלוטין מחובתן לאכוף את החוק, דבר שאינו קיים במקרה זה, או יימנעו ממילוי חובתן באופן בלתי-סביר, דבר שלא הוכח במקרה זה." (בג"ץ 6579/99 עמיחי פילבר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 1.11.1999).

133. במשך כארבע שנים פולשים מפרי חוק עושים שימוש תחת העותר באדמתו שלו. נפגעות זכויותיו הקנייניות לרבות פגיעה באפשרות פרנסתו, כבוד האדם שלו, וחופש התנועה שלו. כל זאת, בשל חוסר הנכונות של המשיבים לפעול כנגד השתלטות בלתי חוקית זו, ולממש את הצו שהוציא המשיב 1 בעצמו- בדיוק לצורך מקרים אלה. לצד סירובם לפעול, המשיבים גם נמנעים מלהשיב לעותר בדבר כוונותיהם והחלטותיהם בנוגע לפינוי, ומותירים אותו חסר אונים. בכך, מפירים המשיבים 1 ו-2 את חובותיהם בדיני התפיסה הלוחמתית, את תכלית הצו שהוציא המשיב 1 תחת ידו ואת החובה לממשו בנסיבות ענייננו, ואת חובות ההגיונות והסבירות שבמשפט המנהלי.

ד. אחרית דבר

134. עתירה זו ממחישה את התפרקותם של המשיבים מהאחריות והסמכויות המסורות להם על פי דין, בכל הנוגע לפלישה לאדמות העותר, תושב מוגן באזור, על ידי פולשים ישראלים, אשר נוטלים למעשה את החוק לידיהם, קובעים עובדות בשטח וגוזלים את אדמתו. זאת, כאשר ההקשר מוכר וידוע- סביבה שבה קבוצות ישראליות שמו להן מטרה אידיאולוגית לנשל פלסטינים מאדמתם.

135. העותר המתין בסבלנות אין קץ, במשך פרק זמן ארוך מאוד, לנקיטת פעולה כלשהי מצד המשיבים להגנה על זכויותיו, בעת שהוא צופה בפולשים זרים עושים באדמתו כבשלהם. ואילו המשיבים, שבידיהם ורק בידיהם נתון הכלי לעצור את העוול ולהשיב את הסדר, בחרו להימנע ממימושו, בניגוד לחובותיהם ביחס לאזור וביחס לעותר כתושב מוגן, ואף להתעלם מפניותיו הרבות של העותר, כאילו אינו קיים.

136. משכך, לא נותר לעותר אלא לפנות לבית המשפט הנכבד, ולבקש את התערבותו לשם הגנה על זכויותיו הבסיסיות והפסקת הפגיעה בו, שממשיכה כל העת וגם בזמן כתיבת שורות אלה.

137. לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראש כתב עתירה זה ולאחר קבלת תגובת המשיבים ושמיעת טיעון בעל-פה, להפכו למוחלט. יוער, כפי שנכתב לעיל, לאור התנהלות המשיבים והחלטתם המודעת שלא ליתן מענה לעותר, יש להוציא לכל הפחות צו על תנאי כבר כעת, וזאת בהתאם לדברי הביקורת הרבים שהשמיע בית המשפט הנכבד בעבר כנגד התנהלות הרשויות אשר מפרות את הוראות הדין החלות עליהן.

138. כמו-כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותר בגין עתירה זו וכן בשכר-טרחת עו"ד בתוספת מע"מ וריבית כחוק, לרבות השבת האגרה ששולמה בגין הגשת העתירה, זאת בשים לב להיעדר המענה מצד המשיבים מזה תקופה ארוכה והתעלמות כליל מפניותיו של העותר. העובדות המופיעות בעתירה זו נתמכות בתצהירו של העותר ובתצהירו של מר פראס עלמי.

היום, 24.5.2023

ליאור צור, עו"ד
מ.ר. 69373

שלומי זכריה, עו"ד
מ.ר. 42714

ב"כ העותר