

ראש מועצת הכפר בורקה, זיאד עזאדין עבדאסלאם

אבו עומר, ת.ז. [REDACTED]

באמצעות עו"ד שלומי זכריה ו/או עו"ד ליאור צור ו/

או עו"ד פאדיה קוואסמי כולם מטעם "יש דין –

העותר

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. **הממונה על הרכוש הממשלתי במנהל האזרחי, מר יוסי סגל**

המשיבים

המשיבים 1-2 באמצעות ב"כ מפרקליטות המדינה, משרד המשפטים, רח' צלאח א-דין 29, ירושלים, פקס': 02-6467011

3. **מועצה אזורית שומרון**

מועצה אזורית שומרון, ת.ד. 1, אזור התעשייה ברקן, מיקוד 4482000, טל': 03-9066444, פקס': 03-9757627

עתירה למתן צו על תנאי

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

(1) מדוע לא יבוטל הצו בדבר ניהול המועצות האזוריות (צירוף שטח למוא"ז שומרון) (להודעה והשומרון) (צו מס' 2138) (הוראת שעה), התשפ"ג-2023 (להלן: "הצו" או "צו 2138"), שהוציא המשיב 1 ביום 18.5.2023 ופורסם לציבור ביום 24.5.2023. בהתאם, מדוע לא תבוטל כל פעולה שנבעה כתוצאה מצו זה, לרבות הקצאה או קידום הליכי הקצאה או תכנון או כל מהלך אחר מטעם המשיבים 1-2 ביחס למשיבה 3

(2) מדוע לא יקצו המשיבים את השטח המוגדר בסעיף 1 לצו 2138 לשימוש עבור תושבי הכפר בורקה ומועצת הכפר בורקה.

העתק מצו 2138 מצ"ב כנספת 1 לכתב עתירה זו

א. פתח דבר

1. במסגרת עתירה זו יבקש העותר מבית המשפט לבטל את החלטת המשיב 1, מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אשר החליט בניגוד לדין, בניגוד להתחייבויות מפורשות שניתנו לבית המשפט הנכבד, מתוך שיקול זר ופסול שאסור היה לו לשקול כלל, להוציא את צו מס' 2138, הוא הצו אשר מבקש לכלול חלקים מאדמות הכפר בורקה בתחום השיפוט של המועצה האזורית שומרון, היא המשיבה 3.
2. התנהלותו של המשיב 1, נועדה לקדם אינטרס פוליטי, או בשמו אחר "טעמים מדיניים" של הדרג הפוליטי, בדמות שימור נוכחות בלתי חוקית של המאחז "חומש". כל זאת, חרף שנים רבות של הפרת חוק מצד אנשי המאחז, אשר טביעות אצבעותיה ומעורבותה של המשיבה 3 בהפרת חוק בולטים ומובלטים בגאווה מזה זמן רב ובידיעה ברורה של המשיב.
3. ברם, החלטתו של המשיב 1 לשייך מספר פיסות מקרקעין שאינן רציפות, לתוך שטח השיפוט של המשיבה 3, עת מקרקעי ציבור אלה מוקפים מכל עבר במקרקעין פלסטיניים פרטיים בעיקר של תושבי הכפר בורקה, תוביל בהכרח לפגיעה באלה. על פגיעה זו עמד גם המשיב 1 בשנים האחרונות, ואך לפני שבועות ספורים במסגרת הליכים קודמים שעסקו במאחז חומש, היא העתירה בבג"ץ 2821/19 סיף נ' המפקד הצבאי ואח' [פסק דין ניתן בה ביום 2.8.23, פורסם באר"ש, תוך שהעתירה נמחקה וזכויות הצדדים שמורות להם].
4. המשיב 1, החליט על הקצאת השטח במישור המוניציפלי לידיה של המשיבה 3, בידיעה כי בהתאם להוראות הדינים הקיימים בשטח, בכך נאסר על תושבים פלסטיניים להכנס לחלקות אלה. חלקות אלה מצויות כ-"איים" בודדים במרחב של מקרקעי פרטיים, ובהתאם, נוצרת מגבלת תנועה רחבה ביחס אליהם מצד הציבור. זאת ועוד – החלטת המשיב 1 להקצאת השטח נעשתה בהתעלם ממדי ההפלייה הקיימת בהקצאת מקרקעי ציבור בתחומי הגדה המערבית – אשר במהלך 56 שנות נוכחות, הקצתה כ-99% ממקרקעי הציבור לטובת אינטרסים של ההתיישבות הישראלית, ופחות מאחז (!) לטובת האינטרסים של הציבור הפלסטיני. בכך, התעלם המשיב מצרכיהם של תושבי הכפר בורקה, והעמיק את האפלייה המובנית, הכל מטעמים של אינטרסים פוליטיים או – בשפתו, "מדינתיים", שלתושבים הפלסטיניים אין יכולת לקחת בהם חלק.
5. המשיב 1 אף החליט על ביצוע שיוך מוניציפלי זה ללא כל שימוע או פרסום מקדים, כמתחייב מנהליו שלו ומהתחייבות מפורשת שנתן לבית המשפט הנכבד לפני שנים ספורות, ואף ללא מפה המבארת את תחומי. לצד אי קיום התחייבות זו, בחר המשיב "להגניב" את החלטתו שלו, וטרם פורסמה ברבים, לאפשר למשיב 2 לקדם מהלכים ביחס לחלק מהמקרקעין בדמות קידום הרשאה לתכנון בשטח האמור. כך, המשיב 1 ביצע שורה של מהלכים פוגעניים, המנוגדים לדין החל בשטח, ולדין לו הוא כפוף, ואף לפסיקות בית המשפט הנכבד, הכל לצורך הגשמת מאווייהם וגחמותיהם של גורמים פוליטיים, אשר ביקשו לרצות את המשיבה 3. פניותיו המקדימות של העותר אל המשיבים לא זכו לכל מענה או התייחסות, גם זאת בניגוד לדין.
6. כפי שיתואר להלן, אין שלב בכל התנהלות המשיבים 1-2 אשר חפה מפגמים מנהליים וכל כולה טבול בחוסר תקינות מובהק, אשר בהתאם לפסקי דין של בית המשפט הנכבד בעבר – דינן של החלטות המשיבים 1-2 אחד הוא, והוא פסלות.
7. עתירה זו מוגשת, בלית ברירה, ומידיעה כי בעוד המשיבים 1-2 הפכו להיות עושי דברו של הדרג הפוליטי (והדברים מגובים במסמכים מטעמים כפי שאלה חתומים על ידי פרקליטות המדינה), לעותר ולשאר תושבים פלסטיניים באזור, אשר אינם משתתפים במשחק הפוליטי, אין אלא לבקש סעד מן הצדק מבית המשפט הנכבד, וזאת בהתאם לשורת הדין, הוראות הדין הבינלאומי, הוראות הדין המנהלי ופסיקותיו הענפות של בית המשפט. לכל אלה המשיבים בחרו להפנות גב.

ב. הרקע העובדתי

I – הצגת הצדדים

8. העותר הינו ראש מועצת הכפר בורקה, אשר מייצג את תושבי הקהילה של הכפר בורקה בנפת שכם, ואשר השטח המסומן במפה שאליה מפנה סעיף 1 לצו 2138 כולל את אדמותיו, לרבות אדמות פרטיות רשומות ומוסדרות של תושביו.
9. המשיב מס' 1 הוא מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אזור המצוי תחת דיני התפיסה הלוחמתית משנת 1967 (או להלן: "המפקד הצבאי"). בהתאם להוראות הדין הבינלאומי, בידי המשיב 1 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 צרכי וזכויות התושבים המוגנים באזור הנתון לתפיסה לוחמתית, ועל ניהול בנאמנות של רכוש ציבורי באזור כאמור.
10. המשיב מס' 2 הינו הממונה על הרכוש הממשלתי הפועל במסגרת המנהל האזרחי בגדה המערבית (להלן: "הממונה"). המשיב 2 מנהל את הרכוש הממשלתי באזור הגדה המערבית בהתאם לסמכויותיו על פי הצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967 (להלן: "הצו בדבר רכוש ממשלתי").
11. המשיבה מס' 3 היא המועצה האזורית שומרון, שצו 2138 עוסק בצירוף השטח כמוגדר בסעיף 1 לצו לתחום השיפוט שלה, ומשכך מייעד לה ולתושביה את השטח האמור. משיבה זה מצורפת בתור מי שקיבלה לתחום השיפוט שלה את מקרקעי הכפר בורקה, והיא עשויה להיות מושפעת מעתירה זו ותוצאותיה.

II הכפר בורקה ואדמותיו, ההתנחלות חומש ומאחז "יישיבת חומש", והעתירה הקודמת בבג"ץ 2821/19 סוף ני המפקד הצבאי ואח'

12. לפני כ-45 שנים, בשנת 1978 הוציא המשיב 1 דאז, צו תפיסה לצורך הקמת נקודת האחזות צבאית על אדמות הכפר בורקה. המדובר היה בצו תפיסה מס' ת/478 שהוצא "לצרכי בטחון הכרחיים ודחופים". תחילה הוקמה במקום היאחזות נח"ל אולם זמן קצר לאחר מכן הוקם תחתיה יישוב אזרחי לכל דבר ועניין, העונה לשם חומש, תוך שהרשויות מנסות להסתיר התנהלות זו. הסתרה זו נבעה בין היתר מפסק הדין בבג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979) (להלן: "בג"ץ דויקאט") והחלטת ממשלה מס' 145 מנובמבר 1979 שבאה בעקבותיו, אשר קבעה כי הקמת יישובים ישראלים חדשים לא תעשה על גבי מקרקעין שנתפסו לצרכים צבאיים.
13. ההתנחלות חומש עמדה על כנה עד שנת 2005. אז, כחלק מהחלטת ממשלת ישראל בדבר תכנית ההתנתקות, פונתה ההתנחלות חומש, כמו גם שלוש התנחלויות נוספות בצפון הגדה המערבית (שא-נור, כדים וגנים), לצד פינוי רצועת עזה מנוכחות אזרחית ישראלית. לצורך יישום התכנית נחקק חוק יישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005 (להלן: "חוק יישום ההתנתקות") שקבע בין היתר איסור כניסה ושהייה לישראלים בשטח מפונה (אלא בהיתר, בהתאם לתנאיו), שהפרתו מהווה עבירה פלילית שבצידה עונש מאסר שנתיים. לצד החוק, ולשם מימושו בתחומי גדה המערבית (המצויה כידוע מחוץ לגבולותיה של מדינת ישראל ולכנסת ישראל אין לגבי מקרקעין אלה סמכות חקיקה), התקין המשיב 1 את הצו בדבר יישום תכנית ההתנתקות (יהודה והשומרון) (מס' 1565), התשס"ה-2005 (להלן: "צו יישום ההתנתקות"), שקבע אף הוא את איסור הכניסה והשהייה של ישראלים בשטח המפונה שבצפון הגדה המערבית.
14. עם זאת, צו התפיסה שחל בשטח ההתנחלות חומש לא בוטל, ובעלי האדמות הפלסטינים המשיכו להיות מודרים מאדמותיהם הפרטיות- שנתרו תפוסות. בעקבות עתירה שהוגשה על ידי העותר ותושבי הכפר בורקה לבית

המשפט הנכבד עוד בשנת 2011 (בג"ץ 9389/11 ראש מועצת הכפר בורקה מר עבד אלפתאח צלאח ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח' (פורסם בנבו, 21.5.2013)), בוטל בשנת 2013 צו התפיסה מס' ת/478. בהמשך נגרע שמה של חומש מרשימת היישובים המנויים תחת תחום השיפוט של המועצה האזורית שומרון בהתאם לצו בדבר מועצות אזוריות (יהודה ושומרון) וכן ומרשימת היישובים במשרד הפנים. לכאורה, נפתחה בכך הדלת לבעלי האדמות הפלסטינים לשוב לאדמותיהם, **לאחר 35 שנים** שבהן הן היו גזולות מהם. בכך גם ביטא המשיב 1, כמי שבידיו מצויות כלל הסמכויות הבטחוניות וסמכויות כחליף הריבון, כי אין כל צורך צבאי בנוכחות בשטח.

15. כאמור לעיל, הן חוק יישום ההתנתקות והצו יישו ההתנתקות אסרו ואף קבעו איסורים פליליים על כניסה לשטח האמור. ברם, איסור הכניסה לישראלים לשטח חומש המפונה הופר תדיר על ידי ישראלים, ובמקום התקיימו שלל אירועים שונים בניגוד לדין, כבר החל משנת 2006, בארגון ובחסות המשיבה 3, ולא אחת באבטחת כוחות הצבא.

16. בפועל, התקיימה בשטח נוכחות ישראלית **בלתי חוקית**, המכונה "יישיבת חומש המתחדשת" או "יישיבת חומש", שהוקמה בשטח המפונה והאסור לכניסת ישראלים עוד בין השנים 2007-2009, שנים ספורות לאחר הפינוי במסגרת ההתנתקות, ועם השנים הלכה והתרחבה והתבססה. מטרתה המוצהרת היא לקיים נוכחות קבועה ורצופה בשטח. כמו כן, התקיימו מדיי שנה לאורך השנים גם אירועים המוניים **בלתי חוקיים** של ישראלים בשטח, כאמור. נוכחות ופעילות ישראלית זו- על האדמות הפרטיות של בעלי האדמות הפלסטינים- מנעה מבעלי האדמות הפלסטינים לשוב ולהחזיק באדמותיהם, אף לאחר שהוסר צו התפיסה כאמור בשנת 2013.

17. העותר ובעלי האדמות תושבי הכפר בורקה פנו לאורך השנים מספר פעמים למשיבים בדרישה לאכוף את החוק, למנוע אירועים מעין אלה ולמצות את הדין עם מפרי הצווים הצבאיים בשטח ומסיגי הגבול (ראו למשל במסגרת העתירה בבג"ץ 2417/15 ראש מועצת הכפר בורקה, סאמי עבד אלעזיז צאלח פרעוניה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח' [פורסם באר"ש, 2015]). זאת, ללא הועיל כיוון שאירועים רבים המשיכו להתקיים במקום ללא הפרעה, לצד נוכחות שהלכה והפכה קבועה לחלוטין של אנשי "יישיבת חומש", שמספרם גדל ואשר השתלטו באופן מוחלט על האדמות הפרטיות של תושבי הכפר בורקה, לרבות בביצוע בנייה בלתי חוקית של מבנים שונים עבור הישיבה.

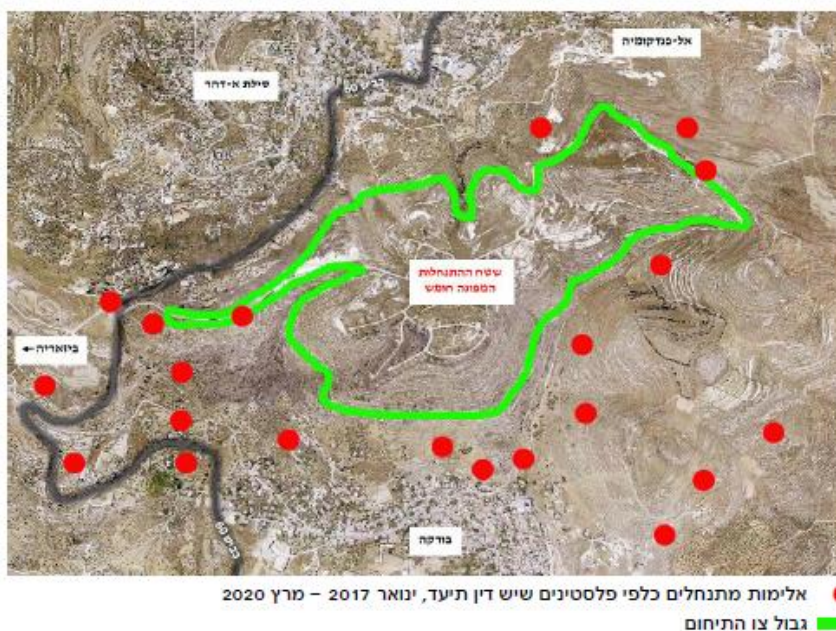
18. אי החוקיות של הנוכחות הישראלית במקום לא התמצתה בהפרת איסור הכניסה והשהייה בשטח, בבנייה בלתי חוקית ובהסגת גבול, אלא כללה גם הפעלת אלימות כלפי פלסטינים תושבי הסביבה, שכללה השחתת מבנים; ריסוס כתובות "תג מחיר"; פריצה לבתים וזריעת הרס בהם; עקירת גידולים; יידוי אבנים לעבר תושבים ופציעתם; גניבת ופציעת בעלי חיים; ירי לכיוון בתים בכפר בורקה; השחתת מצבות. לצד ההשתלטות הבלתי חוקית של אנשי "יישיבת חומש" על מקרקעי תושבי בורקה וכן האלימות התדירה של אנשיה – ללא כל מענה אפקטיבי של גורמי האכיפה- הגבירה את החשש של בעלי האדמות הפלסטינים מלנסות ולהתקרב למקום והביאה להדרתם הכפויה מאדמותיהם.

19. לאור השתת שורה של הגבלות על בעלי המקרקעין החוקיים מקרב תושבי הכפר בורקה במקום על ידי המשיב 1 מחד גיסא, והעדך אכיפה כנגד הגורמים הישראלים הפועלים במתחם המאחז "חומש" מאידך גיסא, הוגשה בשנת 2019 עתירה נוספת לבית המשפט, היא העתירה בבג"ץ 2821/19 אימאן סיף ואח' נ' המפקד הצבאי לגדה המערבית ואח' (להלן: "**העתירה הקודמת**"); פסק דין ניתן בה ביום 2.8.2023, פורסם באר"ש. עיקרי הדברים הנדרשים לענייננו מובאים להלן, אולם מטבע הדברים, ולאור העובדה כי המדובר בעתירה שהייתה תלויה ועומדת כארבע שנים, התקיימו בה 5 דיונים והוגשו כתבי בי דין, הודעות מעדכנות ותגובות, על נספחיהם, לא מובאים בה מלוא המסמכים, אשר אינם נדרשים לטענות והעילות המופיעות בעתירה הנוכחית.

20. העתירה הקודמת דרשה את ביטול ההגבלות השונות שהושתו על בעלי המקרקעין הפלסטינים במתחם; את אכיפת הדין ביחס לגורמים הישראלים הנמצאים בשטח בניגוד לחוק יישום ההתנתקות וצו יישום ההתנתקות, בין אם במישור הפלילי ובין אם במישור המנהלי של פינוי הבינוי הבלתי חוקי הקיים במתחם. כל זאת בהתאם לחובות המשיבים בין על פי חוק יישום ההתנתקות, צו יישום ההתנתקות, הצו בדבר מבנים בלתי מורשים ("צו תיחום") שהוצא למתחם על ידי המשיב 1, ודיני התכנון הבנייה החלים בשטח.
21. בתגובות המשיבים לעתירה הקודמת הודו אלה כי השטח רווי הפרות דין מצד גורמים ישראלים שונים, אשר יוצרים חיכוכים רבים מול האוכלוסייה הפלסטינית במרחב, וכי אלה אף פועלים נגד כוחות הביטחון ורשויות האזור לא אחת. מנגד, חלק מתגובות אלה נמסרה הודאה של המשיבים כי למעשה כוחותיו של המשיב 1 שיתפו פעולה, ואפשרו – מי במודע ובהעלמת עין – את הנוכחות הישראלית בשטח.
22. בהקשר זה חשוב לעמוד על מעמדה של המשיבה 3, המועצה האזורית שומרון, כמי שפעלה באופן אינטנסטיבי בעשור האחרון בארגון, סיוע, קידום ונוכחות בשלל ארועים שונים שהתקיימו בשטח, כחלק מתפיסת העולם האידאולוגית שלה ושל העומדים בראשה לביטול חוק יישום ההתנתקות וביטול תכנית ההתנתקות כולה. המשיבה 3 יזמה שלל ארועים שונים, חלקם בעלי נוכחות של מאות ואלפי אנשים בשטח האסור בכניסה, בחגי ישראל השונים; בארועים שונים שהתקיימו בשטח לציון מועדים שונים; בארגון של כניסות רבות של ישראלים, עיתונאים, מעצבי דעת קהל, חברי כנסת וכו', לצורך קידום מטרותיה האידאולוגיות, והמוניציפליות כאחד. כל אלה היו כרוכות בהפרות חוק ישירות או מעורבות עקיפה ותמיכה בהפרות חוק של גורמים אחרים, תוך נסיון להיבנות מהאתגן הפוליטי הנלווה לכך.
23. כאן המקום לציין כי במקרים רבים, אם לא בכולם, לצורך קיומם של ארועים בלתי חוקיים אלה, המשיב 1 הטיל עוצר על הכפר בורקה ותושביו, לא אחת גם על דרך של חסימת דרכי הכניסה והיציאה מהכפר, השתת הגבלות רבות על תושביו ועל תושבי הכפרים השונים, ובמקרים מסויימים אף התנכלויות לתושבי הכפר ורכושם מצד אותם נציגי הרשויות.
24. בעתירה התקיימו 5 דיונים שונים, במסגרתה עקב בית המשפט אחר אופן מימוש התחייבויות השונות באפיקי העתירה הנוגעים למרכיבי (אי) אכיפת החוק על ידי המשיבים וכן על המתרחש בשטח בפועל כפי שנמסר בין היתר על ידי העותרים.
25. כאמור, לאורך חייה של העתירה הקודמת, מסמכים רבים שהוגשו לבית המשפט, הן מטעם העותרים והן מטעם **משיבי המדינה עצמם** – מתעדים את נוכחות "ישיבת חומש" בשטח בניגוד לחוק ואת התנהלותה העבריינית. התנהלות זו כללה הפרת חוק גלויה ומוצהרת ואף התפארות בהפרת החוק ושידול אחרים לה, בינוי בלתי חוקי נרחב, סיכול פעולות אכיפה נקודתיות שכן ננקטו על ידי גורמי האכיפה (כגון הקמה מחדש של מבנים שפונד), מעשי אלימות קשים ביותר כנגד פלסטינים – הן כנגד רכושם והן כנגד שלמות גופם, ואף כנגד כוחות הביטחון. גם פניות אינספור מטעם העותרים בעלי האדמות לגורמים שונים מתעדות פעולות בינוי בלתי חוקי במקום, אירועי אלימות שיצאו ממאחז "ישיבת חומש", וכן קיומם של אירועים המוניים רבים במקום תוך הפרת חוק המונית-שנעשית בצורה מאורגנת וגלויה בהובלת ראש "ישיבת חומש" אלישמע כהן וכן גורמים מטעם המשיבה 3 והעומד בראשה, מר יוסי דגן, ותוך אבטחה וליווי מפרי החוק על ידי הצבא.

26. בין לבין, פורסם בשנת 2020 הדו"ח "עולם הפוך"¹, המתייחס לנסיגותיהם של תושבי הכפר בורקה לשוב לאדמותיהם לאורך השנים ואת ההשתלשלות ההיסטורית של הנוכחות הישראלית במקום, מתוארים בפירוט תיעוד של כ-21 פעולות אלימות שיצאו מתחום המאחז חומש בין ינואר 2017 למרץ 2020, כנגד פלסטינים באדמות ובכפרים הסמוכים. מובן שמדובר במספר חלקי שמייצג רק את האירועים שתועדו ונבחנו, ולא את כלל אירועי האלימות שהתרחשו. מיקום אירועי האלימות הוצגו במפה בדו"ח האמור (עמ' 17), כמובא להלן:

מיקום המקרים על המפה מראה שמרביתם המוחלט של אירועי האלימות התרחשו מחוץ לשטח ההתנחלות המפונה - באדמות חקלאיות, בכבישים ואף בבתי מגורים. האלימות, ההתנכלויות וההפחדה היוצאות מחומש, מיועדות להטיל אימה על הפלסטינים, להשתלט על אדמותיהם ולהרחיב בכוח הזרוע את אזור השליטה של המתנחלים.



27. לאחר מכן, בין השנים 2020-2021 מצבם של התושבים הפלסטינים בסביבת מאחז חומש רק הורע יותר. בפרט, לאחר שבחודש דצמבר 2021 נרצח בסמוך לשטח המאחז האסור לכניסת ישראלים יהודה דימנטמן- שנמנה על אנשי המאחז "ישיבת חומש" ששהים במקום. האירועים בהם נכנסים, מבקרים ושוהים ישראלים רבים נוספים בשטח במסגרת פעילות "ישיבת חומש", הלכו ותכפו, וכך גם מעורבתה של המשיבה 3. המדובר היה אירועים המוניים רבים שבהם נכנסים לעיתים מאות ואלפי ישראלים למקום, ולא אחת נלווה להם תקיפות אלימות מצד ישראלים שיוצאים מהשטח לתוך הכפר בורקה הסמוך וזורעים אימה, הרס ופגיעות בנפש וברכוש.

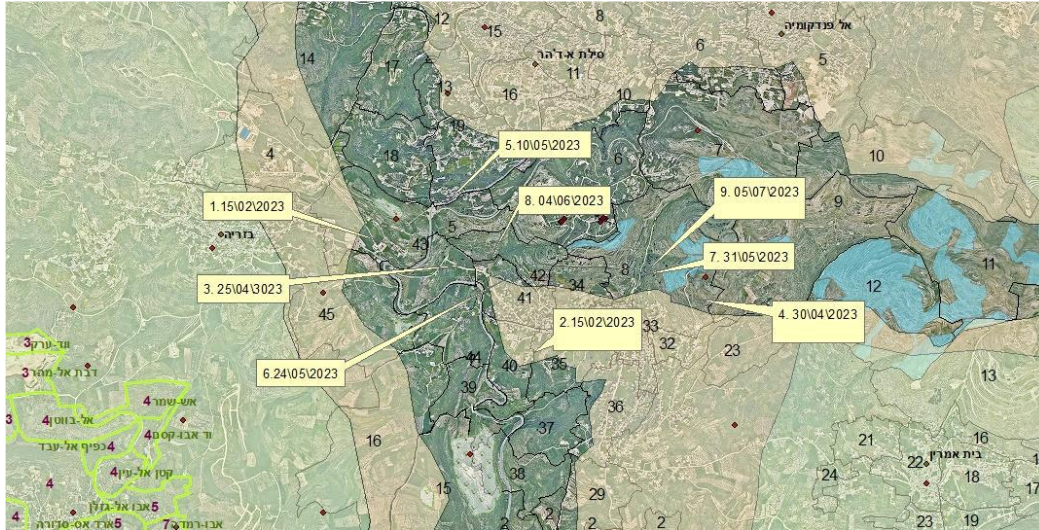
28. במהלך ימי חייה של העתירה הקודמת משיבי הרשויות התחייבו בפני בית המשפט פעם אחר פעם כי דין המאחז חומש על הנוכחות הבלתי חוקית הקיימת בו להיות מפונה, והשאלה היחידה שעל הפרק הינה עיתוי ואופן הפינוי. יוער, כי גם לאחר הרצח של אחד מתלמידי ישיבת חומש כפי שארע במהלך שנת 2021, עמדת המשיבים הייתה כי דין המתחם להיות מפונה.

29. במסגרת הדיון שהתקיים ביום 2.1.2023 בעתירה הקודמת, שינו המשיבים את עמדתם, המתכחשת להתחייבויות המפורשות שניתנו לבית המשפט על ידם, וזו נובעת מהקמת הממשלה החדשה, ועמדת הדרג המדיני הנכנס אשר ביקש לבחון נוכחות ישראלית קבועה בשטח לצורך "לימוד תורה", והכל ב-"התאם להוראות הדין".

¹ קישור לדו"ח "עולם הפוך" מספטמבר 2020: https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/files.yesh-din.org/burqa_homesh_2020/Olam+Hafuch_HEB.pdf; למען הגילוי הנאות ייאמר כי ארגון "יש דין" מעניק סיוע משפטי לתושבי הכפר בורקה בנושאים הקשורים למאחז ולאירועים האלימים המתקיימים בגזרתו ומופנים כלפיהם.

30. לאחר הדיון החמישי בעתירה, הוצא צו על תנאי, אשר מורה למשיבים מדוע לא יפנו את כל הבינוי בתחום צו התיחום אשר נבנה על ידי מי שאינו בעל הזכויות ומדוע לא ינקטו בכל האמצעים הנדרשים לצורך מתן זכות גישה לתושבי הכפר בורקה לאדמותיהם.

31. כפי שהעותרים אף עדכנו במסגרת הליכי העתירה הקודמת, בין חודש ינואר 2023 (המועד בו הוצא הצו על תנאי בעתירה) ועד חודש יולי 2023 (המועד בו הוגש כתב התשובה כמענה לצו על תנאי בעתירה), נמשכו פעולות רבות של אלימות, התרסה, פגיעה ברכוש ובנפש מקרב גורמים ישראלים המצויים במאחז כלפי תושבי הכפר בורקה²:



III – שינויים נורמטיביים שארעו בנוגע לשטח מושא העתירה

32. לאחר הדיון החמישי והצו על תנאי שהוצא בעתירה הקודמת, ארעו שורה של שינויים שהתרחשו בשטח האמור.

33. כך, ביום 21.3.2023 עבר בכנסת תיקון מס' 7 לחוק יישום ההתנתקות (להלן: "תיקון חוק ההתנתקות"), אשר מבטל את סעיפי איסור הכניסה והשהייה לישראלים ביחס לשטחים שפוננו בהתנתקות בצפון הגדה המערבית-רבות השטח שבו שכנה ההתנחלות "חומש" המפונה, ושב שוכן המאחז של "ישיבת חומש", לצד ביטול העבירה הפלילית שנקבעה להפרת האיסור. כמו כן, בוטל סעיף המאפשר למדינה לפנות מהשטח מיטלטלין ששייכים לישראלים ונמצאים בשטחים האמורים. בנוסף, נקבע שלא יחול הסעיף שקובע ביטול זכויות של ישראלים לגבי

² להלן פירוט הארועים המופיעים במפה: (1) ביום 15.2.23 בסמוך לצומת הכפרים ביזאריית-סילת א-דה'ר אשר שמוך למתחם העליה למאחז, הגיעה קבוצת ישראלים למתחם חנות הסמוך לאזור והחלה לגרום נזקים לרכוש לרכבים שהיו במתחם; (2) ביום 15.2.23 הגיעו מספר ישראלים אל הכפר בורקה, וידדו אבנים אל מבנה מגורים הסמוך לבית הספר המקומי, תוך גרימת נזק רב; (3) ביום 25.4.23 קבוצת ישראלים התקרבה מכיוון המאחז אל מבני הכפר בורקה המצויים בפאתי הכפר והחלו ליידות אבנים אל המבנה. כוחות הצבא שהיו נוכחים בשטח לא מנעו את הארוע ובעיקר היו עסוקים בלהפריד בין הישראלים שנכנסו לכפר ובין תושבי הכפר הפלסטינים שניסו להגן על רכושם; (4) ביום 30.4.23 סמוך למבנה המצוי בקצה השכונה המזרחית של הכפר בורקה, תקפה קבוצת ישראלים באלות תושבים פלסטינים שהיו עסוקים בפעילות חקלאית הסמוכה לביתם. הישראלים חזרו לאחר הארוע אל המאחז. אחד החקלאים נזקק לטיפול רפואי ואשפוז בבית חולים לאחר שנגרמו לו שברים באף וביד, לצד חבלות בעיניים ובגפיים. תלונה שהוגשה למשטרה נסגרה בתוך ימים ספורים בעילה של "עברייני לא נודע"; (5) ביום 10.5.23 בצומת הסמוך לציר העליה למתחם המאחז, עמד רכב ישראלי וממנו יצאו שורה של ישראלים אשר השליכו אבנים על רכב פלסטיני סמוך, וכתוצאה מכך נופצו שמשותיו. הארוע התרחש סמוך לקבוצת חיילים ששהו במקום ולא מנעו את הארועים; (6) ביום 24.5.23 הוצת דיר טלאים של תושב הכפר בורקה על ידי ישראלים אשר לוו בכוחות צבא, והיו עסוקים בלהפריד בין הישראלים שנכנסו לכפר ובין הפלסטינים שניסו להגן על רכושם, ומשכך נמנע מתושב הכפר לכבות את האש. כתוצאה מכך נשרפו למוות 6 טלאים ונגרם נזק רב לדיר ולמטע עצי הפרי הסמוך. כמו כן נופצו שמשות רכב שנסע בסמיכות וניסה לסייע בכיבוי האש; (7) ביום 31.5.2023 מספר ישראלים הגיעו אל בית הקברות של הכפר בורקה, אשר חלק ממצבותיו נותצו במסגרת פרעות בכפר שארעו בתחילת שנת 2022 על ידי ישראלים שהגיעו מכיוון המאחז. אחד מהישראלים ביצע ירי חי לכיוון רכב חקלאי של תושב הכפר הסמוך, ולאחר שנהג הטרקטור נס אל מבני הכפר גילה כי הרכב החקלאי הושחת ללא היכר; (8) ביום 4.6.23 עשרות ישראלים הגיעו מכיוון המאחז, חלקם חמושים באלות ומקלות והחלו משליכים אבנים על ביתו, מנתצים את שמשות רכבו ואף ביצעו שימוש בנשק חם בדמות יריות באוויר. לאחר מכן הרכב הוצת על ידי חלק מקבוצת הישראלים; (9) ביום 5.7.23 הגיעו מספר ישראלים אל הכפר בורקה והחלו להשליך אבנים על רכבים לפגוע בעצי פרי ולהשחית רכוש. כמו כן נפגע מבנה בו התגוררו משפחה מתושבות הכפר אשר בעקבות ארועים אלה נאלצו לעבור להתגורר במקום אחר. לאחר הארוע האלים, הגורמים הישראלים שבו אל שטח התחום המתוחם.

מקרקעין המנוהלים ע"י הממונה- המשיב 3- בשטחים האמורים, בכל הנוגע לזכויות שהתגבשו החל מפרסום התיקון לחוק ההתנתקות או לאחריו.

34. בהמשך לכך, ביום 18.5.2023 הוציא המשיב 1 את הצו בדבר יישום תכנית ההתנתקות (ביטול ביחס למרחב חומש) (יהודה ושומרון) (מס' 2137), התשפ"ג-2023 (להלן: "**צו ביטול ההתנתקות בחומש**"). הצו מתקן את צו יישום ההתנתקות משנת 2005, ולמעשה מחיל את שנקבע בתיקון חוק ההתנתקות (ביטול איסור שהיית ישראלים והעבירה הפלילית, ביטול סמכות המדינה לפנות מיטלטלין של ישראלים, האפשרות של ישראלים לרכוש זכויות במקרקעין שמנהל הממונה)- **במתחם שכולל את השטח שבו שכנה ההתנחלות המפונה "חומש" וכן שטחים נוספים בסביבתה- כפי שנקבע במפה שצורפה לצו**. זאת, לצורך מימוש תיקון חוק ההתנתקות ביחס למתחם האמור, שכן המשיב 1 הוא בעל סמכויות החקיקה בשטח זה. במסגרת צו ביטול ההתנתקות בחומש, נקבע גם כי הצו בדבר איסור העתקת מקום מגורים (יהודה ושומרון) (מס' 1556), התשס"ה-2005, שאוסר על ישראלי להעתיק את מקום מגוריו למקום מפונה – לא יחול לגבי אותו מתחם שהוגדר במפה. עם זאת, צו זה קובע במפורש בסעיף 4(א) כי אין בכוחו לבטל או לגרוע מסמכויות המשיב על פי צו התיחום.

35. באותו מועד, ביום 18.5.2023, הוציא המשיב 1 שני דברי חקיקה נוספים ביחס לאזור שבו שכנה ההתנחלות "חומש". הראשון הוא "הכרזה בדבר סגירת שטח (איסור כניסה ושהייה) (חומש) (מס' סז/02/23)", התשפ"ג-2023 (להלן: "**הכרזת סגירת שטח**"). הכרזת סגירת השטח קובעת כי השטח המסומן במפה שצורפה לה – מהווה שטח הסגור לכניסת ושהיית ישראלים, **למעט** מי שקיבל היתר מטעם המשיב 1, כוחות הביטחון ו"תושב קבוע בשטח" – ללא שהוגדר במי מדובר. תוקף ההכרזה נקבע עד ליום 30.1.2024.

36. **דבר החקיקה השני של המשיב 1 מאותו מועד הוא צו 2138 שבמוקד עתירה זו.**

37. מדובר בצו בדבר ניהול המועצות האזוריות (צירוף שטח למוא"ז שומרון/יהודה ושומרון/צו מס' 2138)(הוראת שעה), התשפ"ג-2023, אשר קובע כי השטח המוגדר בסעיף 1 בו- יצורף לתחומה של המועצה האזורית שומרון- המשיבה 3.

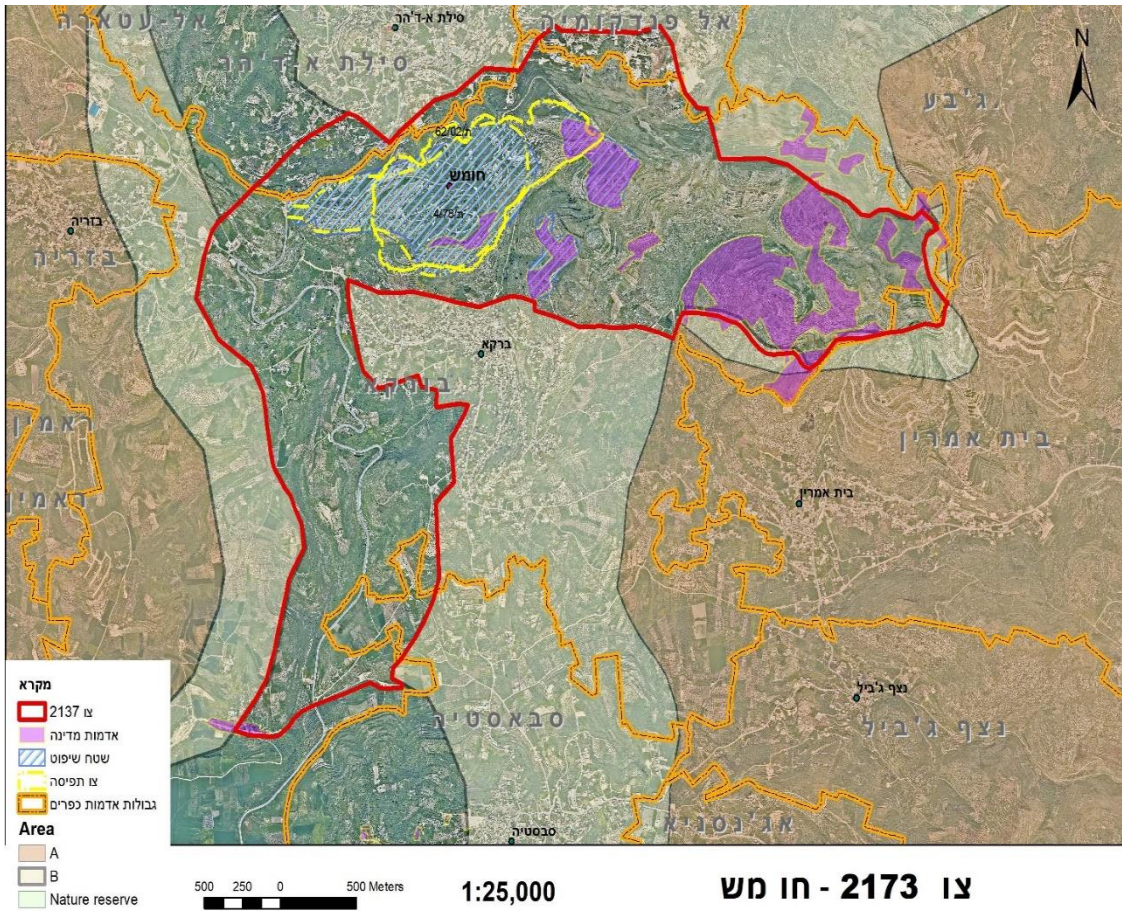
38. באופן חריג – נעדר כל תקדים – הצו נעדר מפה המלווה אותו ומבהירה את גבולותיו. תחת זאת, הצו קובע מעין הגדרה טאוטולוגית, הנשענת על הלחמות ופרוייקט מיפוי שנדרש מהמבקשים לדעת את תחומי המשיבה 3 על פי הצו. כך מורה סעיף 1 לצו 2138:

1. על אף האמור בכל דין, אני מורה כי השטח המסומן במפה המצורפת לצו בדבר יישום תוכנית ההתנתקות (ביטול ביחס למרחב חומש) (יהודה ושומרון) (מס' 2137), התשפ"ג-2023, למעט קרקעות בבעלות פרטית שאינן בתחום ישוב (להלן - **המפה**) יצורף לתחומה של המועצה האזורית שומרון.

39. כלומר, הצו קובע כי תחום השיפוט הינו זה המופיע במפה הנלווית לצו היישום, וזאת תוך **גריעה** של קרקעות בבעלות פרטית שאינן בתחום יישוב. ברם, אין כל צו או מפה אשר מגדירים מהם "קרקעות פרטית שאינן בתחום יישוב", ולמעשה הצו האמור יוצר עמימות רבה באשר לתחום השיפוט החדש של המועצה האזורית.

40. במסגרת כתב התשובה שהגיש המשיב 1 ושאר המשיבים במסגרת העתירה הקודמת, כפי שהוגש ביום 7.7.2023 והומצא לעותרים באופן מלא על נספחיו רק ביום 12.7.2023, הובהר כי השטח שצורף במסגרת צו 2138 לתחום השיפוט של המשיבה 3, כולל את האדמות הציבוריות שבמתחם הנרחב שהוגדר בצו ביטול ההתנתקות בחומש (אשר כולל, כאמור, שטחים נרחבים הרבה יותר מהשטח המקורי של ההתנחלות "חומש" שהיה לפני פינויה בתחום השיפוט של המשיבה 3). המדובר על כ-8 חלקות או חלקי חלקות – **בלתי רציפות**, אשר מצויות **בתוך** אדמות הכפר בורקה- שהעותר הוא ראש המועצה שלו, וסביבן כפרים פלסטינים נוספים: בית אמרין, ג'בע, אל פנדקומיה, סילת א-ד'הר, ובזריה.

41. להלן מפה שמראה את האדמות שצורפו בצו 2138 לשטח המשיבה 3 (האדמות שבצבע סגול במתחם התחום בקו אדום) ואת סביבתן :



42. כפי שניתן לראות, אותן אדמות ציבוריות שצורפו במסגרת צו 2138 לתחום המשיבה 3 – ומשכך סגורות למעבר וכניסת פלסטינים (כפי שיפורט להלן), הן חלקות שמהוות "איים" קטנים ונפרדים, לא רציפים, שסביבן אדמות פלסטיניות פרטיות- רשומות ומוסדרות.

43. ייאמר, כי על פי נהלי המשיב עצמו, כפי שפורסמו (בנוסחם המעודכן מחודש דצמבר 2020), במסגרת ה"נוהל לקביעת תחומי ישובים ישראלים באיו"ש (תחומי שיפוט) - הגדרה חדשה/ תיקון/ הרחבה", צירוף מפה לכל קביעה כאמור מתחייבת מהנוהל (ראו סעיפים 1(ו) וכן 3(ג) ו-3(ה)) לנוהל הנוגעים לאופן הכללת מקרקעין. העתק מנוהל זה מצ"ב **כנספח 2**.

44. כלל צווים אלה פורסמו באופן מלא ונגיש לציבור רק ביום 24.5.2023, באתר האינטרנט של משרד תיאום הפעולות בשטחים (המתפ"ש). העתק מעמוד האינטרנט של המתפ"ש המתאר את הפרסום האמור מצ"ב **כנספח 3**.

45. ברם, יום לפני כן, ב- 23.5.2023, ועוד טרם ידוע לאשורם מלוא תוכן הצווים והיקפם, וכחלק ממחטפי של המשיבים והתנהלותם הבלתי תקינה, הורה המשיב 2, הממונה על הרכוש הממשלתי, לאפשר למשיבה 3 לקדם תכנון ביחס לאחת מהחלקות במתחם החדש, היא חלקה 66 בגוש 8. הרשאה זו לא פורסמה ברבים, ותוקפה היה מייד. על פי הנמסר מאת המשיבים במסגרת העתירה הקודמת, בעקבות הרשאה זו החלה המשיבה 3 לנקוט פעולות לקידום תכנון ביחס למתחם. מידע זה הובא לידעת העותרים רק במסגרת כתב התשובה לעתירה הקודמת אשר הומצא להם כדבעי, על נספחיו, רק ביום 12.7.2023.

העתק ממכתבו של המשיב 2 אל המשיבה 3 מיום 23.5.2023 מצ"ב כנספח 4.

46. מעבר לכך שצו 2138 לא כולל מפה המתארת את תחום השטח שעליו הוא חל, הוא אף הוצא, בחשכת הלילה, כגנבים בחושך, ללא פרסום קודם למי שעשוי להיפגע ממנו – בפרט בעלי האדמות ותושבי הסביבה הפלסטינים, כולל מועצות הכפרים שבסביבת השטח (שמועצת הכפר בורקה, שהעותר עומד בראשה, נמנית עליהן) – באופן שמאפשר זכות טיעון ושימוע כנגד הצו. לפי סעיף 3 לצו, שעניינו "פרסום", הצו דווקא כן נתלה במשרדי המשיבה 3, המועצה האזורית שומרון, לידיעתה ועוד טרם שפורסם באופן פומבי, מיהר המשיב 2 לאשר למשיבה 3 לקדם "באופן מיידי" הליכי תכנון לשטח.

47. גם במקרה זה, התנהלות המשיב הינה בניגוד גמור להתחייבות שניתנה על ידו לבית המשפט הנכבד בעבר. כך, במסגרת העתירה בבג"ץ 5073/17 ראש מועצת הכפר ג'אלוד ואח' נגד המפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', נמסרה התחייבות מפורשת של המשיבים, כי היכן ששינוי של תחום שיפוט עשוי לפגוע באינטרסים של בעלי זכויות פרטיים במרחב, תעשה אליהם פנייה מקדימה עובר לאישור תחום השיפוט. התחייבות זו אף עוגנה בנוהל תחומי שיפוט הנזכר לעיל.

העתק מכתב התשובה של המשיבים במסגרת בג"ץ 5073/17 הנזכר לעיל מיום 7.1.2018 מצ"ב כנספח 5.

48. ייאמר כבר כעת – הכללת שטח בתחומי הגדה המערבית בתוך תחום שיפוט של מועצה אזורית ישראלית דוגמת המשיב 3 יוצרת מניה וביה מצב של איסור כניסה של פלסטינים לשטח המצוי בתחום שיפוט זה. זאת, בהתאם לצו בדבר הוראות בטחון (יהודה ושומרון)(מס' 378), התש"ל-1970, – הכרזה בדבר סגירת שטח (יישובים ישראלים) אשר אוסרת קטגורית במסגרת הצו בדבר הוראות בטחון על כל כניסה של מי שאינו ישראלי לתחומים אלה, למעט יחידי סגולה בעלי היתר כניסה (אשר ככלל נועד לאפשר לתושבים פלסטינים לשמש כעובדים בהתנחלויות האמורות, ותו לא).

העתק מהוראות ההכרזה משנת 2002 אשר עודנה בתוקפה מצ"ב כנספח 6.

49. אבחנה בינארית זו קובעת קטגורית כי כלל המקרקעין אשר הינם בתחומי מועצות אסורות כנסית פלסטינים ואף מהווה עבירה פלילית על פי הוראות הדין הפלילי באזור כפי שאלה קבועות בצו בדבר הוראות בטחון. מעבר לעובדה כי בכך נוצר טעם עצמאי להבהרה מלאה וברורה של תחומי המפה של תחום השיפוט החדש ולא להסתפק בהגדרות מעורפלות אשר עשויות להיות פתח לאי בהירויות שונות.

50. זאת כמובן מעבר לעובדה כי בכך נגרעו שטחי מקרקעין משמעותיים מאפשרות הכניסה, התנועה והשימוש של תושבי הכפר בורקה ושאר כפרי הסביבה, כאשר המדובר באיי מקרקעין בודדים המצויים בשטח נרחב בעל סיווג חקלאי נרחב. יצירת אקסטרטוריה כזו עבור פלסטינים הינה תוצאה ישירה של החלטתו של המשיב 1 אשר התקבלה ללא כל בחינה שמיעת עמדת העותר ושאר תושבי כפרי הסביבה.

VI - הפרת החוק על ידי המשיבים בהנחיית הדרג המדיני, תשובת משיבי המדינה בבג"ץ 2821/19 ופסק הדין בעתירה הקודמת מיום 2.8.2023

51. לשלמות התמונה ביחס לשטח האמור, יצוין כי ביום 25.5.2023 זיהו ותיעדו תושבי הכפר בורקה פעולות בנייה בלתי חוקיות בשטח מושא העתירה הקודמת. מייד עם גילויין של אלה, פנו אלה אל המשיבים ובאות כוחן במסגרת ההליכים של העתירה הקודמת. העתק מפנייה זו מיום 25.5.2023 מצ"ב כנספח 7.

52. בהמשך, כפי שהתגלה במסגרת כתב התשובה שהוגש על ידי המשיב 1 ושאר המשיבים בעתירה הקודמת, הייתה זו המשיבה 3 אשר עמדה מאחורי הבינוי הבלתי חוקי האמור, אשר נעשה חרף ידיעתה הברורה כי המדובר בבינוי בלתי חוקי המצוי בשטחו של צו התיחום. כפי שעולה מהפירוט שהופיע בכתב התשובה של המשיבים, הייתה זו

הנחיה – בלתי חוקית של הדרג המדיני – לרמטכ"ל ומשם הרמטכ"ל המשיך ל-"שרשר" באי החוקיות אל המשיב, על מנת להתיר ולאפשר את הצבת המבנים הבלתי חוקיים בשטח. מעורבותה זו של המשיבה 3 חוברת לשלל התנהלויות אחרות העוסקות בפעילות בלתי חוקית מתריסה, פוגענית, אשר גוררת את חיילי צה"ל לשמש כמגן אנושי מפני גחמותיה הפוליטיות.

53. התנהלות זו מהווה המשך ישיר של פעילותה של המשיבה 3 לאורך השנים ביחס למתחם – פעילות אשר כל כולה הפרות חוק מודעות, וסיוע להפרות חוק של אחרים, מטעמים אידאולוגיים מוצהרים.

54. המשיבים הסתפקו במענה לפנייה זו של העותר מיום 25.5.23 במענה לאקוני כי הנושא מוכר להם וכי בקרוב עתיד להתקיים סיור בשטח. העתק מתשובה זו של המנהל האזרחי מיום 5.7.2023 מצ"ב כנספח 8.

55. למען שלמות התמונה ייאמר כי בהמשך, עת עלו החשדות למעורבות ישירה של המשיב 1 וגורמים אחרים, לרבות גורמים בכירים בדרג המדיני במעורבת בהפרת הדין, שידול להפרת הדין וסיוע לה, בוצעה פניה אל היועצת המשפטית לממשלה לפתוח בחקירה בהקשר האמור.

56. ביום 7.7.23 כאמור הוגש כתב התשובה של המשיבים בעתירה הקודמת (אשר כאמור הומצא כדבעי לעותרים ביום 12.7.2023), במסגרתו טענו המשיבים כי בשל השינויים שחלו בשטח, הן התמורות המשפטיות והן הבינוי החדש שבשטח אשר מצוי כעת על מקרקעי הציבור שהוקצו למשיבה 3, הרי שתמורות אלה עשויות להשליך על הצו על תנאי שהוצא ואין כל מקום להתערבות בית המשפט הנכבד. עוד הציעו המשיבים כי יעדכנו בתוך פרק זמן של כ-10 חודשים באשר להליכי התכנון בשטח אשר אמורים להוות הסדרה תכנונית של הבניה הבלתי חוקית החדשה בשטח, אותה בניה שהמשיבה 3 ביצעה תוך מעורבות ישירה של המשיב 1, בסיועו ותוך הרתמותו להפרת הדין.

העתק מכתב התשובה של המשיבים בעתירה בבג"ץ 2821/19 מיום 7.7.23 על נספחיו מצ"ב כנספח 9.

57. בעקבות כתב התשובה האמור וכן תשובת המשיבים לבקשה למתן פרטים נוספים הגישו העותרים בעתירה הקודמת את תגובתם והתייחסותם לאמור בכתב התשובה ולמתרחש בשטח. לתגובת העותרים צורפו, באופן חריג, גם שני תצהירים של שני אלופי פיקוד מרכז לשעבר, האלוף (במיל') ניצן אלון אשר שימש בתפקיד בין השנים 2012-2015 וקודם לכן שימש כמפקד אוגדת איז"ש, וכן האלוף (במיל') גדי שמני, אשר שימש בתפקיד בין השנים 2007-2009 (להלן: "תצהירי האלופים"). בכתב תשובה זה פרטו העותרים מדוע לשיטתם אין לקבל את עמדת המשיבים ומדוע יש להפוך את הצו על תנאי למוחלט, הן באשר לבינוי המצוי על מקרקעי ציבור, הן באשר להשלכות על מקרקעין פרטיים, והן באשר לזכות התנועה וחופש התנועה של תושבי הכפר בורקה.

כפי שמפורט בתצהירי האלופים, הנוכחות הישראלית בשטח, כפי שהיא מצויה כיום וכפי שתמצא בעתיד בתחום שסונף לתחומה של המשיבה 3, תוביל בהכרח לפגיעה בזכויות הקניין וחופש התנועה של התושבים הפלסטינים במרחב. כך קבע האלוף במיל' ניצן אלון, אשר במהלך תקופתו כאלוף הפיקוד הוחלט על ביטול צו התפיסה שהוצא לחומש בשנת 1978, באשר לסיכונים הבטחוניים מהקמת נקודת יישוב ישראלית בטבור מרכז אדמות פלסטיניות, וכיצד ברור כיצד זו תשפיע על זכויותיהם של התושבים הפלסטינים במרחב:

"6. מבחינה ביטחונית גרידא, אני מתקשה לראות כיצד האזור נדרש לצרכים בטחוניים על דרך של מיקום נקודת יישוב אזרחית דוגמת זו המתוארת בכתב התשובה. קיומה של נקודת התיישבות בלתי חוקית זו במהלך השנים האחרונות יצרה – כך גם לפי עמדותיהם של גורמים בצבא כפי שהביעו אותה במסגרת כתבי הטענות שהוגשו על ידי המדינה במסגרת התשובות לעתירה – שורה של אתגרים, בין היתר לנוכח שורת תקריות אלימות שחלקן הופנו גם כלפי כוחות הביטחון.

7. זאת ועוד – הקמת נקודת היישוב האמור תוביל מעצם קיומה, לצורך והחובה לקיים מערך הגנתי בדמות נקודות תצפית, נקודות שמירה, הקמת נקודת צבאית המאבטחת את תא השטח המצוי בתווך שבין מספר כפרים פלסטינים (בורקא, סילת א-דהר, פונדוקמיה), בתוך שטח שחלקו הררי וחלקו חקלאי, באופן שיוביל להתפרשות צבאית נרחבת. זאת תעשה כפי הנראה על גבי מקרקעין פלסטינים במרחב, באופן שיוביל לפגיעה בקניינם ו/או הגבלת זכות התנועה שלהם בשטח, אשר ממילא הייתה חסומה בשנים האחרונות.

8. עיינתי בכתב התשובה והתצהירים הנלווים אליו, וקשה היה שלא להבחין כי המשיב 1 לעתירה, מפקד כוחות צה"ל באזור, האלוף יהודה פוקס, אינו חתום על אף אחד מהסעיפים בתצהיר הנוגעים לחשיבותה או נחיצותה של הקמת נקודת היישוב באזור. כיוון שמפקד כוחות צה"ל באזור הינו חליף הריבון, הרי שכל החלטה כאמור לכל הפחות צריכה לכלול את עמדתו המפורשת לרבות הקשיים עמה החלטה כאמור עשויה להתמודד במובן הבטחוני, וכן השלכותיה על האוכלוסייה הפלסטינית במרחב, זכויות התנועה שלה וזכויות הקניין שלה.

9. משכך, על סמך ניסיוני והיכרותי עם הגזרה האמורה וכן הכרותי עם האתגרים הבטחונים והאחרים הקיימים בה, מול שלל קבוצות האוכלוסייה הקיימות במרחב, עמדתי היא כי הקמת נקודת היישוב לא רק שלא תורמת לבטחון האזור אלא אף מערימה שורה של קשיים ועשויה ליצור בעצם הקמתה של נקודות חיכוך שיגבירו את המתח באזור ויפגעו בחובת המפקד הצבאי לשמור על הסדר הציבורי, בהתאם לתקנה 43 לתקנות הנלוות לאמנת האג. תא השטח המצומצם האפשרי מחד גיסא, המצאו בין מאות דונמים של מקרקעין פרטיים רשומים על שמם פלסטינים באזור, וכן המצאו בריחוק מכל נקודת התיישבות ישראלית קיימת, בין שורה של כפרים פלסטינים וסמוך לערים כמו ג'נין ושכם, יש בכל אלה כדי להוות נטל בטחוני משמעותי. "

58. האלוף (במיל') גדי שמני, אשר מחזק ומאשר את קביעותיו של האלוף במיל' אלון, מוסיף את הדברים הבאים בתצהירו –

"4. אני סומך ידי ומסכים לכל האמור בתצהירו זה, הן באשר לממד האופרטיבי של אופן הקמתה של נקודת התיישבות אזרחית חדשה, הסיכונים הביטחוניים העולים ממנה, העדר הצורך הצבאי, והפוטנציאל הגלום בהפרת הסדר הציבורי בהקמתה של נקודה כאמור, והן באשר לחלקו השני של התצהיר העוסק בהנחיות הדרג המדיני לכוחות הצבא להתיר את הפרת הדין מטעמיו של הדרג המדיני.

5. אני סבור כי הקמתה של נקודת התיישבות האמורה, בלבם של מספר כפרים פלסטינים, מנוגדת לאופן בו הצבא מתעדף את קיומם של היישובים הישראליים באזור, אשר אמורה להיות מרוכזת ולא מבוזרת באופן שמקשה על כוחות הבטחון ושאינו מקנה כל יתרון מבצעי כלשהו. העדר שיתוף של הצבא בקביעת המיקום מנוגד לכל נוהל הנדרש בנסיבות המוכרות לי, ובהעדר החלטת ממשלה סדורה שניתנה לאחר עבודת מטה יסודית שכללה את עמדת הצבא, הדבר עלול להוביל לסיכונים לכוחות צה"ל לאזרחים השונים וכן לגרום לפגיעה בסדר הציבורי עליו אמון המפקד הצבאי."

59. בנוסף, במסגרת תגובתם של העותרים לכתב התשובה, פורטו שלל הארועים האלימים וארועי הפרת הסדר הציבורי והפגיעות מצד גורמים ישראלים שנכחו בשטח המאחז חומש במהלך חצי השנה האחרונה. כפי שפורט בכתב התשובה, עולה כי המאחז והנוכחות הישראלית בשטח, חרף ריבוי כוחות המשיב 1 שהוצבו בגזרה, היווה כר פורה לפגיעה בתושבי הכפר בורקה ושאר כפרי הסביבה. פירוט הארועים השונים וכן עזר המאתר על גבי צילום

אוויר את פיזורים של ארועים אלה מופיע בפסקה 31 לעיל ובה"ש 2 הנלווית אליה (וכן בתגובת העותרים מיום 1.8.23 לעתירה הקודמת).

60. לאחר הגשת עיקרי הטיעון בעתירה, וכן לאור האמור בכתב התשובה של המשיבים ניתנה ביום 2.8.2023 בשעת הצהריים החלטת בית המשפט (נשיאת בית המשפט, כב' השופטת א' חיות; המשנה לנשיאה, כב' השופט ע' פוגלמן; כב' השופטת י' וילנר), בה נקבע כי בית המשפט שוקל למחוק את העתירה תוך שמירת זכויות הצדדים, וביקש את עמדות הצדדים. המשיבים הסכימו למחיקת העתירה, ואילו העותרים סברו כי יש להוציא בעתירה צו מוחלט.

61. באותו היום לאחר תגובות הצדדים, ניתן פסק הדין בעתירה, אשר מוחק אותה לאחר שהתייגרה, במתכונת בה הוגשה בשנת 2019, ועת בוצע פינוי של הבינוי שהיה מצוי על מקרקעין פרטיים. בית המשפט קבע כי השינויים הנורמטיביים והעובדתיים מובילים לכך שהעתירה כפי שהוגשה במתכונתה הנוכחית מיצתה את עצמה ודינה להמחק, תוך שמירת הזכויות הצדדים (פסקאות 12-13). כפי שעולה מפסק הדין, אשר מחק את העתירה לאור המצב החדש, לא נדונו כלל הסוגיות שהועלו על ידי העותרים בתגובתם מיום 1.8.23 וכן הדברים שנמסרו בתצהירי האלופים הנוגעים לבעייתיות שבמיקום החדש של נוכחות ישראלית בהתאם להחלטת המשיבה 1.

העתק מפסק הדין כפי שניתן בעתירה הקודמת ביום 2.8.2023 מצ"ב כנספח 10.

V- על היקפי האדמות הציבוריות בתחומי הגדה המערבית והקצאתן החד-צדדית

62. בגדה המערבית, האזור המסור למשיב 1 כחליף הריבון, קיימים שני סוגים עיקריים של אדמות ציבוריות (המכונות לרוב ע"י המשיבים גם "אדמות מדינה" או בהתאם לצו בדבר רכוש ממשלתי- "רכוש ממשלתי"): הראשון הוא אדמות שהיו שייכות לממשלה הירדנית ביום כיבוש הגדה המערבית, שרובן המכריע נרשמו בטאבו ככאלה; והשני הוא אדמות שהוגדרו כציבוריות (כרכוש ממשלתי) לאחר מכך על ידי השלטון הישראלי בגדה המערבית, אף שלא היו מוגדרות ככאלה תחת השלטון הירדני.

63. היקף האדמות הציבוריות מהסוג הראשון, שאכן רשום בטאבו כרכוש ממשלתי עוד בתקופת השלטון הירדני, הוא כ-9% מכלל שטח הגדה המערבית (ללא ירושלים המזרחית). אם מכלילים קרקעות נוספות שלא נרשמו בטאבו, אך הוכרו כרכוש ממשלתי לפי מסמכי מס רכוש עוד בתקופת השלטון הירדני, מגיעים לכ-12% משטח הגדה המערבית.

64. משביקשה ממשלת ישראל מסוף שנות ה-70 (בעקבות בג"ץ **דויקאת**) להקים יישובים ישראלים על אדמות שמהוות רכוש ממשלתי, לא היה די בהיקף (ובמיקום) האדמות הציבוריות האמורות מהסוג הראשון, ונבנה מנגנון שיצר למעשה את האדמות הציבוריות מהסוג השני- כאלה שלא הוכרו כרכוש ממשלתי לפני כן אולם הממשל הצבאי בגדה המערבית הגדירן ככאלה (ולמעשה הקנה אותן לעצמו). הדבר נעשה על ידי "הכרזה" על "אדמות מדינה" על ידי המנהל האזרחי, שמאפשרת למשיב 3 ליטול את החזקה באדמות שהוכרו ולנהל אותן- בהתאם לצו בדבר רכוש ממשלתי. כמעט מיליון דונם של קרקעות בגדה המערבית הוכרו באופן זה על ידי הממשל הצבאי כאדמות ציבוריות- "אדמות מדינה", נכון להיום. על פי נתונים שונים שנאספו ברבות השנים, היקף האדמות הציבוריות בשטחי C, אשר מצויות בשליטה אזרחית מלאה של המשיב 1 ומצויות בניהולו של המשיב 2, עומד על סדר גודל של למעלה מ-1,200,000 דונמים.

65. מתוך כלל האדמות הציבוריות בגדה המערבית **שהוקצו** לשימוש כלשהו על ידי המשיבים החל משנת 1967: **פחות מרבע אחוז- 0.24%** (כ-1625 דונם) הוקצו לשימוש התושבים הפלסטינים המוגנים, ואילו **99.76%** (כ-674,459) הוקצו לשימוש וצרכי המתנחלים הישראלים בגדה המערבית- בעיקר להקמת התנחלויות. הנתונים מבוססים על

מידע שנמסר מטעם המשיב 2 במענה לבקשת חופש מידע מיום 13.6.2018, אשר פירט את ההקצאות לאוכלוסייה הפלסטינית משנת 1967.

עותק של תשובת המינהל האזרחי לבקשת חופש מידע של תנועת שלום עכשיו והתנועה לחופש מידע, מיום 13.6.2018, מצ"ב ומסומן כנספח 11.

66. הנתונים האמורים משקפים באופן מובהק מדיניות מפלה באופן תוצאתי, ועל פני שנים רבות, ביחס לאוכלוסייה הפלסטינית המוגנת בגדה המערבית.

67. בפסקי דין שניתנו לאחרונה ע"י בית המשפט הנכבד הוכרה באופן מפורש ההטייה המפלה בהקצאות אדמות ציבוריות לאורך השנים - ר' בג"ץ 2055/17 ראש מועצת הכפר עין יברוד ואח' נ' הכנסת ואח' (פורסם בנבו, 9.6.2020) (להלן: "בג"ץ חוק ההסדרה"), בפס' 49 לפסק דינה של כבוד הנשיאה חיות; וכן האמור בבג"ץ 953/11 עבד אלפתאח סאלחה ואח' נ' שר הביטחון ואח', בפס' 35 לפסק דינה של כבוד הנשיאה חיות (27.8.2020) (להלן: "בג"ץ מצפה כרמים"; הדגשה הוספה, הח"מ):

"35. סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי נועד לאפשר לממונה לנהל את הנכסים שהוכרו כרכוש ממשלתי, תוך הגנה על אינטרס ההסתמכות של הצדדים שהתקשרו עימו. על פני הדברים, תכלית זו עולה בקנה אחד עם הוראת תקנה 55 לתקנות האג. עם זאת, המציאות בשטח היא כי הרוב המכריע של המקרקעין שהוכרו כ"רכוש ממשלתי" הוקצו לטובת ההתיישבות הישראלית באזור. מנתונים שמסר הממונה לבקשת חופש מידע בשנת 2018 עולה כי מאז שנת 1967 הקצה הממונה 1,624 דונמים של מקרקעין לטובת תושבים פלסטינים, לעומת 674,459 דונמים שהוקצו לטובת התיישבות ישראלית. עוד עולה מנתונים אלה כי מאז שנות ה-70 של המאה הקודמת ועד אמצע שנות ה-2000 הקצה הממונה להסדרות הציונית בלבד כ-450,000 דונמים של אדמות מדינה בשטח C לצורך יישובם. כ-3,500 דונמים נוספים הוקצו למשרד הביטחון לשימוש של צה"ל, ושטחים נוספים הוקצו לטובת חקלאים ישראלים, לאזורי תעשייה בניהול ישראלי ולתחנות דלק ישראליות (ראו עניין סילואד, פסקה 49 וההפניות שם). נתונים אלה מדברים בעד עצמם ומעידים בבירור כי הרוב המכריע של התושבים שיוכלו ליהנות מקיומו של המנגנון הקבוע בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי הם תושבי האזור הישראליים, תוך פגיעה בזכות לקניין של התושבים הפלסטיניים, שהם תושבים מוגנים על פי דיני התפיסה הלוחמתית."

68. הנה כי כן, המדיניות המפלה את האוכלוסייה הפלסטינית בגדה המערבית בייעודן והקצאתן של האדמות הציבוריות האמורות היא עובדה מוכחת ומוכרת, בוודאי בשנים האחרונות, לאור הצטברות שנים על שנים של נתונים.

69. אכן, בניגוד למתחייב ממנהל תקין- בוודאי בנושא כה משמעותי כניהול נדל"ן ציבורי בשטח כבוש- לא מפורסמים קריטריונים או נהלים להקצאת אדמות ציבוריות בגדה המערבית לשימושים שונים (ככל שאלה קיימים בכלל). אולם בפועל- מתקיימת מדיניות ברורה וסדורה, שמתבססת על קריטריון אחד – לאום או אינטרסים פוליטיים של דרג פוליטי, אשר נבחר אך ורק על ידי קבוצת אוכלוסיה אחת בשטחי הגדה המערבית.

70. ביחס לכלל האדמות הציבוריות שמנוהלות על ידי המשיבים (לרבות אלה הרשומות כרכוש ממשלתי במרשם המקרקעין)- אופן ההקצאה העקבי, המתמשך, והמובהק הינו חד-כיווני למענה ולטובתה של קבוצה לאומית אחת בלבד, ביחס למשאב כי רגיש וכה קריטי להתפתחותה של חברה על פני למעלה מ-50 שנים. זאת בוודאי בנסיבות ששוררות בגדה המערבית, שבה מתנהל מאבק מוצהר ואידיאולוגי על קרקעות ושבה המשיבים 1-2, ששולטים

בשטח ושמקצים את הקרקעות, שייכים לאותו לאום שלאנשיו מוקצות כמעט כל הקרקעות. כל אלה אינם מותירים מקום לספק כי מדובר במדיניות מכוונת של הפליית פלסטינים, שנועדה להיות לא שוויונית ולהקשות על התפתחות האוכלוסייה הפלסטינית המוגנת, עד כדי "חניקתה" ממש, וכך להדירה מהאזור.

71. בענייננו, בצירוף האדמות הציבוריות, בהיקף של כ 845 דונמים, לתחום השיפוט של המועצה האזורית שומרון-, תוך "דילוג" על הכפרים הפלסטינים הסמוכים, ובפרט הכפר בורקה שבאדמותיו מצויות אותן אדמות ציבוריות ושאדמותיהם הפרטיות של תושביו הן המקיפות את אותן אדמות ציבוריות – צו 2138 מהווה חוליה נוספת בשרשרת אי השוויון בהקצאות המשיבים ומחזקת ומחריפה אותה, כאשר בבסיסה שיקול מפלה ולא לגיטימי המבוסס על לאום בלבד ועל אינטרסים פוליטיים של המעצמה הכובשת.

72. דברים אלה מקבלים משנה תוקף היכן שרובן המכריע אם לא כלל אדמות הציבור אשר נכללו בתחומי שטח השיפוט של המשיבה 3, הינן בגדר מצאי אדמות הציבור היחידות הקיימות בנמצא בתחומי אדמות הכפר בורקה, ואין כל אדמות אחרות או נוספות במתחם לצרכים ציבוריים.

IV – מיצוי הליכים

73. ביום 28.5.2023 נשלחה מטעם העותר ומטעם מועצת הכפר בורקה שבראשה הוא עומד, פנייה למשיב 1 וליועצו המשפטי, יועמ"ש איו"ש, בדרישה לבטל את צו 2138. זאת, על בסיס מספר נימוקים בדבר אי חוקיותו, הן פרוצדורליים והן מהותיים, שיובאו להלן:

(1) אי צירוף מפה לצו בניגוד לנוהל בדבר קביעת תחומי שיפוט בגדה המערבית שפורסם בחודש יוני 2016;

(2) היעדר פרסום בדבר הכוונה לשנות את תחום השיפוט של המועצה האזורית, שלה במקרה זה השלכות מרחיקות לכת על האוכלוסייה הפלסטינית באזור, בניגוד להתחייבות המשיבים כפי שניתנה במסגרת בג"ץ 5073/17 ראש מועצת הכפר ג'אלוד ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', וזאת תוך פגיעה בזכות השימוע של העותרים;

(3) הפגיעה בזכויות תושבי הכפר בורקה לעשות שימוש באותן אדמות ציבוריות שהוקצו בצו למשיבה 4, ופגיעה נוספת בזכויותיהם מעצם ההקצאה ליישוב ישראלי, לרבות בחופש התנועה, בין היתר לאור איסור כניסת פלסטינים לתחומי יישובים ישראלים;

(4) החלטה על הקצאת השטח לרשות ישראלית, משיקולים זרים, תוך הטיה פוליטית והפליית התושבים הפלסטינים באזור וללא בחינה עניינית של הצרכים השונים באזור היא פגומה ופסולה (בפרט על רקע ההפליה בהקצאות של אדמות ציבור על ידי המשיבים לאורך השנים);

(5) ההחלטה בצו להקצות את השטח לתום השיפוט של המשיבה 4- שהייתה מעורבת ושקועה עד צוואר בהפרת הדין בשטח זה במשך שנים, ו"זוכה" כעת בשטח בגלל הפרת הדין על ידה, היא בלתי סבירה באופן קיצוני, ואף סותרת את סמכותו וחובתו העיקרית של המשיב 1 לשמור ולקדם את הסדר הציבורי.

74. לצד ביטול הצו, ולאור הנימוקים האמורים, התבקש גם כי לא יבוצעו ולא יקודמו מהלכים ביחס לשטח.

העתק מפניית העותר אל המשיב 1 והיועץ המשפטי לאזור מיום 28.5.23 מצ"ב **כנספח 12**

75. עד עתה, כחודשיים לאחר שליחת הפנייה, לא התקבל כל מענה מטעם המשיבים לפנייה האמורה. מאידך, מכתב התשובה שהוגש מטעם המשיבים במסגרת העתירה הקודמת, כפי שצוין לעיל, נלמד כי מתנהלים מגעים ביחס לפרוגרמה שהגישה המשיבה 4 ביחס לחלק מהאדמות (חלקה 66 בגוש 8), בהמשך להרשאה לתכנון שניתנה לה בהן, ומשכך מקודמים הליכי תכנון ביחס לשטח.

76. כך, מבלי שהכוונה לתיקון תחום השיפוט, באופן שמוחל תחום שיפוט של רשות ישראלית במרכזו של שטח פלסטיני (שכולו אדמות פרטיות), הובאה לידיעת הפלסטינים באזור, אשר יושפעו ממנה בצורה ניכרת, הוקצו בצו האדמות הציבוריות למשיבה 3; הוענקה לה הרשאה לתכנון בו והוגשה פרוגרמה אשר מצויה בדיונים, במהירות שיא ובחשאי (ביחס לתושבים הפלסטינים בלבד, ולא ביחס לישראלים כמובן), תוך התעלמות מטענות שהובאו על ידי העותר בשם תושבי הכפר בורקה שבאדמותיו נמצאות האדמות הציבוריות, וכן מצרכיהם של תושבים אלה, מזכויותיהם, וכן גם מחובת השמירה על שלטון החוק ועל הסדר הציבור – הכל בניגוד לדין החל על המשיבים.

77. לנוכח התנהלות המשיבים כמתואר לעיל, לרבות המנעותם ממתן מענה, וכן לאור קביעות בית המשפט הנכבד במסגרת פסק הדין בעתירה הקודמת, מוגשת עתירה זו.

ג. מסגרת הטיעון המשפטי

תמצית הטיעון המשפטי והערה משפטית מקדמית

78. בתמצית, טענות העותר נשענות בחפיפה רבה לטענותיו כפי שהובעו עוד במסגרת מכתב מיצוי ההליכים (אשר נשלח כאמור, עוד טרם היה ידוע על החלטתו של המשיב 2 לאשר למשיבה 3 לקדם תכנון ביחס למתחם האמור, ובטרם הוגש כתב התשובה על האמור בו):

(א) העותר יטען כי לא ניתן – על פי הוראות הדין ועל פי נהלי המשיב עצמו – לכלול שטח בתחום שיפוט של רשות מוניציפלית ישראלית ללא הכללת מפה ברורה של השטח שצורף לתחום השיפוט אינה חוקית, ובנסיבות הדין הקיים – אינה יכולה לעמוד

(ב) העותר יטען כי הכללת תחום השיפוט ללא מתן הודעה מוקדמת וזכות טיעון לעותר ולשאר תושבי הכפרים מהווה הפרה של התחייבות המשיב לבית המשפט הנכבד, הפרה של נהלי המשיב עצמו וכן פגיעה בזכות הטיעון של העותר ותושבי כפרי הסביבה

(ג) העותר יטען כי בהכרח עצם שיוך המקרקעין האמורים, המהווים "איים" של מקרקעי ציבור בתוך שטחים בבעלות פרטית של תושבי הכפר בורקה, תוביל לפגיעה בזכויות הקניין וזכויות התנועה שלהם (כפי שמשיבים מודים שקיים כבר כעת)

(ד) העותר יטען כי החלטת המשיב לשייך את הקרקע למשיבה 3 מעמיקה את המשך האפליה בהקצאה של מקרקעי ציבור בתחומי הגדה המערבית, והינה בלתי חוקית. בהקשר זה, וכפי שעולה מכתב התשובה של המשיבים בעתירה הקודמת, מטרת ההקצאה הינה אינטרס פוליטי של הדרג המדיני, אשר אינו יכול להוות חלק ממארג שיקולי המשיב על פי פסיקת בית המשפט הנכבד.

(ה) העותר יטען כי גם במובן הצר של החלטת המשיב 1 – לשייך את המקרקעין האמורים דווקא למשיבה 3 – לאור מעורבותה רבת השנים בהפרת החוק במתחם, הינה בלתי סבירה ובבחינת הענקת פרס דווקא לגורמים שעמדו מאחורי הפרת הדין.

79. לצד טענות אלה, עומדת לעותר טענה מקדמית כי לאור העדר התייחסות המשיב 1 לפנייתו והעדר המענה לפנייה, מזה כחודשיים וחצי, וחרף החובה המוטלת עליו ועל היועץ המשפטי לאזור אשר היה אחד מנמעני הפנייה, מועבר הנטל אל המשיב לנמק את החלטתו זו, כבר בשלב זה.

80. התנהלות המשיבים בהקשר האמור, חותרת תחת החובה הקיימת להם על פי המשפט המנהלי לנהוג בהגינות ובהתאם לכללי הצדק הטבעי, ובפרט בניגוד לחובה הקונקרטית 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 ביירחטריאן נ' נתיב לשכת הקשר [פורסם בנבו, 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 כיוכל 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 החלטתיים ויעילים יותר מאלה הנוהגים עד עתה".

81. התנהלות המשיבים אשר לא מצאו לנכון להשיב לפניות 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.

82. כך או כך, התנהלות המשיבים – לצד הפרות חובותיהם מן המשפט הבינלאומי ההומניטרי והפרת חובותיהם על פי פסיקת בית המשפט העליון כפי שיפורט להלן, חוטאת גם באי קיום יחס ומענה בסיסי לעותר ביחס לפניותיו. הדבר מצדיק גם ראיית העדר המענה כתשובה שלילית נעדרת הנמקה, וככזו אשר יש בה לכשעצמה, כדי להוביל לדחייתה של ההחלטה המנהלית. עמדה על כך בית המשפט במסגרת בג"ץ 6322/14 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים [פורסם באר"ש, 19.4.2017], מפני הנשיאה דאז, כב' השופטת מ' נאור ז"ל, בהתייחס להעדר מענה לפניית העותרים דשם ביחס לפנייתם לשר הפנים באשר לתיקון שעמד בבסיס העתירה, את הדברים הבאים:

19" לפנינו, אפוא, החלטה בלתי מנומקת לפסול את תיקון מס' 2. מובן כי כאשר ההחלטה אינה מנומקת, קשה עד מאוד למבקש לטעון כנגד ההחלטה להוכיח כי נפל בה פגם, שהרי "עם ספינקס אי-אפשר להתווכח" בג"ץ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז. (1953) 541, 534 על כן, בהיעדר הנמקה "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" (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 1294 (מהדורה שנייה, 2011) (להלן: זמיר); (עניינו עוד: שם, בעמודים 1300-1301; דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א) (2010) 418-419 להלן: ברק-ארז; (על האפשרות שהפרת חובת ההנמקה תוביל מינהל וביה לבטלות ההחלטה, ראו: זמיר, בעמוד 1301; על השלכות דומות כתוצאה משיהוי קיצוני בהתנהלות הרשות המינהלית, ראו: זמיר, בעמוד 1110; ברק-ארז, בעמודים 410-411). היעדר ההנמקה מטיל אפוא את הנטל על שכם המדינה להוכיח כי ההחלטה לפסול את תיקון מס' 2 ניתנה כדין."

83. וכן ראו את האמור בפסקה 20 לפסק דינה של הנשיאה דאז, כב' השופט מ' נאור ז"ל, וכן הערותיה של כב' השופטת ד' ברק-ארז תבדל"א בפסק דינה).
84. על כן, לשיטת העותר יש להוציא צו על תנאי בעתירה כבר כעת, לאור חוסר המענה מצד המשיבים, אשר מהווה למעשה החלטה שלילית נעדרת הנמקה.
85. לאחר בחינת המסגרות הנורמטיביות החולשות על השטח, נפנה להתייחס למכלול הטענות של העותר כמפורט לעיל.

I – המסגרת הנורמטיבית המשפטית החלה על המשיבים

א. המשפט הבינלאומי ההומניטרי

86. 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 חוק ההסדרה).
87. 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.
88. 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").
89. 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' 3-2 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות).

90. **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)).

91. 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].

92. 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 העליון, סמכות זו כוללת הן את הבטחת צרכי הביטחון של הכוח הכובש עצמו והן את הבטחת צרכי האוכלוסייה המקומית הכבושה (בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלמעאווניה אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פד לז' (4) 785, 797 (1983) (להלן: "עניין ג'מעית אסכאן")).

93. שיקוליו של המפקד הצבאי בהפעלת סמכויותיו השלטוניות בשטח תחומים על ידי שני הקטבים הנזכרים לעיל: ביטחון הכוח הכובש וטובת הנכבשים- אשר מהווים אנשים מוגנים, כהגדרתם באמנת ג'נבה הרביעית (וכפי שהתקבל בפסיקה- ראו, למשל, בג"ץ 3240/15 ראש מועצת ענאתא ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח' (פורסם בנבו, 7.1.2019)). הדבר נכון כמובן גם ביחס למי שהוסמכו על ידו לפעול בגדה המערבית, לרבות המשיב 2.

94. כפי שהובהר בפסיקת בית המשפט העליון, באחת מפסיקותיו המנחות והמרכזיות בתחום דיני הכיבוש והמשפט הבינלאומי ההומניטרי, הרי ש -

"[...] שיקוליו של המפקד הצבאי הם בהבטחת האינטרסים הביטחוניים שלו באזור מזה והבטחת האינטרסים של האוכלוסייה האזרחית באזור מזה. אלה כאלה מכוונם כלפי האזור. **אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסייה המקומית.** אפילו צורכי הצבא הם צרכי הצבאיים ולא צורכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב (בג"ץ 390/79 [1], בעמ' 17). אזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אינו שדה פתוח לניצול כלכלי או אחר" (עניין ג'מעית אסכאן, פס' 13 לפסק הדין; הדגשות הוספו, הח"מ).

95. בנוסף, מסיפא תקנה 43 לתקנות האג עולה עיקרון מרכזי המנחה את המפקד הצבאי, המשיב 1, בנוגע לסמכויות החקיקה שלו – והוא שימור הדין שבתוקף בשטח הכבוש ערב כיבושו, אלא אם יש מניעה מוחלטת מכך. בהתאם לסמכויות המפקד הצבאי כנגזר מתקנה 43, וכפי שנקבע בפסיקה, רשאי המפקד הצבאי לשנות את הדין הקיים בשטח הכבוש לשתי תכליות: (1) כדי לשרת צורך צבאי ביטחוני של הממשל הצבאי; (2) כדי להטיב עם האוכלוסייה המקומית המוגנת ולענות על צרכיה (ראו, למשל, בעניין בג"ץ 281/11 ראש מועצת הכפר בית איכסא נ' שר הביטחון ואח' (פורסם בנבו, 2011, פסקאות 25-27 לפסק דינו של כב' השופטת (כתארו אז) ע' פוגלמן; בג"ץ אבו עיטה; ובבג"ץ מצפה כרמים, בפס' 34 לפסק דינה של כבוד הנשיאה חיות).

96. לצד הכלל העליון שבתקנה 43, ישנן חובות פרטניות נוספות שחלות על המפקד הצבאי בתחומים קונקרטיים. אחת מחובות אלה, שהיא בבסיס ענייננו, היא זו המעוגנת בתקנה 55 לתקנות האג, שעניינה ניהול האדמות הציבוריות והנכסים הציבוריים בשטח הכבוש, וזו לשונה:

Art. 55. The occupying State shall be regarded only as administrator and usufructuary of public buildings, real estate, forests, and agricultural estates belonging to the hostile State, and situated in the occupied country. It must safeguard the capital of these properties, and administer them in accordance with the rules of usufruct.

97. כך, המדינה הכובשת, והמשיב 1 כשליט מטעמה בשטח הכבוש, נחשבת רק כמנהלת בנאמנות וכבעלת טובת-הנאה בבניינים הציבוריים, נכסי דלא נידי, יערות ונחלות חקלאיות השייכים למדינה האויבת והנמצאים בשטח הכבוש, ועליה לשמור על קרן הנכסים הללו ולנהלם לפי ככלי טובת-ההנאה.

98. ביחס לקניין פרטי, חובה ספציפית שמוטלת על הכוח הכובש היא שמירה על הרכוש והקניין של התושבים המוגנים. כך, לפי תקנה 46 לתקנות האג, על הכובש לכבד קניין פרטי ואסור לו להחרים [ההדגשות הוספו]:

Art. 46. Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected. Private property cannot be confiscated.

99. על בסיס תקנה זו חזר וקבע בית המשפט העליון כי המפקד הצבאי מחויב להגן על קניין התושבים הפלסטינים וכי הגנה זו כוללת הן חובה להימנע מפעולות הפוגעות בקניינם והן חובה לבצע פעולות המבטיחות שקניינם לא יפגע על ידי אחרים (ראו, למשל, בג"ץ חוק ההסדרה, פס' 40 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

100. בנוסף לחובות הקשורות לקניין, ולהגנה על הקניין הפרטי, 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, איומים, פגיעות והפרות סדר:

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].

101. וכך קבע בית המשפט העליון בעניין דיר סאמט:

"באשר לזכויות האדם של האוכלוסייה המקומית, אין חולק כי על המפקד הצבאי לכבד, להגן ולאפשר את מימושן של מגוון זכויות האדם המוקנות לתושבים המקומיים, בכפיפות 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)

102. 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 משינוי של שלטון צבא הגנה לישראל באזור.

103. 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.

104. צו 2138 שעומד במרכז עתירה זו נחקק על ידי המפקד הצבאי, ומהווה חלק מהדין המקומי בגדה המערבית, אם כי המדובר בפעולה שהיא מנהלית באופיה, וההחלטה על קביעת תחום שיפוט – מעבר להיותה "הוראת שעה" – הינה פעולה קונקרטיה המתייחסת לתא שטח מוגדר ולא חקיקה בעלת הבט נורמטיבי חקיקתי 'רגיל' בעל מאפיין של כלליות נורמטיביות, כמקובל. במדובר בחקיקה חדשה אשר נחקקה מחוץ למסגרת הדינים החלה בשטח, ומשכך כל שינוי של החקיקה – בהיותו חריג לכלל – אמור להתפרש בצמצום, הן באשר לעצם נחיצותו והן באשר לעמידתו במרקם החקיקה החולש והוראות הדין המסמיך להתקנת הצו.

ג. הוראות ועקרונות המשפט המנהלי הישראלי

105. 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)).

106. 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 המנהלי 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 המנהלית הישראלית.

107. 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.

108. 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.

II – צו 2138 אינו עומד בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי

(1) סתירת התכליות המותרות לשינוי הדין הקיים

109. צו 2138 מהווה דבר חקיקה של המפקד הצבאי, אשר כאמור מחויב להימנע משינוי הדין שהיה חל בשטח ערב כיבושו על ידי צה"ל אלא אם הדבר בלתי נמנע, בהתאם לסיפא תקנה 43 לתקנות האג. בהתאם לפסיקה בדבר עקרון מרכזי זה, כפי שתוארה לעיל, הצו אינו מקיים אף אחת מן התכליות המותרות לשינוי הדין הקיים על ידי המפקד הצבאי: **מחד**, הוא אינו עונה על צורך צבאי-ביטחוני של הממשל הצבאי, שכן הוא עוסק בהקצאת אדמות ציבוריות להתיישבות ישראלית אזרחית- המשיבה 4, המועצה האזורית שומרון, וזאת בשל טעמים "מדיניים" ואינטרס פוליטי של הדרג המדיני המהווה שיקול זר ופסול בהתאם לבג"ץ ג'מעית איסכאן.

110. כפי שייטען בהמשך, בנסיבות המקרה, החלטה זו לא רק שלא נועדה לצורך ביטחוני, אלא שהיא אף טומנת בחובה ערעור של הביטחון והסדר הציבורי באזור, ומשכך עומדת בסתירה לכל שיקול ביטחוני ושל שמירת הסדר באזור.

111. חיזוק להיעדרו של כל צורך צבאי-ביטחוני בנוכחות הישראלית במקום, ניתן למצוא בעמדתה העקבית של המדינה, לרבות המשיב 1, כפי שהובעה עד לאחרונה במסגרת בג"ץ 2821/19 – כי דין הנוכחות הישראלית במקום להתפנות. לא נטען בשום שלב בהליך מתמשך זה כי הישיבה תועבר לאדמות הציבוריות שכמוכן היו במקום כבר אז, או תוסדר במקום בכל צורה שהיא- וזאת כראיה לכך שאין כל נחיצות צבאית או ביטחונית בנוכחות ישראלית במקום (וההיפך מכך- כפי שיפורט בהמשך). רק לאחר חילופי הממשלה – שונתה העמדה, והוחלט על קיבוע הנוכחות הישראלית במקום, תחת פינויה. משכך- רק העוצם עיניו מבחירה לא יראה כי הקצאת האדמות במקום לידי רשות ישראלית ויצירת נוכחות ישראלית במקום מבוססת על שיקול פוליטי-ישראלי גרידא (שאינן המפקד הצבאי רשאי לשקול כלל בשטח הכבוש). בהקשר האמור, כתב התשובה שהוגש במסגרת העתירה הקודמת מודה בכך בפה מלא.

112. **מאידך**, הצו בוודאי לא נועד להיטיב עם האוכלוסייה הפלסטינית המקומית ולענות על צרכיה- כאשר הוא גוזל מאנשיה את האפשרות לעשות שימוש באדמות הציבוריות, שהוקצו לתחומה של התיישבות ישראלית ומכאן שנסגרו לחלוטין לכניסתם. כפי שיפורט בהמשך, מכך אף נגזרות פגיעות נוספות בזכויות התושבים הפלסטינים באזור ובפרט תושבי הכפר בורקה, שהאדמות הציבוריות שהוקצו נמצאות בתחומו, ושהאדמות הפרטיות הסובבות אדמות אלה הן בבעלותם של תושביו.

113. מכך, צו 2138 חורג מסמכות החקיקה של המפקד הצבאי על פי גדרי סמכותו לפי דיני התפיסה הלוחמתית, כפי שגם פורשו והוכרו בפסיקה הישראלית. על כן, עליו להיפסל בשל חוסר סמכות של המשיב 1 להתקינו.

(2) צו 2138 עומד בסתירה לאמור בתקנה 55 לתקנות האג ובמהותה

114. כאמור, בהתאם לתקנה 55 לתקנות האג המשיב 1, מטעם המדינה הכובשת, **אינו אלא נאמן של האדמות והנכסים הציבוריים שמצויים בידי באופן זמני בלבד, ולו הנאת שימוש (usufruct) בלבד בהם**. הוראת תקנה 55 עולה בקנה אחד עם העיקרון שבבסיס דיני התפיסה הלוחמתית לפיו המפקד הצבאי אינו הריבון בשטח, אלא חליף הריבון באופן זמני ועד לסיום התפיסה הלוחמתית, שהינה זמנית בלבד- שכן סיפוח שטח כבוש באופן חד-צדדי הינו אסור.

115. וכך קבע בית המשפט העליון בעניין זה בבג"ץ 285/81 אל נאזר ואח' נ' מפקד יהודה ושומרון ואח', פ"ד לו(1) 701, 704 (1982):

"בסוגיה שלפנינו, היינו, טיפול במקרקעים, אשר היו רכוש הציבור עובר לכינונו של הממשל הצבאי, פועל המשיב הראשון לפי הקווים, שהותוו בתקנה 55 לתקנות האג בקשר לחוקים ולמינהגים של המלחמה ביבשה משנת 1907, אשר לפיה רואים את הרשות הצבאית, אשר באה במקום השלטון הקודם שניגף בפניה, כמנהל וכמפיק פירות של בנייני הציבור, המקרקעים, היערות והחוות החקלאיות, שהיו שייכים למדינה, אשר שלטה בשטח לפני כינונו של הממשל הצבאי. [...] הנה כי כן הוטלה על המשיב הראשון חובה לשמור על הנכסים, היינו, תקנה 55 הנ"ל לא באה רק כדי להצהיר על כך, כי זכויותיו של השלטון הצבאי הן מוגבלות באופן יחסי, וכי רצף השלטון אינו נושא בחובו גם רצף של בעלות ממש, והאמור בה אינו מתמצה רק בהענקת זכות ניהול והפקת פירות, אלא הוטלה מכוחה גם אחריות לשמירתו ולקיומו של הרכוש".

116. ועוד נקבע בעניין זה בבג"ץ מצפה כרמים (הדגשות הוספו, הח"מ):

"המפקד הצבאי משמש, אפוא, כמי שמנהל את הרכוש הממשלתי – באופן זמני, למשך תקופת התפיסה הלוחמתית – וכמי שרשאי להפיק ממנו טובת הנאה (usufructuary), אך הוא אינו הבעלים של הנכסים, ולכן הוא מנוע מלפעול באופן שירוקן את הזכויות בנכסים מתוכן (ראו עניין חוף עזה, בעמ' 584-585; אדלר, בעמ' 575-576). על חובה זו חל, כמובן, עיקרון העל המעוגן בתקנה 43 לתקנות האג ולפיו בהפעלת סמכויותיו, על המפקד הצבאי למצוא איזון בין צרכי הצבא לבין צרכי האוכלוסייה המקומית." [פס" 32 לפסק דינה של כבוד הנשיאה חיות, ההדגשה הוספה]

117. בהתאם לאמור, המשיב 1 אינו בעליו של הרכוש הציבורי, והוא מחזיק בו בנאמנות, ובאופן זמני בלבד, עבור האוכלוסייה המקומית הכבושה- היינו, התושבים הפלסטינים המוגנים. עם זאת, כפי שצוין לעיל, בפועל, השימוש של המפקד הצבאי באדמות ציבוריות שבניהולו לאורך 56 שנות תפיסה לוחמתית הוא חד כיווני בלבד- לצרכי ישראלים והתנחלויות ישראליות כמעט באופן מוחלט (נזכיר- 99.67% לעומת 0.24%).

118. נזכיר בהקשר זה כי מכוח הכרזת סגירת שטח יישובים ישראלים אסורה כניסתם של פלסטינים לתחומי יישובים ישראלים. כך, הקצאת אדמות ציבוריות לתחום שיפוט של מועצה ישראלית, כפי שנעשה בענייננו בצו 2138, משמעותה הדרת פלסטינים לחלוטין מאדמות אלה ומהיכולת ליהנות או להפיק מהן שימוש כלשהו.

119. כך, השימוש הגורף של המפקד הצבאי באדמות הציבוריות באופן האמור הופך את סמכות המשיב 1 המעוגנת בתקנה 55 למנגנון להעברת אדמות הגדה המערבית לידי ישראלים- אזרחי המעצמה הכובשת, ותו לא. זאת, בניגוד מוחלט לתקנה 55 ומשטר הנאמנות הזמני שהיא מעגנת, ולשיקולים שאמורים להנחות את המפקד הצבאי לפי תקנה 43, שענינם צרכים צבאיים וצרכי התושבים הפלסטינים המוגנים (וראו האמור לעיל בבג"ץ מצפה כרמים). צירוף האדמות הציבוריות הנוספות שבענייננו לתחום השיפוט של המשיב 3 והעדפתה בהקשר זה על פני התושבים הפלסטינים שחיים בקרבת האדמות הציבוריות הללו, ובפרט תושבי הכפר בורקה שהאדמות נמצאות בתחומו המקורי ואשר תושביו הם בעלי האדמות שמקיפות את האדמות הציבוריות, כפי שנעשה במסגרת צו 2138, מוסיפה משקל ומטה את הכף עוד יותר לעבר הפרה מוחלטת של תקנה 55 על ידי המשיב 1, על רקע השימוש הגורף שנעשה בו עד כה ועל רקע הנסיבות הספציפיות- אשר שוללות כל תפיסת נאמנות של המפקד ביחס לרכוש הציבורי של האוכלוסייה המקומית הכבושה.

(3) התקנת הצו ושיוך המקרקעין למועצה האזורית מהווים הפרה של החובה לשמור על הסדר הציבורי והביטחון

120. 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).” (פסי’ 30 לפסק הדין)

121. החלטת המשיב 1 על צירוף האדמות הציבוריות המוגדרות בסעיף 1 לצו 2138 לתחום השיפוט של המשיבה 3, בנסיבות הקונקרטיות של ענייננו, מהווה סתירה לחובתו המרכזית של המשיב 1 להבטיח את הסדר הציבורי והביטחון בגדה המערבית – שאמורה להנחות אותו בקבלת החלטותיו, בהתאם לתקנה 43.

122. ההיסטוריה של הנוכחות הישראלית באזור הספציפי שבו ממוקמות האדמות האמורות, בסמוך לחלקו הבנוי והמיושב של הכפר בורקה, שהעותר הוא העומד בראשו, ובטבורן של אדמות פלסטינית פרטיות של תושבי הכפר – מלמדת כי נוכחות זו מובילה לערעור הביטחון והסדר הציבורי, במיוחד כלפי התושבים הפלסטינים של הכפר בורקה.

123. כפי שתואר בחלק העובדתי, תושבים אלה ספגו התקפות אלימות, השלטת טרור והרס נרחב במסגרת פלישות המוניות והתפרעויות של ישראלים, שבאו מכיוון שטח ההתנחלות המפונה “חומש”, בתוך הכפר בורקה. לצד זאת, ניסיונות של תושבי הכפר בורקה בעלי האדמות הפרטיות במקום להגיע לאדמותיהם כדי לעבדן - הובילו גם הם לאלימות אכזרית כלפיהם, שלא אפשרה להם להצליח ולגשת לאדמותיהם.

124. לצד זאת, לאותם ישראלים שנכחו במקום כחלק ממה שכונה “ישיבת חומש”, וכן פועלה של המשיבה 3 והעומדים בראשה בהקשר האמור – היסטוריה רבת שנים של הפרת חוק מתמשכת לרבות הפרת צווים צבאיים, הסגת גבול לשטחים פרטיים ובנייה בלתי חוקית, וכן זלזול בגורמי אכיפת חוק, סיכול פעולות אכיפה, ואף אלימות שהופנתה כנגד כוחות הביטחון. כזכור, בחלקה אחת מתוך האדמות הציבוריות כבר ניתנה הרשאה לתכנון למטרת הקמת ישיבה- לכאורה עבור אותו גורם שעמד מאחורי שלל העבירות הללו בדיוק.

125. בהודעותיה של המדינה בבג”ץ 2821/19 שוב ושוב הודתה היא כי אין ביכולתה לאכוף את הדין באופן יעיל בשטח האמור, בין היתר לאור התנהלות הישראלים שפוקדים אותו ולאור תוואי השטח הספציפי. ואכן- שנים ארוכות של ניסיונות אכיפה כנטען לא הובילו להצלחת המדינה לפנות מן האדמות הפרטיות של תושבי הכפר בורקה את הישראלים שהחליטו לשהות בהן ואף להתמודדות עם הבנייה הבלתי חוקית במקום. תיעוד חוזר ונשנה הראה כיצד עם סיומה של פעולת אכיפה נקודתית כנגד בנייה בלתי חוקית במקום.

כך למשל, במסגרת הודעה מעדכנת שהוגשה על ידי המשיבים במסגרת העתירה הקודמת מיום 11.8.2022 נאמרו הדברים הבאים על ידי המשיב 1 -

9. עוד הדגישו המשיבים, כי מרחב היישוב המפונה חומש הינו מרחב פתוח, ומאז הפיגוע ניכרת תופעה של תנועה רגלית של ישראלים אל הישיבה המצויה בשטח היישוב המפונה דרך המרחבים הפתוחים והכפרים הסובבים את המקום. משך צוין, כי מטבע הדברים, קיים קושי במניעת תנועת ישראלים במרחבים אלו, ובפועל, אין בידי כוחות הביטחון את היכולת להבטיח בכל עת מניעה מוחלטת של כניסת ישראלים באופן רגלי למרחב. למרות האמור, צוין, כי כאשר מתקבלת התראה מראש על צפי לתנועת ישראלים בהיקף משמעותי למרחב, מוצבים גם חסמים נוספים בדרכי העלייה הרגליות המרכזיות למרחב, והכל על בסיס הערכת מצב ביטחונית שוטפת.

העתק מהודעה זו של המשיבים (ללא נספחיה) מצ”ב כנספח 13

126. יצוין כי אף כיום- מבני הישיבה הקיימים הוצבו באדמות הציבוריות בצורה בלתי חוקית, כאמור. נראה למעשה כי אנשי הישיבה, העומדים בראשה ותומכיהם- לרבות ובפרט המשיבה 3 והעומד בראשה, פשוט אינם יודעים מהותה של שמירה על החוק כאשר זו מתנגשת עם האידאולוגיה שלהם; או שלמעשה, גרוע מכך, הם יודעים שמוטב להם לא לשמור על החוק בגדה המערבית – שכן המשיבים, בחוסר סמכות ובניגוד לכל חובותיהם, יבואו לעזרתם ויכשירו את עוולותיהם. הפרת חוק- ורווח בצידה.

127. צו 2138 הוא התגלמות התופעה האמורה, שכן הוא מעניק למעשה "פרס" על אותה עבריינות שיצאה מ"ישיבת חומש", אותה הפרת צווים ובנייה בלתי חוקית, שכפי שתועד באופן גלוי פעמים רבות- נעשתה בהובלת המשיבה 3 והעומד בראשה, בכך שהוא מעגן בדין את הנוכחות הישראלית במקום, מקצה למשיבה 3 את האדמות הנרחבות במקום, ובפרט מייעד שטח ל"ישיבת חומש" בהתאם להרשאה לתכנון.

128. בכך- יש כדי לתרום באופן מובהק להפרת חוק על ידי ישראלים ברחבי הגדה המערבית, אשר מקבלים את המסר כי חוטא ישראלי יוצא נשכר. השתלטות לא חוקית על אדמות תוביל לבסוף לקיבוע אי החוקיות בדין- ומשכך יש בצו גם פגיעה קשה בשלטון החוק באזור – המועד לפורענות וריגש ממילא, לאור האוכלוסיות השונות שנמצאות בו והמאבק האידאולוגי שמתנהל בו על קרקעות.

129. לאור האמור, צו 2138 של המשיב 1 יוצר מצב של סיכון ביטחוני מוגבר, של איום תמידי על התושבים הפלסטינים בסביבה ובפרט תושבי הכפר שהעותר 1 עומד בראשו, ושל ערעור הסדר הציבורי ושלטון החוק. כל זאת תוך הפרה בוטה של חובת המפקד הצבאי לשמור על הסדר הציבורי והביטחון באזור, גם ובמיוחד לטובת תושבי האזור הפלסטינים המוגנים.

130. תצהירי האלופים במילי שמני ואלון, אשר שימשו גם הם בתורם בתפקידו של המשיב 1 מצביעים הן על הפגיעה הצפויה בפלסטינים, רכושם וזכויותיהם כפי שאלה ייגזרו מהצו שהוצא על ידי המשיב 1 ויצירת האיים של המשיבה 3 בין מקרקעין פלסטינים פרטיים, והן על העדר כל הגיון מבצעי-צבאי בכך. שלא לומר – יצירת מעמסה קשה על כוחות הצבא הנדרשים להתמודד עם חובותיהם על פי הדין הבינלאומי ועם הצבת אינטרסים פוליטיים מאידך גיסא.

(4) פגיעה בזכויות התושבים המוגנים והפרת החובה להגן על קניינם הפרטי ועל זכויותיהם

131. השלכה ישירה של צו 2138 על התושבים הפלסטינים באזור, ובפרט על תושבי הכפר בורקה הסמוך לאדמות הציבוריות שהצו עוסק בהן, וכן תושבי כפרים סמוכים אחרים- היא פגיעה בחופש התנועה שלהם באדמות ציבוריות. העברת האדמות הציבוריות המוגדרות בסעיף 1 לצו לתחום השיפוט של המשיבה 3 משמעותה הפיכת האדמות מציבוריות, שאמורות לשרת את כלל הציבור הגדה המערבית- לאדמות לישראלים בלבד. זאת, נוכח איסור הכניסה של פלסטינים לתחומי יישובים ישראליים, שמעוגן בהכרזה על סגירת שטח יישובים ישראליים, כמצוין לעיל.

132. בענייננו, האדמות הציבוריות האמורות ממוקמות בשישה מקטעים מפוזרים על פני שטח נרחב יחסית, שכל אחד מהם מוקף מכל צדדיו באדמות פרטיות. כל זאת בטבורו של מרחב פלסטיני לחלוטין כך שסובבים אותן כפרים פלסטינים סמוכים- ובראשם הכפר בורקה הסמוך ביותר.

133. משכך, צו 2138 מוביל גם לפגיעה בחופש התנועה של התושבים הפלסטינים לאדמותיהם הפרטיות לצורך עיבודן, ואף בין הכפרים השונים. התנועה במרחב החקלאי שבו מצויות האדמות הפרטיות, שמשמשות לפרנסתם של תושבי בורקה, אשר כבר כיום אינה מתאפשרת כמעט, תהפוך מוגבלת ומסורבלת עוד יותר, ותפגע ביכולת בעלי האדמות להגיע לאדמות עם רכבי וכלי עבודה שנדרשים להפקת פירות מהקניין הפרטי.

134. בנוסף, העברת אדמות אלה לתחום שיפוט יישוב ישראלי מבטיחה גם פגיעה ישירה בקניין הפרטי של בעלי האדמות הפלסטינים שאדמותיהם הפרטיות סובבות את אותם שישה מקטעים. ניתן לראות בנקל כי מעבר בין אותם מקטעים שמהווים לפי הצו "יישוב ישראלי" במועצה האזורית שומרון- יוביל כמעט בהכרח להסגת גבול ומעבר באדמות הפרטיות שלהם, או פגיעה אחרת כלשהי שתיעשה על ידי המשיבים כדי לאפשר מעבר כזה ללא הסגת גבול. כך או כך- לאור מיקום האדמות הציבוריות במקרה הקונקרטי- מובטחת גם פגיעה נוספת בקניין הפרטי של התושבים המוגנים מהכפר בורקה (ואחרים) – וזאת תוך הפרה מוחלטת של חובת המשיבים בדין להגן על קניינם הפרטי.

135. המשיבים מודים כי פגיעה כזו קיימת כבר כיום (כך בכתב התשובה שהוגש מטעמם במסגרת העתירה הקודמת), והבנה כי זו המציאות שתשרור בפועל בשטח אף עולה מתצהירי האלופים. תצהירו של האלוף במיל' ניצן אלון מבהיר במפורש, בסעיף 5 בתצהירו כי -

"5. היקפן של אדמות אשר אינן בבעלות פרטית באזור, אינו גדול, ומיקומן כ-"איים" בתוך תא שטח מקרקעין שכולו רשום במרשם המקרקעין כאדמות פלסטיניות, משמעה יצירת נקודת חיכוך יומיומית, אשר תהווה שורה של אתגרים קשים לכוחות הביטחון, כאשר תא השטח האמור ממילא מרובה ארועי אלימות, ארועי טרור ומתח רב בין האוכלוסיות. יובהר כי במהלך שירותי בתפקידים בגזרה, לא נודעה למקום חשיבות בטחונית מיוחדת וגם צו התפיסה שהוצא בעבר לצורך הקמת ההיאחזות חומש, בוטל בשנת 2013."

ואילו בסעיף 7 לתצהירו קובע האלוף אלון את הדברים הבאים (הדגשות הוספו, הח"מ) –

"7. זאת ועוד – הקמת נקודת היישוב האמור תוביל מעצם קיומה, לצורך והחובה לקיים מערך הגנתי בדמות נקודות תצפית, נקודות שמירה, הקמת נקודת צבאית המאבטחת את תא השטח המצוי בתווך שבין מספר כפרים פלסטינים (בורקא, סילת א-דהר, פונדוקמיה), בתוך שטח שחלקו הררי וחלקו חקלאי, באופן שיוביל להתפרשות צבאית נרחבת. זאת תעשה כפי הנראה על גבי מקרקעין פלסטינים במרחב, באופן שיוביל לפגיעה בקניינם ו/או הגבלת זכות התנועה שלהם בשטח, אשר ממילא הייתה חסומה בשנים האחרונות."

136. עוד יש לציין, לשלמות התמונה, כי המדיניות שבה נוקט המשיב דרך קבע באשר למקרקעין המצויים סביב נקודות יישוב ישראליות, היא הטלת מגבלות על הגישה של פלסטינים לאדמותיהם הפרטיות, בדמות החלת דרישה לגישה לאדמות כאמור רק בתיאום – אשר ניתן פעמיים בשנת בלבד - בעונת המסיק ובעונת החריש, ולימים ספורים בכל עונה. בהתאם למדיניות זו, וכפי שצופים האלופים במיל' אלון ושמני בתצהירים, כתוצאה מצו 2138, תושבי בורקה בעלי האדמות הפרטיות שבסביבת האדמות הציבוריות המוגדרות בצו (שהועברו לתחום המשיבה 3), יוגבלו בגישה לאדמותיהם בהתאם למדיניות זו.

137. יוזכר, כפי שצוין לעיל, כי חובת המשיבים בעניין זה כוללת גם "שלילית" להימנע מפגיעה בקניין הפרטי, וגם חובה "חיובית", אקטיבית, לביצוע פעולות כדי להבטיח את ההגנה על קניין 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)."

138. 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"שלישית"; שנית, עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא ייפגעו. זו חובתו ה"חובתית" (גאסר [23], בעמ' 2012). (בג"צ 4764/04 רופאים לזכויות אדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, עמ' 393-394 (2004))."

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

139. לאור כל האמור, המשיבים בענייננו, בצו 2138, מפרים לחלוטין את חובותיהם להגן על קניינם הפרטי של התושבים המוגנים ולהימנע מפגיעה בו, כמו גם מפגיעה בזכויותיהם לחופש תנועה, לפרנסה ולקיום בכבוד.

III – צו 2138 נגוע בשיקולים זרים ובהפליה והוא תוצר של מדיניות פסולה בהיותה מפלה באופן תוצאתי

140. הנתונים שתוארו לעיל בדבר הקצאות של מקרקעי ציבור ("אדמות מדינה") בגדה המערבית על ידי המשיבים, אשר תוקפו והוכרו במפורש במסגרת פסקי דין של בית המשפט הנכבד, מלמדים על **מדיניות מפלה באופן שיטתי ובוטה** של הקצאת כלל האדמות הציבוריות כמעט ללא חריגים לשימוש האוכלוסייה הישראלית בלבד, תוך הפליה והדרה מוחלטת של האוכלוסייה המקומית הפלסטינית המוגנת.

141. ראשית ועיקר- היות מדיניות ההקצאות מדיניות מפלה היא **עובדה שנלמדת מתוצאתה המובהקת**, אפילו אם לא היה ניתן לעמוד על כוונה של המשיבים במדיניות זאת להפלות את התושבים הפלסטינים לטובת אזרחי מדינתם הישראלים (שלעמדת העותר קיימת גם קיימת אף היא).

142. כך נקבע בהקשר זה בבג"צ 11163/03 ועדת המעקב העליונה ואח' נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.2.2006):

"אכן, הפליה אסורה עשויה להתקיים גם בהעדר כוונה או מניע של אפליה מצד יוצרי הנורמה המפלה. לעניין ההפליה, די בתוצאה המפלה. כאשר מימוש הנורמה שיצרה הרשות – שיכול והתגבשה ללא כוונת הפליה – גורר תוצאה שהיא בלתי שוויונית ומפלה, עשויה הנורמה להיפסל בשל ההפליה שדבקה בה."

143. ההפליה המובהקת – מכוונת ו/או תוצאתית כאחד – באשר למקרקעי הציבור בתחומי הגדה המערבית, עומדת בניגוד לפסיקתו של בית המשפט הנכבד בשורה של פסיקות, בראש ובראשונה פסק הדין בעניין בג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220 [פורסם בנבו, 2000], פסקה 8 לפסק דינה של כבי השופטת ט' שטרסברג-כהן:

"הקצאת מקרקעין חייבת להיעשות על-פי כללים וקריטריונים הוגנים, שוויוניים, ברורים, ענייניים וגלויים ועל-פי שיקולים ענייניים סבירים ומידתיים. אלה מהווים אבן פינה בקיומו של מינהל תקין המשרת את הציבור נאמנה (בג"ץ 59/88 הנ"ל [1], בעמ' 706; בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מדינת ישראל [6], בעמ' 272 בין אותיות השוליים ו-ז, 274-275; בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות [7]; א' בנבנשתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" [29], בעמ' 793-792). יפים לענייננו דבריו של הנשיא שמגר:

"מקרקעי הציבור צריכים להתנהל לפי אמות מידה ממלכתיות. אימוץ אמת מידה כאמור הוא בגדר חובתן של רשויות ציבור בכל ענייניהן, ועל אחת כמה וכמה ככל שהדבר נוגע לטיפול ברכוש שהוא בבעלותו של הציבור כולו. תירגומן של אמות המידה האמורות לאופני התנהגות מצביע, בין היתר, על החובה לנהוג בהגינות ובשוויון ועל פי כללי המינהל התקין" (בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון (להלן – עניין פורז [8]), בעמ' 801).

144. על דברים אלה חזר בית המשפט הנכבד גם בכל הנוגע להקצאות של מקרקעין בתחומי הגדה המערבית, במסגרת בג"ץ 7943/05 שמשון כהן נ' מועצה מקומית מודיעין עילית [2007, פורסם באר"ש], עת קבע כבי' השופט המנוח א' א' לוי את הדברים הבאים, בהישען על הנקבע בפרשת בלומנטל הנזכרת לעיל, כי גם בהעדר נוהל מחייב, מצווה הרשות, המשמשת נאמנו של הציבור, להקצות קרקע על פי "כללים וקריטריונים הוגנים, שוויוניים, ברורים, ענייניים וגלויים", "וזאת לאחר פרסום כוונת ההקצאה ומתן זכות טיעון נאותה למי שעלול להיפגע מכך.

145. צו 2138 הוא תוצר ישיר ומובהק של אותה מדיניות בלתי שוויונית, מפלה ופסולה, ומכאן שדינו פסלות ואין הוא יכול לעמוד. תוצאתו של צו 2138 בפני עצמה היא תוצאה מפלה, אשר מדירה את התושבים הפלסטינים על בסיס שיוכם הלאומי, ובפרט את תושבי הכפר בורקה, משימוש באדמות **ציבוריות** שבתחום אדמות הכפר שלהם, וזאת מבלי שיש הקצאה כלשהי של אדמות ציבוריות על ידי המשיבים לשימוש תושבים פלסטינים בכלל.

146. לצד זאת, מנסיבות ענייננו ניתן ללמוד גם על כך שהשיקול שעומד בבסיס צו 2138 הוא שיקול פוליטי מפלה, שיקול שהינו זר ולא ענייני. כאמור, האדמות הציבוריות המשוייכות במסגרת צו 2138 לתחום שיפוטה של המשיבה 3, הן מקטעים בלתי רציפים שיושבים בטבורו של מרחב פלסטיני שכולל מספר כפרים, ושמוקפים באדמות פלסטיניות פרטיות מכל עבר. המרחב מנותק ומרוחק ממרחבים אחרים שבהם יש ריכוז של יישובים ישראלים שנכללים בתחומה של המשיבה 3. השלכות המהלך על חיהם וזכויותיהם של תושבי בורקה תוארו לעיל. שיקול ענייני של חלוקת המשאבים הציבוריים במתחם זה לצורך שימוש ופיתוח, המתחשב בצרכים האמיתיים של הישויות והאוכלוסיות המרכיבות את הגדה המערבית ובתוואי ואופי המתחם – היה חייב להוליד באופן חד משמעי את המשיבים להקצות את האדמות הציבוריות במתחם הספציפי לשימוש התושבים הפלסטינים שחיים בכפרים במתחם זה- ובפרט לתושבי הכפר בורקה, שהמתחם נמצא בסמוך לו ובתחום אדמותיו, ושתושביו הם בעלי האדמות הפרטיות שבו.

147. זאת, בין היתר לאור העדרם המוחלט של מקרקעי ציבור אחרים במתחם אשר יכולים לשמש את תושבי הכפר בורקה.

148. הבחירה לנתק את אותם שישה מקטעים מהמרחב הפלסטיני הרציף ולהעבירן לידיים ישראליות כך שהמרחב יקוטע לחלוטין, על הפגיעות הנגזרות מכך בזכויות הקניין והתנועה של הפלסטינים במרחב, משוללת כל טעם ענייני ומצביעה על כך שהשיקול שעומד בבסיסה הוא שיקול זר ובלתי לגיטימי של העדפה מבוססת לאום.

149. כפי שצוין לעיל, ההיסטוריה (גם הקרובה) של המרחב האמור רוויה באלימות, בערעור הביטחון ובהפרת הסדר הציבורי. האלימות בעיקרה, כפי שגם הובא במסגרת תגובות והודעות המשיבים עצמם במסגרת העתירה הקודמת

לא אחת, מקורה באוכלוסייה הישראלית ששהתה (בניגוד לדין) במרחב. אלימות זו הופנתה כנגד האוכלוסייה הפלסטינית- ובפרט כנגד תושבי הכפר בורקה, שאיתרע מזלם וכפרם נמצא בסמיכות למקום שהיית הישראלים. כאמור קבוצות ישראליות נכנסו לכפר בורקה פעמים רבות ותקפו את תושבי בורקה בכפרם, בבתיהם- ללא כל התגרות מצד האחרונים. כאשר בעלי אדמות מהכפר בורקה ביקשו לגשת לאדמותיהן **הפּרטיית** כדי לעבדן- הם הותקפו באלימות.

150. ההחלטה לקבע ולהנציח מצב זה- כפי שהיא מתבטאת בצו 2138 שמקים תחום שיפוט ישראלי דווקא במרחב האמור- מנוגדת לכל שיקול ביטחוני מקצועי אמיתי, שבוודאי היה מבקש דווקא להרחיק בין הצדדים ולהנמיך את גובה הלהבות באזור. צו 2138 יוביל בסבירות גבוהה ביותר להתמשכות המצב הביטחוני הרעוע באזור. המשיב 1 מודע לכל הפחות לאפשרות זו ולסבירותה, ואין ספק ששיקול ענייני וחשוב זה לא קיבל כל ביטוי בהחלטתו להוציא את צו 2138. זאת, בניגוד מוחלט לליבת חובתו להבטיח את הסדר הציבורי והביטחון כקבוע בתקנה 43 לתקנות האג.

151. כך, בניגוד לעקרונות המחייבים את המשיבים, בהחלטתם כפי שהתקבלה במסגרת צו 2138, לא שקלו הם את השיקולים הרלוונטיים, הנוגעים לצרכי האוכלוסייה הפלסטינית החיה במרחב, זכויות הקניין שלה באדמות הסמוכות, הסדרי ודרכי הגישה; להיסטוריית האלימות והפרות הסדר שנגרמו כתוצאה מנוכחות ישראלית לצד פלסטינית במרחב ואי היכולת (או הנכונות) של הרשויות להתמודד איתן ביעילות (ולהגן על אוכלוסיית כפר בורקה מפניהן). השיקול הפוליטי-אידיאולוגי של הדרג המדיני קיבל משקל בלעדי - באופן שמביא לפסלות צו 2138. בענייננו, מדובר בשיקול מפלה ופסול, על רקע העובדה כי מדובר בהעדפה לא עניינית בהקצאת האדמות הציבוריות האמורות בנסיבות המקרה.

152. אל כל אלה מצטרף מחדלו של המשיב 1, להחליט על שיוך המקרקעין על דרך של הרחבת תחום השיפוט דווקא לטובתה של המשיבה 3, אשר עמדה מאחורי הפרות הדין סביב המאחז חומש בעשור וחצי האחרונים. דווקא הגורם אשר עמד מאחורי הפרות החוק – וזאת בנסיבות אידאולוגיות מובהקות – הוא-הוא "שזכה" לקבל לתחום שיפוט, כפרי בשל, את המקרקעין האמורים. אין החלטה פחות סבירה מכך, להעניק לאותם גורמים העומדים מאחורי הפרת החוק את המקרקעין שעמדו בבסיס הפרת החוק במשך כלל השנים האמורות. חלקה של המשיבה 3 בארגון ארועים, עצרות, עליות המוניות למתחם וסיוע ושידול גורמים שונים לבצע הפרת חוק במתחם ברבות השנים – כל אלה הובילו את המשיב 1 להחליט של הקצאת המקרקעין באופן המוניציפלי דווקא לרשות זו.

153. משכך, בכל אלה חטא המשיב בהחלטתו זו, בניגוד לחובותיו על פי הדין:

(א) על ההחלטה של שיוך המקרקעין לטובת המשיבה 3 באופן המונע מפלסטינים תנועה במרחב, למרות המצב

העובדתי הברור באשר להפלייה המובהקת בהקצאת מקרקעי ציבור

(ב) על ההחלטה שלא להקצות את המקרקעין לתושבי הכפר בורקה לצרכי ציבור של הכפר עצמו, וזאת לנוכח

מיעוט עד כדי העדר מוחלט של מקרקעי ציבור במתחם

(ג) על ההחלטה של שיוך המקרקעין דווקא לגורם שעמד מאחורי הפרות חוק חוזרות ונשנות ברבות השנים,

באופן שיטתי ממוסד ואידאולוגי, באופן שיעניק ומעניק רוח גבית להתנהלות זו בעתיד.

154. לאור האמור, עמדת העותר היא כי לא רק שהחלטת המשיב 1 בכל הנוגע להוצאת צו 2138 הינה בלתי חוקית,

אלא שהיא גם אינה עומדת באמות המידה המינימליות הנדרשות מבחינת הדין המנהלי, והחלטה זו אינה סבירה

באופן קיצוני. זאת, כיוון שהשיקול היחיד שעמד לנגד עיניו של המשיב 1, אשר מהווה חליף הריבון בשטח ואמור

להפעיל שיקול דעת עצמאי, הינו האינטרס הפוליטי של הדרג המדיני. מעבר לעובדה כי אין המדובר בשיקול אשר

יכול לשמש כשיקול לגיטימי בהתאם להלכת ג'מעייית איסכאן, הרי ששקילת שיקול זה – וזה בלבד – אל מול

שורת הנושאים הנזכרים לעיל, אשר מגובים בראיות אין ספור, כל אלה מובילים למסקנה כי המדובר בהחלטה

אשר חורגת ממתחם הסבירות באופן קיצוני (ראו בג"ץ 8397/06 אדוארדו ווסר ואח' נגד שר הביטחון ואח' [2007], פורסם באר"ש), ובפרט פסקאות 10-14 לפסק דינה של הנשיאה דאז, כב' השופטת ד' ביניש)

IV – התנהלות המשיב בכל הנוגע לצו 2138 אינה חוקית על פי נהלי המשיבים עצמם, מנוגדת חובות המשיב על פי הדין המנהלי ומהווה פגיעה בזכות הטיעון של תושבי האזור הפלסטינים, כפי שהמשיב התחייב בפני בית המשפט העליון בעבר

155. כמתואר בחלק העובדתי וכן במכתב הפנייה המקדים שבוצע אל המשיב עובר להגשת עתירה זו, נפלו במלאכת התקנת צו 2138 ופרסומו שורה של פגמים מנהליים אשר עומדים בניגוד להתחייבויות המשיב לבית המשפט הנכבד; לנהלים שהוא עצמו הוציא; להוראות הדין והפסיקה כאחד.

156. **ראשית**, בניגוד להתחייבות מפורשת של המשיב במסגרת בג"ץ 5073/17 בעניין ג'אלוד הנזכר לעיל, לא פורסמה מראש הכוונה על שיוך שטח השיפוט למשיבה 3. המשיב ביקש להמנע משמיעת העותר ושאר בעלי העניין ואלה רבים – ומיהר לנפק את הצו, נמנע מפרסומו ברבים, אלא לאחר המשיב 2 העניק את ההרשאה לתכנון למשיבה 3. כך, חברו להם המשיבים 1-3 כולם לנסות ולרתום את הכרכרה לפני הסוסים, ולגלגל עיניים אל מציאות שהם יצרו במחי ידם.

157. מעבר לעובדה כי בשטח קיימים בעלי אדמות רבים שהם בעלי אינטרס אשר ראוי היה לשמוע אותם בטרם תתקבל ההחלטה; ומעבר לעובדה כי גם לכפר בורקה עצמו, אשר נעדר אדמות ציבוריות לשימושו, קיימים אינטרסים אשר ראוי היה להאזין להם בטרם תתקבל החלטה; ומעבר לעובדה כי הדברים מעוגנים בנוהל שנקבע על ידי המשיב 1 עצמו ובהתחייבות מפורשת שניתנה לבית המשפט הנכבד בעבר; מעבר לכל אלה המדובר באי עמידה בסיסית בחובות המשיב כרשות מנהלית.

158. פסיקת בית המשפט הנכבד בעניין בלומנטל ובעניין שמשון כהן שהוזכרו לעיל, פסלו בעבר החלטות של רשויות ציבוריות באשר להקצאות מקרקעי ציבור שבוצעו ללא שימוע וקבלת התייחסות הציבור כולו על צרכיו והאינטרסים העומדים בבסיס החלוקה. כפי שנקבע בפסק הדין, ראשית לכל חובת ההקצאה (ולענייננו – שיוך מוניציפלי אשר הינו בינארי באופיו, מהווה הקצאה לכל דבר ועניין מבחינה מהותית), חייבת להתבצע על דרך של תשתית עובדתית מלאה ובדוקה.

(א) לצורך זה הליך תקין מחייב פרסום – כאשר "חובת הפרסום היא פועל יוצא של השקיפות הנדרשת לצורך תקינותו של ההליך המנהלי". חובת הפרסום נגזת בעיקר מחובת הנאמנות של נבחרי הציבור (או של חליפיהם – כמי שממונים על רכוש ממשלתי בהתאם לתקנה 55), ומתוך רצון לאפשר שימוע והצגת עמדות ודרישות באשר למקרקעין. שאם לא כן, עשוי לגבור השש להענקת טובות הנאה או קבלת החלטות על בסיס שיקולים פוליטיים גרידא.

(ב) הפרסום מראש נועד להבטיח גם ביקורת שיפוטית וציבורית על הנעשה במקרקעי הציבור ולהבטיח הקצאה השומרת על האינטרס הציבורי, וכן לאפשר התמודדות הוגנת על משאבי הציבור שבידי הרשות, ועל הקצאת משאבים לצרכיו האמיתיים של הציבור.

(ג) בפרט, כאשר ההקצאה משליכה על תושבים אשר אדמותיהם גובלות במקרקעין המוקצים ומקיפות ואתם מכל עבר, ויש בה להשפיע על אורח חייהם ואיכות חייהם, וכאשר יכול שישנם מעוניינים נוספים לשימושים שונים בקרקע לצרכים ציבוריים, יש לפרסם את עניין ההקצאה ולאפשר לגורמים אלה להשמיע את עמדתם בעניין. רק כך מתאפשרת הבאת תשתית מלאה בפני מקבלי החלטות ומובטחת קבלתן של החלטות ראויות.

(ד) בעקבות שמיעת הגורמים השונים, ולאחר היוועצות בגורמים מקצועיים, יש לקיים דיון ענייני ורציני בכל ההיבטים של ההקצאה, לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים, להתייחס לטענות שהושמעו ולאזן בין הצרכים השונים. רק בדרך זו יכולה להתקבל החלטה ראויה, ורק בדרך זו נשמרים כללי המינהל התקין.

159. המשיב בחר שלא לשמוע את עמדת העותר ושאר תושבי הכפר בורקה, הגם שיש להם אינטרסים ברורים במקרקעין במרחב, הן באפשרויות הפגיעה בקניינם שלהם (בין אם על סמך נסיון העבר הקרוב והצהרות המשיבים והן לאור נסיונם של האלופים במילי שמני ואלון כפי שהדבר הובע בתצהיריהם); הן באשר למניעת התנועה והגישה שלהם במקרקעי הציבור; הן באשר למהות השימוש בנכסים ציבוריים על פי תקנה 55; הן באשר לממד האפליה הקיים באשר למקרקעי הציבור בתחומי הגדה המערבית.

160. המשיב 1 קיבל את החלטתו, בפועל, רק על סמך האינטרס הפוליטי של הדרג המדיני, מטעמיו "המדיניים" של זה האחרון, אשר מהווים שיקול פוליטי זר, אשר מנוגד לדין בכלל ולשיקוליו של המשיב 1 בפרט בשטח המצוי תחת תפיסה לוחמתית, בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון. לצורך מימוש אינטרס זה, בחר המשיב 1 שלא לקיים אחר התחייבויותיו לבית המשפט הנכבד, ולא לאפשר זכות טיעון וזכות שימוע לציבור שעתיד להפגע יותר מכל מהחלטתו זו, הוא ציבור תושבי הכפר בורקה.

161. בכך, ביטל המשיב 1 את זכות הטיעון של העותר ושאר בעלי העניין, זכות שהיא מאבני היסוד של כללי הצדק הטבעיים המוכרת השיטת המשפט שלנו. כפי שנקבע זה לא אחת -

"תכליתה של זכות הטיעון להבטיח כי הרשות תתייחס בהגינות לענייניו של האזרח, ותקבל החלטותיה על-בסיס תשתית עובדתית נאותה ותוך התחשבות במכלול העובדות והשיקולים הצריכים לעניין." (ראו למשל, בג"ץ 794/17 זיאדה נ' המפקד הצבאי לגדה המערבית ואת' [2017], פסקה 46 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ס' ג'ובראן).

162. כפי שגם המשיב הכיר בכך בהתחייבותו בפני בית המשפט בדבר הצורך לאפשר זכות טיעון בכל הנוגע לשינויים שמתבצעים בתחומי שיפוט של רשויות ישראליות בתחומי הגדה המערבית. העובדה שבמקרה זה, בחר המשיב לנקוט בפעולה המנהלית של הקצאת תחום שיפוט למשיבה 3 על דרך של צו, אינה משנה מאופיו המנהלי של הפעולה (וממילא, כפי שאף נקבע בעניין זיאדה, אף בוטל צו שהוצא תחת ידו של המשיב 1, בשל הפגיעה בזכות הטיעון הנזכרת לעיל).

163. **שנית**, העדר צירוף המפה לצו 2138 כמתחייב מנהליו של המשיב עצמו, מהווה פגם שיוּרד לשורשו של עניין. אין המדובר רק בהפרת הוראה פרוצדוראלית, אלא בכזו בעלת השלכה יומיומית על תושבים פלסטינים במרחב אשר בשל הכרזת המשיב על איסור כניסה לתחומי היישוב, עצמם המצאם של תושבים פלסטינים בשטח עשויה להחשב עבירה, ואף עשויה להעמידם בסכנה. משכך הייתה על המשיב חובה לפרסם את המפה הנלווית לצו באופן ברור, ולא להשתמש בהוראות והלחמות מצווים שונים, כפי שנעשה על ידו.

164. על כן, התנהלות המשיב גם במובן הצר של הוצאת הצו, ואופן הוצאתו, מנוגד לכל מושכלות יסוד של הדין המנהלי, כפי שגם המשיב היה ער לכך ועיגן זאת בנהליו שלו. התנהלות המשיב הינה, אם כן, חותרת תחת שורה ארוכה של עקרונות בדין המנהלי, ומשכך דינה בטלות.

ד. אחרית דבר

165. כרוניקה של הפרת דין ידועה מראש – אין דרך אחרת לתאר את מחדלי המשיב 1 ומעשיו, אשר התכופף מול גחמותיו של דרג פוליטי והוציא לפועל מהלך שכולו טבול מכף ורגל ועד ראש באי חוקיות: אי חוקיות על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, אי חוקיות על פי המשפט המנהלי הישראלי, אי הלימה לסטנדרטים של המשיב עצמו והתחייבויותיו בפני בית המשפט הנכבד – שהתגלו, שוב – כריקות מתוכן, ואי חוקיות מובהקת הנובעת מאי סבירות קיצונית של החלטתו להוציא את צו מס' 2138 הנ"ל.

166. התנהלותו הבלתי ראויה של המשיב 1 החלה עוד באופן ובמטרה של התקנת הצו; לאחר מכן באי פרסומו ברבים אלא לאחר שהמשיב 2 החליט על מתן ההרשאה לתכנון למשיב 3, וזאת מתוך כוונה ליצור מציאות קיימת בשטח; וכן לאחר מכן, עת נמנע מלהשיב לפניית העותרים בניגוד לחובותיו על פי דין. כפי הנראה למשיב מעולם לא היו תשובות ראויות לטענות שהופנו אליו.

167. אין ולא היה כל צורך צבאי בשטח האמור ובהחלטה בדבר הוצאת הצו, ואין ולא היה כל צורך בו לצרכיה של האוכלוסיה המקומית המוגנת – אשר המשיב אף לא טרח לבקש את עמדתה טרם קיבל את ההחלטה להנפיק את הצו האמור. כל כולו מטרה פוליטית, נעדרת כל הצדקה שהיא, אשר הובילה להחלטה הטבולה לאורכה ורוחבה בשיקולים זרים של המשיב, וזאת בניגוד לפסק הדין המנחה של בית המשפט בעניין ג'מעייט איסכאן כמתואר לעיל.

168. מזה כשני עשורים, מאז פונה היישוב האזרחי חומש שהוקם על מקרקעין שנתפסו ל-"צרכים צבאיים", העותר ותושבי הכפר בורקה מבקשים לשוב לאדמותיהם. לא היה מהלך שהמשיב – ושאר רשויות האזור – לא נקטו, במעשה או במחדל, על מנת להקשות זאת עליהם. פעם אחר פעם נדרשו אלה לפנות לבית המשפט הנכבד – הגורם היחיד אשר מסוגל ליתן להם סעד. זאת, לאור העובדה כי המשיב 1 פועל בהתאם להוראות הדרג הפוליטי, הגם שהדבר מוביל לא אחת להפרת הדין מצד המשיב 1, ואילו העותר ושאר תושבי הכפר אינם מעורבים ואינם יכולים להיות בעלי השפעה על מצבם, באמצעות בחירת הדרג הפוליטי. ממדי ההפלייה, השיקולים הזרים, אי עמידה בהוראות הדין והתחייבות המשיבים בפני בית המשפט הנכבד זועקת מכל תו ותג כפי שעולה מעתירה זו.

169. משכך, עמדת העותר היא כי יש להוציא צו על תנאי כמבוקש ברישא של עתירה זו, ולאחר קבלת תשובת המשיבים במסגרת תצהיר תשובה, להפכו למוחלט ולהורות על בטלותו של צו 2138 הנזכר לעיל. כמו כן, יש לחייב את המשיבים בהוצאות העותר בגין הגשת עתירה זו, לרבות שכר טרחת עו"ד ונשיאה בתשלום אגרת בית המשפט. העובדות המופיעות בעתירה זו נתמכות בתצהירו של העותר וכן בכתבי בי דין ותכתובות שונות שהוגשו במסגרת העתירה הקודמת בבג"ץ 2821/19 והתצהירים הנלווים להם.

היום,

ליאור צור, עו"ד

מ.ר. 69373

שלומי זכריה, עו"ד

מ.ר. 42714

ב"כ העותר