

בעניין:

1. _____ זיד, ת"ז _____
פלסטיני תושב השטחים הכבושים
2. _____ זיד, ת"ז _____
פלסטיני תושב השטחים הכבושים
3. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר –**
ע"ר מס' 580163517

ע"י ב"כ עוה"ד תהילה מאיר (מ"ר 71836) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או בנימין אחסתרביה (מ"ר 58088) ו/או נדיה דקה (מ"ר 66713) ו/או אהרון מייסלס קורמן (מ"ר 78484) ו/או מאיסא אבו סאלח - אבו עכר (מ"ר 52763)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל': 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית

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

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא וליתן טעם:

- א. מדוע לא יינתן לעותר 2 היתר כניסה למרחב התפר בתוקף לשלוש שנים, לצורך גישתו הסדירה לאדמה של אביו, העותר 1;
- ב. מדוע לא יתאפשר לאנשים להוכיח זיקה קניינית לאדמות במרחב התפר שעברו בירושה, לצורך קבלת היתרי כניסה לאדמות שבמרחב התפר, באמצעות הגשת נסחי טאבו על שם מורשי האדמות, בצירוף צווי ירושה, המוכיחים את ההעברה של הבעלות על האדמות מהבעלים הרשומים ליורשיהם.

בבית משפט נכבד זה תלויות ועומדות חמש עתירות שהוגשו על ידי העותרת 3 ושעוסקות באותו הנושא שבו עוסקת עתירה זו – הסירוב של המשיב לתת היתרי כניסה למרחב התפר לחקלאים, בשל העובדה שיורשי האדמות לא נרשמו כבעלי האדמות במקום המורשים – בג"ץ 3066/20 זיד נ' **המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**, בג"ץ 3067/20 יחיא נ' **המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**, בג"ץ 3068/20 קבהא נ' **המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**, בג"ץ 3070/20 קבהא נ' **המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית** ובג"ץ 3071/20 אבו עביד נ' **המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**. חמש העתירות קבועות לדיון לפני אותו ההרכב, ביום 21.9.2020. עתירות נוספות באותו הנושא מוגשות יחד עם עתירה זו או יוגשו בסמוך לאחר הגשתה.

היעדרו של סעד חלופי

1. סעיף 5א(א)(1) לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000 מסמיך את בית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים לדון ב"עתירה נגד החלטה של רשות או של גוף המנוי בתוספת הרביעית, הפועלים ביהודה והשומרון... בעניין המנוי בתוספת הרביעית, ולמעט עתירה שהסעד העיקרי המבוקש בה עניינו התקנת תחיקת הביטחון לרבות ביטולה, הכרזה על בטלותה או מתן צו להתקנתה".
2. בסעיף 3(ה) לתוספת הרביעית נכתב: "החלטה פרטנית של רשות שעניינה היתר כניסה לשטח שהוא מרחב תפר".
3. העותרת 3 הגישה חמש עתירות מינהליות לבית המשפט המחוזי בירושלים באותו הנושא שבו עוסקת עתירה זו (עת"ם 62855-07-19, עת"ם 71670-07-19, עת"ם 11831-08-19, עת"ם 21156-09-19 ועת"ם 6137-12-19). בכל עתירה התבקש סעד פרטני, של מתן היתר כניסה למרחב התפר לעותר, וכן סעד עקרוני, המורה למשיב להפסיק לסרב לתת היתרי חקלאי במרחב התפר, במלוא התוקף הקבוע בנהליו, לאנשים שירשו אדמות במרחב התפר, בשל העובדה שהם לא פעלו לשינוי הרישום של הזכויות על האדמות בטאבו.
4. ביום 3.3.2020 התקיים דיון בחמש העתירות, ובסופו ניתן פסק דין הקובע כך:

במהלך הדיון היום ובעקבות הדברים שנשמעו בו, הבהירה ב"כ העותרים כי גם אם תתקבל פרשנות המשיב בעניין הוראת סעיף 12 בפרק ג' לקפ"ק מרחב התפר מחודש פברואר 2017... וההוראה הזוהי בסעיף 13 בסימן א' בפרק ג' לקובץ נוהלי מרחב התפר מחודש ספטמבר 2019... עדיין העותרים עומדים על טענתם כי מדובר בהוראה פסולה, בלתי חוקית ובלתי סבירה, שעל בית המשפט לבטלה מהטעמים המפורטים בעתירות. לאחר שקראתי את העתירות והתשובות, ושמעתי את טענות הצדדים בדיון היום, מקובלת עלי עמדת המשיב באשר לפרשנות הנכונה של הוראות סעיפים 12 ו-13 הנ"ל, אשר לפיהן יש לצרף "עותק נסח טאבו" לבקשת היתר לצרכים חקלאיים במרחב התפר, מקום בו מדובר בקרקע מוסדרת. על פי פרשנות זו, כאשר מדובר בקרקע מוסדרת, אין די בצירוף עותק נסח טאבו על שם המוריש ביחד עם צו ירושה לטובת מבקש ההיתר, אלא נדרש לצרף עותק נסח טאבו בו נרשם שם המבקש בהתאם לצו הירושה... משעה שקבעתי כך, נותרה טענת העותרים כנגד חוקיות וסבירות הוראת הנוהל הדורשת צירוף נסח טאבו על שם מבקש ההיתר לצרכים חקלאיים במרחב התפר, מקום בו מדובר בקרקע מוסדרת, ואינה מסתפקת בהגשת צו ירושה לטובת המבקש יחד עם נסח טאבו על שם המוריש. **טענה זו היא טענה כללית נגד נהלי המשיב, ולא טענה פרטנית לגבי יישום הנוהל במקרה קונקרטי. משכך, אין מדובר ב"החלטה פרטנית של רשות שעניינה היתר כניסה לשטח שהוא מרחב תפר"**, כאמור בפרט 3(ה) בתוספת הרביעית לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000, שרק היא מסורה לסמכות בית המשפט לעניינים מינהליים בנוגע למרחב התפר. התוצאה היא אפוא שטענות העותרים בחמש העתירות באשר לפרשנות הסעיפים הרלוונטיים בקפ"ק 2017 ובהלי 2019 – נדחות. **טענות העותרים בחמש העתירות באשר לחוקיות ותוקף הסעיפים הנזכרים – נמחקות מחמת חוסר סמכות (ההדגשות הוספו, ת.מ.).**

פרוטוקול הדיון ופסק הדין של בית המשפט לעניינים מינהליים מצורפים ומסומנים ע/1.

5. משכך, אין לעותרים סעד חלופי.

התשתית העובדתית

משטר ההיתרים

6. בשנת 2002 החליטה ממשלת ישראל על הקמת גדר ההפרדה. שורה של עתירות הוגשו בנושא חוקיות הקמתה של גדר ההפרדה ככלל וחוקיותם של חלקים שונים מהתוואי שלה. בפסקי הדין שניתנו בעתירות אלו נקבע כי השאלה האם תוואי הגדר הוא חוקי או לא תלויה בשאלה האם הוא מאזן כראוי בין השיקולים הביטחוניים שבבסיסו לבין ההגנה על זכויות האדם של התושבים המוגנים (ראו,

לדוגמא, בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005); בג"ץ 5488/04 מועצת מקומית אלראם נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 13.12.2006); ובג"ץ 8414/05 יאסין נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(2) 822 (2007).

7. התוואי שנקבע לגדר ההפרדה הביא לכך שחלקים משמעותיים מהגדר נבנו בתוך שטחי הגדה המערבית. עם הקמתם של חלקי גדר אלו, הכריז המשיב על השטחים שנותרו בין גדר ההפרדה לבין הקו הירוק כעל שטחים סגורים, המכונים יחדיו "מרחב התפר", שהכניסה אליהם והשהייה בהם אסורות, אלא אם ניתן לאדם היתר לשם כך. האיסורים האלה אינם חלים על תושבי מדינת ישראל ועל תיירים, המורשים להיכנס למרחב התפר ככל שיחפצו.

8. בסמוך להכרזה הראשונה על סגירת שטחי מרחב התפר, שנחתמה ביום 2.10.2003, הוגשו עתירות נגד משטר ההיתרים, שעסקו בחוקיות סגירתו של מרחב התפר בפני פלסטינים והתניית כניסתם לשם בקבלת היתרים מיוחדים. ההכרעה בעתירות אלו הושהתה במשך למעלה משבע שנים, עד למתן פסקי דין בעתירות בנושא גדר ההפרדה, שנדונו באותה העת. כתוצאה מכך, פסק הדין בעתירות, בג"ץ 9961/03 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 5.4.2011, להלן: **פסק דין משטר ההיתרים**), נכתב מתוך התייחסות לגדר ההפרדה כעובדה מוגמרת, ובמסגרתו נבחנה הפגיעה של משטר ההיתרים בתושבים הפלסטינים במנותק מפגיעתה של גדר ההפרדה בהם.

9. בפסק הדין נבחנה פגיעתו של משטר ההיתרים על רקע ההסדרים שקבעו המשיבים שם למתן היתרי כניסה למרחב התפר לפלסטינים, בין היתר, "קפ"ק מרחב התפר ונוהל טיפול בשימוש לרעה בהיתר מרחב התפר" (להלן: **קפ"ק מרחב התפר**), ועל יסוד טענות המשיבים כי ההסדרים ייושמו באופן ליברלי. בית המשפט קבע כי הפגיעה של משטר ההיתרים בתושבים הפלסטינים היא מידתית, למעט מספר עניינים נקודתיים שנפסלו.

10. עוד הובהר בפסק הדין כי הקביעות לגבי מידתיות הפגיעה של משטר ההיתרים בתושבים הפלסטינים אינן שוללות את האפשרות "כי קיימים מקרים פרטניים בהם נגרמת פגיעה חמורה בזכויות הקניין והפרנסה של תושבים פלסטינים שאינם זוכים לעבד את אדמתם במידה הנדרשת להם או נתקלים בקשיי גישה אחרים, והמשיבים מצידם אינם עושים די על מנת להביא למזעור פגיעה זאת", וכי "מקרים אילו ניתנים לבירור במסגרת עתירות פרטניות, במסגרתן יוכל בית המשפט לבחון את מכלול ההסדרים הרלוונטיים לאזור מסוים, ולבחון את האיזון הפרטני המתבצע בתחומו בין זכויות התושבים לבין אינטרסים אחרים, כפי שנעשה בעבר בעתירות דומות" (סעיף 34 לפסק הדין).

11. ואכן, לאחר שניתן פסק דין משטר ההיתרים, על בסיס ההנחה כי לא תימנע כניסתם למרחב התפר של פלסטינים בעלי זיקה אליו, החלו להתעורר עוד ועוד מקרים בהם מונע המשיב מתושבים פלסטינים לגשת לאדמותיהם, לעסקיהם ולמקומות עבודתם שבמרחב התפר.

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

הפרק "היתרים לצרכים חקלאיים במרחב התפר" בקפ"ק מרחב התפר 2017 מצורף ומסומן ע/2 ;

הפרק "היתרים לצרכים חקלאיים במרחב התפר" בנהלים החדשים של המשיב מצורף ומסומן ע/3.

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

העתק מכתבו של המשיב מיום 26.11.2018 מצורף ומסומן ע/4 ;

העתק מכתבו של המשיב מיום 28.6.2020 מצורף ומסומן ע/5.

הצדדים לעתירה

14. העותר 1 הוא בעל אדמה במרחב התפר והעותר 2 (להלן: העותר) הוא בנו. העותר 1 הוא קשיש והוא אינו יכול לעבד את האדמה שלו בעצמו, והוא זקוק לעזרה של בניו בעיבוד האדמה. העותרים הגישו בקשה להיתר כניסה למרחב התפר עבור העותר, כדי שיוכל לגשת לאדמה של אביו ולעבד אותה, אך הבקשה נדחתה על ידי המשיב, בשל העובדה שהאדמה רשומה על שם אביו של העותר 1 ולא על שם העותר 1. זאת על אף שהבעלות של העותר 1 על האדמה הוכחה באמצעות נסח טאבו בצירוף צו ירושה. העותר 1 עצמו מחזיק בהיתר כניסה למרחב התפר מכוח בעלותו על אותה החלקה, שהוכחה על ידי נסח הטאבו וצו הירושה, וגם לעותר ניתנו פעם אחר פעם היתרי כניסה למרחב התפר על בסיס אותם המסמכים, מאז בניית גדר ההפרדה ועד לאחרונה, ואין כל טעם לסירוב של המשיב לתת לו היתר לצרכים חקלאיים כעת.

15. העותרת 3 היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.

16. המשיב הוא המפקד הצבאי בגדה המערבית מטעם מדינת ישראל.

עיקרי העובדות ומיצוי ההליכים

17. העותר 1, יליד שנת 1946, נשוי ואב לשמונה ילדים, ביניהם העותר. הוא מתגורר בטורה אלע'רביה שבנפת ג'נין.

העתק תעודת הזהות של העותר 1 מצורף ומסומן ע/6.

18. העותר, יליד שנת 1973, נשוי ואב לארבעה ילדים. גם הוא מתגורר בטורה אלע'רביה שבנפת ג'נין. הוא מתפרנס מחקלאות באדמות משפחתו ומעבודות מזדמנות.

העתק תעודת הזהות של העותר מצורף ומסומן ע/7.

19. העותר 1 הוא בעל חלקת אדמה המצויה באדמות יעבד, במרחב התפר. החלקה רשומה על שם אביו המנוח, מר _____ ז"ד. האב הלך לעולמו בשנת 1985 ורכושו עבר בירושה, בין היתר, לעותר 1. גודל החלקה 31.097 דונם. בחלקה גדלים עצי זית, ובכל שנה המשפחה מגדלת גם טבק. בעבר בני המשפחה גידלו גם חיטה, שעורה, מספוא וירקות עונתיים, כגון מלפפונים, עגבניות ופקוס, אך הם נאלצו להפסיק בשל קשיי משטר ההיתרים, שאינם מאפשרים להם לעבוד באדמה באופן סדיר ורציף, כפי שעשו בעבר.

העתק מנסח הטאבו מצורף ומסומן ע/8 ;

העתק מצו הירושה מצורף ומסומן ע/9.

20. העותר 1 מחזיק בהיתר כניסה למרחב התפר מסוג "היתר חקלאי" – סוג ההיתר הניתן לבעלי אדמות במרחב התפר. ההיתר תקף מיום 25.12.2018 עד ליום 23.12.2020. העותר 1 הוא איש מבוגר, בן 74. הוא אינו יכול לעבד את האדמה לבדו והוא זקוק לעזרה של בנו, העותר.

העתק ההיתר של העותר 1 מצורף ומסומן ע/10.

21. העותר קיבל היתרי כניסה למרחב התפר באופן סדיר מאז בניית גדר ההפרדה, לצורך גישתו לאדמה של אביו. ההיתרים האחרונים שהיו לו היו היתר תעסוקה חקלאית בתוקף מיום 25.9.2014 עד ליום 25.9.2015; היתר חקלאי בתוקף מיום 22.12.2015 עד ליום 20.12.2017; והיתר חקלאי בתוקף מיום 22.2.2018 עד ליום 21.2.2020. כל ההיתרים ניתנו לעותר על בסיס נסח הטאבו שבו רשום סבו, בצירוף צו הירושה מסבו לאביו, העותר 1.

העתקי ההיתרים של העותר מצורפים ומסומנים ע/11.

22. העותר הגיש בקשה לחידוש ההיתר האחרון שלו בסוף חודש ינואר 2020 בקישור הפלסטיני. הבקשה הועברה מהקישור הפלסטיני למת"ק הישראלי ביום 6.2.2020.

23. המוקד להגנת הפרט פנה לקצין פניות הציבור במינהל האזרחי ביום 10.2.2020 בבקשה לבירור סטאטוס הטיפול בבקשה של העותר.

העתק הפנייה של המוקד להגנת הפרט מיום 10.2.2020 מצורף ומסומן ע/12.

24. ביום 18.2.2020 התקבל מכתבו של קצין פניות הציבור במינהל האזרחי, בו נכתב כך:

לאחר בדיקה שערכנו אל מול המת"ק הגזרתי עלה כי בקשתו של התושב לא התקבלה במשרדי המנהל האזרחי. באפשרותו של התושב להגיש בקשתו בשנית אשר תיבחן בהתאם לנהלים ולמדיניות.

העתק המכתב של קצין פניות הציבור במינהל האזרחי מיום 18.2.2020 מצורף ומסומן ע/13.

25. העותר פנה למת"ק ביום 20.2.2020 וניסה להגיש בקשה להיתר, אך החייל בחלון קבלת הקהל סירב לקבל ממנו את הבקשה והפנה אותו לקישור הפלסטיני. העותר פנה לקצין התפר במת"ק, ששמו סלימאן, ועדכן אותו בתשובתו של קצין פניות הציבור במינהל האזרחי לבקשה לבירור סטאטוס הטיפול בבקשתו. קצין התפר ביקש מהעותר להמתין, ולאחר מספר דקות הוא חזר אליו ואמר לו שהוא בדק את העניין ושיש במת"ק בקשה על שמו, ושהעותר אמור לקבל את התשובה לבקשה באמצעות הקישור הפלסטיני. הוא אמר לעותר שהחלטה היא לתת לו היתר "לצרכים אישיים" בתוקף לשלושה חודשים, ושבתקופה זו אביו של העותר, העותר 1, נדרש "לרשום את חלקו" בטאבו.

26. לעותר הונפק היתר "לצרכים אישיים" בתוקף לשלושה חודשים בלבד, מיום 23.2.2020 עד ליום 22.5.2020.

העתק ההיתר "לצרכים אישיים" שניתן לעותר מצורף ומסומן ע/14.

27. המוקד להגנת הפרט הגיש בקשה לבירור רמת"ק על החלטה זו ביום 14.5.2020, ובה נכתב כך:

בעבר קיבל מר זיד מהמנהל האזרחי היתרי כניסה למרחב התפר כדי לתקופה של שנתיים על מנת שיוכל להמשיך לעבד את אדמות אביו. ההיתר האחרון שהיה לו פג תוקף ביום 20.2.2020.

מר _____ זיד הגיש בקשה לחידוש היתרו. לבקשה הוא צירף את אותם המסמכים אשר הוצגו על ידו בעבר ואשר באמצעותם הוכחה זיקתו של אביו אל החלקה הרלוונטית לבקשה. מסמכים אלה הוצגו לנציגי המת"ק מאז הקמת גדר ההפרדה. בזכות מסמכים אלה ובמשך שנים רבות, ניתנו לו היתרי כניסה ארוכי טווח למרחב התפר לצורך עיבוד אדמתו של אביו. אלה מסמכים המוכיחים שאביו ירש את החלקה הרלוונטית לבקשה

– נסח טאבו, בו סבו המנוח של מר _____ זיד רשום כבעל החלקה, וצו ירושה מבית הדין השרעי, על פיו אביו הוא מיורשיו של הסב.

החלטתכם להתנות את הגישה של אדם לאדמות שאביו ירש, ושהוא ומשפחתו מעבדים עוד מהתקופה שקדמה להקמת גדר ההפרדה, בעדכון או בשינוי או של הרישום במסמכים, הינה משוללת יסוד בדין ומנוגדת לפסיקה, ופגיעה בזכויות היסוד של בעל האדמה אינה מידתית.

אנו מבקשים לציין כי בעקבות עתירה שהוגשה לבג"ץ (6415/18) ובה ביקשנו כי המשיבים יסבירו מדוע לא יפסיקו לסרב לתת היתרי חקלאי במרחב התפר לאנשים שירשו אדמות במרחב התפר, בשל העובדה שהם לא פעלו לשינוי הרישום של הזכויות שלהם על האדמות בטאבו, ניתן לעותר היתר חקלאי.

העתק הבקשה לבירור רמת"ק מצורף ומסומן ע/15.

28. על פי נהלי המשיב, מי שהגיש בקשה לבירור רמת"ק צריך להיות מוזמן לבירור רמת"ק בתוך שבועיים (סעיף 2.2.ד. לפרק "בירור רמת"ק").

הפרק "בירור רמת"ק" בנהלי המשיב מצורף ומסומן ע/16.

29. המוקד להגנת הפרט שלח למת"ק ג'נין ביום 2.6.2020 רשימה של פניות שנשלחו לאותו מת"ק ושלא נענו, וביניהן הבקשה לבירור רמת"ק שהוגשה בשם העותר.

העתק הפנייה של המוקד להגנת הפרט מיום 2.6.2020 מצורף ומסומן ע/17.

30. משחלפו למעלה משבועיים ממועד הגשת הבקשה לבירור רמת"ק והעותר לא הוזמן לבירור רמת"ק, המוקד להגנת הפרט הגיש ערר ביום 7.6.2020.

העתק הערר מצורף ומסומן ע/18.

31. ביום 15.6.2020 נשלח למוקד להגנת הפרט טופס סיכום של בירור רמת"ק ובו נכתב כך :

תאריך ועדת השימוע : 24/05/20

נוכחים בשימוע : ק. תפר (קצין תפר, ת.מ.).

פרוטוקול שימוע : הנ"ל לא נכח בשימוע עקב מוגבלויות משרד הבריאות (כך במקור, ת.מ.) והנחיות צה"ל בקשר לקורונה.

פרטים נוספים : עפ"י קפ"ק התפר המעודכן 2019 הוחלט כי כל מי שזכאי לאדמה שהיא לא רשומה בשמו עליו לפתוח בקשה בטאבו להעביר החלקה לשמו עד אז יקבל 3 חודשים צרכים אישיים עד תחילת רישום האדמה. כיום רשומה על שם סבא שלו וצריכה לעבור לשמו של אביו.

העתק מטופס הסיכום של בירור הרמת"ק מצורף ומסומן ע/19.

32. אין בהחלטה זו מענה לטענות של העותרים, אלא רק חזרה על ההחלטה שעליה הוגשה בקשה לבירור רמת"ק.

33. ביום 21.6.2020 התקבל מכתבו של קצין פניות הציבור במינהל האזרחי, בו נכתב : "לאחר בירורנו למול מת"ק ג'נין, התושבים מזומנים לבירור רמת"ק בתאריך ה-23/06/2020 בשעה 11:00".

העתק המכתב של קצין פניות הציבור במינהל האזרחי מיום 21.6.2020 מצורף ומסומן ע/20.

34. בשיחת טלפון שהתקיימה ביום 22.6.2020 בין עובדת המוקד להגנת הפרט לבין קצין התפר במת"ק ג'נין הובהר שמי שעניינו נדון בבירור רמת"ק ללא נוכחותו, כמו העותר, אינו צריך להגיע לבירור רמת"ק נוסף.

35. המוקד להגנת הפרט פנה לקצין פניות הציבור במינהל האזרחי ביום 23.6.2020 וחזר על בקשתו להזמנת העותר לדיון בוועדת הערר.

העתק הפנייה של המוקד להגנת הפרט מיום 23.6.2020 מצורף ומסומן ע/21.

36. ביום 30.6.2020 התקבל מכתב של קצין פניות הציבור במינהל האזרחי, בו נכתב כך :

לאחר בירור שלנו, הוחלט לדחות על הסף את בקשת התושב לוועדת ערר. להודעה זו יצורף המסמך המפרט את סיבות הדחייה.

37. למכתב צורפה החלטה של יושב ראש ועדת הערר, נושאת תאריך 29.6.2019, ובה נכתב כך :

ועדת הערר הוקמה ופועלת מכוח נהלי הכניסה למרחב התפר ובמסגרתם. נהלים אלו נקבעו על מנת להסדיר ולייעל את הטיפול בבקשות השונות באשר למשטר ההיתרים ולסייע ביצירת איזון ראוי בין צרכי הביטחון לצרכים של התושבים. הצורך להציג נסח טאבו כהוכחה לזיקת המבקש לקרקע מעוגנת בקובץ הנהלים וההנחיות לכניסה למרחב התפר 2019 המפורסם באתר מתפ"ש. לעניין זה נפנה לפרק ג' בקפ"ק בסעיף 13(ג)(1) לפיו במידה והקרקע מוסדרת יש לצרף עותק נסח טאבו. הפרשנות המקובלת לסעיף בנהלים באשר להגשת נסח טאבו, הינה שנדרש להגיש נסח טאבו על שם מגיש הבקשה. בעת"מ 62855-07-19 פסק בית המשפט כי פרשנות זו היא פרשנות סבירה בנסיבות העניין.

ראוי לציין כי הדרישה להצגת נסח טאבו אינה דרישה חדשה. כך לדוגמא כבר בתגובת המדינה לבג"ץ 9961/03 ו-639/04 (בג"ץ משטר ההיתרים) נכתב בסעיף 121 במענה לטענה כי התושבים אינם יודעים מה הם המסמכים שעל החקלאי להציג בכדי להוכיח כי הוא בעל זיקה לאדמה, נטען כי אך מובן הוא שבמקרקעין מוסדרים יש לצרף לבקשה נסח טאבו, ובמקרקעין שאינם מוסדרים די בהבאת ראיות אחרות כגון נסח רישום מלשכת מס רכוש (מאליה).

כידוע לכם הטענות בדבר חוקיות הדרישה לנסח טאבו הן טענות המצויות בהליכים עומדים בבית המשפט. לאחרונה הוגשו חמש עתירות בבג"ץ 3066/20, 3071/20, 3070/20, 3068/20, 3067 כאשר בכולן ב"כ העורר הוא אחד מהעותרים ובמרכזן עומדות טענות זהות לטענות שעלו בערר. המנהל האזרחי ישיב לטענות הללו בבית המשפט ובהמשך יפעל לפי פסיקת בית המשפט לגבי כל הבקשות הנוכחיות להיתרים. על כן, מעיון בבקשה לא עלתה סיבה לבחון את סירוב המת"ק ולפיכך, אני דוחה את בקשתכם לקיום דיון בוועדת ערר. ככל שיועלו על ידי העורר טענות פרטניות אלו יבחנו בהתאם, בכפוף למדיניות ולנהלי קפ"ק מרחב התפר.

העתק המכתב של קצין פניות הציבור במינהל האזרחי מיום 30.6.2020 מצורף ומסומן ע/22 ;

העתק ההחלטה על דחיית הערר מצורף ומסומן ע/23.

38. כאמור לעיל, בעת"מ 62855-07-19 לא נקבע דבר לגבי הסבירות של הדרישה של המשיב לרישום האדמה בטאבו על שם היורש. נקבע רק כי זו הפרשנות הנכונה לסעיף הקובע כי יש לצרף נסח טאבו לבקשה, וכי הטענות של העותרים כנגד החוקיות והסבירות של דרישה זו אינן בתחום סמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים (ראו ע/1).

39. מכאן העתירה.

בג"ץ עביד

40. בבקשה לבירור רמת"ק ובערר של העותר הוזכר הליך שהתנהל בנושא הדרישה של המשיב לרישום הירושה בטאבו כתנאי למתן היתר חקלאי ליורש – בג"ץ 6415/18 עביד נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית (להלן : בג"ץ עביד).

41. בבג"ץ עביד התבקש צו על תנאי המורה למשיבים ליתן טעם :

- א. מדוע לא ינפיקו לעותר 1 היתר כניסה למרחב התפר בתוקף לשנתיים, לצורך שימור הזיקה הקניינית שלו לאדמותיו ;
- ב. מדוע לא יפסיקו לסרב לתת היתרי חקלאי במרחב התפר בתוקף לשנתיים לאנשים שירשו אדמות במרחב התפר, בשל העובדה שהם לא פעלו לשינוי הרישום של הזכויות על האדמות בטאבו.

42. ביום 22.11.2018 הגישו המשיבים בקשה לארכה, בה נכתב כי "בימים אלה נעשית בחינה מחודשת אצל גורמי המשיבים ביחס למדיניותם בנוגע לסוגיות הקשורות לעתירה. כמו כן, בהמשך לבחינה האמורה, צפויה להתקיים ישיבה במחלקת הבג"צים בנושא זה".

העתק הבקשה לארכה מיום 22.11.2018 מצורף ומסומן ע/24.

43. ביום 23.1.2019 הוגשה בקשה נוספת לארכה מטעם המשיבים, ובה הובהר כי "המשיבים עדכנו את פרקליטות המדינה כי לצורך בחינת מדיניותם ביחס לסוגיות הקשורות לעתירה, בכוונתם לקיים ישיבה בהשתתפות כלל הגורמים הרלוונטיים. לאור האמור, למשיבים דרוש פרק זמן נוסף לצורך גיבוש עמדתם והגשת תגובה מטעמם".

העתק הבקשה לארכה מיום 23.1.2019 מצורף ומסומן ע/25.

44. ביום 22.7.2019 הוגשה בקשה נוספת לארכה, בה נכתב כי "על פי הנמסר מן המשיבים, בחינת מדיניותם ביחס לסוגיות הקשורות לעתירה הסתיימה, ועמדתם תועבר לפרקליטות המדינה בימים הקרובים".

העתק הבקשה לארכה מיום 22.7.2019 מצורף ומסומן ע/26.

45. ביום 24.7.2019 התקבל מכתב מהפרקליטות, בו נכתב כך :

עניינה העיקרי של העתירה שבנדון, בבקשת העותר... כי יונפק לו היתר כניסה למרחב התפר בתוקף לשנתיים. זאת, כמפורט בעתירה, לצורך שימור הזיקה הקניינית שלו לאדמותיו.

אבקש לעדכן, כי לאחר שעניינו של העותר נבחן פעם נוספת על ידי הגורמים המוסמכים לכך אצל המשיבים, ובשים לב לנסיבותיו הפרטניות של המבקש, במסגרתן קיבל העותר היתר כניסה למרחב התפר במשך שנים רבות – הוחלט ליתן בידי העותר היתר כניסה למרחב התפר בתוקף לשנתיים, בכפוף להיעדר מניעה ביטחונית. יובהר, כיון אין באמור כדי להוות הסכמה לטענות המועלות בעתירה ביחס לדרישות הקבועות בקפ"ק מרחב התפר (פרק ג', סעיף 12ג1), אלא שבנסיבות העניין אין צורך להידרש לכך.

לפיכך, ומשניתן לעותר הסעד העיקרי המבוקש בעתירה – היתר כניסה למרחב התפר בתוקף לשנתיים – דומה כי העתירה התייתרה, והכרעת בית המשפט בסעדים המבוקשים במסגרתה אינה נדרשת עוד...

העתק המכתב מיום 24.7.2019 מצורף ומסומן ע/27.

46. כאמור, גם העותר בהליך זה קיבל היתר כניסה למרחב התפר במשך שנים רבות, מאז הקמת גדר ההפרדה. אביו, העותר 1, מחזיק בהיתר תקף גם עתה, מבלי להירשם בטאבו כבעל החלקה.

47. ביום 31.7.2019 הגישו המשיבים תגובה, בה נטען כי "משניתן לעותר מבוקשו... העתירה במתכונתה הנוכחית התייתרה, והכרעת בית המשפט הנכבד אינה נדרשת בה עוד... הסעד הכללי המבוקש בעתירה אינו נושא עמו נפקות מעשית מידית לעניינם של העותרים, שכן הוחלט ליתן לעותר היתר כניסה למרחב התפר בתוקף לשנתיים. זאת ועוד, לעמדת המשיבים מקרה זה אינו נכנס בגדרם של אותם מקרים חריגים בהם בית המשפט הנכבד עשוי להיעתר למתן סעד עקרוני חרף היעדר צורך קונקרטי לכך".

העתק התגובה מיום 31.7.2019 מצורף ומסומן ע/28.

48. העותרים הודיעו ביום 7.8.2019 כי הם עומדים על העתירה. כך נכתב בהודעה מטעם העותרים :

המשיבים ראו צורך בקיום בחינה מחודשת של מדיניותם בהיבטים שהעתירה מעלה, ובחינה זו ארכה זמן רב והעסיקה שורה של גורמים משירות המדינה. אולם, עם סיום הבחינה הזו, המשיבים נמנעו מלהציג את תוצאותיה לפני בית המשפט הנכבד. המשיבים החליטו שלא ליישם את מדיניותם בעניינו של העותר, אך ככל הנראה, הם גם החליטו שלא לשנות את מדיניותם, כך שאנשים אחרים במצבו של העותר יקבלו סעד כמותו. הדברים מעוררים תמיהה, בלשון ההמעטה. כיוון שהוחלט, ככל הנראה, כי לא ניתן לעמוד מאחורי הסירוב לבקשתו של העותר להיתר, על המשיבים לחדול מסירוביהם לבקשות דומות.

על כן, וכיוון שלצערנו, הצורך בסעד העקרוני שהתבקש מבית המשפט הנכבד בעינו עומד, מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את בקשתם של המשיבים לדחיית העתירה, ולהורות להם להפסיק לסרב לתת היתרי חקלאי במרחב התפר בתוקף לשנתיים לאנשים שירשו אדמות במרחב התפר, בשל העובדה שהם לא פעלו לשינוי הרישום של הזכויות על האדמות בטאבו, בבחינת "המתחיל במצווה אומרים לו גמור".

העתק ההודעה מטעם העותרים מצורף ומסומן ע/29.

49. באותו היום ניתן פסק דין הקובע כך :

במסגרת העתירה שלפנינו התבקשו המשיבים להנפיק לעותר 1 היתר כניסה למרחב התפר בתוקף לשנתיים, לצורך שימור הזיקה הקניינית שלו לאדמותיו. כן התבקש סעד כללי המופנה כלפי מדיניות המשיבים במרחב התפר. ביום 31.7.2019, לאחר מספר ארכות, הוגשה תגובה מטעם המשיבים, במסגרתה נמסר כי לאחר שעניינו של עותר 1 נבחן פעם נוספת על ידי הגורמים המוסמכים, ובשים לב לנסיבותיו הפרטניות, הוחלט ליתן בידיו היתר כניסה למרחב התפר בתוקף לשנתיים, בכפוף להיעדר מניעה ביטחונית. נראה אפוא כי העתירה במתכונתה הנוכחית, מוצתה. טענותיהם הכלליות של העותרים שמורות להם.

מדיניותו הכללית של המשיב

רקע נורמטיבי

50. נהלי המשיב מתייחסים לדרכים להוכחת זיקה קניינית לקרקע לצורך קבלת היתרי כניסה למרחב התפר. לגבי היתרים לצרכים חקלאיים נקבע כך :

לבקשה יצורפו מסמכים המוכיחים את זיקתו הקניינית של המבקש לקרקע החקלאית המצויה במרחב התפר :

- (1) אם הקרקע מוסדרת – עותק נסח טאבו.
- (2) אם הקרקע אינה מוסדרת – מלייה מקורית או כל מסמך אחר המוכיח את זיקתו לקרקע החקלאית.
- (א) יורש חלקה – יגיש צווי ירושה המוכיחים את שרשרת הירושה, לצד כלל המסמכים המוכיחים את זיקתו של המוריש לקרקע החקלאית.
- (ב) רוכש חלקה – יגיש חוזה וייפוי כוח נוטריוני בלתי חוזר, לצד כלל המסמכים המוכיחים את זיקתו הקניינית של המוכר לקרקע החקלאית.
- (ג) שוכר חלקה – יגיש עותק של חוזה השכירות, לצד כלל המסמכים המוכיחים את זיקתו הקניינית של המשכיר לקרקע החקלאית המסוימת. וכן הצהרת המשכיר כי ידוע לו שבתקופת השכירות הוא מוותר על זכויות השימוש שלו בקרקע המושכרת (סעיף 13.ג). לפרק "היתרים לצרכים חקלאיים במרחב התפר", (ההדגשות במקור).

51. הוראה זהה נקבעה בגרסה הקודמת של נהלי המשיב, בסעיף 12.ג. לפרק "היתרים לצרכים חקלאיים במרחב התפר".

52. לגבי בקשות להיתרים לצרכים מסחריים נקבע בנהלי המשיב כך :

לבקשה יצורפו מסמכים המוכיחים את זיקתו הקניינית של המבקש לעסק ועל מיקומו במרחב התפר:

- (1) אם הקרקע מוסדרת - עותק נסח טאבו.
 - (2) אם הקרקע אינה מוסדרת - מלייה מקורית או כל מסמך אחר המוכיח את זיקתו לקרקע החקלאית.
 - (3) יורש חלקה - יגיש צווי ירושה המוכיחים את שרשרת הירושה, לצד כלל המסמכים המוכיחים את זיקתו של המוריש לקרקע החקלאית...
- במקרה של שכירת עסק, במרחב התפר, יש להגיש את חוזה השכירות והצהרה של משכיר העסק כי ידוע לו שבתקופת השכירות הוא מוותר על זכויות השימוש שלו בבית העסק המושכר (סעיף 9.ה. לפרק "היתרים לצרכים מסחריים במרחב התפר", ההדגשות במקור).**

הפרק "היתרים לצרכים מסחריים במרחב התפר" בנהלי המשיב מצורף ומסומן ע/30.

53. הוראה זוהי נקבעה בקפ"ק מרחב התפר 2017, בסעיף 9.ה. לפרק "היתרים לצרכים מסחריים במרחב התפר".

54. כלומר, כדי לקבל היתר לצרכים מסחריים, יורש יכול להוכיח את זיקתו לקרקע באמצעות צו ירושה, בין אם המקרקעין מוסדרים ובין אם הם אינם מוסדרים, אך כדי לקבל היתר לצרכים חקלאיים, הוא יוכל להוכיח את זיקתו באמצעות צו ירושה רק אם המקרקעין אינם מוסדרים.

55. אין כל סיבה לאבחנה זו בין סוגי ההיתרים, שכן אין כל קשר בין סוג ההיתר המבוקש לבין דרכי ההוכחה של ירושה. על כל פנים, מהסעיף המתייחס להיתרים לצרכים מסחריים עולה כי אין מניעה להכיר בירושה של קרקע באמצעות צווי ירושה גם כשמדובר במקרקעין מוסדרים.

56. הדרישה להצגת נסח טאבו כתנאי לקבלת היתר הוזכרה, אמנם, בפסק הדין משטר ההיתרים :

המדינה אף התייחסה לטענת העותרים באשר לקשיים שבהוכחת הבעלות במקרקעי האזור, כתנאי להוכחת זיקה המקימה זכות לקבלת היתר חקלאי קבוע. לשיטתה, הדרישות המועלות על-ידה לצורך הוכחת זיקה למקרקעין הינן דרישות סבירות - במקרקעין מוסדרים נסח טאבו, ובמקרקעין שאינם מוסדרים ראיות אחרות, כגון נסח רישום מס רכוש וכד' (סעיף 33).

57. אולם, המחלוקת בעניין רק הוזכרה ולא לובנה, והיא ממילא לא התייחסה לדרישה לשינוי הרישום בטאבו אלא לטענה הבאה של העותרת :

משטר ההיתרים מטיל **נטלי הוכחה בלתי אפשריים** על מבקשי ההיתרים

על כל צעד ושעל נדרש תושב מוגן לבקש היתר, ובעבור כל היתר עליו להמציא הוכחות שונות ומשונות, התומכות בבקשתו. כך למשל, אדם, המבקש להמשיך ולעבד את אדמותיו בשטח הסגור, יצטרך להוכיח במסמכים זיקה קניינית. מאחר שרבות מן האדמות הועברו במשך שנים בירושה ללא כל אסמכתא, יתקשו חקלאים רבים להמציא הוכחת בעלות, והדבר עלול להביא לאובדן קניינים ופרנסותם.

58. לטענה זו ענו המשיבים כך :

העותרת בבג"ץ 639/04 טוענת, כי הוכחת בעלות על מקרקעין באיו"ש אינה פשוטה, בין היתר לאור העובדה שהעברת קרקעות בירושה ללא רישום היא דבר נפוץ באזור... בנוסף, נטען בעתירה בבג"ץ 639/04, כי התושבים אינם יודעים מהם המסמכים שעל החקלאי להציג בכדי להוכיח כי הוא בעל "זיקה" לאדמה.

טענה זו אינה מדויקת, שכן אך מובן הוא, כי במקרקעין מוסדרים יש לצרף לבקשה נסח טאבו, ובמקרקעין שאינם מוסדרים די בהבאת ראיות אחרות, כגון נסח רישום מלשכת מס רכוש (מאליה) וכדומה.

בנוסף, למותר לציין כי דרישות להבאת ראיות דוגמת אלה האמורות לעיל להוכחת קיומה של זיקה של המבקש למקרקעין במרחב התפר הן דרישות סבירות, שאינן מטילות נטל בלתי-סביר על התושבים (סעיפים 118-121 לכתב התשובה מטעם המדינה).

59. אם כן, טענת המשיב לסבירות הדרישה להמצאת נסח טאבו לא התייחסה לנושא של שינוי הרישום של הבעלות בטאבו מהמוריש ליורש, אלא לטענה שלבעלי האדמות אין מסמכים המוכיחים שהאדמות עברו אליהם בירושה, כלומר, **אין להם צווי ירושה**, ובנוסף, לטענה שהתושבים אינם יודעים מהם המסמכים הנדרשים מהם לצורך הוכחת זיקתם לאדמות. לטענות האלה השיבה המדינה שבעלי האדמות צריכים להגיש נסחי טאבו או נסחי מס רכוש. לא מוזכרת בתגובת המשיבים דרישה לעריכת שינויים ברישום בטאבו ולא נאמר שם שגם מי שיכול להוכיח שהוא ירש את האדמות והבעיה כלל אינה מתעוררת בעניינו חייב להגיש נסח טאבו על שמו ואחרת לא יינתן לו היתר.

השינוי במדיניות של המשיב

60. בשלוש השנים האחרונות חלה החמרה דראסטית במדיניות של המשיב בעניין מתן היתרי כניסה למרחב התפר. המשיב החמיר את הקריטריונים למתן היתרים, עד כדי כך שכמעט אף חקלאי אינו עומד בהם יותר; חיילי המשיב מעלים כדבר שבשגרה דרישות למסמכים ולפרוצדורות בנוסף על אלה שנקבעו בנהלים, שאף כרוכים בעלויות משמעותיות; והמשיב הרע את התנאים של ההיתרים המעטים שכן מונפקים על ידיו, עד כדי כך שההיתרים אינם מאפשרים עוד לחקלאים לגשת לאדמותיהם אלא ארבעים פעמים בשנה.

61. כתוצאה מכך, כאמור לעיל, בעוד שבשנת 2014 נדחו 24% מהבקשות להיתרי חקלאי, השנה נדחו **למעלה מ-84%** מבקשות אלה. במהלך השנים האלה הוחמרו הנהלים של המשיב באופן דראסטי פעמיים – פעם אחת בשנת 2017 ופעם שנייה בחודש ספטמבר 2019. המוקד להגנת הפרט הגיש עתירה, ולאחר מכן עתירה מתוקנת, כנגד הכללים שנקבעו בנהלים האלה ושמביאים למניעה גורפת מהחקלאים, כולל בעלי האדמות עצמם, לגשת לאדמותיהם שבמרחב התפר, למעט פעמים ספורות בשנה – בג"ץ 6896/18 **טעמה נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית** (להלן: **בג"ץ טעמה**).

62. בדיון שהתקיים בעתירה המקורית ביום 15.5.2019, ובדיון שהתקיים בעתירה המתוקנת ביום 1.7.2020, בית המשפט הנכבד הביע ביקורת על המדיניות של המשיב, על פגיעתה בזכות הקניין, על היעדר התשתית העובדתית למדיניות, על היעדר המידתיות שלה, ועל כך שמדובר בענישה קולקטיבית. העתקי הפרוטוקולים של הדיונים בבג"ץ טעמה מצורפים ומסומנים **ע/31**.

63. בתום הדיון בעתירה המקורית, ביום 15.5.2019, ניתנה החלטה הקובעת כך:

במהלך הדיון עלו שאלות לרבות בעניין המענה שניתן לחלקות שאין קטנות אך בעלי הזכויות בהן רבים, והכל בשים לב לעקרונות שחלים על שמירת זיקה לקרקעות כפי שאלה הותוו בפסיקתו של בית משפט זה.

בהמלצת בית המשפט ובנסיבות הספציפיות של מקרה זה, בכפוף להתחייבות העותר לעמוד בכל התנאים שיושגו עליו, המשיבים יסכימו לתת לעותר "היתר לצרכים אישיים" עד למועד הגשת הודעת העדכון מטעמם, עד ליום 15.8.2019.

64. על אף הביקורת שהביע ההרכב על הפגיעה של מדיניותו של המשיב בזכות הקניין של החקלאים הפלסטינים, המשיבים הודיעו בהמשך ההליך על פרסום הנהלים החדשים שלהם, הכוללים לא רק את אותן ההוראות שנתקפו בעתירה המקורית, אלא גם הוראות נוספות ופוגעניות ביותר, המונעות באופן גורף מהחקלאים לגשת לאדמותיהם, למעט מספר ימים בשנה. העותרים הגישו עתירה מתוקנת, שהתייחסה גם להוראות שנתקפו בעתירה המקורית וגם להגבלות החדשות, ולאחר הדיון בעתירה המתוקנת, ביום 1.7.2020, ניתנה החלטה הקובעת כך:

בעקבות הדיון שהתקיים בפנינו בעתירה המתוקנת אנו מורים על השלמת תגובתה של המדינה על דרך הגשת הודעה מעדכנת, כמפורט להלן:

1. המדינה תגיש נתונים בדבר מספר ההיתרים החקלאיים ומספר ההיתרים לצרכים אישיים שניתנו לתושבי האזור שלהם זיקה לקרקע החל משנת 2016 – בפילוח לפי שנה. בהקשר זה יצוין מה היה היקף הבקשות מכל סוג בכל שנה, תוך התייחסות לשאלה האם ההבחנה נהגה בה באותה שנה, כמה מן הבקשות נענו וכמה מן הבקשות סורבו. המדינה תוכל להרחיב את התייחסותה לגבי שנים קודמות, ככל שתמצא לנכון. כמו כן, המשיבים יבהירו מה היה היקף ההיתרים בשנת 2011 בעת שניתן פסק הדין בבג"ץ 9961/03 **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' ממשלת ישראל** (5.4.2011) (להלן: **עניין מרחב התפר**).

2. המדינה תציין מהם הנתונים העובדתיים בכל הנוגע לניצול לרעה של היתרי כניסה למרחב התפר לצורך כניסה לישראל שלא כדין, ואלו נתונים בעניין זה היו נגד עיני המשיבים בעת שקיבלו את ההחלטה על המדיניות החדשה.

3. המדינה תסביר האם ובאיזה אופן מתיישבת המדיניות העדכנית עם עמדת המדינה כפי שהוצגה בעניין **מרחב התפר** והצהרותיה באותו עניין.

4. במהלך הדיון נמסר מטעם המדינה, בתשובה לשאלותינו, כי המדינה מאשרת את ההצהרות הבאות:

- א. בעל היתר חקלאי יכול לקבל גם היתר לצרכים אישיים במקביל.
- ב. בעל היתר לצרכים אישיים שניתן לצורך שימור זיקה לקרקע יכול גם לעבד את הקרקע כל אימת שהוא שווה בה במסגרת היתר כאמור.
- ג. היתר עיבוד לצרכים חקלאיים יינתן גם על בסיס "סכימת" זכויות של מספר בעלי זכויות שחלקם המשותף בקרקע מגיע כדי הרף של 330 מ"ר – לאחד מהם לפי בחירתם (וזאת גם כאשר יש במקרקעין, שהם גדולים יותר, בעלי זכויות נוספים).

ההודעה המעדכנת תכלול התייחסות מפורשת להוראות הקפ"ק המבהירות זאת, ולחלופין – בהתאם להצהרות שניתנו – להוראות מתקנות ששולבו בו ומבהירות את הדברים במפורש.

ההודעה מטעם המדינה המעדכנת תוגש עד ליום 31.8.2020. העותרים יוכלו להגיש הודעה מטעמם 15 יום לאחר מכן. לאחר מכן נחליט על המשך הטיפול בעתירה.

65. על רקע ההחמרה הכללית במדיניות המשיב בנושא הכניסה של פלסטינים למרחב התפר יש לראות גם את המדיניות המחמירה שבה עוסקת עתירה זו – מדיניות של סירוב לתת היתרים לחקלאים, בשל העובדה שהבעלות על אדמותיהם הוכחה באמצעות נסח טאבו וצו ירושה, ולא באמצעות נסח טאבו בו הם עצמם רשומים. ההוראה הקובעת כי לבקשה להיתר יש לצרף נסח טאבו נקבעה גם בגרסאות הקודמות של הנהלים של המשיב, אך מאז הקמת גדר ההפרדה ועד לשנים האחרונות כמעט אף פעם לא נדחתה בקשה בשל העובדה שהיורש לא נרשם בטאבו כבעל האדמה.

66. מניסיונו של המוקד להגנת הפרט עולה כי מדיניותו של המשיב בעניין שינוי הרישום של אדמות בטאבו הוקשחה במהלך שלוש השנים האחרונות, לאחר שנים רבות שבמהלכן הונהגה מדיניות מקילה יותר. המוקד להגנת הפרט עוסק בייצוג של אנשים המבקשים היתרי כניסה למרחב התפר מאז שנת 2009. עד היום המוקד להגנת הפרט ייצג יותר מאלף אנשים בתחום זה, רובם הגדול אנשים שביקשו היתרים לצרכים חקלאיים. רבים מהאנשים האלה מיוצגים על ידי המוקד להגנת הפרט באופן שוטף, לאורך שנים, שכן ההיתרים הניתנים להם הם זמניים. במהלך השנים הצטבר במוקד להגנת הפרט מידע רב בעניין הליך הטיפול בבקשות להיתרי כניסה למרחב התפר, ובבקשות להיתרים לצרכים חקלאיים בפרט.

67. לאורך כל השנים, בעלי אדמות מוסדרות שיוצגו על ידי המוקד להגנת הפרט קיבלו היתרי חקלאי מבלי שהם נדרשו להעביר את הרישום של אדמותיהם בטאבו על שמם. המשיב הסתפק בהמצאת נסח טאבו על שם המוכר בצירוף ייפוי כוח בלתי חוזר, כשהאדמות נרכשו מהבעלים הרשום, או נסח טאבו על שם המוריש בצירוף צו ירושה, כשהן עברו בירושה, ועל בסיס מסמכים אלו הונפקו היתרים לחקלאים. במהלך כל השנים האלה, המוקד להגנת הפרט נתקל בדרישה לשינוי הרישום בטאבו במקרים אחדים בלבד, והמקרים האלו נפתרו בקלות. רק לפני כשלוש שנים החל המשיב להנהיג מדיניות של דחיית בקשות להיתרי חקלאי בשל העובדה שההעברה של הזכויות לא נרשמה בטאבו המנוהל על ידיו.

68. רק מעטים מאוד מבעלי האדמות המיוצגים על ידי המוקד להגנת הפרט רשומים בטאבו כבעלי האדמות. העברת הבעלות על האדמות בטאבו המנוהל על ידי המינהל האזרחי אינה מקובלת בחברה הפלסטינית וכמעט אף בעל אדמה פלסטיני אינו עושה זאת. ההנהגה של מדיניות שבמסגרתה לא יינתנו היתרים לחקלאים אלא אם האדמות יירשמו בטאבו המנוהל על ידי המינהל האזרחי על שם יורש האדמות תביא לכך שכמעט אף אחד מבעלי האדמות המוסדרות לא יהיה זכאי להיתר כניסה לאדמתו, עבורו או עבור בני משפחה או עובדים שלו.

69. העותרים עצמם קיבלו היתרי כניסה למרחב התפר בעבר פעם אחר פעם ללא השינוי שנדרש כעת ברישום של האדמות, והם מתנגדים לדרישה המוצגת להם כעת, שהעותר 1 יירשם כבעל האדמה בטאבו המנוהל על ידי המינהל האזרחי, על מנת שיינתן לבנו היתר שיאפשר את עיבוד האדמה שלו. כפי שיפורט להלן, אין גם כל צורך בכך.

ההסברים של המשיב למדיניותו

ההסברים שניתנו בשנת 2017

70. המוקד להגנת הפרט פנה לקצין פניות הציבור במינהל האזרחי ביום 6.9.2017 בעניין הדרישה לשינוי הרישום של הבעלות על האדמות.
71. ביום 17.10.2017 נשלח למוקד להגנת הפרט מכתבו של ראש תחום מעברים ותפר, רס"ן עמוס זוארץ, ובו נכתב כך:

לעניין הטענה כנגד החובה להסדיר את רישום חלוקת הקרקע בטאבו למרות שהוכחה זיקה לקרקע:

(1) כידוע, כל עסקה במקרקעין (לרבות העברת זכויות קנייניות על פי צו ירושה) טעונה רישום, וזאת בהתאם לדין המקומי, ובפרט חוק הטאבו העות'מאני לשנת 1869. דיון בצו הירושה מלמד כי, אכן לא ניתן לשלול היתכנות זיקתו הקניינית של העורר למקרקעין מושא פנייתו. אולם, ובשים לב לכך שצו הירושה נעדר התייחסות פרטנית לנכסים בהם מחזיק המוריש ואשר לכאורה, עברו לידי העורר ובני משפחתו, מצאתי כי ישנו מקום לוודא שהמקרקעין מושא הבקשה להיתר חקלאי במרחב התפר, אכן הורשו למבקש גם במסגרת צו הירושה.

(2) בשים לב לכך שעסקינן במקרקעין בהם הושלמו הליכי הסדר המקרקעין, אין זו דרישה בלתי סבירה (אשר בנסיבות דנן אינו מורכב, כבמקרים בהם אין המדובר במקרקעין מוסדרים). ההיפך הוא הנכון בעיני. המדובר בדרישה העולה בקנה אחד עם הוראות הדין החל באזור, אשר אף לו מוצאות רשויות האזור להקל במקרים מסוימים, אין הכרח לעשות כן בנסיבות דנן בשים לב לנסיבותיו הפרטניות.

(3) עוד אוסיף, לעניין הטענה כי הדרישה לבצע רישום בטאבו כלל אינה מופיעה בהוראות הקפ"ק. סעיף 12(ג)(1) אשר עוסק במסמכים אשר נדרש להגישם להוכחת זיקתו הקניינית של המבקש לקרקע חקלאית במרחב התפר, קובע כדלקמן:

(1) **"אם הקרקע מוסדרת – עותק נסח טאבו"**
לעומת זאת, סעיף 12(ג)(2), אשר עוסק במסמכים אשר נדרש להגישם להוכחת זיקתו הקניינית של המבקש לקרקע חקלאית במרחב התפר בקרקע שטרם עברה הליכי הסדר, קובע כדלקמן:

(2) **"אם הקרקע אינה מוסדרת – מלייה מקורית או כל מסמך אחר המוכיח את זיקתו לקרקע החקלאית."**

א. יורש חלקה – יגיש צווי ירושה המוכיחים את שרשרת הירושה, לצד כלל המסמכים המוכיחים את זיקתו של המוריש לקרקע החקלאית."

(4) הנה כי כן, למדים אנו מנוסח הקפ"ק שהדרך להוכיח זיקה למקרקעין מוסדרים המצויים במרחב התפר, כבמקרה דנן הינה באמצעות הצגת עותק נסח טאבו בלבד, זאת להבדיל ממקרקעין שאינם מוסדרים.

(5) הדבר אף מתיישב היטב עם תכלית הקפ"ק, לאפשר גישת החקלאים לאדמותיהם תוך שמירה על צרכי הביטחון, וזאת בהתחשב בנסיבות ובקשיים

הייחודיים המאפיינים כל סוג קרקע, ובפרט מתוך מטרה למנוע פגיעה בבעלי זיקה קניינית לאדמות שאינן מוסדרות אשר סיכוי השלמת הליך רישום זיקתם בפרק זמן סביר הינו נמוך, ואי מתן היתר כניסה למרחב התפר יוביל לפגיעה ממשית בהם. לא כך הדבר כאשר מדובר בקרקע מוסדרת, שאז ניתן בקלות יחסית לפעול לעדכון הרישום והעברת הבעלות של שם היורשים בטאבו.

העתק מכתבו של רת"ח מעברים ותפר אצל המשיב מיום 17.10.2017 מצורף ומסומן ע/32.

72. המוקד להגנת הפרט השיב לטענות האלה במסגרת בג"ץ עב"ד. בעתירה הובהר כי על פי פסק דין משטר ההיתרים, הפגיעה במרקם החיים שהתקיים באזור לפני סגירתו של מרחב התפר מותרת רק כאשר הדבר נדרש מטעם ביטחוני, ורק כאשר הפגיעה היא חיונית.

73. ואולם, אף אחד מהנימוקים המפורטים במכתבו של המשיב אינו מתייחס לצורך ביטחוני כלשהו העומד ביסוד מדיניותו החדשה, ולא בכדי, שכן אין כל קשר בין צרכים ביטחוניים לבין דרכי ההוכחה של זיקה קניינית למקרקעין. משכך, מדיניות זו אינה עולה בקנה אחד עם הפסיקה בעניין משטר ההיתרים.

74. כן הוסבר בעתירה כי מדיניות זו של המשיב פוגעת באופן בלתי מידתי בזכויות היסוד של החקלאים המקומיים לקניין, לחופש העיסוק ולחופש תנועה. העתירה דנה בנימוקים שפורטו במכתבו של המשיב והפריכה אותם, כדלהלן.

טענת המשיב כי מקור הדרישה שלו בדין המקומי

75. ראשית, קשה לקבל את הטענה כי השינוי במדיניותו של הצבא הישראלי בעניין הנפקת היתרי כניסה למרחב התפר, נובע מחוק הטאבו העות'מאני משנת 1869. לא החקיקה העות'מאנית היא שעומדת לנגד עיני הצבא הישראלי בהחלטותיו על הגבלת תנועתם של פלסטינים, וממילא מדובר בחוק ישן מאוד, כך שהוא אינו מסביר את השינוי במדיניותו של המשיב.

76. על כל פנים, על חובת הרישום המוזכרת בחוק הטאבו נכתב כך:

כמבואר לעיל הנהיגו חוקי הקרקעות העות'מאניים שיטת רישום של חובה. ואף על פי כן בהרבה מקרים היו קרקעות מירי ומוקופה מוחזקים בלי רישום... הממשלה התורכית עמדה על מצב זה ובשנת 1331 (1913) פרסמה חוק מיוחד לענייני הקאדאסטר. אבל החוק לא הופעל והיה בבחינת הלכה ואין מורין כן (משה דוכן דיני קרקעות במדינת ישראל 371-372 (מהדורה שניה, תשי"ג), להלן: דוכן).

77. בסעיף 3.ג. (2) למכתבו של המשיב נכתב כי "המדובר בדרישה העולה בקנה אחד עם הוראות הדין החל באזור, אשר אף לו מוצאות רשויות האזור להקל במקרים מסוימים, אין הכרח לעשות כן בנסיבות דנן..." כלומר, גם היום הרשויות הציבוריות הפלסטיניות אינן עומדות על הרישום של הזכויות בטאבו.

78. מעבר לכך, סעיף 54 לחוק הקרקעות העות'מאני, 1274 (21 אפריל 1858) קובע כי הזכויות בקרקעות מירי עוברות מהמוריש ליורשיו באופן אוטומטי, עם מותו, ללא תלות ברישום:

במות המחזיק או המחזיקה בקרקעות מירי ומוקופה, תעבורנה קרקעותיהם בירושה לבניהם ובנותיהם בחינם ללא תמורה, בחלקים שווים, בין שהם נמצאים במקום הקרקעות ובין בארץ אחרת.

79. חוק זה נדון על ידי בית המשפט הישראלי, אשר קבע כך:

זכות ברכוש מירי עוברת ליורשים בלי צורך שהם יודיעו כי הם דורשים את זכותם... אם נכונה טענת המבקשת שהיא היורשת היחידה של מר לפיצקי, הרי ברגע של פטירת המנוח עברו אליה בתוקף החוק כל זכויותיו במקרקעין מירי הרשומים על שמו בארץ, ויכלה להשתמש בזכויות לגבי אותו רכוש גם ללא רישום בספרי האחוזה, כפי שנפסק בבית המשפט העליון בזמן המנדט בע.א. 153/44 (אל"ר 1945 עמ. 28)... מדובר על אדם שבמשך 20 שנה לא רשם זכויותיו בקרקע ובכל זאת זכאי

כבעלים לתבוע זכות מצרנות (בקשה (ת"א) 57/53 לפיצקי נ' ז'יטומירסקי, פסקים מחוזיים י"ט 376, 378-379 (1958)).

80. גם מהחקיקה הצבאית שהוחלה בגדה המערבית נראה כי דרישת הרישום של עסקאות בטאבו נוגעת רק לעסקאות במובן המקובל, ולא "לרבות העברת זכויות קנייניות על פי צו ירושה", כנטען במכתבו של המשיב.

81. סעיף 2 לצו בדבר עסקאות במקרקעין (יהודה והשומרון) (מס' 25) התשכ"ח-1967 (להלן: **צו בדבר עסקאות במקרקעין**) קובע כך:

לא יעשה אדם עסקה בקשר למקרקעים, בין בעצמו ובין על-ידי אחר, בין במישרין ובין בעקיפין, אלא ברשיון מהרשות המוסמכת.

הרשות המוסמכת רשאית לתת רשיון בין על פי בקשת הצדדים לעסקה, או חלק מהם, או כל אדם מעוניין אחר, ובין ללא בקשה כאמור.

צו בדבר עסקאות במקרקעין מצורף ומסומן ע/33.

82. ברור שהוראות אלו אינן מעשיות ואינן הגיוניות כשמדובר בהעברה של זכויות בשל פטירתו של בעל הקרקע.

83. כמו כן, סעיף 1 לצו בדבר עסקאות במקרקעין קובע את ההגדרה למונח "עסקה", ונראה כי היא אינה כוללת ירושה על פי דין:

"עסקה" – פעולה כלכלית, או אחרת, במזומנים או בכל דרך אחרת, בתמורה או שלא בתמורה, לרבות הסכם בדבר עשיית עסקה ועסקת שכירות בבתי עסק ובבתי מגורים בתחום העיריות או המועצות המקומיות.

84. לצורך יישום הצו בדבר עסקאות במקרקעין הותקנו תקנות בדבר עסקאות במקרקעין (רשיון עסקה) (יהודה והשומרון), התשע"ה-2015, ומהן עולה ביתר שאת כי הצו אינו מתייחס לירושה. על פי תקנות 1 ו-2(ג), בקשה לביצוע עסקה במקרקעין, כהגדרתה בצו בדבר עסקאות במקרקעין, צריכה להיות מוגשת לפי הנוסח שבתוספת לתקנות. התוספת לתקנות כוללת טופס שבו יש לרשום את "פרטי המבקש/ת הרוכש/ת" ו"פרטי המוכר", את "מהות העסקה", תוך בחירה בין האפשרויות הבאות: "מכר, חכירה, שכירות/אחר", "עבור מי מבוצעת הרכישה" ומהי "מטרת הרכישה".

תקנות בדבר עסקאות במקרקעין (רשיון עסקה) (יהודה והשומרון), התשע"ה-2015 מצורפות ומסומנות ע/34.

85. כלומר, הצו מתייחס לחובה של רישום עסקאות במובן הרגיל, שאינו כולל ירושה על פי דין.

86. ביטוי נוסף לאבחנה בין עסקאות במובן המקובל לבין ירושה על פי דין, לעניין חובת הרישום, נמצא בצו בדבר רישום עסקות במקרקעין מסויימים (יהודה והשומרון) (מס' 569), התשל"ה-1974, הקובע כך:

כל עסקה במקרקעין שהוראות סעיף 2 חלות עליהם (כך במקור, ת.מ) טעונה רישום במרשם ההרשאות.

עסקה שלא נגמרה ברישום, רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה ואולם לא יהיה לה כל תוקף לגבי הממונה...

אין באמור בסעיף זה כדי לגרוע מזכותו של יורש על פי הדין או על פי חוק הירושה, התשכ"ה-1965 (סעיף 4).

צו בדבר רישום עסקות במקרקעין מסויימים (יהודה והשומרון) (מס' 569), התשל"ה-1974, מצורף ומסומן ע/35.

87. צו זה אמנם חל רק על "רכוש ממשלתי" ו"מקרקעין שנתפסו לצרכים צבאיים או שנרכשו לצרכי ציבור שיוגדרו בצו על ידי מפקד האזור", אך האבחנה הכלולה בו, בין עסקאות לבין ירושה, עולה בקנה אחד עם הוראות הדין שפורטו לעיל וכן עם הדין הישראלי.
88. מהאמור לעיל עולה, אם כן, כי זכות הבעלות של היורשים של קרקעות מירי אינה מותנית ברישום בטאבו.
89. על כל פנים, גלוי וידוע לכל שלא דיני המקרקעין הם המגבילים את גישתם של היורשים לאדמותיהם, אלא גדר ההפרדה וסדרי העבודה של הצבא הישראלי, ואלו אינם שאובים מן החקיקה העותמאנית.

טענת המשיב לחוסר ודאות בעניין הזכויות שהועברו בירושה

90. במכתבו של המשיב נטען כי בהיעדר התייחסות ספציפית בצו הירושה למקרקעין מושא הבקשה, "יש מקום לוודא" שהמקרקעין אכן עברו בירושה למבקש (סעיף 3.ג.1). טענה זו תמוהה, מכמה סיבות.
91. ראשית, צו הירושה אליו התייחס המכתב, כמו צו הירושה שהגיש העותר, ניתן על ידי בית דין שרעי מוכר, והוא מתייחס לכל הנכסים של המוריש. הטענה לצורך בבירור של נושא שכבר הוכרע על ידי בית הדין השרעי אינה ראויה ואינה עולה בקנה אחד עם הטענה של המשיב כי מדיניותו החדשה נגזרת מהדין המקומי. ויזכר כי גם צווי ירושה הנוגעים למקרקעין שאינם מוסדרים מנוסחים ללא ציון פרטי הנכסים של המוריש, ובצווים אלו המשיב מכיר.
92. שנית, מקרקעי מירי עוברים בירושה עם מות בעליהם, על פי הדין, ולכן אין צורך בציון העובדה שהמקרקעין כלולים בירושה בצו. בנוסף, הדין העותמאני אינו מאפשר הורשה של מקרקעי מירי בצוואה (דוכן, בעמ' 250), ועל פי הנטען במכתבו של המשיב, הוא אינו מקנה תוקף לעסקאות שלא נרשמו, ולכן, לשיטתו של המשיב, לא יתכן שהבעלות על הקרקע הועברה מהמוריש לאדם אחר, מבלי שהדבר בא לידי ביטוי במרשם. אם כן, אין כל מקום לשאלה אם מקרקעין הרשומים על שם המוריש נכללו בצו הירושה.
93. שלישית, כפי שיפורט להלן, **המשיב רושם ירושות בטאבו על בסיס צווי הירושה האלה**. באתר האינטרנט של משרד המשפטים, בדף שכותרתו "בקשה לרישום ירושה במקרקעין ביהודה ושומרון", נכתב: "רישום ההורשה מתבסס על צו ירושה. צו ירושה הוא צו המסדיר את חלוקת העיזבון של מנוח שלא ערך צוואה. הצו קובע מיהם יורשיו של המנוח ומהם זכויותיהם בירושה. על צו הירושה להיות מאושר על ידי הרשם לענייני ירושה או בית דין דתי מוסמך" (https://www.gov.il/he/service/inheritance_registration_samaria, מצורף להלן כ-ע/37).
94. רביעית, מניעת הכניסה של אדם לאדמות שבבעלותו פוגעת בצורה קשה ביותר בזכויות היסוד שלו לחופש תנועה, לחופש עיסוק ולקניין. לאחר שאדם הוכיח את זיקתו לאדמותיו בראיות מינהליות, כמו נסח טאבו בצירוף צו ירושה, אין מקום למנוע ממנו את הגישה לאדמותיו בשל צורך "לוודא" את הדברים, בהיעדר ראיות מינהליות הסותרות את טענותיו, כל שכן כאשר שום אדם לא טען לזכות סותרת בחלקה.

טענת המשיב לקלות הליך הרישום של מקרקעין מוסדרים ביחס להליך הרישום של מקרקעין לא

מוסדרים

95. במכתבו של המשיב נטען כי הליך הרישום של זכויות במקרקעין מוסדרים הוא פחות מורכב מהליך הרישום של זכויות במקרקעין שאינם מוסדרים, ולכן פגיעתה של המדיניות החדשה אינה עד כדי כך קשה (סעיפים 3.ג.2 ו-3.ג.5).

96. ואולם, מובן כי אין בטענה זו כדי לתת מענה לטענה כי מדובר בפגיעה במרקם החיים שנהג באזור עד להכרזה, ובסרבול של הליך מתן ההיתרים שהונהג על ידי המשיב בעבר.
97. פגיעה בזכויות יסוד במידה העולה על הנדרש היא אסורה על פי הדין. העובדה שיתכנו פגיעות קשות יותר בזכויות יסוד אינה מצדיקה את הפגיעה, אלא על המשיב מוטל להוכיח כי לא קיימים אמצעים פוגעניים פחות.
98. כאמור, במשך שנים רבות, ועד לתקופה האחרונה, הכיר המשיב בזכויות של יורשים על אדמותיהם, על בסיס מסמכים המוכיחים את זיקותיהם הקנייניות אליהן, מבלי לדרוש את רישום הזכויות בטאבו, ומכאן שהפגיעה שבמדיניות החדשה אינה נדרשת.
99. במכתבו של המשיב נעשו מספר ניסיונות לנמק את הדרישה לרישום הזכויות בטאבו בפני עצמה, אך לא נעשה כל ניסיון להבהיר מדוע התעורר הצורך בשינוי המדיניות בעניין, כלומר, מדוע לא ניתן להמשיך להכיר בזכויותיהם של היורשים על אדמותיהם, כפי שנעשה בכל השנים הקודמות. גם לעניין זה ההשוואה בין המורכבות של הליכי הרישום במקרקעין מוסדרים ובמקרקעין לא מוסדרים אינה נותנת מענה.
100. כפי שיפורט להלן, הליך רישום הזכויות בטאבו כרוך בתשלום אגרה בגובה מספר אחוזים מערך הקרקע. זאת, כמובן, בנוסף לתשלום שכר טרחה לעורך דין שישדיר את הרישום, ולהליך הביורוקרטי הכרוך בבקשה להיתר עצמה.
101. כל הכבדה על הליך קבלת היתר הכניסה למרחב התפר פוגעת בכדאיות של ניהול ההליך עבור בעל האדמות, ולכן עלולה למנוע ממי שזכאי להיתר על פי דין לבקש ולקבל אותו, ולהביא, חס וחלילה, לניתוק בעלי הזכויות מאדמותיהם, ללא כל הצדקה ביטחונית, ובניגוד גמור לפסיקתו של בית המשפט הנכבד.
102. כמו כן, הקושי ברישום של המקרקעין יכול להסביר את החלטתו של המשיב לא לדרוש מבעלי מקרקעין שאינם מוסדרים לנהל הליכי הסדר ואז להמציא נסחי טאבו, אלא לאפשר להם להוכיח את זיקתם לאדמותיהם באמצעות מלייה או מסמך אחר, אך הוא אינו מסביר את האבחנה שעורך המשיב בין בעלי מקרקעין מוסדרים לבעלי מקרקעין שאינם מוסדרים לעניין הוכחת הירושה של האדמות באמצעות צווי ירושה. בעניין זה אין כל הבדל בין מקרקעין מוסדרים למקרקעין שאינם מוסדרים.
103. כאמור, בפרק בנהלים העוסק בהיתרים לצרכים מסחריים, הסעיף המאפשר ליורשי חלקות להוכיח את זיקתם לאדמות באמצעות צווי ירושה מופיע כסעיף נפרד ולא כתת סעיף בנושא מקרקעין שאינם מוסדרים, כך שהוא חל גם על בעלי מקרקעין מוסדרים. אין כל סיבה לאבחנה בין היתרים לצרכים מסחריים להיתרים לצרכים חקלאיים לעניין דרכי ההוכחה של ירושה. בפסק הדין משטר ההיתרים נקבע כי תכליתם של נהלי הכניסה למרחב התפר היא להביא לצמצום הפגיעה הנגרמת מסגירת השטח של מרחב התפר. בהתאם לתכלית זו, בהתאם להיגיון ולמען הקוהרנטיות של הנהלים, יש לאפשר ליורשים להוכיח את זיקתם לאדמותיהם באמצעות צווי ירושה גם כאשר הם מבקשים היתרים לצרכים חקלאיים, ולא רק כאשר הם מבקשים היתרים לצרכים מסחריים.
104. הטענות האמורות הועלו במסגרת בג"ץ עב"ד. בעקבות הגשת העתירה הודיעו המשיבים כי הם בוחנים את מדיניותם מחדש וכי בכוונתם לקיים ישיבה בנושא בהשתתפות "כלל הגורמים הרלוונטיים", וישיבה נוספת במחלקת הבג"צים של הפרקליטות. לבסוף הודיעו המשיבים כי הם החליטו לתת לעותר 1 את הסעד הפרטני המבוקש בעתירה, אך הם לא הודיעו דבר בעניין התוצאות של הבחינה המחודשת

של המדיניות שלהם. המשיבים ביקשו שהעתירה תידחה על הסף בטענה שהסעד הפרטני ניתן וש"הסעד הכללי המבוקש בעתירה אינו נושא עמו נפקות מעשית מידית לעניינם של העותרים".

105. מאז המשיכו להתקבל מהמשיב החלטות סירוב המתבססות על אותה המדיניות. אולם, בתגובות לעתירות שהוגשו על אותן החלטות הוצגו נימוקים חדשים לאותה המדיניות.

ההסברים החדשים של המשיב למדיניותו

106. בתגובה לשלוש עתירות המינהלית שהגיש המוקד להגנת הפרט בנושא הסירוב של המשיב לתת היתרי חקלאי ליורשי אדמות, בשל העובדה שאדמותיהם לא נרשמו על שמם בטאבו (עת"ם 19-07-62855, עת"ם 19-08-11831 ועת"ם 19-07-71670) טען המשיב כך:

עמדת המשיב היא כי גם לגופו של עניין יש להורות על דחיית העתירות. הדרישה להוכחת זיקה קניינית לקרקע באמצעות אישור זכויות מלשכת רישום המקרקעין היא דרישה סבירה בנסיבות העניין, שאינה מטילה נטל בלתי סביר על תושבי מרחב התפר ושאינו כל עילה להתערב בה. הצגת נסח רישום זכויות מלשכת רישום המקרקעין היא דרך המלך להוכחת זיקת בעלות במקרקעין. לא נמצאה הצדקה לוותר על דרישה זו כפי שמבקשים העותרים. הדרישה האמורה נקבעה כדי לוודא כי למגישי הבקשות אכן קיימת זיקה ממשית לקרקע החקלאית במרחב התפר, דבר שיפחית את החשש האינהרנטי שקבלת ההיתר נועדה לצורך כניסה ללא אישור לשטחי מדינת ישראל.

הדרישה האמורה נדרשת אף בעניינו של כל אחד מהעותרים הטוענים לזכות בחלקה בשטח של דונמים רבים בשעה שזכויותיהם היחסיות בחלקה הן של עשרות מטרים רבועים, ובמקרה אחד כ-260 מ"ר בלבד. המדובר בחלקות מזעריות, אשר על פי חוות דעת גורמי המקצוע במינהל האזרחי, אינן מאפשרות קיומה של חקלאות בת קיימא. רק רישום מסודר בלשכת רישום המקרקעין יאפשר תמונה ברורה וודאית הן לעותרים והן למשיב בדבר מצב והיקף הזכויות של כל אחד מהפונים...

מעבר לכך, בהעדר רישום, עשויים להתעורר שאלות וקשיים בנוגע לזכויותיו של כל מבקש ומבקש ובפרט ביחס להיקף זכויותיו. הימנעות מרישום טומנת בחובה טעויות ואי בהירות בדבר זכויות במקרקעין ודרישת הצגת נסח רישום היא לבדה יכולה להבטיח כי רק מי שהוא בעל זכות מתאימה במקרקעין מוסדרים יקבל היתר כניסה חקלאי. זאת ועוד, דרישת הרישום מסייעת למניעת תופעות של השתלטות על קרקעות, גזל קרקעות והעלאת דרישות סותרות מצד גורמים שונים להיתרים בעבור אותה הקרקע. הדבר אף מהווה מימוש חובות המפקד הצבאי למניעת תופעות כאמור מתוקף היותו חליף הריבון באיזור (כך!).

המשיבים ידגישו, כי מתן אפשרות לקבל היתר חקלאי, ללא הוכחת הזכויות במקרקעין בדרך המקובלת עשויה להגביר את התופעה הפסולה של ניצול היתרי הכניסה למרחב התפר לרעה ושימוש בהם לצורך כניסה בלתי חוקית לישראל, על מכלול המשמעויות הביטחוניות והאחרות הנובעות מכך (סעיפים 74-78).

העתק התגובה המקדמית, ללא נספחיה, מצורף ומסומן ע/36.

107. במהלך הדיון בעתירות מינהליות אלו, ובשתי עתירות מינהליות נוספות, טען ב"כ המשיב כך:

הדרישה להצגת נסח טאבו מעבר לוודאות של מי שזכאי לקבל היתר כניסה לקו התפר, צריך לדעת מה גודל החלקה. לא ניתן לדעת בוודאות את גודל החלקה. צו הירושה מבקש ביצוע חישובים נוספים על ידינו ואינו אומר פלוני זכאי ל-200 מטר, ולכן צריך נסח טאבו. מדובר בעצם במוקד שיקול הדעת של המשיב, מה הם המסמכים שהוא דורש לראות בעקבות הבקשה. זה מאפשר לדעת מי בעל הזכויות ומה היקף הזכויות.

העותרים טענו בעתירות שדין האזור אינו מחייב לרשום את הזכויות בטאבו לצורך תקיפות הזכויות. אין זה רלוונטי כלל... בכל מקרה אין זה רלוונטי כי אנו לא מדברים פה בשאלה של הוכחת זכות קניינית לצורך סכסוך, אלא שיקול דעתו של המשיב מה הוא צריך לראות לצורך קבלת היתר. הנהלים דורשים להציג נסח טאבו. אין הם תוקפים את הנהלים (פרוטוקול הדיון צורף לעיל כ-ע/1).

108. אם כן, המשיב אינו טוען עוד שהדרישה שלו לשינוי הרישום של האדמות בטאבו, כתנאי למתן היתרי כניסה למרחב התפר ליורשים, מבוססת על הדין המקומי. כעת המשיב טוען כי דרישתו אינה מטילה

נטל בלתי סביר על התושבים המוגנים; כי דרישתו נחוצה כדי לוודא שלמבקש ההיתר יש זיקה לאדמה במרחב התפר; כי דרישתו נחוצה כדי לדעת מה גודל החלקה שבמרחב התפר; כי דרישתו תמנע מאנשים להיכנס לישראל ללא היתר; וכי דרישתו נועדה למנוע השתלטות על האדמות של מבקשי ההיתרים.

טענת המשיב כי דרישתו אינה מטילה נטל בלתי סביר על החקלאים

109. על פי הפסיקה, הסגירה של מרחב התפר בפני פלסטינים פגעה בצורה קשה מאוד בזכויות היסוד שלהם, ובמיוחד בזכויות של בעלי האדמות במרחב התפר, שנותקו מאדמותיהם. על המפקד הצבאי מוטל להוכיח שההסדרים שהוא קבע עומדים במבחני המידתיות (סעיף 29 לפסק דין משטר ההיתרים).

110. משכך, אין די בטענה של המשיב שהדרישה שלו, שעל בסיסה הוא דוחה בקשות של בעלי אדמות להיתרי כניסה לאדמותיהם, אינה מטילה נטל בלתי סביר על התושבים המוגנים, אלא על המשיב להוכיח שלא קיימת חלופה פוגענית פחות לדרישה זו.

111. כאמור, חלופה פוגענית פחות הונהגה על ידי המשיב עד לתקופה האחרונה ובמשך שנים רבות, והיא קבלת נסח טאבו על שם המוריש בצירוף צו ירושה כהוכחה להעברת הזכויות על האדמות בירושה. חלופה זו מונהגת גם היום לצורך הוכחת הזיקה הקניינית לעסק במרחב התפר, ואין כל סיבה להבחנה בין אופן ההוכחה של זיקה קניינית לעסק לבין אופן ההוכחה של זיקה קניינית לאדמה חקלאית.

112. הדרישה מהירשים להירשם בטאבו כבעלי האדמות שלהם לצורך מתן היתרי כניסה לאדמותיהם מחייבת אותם לשלם אגרות לצורך קבלת "שירות" שהם אינם מעוניינים בו. למעשה, הם נדרשים לשלם אגרות רק כדי לגשת לאדמות שבבעלותם.

113. על פי אתר השירותים והמידע הממשלתי, הרישום של ירושה של אדמות בגדה המערבית מחייב תשלום של אגרה על פתיחת תיק, ולאחר מכן תשלום אגרת רישום ירושה. על פי אתר האינטרנט של שירות התשלומים הממשלתי, האגרה על פתיחת תיק עומדת על 38 שקלים, והאגרה על רישום ירושה עומדת על 1% משווי הקרקע, על פי שומה של השמאי הממשלתי. האגרה על ההנפקה של נסח טאבו חדש, לאחר הרישום של הירושה, עומדת גם היא על 38 שקלים, על פי פרט 20 לתוספת לתקנות בדבר אגרות רישום מקרקעין [נוסח משולב].

דף האינטרנט של המדינה המפרט את הליך הטיפול בבקשה לרישום ירושה באדמות הגדה המערבית מצורף ומסומן ע/37;

דף האינטרנט של שירות התשלומים הממשלתי מצורף ומסומן ע/38;

תקנות בדבר אגרות רישום מקרקעין [נוסח משולב] מצורפות ומסומנות ע/39.

114. לחקלאים אין צורך או עניין בפרוצדורות שהם נדרשים לבצע, ולשם כך, לשלם מכספם לצבא הישראלי. החקלאים רק מבקשים להגיע לאדמותיהם. מדובר באוכלוסייה ענייה, המתפרנסת בעיקר מעבודות מזדמנות ומחקלאות, ואין כל מקום לגבייה של אגרות מאנשים אלו כתנאי לאישור בקשותיהם להיתרי כניסה לאדמותיהם. חלק מהחקלאים גם חוששים שהשינוי ברישום של האדמות שיערך על ידי הצבא יפגע בזכויות של יורשים אחרים ממשפחתם שמתגוררים בחו"ל. רבים מהחקלאים מתנגדים גם מטעמים פוליטיים לדרישה לעריכת שינויים ברישום של האדמות שלהם בטאבו המנוהל על ידי הצבא הישראלי ועל כל פנים, הדבר אינו נהוג ואינו מקובל בחברה זו. רובם המכריע של החקלאים המיוצגים על ידי המוקד להגנת הפרט לא נרשמו כבעלי האדמות במקום המורשישים ולא מעוניינים לעשות זאת.

115. אם כן, הדרישה של המשיב מטילה נטל מיותר על התושבים המוגנים ומחייבת אותם בתשלום אגרות שלא כדין. דרישה זו אינה הכרחית. המשיב יכול לשוב ולאשר בקשות של יורשי אדמות להיתרי כניסה

לאדמותיהם על יסוד נסח הטאבו על שם המוריש בצירוף צו הירושה, כפי שעשה במשך שנים רבות, ועליו לעשות כך.

טענת המשיב כי דרישתו נחוצה כדי לוודא שלמבקש ההיתר יש זיקה לאדמה במרחב התפר

116. מעבר לקשיים, לעלויות הכלכליות ולסרבול הכרוכים בדרישה לשינוי הרישום של האדמות בטאבו, אין גם כל צורך בכך, שכן **המסמכים הנדרשים לצורך הרישום של הירושה בטאבו הם אותם המסמכים שהוגשו עד היום לצורך קבלת היתרי כניסה למרחב התפר ושכעת המשיב מסרב לקבל**. על פי הדף "בקשה לרישום ירושה במקרקעין ביהודה ושומרון" באתר האינטרנט של המדינה, המסמכים הנדרשים לצורך הגשת בקשה כזאת הם טופס בקשה לעסקה במקרקעין; נסח רישום מעודכן; ייפוי כוח בתוקף; צו ירושה מקורי או העתק נוטריוני; ואישור תשלום אגרת פתיחת תיק (ראו ע/37).

117. אם ניתן להכיר בבעלותו של היורש על האדמה לצורך רישום הזכויות שלו בטאבו על בסיס נסח טאבו וצו ירושה, אין כל מניעה מלהכיר בבעלותו על האדמה על בסיס אותם המסמכים גם לצורך הנפקת היתר כניסה למרחב התפר עבורו. אין כל צורך בפרוצדורה של רישום הבעלות על מנת לוודא שמבקש ההיתר הוא בעל האדמה, אלא די בבחינת המסמכים המוכיחים כי הוא זכאי להירשם כבעל האדמה.

118. לא זו בלבד שהמסמכים הנדרשים לצורך רישום הבעלות הם אותם המסמכים שהעותר הגיש למשיב לצורך הוכחת זיקתו הקניינית לאדמתו, והמשיב סירב לקבלם, מנהלי המשיב עולה כי אותו הגורם אצל המשיב שמטפל בבדיקה של בקשות להיתרי כניסה למרחב התפר מטפל גם ברישום הירושות. מנהלי המשיב בעניין היתרי כניסה למרחב התפר נקבע כי **"רכז אפו' ורישום מקרקעין במת"ק** יבדקו את אמיתות המסמכים המוכיחים את הזיקה בין המבקש לקרקע וסוג הקרקע" (סעיף 14.א.3. לפרק "היתרים לצרכים חקלאיים במרחב התפר").

119. אם כן, המשיב יכול לעמוד על הבעלות של היורש על אדמתו לצורך אישור הבקשה שלו להיתר כניסה למרחב התפר בדיוק כפי שהוא יכול לעמוד על כך לצורך רישום הבעלות שלו בטאבו. הבחינה של המסמכים המוכיחים את הזיקה של מבקש ההיתר לקרקע על ידי רכז רישום המקרקעין היא אחד משלבי הבדיקה של בקשה להיתר לצרכים חקלאיים, ואין צורך בעריכת הבדיקה במסגרת הליך של רישום הקרקע. משכך, אין ממש בטענה שיש צורך ברישום הבעלות כדי לוודא שלמבקש ההיתר יש זיקה לאדמה שאליה הוא מבקש לגשת.

120. כיוון שהיורש יכול להירשם כבעל האדמה שלו על בסיס נסח טאבו על שם המוריש בצירוף צו ירושה, והגורם שאחראי על בדיקת המסמכים לצורך הנפקת היתר חקלאי הוא אותו הגורם שאחראי על רישום המקרקעין, עריכת השינוי ברישום של הבעלות על האדמה אינה נחוצה כלל לצורך אישור הבקשה להיתר. ניתן לבדוק אם מבקש ההיתר הוא בעל החלקה, ואם כן, לאשר את בקשתו, ואין כל צורך ברישום המסקנה בטאבו כתנאי להנפקת ההיתר. כאמור, כך עשה המשיב כמדיניות לאורך שנים רבות.

121. אם כן, הדרישה של המשיב מטילה נטל מיותר לחלוטין על בעלי האדמות במרחב התפר. אין כל צורך ברישום האדמות על שם היורש לצורך אישור המעבר לאדמתו. מנגד, הדרישה של המשיב לכך מאלצת את היורש לנהל הליכים מיותרים מול הצבא, מעבר להליך הבקשה להיתר וכתנאי מוקדם לכך, ואף מחייבת אותו, בעקיפין וללא סמכות, לשלם אגרות במסגרת אותם הליכים, וזאת אך כדי שתתאפשר הגישה לאדמה שממילא שייכת לו ושאינה בשטח ישראל.

122. כאמור, השאלה הרלוונטית אינה אם יש תועלת בדרישה של המשיב, אלא אם קיימת חלופה פוגענית פחות. אין ספק שהתשובה לשאלה זו חיובית. אין כל הכרח לדחות את הבקשות של אנשים אלו

להיתרים שיאפשרו להם להגיע לאדמות שלהם בשל העובדה שהירושה של האדמות לא נרשמה בטאבו. ניתן לבדוק את הבעלות על האדמות באמצעות הבחינה של נסח הטאבו וצו הירושה, ועל בסיס זה לאשר את הבקשות של הזכאים להיתרים ולהפסיק למנוע את גישתם לאדמותיהם בשל דרישות פרוצדוראליות בלתי נחוצות. כיוון שקיימת אפשרות להימנע מפגיעה זו בבעלי האדמות שנחסמו על ידי גדר ההפרדה, על המשיב לעשות כן, ולא לבחור באמצעי שפוגע בהם שלא לצורך, שכן פגיעה שאינה נדרשת אינה מידתית.

טענת המשיב כי דרישתו נחוצה כדי לדעת מה גודל החלקה שבמרחב התפר

123. בתגובה המקדמית לעתירות המינהליות בנושא זה שהוזכרו לעיל, ובמהלך הדיון בהן, טען המשיב כי החלקות של העותרים "מזעריות", וכי לא ניתן לדעת בוודאות מה גודלה של חלקה כזאת אם היורש לא נרשם כבעל החלקה במקום המוריש. טענה זו שגויה ותמוהה.

124. המשיב קבע בנהליו כי המונח "גודל החלקה" אינו מתייחס לגודל הריאלי של החלקה, אלא "למכפלת שטח החלקה כולה בשיעור בעלותו היחסי של המבקש בחלקה" (סעיף 6 לפרק "היתרים לצרכים חקלאיים במרחב התפר"); כי "היתרי תעסוקה חקלאית יונפקו עבור חלקו היחסי של החקלאי בקרקע, בהתאם למסמכים" (שם, בסעיף 14.א.7); וכי "ככלל, לא יתקיים צורך חקלאי בר-קיימא, כאשר גודל החלקה בעבורה מתבקש ההיתר הינו בגודל מזערי, שאינו עולה על 330 מ"ר" (שם).

125. מאז שפורסמו ההוראות האלה בקפ"ק מרחב התפר 2017 המשיב דחה בקשות להיתרי כניסה למרחב התפר עבור בעלי אדמות ועבור בני משפחה שלהם ועובדים שלהם בהיקף נרחב ביותר בטענה שהחלקות "מזעריות", בדרך כלל תוך ציון ה"גודל" של החלקות, לשיטתו, כלומר, התוצאה של חלוקת השטח במספר היורשים.

126. על רקע זה טען המשיב, בתגובתו המקדמית לשלוש מהעתירות המינהליות, כי העותר 1 בעת"ס 62855-19-07 "הציג מסמכים המבססים זיקה קניינית לחלקה בגודל של כ-260 מ"ר" (סעיף 16), וכי העותר 1 בעת"ס 11831-08-19 "מחזיק בחלקה מזערית בגודל של 238 מ"ר" (סעיף 28).

127. מספרים אלו התקבלו על בסיס חלוקה של שטח החלקה, המצוין בנסח הטאבו, בשיעור הבעלות של היורש, המצוין בצו הירושה, ומבלי שהעותרים נרשמו בטאבו כבעלי החלקות שלהם. אם כן, ניתן לערוך את החישוב באופן הזה ואין צורך בשינוי הרישום של האדמה בטאבו על מנת לחלק את שטח החלקה בשיעור הבעלות של היורש (הגם שהעותרים סבורים שנתון זה כלל אינו רלוונטי ואינו יכול להצדיק את הדחייה של בקשה להיתר חקלאי). המשיב ערך את חישוביו כך באופן שיטתי ועל בסיס זה הוא דחה חלק גדול מהבקשות להיתרים לצרכים חקלאיים מאז שפורסם קפ"ק מרחב התפר 2017.

128. המוקד להגנת הפרט הגיש כעשרים עתירות כנגד מדיניות הסירוב הזאת והחלטות פרטניות שהתקבלו במסגרתה, תחילה לבית משפט נכבד זה ולאחר מכן לבית המשפט לעניינים מינהליים. החוקיות של מדיניות זו מתבררת כעת במסגרת בג"ץ טעמה, שתלוי ועומד.

129. המשיב מעולם לא ציין שהוא אינו בטוח בגודלן של החלקות או בהיקף הזכויות של היורש כאשר החלטות הסירוב שלו התבססו על טענות עובדתיות שלו בנושאים אלו. אם לא ניתן לדעת בוודאות מהו "גודל החלקה", או מהו שיעור הבעלות היחסי של היורש על האדמה, הרי שלא היה מקום לכל החלטות הסירוב שנומקו בכך שהחלקות "מזעריות", על בסיס חלוקת השטח במספר היורשים.

130. הטענה שיש צורך בשינוי הרישום של האדמות בטאבו בגלל שהחלקות "מזעריות", ובגלל שללא שינוי הרישום של האדמות בטאבו, לא ניתן לדעת בוודאות מה גודל החלקות ומהו היקף הזכויות, היא פרדוקסאלית. הרי הטענה שהחלקות "מזעריות" מתבססת על חישוב שנערך על בסיס נסח הטאבו וצו

הירושה. המשיב לא היה יכול להעלות את הטענה הזאת אם לא היתה לו אפשרות להפיק את המידע הנדרש מהמסמכים שהוגשו לו.

טענת המשיב כי דרישתו תמונע מאנשים להיכנס לישראל ללא היתר

131. המשיב טען כי דרישתו לעריכת שינויים ברישום של האדמות בטאבו "נקבעה כדי לוודא כי למגישי הבקשות אכן קיימת זיקה ממשית לקרקע החקלאית במרחב התפר, **דבר שיפחית את החשש האינהרנטי שקבלת ההיתר נועדה לצורך כניסה ללא אישור לשטחי מדינת ישראל**".

132. כאמור, אין צורך בשינוי הרישום של האדמות בטאבו כדי לוודא שמבקש ההיתר הוא בעל החלקה. על פי נהלי המשיב, ניתן לבדוק את הבעלות של המבקש על האדמה במסגרת הבדיקה של הבקשה להיתר באותו האופן שבו הדבר נעשה על ידי המשיב לצורך רישום הירושה בטאבו, והדבר נעשה ככל הנראה על ידי אותו הגורם אצל המשיב.

133. אין כל קשר בין האופן שבו רשומים המקרקעין לבין השאלה אם בעל ההיתר צפוי להיכנס לישראל ללא היתר. הדרישה בעניין אופן הרישום של האדמה בטאבו נוגעת לכניסה לישראל רק בכך שהיא מונעת מכל מי שירש מקרקעין מוסדרים להגיע לאדמתו שבצדה השני של גדר ההפרדה, בתוספת ההנחה העובדתית של המשיב שכל מי שמבקש היתר כניסה למרחב התפר חשוד בכניסה לישראל שלא כדין.

134. בדיון שהתקיים בבג"ץ טעמה ביום 1.7.2020 בית המשפט הנכבד הביע ביקורת על ההחמרה של מדיניותם של המשיבים ביחס לכלל מבקשי ההיתרים, בטענה שקיימת תופעה של שימוש בהיתרי כניסה למרחב התפר לצורך כניסה לישראל. כך, למשל, כבוד השופט קרא אמר:

בהמשך לדברים, למה צריך לשנות את המדיניות? נניח מדובר בחמישים, אז שיענשו, מי שלא חטא למה צריך להיענש? זה ענישה קולקטיבית.
וכבוד השופטת ברק-ארז אמרה כך:

כלומר שנתפסו 633? זה המשמעות? ... כמה אנשים נתפסו? ... לא שאלנו כמה מועמדים לדין.
והשופט אלרון הוסיף:
הכתוב פה לא ברור.
ב"כ המשיבים אמרה:

על פי המדיניות של משטרת ישראל אדם נתפס בפעם הראשונה לא עושים עם זה שום דבר, בפעם השנייה גם לא עושים כלום, פעם שלישית פונים לגורמי המנהל האזרחי.
כבוד השופטת ברק-ארז שאלה:

גם לא רושמים?
וכבוד השופט קרא אמר:

למשטרת ישראל אין מחשבים? היא עוצרת מישהו בלי היתר ולא מתרשמת? איך הם יודעים להעמיד לדין בפעם השלישית אם לא יודעים לדווח על הראשונה והשנייה?
ולאחר מכן:

למה ללכת בצעד הדרסטי הזה של "להוריד פטיש חמש קילו" כשאפשר לעשות משהו אחר, איפה המידתיות פה?
וכבוד השופטת ברק-ארז הוסיפה:

לפני מידתיות, כלל נתון ומסורתי של המשפט המנהלי, איך אנחנו יודעים כמה אנשים שנתפסו היו בעלי היתר חקלאי?.. בכמה אנשים מדובר? ושוב, יכול להיות שאותו אדם נתפס יותר מפעם אחת. אני לא מבינה.

כבוד השופט קרא אמר:

בבג"ץ ההיתרים באו לבית המשפט בשנת 2011 ואמרו "אנחנו לא נזדקק לאנשים", בית המשפט אמר, "אנחנו מאפשרים את מדיניות". מה שקרה, אני לא רואה כאן התבטאות כזו, בגלל שיש כמה אנשים שנכנסים אנחנו נעניש את כל מי שנמצא בקו התפר.

וכבוד השופט ברק-ארוז אמרה:

אנחנו נאפשר לכם להציג נתונים, אם יש נתונים הם לא הוצגו לנו בצורה שקופה, השאלה אם אתם הבנתם את הנתונים (הפרוטוקול צורף לעיל כ-31/ע).

135. כאמור, בהחלטה מאותו היום נדרשו המשיבים להגיש הודעה מעדכנת שתבהיר, בין היתר, "מהם הנתונים העובדתיים בכל הנוגע לניצול לרעה של היתרי כניסה למרחב התפר לצורך כניסה לישראל שלא כדין, ואלו נתונים בעניין זה היו נגד עיני המשיבים בעת שקיבלו את ההחלטה על המדיניות החדשה", ו"האם ובאיזה אופן מתיישבת המדיניות העדכנית עם עמדת המדינה כפי שהוצגה בעניין מרחב התפר והצהרותיה באותו עניין".

136. אם כן, ההחמרה של מדיניות הכניסה למרחב התפר ביחס לכלל האוכלוסייה הנזקקת להיתרים, בטענה שקיימת תופעה של שימוש בהיתרים לצורך כניסה לישראל, אינה מגובה בתשתית עובדתית כנדרש, אינה מידתית ומהווה ענישה קולקטיבית.

137. כמו כן, נהלי המשיב מסדירים את אופן הטיפול בחשד של המשיב לשימוש לרעה בהיתר כניסה למרחב התפר, ובכלל זה החשד לשימוש בהיתר לצורך כניסה לישראל. הנהלים מאפשרים למשיב להחרים ולבטל היתר במקרה כזה, ולסרב להנפיק לבעליו היתר נוסף במשך שנה.

הפרק "נוהל טיפול בשימוש לרעה בהיתר מרחב התפר" בנהלי המשיב מצורף ומסומן ע/40.

138. אין לסרב לבקשה להיתר כניסה למרחב התפר בשל חשד כללי שכל היתר כניסה למרחב התפר נועד לכניסה לישראל, תוך שימוש בעילת סירוב אחרת, הנוגעת לאופן הרישום של האדמה.

טענת המשיב כי דרישתו נועדה למנוע השתלטות על האדמות של מבקשי ההיתרים

139. הטענה של המשיב כי הסירוב שלו להנפיק לחקלאים היתרים שיאפשרו להם לגשת לאדמותיהם שבמרחב התפר, בשל אופן הרישום של האדמות, נועד למנוע השתלטות על האדמות שלהם, היא אבסורדית ואינה משכנעת כלל.

140. בעלי האדמות במרחב התפר נתונים בסכנה של נישול מאדמותיהם בשל העובדה שהאדמות נותרו מעבר לגדר ההפרדה, בצדה ה"ישראלי", ושמסטר ההיתרים מחייב את בעלי האדמות לקבל היתרים מהמשיב כדי לגשת לאדמות ששייכות להם, ובאותה נשימה מתיר את הכניסה למרחב התפר ללא היתר לאזרחי ישראל, לתושבי ישראל, לזכאי שבות ולתיירים (סעיף 3 לפרק "הנחיות כלליות" בנהלי המשיב). **ההיעדרות של בעלי הזיקה הקניינית לאדמות ושל עובדיהם מהאדמות, בשל החלטות הסירוב של המשיב, היא שמביאה להשתלטות על האדמות שלהם, ולא אופן הרישום של הבעלות על האדמות בטאבו.**

141. לא מתנהל כל סכסוך בעניין הבעלות של העותרים על אדמתם, או בעניין אף חקלאי אחר שמיוצג על ידי המוקד להגנת הפרט, ושבקשתו להיתר חקלאי נדחתה על ידי המשיב בגלל שהאדמה שהוא ירש לא

נרשמה על שמו. הגורם היחיד שאינו מכיר בבעלותם של החקלאים על האדמות שלהם הוא המשיב, והסיבה היחידה לחשש להשתלטות על האדמות שלהם היא הסירוב שלו לאפשר לבעלי הזיקה הקניינית לאדמות להגיע אליהן, כאשר לתושבי ישראל גישה חופשית לאותן אדמות.

142. משכך, אין כל הצדקה למדיניות הנוכחית של המשיב, במסגרתה נדחות בקשות של בעלי הזיקה הקניינית לאדמות שבגדה המערבית להיתרי כניסה לאדמות עבור בני המשפחה שלהם, בשל העובדה שהיורשים לא נרשמו בטאבו כבעלי האדמות במקום המורשיים.

הטיעון המשפטי

143. להלן יטענו העותרים כי הסירוב של המשיב להנפיק לעותר, ולאנשים אחרים במצבו, היתרי כניסה למרחב התפר בתוקף המלא הקבוע בנהליו, בשל העובדה שהבעלות של היורשים על אדמותיהם לא נרשמה בטאבו, פוגע באופן בלתי מידתי בזכויות היסוד שלהם לקניין, לחופש העיסוק ולחופש תנועה; משולל יסוד בדין ומנוגד לפסיקתו של בית המשפט הנכבד בעניין משטר ההיתרים.

מדיניות החדשה של המשיב על רקע הפסיקה בעניין משטר ההיתרים

הפסיקה המוקדמת בעניין משטר ההיתרים

144. בית המשפט התייחס לא אחת למשטר ההיתרים במסגרת בחינתו את החוקיות של גדר ההפרדה והתוואי שנבחר לה. מפסיקה זו עולה כי באותם הימים, כאשר החוקיות של הגדר עמדה לפני הכרעתו של בית המשפט, משטר ההיתרים התמצה בהסדרי המעבר של החקלאים לאדמותיהם שמעבר לגדר ההפרדה. כלל לא עלתה לדיון האפשרות שעצם הבעלות על האדמות יועמד בספק.

145. כך, למשל, נקבע בבג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל**, סעיף 82 (פורסם בנבו, 30.6.2004):

עם סיום בחינת מידתיות של כל צו בנפרד מן הראוי הוא שנרים מבטנו ונשקיף על מידתיותו של מלוא מתווה גדר ההפרדה נושא הצווים כולם. אורכה של גדר ההפרדה נושא הצווים שלפנינו היא כארבעים קילומטר. היא פוגעת בחייהם של שלושים וחמישה אלף תושבים מקומיים. ארבעת אלפים דונם מאדמותיהם נתפסות על-ידי תוואי הגדר עצמה, ואלפי עצי זית הגדלים בתוואי עצמו נעקרים. הגדר חוצצת בין שמונה כפרים שבהם מתגוררים התושבים המקומיים לבין למעלה משלושים אלף דונם מאדמותיהם. חלקן הגדול הן אדמות מעובדות, והן כוללות עשרות אלפים של עצי זית, עצי פרי וגידולים חקלאיים שונים. משטר הרישוי שהמפקד הצבאי מבקש לקבוע ואשר הוחל על שטחי קרקע רבים אין בכוחו למנוע באופן משמעותי את ממדיה של הפגיעה הקשה בחקלאים המקומיים או להפחיתה. האפשרות להגיע לאדמות תלויה באפשרות לחצות **שערים**, שהמרחק ביניהם רב ושאינם פתוחים כל העת. **בשערים ייערכו בדיקות ביטחוניות**, דבר שעלול למנוע מעבר כלי רכב, ואשר ייצור מטבע הדברים תורים ארוכים ושעות המתנה רבות. כל אלה אינם עולים בקנה אחד עם יכולתו של חקלאי לעבד את אדמתו. יהיו בוודאי מקומות שבהם לא יהא מנוס מכך שגדר ההפרדה תחצוץ בין התושבים המקומיים לבין אדמותיהם. באותם מקומות **יש להבטיח מעבר שיקטין ככל האפשר את הפגיעה בחקלאים** (כל ההדגשות בעתירה הוספו, אלא אם צוין אחרת, ת.מ.).

וכך בשורה של פסקי דין נוספים, לדוגמא:

המסקנה לפיה לא ניתן להתוות תוואי גיאוגרפי חלופי לגדר שפגיעתו פחותה אינה מסיימת, כשלעצמה, את בחינת המידתיות במובנה השני. בבחינת מידתיות הפגיעה שיוצרת הגדר, כרוכים זה בזה התוואי הגיאוגרפי ומשטר ההיתרים והמעברים לאדמות שנותרו מערבית לה. מטעים ואדמות מרעה של העותרים נותקו על ידי גדר ההפרדה. במצב דברים זה, על המשיבים לדאוג כי יקבעו **הסדרי מעבר ומשטר נגישות** סבירים לאדמות העותרים, באופן המצמצם, עד כמה שניתן, את הפגיעה בהם. אשר לתוואי באזור בודרוס, **במקום נבנה שער המאפשר מעבר ברגל וברכב**. הוא מצוי במרחק אווירי של 750 מטרים צפונית לגבעה הצפונית ו-1,400 מטרים צפונית לגבעה הדרומית. זמן קצר לפני דיון התזכורת בפניי בעניין המעברים ומשטר

ההיתרים (ביום 15.02.2006), **הוסיפו המשיבים שער נוסף, חקלאי, סמוך מאד לגבעה הדרומית, המאפשר גישה משופרת לאדמות העותרים** שנתרו ממערב לגדר. כן ציינו המשיבים כי עד כמה שתושבי בודרוס יבקשו לעבד את אדמותיהם שנתרו ממערב לגדר, יינתנו לכך האישורים המתאימים. בכך נראה כי עמדו המשיבים בחובתם להקטין עד כמה שניתן, באופן סביר, את הפגיעה בעותרים (בג"ץ 4825/04 **עליאן נ' ראש הממשלה**, סעיף 16 (פורסם בנבו, 16.3.2006)).

וכן:

המסקנה לפיה לא ניתן להתוות תוואי גיאוגרפי חלופי לגדר שפגיעתו פחותה אינה מסיימת, כשלעצמה, את בחינת המידתיות במובנה השני. עקרונית, בבחינת מידתיות הפגיעה שיוצרת הגדר, כרוכים זה בזה התוואי הגיאוגרפי ומשטר ההיתרים והמעברים לאדמות שנתרות מערבית לה (בג"ץ 4825/04 **עליאן נ' ראש הממשלה** (טרם פורסם) פסקה 16). אדמות השייכות לעותרים נותקו על ידי גדר ההפרדה. במצב דברים זה, על המשיבים להבטיח קיומם של **הסדרי מעבר ומשטר נגישות סבירים לאדמות העותרים**, באופן המצמצם, עד כמה שניתן מנקודת המבט של שיקולי הביטחון, את הפגיעה בהם. נמסר כי **במרחק 2.5 ק"מ צפונית לגבעה מוקם מעבר חיזמא, המאפשר מעבר "מערבה" 24 שעות ביממה**. עם זאת, **המעבר מותנה בתיאום מראש ובקבלת היתר**. העותרים אינם מבקשים הקמתו של מעבר קרוב יותר לגבעה. העתירה אינה עוסקת כלל ב**הסדרי המעבר ובמשטר ההיתרים**. המשיבים, מצידם, מתנגדים להקמתו של **שער נוסף, סמוך לגבעה, מטעמים ביטחוניים**. במצב דברים זה, לאור העובדה כי העתירה אינה מופנית כנגד **מדיניות השערים והסדרי המעבר בגדר הביטחון**, אין אנו נוקטים בנושא זה כל עמדה ואין בו כדי לגרוע מן המסקנה כי תוואי הגדר אינו מפר את מבחן המשנה השני של המידתיות (בג"ץ 6451/04 **חלואה נ' ראש הממשלה** סעיף 16 (פורסם בנבו, 18.6.2006)).

וכן:

המסקנה לפיה לא ניתן להתוות תוואי גיאוגרפי חלופי לגדר שפגיעתו פחותה אינה מסיימת, כשלעצמה, את בחינת המידתיות במובנה השני. עקרונית, בבחינת מידתיות הפגיעה שיוצרת הגדר, כרוכים זה בזה התוואי הגיאוגרפי ומשטר ההיתרים והמעברים לאדמות שנתרות מערבית לה (ראו, פרשת שוקבא, פסקה 16). אדמות השייכות לעותרים נותקו על ידי גדר ההפרדה. במצב דברים זה, על המשיבים להבטיח קיומם של **הסדרי מעבר ומשטר נגישות סבירים לאדמות העותרים**, באופן המצמצם, עד כמה שניתן מנקודת המבט של שיקולי הביטחון, את הפגיעה בהם. נמסר כי **מדרום לאלקנה יוצב שער חקלאי, אשר יפתח בשעות שיקבעו בתיאום עם התושבים**. העותרים אינם מבקשים הקמתם של **מעברים נוספים או שינוי בשעות הפתיחה**. עתירתם אינה עוסקת כלל בהסדרי המעבר ובמשטר ההיתרים. במצב דברים זה, לאור העובדה כי העתירה אינה מופנית כנגד **מדיניות השערים והסדרי המעבר בגדר הביטחון**, אין אנו נוקטים בנושא זה כל עמדה ואין בו כדי לגרוע מן המסקנה כי תוואי הגדר אינו מפר את מבחן המשנה השני של המידתיות. קביעה זו מבוססת הנחה כי לעותרים תהיה **נגישות סבירה לאדמותיהם באמצעות הסדרי מעבר סבירים בגדר**. ככל שהנחה זו לא תעמוד במבחן המציאות פתוחה בפניהם הדרך לשוב ולפנות לבית המשפט (בג"ץ 6027/04 **טאלב חסיין רדאד ראש מועצת הכפר אלזאויה נ' שר הבטחון**, סעיף 21 (פורסם בנבו, 17.8.2006)).

וכן:

לאחר שמיעת טענות הצדדים והמומחים השונים ולאחר שעיינו בחומר שהונח לפנינו, לא ראינו מנוס מן המסקנה כי תוואי הגדר אינו מקיים את דרישת המידתיות. חלופת הביניים פוגעת פגיעה קשה בתושבי נעלין. הפגיעה נגרמת כתוצאה מתפיסת קרקעות לשם הקמת הגדר, עקירת עצים המצויים בתוואי, וכליאת שטחים חקלאיים מעובדים מצידה "הישראלי" של הגדר. תוואי הגדר תופס 326 דונם, כולם קרקעות פרטיות. בנוסף, התוואי מנתק בין תושבי נעלין לבין למעלה כאלף דונם של אדמות פרטיות וקרקעות חקלאיות מעובדות. אדמות אלה נטועות עצי זית, ומשמשות לגידולים עונתיים ולמרעה. **הגישה לאדמות אלה תוגבל למעבר בנקודת ביקורת ושער חקלאי לבעלי היתרים, על כל הקשיים הכרוכים בכך**. יצוין עוד כי נוכח כוונת המשיבים לשנות את תוואי הגדר בסמוך לכביש 466, לא הובררו עד תום **הסדרי המעבר העתידיים עבור תושבי נעלין בנקודת הביקורת**. חלופת הביניים מחריפה את הפגיעה, הקשה ממילא, בתושבי נעלין כתוצאה מהקמת הגדר. חלופת הביניים מאריכה את הגדר בלמעלה מ-500 מטרים. היא

מחייבת תפיסתם של 45 דונם נוספים, מרביתם שטחים חקלאיים. חלופת הביניים מגדילה את מרחב התפר בכ-200 דונם, רובם ככולם אדמות פרטיות. מחציתם שטחים חקלאיים.

המשיבים אינם מתכחשים לפגיעה בתושבי נעלין, אך סבורים כי הפגיעה היא סבירה ומידתית. עמדה זו אין בידנו לקבל. חלופת הביניים חורגת מן האיזון שבין צורכי הביטחון לבין צורכיהם ורווחתם של התושבים המקומיים (בג"ץ 2577/04 אל חווא'ה נ' ראש הממשלה, סעיפים 39-40 (פורסם בנבו, 19.7.2007)).

וכן:

משנמצא כי מבחן המשנה השני מתקיים, נותר לבדוק האם מתקיים מבחן המשנה השלישי – הוא מבחן המידתיות במובן הצר. תחת מבחן זה נשאלת השאלה האם פגיעת התוואי בעותרים עומדת ביחס ראוי למידת התועלת הביטחונית המופקת מן הגדר. במקרה דנן, עתיד תוואי הגדר נשוא צו התפיסה לחצוץ בין תושבי הכפר וולג'ה לבין חלק מאדמותיהם החקלאיות הנותרות מעברה ה"ישראל" של הגדר. **גישתם לאדמות החקלאיות בשטח המשולש לא תהא עוד חופשית ומהירה**, כי אם מוגבלת וכפופה לקבלת היתרי כניסה. ברי, כי בכך נפגעות זכויותיהם המוגנות של העותרים לחופש תנועה ולקניינם...

מקובל עלינו כי עצם הקמת הגדר מעמידה בפני תושבי וולג'ה קשיים בבואם לעבד את אדמותיהם החקלאיות, ובהן גם אדמות נוספות הנמצאות בתוך תחומה המוניציפאלי של ירושלים. עם זאת, יש לציין כי שטחים נוספים אלה עתידים היו להיות מחוץ לגדר המתוכננת (מצפון מערב לה) גם אילו נעתרנו לתוואי המוצע על ידי העותרים בעתירה זו, קרי אילו הוסט התוואי אל קו הגבול המוניציפאלי של ירושלים. לפיכך, לא סברנו כי יש בנתונים שהציגו העותרים בעניין זה – כשלעצמם – כדי להטות את כפות המאזניים במסגרת יישום מבחן המשנה השלישי של המידתיות על נסיבות המקרה שלפנינו. כמו-כן, הבאנו בחשבון את התחייבות המשיבים להקים שני שערים חקלאיים לאורכו של התוואי, כך שהמרחק שיידרשו בעלי האדמות לעבור מהשערים ועד לחלקותיהם יסתכם במאות מטרים בלבד. במהלך הדיון השני בעתירה, הצהיר בפנינו ראש המנהלת הצבאית האמונה על הקמת התוואי, אל"מ עופר הינדי, כי השערים החקלאיים יפתחו במשך מספר שעות, שלוש פעמים ביום, כך שתתאפשר נגישות גבוהה יחסית אל האדמות. על כך נבקש להוסיף כי על המשיבים לקבוע את מיקומם המדויק של שני השערים, באופן שיאפשר לתושבי הכפר גישה נוחה ומסודרת אליהם, לרבות באמצעות כלי רכב חקלאיים, לשם מזעור הפגיעה בשגרת העבודה החקלאית הנוכחית ולשם הבטחת היתכנות המעבר מחקלאות מסורתית לחקלאות מודרנית, ככל שיהיה בכך צורך בעתיד (בג"ץ 9516/10 מועצת הכפר וולג'ה נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית, סעיפים 15-16 (פורסם בנבו, 22.8.2011)).

וכן:

על האמור נוסף עוד, כי התוואי נשוא העתירה אף עומד במבחן המשנה השלישי, הוא מבחן המידתיות "במובן הצר", הבוחן האם פגיעתו של התוואי בתושבי מסחה עומדת ביחס ראוי לתועלת הגלומה בו; התוואי הקיים של הגדר מספק, כאמור, תועלת ביטחונית רבה. אל מול תועלת זו עומדת הפגיעה הקשה שגורם התוואי לתושבי מסחה. הוא הותיר ממערב לגדר, במרחב התפר, אלפי דונמים של אדמות חקלאיות, ובהן גידולי עצי זית שעליהם נסמכה פרנסתם של רבים מתושבי הכפר, כמו-גם אדמות מרעה ושטחי גידולים נוספים. זאת, אף אם נסתמך על הערכתם של המשיבים לעניין ההיקף המצומצם יותר של אדמות תושבי מסחה בהן מדובר.

עם זאת, כפי שצינו בפתח הדברים, בתוואי הגדר באזור הכפר עזון עת'מה, שבסמיכות לו מצויות אדמות בעיבודם של תושבי הכפר מסחה, עתיד לחול שינוי. בהתאם לשינוי זה, "יוצאו" הכפר עזון עת'מה והאדמות שבסביבתו אל צידה ה"איו"ש" של גדר הביטחון, כך שאדמות אלה לא יימצאו עוד במרחב התפר. שינוי זה כשלעצמו צפוי להקל משמעותית על תושבי הכפר מסחה שבבעלותם אדמות באזור עזון עת'מה ולהפחית את הפגיעה במרקם חייהם. **כתוצאה מהשינוי, תושבי הכפר שאדמותיהם באזור עזון עת'מה, לא יהיו תלויים עוד בשעות הפתיחה של שער עזון עת'מה, והמעבר אל אדמותיהם שבאזור הכפר עזון עת'מה יהיה חופשי.**

אף על פי כן, ברי כי אין בשינוי זה כדי לאיין לחלוטין את הפגיעה הנגרמת לתושבי הכפר מסחה, נוכח העובדה שרבות מאדמותיהם יוסיפו להימצא במרחב התפר... אחת הדרכים המוצעות על-ידי המשיבים במטרה לאזן בין הפגיעה שגורם תוואי הגדר לבין התועלת הנובעת ממנו הינה באמצעות הסדרי המעבר בשערים הקבועים

בגדר ובאמצעות דרכי הגישה אל השערים ומהם – אל אדמותיהם של תושבי הכפר. לעניין זה טען בא-כוח המשיבים בפנינו, כי מדרום לכפר מסחה, בסמוך לכביש 5, קיים **שער הנפתח שלוש פעמים ביום** ומאפשר מעבר של תושבי הכפר. כן נטען, כי על-מנת לשפר את דרכי ההגעה אל שער זה **נסללת דרך חקלאית** מהכפר מסחה אל המעבר התת-קרקעי המוביל אל השער. בא-כוח המשיבים ציין עוד, כי עם סלילת הדרך החקלאית תתאפשר גם **תנועה באמצעות כלי רכב חקלאיים דרך שער זה**. כן צוין, כי **השערים עץ אפרים ואלקנה נפתחים בתקופת המסיק** בכדי לאפשר לתושבי מסחה מעבר לאדמותיהם המצויות בסמוך לישובים אלה. לגבי שער עץ אפרים, נטען כי בעבר נפתח שער זה בתדירות גבוהה יותר, אולם בהתחשב בכמות המועטה של העוברים בו הוא נפתח כיום כשער עונתי, בתיאום עם מפקדת התיאום והקישור הפלסטינית. לגבי שער אלקנה, צוין כי מדובר בשער מבצעי ולא חקלאי, וכן כי חרף הקושי הביטחוני הכרוך במעבר דרכו, נפתח אף הוא בתקופת המסיק.

הגענו, אפוא, למסקנה כי **מכלול הסדרי המעבר, כפי שתוארו לעיל**, משקפים איזון הולם בין הפגיעה הנגרמת לתושבי הכפר מסחה כתוצאה מהתוואי הקיים של גדר הביטחון, לבין התועלת הנובעת ממנו, הרי היא ההגנה על הישובים הישראליים שהוא מספק. אנו יוצאים מההנחה שהמשיבים אכן עמדו בהתחייבותיהם כפי שהוצגו בפנינו במהלך הדיון האחרון בעתירה, היינו – **השלמת סלילתה של הדרך החקלאית מהכפר מסחה אל המעבר התת-קרקעי ופתיחת השער הסמוך לכביש 5 שלוש פעמים ביום**. יצוין, כי לא התקבלה הודעת עדכון באשר לסלילת הדרך החקלאית האמורה. היה והמשיבים לא עמדו עד כה בהתחייבותיהם אלה, אנו מניחים כי יעשו כן בהקדם.

זאת ועוד, כפי שצינו בפרשת עזון עת'מה, השינוי המתוכנן בתוואי באזור עזון עת'מה יצריך בחינת מיקומם של **שערים נוספים שייקבעו בתוואי החדש שייבנה**:

"לאחר הקמתה של הגדר בתוואי המתוכנן יהיה על המפקד הצבאי לבחון את מיקומם של השערים וכמות ההיתרים הנחוצה לשם עיבוד האדמות החקלאיות שיוותרו במרחב התפר שייקבע, בהתאם לצורכי התושבים ועל-מנת לצמצם את הפגיעה בהם ככל הניתן. יש לקוות כי יתקיים בהיבט זה שיתוף פעולה בין העותרים הפלסטיניים לבין נציגיו של המפקד הצבאי, באופן אשר יהיה בו כדי להביא לשיפורם של **הסדרי המעבר** ולאפשר **גישה נוחה** ככל הניתן של החקלאים לאדמותיהם" (שם, בפסקה 35).

כמו-כן, נוכח השינוי האמור, ייתכנו שינויים גם בכמות העוברים בשערים הסמוכים לכפר מסחה, אשר יצריכו בחינה מחדש של **הסדרי המעבר** הקיימים, בין היתר ביחס **לתכיפות פתיחתם של שערי אלקנה ועץ אפרים**. יש להניח כי אף צרכים אלה ייבחנו בקפידה על-ידי המשיבים תוך שיתוף פעולה עם נציגי העותרת 1.

בכפופות לאמור לעיל, אנו קובעים כי בנסיבות העניין עומד תוואי הגדר נשוא העתירה גם בתנאי השלישי של המידתיות (בג"ץ 4387/06 **מועצת הכפר מסחה נ' ראש הממשלה**, סעיפים 24-25 (פורסם בנבו, 11.4.2010)).

146. מדיניותו החדשה של המשיב מעידה על שינוי דראסטי ומצער בתפיסה של המשיב לגבי התפקיד שלו בשימור האפשרות של בעלי האדמות ובני משפחותיהם להמשיך להגיע לאדמותיהם ולעבד אותן. לפי הפסיקה, בעבר, המשיב ראה את עצמו כמוסמך לקבוע אך את הסדרי המעבר של בעלי האדמות דרך גדר ההפרדה. לעומת זאת, כיום המשיב נדרש, במסגרת מתן ההיתרים, גם לעצם הבעלות על האדמה, והוא אף דורש שינויים ברישום הבעלות כדי שהיא תוכר, גם כאשר הבעלות לא השתנתה מאז הקמת גדר ההפרדה. מדובר, למעשה, בהתדרדרות חמורה בהכרה בזכותם של תושבי המקום להמשיך, במידת האפשר, לנהל את אותה שגרת חיים שהם ניהלו לפני הקמת גדר ההפרדה ולא לזנוח את אדמותיהם.

פסק דין משטר ההיתרים

147. פסק דין משטר ההיתרים נכתב לאחר שהסתיים הדיון במרבית העתירות העקרוניות בעניין תוואי הגדר, ונכתב בו כך:

מקובל עלינו כי הפגיעה בקבוצה זו הינה פגיעה קשה. פרטים שעיבדו את אדמתם במרחב התפר, ניהלו את עסקיהם שם ויצרו קשרי חברות ומשפחה, נאלצים עתה, ועל מנת לשמר את אורחות חייהם, לבקש היתר כניסה על בסיס עילות מצומצמות שונות... **פגיעות אלו מחייבות קביעתם של הסדרים המשמרים ככל הניתן את**

מרקם החיים שקדם להכרזה, בכפוף לצרכים הביטחוניים המחייבים זאת. נראה לנו, כי ככלל, ההסדרים שגובשו מקיימים דרישה זאת (סעיף 33).

148. עוד נקבע בפסק הדין כך :

את ניתוח מידתיות החלטת המפקד הצבאי בסגירת השטח נערוך בשלושה מישורים בעלי זיקה הדדית - (א) עצם ההחלטה על סגירת השטח; (ב) הנהלים השונים שגובשו במסגרת "משטר ההיתרים" שהוחל בו; (ג) היבטים הנוגעים למימוש הלכה למעשה של הסדרים אלה - החל מהליכי הטיפול בבקשות השונות ודרך מציאות החיים במה שכינתה המדינה "משטר המעברים". בחינה משולבת זו מתחייבת מהגיונם של דברים, והיא מתבקשת אף על רקע עמדתה של המדינה לפיה מידתיות הפגיעה הנגרמת לתושבים נלמדת מבחינה משולבת של מכלול ההסדרים הייחודי שגובש במרחב התפר, שהוא בבחינת מערך שלם הכולל בתוכו אמצעים שונים שנועדו להביא לצמצום הפגיעה הנגרמת מסגירת השטח - הן במישור הנהלים שגובשו והן במישור הפעולות שנקטות על-ידי המדינה על-מנת שלא להכביד על חיי התושבים מעבר למתחייב מהצורך הביטחוני... כאמור לעיל, ועל כך עוד נרחיב בהמשך, פעולות שעורכת המדינה במסגרת יישום ההסדרים שגובשו במרחב התפר הינן בעלות השלכה ישירה על מידתיות הפגיעה הנגרמת בזכויות התושבים המוגנים, ועל אופן מימוש הזכויות דה-פקטו (סעיף 29).

149. כלומר, הדין הישראלי מחייב את המשיב לדאוג לשימור אורחות החיים שנהגו באזור לפני הסגירה של מרחב התפר. הפגיעה במרקם החיים שהתקיים עד לסגירת השטח מותרת רק כאשר הדבר נדרש מטעם ביטחוני, ורק כאשר הפגיעה היא חיונית. ההתחייבות של המשיב ליישם את נהליו באופן שלא יכביד על חיי התושבים מעבר למתחייב מהצורך הביטחוני מילאה תפקיד חשוב בקביעתו של בית המשפט הנכבד כי פגיעתה של הסגירה של מרחב התפר בתושבים הפלסטינים היא מידתית.

150. ואולם, מדיניותו הנוכחית של המשיב עומדת בניגוד לקביעות אלו.

151. ראשית, מטבע הדברים, עד לסגירתו של מרחב התפר, איש לא מנע מאדם שירש אדמות במקום להגיע לאדמותיו, בשל העובדה שהוא לא רשם את זכויותיו בטאבו, כך שהמדיניות החדשה פוגעת בצורה קשה ביותר במרקם החיים שקדם להכרזה.

152. שנית, כאמור, המשיב התחייב ליישם את נהליו באופן מקל, בהיעדר הכרח ביטחוני לפעול אחרת, ועל רקע זה נקבע כי פגיעתה של הסגירה של מרחב התפר היא מידתית. למרות זאת, המשיב התחיל ליישם דרישה מכבידה, שהוא לא עמד עליה בעבר, על פיה יש להעביר את זכות הבעלות בטאבו על שם היורש, ואחרת לא יונפק היתר ליורש, שהוא בעל האדמות על פי הדין, או לבני משפחתו.

153. מדובר, כאמור, באנשים שירשו את זכויותיהם על האדמות מהוריהם, כך שהאדמות מעובדות על ידי אותה המשפחה מזה עשרות שנים. איש אינו מטיל ספק בבעלות של המשפחה על האדמה, ואיש אינו דורש מהיורשים לעדכן את פרטיהם בטאבו כדי שזכויותיהם יוכרו, למעט המשיב.

154. יש לזכור כי הסיבה היחידה שבעלי האדמות נדרשים להוכיח למשיב את בעלותם על האדמות היא שתואי הגדר שנבחר על ידי המדינה הביא לניתוקם מאדמותיהם. על רקע זה יש לבחון את הדרישות הראייתיות והפרוצדוראליות שהמשיב מציב להם כתנאי לשימור הזיקה לאדמותיהם.

מידתיות הפגיעה בבעלי האדמות, על רקע פסק דין משטר ההיתרים

155. פסק דין משטר ההיתרים בחן את הפגיעה של סגירת מרחב התפר בפלסטינים לפי שלושת מבחני המידתיות; מבחן הקשר הרציונאלי בין האמצעי למטרה, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן המידתיות במובן הצר.

156. בפסק הדין הובהר כי הנטל להוכחת הטענה שהפגיעה היא מידתית מוטל על המפקד הצבאי (סעיף 29 לפסק הדין).

157. באשר למבחן הקשר הרציונאלי, בפסק הדין נקבע כי התכלית של סגירת מרחב התפר בפני פלסטינים היא מניעת פיגועי טרור בישראל; כי התכלית של ההסדרים למתן היתרי כניסה למרחב התפר היא לפקח על הכניסה של פלסטינים למרחב התפר ועל יציאתם ממנו, וכי קיים קשר רציונאלי בין התכלית של ההסדרים לתכלית של הסגירה של מרחב התפר.
158. באשר למבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, בפסק הדין נקבע כי בהנחה שהמשיבים מכירים בזכותם של התושבים להמשיך לעבד את אדמותיהם, ושהם ידאגו לשימור המצב שבו האדמות מעובדות על ידי בעליהן, ההסדרים עומדים במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה.
159. לעניין טענת העותרים כי בפועל, משטר ההיתרים מונע מבעלי אדמות רבים להמשיך לעבד את אדמותיהם, בית המשפט הפנה את הנפגעים להגשת עתירות פרטניות.
160. באשר למבחן המידתיות במובן הצר, בפסק הדין נקבע כי "ההחלטה על סגירת השטח לצד קביעת הסדרי כניסה ושהייה בו ונקיטה בצעדים שונים בשיפור הטיפול בבקשות להיתרים ובהקלה על מעברים למרחב התפר - מביא לצמצום הפגיעה הנגרמת לאוכלוסיה הפלסטינית", ולכן הפגיעה באוכלוסיה הפלסטינית "אינה מהסוג שניתן לומר עליה שהיא גוברת על התועלת הביטחונית שבסגירת השטח" (סעיף 41). אולם, פסק הדין לא דן, למעשה, ביחס בין הפגיעה של סגירת השטח בפני פלסטינים לבין התועלת הביטחונית שלו, אלא ביחס בין הפגיעה של משטר ההיתרים במתכונתו הקיימת, לבין הפגיעה של משטרים מחמירים יותר שניתן היה להנהיג.
161. על כל פנים, עתירה זו עוסקת באחד מפרטי ההסדרים המונהגים על ידי המשיב כיום – הדרישה מבעלי אדמות לרשום את זכויותיהם על האדמות בטאבו כתנאי להנפקת היתרים עבורם או עבור מי ששוכר מהם את האדמות.
162. כפי שיפורט להלן, הנימוקים לקביעה כי פגיעתו של משטר ההיתרים בפלסטינים היא מידתית אינם תומכים בטענה שפגיעתה של המדיניות הנתקפת בעתירה זו היא מידתית. יתרה מכך, מדיניות זו של המשיב מעמידה בספק את ההנחות שעליהן התבסס בית המשפט בקביעתו כי פגיעתו של משטר ההיתרים בפלסטינים מידתית.
163. באשר למבחן הקשר הרציונאלי, דרישתו של המשיב לרישום הזכויות של היורשים בטאבו אינה נוגעת לא לתכלית של ההסדרים – פיקוח על הכניסה של פלסטינים למרחב התפר ועל יציאתם ממנו – ולא לתכלית של הסגירה של מרחב התפר בפני פלסטינים – מניעת פיגועי טרור בישראל.
164. כאמור, המשיב טען שההסדרים שהוא קבע למתן היתרי כניסה למרחב התפר נועדו, בנוסף לתכלית הביטחונית האמורה, גם להביא לצמצום הפגיעה של הסגירה של מרחב התפר בפלסטינים. אולם, הסירוב של המשיב לתת היתרי כניסה למרחב התפר לאנשים שהוכיחו שהם ירשו אדמות במרחב התפר או לבני המשפחה שלהם, בשל העובדה שהם לא שינו את הרישום של האדמות בטאבו בעקבות הירושה, ודאי אינו מקדם את התכלית הזו, ואינו עומד במבחן הקשר הרציונאלי.
165. באשר למבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, הדרישה לרישום הזכויות של בעלי האדמות בטאבו כתנאי להנפקת ההיתרים אינה הכרחית, שהרי היא לא הונהגה בעבר. כאמור, מהפסיקה המוקדמת בעניין גדר ההפרדה נראה כי בתחילה, משטר ההיתרים התמקד בהסדרת המעברים בגדר ההפרדה בלבד.
166. כמו כן, כאמור, על פי נהלי המשיב, כאשר מדובר בהיתרים לצרכים מסחריים, המשיב אינו זקוק לעדכון של הרישום בטאבו כדי להכיר בבעלות של יורשים על החלקות שהם ירשו, וכך הוא פעל עד לאחרונה גם לגבי היתרים לצרכים חקלאיים.

167. העותר עצמו קיבלו היתרי כניסה לאדמת אביו לאורך שנים על בסיס נסח טאבו וצו ירושה, מבלי שאביו שינה את הרישום של האדמה בטאבו, והאב מחזיק בהיתר גם היום.

168. אם כן, אין ספק שקיימות דרכים פחות פוגעניות להשגת התכלית הביטחונית של משטר ההיתרים.

169. באשר למבחן המידתיות במובן הצר, כאמור, פסק דין משטר ההיתרים התייחס בהקשר זה למאמצים שהמשיב עשה כדי להביא לצמצום הפגיעה של המשטר באוכלוסיה הפלסטינית. אם כן, כאשר לא נעשים מאמצים כאלה, המסקנה שהפגיעה מידתית אינה אקטואלית עוד.

170. לדעתנו, מבחן המידתיות במובן הצר עוסק ביחס בין הפגיעה של המעשה לבין התועלת שלו. בענייננו, מדובר ביחס בין הפגיעה של התנאת הזכות של בעלי הזיקה הקניינית לאדמות שבמרחב התפר להיתרים עבור בני משפחותיהם בשינוי הרישום של האדמות בטאבו, לבין התועלת הביטחונית הנטענת, של פיקוח על הנכנסים למרחב התפר והיוצאים ממנו, לצורך מניעת פיגועי טרור. כיוון שהרישום של זכויות הבעלים בטאבו אינו משפיע כלל על הפיקוח על הכניסה של אנשים למרחב התפר והיציאה שלהם ממנו, היחס בין הפגיעה בזכויות היסוד של בעלי הזיקה הקניינית לאדמות, הנגרמת על ידי דרישה זו, לבין התועלת הביטחונית שלה הוא בלתי סביר לחלוטין.

הזכויות הנפגעות

הפגיעה בזכויות לקניין ולחופש העיסוק

171. הזכות לקניין היא זכות יסוד, המעוגנת בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המגן על זכויותיהם של כל בני האדם, וכן באמנות הבינלאומיות הרלוונטיות לשטח הכבוש :

זכות הקניין נמנית אף היא על זכויות היסוד של האדם. זכות זו הוכרה כזכות יסוד הראויה להגנה בפסיקתו של בית משפט זה (ראו למשל: בג"ץ 390/79 **דויקאט נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(1) 1, 14-15; דנג"ץ 4466/94 **נוסייבה נ' שר האוצר**, פ"ד מט(4) 68, 83-85) ואף זכתה לעיגון חוקתי מפורש בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכות זו מוכרת גם במשפט הבינלאומי, ובכל הנוגע לשטחים המוחזקים בתפיסה לוחמתית מעוגנת היא, בין היתר, באמנת האג ובאמנת ג'נבה הרביעית (בג"ץ 1890/03 **עירית בית לחם נ' מדינת ישראל משרד הבטחון**, סעיף 20 לפסק דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) ביניש (3.2.2005; להלן: **פרשת עירית בית לחם**)).

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

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

173. הסירוב של המשיב להכיר בזכויות של אנשים על האדמות שהם ירשו, ולהנפיק היתרים עבורם ועבור בני המשפחה שלהם, לצורך עיבוד אדמותיהם ולצורך שימור הזיקה שלהם אליהן, פוגע בצורה קשה בזכויות היסוד שלהם לקניין ולחופש העיסוק.

הפגיעה בזכות לחופש תנועה

174. הזכות לחופש תנועה מוכרת כזכות יסוד, הן בדין הישראלי והן בדין הבינלאומי. כך נקבע בסעיף 15 לפסק דינה של כב' השופטת ביניש בפרשת **עירית בית לחם** :

חופש התנועה הוא מזכויותיו הבסיסיות ביותר של האדם. עמדנו על כך שבשיטתנו המשפטית הוכר חופש התנועה הן כזכות יסוד העומדת על רגליה, הן כזכות הנגזרת מהזכות לחירות, ויש אף הגורסים כי מדובר בזכות הנגזרת מכבוד האדם (ראו פיסקה

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

175. בבג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד ס"א (1) 844, 863 (2006) נקבע כי משקלה של הזכות לחופש תנועה כבד במיוחד כאשר מדובר במניעת הגישה של אנשים לשטחים הפרטי:

חשוב להדגיש כי בענייננו, אין מדובר בתנועה של תושבים פלסטינים באזורים בלתי מסוימים ברחבי יהודה ושומרון, אלא בגישה של התושבים לאדמות השייכות להם. בנסיבות אלה, כאשר התנועה מתבצעת במרחב פרטי, יש ליתן משקל רב במיוחד לזכות לחופש תנועה ולצמצם למינימום את המגבלות המוטלות עליה. ברור, כי יש לבחון מגבלות המוטלות על חופש התנועה במרחב הציבורי באופן שונה ממגבלות המוטלות על חופש התנועה של אדם בתוך המתחם הקשור לביתו שלו ואין דינן של הראשונות כדינן של האחרונות.

176. הסירוב של המשיב לתת לעותר היתר כניסה למרחב התפר מונע ממנו להגיע לאדמה שבבעלותו הפרטית של אביו, העותר 1, בגדה המערבית, על מנת לסייע לו בעיבוד האדמה ועל מנת לשמר את הזיקה לאדמה העוברת מדור לדור במשפחה. בכך נפגעת בצורה קשה זכות היסוד של העותר לחופש תנועה.

סיכום

177. העותרים ביקשו שיינתן לעותר היתר כניסה למרחב התפר לצרכים חקלאיים, בתוקף שלוש שנים, כדי שיוכל לעבד את האדמה של אביו, העותר 1, ולשמר את זיקתו אליה. המשיב מסרב לתת לו היתר כזה, בטענה שאביו צריך להירשם בטאבו כבעל האדמה לשם כך. זאת על אף שניתנו לעותר היתרים על בסיס נסח הטאבו בצירוף צו הירושה מאז הקמת גדר ההפרדה ועד לאחרונה, ואביו של העותר, העותר 1, מחזיק בהיתר גם היום, ללא שינוי הרישום של הבעלות בטאבו.

178. כך נעשה בתקופה זו גם בעניינם של יורשי אדמות אחרים, ביניהם רבים המבקשים היתרים עבור עצמם – מאז הקמת גדר ההפרדה ועד לאחרונה הם הוכרו כבעלי האדמות שלהם וניתנו להם היתרי חקלאי במשך שנים, מבלי שהם נרשמו בטאבו כבעלי האדמות, וכעת בקשותיהם להיתרי כניסה לאדמותיהם נדחות, בטענה שהמסמכים שהם הגישו במשך כל השנים אינם מספקים כעת.

179. אי מתן היתרי כניסה למרחב התפר לחקלאים, בתוקף הקבוע בנהלי המשיב, מהווה פגיעה קשה בזכות הקניין שלהם ובזכותם לחופש עיסוק ולחופש תנועה. מדובר, למעשה, בערעור של המשיב על הבעלות של חקלאים פלסטינים על אדמות המוחזקות ומעובדות על ידיהם ועל ידי בני משפחתם מזה דורות, כאשר הבעלות של החקלאים הוכחה למשיב ואין מקום לספק לגביה, ואיש לא טען לבעלות סותרת. בהיעדר היתרים, החקלאים אינם יכולים לעבד את האדמות ופרנסתם נפגעת.

180. נוכח כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב לתת לעותר 2 היתר כניסה למרחב התפר בתוקף שלוש שנים, לצורך גישתו הסדירה לאדמה של אביו, העותר 1; ולאפשר לאנשים להוכיח זיקה קניינית לאדמות במרחב התפר שעברו בירושה, לצורך קבלת היתרי כניסה לאדמות שבמרחב התפר, באמצעות הגשת נסחי טאבו על שם מורישי האדמות, בצירוף צווי ירושה, המוכיחים את ההעברה של הבעלות על האדמות מהבעלים הרשומים ליורשיהם. כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיב בהוצאות העותרים ושכר טרחת עו"ד.

181. עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד בגדה המערבית ונשלח למוקד להגנת הפרט בפקס, לאחר תיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת ייפויי הכוח שאף הם ניתנו בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים במפגש בין העותרים לבין באי כוחם.

תהילה מאיר, עו"ד
ב"כ העותרים