

בית המשפט העליון
בג"ץ 7937/10
שחדה אדעיס נ. שר הבטחון
תאריך הגשה: 28/10/10

בבית משפט העליון בירושלים
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

- בעניין שבין:
1. שחדה מוחמד עבדאלמעטי אדעיס ת.ז. 962910501
 2. עומר מוחמד עבדאלמעטי אדעיס ת.ז. 962910592
 3. עדנאן מוחמד עבדאלמעטי אדעיס ת.ז. 962910584
- כולם מכפר ג'פטליק-נפת הבקעה

ע"י ב"כ עוה"ד תאופיק ס. ג'בארין
(מס' רשיון 14402) ואח'
מעין אלתינה, ת.ד. 44, אום אלפתם 30010
טל': 04-6313943, פקס: 04-6313803

העות'לים

נ א ד

1. שר הביטחון, מר אהוד ברק
2. ועדת המשנה לפיקוח על הבניה
3. מפקד כוחות צה"ל בגזרה המערבית
4. ראש המינהל האזרחי, תא"ל יואב מרדכי

כולם ע"י פרקליטות המדינה
משרד המשפטים - ירושלים
רח' צלאח אלדין - 29, ירושלים 91010

5. מועצה אזורית בקעת הירדן
ד.ג. ערבות הירדן 91906

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

זוהי עתירה למתן צו על תנאי לפיה יתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים 1-4 לבוא ולנמק מדוע אינם נוקטים בכל הפעולות הנדרשות לשם מניעת בניית גדר ואו הוצאה ומימוש של צו הפסקת עבודות וצו הריסה ביחס לגדר אשר נבנית בימים אלה ע"י מתנחלים יהודים תושבי המשיבה 5, ללא היתר, בניגוד לחוק וכצמידות לבתי העותרים בכפר ג'פטליק שבבקעה (להלן - "הגדר"), וכן מדוע המשיבים אינם מספקים הגנה ושכירה לעותרים ובני משפחתם מפני חשש לפגיעה בגוף וברכוש ע"י מתנחלים יהודים הגרים באזור.

בקשה לצו ביניים:

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו ביניים אשר אוסר על המשיבה 5 ו/או מי מטעמה לבנות ו/או להקים גדר ו/או לבצע עבודות בניה כלשהן ו/או להקים מכשול כלשהוא בקרבת בתיהם של העותרים בכפר ג'יפטליק שבבקעה.

צו ביניים זה נחוץ הוא בכדי להפסיק את ביצוע בניית הגדר, ולשם מניעת נזק בלתי הפיך לעותרים, שיכול להיגרם להם בעקבות השלמת בניית הגדר הנבנית ע"י המשיבה 5 ו/או מי מטעמה ו/או מתנהלים יהודים תושבי המשיבה 5.

בניית הגדר תגרום לכליאת העותרים ובעלי החיים שהם מגדלים בתוך הבתים שלהם, תמנע מחעותרים ומבעלי החיים שהם מגדלים להגיע לשטחי המרעה בסביבה הקרובה, תגביל את חופש התנועה של העותרים ובני משפחתם.

הוצאת הצו לא תגרום כל נזק למשיבים, ברם אי הוצאתו תגרום לעותרים נזקים כבדים, במיוחד אם וכאשר ההכרעה בעתירה תהא לזכותם של העותרים.

לאור העבודות האינטנסיביות, המבוצעות בימים אלה להשלמת הגדר יתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו בדיחיפות צו ארעי המורה על הפסקת כל עבודות הבניה, וזאת עד למתן הכרעה בבקשה למתן צו ביניים כמבוקש.

ואלה נימוקי העותרים:

העובדות:

1. העותרים 1-3 הינם אחים, בנים למשפחת אדעיס, תושבי הגדה המערבית, מתגוררים בכפר ג'יפטליק שבבקעה ומתפרנסים מעבודתם כרועי צאן. מקורם של העותרים הוא מיאטה שבנפת חברון והם נדדו לג'יפטליק שבעמק הירדן בשנות השבעים והחלו להתגורר במקום נוכח האדמה העשירה בשטחי המרעה.
2. העותר מס' 1 הוא אב ל-13 ילדים ובעלותו נמצאים כ-200 ראשי צאן. העותר מס' 1 בנה 8 חדרים מפלסטיק וניילון למגורים ודירי צאן. בחלק ממבני הפלסטיק הני"ל מתגורר העותר מס' 1 ובני משפחתו ובחלק האחר מתגוררים שניים מבניו הנשואים ביחד עם משפחותיהם. גם ילדיו של העותר 1 מגדלים ראשי צאן והם מחזיקים בעדר המונה כ-400 ראשים.

3. העותר מס' 2 הוא אב ל-11 ילדים ובעלותו נמצאים כ-400 ראשי צאן. העותר מס' 2 בנה 4 תדרים מפלסטיק וניילון, כאשר בחלקם מתגורר העותר מס' 1 ובני משפחתו ובחלקם האחר מתגוררים שני בניו הנשואים ובני משפחותיהם, נוסף לדירי צאן שהעותר מס' 2 בנה. גם ילדיו של העותר 2 מגדלים ראשי צאן והם מחזיקים בעדר המונה כ-150 ראשים.
4. העותר מס' 3 הוא אב ל-10 ילדים ובעלותו נמצאים כ-200 ראשי צאן. העותר מס' 3 בנה תדרים מפלסטיק וניילון למגורים ודירי צאן. ילדיו של העותר 2 מגדלים ראשי צאן והם מחזיקים בעדר המונה כ-150 ראשים.
5. שלושת העותרים מתגוררים בכפר ג'פטליק החל משנת 1979. חלק מהשטח המוחזק ע"י העותרים הינו שטח פרטי הנמצא בבעלותה של משפחת אלדאמן מג'פטליק, והידוע בתור חלקה 5 גוש 24135, וזאת בידיעתה ובהסכמתה של משפחת אלדאמן, וחלק אחר ככל הנראה הינו אדמות מדינה.
- מצ"ב וזעזק מנסח הטאבו של המקרקעין הנ"ל מסומן ע"ג.
6. המשיב מס' 1 הינו שר הביטחון של מדינת ישראל אשר מופקד בין השאר על המינהל האזרחי בגדה המערבית המופקד על אכיפת דיני התכנון והבניה וסדר החיים בגדה המערבית ובכלל זה על מקום מושבם של העותרים ושל תושבי ההתנחלויות היהודיות במקום.
7. המשיבה מס' 2, הינה וועדת המשנה לפיקוח על הבניה באזור הגדה המערבית, והינה הגוף המוסמך על הפיקוח על בנייה בלתי חוקית באזור לרבות על בניית הגדר נשוא העתירה. משיבה 2 הינה הגוף המוסמך להוציא צווי הפסקת עבודה וצווי הריסה סופיים לבנייה בלתי חוקית באזור.
8. המשיב 3, הינו מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ובידו מצויות סמכויות הניהול והחקיקה באזור.
9. המשיב מס' 4, הינו ראש המינהל האזרחי אשר לו אצל המשיב מס' 3 את סמכויות הניהול של החיים האזרחיים בגדה המערבית. בין היתר אמון המשיב 3 על אכיפת חוקי התכנון והבניה החלים באזור.
10. המשיבה 5, הינה מועצה אזרחית אשר בתחומה נמצאת ההתנחלות משואה הסמוכה לבתי העותרים. עפ"י המידע שנמסר לעותרים, מי מעובדי המשיבה 5 או מתושביה הוא האחראי על הקמת הגדר נשוא העתירה.

11. העותרים הינם תושבי הכפר ג'פטליק, הנמצא צפונית ליריחו, בעמק הירדן, אשר קיים עוד מלפני קום המדינה, מונה כ-5,000 נפשות, רובם ככולם ערבים פלסטינים ממוצא בדואי. מקור שמו של הכפר הינו תורכי ופירושו "רכושו של הסולטאן". אך ה"סולטאן" השולט כיום בכפר, כוחות צה"ל, מסרב להכיר בקיומו של רוב הכפר ואינו מאפשר לתושבים, לרבות העותרים, לבנות מבני מגורים, או ליתר דיוק, פחונים למגורים. על צדדי הספק כביש ספק שביל, בכניסה, פזורים בתיהם של תושבי הכפר וזרועים עשרות פחונים. מרבית הבתים של התושבים הם צריפים עשויים מפח ושלד עץ. כתוצאה מבלאי לוחות הפח והעץ, הקרטון והניילון, בעקבות מי הגשמים, נאלצים הם להחליף את לוחות הפח והעץ, הקרטון והניילון, פעם לכל חצי שנה. הבתים של הכפר אינם מחוברים למים, להשמל או לטלפון. אין תדר שירותים מקלחת, או ברו, או מכונת כביסה. רק חורים גדולים שנפערים בכפר ברוח בלוחות הפח, תורים שרשיות צה"ל המנהלות את ענייני התכנון והבניה בגדה המערבית אוטרות בתכלית האיסור לבנותם. למה? כי ישראל החליטה להנוק את הכפר תחת, בדומה לשאר הכפרים הפלסטינים.

רובם המכריע של הבתים הוקמו על אדמותיהם הפרטיות של התושבים. חלק מהתושבים הקימו את בתיהם על אדמות הרשומות בבעלות משפחות עשירות משכם ומטובאס, אלא שהאדמות עובדו מזה עשרות שנים ע"י תושבי כפר ג'פטליק ועל פי הנוהג והסכם שבעל פה, תושבים אלה קיבלו חלק מהאדמות לשם בניית בתי מגורים עליהם. חלק מהאדמות רשומות כאדמות מזינה ו/או כאדמות המיועדות לישוב הפליטים.

12. ליד כפר ג'פטליק נמצאת לה התנחלות יהודית בשם משואה. אפשר לראות בתים לבנים וגגות אדומים. ליהודים יש מקום, יש חשמל, יש מים, יש שירותים, והבתים המודרניים בחינם בתוספת בריכת שחיה. על היהודים רק לבוא ולגור במקום. לפלסטינים אסור להיות במקום. אסור להעניק להם היתרי בנייה, ואם יבנו יש להרוס את הבתים-פחונים. מרבית התושבים בכפר הינם חקלאים המתפרנסים מגידולים חקלאיים שנוטעים באדמות הכפר, וחלקם הינם רועי צאן המתפרנסים מגדול צאן.

13. בין ההתנחלות משואה לבין כפר ג'פטליק מפרידה דרך אספלט. תושבי ההתנחלות משואה לא הסתפקו בשטחים החקלאיים הנרחבים שניתנו להם ע"י המשיבים בחינם, הם חמדו גם בשטחים הסמוכים לבתי העותרים והתחילו להשתלט על אדמות אלה, בשטח שמעבר לכביש האספלט בצדו של כפר ג'פטליק, והתחילו להקים עליהן חממות ולגדרן ולדחוק את רגלי העותרים מהמקום. מכאן התחילו כל הצרות של העותרים, והחיים שלהם, שאינן חיים הם, הפכו לסיוטים מתמשכים בעקבות שכנותם להתנחלות משואה.

14. בשנת 2008, בעקבות תלונות של השכנים היהודים מהתנחלות משואה, הכניסה 2 הוציאה כנגד חלק מהפחונים של העותרים צווי הריסה. ביום 06.11.2008 הוגשה עתירה בשם

העותרים לבית משפט נכבד זה בהליך בג"ץ 9335/08. בית המשפט הנכבד נתן צו ביניים האוסר על המשיבים ו/או מי מטעמם מלהרוס את בתי המגורים של העותרים ואת דירי הצאן שבבעלותם והמצויים בכפר גיפטליק.

מצ"ב העתק מהלענויה בג"ץ 9335/08 מסומן ע/2.
מצ"ב העתק מצו הביניים מסומן ע/3.

15. ביום 19.10.2010, בעקבות תלונות של אותם שכנים, הוצאו צווי הפסקת עבודה כנגד בניית שתי סככות למדורי הצאן של ילדי העותרים 2-3. בעלי הסככות הוזמנו לשימוע בפני המשיבה 2 ליום 11.11.2010. יצוין שרוב שטח הסככות הוקם במקום פחונים מניילון שהיו קיימים במקום אך כתוצאה מבלאי לוחות הפח והעץ, הקרטון והניילון, בעקבות מי הגשמים, נאלצו ילדי העותרים 2-3 להרוס את הפחונים ולהקים במקומם את הסככות הנ"ל.

מצ"ב העתק מצווי הפסקת העבודות מסומן ע/4.

16. לא עברו יומיים, ובבוקר יום 21.10.2010, התחילו עובדים מטעם המשיבה 5 או מטעם תושבי ההתנחלות משואה להקים גדר תיל בצמוד לבתים של העותרים באופן שיחסום את הגישה לבתי העותרים ויהפוך את החיים של העותרים ושל בעלי החיים שהם מגדלים לבלתי אפשריים. עד ליום זה הצליחו העותרים לנוע עם הצאן שלהם במרחב ובשטחי המרעה הטבעיים הסמוכים ללא כל הגבלת גישה. הגדר שנבנית ע"י המתנחלים תחסום דרכי גישה אלה, תמנע את הגעתם של העותרים ושל הצאן שלהם לשטחי המרעה, ותגרום לפגיעה קשה בחייהם, בפרנסתם, ובאורח חייהם של העותרים הבדואים שנשמתם תלויה בחופשיות התנועה שלהם במקום. זאת היא כנראה המטרה מאחורי הקמת הגדר, לפגוע בעותרים ולגרום להם לפנות את המקום למתנחלים.

מצ"ב העתק ותמונות של הגדר הנבנית במקום מסומן ע/5.

17. העותרים סבורים כי הגדר נבנית ע"י המשיבה 5 או מי מטעמה בניגוד לחוק וללא היתר בניה. שכן, לא יעלה על הדעת שהמשיבים 1-4 יעניקו היתר לבניית גדר מבלי לתת לעותרים את הזכות להתנגד למתן היתר בנייה כזה אשר עלול לפגוע בהם קשות. במידה והמשיבים או מי מטעמם יעניקו היתר בנייה לגדר הזאת, הדבר נעשה בניגוד לחוק, ובניגוד לכללי הצדק הטבעי המחייבים מתן זכות לעותרים להגיש התנגדות לבקשה למתן היתר לפני נתינתו ע"י המשיבים 1-4.

18. מכל מקום, נמשיך ונפרט בפני בית המשפט הנכבד את השתלשלות האירועים שהתחילו בבוקר יום 21.10.2010. כאמור, בבוקר יום 21.10.2010, יום חמישי, הגיע מתנחל יהודי לאזור בתי העותרים ברכב מסוג סקודה מסי רישוי 61-467-81 (הלך- "המתנחלי"). המתנחל ליווה עובדים אשר התחילו בהקמת גדר תיל קרוב לבתי העותרים. העותר 1 פנה

לעובדים וביקש לברר מה הם עושים במקום. המתנחל, שהתזיק בנשק, איים על העותר 1 ואמר לו כי הגדר הנבנית תעבור בתוך ביתו של העותר 1 וכי הוא יתרוס לו את הבית. המתנחל נתן לעותר 1 את הברירה לעזוב את המקום או שהוא ירה בו. העותר 1 עזב את המקום והסתגר בתוך ביתו מחשש שיאונה לו רע. העותר 1 פנה לבא כוחו החיימי וזה כתב ביום 23.10.2010 מכתב למשיבה 2 שבו היא התבקשה להוציא צו הפסקת עבודות וצו הריסה כנגד הגדר שנבנית במקום. המכתב נשלח בבוקר יום ראשון 24.10.2010 למשיבה 2 באמצעות הפקסימילית. עד ליום הגשת עתירה זאת לא התקבלה כל תשובה מטעם המשיבה 2. יש לציין שבימי שישי ושבת 22-23.10.2010 לא בוצעו עבודות להמשך בניית הגדר.

מצ"ב העתק מפיניית ב"ב העותרים למשיבה 2 מטומן ע/6.

19 בימי שישי ושבת 22-23.10.2010 לא בוצעו עבודות להמשך בניית הגדר. בבוקר יום ראשון 24.10.2010 חזרו העובדים למקום והמשיכו בעבודות בניית הגדר. העותר 1 פנה אליהם וביקש מהם לעזוב את המקום ולא להמשיך בעבודות בניית הגדר. העובדים עזבו את המקום. אז הגיע המתנחל למקום ואיים על העותר 1 באומרו:

"אני אראה לך איך אני אהרוג אותך, וכולם יראו איך תמות פה".

20. לאחר שמיעת איומים אלה, העותר 1 הורה לאחיו וילדיהם להיכנס לבתים ולהסוגר בתוכם על מנת להימנע מעימות עם המתנחל. העותרים וילדיהם נשאר מסתגרים בתוך הבתים עד שהגיעו חיילי צה"ל למקום, כששה גיפיים צבאיים בתוכם כ- 25 חיילים כולל קצינים. אחד הקצינים שהזדהה בשם "איציק" איים על העותר 1 ואמר לו, בין היתר, שהוא יעשה דבר שאף אחד לא עשה וכי העותר 1 יחכה עד שהצבא יצא מהמקום ויראה מה יעשו לו תושבי ההתנחלות. לאחר מכן הגיעה המשטרה למקום והזהירה את העותר 1 שאם יעשה דבר הוא ייעצר והעותר 1 השיב כי אין בכוונתו לעשות כלום. המתנחל אמר לחיילי צה"ל למשמע אוזניו של העותר 1 (שהוא מבין עברית אם כי לא בשליטה מלאה, ועל כן הציטוט הוא בקירוב ולא מדויק):

"אתם רק תצאו מכאן ואני תוך 5 דקות אשמיד אותם, אמחק אותם ולא יישאר שום דבר פה".

מאוחר יותר הגיעה קבוצת מתנדבים אירופאיים הפועלים בארגוני זכויות אדם שהוזעקה למקום ע"מ שירתיעו את המתנחלים מפגיעה בעותרים ובני משפחתם. לאחר מכן הגיע למקום עו"ד פארס כריים ממשרדו של בא כוח העותרים. כעבור זמן מה הגיעו למקום עוד מתנחלים ממשואה וחלקם ניהלו שיחות עם העותר 1. בסוף החיילים והמתנחלים עזבו את המקום וקבוצת פעילי זכויות האדם לנו במקום על מנת לשמור על העותרים ומשפחתם. עו"ד כריים רשם דו"ח המסכם את האירועים של אותו יום.

מצ"ב זר"ח אירועים: למה שהחריש ביום 24.10.2010 ומסומן ע/7.

21. לאור ההתרחשויות הנ"ל, ב"כ העותרים שלח מכתב תלונה למשטרת ישראל ולמשטרה צבאית חוקרות כנגד המתנחל וקצין צה"ל בגין האיומים שהשמיעו כנגד העותר 1.

מצ"ב העתק מהתלונה מסומן ע/8, 9/ע.

22. נכון ליום הגשת העתירה, המצב הוא שבניית הגדר עדיין לא הושלמה, המתח בין המתנחלים לבין העותרים עדיין מרחף באוויר, המצב נפיץ ועלול להתלקח בכל רגע, ופעילי זכויות האדם ממלאים את חובתם המוסרית ושוהים במקום של העותרים לשם שמירה על גופם ורכושם מפני תקיפת המתנחלים היהודים. חובת התגנה על גופם ורכושם של העותרים מוטלת היא על כתפי חיילי צה"ל בהיותו הריבון על האזור. לא רק שצה"ל איננו ממלא את חובתו זאת, אלא שבמקרה הספיציפי הזה קצין בכיר מטעמו כבר הצטרף לקבוצת המתנחלים המבקשת לפגוע בעותרים וברכושם והפר בכך את החובות האלמנטאריות המוטלות על הצבא להגנה על האוכלוסיה האזרחית בשטחים הכבושים.

23. בנסיבות המקרה, לא נותר בפני העותרים אלא לפנות בעתירה זאת לבית המשפט הנכבד על מנת שיושיט להם סעד ולהגן על גופם ורכושם מפני התוקפנות של מתנחלים יהודים בסיועו של קצין בצה"ל.

הסענות המשפטיות

בניית הגדר לא חוקית:

24. החוק החל על המקום הוא חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים (חוק זמני) מס' 79 לשנת 1966 (להלן – "חוק התכנון הירדני"). בבג"ץ 10408/06 מוסטפא קבהה ואח' נ' מועצת התכנון העליונה ואח' תק-על(3)2007 4727 נקבע:

"על השטחים המוחזקים ביהודה ושומרון חלות הוראות החוק הירדני כפי שהיו בתוקף ביום 7.6.67, אלא אם שונו על ידי המפקד הצבאי בתחיקת הביטחון (עי"א 1432/03 ינון יצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן, פ"ד נט (1) 345, 354-355; בג"ץ 393/82 אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לו (4) 785, 792). החקיקה הירדנית הרלוונטית לענייננו הינה חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים (חוק זמני) מס' (79) לשנת 1966 (להלן: חוק התכנון הירדני) (נוסח מתורגם של החוק מופיע בקובץ דיני התכנון, הבניה והמקרקעין באזור יהודה ושומרון - הדין, תחיקת הביטחון והפסיקה) הוצאת המנהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון, בעריכת רס"ן אהרון משניות) (להלן: דיני התכנון והבניה באזור)".

25. סעיף 2 לחוק התכנון הירדני מגדיר את המושג "בניין" שכולל כל בניין מאבן, מעץ, מברזל או כל חומר אחר לרבות תפירות, יסודות וגדרות וכיו"ב. אם כן, עפ"י סעיף 2 לחוק התכנון הירדני בניין כולל גם הקמת גדר. ע"פי הוראות סעיף 34 לחוק התכנון

הירדני אסור להקים בניין כל שהוא מבלי לקבל היתר בניה מראש. עפ"י הוראות סעיף 35 לחוק התכנון הירדני, כל הקמת בניין מהיבט הגשת בקשה להיתר בניה לוועדה המקומית לתכנון ובניה בהתאם לתוכניות החלות במקום. ע"פ הוראות סעיף 38 לחוק התכנון הירדני, על מוסד התכנון המוסמך להוציא צו הפסקת עבודה וצו הריסה כנגד כל בניה בלתי חוקית. המשיבה 2 קיבלה את הסמכויות של ועדה מקומית וועדה מחוזית שבסעיף 38 לחוק התכנון הירדני וזאת בהתאם לצו מס' 418 התשל"א - 1971 וצוים צבאיים מתקנים נוספים שהוציא המשיב מס' 3 בהיותו הריבון בשטחי הגדה המערבית.

26. מאחר והגדר נבנית ללא היתר בניה כדין, מחובתה של המשיבה 2 להוציא צו הפסקת עבודות וכן צו הריסה כנגד הגדר.
27. גם אם נניח שבידי המשיבה מס' 5 היתר בניה לגדר, העותרים יטענו כי ההיתר ניתן שלא כדין מאחר ולא ניתנה לעותרים הזכות והאפשרות להגיש התנגדות להיתר הבניה עקב הפגיעה הקשה ברכושם ובחיייהם כתוצאה מבניית הגדר.

פגיעה בזכויות קנייניות

28. זכות הקניין מוכרת כזכות חוקתית (סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). המשפט הבינלאומי ההומניטרי מעניק הגנה מיוחדת ומפורשת לרכושם של התושבים המוגנים, ומגביל את הפגיעה בו לנסיבות חריגות ומוגדרות.
29. תקנה 46 לתקנות האג קובעת את חובתו של הכוח הכובש "לכבד" רכוש פרטי. סעיף 53 לאמנת ז'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים משנת 1949 (להלן - אמנת ג'נבה) אוסר פגיעה ברכוש, וקובע את הנסיבות היחידות, שבהן מותר לכוח הכובש לפגוע ברכוש פרטי.
30. על-פי סעיף 53 לאמנת ז'נבה, הרי שפגיעה ברכוש פרטי תהא מותרת אך ורק כאשר הדבר הכרחי לחלוטין לצורך פעולות צבאיות. ברור הוא שתנאי זה אינו מתקיים במקרה בו עסקינן.
31. לכוח הכובש הסמכות לקיים את החוקים החלים באזור טרם הכיבוש רק אם הם עולים בקנה אחד עם חובותיו על פי המשפט הבינלאומי החל באזור. כל פרשנות אחרת תרוקן מתוכן את החובות המוטלות על הכוח הכובש מכוח המשפט הבינלאומי. בהתאם לרישא של תקנה 43 לתקנות האג, מחובתו של הכובש לשמור על החיים הציבוריים ולדאוג לטובתה של האוכלוסייה המקומית.
32. המעשים של המשיבים פוגעים בקניינם של העותרים, מונעים מהם לעשות את עדריהם, מגבילים את התנועה שלהם במקום, ופוגעים באורח חייהם ופרנסתם. על כן, קיימת חובה המוטלת על כתפיהם של המשיבים 4-1 להפסיק את פעולות בניית הגדר ולשמור על ביטחונם ורכושם של העותרים מפני תקיפה על ידי המתנחלים היהודים.

פגיעה בכללי הצדק הטבעי

33. על פי כללי הצדק הטבעי, לא יורשה גוף מינהלי לפגוע בזכויות של אדם מבלי שתיוגן לו ההזדמנות להשמיע את טענותיו.

בבג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד י"ב (2) 1493, 1508 נקבע ע"י בית המשפט:

"לפי הכלל הנקוט במשפט המקובל זה מאות בשנים, לא יורשה גוף אדמיניסטרטיבי -- ואפילו אדמיניסטרטיבי טהור (לא מעין שיפוטי) – לפגוע באזרח פגיעת גוף, רכוש, מקצוע, מעמד וכיוצא בזה, אלא אם כן ניתנה לנפגע הזדמנות להשמיע את טענותיו בפני הפגיעה העתידה."

34. העותרים נפגעים קשות, הן ברכושם, הן בפרנסתם, במעמדם וכן באורח חייהם כתוצאה מהקמת הגדר המקיפה אותם. המשיבים לא נתנו לעותרים הזדמנות הוגנת ואף לא הזדמנות כל שהיא להשמיע את הגנתם ואת טענותיהן נגד הקמת הגדר. על כן, פעולת הקמת הגדר או מתן אישור כל שהוא להקמת הגדר הינם פסולים.

35. יתרה מזאת, זכות הטיעון של העותרים אף מעוגנת בחוק התכנון הירדני אשר נותן לעותרים את זכות ההתנגדות למתן היתר הניה לגדר לאור הוראות סעיפים 34, 36 לחוק.

הפרת חובת "האיזון ההוגן"

36. העותרים יוסיפו ויטענו כי המשיבים הפרו את חובת "האיזון ההוגן" בין צרכי הביטחון, לבין צרכי האוכלוסייה הפלסטינית המתגוררת בשטחים והחובה להגן על הרכוש שלה.

לדעת העותרים המשפט הבינלאומי המנהגי מתיר למשיב 3 לעשות שינויים במשפט הקיים לשם שמירה על קיומו של הממשל הצבאי שעומד בראשו אך בשום פנים ואופן אינו מתיר לו לשלול את קיומה של האוכלוסייה הפלסטינית, התפתחותה הטבעית וזכותה להגן על רכושה ואזמוניה.

- ראה: תקנה 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג משנת 1907.

- ראה: בג"צ 393/82 ג'מעייית איסבאן אלמעלמון נ' מפקד בוחות צה"ל, פד"י ל"ז (4) עמ' 785.

- ראה: בג"צ 591/88 טארק נדאל טאהא נ' שר הביטחון, פד"י מ"ז (2) עמ' 45, בעמ' 69.

דברים אלה נאמרים ביתר שאת לאור העובדה שבין הפלסטינים לבין מדינת ישראל נכרתו הסכמי שלום, לפיהן התחייבה מדינת ישראל לסגת משטחים אלה בהדרגה. כבר גיפטליק נמצא בשטח C והשטחים נשוא העתירה נמצאים בשטח C, והצדדים אמורים לנהל ביניהם מו"מ למסירת שטח זה לידי הרשות הפלסטינית. מחובתו של המשיב 3 לשמור על זכויותיהם של העותרים לרבות זכות הקניין שלהם, ולמנוע ממתנחלים יהודים, אזרחים ישראלים מלפלוש לאדמות המוחזקות על ידם, או מלהפריע לעותרים מלהשתמש באדמות אלה.

חוסר סבירות

37. החלטת המשיבים שלא להפסיק את בניית הגדר ולא לספק להם שמירה ואבטחה מפני המתנחלים נגועה בחוסר סבירות קיצונית. החלטה זאת הינה בלתי סבירה, ואינה עולה בקנה אחד עם השיקולים שעל רשויות המדינה לאמץ ו/או לשקול בבואם לקבל החלטות מעין אלה. מדובר במקרקעין המוחזקים ע"י העותרים ובבתים המהווים בתי מגוריהם של העותרים, וחובה על כל שלטון, גם אם ממשל צבאי הוא, לספק הגנה לתושבים הדרים תחת מרותם ולהגן על קניינם.

38. על פי דיני המשפט הציבורי הישראלי חובה על הרשות המינהלית להפעיל את שיקול זעתה "על פי אמות המידה המקובלות לפי עקרונות המינהל התקין", ובין היתר, אסור לנהוג בחוסר סבירות ועליה לשקול את כל השיקולים הנוגעים לעניין.

ראו: בג"צ 389/80 ז"ני ז"ה גע"מ נ. רשות השידור ואח', פ"ד ל"ה (1) 421.

ראו גם: בג"צ 156/75 זיקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל (2) 94.

אפליה

39. המשיבים מפלים את התושבים הפלסטינים לרעה ומסייעים למתנחלים היהודים בגדה המערבית להשתלט על אדמות המוחזקות בידי התושבים הפלסטינים או אדמות המוגדרות כאדמות מדינה, כאילו שהתושבים הפלסטינים אינם חלק מהמזינה שהם חיים בת. המשיבים אינם מספקים הגנה או אבטחה מפני פגיעות מתנחלים בעותרים וברכושם. מאידך, המשיבים מספקים הגנה צמודה למתנחלים, ואף מעניקים להם "חסיונות" בכך שהם לא מפסיקים את האלימות שהם נוקטים כלפי הפלסטינים הן בגוף והן ברכוש, לרבות העותרים.

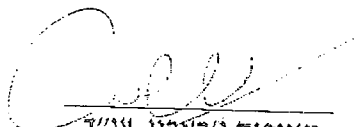
בפרשת קעדאן, קבע כב' הנשיא ברק:

"השוויון הוא מושג מורכב. היקפו שנוי במחלוקת. עם זאת הכל מסכימים כי השוויון אוסר על טיפול שונה מטעמי דת או לאום. איסור זה מופיע בהצהרות ובאמנות בינלאומיות (כגון ההצהרה האוניברסלית על זכויות האדם מ-1948, האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מ-1966, והאמנה האירופאית בדבר זכויות האדם). הוא מקובל במרבית החוקות המודרניות. ביטוי לכך ניתן בהכרזת העצמאות שלנו, אשר קבעה כי מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". בית משפט זה הוסיף וקבע – מפי השופט שמגר - כי "הכלל שלפיו אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי ... לאום ... דת... הוא עקרון יסוד תוקתי, השלוב ושזור בתפישות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי נפרד מהן" (בג"צ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800, 806). הטיב להביע זאת השופט ברנזון, בציינו:

"כשגלינו מארצנו ונתרחקנו מעל אדמתנו קרבנות היינו לאומות העולם שבתוכם ישבנו ובכל הדורות טעמנו את הטעם המר של רדיפות, נגישות וחפלות רק בגלל היותנו יהודים 'שדתיים' שונות מכל עם'. מלומדי נסיון מר ואומלל זה, שחדר עמוק עמוק להכרתנו ולתודעתנו הלאומית והאנושית, ניתן לצפות שלא נלך בדרכים הנלוזות של הגויים, ובחתיחדש עצמאותנו במדינת ישראל עלינו להיזהר ולהישמר מכל צל של הפליה ומנהג של איפה ואיפה כלפי כל אדם לא-יהודי שומר חוק הנמצא אתנו ורוצה לחיות עמנו בזרעו שלו, לפי דתו ואמונתו. שנאת זרים קללה כפולה בה: היא משחיתה את צלם אלוהים של השונא וממיטה רעה על השונא על לא אוון בכפו. עלינו לגלות יחס אנושי וסובלני כלפי כל מי שנברא בצלם ולקיים את הכלל הגדול של שוויון בין כל בני-אדם בזכויות ובחובות". (בג"צ 392/92 ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מרוז חיפה, פ"ד כז (2) 764, 771).

התרגום המעשי של תפישות יסוד אלה באשר לשוויון הינו כי תכליתה (הכללית) של כל חקיקה הינה להבטיח שוויון בין בני האדם בלא הפליה על בסיס של דת או לאום. טיפול שונה בשל דת או לאום הוא טיפול "חשוד" והוא לכאורה טיפול מפלה (השווה: בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט (4) 194, 136-137 (לתלן: "פרשת מילר"), בג"צ 2671/98 שדולת הנשים נ' שר העבודה, פ"ד נב(3) 630, 659). אמרנו שהטיפול הוא "לכאורה" מפלה, שכן עשויות להיות נסיבות -- כגון בגדרי ההעדפה המתקנת (על פי ההשקפה הרואה בהעדפה המתקנת הגשמה של עקרון השוויון ולא חריג לה: ראו עמדת השופט מצא בפרשת מילר) -- שבהן טיפול שונה בשל דת או לאום לא יהיה טיפול מפלה. זאת ועוד: טיפול שונה על בסיס דת או לאום עשוי להיות בהתאם לחוק. דבר זה קורה, למשל, מקום בו לשונו המפורשת והברורה של דבר חקיקה קובעת תכליות מיוחדות המובילות לטיפול מפלה, ובאיוון שבינן לבין התכלית הכללית בדבר שוויון, ידן של התכליות המיוחדות על העליונה. (בג"צ 6698/95 קעניאן נ' מינהל מוקדקעי ישראל ואח', פ"ד נד (1), 258).

אשר על כן, ומכל הטעמים המפורטים לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על תנאי וצו ביניים, כמבוקש ברישא של העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים, להפכו למוחלט, ולחייב את המשיבים לשלם הוצאות העותרים בצירוף שכ"ט עו"ד ומע"מ כחוק.


 תאופיק ג' באדין, עו"ד
 ב"כ העותרים