

בעניין:

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

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

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

העותרים

- נ ג ד -

המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית

ע"י פרקליטות 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 1 היתר כניסה למרחב התפר בתוקף לשלוש שנים, לצורך שימור זיקתו הקניינית לאדמתו שבמרחב התפר ולצורך גישתו הסדירה אליה;
 - 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 מורישי האדמות, בצירוף צווי ירושה, המוכיחים את ההעברה של הבעלות על האדמות מהבעלים הרשומים ליורשיהם.
- זו אחת מחמש עתירות המוגשות לבית משפט נכבד זה בנושא הסירוב של המשיב לתת היתרי כניסה למרחב התפר לחקלאים, בשל העובדה שיורשי האדמות לא נרשמו כבעלי האדמות במקום המורישים.

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. העותרים הגישו ביום 25.7.2019 עתירה מינהלית לבית המשפט המחוזי בירושלים (עת"ם-62855-07-19 זיד נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית) ובה התבקש בית המשפט להורות למשיב:
- א. לתת לעותר 1 היתר כניסה למרחב התפר, בתוקף לשנתיים, לצורך שימור זיקתו הקניינית לאדמתו שבמרחב התפר;
- ב. 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.
4. ביום 3.3.2020 התקיים דיון בעתירה, ובארבע עתירות מינהליות נוספות שהוגשו על ידי המוקד להגנת הפרט באותו הנושא, 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 ובנהלי 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, לדוגמה, בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005); בג"ץ 5488/04 מועצת מקומית אלראם נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 13.12.2006); ובג"ץ 8414/05 יאסין נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(2) 822 (2007)).
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", 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. על פי נתונים שהתקבלו לאחרונה מהמשיבים, אחוז הסיירובים לבקשות של בעלי אדמות להיתרי כניסה למרחב התפר עלה במהלך חמש השנים האחרונות מ-24% ל-72%, כך שאופן היישום של משטר ההיתרים היום שונה בתכלית מזה שנטען לפני בית המשפט כאשר החוקיות של משטר ההיתרים עמדה לדיון. הנפגעים ממדיניות הסיירוב 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/2.

הצדדים לעתירה

13. **עותר 1** (להלן: **העותר**) הוא בעל אדמה במרחב התפר. הוא ביקש לקבל היתר כניסה למרחב התפר, לצורך שימור זיקתו הקניינית לאדמתו, אך בקשתו נדחתה בנימוקים שהוחלפו מעת לעת, האחרונה שבהן שעליו לרשום את האדמות שהוא ירש על שמו בטאבו.

14. **עותרת 2** היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.

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

עיקרי העובדות ומיצוי ההליכים

16. העותר, יליד שנת 1957, נשוי ואב לארבעה בנים ושלוש בנות. הוא מתגורר בזבדה שבנפת ג'נין. העתק תעודת הזהות של העותר מצורף ומסומן ע/3.
17. העותר הוא בעל קרקע המצויה באדמות זבדה, במרחב התפר. הוא ירש את הקרקע מאביו, מר _____ זיד, שהלך לעולמו בשנת 1997. גודל החלקה 50.57 דונם. בחלקה גדלים עצי זית וחרוב. בעבר בני המשפחה גידלו בחלקה גם קטניות וטבק, אך הם הפסיקו בגלל הקשיים הכרוכים בחידוש ההיתרים, שאינם מאפשרים טיפול בגידולים הדורשים עבודה רציפה ויומיומית. העתק נסח הטאבו של החלקה מצורף ומסומן ע/4;
- העתק צו הירושה של אבי העותר מצורף ומסומן ע/5.
18. מאז הקמת גדר ההפרדה ניתנו לעותר היתרי כניסה למרחב התפר פעם אחר פעם, ללא בעיות. היה לו היתר חקלאי – סוג ההיתר הניתן לבעלי אדמות במרחב התפר – בתוקף מיום 29.6.2016 עד ליום 28.6.2018. העתק ההיתר של העותר מצורף ומסומן ע/6.
19. העותר הגיש שלוש בקשות לחידוש ההיתר שלו במועצה המקומית של זבדה. האחרונה שבהן הועברה מהקישור הפלסטיני למת"ק ביום 22.11.2018.
20. המוקד להגנת הפרט פנה לקצין פניות הציבור במינהל האזרחי ביום 24.12.2018 בבקשה לבירור סטאטוס הטיפול בבקשתו של העותר. העתק הפנייה של המוקד להגנת הפרט מיום 24.12.2018 מצורף ומסומן ע/7.
21. ביום 15.1.2019 נמסר לעותר שבקשתו נדחתה בטענה שהחלקה שלו "מזערית". ניתן לו טופס סירוב, עם החותמת "מסורב" והכיתוב "260 מ"ר מזערית", חתום על ידי קצין התיאום האזרחי במת"ק ג'נין, מר בהג'ת ז'אהר. העתק טופס הסירוב מצורף ומסומן ע/8.
22. באותו היום התקבל במוקד להגנת הפרט מכתבו של קצין פניות הציבור במינהל האזרחי, בו נכתב: "בקשתו סורבה בשל היעדר צורך חקלאי. מדובר בחלקה מזערית". העתק מכתבו של קצין פניות הציבור במינהל האזרחי מיום 15.1.2019 מצורף ומסומן ע/9.
23. המוקד להגנת הפרט הגיש בקשה לבירור רמת"ק בעניין הסירוב ביום 20.1.2019. כך נכתב בבקשה:
- בתור בעל זיקה קניינית לאדמות חקלאיות במרחב התפר, מר זיד זכאי להיתר חקלאי, בתוקף לשנתיים (סעיפים 2 ו-4 לפרק "היתרים לצרכים חקלאיים במרחב התפר" בקפ"ק מרחב התפר 2017).
- על בסיס זיקתו הקניינית לאדמה שבמרחב התפר, קיבל מר זיד היתרים לכניסה למרחב התפר לצרכי חקלאות. ההיתר האחרון שהיה ברשותו ניתן לו לתקופה של שנתיים והוא פג תוקף ביום 28.6.2018. מאז הוא הגיש כמה בקשות לחידושו. במכתבכם מיום 15.1.2019 הודעתם לנו כי "בקשתו סורבה בשל היעדר צורך חקלאי. מדובר בחלקה מזערית".
- כידוע, לקפ"ק האחרון הוספה הוראה פוגענית, על פיה "היתרי תעסוקה חקלאית יונפקו עבור חלקו היחסי של החקלאי בקרקע... ככלל, לא יתקיים צורך חקלאי בר-

קימא, כאשר גודל החלקה בעבורה מתבקש ההיתר הינו בגודל מזערי, שאינו עולה על 330 מ"ר" (סעיף 7, ההדגשה הוספה).
סעיף 9(א) לקפ"ק קובע כי "החקלאי, שהינו בעל הזיקה הקניינית לקרקע החקלאית, לא יימנה במכסת המועסקים" (ההדגשות במקור).
כאמור, מר זיד הינו בעליה במשותף של החלקה הרלוונטית. הוא בעל הזיקה הקניינית לקרקע, וההיתר הרלוונטי עבורו הוא היתר חקלאי, ולא היתר תעסוקה חקלאית. משכך, גודלה של החלקה כלל אינו רלוונטי לעניינו.
כמו כן, הצרכים של מר זיד כחקלאי להגיע אל אדמתו כדי לעבדה לא השתנו. השתנה גישתכם אשר הפכה למחמירה ומתנכלת עוד יותר.

העתק הבקשה לבירור רמת"ק מיום 20.1.2019 מצורף ומסומן ע/10.

24. ביום 27.1.2019 התקבלה הודעה ממש"ק תפר במת"ק ג'נין, על פיה העותר מוזמן לבירור רמת"ק שנקבע ליום 30.1.2019.

העתק ההודעה על בירור הרמת"ק מצורף ומסומן ע/11.

25. בפרוטוקול של בירור הרמת"ק נכתב כך :

הנ"ל טוען כי יש לו אדמה, והוא חייב לעבד אותה והוא טען כי לא מצליח להיכנס לעבד אותה.
הנ"ל טען כי לא קיבל היתר במסיק זיתים מאז.
עפ"י מערכות המנהא"ז נראה כי האדמות אינם מעובדות.
הנ"ל זכאי ל-262 מטר כך שלא עומד בקריטריונים לקבלת היתר חקלאי במרחב התפר.
הוסבר להנ"ל שהוא יכול להגיש בקשה נקודתית בזמן שירצה להיכנס לטפל באדמתו המזערית קרי חריש, עיבוד גיזום.

העתק הפרוטוקול של בירור הרמת"ק מיום 30.1.2019 מצורף ומסומן ע/12.

26. המוקד להגנת הפרט הגיש ערר על החלטת הרמת"ק ביום 4.2.2019, ובו הוא חזר על טענתו כי אין לדחות בקשה של בעל אדמות להיתר חקלאי, היתר שתכליתו שימור הזיקה הקניינית של בעל האדמה לאדמתו, בטענה הנוגעת לגודל החלקה שלו.

העתק הערר מיום 4.2.2019 מצורף ומסומן ע/13.

27. ביום 20.2.2019 התקבל זימון לדיון בוועדת הערר בענייניהם של שישה ממרשיו של המוקד להגנת הפרט, וביניהם העותר. מבין השישה, חמישה הם בעלי אדמות שבקשותיהם להיתרים נדחו בטענה שהחלקות שלהם "מזעריות". הערר השישי לא הוגש על דחיית בקשה להיתר, אלא על מספר השערים הרשומים על היתר שניתן. הדיונים בששת העררים נקבעו ליום 11.3.2019.

העתק הזימון לוועדת הערר מצורף ומסומן ע/14.

28. ביום 5.3.2019 התקבל מכתבו של קצין פניות הציבור במינהל האזרחי, על פיו "התושב מוזמן לוועדת ערר".

העתק מכתבו של קצין פניות הציבור במינהל האזרחי מצורף ומסומן ע/15.

29. בפרוטוקול הדיון בוועדת הערר נכתב כך :

יו"ר הוועדה : התכנסנו כאן לוועדת ערר בעניינו של העורר.

יו"ר הוועדה מציג את הנוכחים בוועדה.

העורר : העורר החזיק בהיתרים לצרכים חקלאיים במרחב התפר שהאחרון ביניהם היה בתוקף [צ"ל עד, ת.מ.] ל-28 ביוני 2018. מאז הוא מנסה לחדש אותו ללא הצלחה.

יו"ר הוועדה : מה גודל הקרקע שברשותך?

העורר : שטחה הכולל של הקרקע היא 50 דונם שמחולקת בין הדודים שלי והאחים שלי. כיורשים של אבא שלי. בנוסף אשתי שהינה בעלת חלקים בקרקע מכרה לי כ-160 מטר.

יו"ר הוועדה : מה הגודל של חלקך בקרקע?

העורר : הבנתי שהצבא עשה חישוב שמגיע ל-226 מטרים, אני בעצמי לא ערכתי חישוב כזה.

יו"ר הוועדה : מה מגדלים בקרקע?

העורר : יש בחלק של הקרקע עצי זית ובחלק שלנו יש עצי חרוב. ניתן לגדל בה טבק. כרגע הקרקע ריקה.

יו"ר הוועדה : תודה על הגעתך, נחזיר תשובה בתוך 10 ימים.

העתק הפרוטוקול של הדיון בוועדת הערר מצורף ומסומן **ע/16**.

30. חלפו למעלה מעשרה ימים מיום הדיונים בוועדת הערר ולא התקבלה החלטה באף אחד מהעררים. על כן, המוקד להגנת הפרט פנה לקצין פניות הציבור במינהל האזרחי ביום 24.3.2019 בבקשה לקבלת ההחלטות ללא דיחוי נוסף.

העתק הפנייה של המוקד להגנת הפרט מיום 24.3.2019 מצורף ומסומן **ע/17**.

31. ביום 27.3.2019 התקבלה במוקד להגנת הפרט החלטתו של יו"ר ועדת הערר, נושאת תאריך 20.3.2019, ובה נכתב כך :

רקע

עניינו של ערר זה בבקשת העורר... כי תותר כניסתו למרחב התפר לצורך עיבוד חקלאי של אדמתו... העורר החזיק בהיתרי חקלאי במרחב התפר במהלך השנים כאשר האחרון שבהן תוקפו פג במהלך חודש יוני 2018, אך בקשתו האחרונה סורבה.

בבירור רמת"ק שנערך בעניינו של העותר... על רקע סירובו לקבל היתר חקלאי למרחב התפר, סרב העורר מפאת שלא הראה צורך חקלאי בעיבודה. גודלה של החלקה הינו 263 מ"ר. בנוסף מבדיקה שנערכה במת"ק עלה כי חלקתו של העורר לא הייתה מעובדת כלל. זאת על אף שקיבל לאורך השנים היתר יום-יומי למטרת עיבוד הקרקע וניצל את ההיתר למעבר, במעבר ריחן, כמעט בכל יום...

הדיון בוועדה

בדיון בוועדת הערר למרחב התפר, העורר טען כי היו ברשותו לאורך השנים היתרי חקלאי למרחב התפר, אך שבקשתו האחרונה סורבה מפאת גודל החלקה המזערי (263 מ"ר). העורר ציין שבחלקה שעבורה ההיתר המבוקש גדלים עצי זית ועצי חרוב.

העורר טען בוועדה שגודלה של הקרקע הוא 50 דונם המחולקים בין הדודים והאחים שלו כיורשים של אביו. בנוסף, טען העותר, כי אשתו שהינה בעלת חלק במקרקעין, מכרה לו 160 מ"ר.

הכרעה

לאחר שנתתי את דעתי למידע שהתקבל בעניינו של העורר, ולטענות אשר פרס במסגרת הדיון בוועדה, החלטתי לדחות את בקשתו.

בבקשת העורר לקבלת היתר חקלאי במרחב התפר, טוען כי קם לו צורך בהגעה יום-יומית, למשך שנתיים כדי לעבד את אדמתו וכך קיבל במהלך השנים. יש לציין בהקשר זה כי לא ברור מה עשה העורר בחלקתו בשנים האחרונות בהן קיבל היתרים, שכן עבר כמעט כל יום והחלקה נותרה לא מעובדת כלל.

על פי המסמכים שהוגשו במסגרת הבקשה, לעורר זיקה לשטח שגודלו 226 מ"ר ולא 50 דונם כפי שטען העורר.

סוף דבר : אין ביכולת הוועדה להיענות לבקשת העורר בנוגע לחלקה אליה הוכיח זיקה. על פי המידע שנפרס בפני, לא נראה כי קיים צורך במתן היתר חקלאי יום יומי למשך שנתיים עבור עיבוד החלקה. עם זאת, ככל שיבקש העורר היתרים לצרכים אישיים להגעה לחלקת אדמתו, בקשתו תבחן בהתאם.

העתק ההחלטה של יו"ר ועדת הערר מיום 20.3.2019 מצורף ומסומן **ע/18**.

32. כאמור, גודל החלקה של העותר 50.57 דונם, כפי שכתוב בנסח הטאבו (צורף כ-ע/4). ההחלטה של יו"ר ועדת הערר מתבססת על מדיניות של המשיב שתפורט להלן.

מדיניות הסירוב של המשיב להנפיק היתרים בטענה שהחלקות שבמרחב התפר "מזעריות"

33. מזה כשלוש שנים, המשיב מנהיג מדיניות שבמסגרתה הוא מחלק בעין את החלקות במרחב התפר על פי מספר הבעלים שלהן, על אף שבפועל האדמות אינן מחולקות והן מעובדות במשותף. על בסיס אותה החלוקה, המשיב קובע שכל אחת מתתי-החלקות שהוא יצר היא קטנה ואין צורך בעיבודה. זאת בניגוד לפסיקה, המחייבת את המשיב לשמר ככל הניתן את מצב העיבוד של אדמות במרחב התפר כפי שהיה לפני הקמת גדר ההפרדה, ואף בניגוד לנהלי המשיב, המגבילים את הזכאות להיתרים על בסיס גודל האדמות רק ביחס להיתרים הניתנים לעובדים באדמות, ולא ביחס להיתרים הניתנים לבעלים.

הפרק "היתרים לצרכים חקלאיים במרחב התפר" בנהלי המשיב מאותו המועד מצורף ומסומן ע/19;

הפרק "היתרים לצרכים חקלאיים במרחב התפר" בנהלי המשיב התקפים היום מצורף ומסומן ע/20.

34. המוקד להגנת הפרט הגיש שורה של עתירות בעניין המדיניות הזאת, תחילה לבג"ץ, ולאחר התיקון לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, לבית המשפט לעניינים מינהליים.

35. העתירה הראשונה שבה התקיים דיון היא בג"ץ 6896/18 טעמה נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית (להלן: **בג"ץ טעמה**). הדיון התקיים ביום 15.5.2019, ובמהלכו בית המשפט מתח ביקורת על מדיניותו של המשיב. ראשת ההרכב, כבוד השופטת ברק-ארז, אמרה כך:

בשם עצמי אני מדברת ואומרת כי העתירה כאן מעלה סוגיה משמעותית, וההתחייבויות של המדינה היו ברורות לגבי מה שקורה באזור התפר. במיוחד כאשר יש כאן עובדה שהחלקות כאן לא קטנות כאשר עושים את החישוב לכך.

36. ב"כ המשיבים טענה שהיתרים ניתנים כדי למלא צרכים, וראשת ההרכב העירה כי "זה לא רק צרכים אלא גם זכות קניין".

37. ראשת ההרכב שאלה את ב"כ המשיבים כך:

מעבר לכך, וזה כבר אומר שיש כאן משהו, אם גבירתי יכולה להסביר כי חלקה של 17 וחצי דונם נחשבת זעירה? רק משום שאורחות החיים הבעלות משותפת לאנשים רבים.

וכך:

במבט צופה פני עתיד יש כאן חלקה של 17 וחצי דונם, לכאורה כל מי שיגיש, יעברו שנתיים ואז לפי השיטה הזו כל מי שיגיש ייתקל באותו מחסום? אולי חלק מהאנשים יועדפו על פני האחרים?

38. ב"כ המשיבים אמרה כי "כאשר מבקש הוכיח שיש לו צורך לעיבוד חקלאי במקום, ניתן לו היתר. זו חזקה שניתנת לסתירה". על כך העירה ראשת ההרכב כך:

למה זו חזקה בכלל? אם אתם מחילים זאת גם לגבי נחלות גדולות? אם אתם הייתם אומרים כי יש לכם לגבי רסיסי נחלות זה משהו אחר. אך זה לא המקרה. לאחר שנועצנו, אנו מבינים מגבירתי כי יש כאן עבודת מטה שטרם הושלמה. ישנן גם טענות שאין להן מענה. איך אתם מתמודדים עם חלקות יחסית גדולות ולא ברור מי מקבל או לא... ישנן הרבה שאלות מעשיות שלא קיבלנו עליהן תשובה (ההדגשה הוספה, ת.מ.).

העתק פרוטוקול הדיון בבג"ץ טעמה מיום 15.5.2019 מצורף ומסומן ע/21.

39. בהחלטה מאותו היום נקבע כך:

במהלך הדיון עלו שאלות לרבות בעניין המענה שניתן לחלקות שאינן 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.

העתק ההחלטה בבג"ץ טעמה מצורף ומסומן ע/22.

40. הפרקליטות החילה את אותו ההסדר על כל העותרים הפרטניים בסדרת העתירות שהגיש המוקד להגנת הפרט בנושא אותה המדיניות עד לאותו המועד. במסגרת אותו ההליך פורסמה גרסה חדשה ומחמירה עוד יותר של נהלי הכניסה למרחב התפר, הכוללת את אותן ההוראות בעניין "חלקות מזעריות", ובנוסף, הוראות המצמצמות את הכניסה של החקלאים למרחב התפר, כולל בעלי האדמות עצמם, ומגבילות אותה למכסות של כניסות ספורות בשנה לאדמות שלהם. בעקבות השינוי בנהלים הוגשה עתירה מתוקנת והיא תלויה ועומדת.

41. על כל פנים, כדי להתגבר על הסירוב של המשיב לתת לעותר היתר, בטענה שהחלקה שלו בת 226 מטרים, העותר קנה מאשתו, גב' _____ זיד, ת"ז _____, את החלק שלה באותה החלקה. אשתו של העותר היא גם בת דודו, וגם היא אחת היורשים של החלקה. היא ירשה את אדמתה מאביה, מר _____ זיד, שהלך לעולמו בשנת 2002. החלקה אינה מחולקת בעין בין היורשים, אך על פי החישוב שהמשיב עושה, מדובר ב-162 מ"ר, כך שבסך הכל, על פי הנוסחה של המשיב, גודל החלק של העותר כעת 388 מ"ר – מעל הרף המינימאלי שנקבע על ידי המשיב.

העתקים מנסח הטאבו וצו הירושה של אשתו של העותר מצורפים ומסומנים ע/23;

העתק ייפוי הכוח הבלתי חוזר מאשתו של העותר לעותר מצורף ומסומן ע/24.

42. כאמור בבקשה לבירור רמת"ק ובערר בעניין העותר, הגודל המינימאלי למתן היתרי תעסוקה חקלאית לעובדים של בעל האדמות, על פי נהלי המשיב, הוא 330 מ"ר. לא נקבע גודל מינימאלי למתן היתרים לבעלי האדמות עצמם. המשיב עושה זאת שלא כדין, תוך יצירת חלוקה מלאכותית בין הבעלים המשותפים, כך שכל אחת מתתי-החלקה שהמשיב מייצר יהיה קטן מהרף המינימאלי שנקבע על ידיו, ואף אחד מהבעלים לא עומד בקריטריונים הנטענים לקבלת היתר. אולם, גם על פי הפרקטיקה הפסולה הזאת, העותר עומד כעת בקריטריונים המונהגים על ידי המשיב למתן ההיתר מבחינה זו.

43. העותר הגיש ביום 6.4.2019 בקשה חדשה להיתר חקלאי, אליה צורפו גם מסמכי האדמה שהוא ירש וגם מסמכי הרכישה של החלק של אשתו באדמה. הבקשה הועברה מהקישור הפלסטיני למת"ק סאלם ביום 7.4.2019.

44. המוקד להגנת הפרט פנה לקצין פניות הציבור במינהל האזרחי ביום 16.4.2019 בבקשה לבירור סטאטוס הטיפול בבקשה החדשה של העותר.

העתק הפנייה של המוקד להגנת הפרט מיום 16.4.2019 מצורף ומסומן ע/25.

45. באותו היום התקבלה תשובה מסגנית קצין התיאום האזרחי במת"ק ג'נין, על פיה העניין "יטופל אחרי החגים".

העתק התשובה מיום 16.4.2019 מצורף ומסומן ע/26.

החלפת עילת הסירוב בעילה אחרת, הנוגעת לרישום החלקה בטאבו

46. ביום 29.4.2019 התקבלה הודעה ממש"ק תפר במת"ק ג'נין, על פיה העותר "צריך לרשום את אדמתו בטאבו".

העתק ההודעה מיום 29.4.2019 מצורף ומסומן ע/27.

47. המוקד להגנת הפרט הגיש ביום 16.5.2019 בקשה לבירור רמת"ק על החלטת הסירוב החדשה. כך נכתב בבקשה:

בפתח הדברים נדגיש, כי מקרה זה ממחיש פעם נוספת ובאופן מובהק, עד כמה מסורבלת, מייאשת ומתישה היא הבירוקרטיה המפעילה את "משטר ההיתרים"... בתור בעל זיקה קניינית לאדמות חקלאיות במרחב התפר, מר זיד זכאי להיתר חקלאי, בתוקף לשנתיים (סעיפים 2 ו-4 לפרק "היתרים לצרכים חקלאיים במרחב התפר" בקפ"ק מרחב התפר 2017).

על בסיס זיקתו הקניינית לאדמה שבמרחב התפר, קיבל מר זיד היתרים לכניסה למרחב התפר לצרכי חקלאות. כאמור, ההיתר האחרון שהיה ברשותו ניתן לו לתקופה של שנתיים והוא פג תוקף ביום 28.6.2018. מאז הוא הגיש כמה בקשות לחידוש.

במכתבכם מיום 15.1.2019 הודעתם לנו כי "בקשתו סורבה בשל היעדר צורך חקלאי. מדובר בחלקה מזערית". לאור זאת ובעקבות פניותינו נערך ביום 30.1.2019 למר זיד בירור רמת"ק, וביום 11.3.2019 הוא הופיע בפני וועדת הערר לענייני מרחב התפר.

ביום 27.3.2019 קבלנו את החלטת יו"ר וועדת הערר מיום 20.3.2019 לפיה בקשתו מסורבת בנימוק ש"לא נראה כי קיים צורך במתן היתר חקלאי יום יומי למשך שנתיים עבור עיבוד החלקה".

משום שלמר זיד חלקת נוספת אשר בבעלותו אותה הוא קנה מאשתו, הוא הגיש בקשה חדשה לקבלת היתר "חקלאי" במרחב התפר. לבקשה זו הוא צירף מסמכים עבור שתי החלקות שבבעלותו...

ביום 29.4.2019 קבלנו הודעה ממת"ק ג'נין: "הנ"ל צריך לרשום את אדמתו בטאבו". על פי נהליכם כמי שיש לו זיקה קניינית לאדמות חקלאיות במרחב התפר, מר זיד זכאי להיתר מסוג "חקלאי", בתוקף לשנתיים (סעיפים 2 ו-4 לפרק "היתרים לצרכים חקלאיים במרחב התפר" בקפ"ק מרחב התפר 2017).

ההתנאה של הגישה של אדם לאדמותיו בעדכון או בשינוי של הרישום במסמכיו, הינה משוללת יסוד בדין ומנוגדת לפסיקה, ופגיעתה בזכויות היסוד של בעל האדמה אינה מידתית.

נציין כי במסגרת עתירה לבג"ץ (6415/18) כנגד סירוב המנהל האזרחי לתת לבעלי אדמות היתרי כניסה אל מרחב התפר בשל העובדה שלא פעלו לשינוי הרישום של זכויותיהם על האדמות בטאבו, קיבלנו ביום 23.1.2019 את הודעה כי "המשיבים עדכנו את פרקליטות המדינה כי לצורך בחינת מדיניותם ביחס לסוגיות הקשורות לעתירה, בכוונתם לקיים ישיבה בהשתתפות כלל הגורמים הרלוונטיים".

העתק הבקשה לבירור רמת"ק מיום 16.5.2019 מצורף ומסומן ע/28.

48. ביום 26.5.2019 התקבלה הודעתו של מש"ק תפר במת"ק ג'נין, על פיה העותר מוזמן לבירור רמת"ק שנקבע ליום 28.5.2019.

העתק ההודעה מיום 26.5.2019 מצורף ומסומן ע/29.

49. ביום 27.5.2019 התקבל מכתבו של קצין פניות הציבור במינהל האזרחי, על פיו "התושב זומן לבירור רמת"ק".

העתק מכתבו של קצין פניות הציבור במינהל האזרחי מיום 27.5.2019 מצורף ומסומן ע/30.

50. מהעותר נמסר כי בירור הרמת"ק ארך כעשר דקות ונכחו בו הרמת"ק, מר סלים סעד, קצין נוסף ורשם הפרוטוקול. בתחילת בירור הרמת"ק נאמר לעותר שיש נגדו מניעת שב"כ. לא נמסרה לעותר הסיבה למניעת השב"כ. לאחר מכן, החיילים ערכו חישוב של חלוקת האדמה של העותר, והודיעו לו שגודל החלק שלו באדמה 226 מ"ר. הם הורו לעותר לרשום את האדמה שלו על שמו בטאבו. העותר ציין שהוא קנה גם את החלק שלו אשתו באדמה, ואמר להם שגודל החלק שלה (על פי החישובים של הצבא) כ-160 מ"ר. הוא ציין שהרכישה נעשתה דרך עו"ד. הרמת"ק לקח מהעותר את מסמכי האדמות ונתן לו טופס סיכום של בירור הרמת"ק. החיילים סירבו לתת לעותר היתר ואמרו לו שהוא יוכל להגיש בקשה

להיתר רק לאחר שירשום את החלקה שלו על שמו בטאבו, ואז יינתן לו היתר "לצרכים אישיים" לשלושה חודשים בלבד.

51. בטופס הסיכום של בירור הרמת"ק נכתב כך :

הני"ל סורב על חלקה מזערית 263 מטר הוא טוען כי קנה אדמה חדשה של 180 מטר מבחורה בשם ____ ת"ז ____ בנוסף הוא טוען כי פתח עסקת טאבו במשרדי הטאבו במנהל ע"י עורך דין אך אין לו ניירת [לא ברור, ת.מ.] זאת. סיכמתי כי הוא יקבל צרכים אישיים שלושה חודשים בכפוף לאבחון שב"כ. הסברתי להני"ל כי ____ לא תוכל [לא ברור, ת.מ.] אדמה מכיוון שאין לה אדמה בשמה טאבו לכן הוא וגם היא צריכים לפתוח עסקה בטאבו במהלך 3 החודשים הני"ל אחרת ההיתר לא יחודש.

העתק טופס הסיכום של בירור הרמת"ק מיום 28.5.2019 מצורף ומסומן ע/31.

52. מטבע הדברים, גב' ____ זיד אינה יכולה לרשום את האדמות בטאבו על שמה, לאחר שהיא מכרה את חלקה ואינה עוד בעלת האדמה.

53. המוקד להגנת הפרט הגיש ערר על החלטת הרמת"ק ביום 30.5.2019. כך נכתב בערר :

עלי פי נהליכם, כבעל זיקה קניינית לאדמות חקלאיות במרחב התפר, מר ____ זיד להיתר מסוג "חקלאי", בתוקף לשנתיים (סעיפים 2 ו-4 לפרק "היתרים לצרכים חקלאיים במרחב התפר" בקפ"ק מרחב התפר 2017). ההתנאה של הגישה של אדם לאדמות שהוא ירש, ושהוא מעבד עוד מהתקופה שקדמה להקמת גדר ההפרדה, בעדכון או בשינוי של הרישום במסמכיו, והתניית מתן ההיתר בפעולה של אדם אחר ("המוכרת") לשינוי הרישום של מסמכי האדמה, הינן מנוגדות לנהליכם כפי שפורסמו ב"קפ"ק מרחב התפר 2017" והן גם משוללות יסוד בדין ומנוגדות לפסיקה, ופגיעתה בזכויות היסוד של בעל האדמה אינה מידתית. כמו כן, אני מבקשים לציין כי ביום 6.9.2018 הוגשה עתירה לבג"ץ מטעם המוקד להגנת הפרט (6415/18) ובה ביקשנו כי המשיבים יסבירו "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 שלהם על האדמות בטאבו". ביום 22.11.2018 קבלנו הודעה מטעם המשיבים ובה נמסר העדכון "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 הערר מיום 30.5.2019 מצורף ומסומן ע/32.

54. ביום 2.6.2019 התקבלה הודעתו של מש"ק תפר במת"ק ג'נין, בה נכתב כך :

בהתאם להחלטת בירור הרמת"ק ולאחר איבחון של גורמי הביטחון את התושבים. ____ זיד... אושר ע"י גורמי הביטחון הרלוונטים, היתרו נופק ויועבר בהמשך היום לידי הקש"פ.

העתק ההודעה של מש"ק תפר במת"ק ג'נין מיום 2.6.2019 מצורף ומסומן ע/33.

55. אולם, העותר לא קיבל את ההיתר האמור. ביום 10.6.2019 נמסר מהקישור הפלסטיני שלא התקבל היתר עבור העותר.

56. ביום 12.6.2019 התקבל מכתבו של קצין פניות הציבור במינהל האזרחי, על פיו העותר, ושני אנשים נוספים המיוצגים על ידי המוקד להגנת הפרט, מוזמנים לדיון בוועדת הערר, שנקבע ליום 19.6.2019. שלושת המוזמנים הם בעלי אדמות במרחב התפר, שקיבלו את אדמותיהם בירושה, ושקיבלו בעבר היתרים לאדמותיהם על בסיס נסחי הטאבו וצווי הירושה שם הגישו, אך בקשותיהם לחידוש ההיתרים שלהם נדחו, בטענה שעליהם לרשום את האדמות על שמם בטאבו.

העתק מכתבו של קצין פניות הציבור במינהל האזרחי מיום 12.6.2019 מצורף ומסומן ע/34.

57. כאמור, בפעם הקודמת שבה העותר הוזמן לדיון בוועדת הערר, **בחודש מרץ 2019**, הוזמנו לאותו היום בסך הכל שישה ממרשיו של המוקד להגנת הפרט, וביניהם חמישה שהגישו בקשות להיתרים שנדחו. כל החלטות הסירוב נומקו אז בטענה שהחלקות של המבקשים "מזעריות".

58. **בחודש אפריל 2019** התקיים יום דיונים בוועדת הערר שאליו הוזמנו שמונה ממרשיו של המוקד להגנת הפרט, ואדם אחד נוסף שאינו מיוצג על ידי המוקד להגנת הפרט. גם באותו יום דיונים, כל החלטות הסירוב לבקשות של מרשיו של המוקד להגנת הפרט התבססו על הטענה שהחלקה "מזערית". המשיב לא מסר החלטות בעררים במועד, ולאחר פנייה של המוקד להגנת הפרט, ביום 7.5.2019 התקבלו במוקד להגנת הפרט החלטות של יו"ר ועדת הערר, נושאות תאריך 2.5.2018, בהן נכתב כך:

כידוע בהתאם להוראות קפ"ק מרחב התפר, ככלל, במקרה של חלקה אשר גודלה פחות מ-330 מ"ר אין אפשרות לקיום חקלאות בת קיימא והדבר אינו מצדיק מתן היתר חקלאי.

עמדתו הסדורה של המנהל האזרחי בסוגיה העקרונית של הצדקת מתן היתר חקלאי בחלקות מזעריות פורטה לאחרונה בתגובה המקדמית בבג"צ 6896/18 **טעמה ואח' נ' המפקד הצבאי ואח'**. הדיון בתיק האמור צפוי להתקיים ביום 15.05.2019. בנסיבות אלו, לאור הדיון הקרוב, ומשיקולי יעילות הדיון, מצאתי לנכון בעת הזו להשהות את מתן ההחלטה ולהמתין להכרעת ביהמ"ש בסוגיה העקרונית... באפשרות התושב להגיש בקשה לקבלת היתר לצרכים אישיים בהתאם לצורך שלו בכניסה למרחב התפר.

העתק אחת מההחלטות שהתקבלו ביום 7.5.2019 מצורף ומסומן **ע/35**.

59. **בחודש מאי 2019** נקבע יום דיונים בוועדת הערר שאליו הוזמנו חמישה ממרשיו של המוקד להגנת הפרט. גם במועד זה, כל הסירובים שהוזכרו בזימון לוועדת הערר התבססו על הטענה של "חלקה מזערית".

60. והנה, **בחודש יוני 2019**, זמן קצר לאחר הדיון בבג"צ טעמה, שבמהלכו בית המשפט מתח ביקורת על עילת הסירוב הנוגעת לגודל הנטען של האדמות, כל החלטות הסירוב שנדונו בוועדת הערר התבססו על עילת סירוב אחרת, לפיה על בעל האדמות לרשום את האדמות על שמו בטאבו. שניים משלושת בעלי האדמות שהוזמנו לדיונים באותו היום, וביניהם העותר, קיבלו חודשים ספורים לפני כן החלטות על דחיית בקשותיהם בטענה שהחלקות שלהם מזעריות, ולא שהחלקות אינן רשומות על שמם.

61. קשה שלא להסיק ממהלך הדברים כי בעקבות הביקורת של בית המשפט הנכבד על עילת הסירוב הקודמת של המשיב, בה הוא עשה שימוש נרחב ביותר לצורך דחיית בקשות, המשיב בחר בעילת סירוב חדשה שתמלא את מקומה. זאת במקום לחדול ממדיניות הסירוב שלו ולאפשר את המשך הגישה של בעלי האדמות לאדמותיהם, כפי שמתחייב על פי הפסיקה.

62. על כל פנים, הדיון בערר של העותר התקיים ביום 19.6.2019. בפרוטוקול הדיון נכתב כך:

יו"ר הוועדה: התכנסנו כאן לוועדת ערר בעניינו של העורר.

יו"ר הוועדה מציג את הנוכחים בוועדה.

ב.כ. העורר: העורר סורב להיתר חקלאי אחרי שקיבל היתרים כאלה במשך כ-3 שנים. העורר רכש את חלקתה של קרובת משפחה (בת דוד מצד האבא) בשטח של 160 מ"ר, וכך השטח הכולל שבבעלותו עומד כיום על כ-366 מ"ר. בצד הטענות כי היתר לחקלאי אמור להיות מונפק לתושב שיש לו זיקה קניינית לקרקע ותכליתו לשמר את הזיקה

לאדמה, יש להמשיך ולהנפיק לעורר היתר חקלאי כאמור ולא להנפיק היתרי תעסוקה חקלאית (ולצרכים אישיים במקרה זה) כפי שנעשה בפעם האחרונה.
יו"ר הוועדה: הוא קיבלת בוועדה אצל הרמת"ק היתר לצרכים אישיים?
העורר: הבנתי שהונפק עבורי היתר לצרכים אישיים לתקופה של 3 חודשים וההיתר עדיין נמצא במת"ק.

יו"ר הוועדה: התבקשת להביא את מסמכי הרכש ע"י המת"ק. האם יש לו אסמכתאות לבעלות הקרקע ורכישת הקרקע הנוספת? האם שהוא הגיש את הבקשה למת"ק הוצגו המסמכים המתאימים.

ב.כ. העורר: מבירור הרמת"ק עולה שהסיבה לדחיית הבקשה להיתר הינה השטח של החלקה 262 מ"ר, והעורר מתבקש להגיש בקשה נקודתית לקבל באדמה המזערית. לבקשת יו"ר הוועדה עכשיו אנחנו מגישים את המסמכים המעידים על רכישת חלקה של בת הדוד כפי שפורט לעיל, דהיינו מדובר בתוספת של כ-160 מטר לשטח החלקה של העורר. (המסמכים נמסרו במעמד הוועדה לידי נציג היועמ"ש).

יו"ר הוועדה: האם העסקה שבוצעה נרשמה במרשם המקרקעין במנהל האזרחי?
העורר: לא.

יו"ר הוועדה: האם בכוונתו לבצע זאת?

העורר: אני לא מכיר תהליכים של המנהל האזרחי. מה שידוע לי שזה רשום בטאבו.

יו"ר הוועדה: לאן הוא נכנס בשעות הבוקר בימים האחרונים?

העורר: לברטעה.

נציג היועמ"ש: למה לא רשמו את העסקה הזו בטאבו של המנהל האזרחי?

ב.כ. העורר: כפי שענה העורר למעלה, הוא לא מכיר את ההליכים של רישום במנהל האזרחי, הדבר לא נהוג.

יו"ר הוועדה: הוא רכש את הקרקע מבת הדוד שלו, האם יש בעלים משותפים לקרקע?
העורר: כן, יש בעלים משותפים והם מופיעים בנסח.

יו"ר הוועדה: האם הוא רכש את כל חלקתה של הבת דוד או רק 160 מטר מחלקתה?

העורר: אני רכשתי את כל החלק שלה ולפי החישובים שנעשו מדובר בשטח של 160 מטר.

יו"ר הוועדה: הוועדה הסתיימה. תשובה תינתן בתוך שבועיים.

העתק הפרוטוקול של הדיון בוועדת הערר מיום 19.6.2019 מצורף ומסומן ע/36.

63. ביום 1.7.2019 ניתנה החלטה של יו"ר ועדת הערר, בה נכתב כך:

עניינו של ערר זה בבקשת העורר... כי תותר כניסתו למרחב התפר לצורך חקלאי... במסגרת דיון הוועדה טען העורר כי לצורך הוכחת זיקתו לקרקע, אשר הינה קרקע מוסדרת, אין צורך בהצגת נסח טאבו על שמו ודי בהצגת נסח הטאבו של אביו בצירוף צו ירושה. עוד העלה העותר טענה כי דרישה זו להסדרת הרישום של הקרקע הינה דרישה חדשה אינה עולה בקנה אחד עם קפ"ק מרחב התפר.

בפתח הדברים 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).

זאת ועוד כי הצורך להציג נסח טאבו כהוכחה לזיקת המבקש לקרקע מעוגנת היטב בקפ"ק מרחב התפר – 2017 (להלן: "הקפ"ק"), המפורסם באתר מתפ"ש. לעניין זה נפנה לפרק ג' בקפ"ק בסעיף 12(ג)1 לפיו **במידה והקרקע מוסדרת יש לצרף עותק נסח טאבו.**

יודגש כי דרך המלך להוכחת זיקה קניינית למקרקעין מוסדרים הינה באמצעות הצגת נסח טאבו על שמו של הטוען לזיקה זו.

לפיכך, סברתי כי החלטת המת"ק בעניינו של העותר אשר מצא לנכון להנפיק לו היתרים לצרכים אישיים שיאפשרו את כניסתו למרחב התפר עד להסדרת רישום הירושה בטאבו כנדרש, היא החלטה סבירה ואין מקום להתערב בה.

לפנים משורת הדין ועל מנת לאפשר לעורר להשלים את רישום המקרקעין על שמו בלשכת רישום המקרקעין, מצאתי לנכון לאפשר לו בעת הזה היתר ל-3 חודשים בכפוף לאבחון ביטחוני, וככל שיהיה צורך בהיתרים נוספים, באפשרות העורר לפנות למת"ק והחלטה בעניינו תהיה בכפוף להשלמת הליך הרישום בטאבו.

הנני מורה למזכיר הוועדה להפנות את עניינו של העורר לאבחון בטחוני.

העתק החלטתו של יו"ר ועדת הערר מיום 1.7.2019 מצורף ומסומן ע/37.

64. אולם, כפי שעולה מפרוטוקול הדיון בוועדת הערר, ההחלטה אינה משקפת נכונה את שאירע בעניינו של העותר או את הטיעונים שהוא העלה בדיון. הדיון בעניינו של העותר התמקד ברישום עסקת הרכישה שהעותר עשה, ולא בשינוי הרישום של האדמות שהוא ירש. ההחלטה מתייחסת לטיעונים שהועלו בדיונים בעררים אחרים ולא בדיון בערר של העותר, ואכן, אותה ההחלטה התקבלה גם ביתר העררים שנדונו באותו היום.

העתקי ההחלטות האחרות שניתנו באותו היום מצורפים ומסומנים ע/38.

65. אך אילו טענה זו היתה עולה בדיון בעניין העותר, העותרים אכן היו משיבים שאין צורך בהצגת נסח טאבו על שם העותר ודי בהצגת נסח הטאבו הקיים בצירוף צו ירושה. המשיב מכיר את העמדה של עותרת 2 בעניין זה מעתירה אחרת שהוגשה על ידיה בעניין, כפי שיפורט בהמשך. עמדתה של עותרת 2 אינה שלדרישה הזו אין זכר בבג"ץ משטר ההיתרים או בנהלי המשיב, אלא שהדרישה מנוגדת לדין ואינה הכרחית, והמשיב עצמו לא עמד עליה לאורך השנים מהקמת גדר ההפרדה ועד לעת האחרונה, כפי שעולה מהעובדה שהעותר עצמו קיבל היתרים לאורך כל השנים ללא השינוי ברישום בטאבו המתבקש כעת.

66. בהחלטה של ועדת הערר לא הובא כל הסבר להחמרת המדיניות של המשיב, כך שהמסמכים שהתקבלו על ידיו לאורך כל השנים כהוכחה מספקת לבעלות על אדמות, כעת אינם מספקים. כל שנטען בהחלטה הוא שהדרישה להגשת נסח טאבו (ולא לשינוי הרישום בטאבו) הוזכרה בתגובה לעתירות משטר ההיתרים ובנהלי המשיב, וש"דרך המלך" להוכחת זיקה קניינית היא רישום האדמות בטאבו על שם הבעלים. אולם, כידוע, כאשר מדובר בפגיעה בזכויות היסוד של תושבים מוגנים, השאלה אינה מהי דרך המלך, אלא האם האמצעי שנבחר להשגת התכלית הוא האמצעי שפגיעתו פחותה. בענייננו, התשובה היא כמובן שלא. אין כל הכרח לדחות בקשות של בעלי אדמות להיתרי כניסה לאדמותיהם בשל העובדה שבעלותם על אדמותיהם, שהוכחה בנסח טאבו וצו ירושה, לא נרשמה בטאבו, לצורך השגת התכלית של סגירת מרחב התפר – תכלית ביטחונית, על פי טענת המשיב.

67. ביום 7.7.2019 התקבל מכתבו של קצין פניות הציבור במינהל האזרחי, על פיו "התושב זומן לוועדת ערר בתאריך 19.06.19".

העתק מכתבו של קצין פניות הציבור במינהל האזרחי מיום 7.7.2019 מצורף ומסומן ע/39.

68. ביום 25.7.2019 הוגשה עתירה מינהלית בשם העותר (עת"ם 19-07-62855), ובה התבקש בית המשפט:

- א. לתת לעותר 1 היתר כניסה למרחב התפר, בתוקף לשנתיים, לצורך שימור זיקתו הקניינית לאדמתו שבמרחב התפר;
- ב. 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.

69. ביום 10.12.2019 התקבלה החלטה הקובעת כך:

היות שנטען בעתירה (למשל בסעיף 78) כי עותר 1 זכאי להיתר כניסה חקלאי למרחב התפר גם על פי לשון הקפ"ק ומדיניות המשיב בעבר באשר לפרשנות הוראת קפ"ק, לא מצאתי לסלק את סעד א' לעתירה על הסף בשל העדר סמכות עניינית. את שאלת הסמכות בנוגע לסעד ב' אשאיר להמשך ההליך. מתבקש המשיב לפרט האם קיימת – ואם קיימת, מהי – הבחנה בין המקרה דנן לבין המקרה נשוא בג"ץ 6415/18 לגביו הוגשה על ידו ביום 31.7.19 הודעה לבית המשפט העליון שלפיה "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" (הציטוט מתוך פסק הדין בהליך הנזכר מיום 7.8.19)...

בג"ץ 6415/18 עביד נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית

70. ההליך המוזכר בהחלטה של בית המשפט לעניינים מינהליים מיום 10.12.2019, בג"ץ 6415/18 עביד נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית (להלן: **בג"ץ עביד**), עוסק גם הוא בשינוי המדיניות של המשיב, כך שלא ניתנים עוד היתרי חקלאי ליורשי אדמות במרחב התפר על בסיס נסחי טאבו בצירוף צווי ירושה, המוכיחים את ההעברה של הבעלות על האדמות לידי המבקש, כפי שהיה לאורך כל השנים, וכיום הבקשות המתבססות על אותם המסמכים נדחות, בטענה שמבקש ההיתר חייב לרשום את אדמתו על שמו בטאבו.

71. 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.

72. 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/40**.

73. 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/41**.

74. 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/42**.

75. 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, כין 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/43**.

76. 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/44.

77. 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/45.

78. 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 בידי היתר כניסה למרחב התפר בתוקף לשנתיים, בכפוף להיעדר מניעה ביטחונית.

נראה אפוא כי העתירה במתכונתה הנוכחית, מוצתה. טענותיהם הכלליות של העותרים שמורות להם.

הדיון בעתירה המינהלית של העותרים

79. ביום 3.3.2020 התקיים דיון בעתירה המינהלית שהגישו העותרים, ובארבע עתירות מינהליות נוספות באותו הנושא. בתום הדיון ניתן פסק דין הקובע כי הפרשנות הנכונה של הוראות הנוהל של המשיב היא שנסח הטאבו שצריך להגיש לצורך קבלת היתר חקלאי הוא נסח טאבו שבו רשום שמו של מבקש ההיתר, ואין די בהגשת נסח טאבו על שם המוריש יחד עם צו ירושה לטובת מבקש ההיתר. באשר לטענת העותרים כי הוראות כאלה הן בלתי סבירות ופסולות, בפסק הדין נקבע כי בית המשפט לעניינים מינהליים אינו מוסמך לדון בטענות מסוג זה, וטענות אלה נמחקו מחמת חוסר סמכות.

80. מכאן העתירה.

מדיניותו הכללית של המשיב

רקע נורמטיבי

81. 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).
82. הוראה זהה נקבעה בגרסה הקודמת של נהלי המשיב, בסעיף 12.ג. לפרק "היתרים לצרכים חקלאיים במרחב התפר".
83. 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/46.
84. הוראה זהה נקבעה בקפ"ק מרחב התפר 2017, בסעיף 9.ה. לפרק "היתרים לצרכים מסחריים במרחב התפר".
85. 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.
86. 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.
87. הדרישה להצגת נסח טאבו כתנאי לקבלת היתר הוזכרה, אמנם, בפסק הדין משטר ההיתרים:
- המדינה אף התייחסה לטענת העותרים באשר לקשיים שבהוכחת הבעלות במקרקעין 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).
88. 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 ופרנסתם.

89. 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).

90. 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

91. 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.

92. 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.

93. 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 בצירוף יפוי כוח בלתי חוזר, כשהאדמות נרכשו מהבעלים הרשום, או צו ירושה, כשהן עברו בירושה. 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.

94. העותר עצמו קיבל היתרי כניסה למרחב התפר בעבר פעם אחר פעם ללא השינוי שנדרש כעת ברישום של האדמות. היתר החקלאי האחרון שלו היה תקף עד לחודש יוני 2018.

ההסברים של המשיב למדיניותו

95. המוקד להגנת הפרט פנה לקצין פניות הציבור במינהל האזרחי ביום 6.9.2017 בעניין הדרישה לשינוי הרישום של הבעלות על האדמות.

96. 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/47.

97. המוקד להגנת הפרט השיב לטענות האלה במסגרת בג"ץ עביד. 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.

98. 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.

99. 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

100. 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 העותמאנית 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.

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

כמבואר לעיל הנהיגו חוקי הקרקעות העותמאניים 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 שנייה, תשי"ג), להלן: דוכן).

102. בסעיף 3.ג.2 (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.

103. מעבר לכך, סעיף 54 לחוק הקרקעות העותמאני, 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.

104. 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)).

105. 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.

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

לא יעשה אדם עיסקה 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 לעיסקה, או חלק מהם, או כל אדם מעוניין אחר, ובין ללא בקשה כאמור.

צו בדבר עסקאות במקרקעין מצורף ומסומן ע/48.

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

108. 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.

109. 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/49.

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

111. 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/50.

112. 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.

113. מהאמור לעיל עולה, אם כן, כי זכות הבעלות של היורשים של קרקעות מירי אינה מותנית ברישום בטאבו.

114. 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

115. 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.

116. 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. ויוזכר כי גם צווי ירושה הנוגעים למקרקעין שאינם מוסדרים מנוסחים ללא ציון פרטי הנכסים של המוריש, ובצווים אלו המשיב מכיר.

117. 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.

118. 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/52).

119. 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

120. 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).

121. 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.

122. 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.

123. כאמור, במשך שנים רבות, ועד לעת 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.

124. 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.

125. 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 הבירוקרטי הכרוך בבקשה להיתר עצמה.

126. 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.

127. 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.

128. 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.

129. הטענות האמורות הועלו במסגרת בג"ץ עבד. 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 מיידית לעניינם של העותרים".

130. 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

131. בתגובה לעתירה המינהלית שהגישו העותרים 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.

העתק התגובה המקדמית, ללא נספחיה, מצורף ומסומן ע/51.

132. במהלך הדיון בעתירה 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.

133. 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

134. 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).

135. 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.

136. 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.

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

138. 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/52;

דף האינטרנט של שירות התשלומים הממשלתי מצורף ומסומן ע/53;

תקנות בדבר אגרות רישום מקרקעין [נוסח משולב] מצורפות ומסומנות ע/54.

139. לחקלאים אין צורך או עניין בפרוצדורות שהם נדרשים לבצע, ולשם כך, לשלם מכספם לצבא הישראלי. החקלאים רק מבקשים להגיע לאדמות שבבעלותם. 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 שייערך 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, כפי שעלה בדיון בענייניו של העותר בוועדת הערר (הפרוטוקול צורף כ-ע/36). רובם המכריע של החקלאים המיוצגים על ידי המוקד להגנת הפרט לא נרשמו כבעלי האדמות במקום המורשיש ולא מעוניינים לעשות זאת.

140. 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

141. 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; יפויי כוח בתוקף; צו ירושה מקורי או העתק נוטריוני; ואישור תשלום אגרת פתיחת תיק (ראו ע/52).

142. 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.
143. לא זו בלבד שהמסמכים הנדרשים לצורך רישום הבעלות הם אותם המסמכים שהעותר הגיש למשיב לצורך הוכחת הבעלות שלו על אדמתו, והמשיב סירב לקבלם, מנהלי המשיב עולה כי אותו הגורם אצל המשיב שמטפל בבדיקה של בקשות להיתרי כניסה למרחב התפר מטפל גם ברישום הירושות. בנהלי 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").
144. אם כן, המשיב יכול לעמוד על הבעלות של היורש על אדמתו לצורך אישור בקשתו 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 שהוא מבקש לעבד.
145. 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 כמדיוניות לאורך שנים רבות.
146. 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 שלו לאדמתו. מנגד, הדרישה של המשיב לכך מאלצת את היורש לנהל הליכים נוספים מול הצבא, מעבר להליך הבקשה להיתר וכתנאי מוקדם לכך, ואף מחייבת אותו, בעקיפין וללא סמכות, לשלם אגרות במסגרת אותם הליכים, וזאת אך כדי שיתאפשר לו לגשת לאדמה שממילא שייכת לו ושאינה בשטח ישראל.
147. כאמור, השאלה הרלוונטית אינה אם יש צורך או 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 אם מבקש ההיתר ירש את האדמות, באמצעות הבחינה של נסח הטאבו וצו הירושה, ואם כן, לאשר את בקשתו ולהפסיק למנוע ממנו להגיע לאדמתו. כיוון שקיימת אפשרות להימנע מפגיעה זו בבעלי האדמות שנותקו מאדמותיהם 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

148. בתגובה המקדמית לעתירה המינהלית שהוגשה בשם העותרים, ובמהלך הדיון בה, טען המשיב כי החלקה של העותר "מזערית", וכי לא ניתן לדעת בוודאות מה גודלה של חלקה כזאת אם היורש לא נרשם כבעל החלקה במקום המוריש. טענה זו שגויה ותמוהה.
149. 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).

150. 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.

151. על רקע זה טען המשיב בענייננו כי "העותר הציג מסמכים המבססים זיקה קניינית לחלקה בגודל של כ-260 מ"ר" (סעיף 16 לתגובה המקדמית).

152. מספר זה התקבל על בסיס חלוקה של שטח החלקה, המצוין בנסח הטאבו, בשיעור הבעלות של היורש, המצוין בצו הירושה, ומבלי שהעותר נרשם בטאבו כבעל החלקה. 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.

153. כאמור, המוקד להגנת הפרט הגיש עתירות רבות כנגד מדיניות הסירוב הזאת והחלטות פרטניות שהתקבלו במסגרתה. 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, ביניהן החלטה שהתקבלה בבקשה של העותר.

154. 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 תמנע מאנשים להיכנס לישראל ללא היתר

155. 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**".

156. 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.

157. 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.

158. 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/55.

159. 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

160. 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.

161. בעלי האדמות במרחב התפר נתונים בסכנה של נישול מאדמותיהם בשל העובדה שהאדמות נותרו מעבר לגדר ההפרדה, בצדה ה"ישראלי", ושמשטר 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 האדמות ושל עובדיהם מהאדמות, בשל החלטות הסירוב של המשיב, היא שמביאה להשתלטות על האדמות שלהם, ולא אופן הרישום של הבעלות שלהם על אדמותיהם בטאבו.

162. לא מתנהלים סכסוכים אזרחיים בעניין הבעלות של החקלאים על אדמותיהם, כפי שציין ב"כ המשיב בדיון שהתקיים בעתירה המינהלית של העותרים. הגורם היחיד שאינו מכיר בבעלותם על האדמות הוא המשיב, והסיבה היחידה לחשש להשתלטות על האדמות שלהם היא הסירוב שלו לאפשר להם להגיע אל האדמות שלהם, כאשר לתושבי ישראל גישה חופשית לאותן אדמות.

163. משכך, אין כל הצדקה למדיניות הנוכחית של המשיב, במסגרתה נדחות בקשות של יורשי אדמות להיתרי כניסה לאדמותיהם שבגדה המערבית, בשל העובדה שהם לא נרשמו בטאבו כבעלי האדמות במקום המורשיים.

הטיעון המשפטי

164. להלן יטענו העותרים כי הסירוב של המשיב להנפיק לעותר, ולאנשים אחרים במצבו, היתר חקלאי בתוקף המלא הקבוע בנהליו, בשל העובדה שבעלותו על החלקה שהוא ירש לא נרשמה בטאבו, פוגע באופן בלתי מידתי בזכויות היסוד שלהם לקניין, לחופש העיסוק ולחופש תנועה; משולל יסוד בדיון ומנוגד לפסיקתו של בית המשפט הנכבד בעניין משטר ההיתרים.

מדיניותו החדשה של המשיב על רקע הפסיקה בעניין משטר ההיתרים

הפסיקה המוקדמת בעניין משטר ההיתרים

165. 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.

166. 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 ורכב**. 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** שנותרו ממערב לגדר. כן ציינו המשיבים כי עד כמה שתושבי בודרוס יבקשו לעבד את אדמותיהם שנותרו 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 שנותרות 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 בהסדרי **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 שנותרות 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 שייקבעו 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 הביטחון, 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 "הישראלית" 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 חוואג'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 במונח 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 וולגיה לבין חלק מאדמותיהם החקלאיות הנותרות מעברה ה"ישראלית" 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 וולגיה קשיים בבואם לעבד את אדמותיהם החקלאיות, ובהן גם אדמות נוספות הנמצאות בתוך תחומה המוניציפאלי של ירושלים. עם זאת, יש לציין כי שטחים נוספים אלה עתידיים 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, כד 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"שי" 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.

בכפיות 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)).

167. מדיניותו החדשה של המשיב מעידה על שינוי דראסטי ומצער בתפיסה של המשיב לגבי התפקיד שלו בשימור האפשרות של בעלי האדמות להמשיך להגיע לאדמותיהם ולעבד אותן. לפי הפסיקה, בעבר, המשיב ראה את עצמו כמסומך 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

168. 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 שעידו 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).

169. 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 מציאת 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).

170. 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 הפלסטיניים היא מידתית.

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

172. 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.

173. 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.

174. 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.

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

מידתיות הפגיעה בבעלי האדמות, על רקע פסק דין משטר ההיתרים

176. 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.

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

178. 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.

179. 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.

180. לעניין טענת העותרים כי בפועל, משטר ההיתרים מונע מבעלי אדמות רבים להמשיך לעבד את אדמותיהם, בית המשפט הפנה את הנפגעים להגשת עתירות פרטניות.

181. 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 לאוכלוסייה הפלסטינית", ולכן הפגיעה באוכלוסייה 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.

182. 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.

183. 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.

184. 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.

185. 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 חקלאי לאנשים שהוכחו שהם ירשו אדמות במרחב התפר, בשל העובדה שהם לא שינו את הרישום של האדמות בטאבו בעקבות הירושה, ודאי אינו מקדם את התכלית הזו, ואינו עומד במבחן הקשר הרציונאלי.

186. 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 הפרדה נראה כי בתחילה, משטר ההיתרים התמקד בהסדרת המעברים בגדר הפרדה בלבד.

187. 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.

188. העותר עצמו קיבל היתרי כניסה לאדמתו לאורך שנים על בסיס נסח טאבו וצו ירושה, מבלי לשנות את הרישום בטאבו, וגם בקשתו לחידוש ההיתר שלו לא נדחתה מלכתחילה בטענה שעליו לשנות את הרישום בטאבו אלא בטענה שהחלקה שלו מזערית – טענה ממנה חזר המשיב לאחרונה.

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

190. 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. כל שכן כאשר נעשים מאמצים לאתר עילות חדשות לדחיית בקשות של בעלי אדמות להיתרים לאדמותיהם, לאחר שבית המשפט הנכבד הביע ביקורת על עילת הסירוב הקודמת.

191. לדעתנו, מבחן המידתיות במובן הצר עוסק ביחס בין הפגיעה של המעשה לבין התועלת שלו. בענייננו, מדובר ביחס בין הפגיעה של התנאת הזכות של בעלי האדמות לגשת לאדמותיהם בשינוי הרישום של האדמות בטאבו, לבין התועלת הביטחונית הנובעת, 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 האדמות הנגרמת על ידי דרישה זו לבין התועלת הביטחונית שלה הוא בלתי סביר לחלוטין.

הזכויות הנפגעות

הפגיעה בזכויות לקניין ולחופש העיסוק

192. 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 דויקאת 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**)).

193. 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)).

194. הסירוב של המשיב להכיר בזכויות של אנשים על האדמות שהם ירשו, ולהנפיק להם היתרי חקלאי בתוקף המלא, כדי שהם יוכלו לשמר את זיקתם הקניינית לאדמותיהם ולעבד אותן, פוגע בצורה קשה בזכויות היסוד שלהם לקניין ולחופש העיסוק.

הפגיעה בזכות לחופש תנועה

195. 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.

196. 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 לאדמות שבבעלותם:

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 דיין של הראשונות כדין של האחרונות.

197. הסירוב של המשיב לתת לעותר היתר כניסה למרחב התפר מונע ממנו להגיע לאדמה שבבעלותו הפרטית, בגדה המערבית, ובכך פוגע בצורה קשה ביותר בזכות היסוד שלו לחופש תנועה.

סיכום

198. לעותר יש זכות לקבל היתר חקלאי במרחב התפר, בתוקף המלא, כדי שיוכל לעבד את אדמתו ולשמר את זיקתו אליה. המשיב מסרב לתת לו היתר כזה, בטענה שהוא צריך להירשם בטאבו כבעל האדמה כדי לקבל את ההיתר. כך נעשה בתקופה זו גם בעניינם של יורשי אדמות נוספים, שלפני כן הוכרו כבעלי האדמות שלהם וקיבלו היתרי חקלאי במשך שנים, מבלי שהם נרשמו בטאבו כבעלי האדמות.

199. אי מתן היתרי חקלאי לבעלי האדמות, 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.

200. נוכח כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב לתת לעותר היתר כניסה למרחב התפר בתוקף המלא, לצורך שימור זיקתו הקניינית לאדמתו שבמרחב התפר ולצורך גישתו הסדירה אליה; 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.

201. 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 ייפוי הכוח שאף הוא ניתן בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים במפגש בין העותר לבין באי כוחו.

14 במאי 2020.

[ת.ש. 105911]

תהילה מאיר, עו"ד
ב"כ העותרים