

1. יאסין יונס מוחמד מרעאבה, ראש מועצת הכפר ראס
א-טירה ת.ז.י. -----
2. עאדל עבד אלרחמאן דאוד עודה, ראש מועצת הכפר
ואדי א-ראשה ת.ז.י. -----
3. עומר מוחמד עבדאללה עודה, חבר מועצת הכפר
מעארת א-דבעה ת.ז.י. -----
4. חסן ח'ליל צביח שעור, ראש מועצת הכפר ערב א-
רמאדין ת.ז.י. -----
5. סאלם מוחמד סאלם אבו פארדה, ראש מועצת הכפר
אבו-פרדה ת.ז.י. -----

6. האגודה לזכויות האזרח בישראל

באמצעות עו"ד מיכאל ספרד מטעם האגודה לזכויות
האזרח בישראל; כתובת למשלוח כתבי בי-דין: שד'
רוטשילד 31, תל-אביב 66883; טל: 03-5607345, פקס:
03-5607346

-- נ ג ד --

1. ממשלת ישראל
2. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון
באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, משרד
המשפטים, רח' סלאח א-דין, ירושלים
3. המועצה המקומית אלפי מנשה
ע"י ב"כ עו"ד ברוך חייקין ואח', מבית אמות משפט,
קומה 15, שד' שאול המלך 8, תל-אביב 64733, טל': 03-
609110, פקס: 03-6951533

עתירה לצו על תנאי ולצו ביניים

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם, באם יחפצו, מדוע לא:

1. יבטלו את צו התפיסה 40/02ת (תיקון גבולות מספר 2) שנחתם על-ידי המשיב מס' 2 ביום 29.5.2006 (להלן: "צו התפיסה") וזאת על-פי הסמכתו בהחלטת המשיב מס' 1 מיום 30.4.2006 ;

2. ינקטו בכל הפעולות הנדרשות למימושו המייד של הצו המוחלט שניתן בבג"צ 7957/04 מרעאבה ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', תקדין עליון 2005 (3) 3333 ויבחרו בחלופה אשר תבטיח כי כל כפרי העותרים יוצאו אל "הצד הפלסטיני" של גדר ההפרדה מבלי לכלוא תושבים פלסטינים או אדמות מעובדות בתוך תחומי הגדר.

כמו-כן, זוהי עתירה לצו ביניים לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב ולכל אדם או גוף מטעמו שלא לנקוט בשום פעולה שמטרתה יישום צו התפיסה לרבות תפיסה בפועל, בניה, סליחה, עקירה וכד'. הנימוקים לצו הביניים מופיעים בסוף כתב העתירה

* מפה המתארת את התוואי הקיים והחדש של מובלעת אלפי מנשה מצ"ב ומסומנת נספח א'.

* צו התפיסה נשוא עתירה זו מצ"ב ומסומן נספח ב'.

בקשה לקביעת דיון דחוף

עניינה של עתירה זו בתוואי גדר ההפרדה במובלעת ההתנחלות אלפי מנשה. המדובר בעתירתם השנייה של חמישה כפרים פלסטינים אשר נכלאו במובלעת ואשר בעתירתם הראשונה קבע בית משפט נכבד זה כי תוואי הגדר אינו חוקי ויש לשנותו (בג"צ 7957/04 מרעאבה ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', תקדין עליון 2005 (3) 333).

לרשויות האמונות על תכנון התוואי לקח שנה ושלושה חודשים (!) להחליט על תוואי חלופי והוא התוואי נשוא עתירה זו. כפי שיטען להלן התוואי החדש אינו מרפא הפגמים עליהם עמדו העותרים בעתירתם הראשונה ויוצרת פגיעה קשה בתחומים רבים.

לאור הזמן הרב שחלף מאז סגרה הגדר על העותרים ובשים לב לתקופה הארוכה שחלפה מאז נקבע כי גדר זו אינה חוקית, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למזכירות לקבוע תיק זה לשמיעה מהירה עד כמה שניתן. החיים במובלעת הם קשים כפי שתואר בעתירה הראשונה ובפסק-הדין שניתן בה, ועל-כן יש מקום לזרז את הליכי ההכרעה בשאלת השינויים שיש לבצע בתוואי שסובב אותה.

תוכן העניינים

5.....	א. פתח דבר.....
6.....	ב. רקע עובדתי.....
6.....	I. העותרים והמשיבים.....
7.....	II. הקמת הגדר המקורית ופסילתה.....
7.....	(א) הגדר המקורית.....
8.....	(ב) העתירה הראשונה.....
8.....	(ג) פסק-הדין בעתירה הראשונה.....
9.....	(ד) ההליכים לקביעת התוואי החדש.....
12.....	III. צו התפיסה וההשגה עליו.....
13.....	IV. הפגיעה בעותרים ובתושבי כפריהם.....
13.....	(א) פגיעות משותפות לכפרים.....
15.....	(ב) שני הכפרים שבצפון המובלעת - ערב א-ראמדין ואבו-פארדה:.....
19.....	(ג) עניינים נוספים.....
20.....	ג. הטיעון המשפטי.....
20.....	I. הטיעון בקצרה.....
21.....	II. סיפוח דה פקטו.....
21.....	(א) מהות הטענה.....
	(ב) תוואי הגדר מהווה סיפוח דה-פקטו של קרקעות לתוך תחום השליטה של מדינת ישראל - טענת העותרים בעתירה הראשונה.....
24.....	(ג) היעדר החלטה בטענת הסיפוח דה-פקטו בפסק הדין בעתירה הראשונה.....
27.....	(ד) יצירת סיפוח דה-פקטו במובלעת אלפי מנשה החדשה - מהכלל אל הפרט.....
28.....	III. היעדרו של צורך צבאי.....
28.....	(א) מהות הטענה.....
30.....	(ב) מן הכלל אל הפרט.....
32.....	IV. פגיעה בלתי מידתית בזכויות יסוד.....
32.....	(א) מהות הטענה.....
33.....	(ב) הכפרים בצפון המובלעת.....
33.....	(ג) הכפרים בדרום המובלעת.....
35.....	(ד) איסור פגיעה בזכויות – תחולת משפט זכויות האדם הבינלאומי.....
37.....	V. אי-יישום פסק-הדין בבג"צ 7957/04 (העתירה הראשונה).....
38.....	ד. סוף דבר.....

א. פתח זכר

1. עתירה זו היא עתירתם השנייה של חמשת כפרי מובלעת אלפי מנשה (להלן: "המובלעת") ועניינה התוואי החלופי אשר אושר על-ידי המשיבים לאחר שבית המשפט הנכבד פסל את התוואי הקודם, הוא התוואי הקיים (בג"צ 7957/04 מרעאבה ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', תקדין-עליון 2005 (3) 3333, להלן: "העתירה הראשונה").
2. לצערנו, עבודת המטה שבוצעה בעקבות פסק-הדין ושנמשכה זמן רב הניבה תוואי דומה מאוד לתוואי הקודם שנפסל, תוואי פוגעני ביותר אשר ממשיך לכלוא שניים מכפרי המובלעת ב"צד הישראלי" של הגדר ולנתק את הכפרים מחלקים נרחבים של אדמותיהם. כמו-כן התוואי החדש משרת מטרות שהוכרוזו על-ידי בית משפט נכבד זה כבלתי לגיטימיות באשר הן אינן ביטחוניות.
3. עמדת העותרים תהיה, לפיכך, כי צו התפיסה אינו חוקי בשל ארבעה טעמים עצמאיים:
 - א. התוואי החדש ייצור סיפוח דה-פקטו של שטח כבוש, דבר האסור על-פי עקרונות המשפט ההומניטרי הבינלאומי;
 - ב. המדובר, לפחות בחלקים נרחבים של התוואי, בתפיסת אדמה שלא בשל צורך צבאי;
 - ג. התוואי עליו הוחלט מפר את עקרון המידתיות כפי שזה פורש בפסיקת בית המשפט הנכבד;
 - ד. התוואי אינו מהווה יישום של הצו המוחלט שהוציא בית המשפט הנכבד בעתירה הראשונה (בג"ץ 7957/04 המוזכר לעיל).
4. מאבקם של כפרי המובלעת הוא ארוך ומתיש. לפני למעלה מארבע שנים הוצאו צווי התפיסה הראשונים וכלי משחית שעלו על הקרקע השלימו לפני שלוש וחצי שנים הקפת 1200 תושביהם בגדר שפגעה בכל היבט של חייהם. לאחר מאבק משפטי ארוך החליט הרכב מורחב של שופטי בית המשפט הנכבד, **בפסק-דין שפורסם לפני שנה ושלושה חודשים**, כי הגדר אינה עומדת בדרישות המידתיות והורה לפרקה. לקח למערכת הביטחון שמונה חודשים לבחור תוואי חדש (ומאז הועמד התוואי להליכי השגה) והנה מתברר עתה כי מדובר בתוואי פוגעני, פולשני והרסני אשר לא ירפא חלק נכבד מהפגמים עליהם הצביע בית המשפט הנכבד ולגבי שניים מהכפרים – לא ירפא אף פגם ואף ירע את מצבם.

5. יאמר כבר עתה כי לגבי אותם שני כפרים שלא הוצאו מהמובלעת (ערב א-רמאדין ואבו-פארדה), הפתרון שמגבשת מערכת הביטחון, ללא בושה, הוא פתרון של העברת אוכלוסייה והגם שזו מוצגת כהעברה שתיעשה "מרצון" וב"הסכמה" בפועל מדובר בהפעלת לחץ על אותם כפרים חלשים ויישום מה שהזהרנו כבר בעתירה הראשונה - טרנספר בלתי מוסרי ובלתי חוקי של אזרחים מוגנים מאדמתם.
6. העתירה, אם-כן עוסקת בחייהם של למעלה מ-1200 אזרחים פלסטינים ובסירוב של מערכת הביטחון ליישם את פסיקת בג"צ ככתבה וברוחה.
7. בית המשפט הנכבד מתבקש אם-כן, להיחלץ בשנית לעזרתם של כפרי מובלעת אלפי מנשה ולסייע להם מקום שאף רשות שלטונית ישראלית אינה מעוניינת לעשות כן.

ג. רקע עובדתי

I. העותרים והמשיבים

8. העותרים 1-2 ו-4-5 הם ראשי מועצות הכפרים הפלסטינים ראס א-טירה, ואדי א-ראשה, ערב א-רמאדין ואבו-פארדה, המצויים היום כולם בתוך המובלעת. העותר מס' 3 הוא חבר מועצת הכפר מעארת א-דבעה המצוי אף הוא בתוך המובלעת.
9. העותרת מס' 6 הינה האגודה לזכויות האזרח בישראל, עמותה הפועלת להגנה על זכויות האדם בישראל ובשטחים הכבושים.
10. המשיבה מס' 1 הינה ממשלת ישראל אשר באפריל 2006 החליטה על התואי החדש למובלעת והסמיכה את המשיב מס' 2 לקבוע את פרטי הקמתו.
11. המשיב מס' 2 הינו המפקד הצבאי בגדה המערבית, האחראי הן על הביטחון והן על מרקם החיים האזרחיים בשטחים הכבושים. משיב זה גם אחראי להוצאת ההכרזה על שטח צבאי סגור ועל הוצאת הצווים שמכוחה של ההכרזה ואשר מחייבים פלסטינים בלבד לבקש ולקבל היתר אם ברצונם להיכנס למובלעת או לשהות בה.
12. המשיבה מס' 3 הינה המועצה המקומית אלפי-מנשה אשר עבורה ולמענה הוקמה גדר ההפרדה ונוצרה המובלעת.

II. הקמת הגדר המקורית ופסילתה

(א) הגדר המקורית

13. להלן פירוט ההליכים להקמת גדר ההפרדה סביב ההתנחלות אלפי מנשה, כפי שהוצגו בעתירה הראשונה.
14. מלכתחילה דרשו תושבי אלפי מנשה כי יישאר ממערב לגדר, ברצף טריטוריאלי אחד עם ישראל. הדבר כמובן מנוגד לרעיון ה"הפרדה" המונח ביסודו של פרויקט הגדר, אלא אם כן התוואי יכלול את אלפי מנשה מבלי לכלול כפרים פלסטינים.
15. על-כן, תוואי הגדר בשלב א', כפי שאושר על-ידי הקבינט באוגוסט 2002, יצר מובלעת עבור אלפי מנשה המנותקת מהעיר קלקיליה והעיירות חבלה וראס עטייה שהוקפו מכל עבריהן בגדר וחומה.
16. על-פי תכנית זו שהוצעה על-ידי מערכת הבטחון ואושרה על-ידי הקבינט, כפרי העותרים נותרים ממזרח לגדר ברצף טריטוריאלי אחד עם שאר חלקי הגדה המערבית שמזרחה להם (אף שגם לפי תכנית מקורית זו על תושבי כפרים אלה לבצע עיקוף גדול של אלפי מנשה כדי להגיע לישובים האחרים בגדה, ובעיקר לקלקיליה, עיר המחוז שלהם). אלא שעל-פי התכנית גם כביש מס' 55 המחבר את אלפי מנשה עם ישראל, נותר ממזרח לגדר ועל-כן החליטה מערכת הביטחון על סלילת כביש חדש שיחבר את אלפי מנשה עם ישראל דרך היישוב מתן שבתוך הקו הירוק.
17. תושבי היישוב מתן התנגדו להעברת כביש מאלפי מנשה לישראל דרכם. לטענתם כביש כזה היה עלול לפגוע באופן משמעותי ברמת החיים שלהם ועל-כן הם הקימו מטה מאבק אשר פעל נמרצות כנגד יישום התכנית תחת הסיסמא "נלחמים על הבית". תושבי מתן התריעו מפני עומסי תנועה כבדים ביישובם ומהפגיעה ה"מהותית" באיכות חייהם. הם ארגנו הפגנות וסיוורים עם פוליטיקאים ואנשי צבא והפעילו לחץ שבסופו של יום נשא פרי.
18. ואכן, תוואי הגדר באיזור אלפי מנשה שונה על מנת לאפשר המשך תנועה של תושבי ההתנחלות בכביש מס' 55 ובוטל רעיון הכביש החלופי שתוכנן לעבור דרך מתן. השינוי ניתק את קלקיליה מחבלה ומראס עטייה (שהפכו לשני איים מוקפים גדר מכל עבריהם) ויצר ביניהם לשון ארוכה היוצאת מישראל לאורך כביש מס' 55 ומקיפה את אלפי מנשה וחמשת הכפרים של העותרים ושל שכניהם באופן שהם נותרים כולם בצד המערבי של הגדר.
19. יצויין כי המובלעת כללה שתי שכונות **עתידיות** שבעת קביעת התוואי והקמתו לא היו קיימות: שכונת "אילנית" בדרום מערב המובלעת אשר הינה בגדר תכנית "רעיונית" שכלל לא עברה הליכי אישור, ושכונת "גבעת טל" (תכנית 115/8) בפינה הדרום-מזרחית של המובלעת אשר למיטב ידיעת העותרים אושרה בשנת 1998, וכללה כ-1400 יחידות

ד"ר. יצויין כי עד היום החלה בנייתם של 288 יחידות דיור בלבד (שטרם הושלמו) שהוא שלב א' של התכנית, ואילו בשלב ב' – המזרחי יותר – טרם החלה כל בנייה.

20. כמובן שהגדר והמובלעת "התנפחה" כדי לכלול את השטחים עליהם אמורים היו לקום שתי שכונות אלה.

21. כפי שצויין לעיל ההחלטה על הקמת המובלעת בתוואי האמור (המקורי) נתקבלה ע"י המשיב 1 ביוני 2002 ובניית הגדר סביבה הושלמה באוגוסט 2003.

(ב) העתירה הראשונה

22. העתירה הראשונה הוגשה בשלהי אוגוסט 2004, כשנה לאחר השלמת בניית הגדר בתוואי האמור.

23. בעתירה נטענו טענות עקרוניות נגד הסמכות להקים גדר בתחומי שטח כבוש בכלל וכנגד הסמכות להקים גדר לצורך הגנה על התנחלויות. בנוסף בעתירה נטען כי הגדר המסויימת של מובלעת אלפי מנשה פגעה ופוגעת בכל תחומי החיים של חמשת הכפרים הפלסטינים שנכלאו בה.

24. בחלקה הנוגע לשאלת הסמכות להקים גדר, הסתמכה העתירה בין היתר על חוות-דעתו המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק שבהאג.

25. לאחר הגשת העתירה החליט נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) כב' השופט ברק להרחיב את ההרכב שדן בה לתשעה שופטים וזאת בין היתר כדי לדון בשאלת הסמכות ובהשפעת חוות-הדעת המייעצת על פסק-הדין המנחה עד אז של בג"צ בנוגע לגדר ההפרדה – בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית-סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח (5) 807.

(ג) פסק-הדין בעתירה הראשונה

26. ביום 15.09.05 ניתן פסק דין בעתירה הראשונה ובית המשפט הנכבד הוציא צו מוחלט וזה לשונו:

*"אשר-על-כן אנו עושים את הצו-על-תנאי למוחלט באופן הזה:
על המשיבים 1-4 לשקול מחדש, בתוך זמן סביר, את החלופות
השונות של תוואי גדר ההפרדה באלפי מנשה תוך שעליהם לבחון
חלופות ביטחוניות הפוגעות פחות בחיי התושבים של כפרי
המובלעת. בהקשר זה יש לבחון את החלופה שלפיה המובלעת
תכלול את אלפי מנשה בלבד וכביש מחבר לישראל תוך העתקת*

הכביש הקיים המחבר בין אלפי מנשה לבין ישראל למקום אחר
בדרום המובלעת".

27. בפסק-הדין נקבע כי גדר הביטחון, ככלל, הוקמה מטעמים ביטחוניים ולא סיפוחיים או מדיניים, ועל-כן, ככלל, היא חוקית בהתאם לסמכויות המפקד הצבאי על-פי המשפט הבינלאומי.

28. עוד נקבע כי סמכות המפקד הצבאי להקים גדר הפרדה מטעמים ביטחוניים וצבאיים משתרעת הן על גדר שנועדה להגן על הצבא ועל מדינת ישראל עצמה, והן על גדר שנועדה להגן על התנחלויות. בית המשפט הנכבד קבע כי שאלת חוקיות ההתנחלויות (שלגביה לא הביע דעה), אינה משליכה על שאלת הסמכות.

29. אי-חוקיות תוואי הגדר במובלעת אלפי מנשה נקבעה בפסק-הדין בשל שני אלו :

א. לגבי חלקה הדרומי לא השתכנע בית המשפט כי תוואי הגדר נשוא העתירה, אשר פוגע קשות במרקם החיים של תושבי המובלעת הפלסטינים, נקבע אך מטעמים ביטחוניים-צבאיים. (פסקה 113 לפס"ד של כבוד הנשיא (בדימוס) א' ברק). העובדה כי במקום תוכננה הקמתה של שכונה (אשר לא עברה כל הליכי אישור בגופי התכנון), היא שגרמה לתוואי לכלול עשרות דונמים מדרום להתנחלות אולם, כך נקבע, "אין זה שיקול שיש להתחשב בו" (פסקה 113).

ב. תוואי הגדר בכללותו יצר פגיעה אדירת מימדים במרקם החיים של תושבי חמשת הכפרים הפלסטינים תוך הפרת דרישת המידתיות ברובדה השני (אי-קיומה של אלטרנטיבה פוגענית פחות). בית המשפט קבע כי :

*"נראה לנו כי לא הושקע המאמץ הנדרש, ולא נבחן
לפרטיו תוואי חלופי שיוכל להבטיח את הביטחון,
ושפגיעתו בתושבי הכפרים קטנה יותר. על המשיבים
לשוב ולשקול את התוואי הקיים מחדש."*

(פסקה 114 לפסק-דינו של כב' הנשיא (בדימוס) ברק)

(ד) ההליכים לקביעת התוואי החדש

30. לאחר מתן פסק-הדין התקיימה "עבודת מטה" במשרד הביטחון ובצה"ל. עבודה זו ארכה כשלושה חודשים ובסיומה, בחודש דצמבר 2005 השלימו במערכת הביטחון הכנתן של שלוש חלופות לתיקון תוואי הגדר.

31. שלושת החלופות הוצגו בפני בא כוח העותרים החתום מטה, נציגי האגודה לזכויות האזרח ונציגי ארגון במקום - מתכננים לזכויות תכנון, על ידי מר דני תרזה בפגישה שנערכה ביום 22.12.05 במשרד הביטחון בקריה.

32. יוער כי פגישה זו נערכה רק לאחר שנודע לעותרים כי מר תרזה מקיים פגישות עם כל המעורבים בעניין, החל ממועצת אלפי מנשה, עבור במועצות היישובים נירית ומתן ואף עירית כפר-סבא, אך לא עימם, והתריעו על כך במכתב חריף.

33. מכל מקום, בסופו של דבר נפגש כאמור מר תרזה עם הח"מ והציג בפניו את החלופות. להלן הסבר קצר על כל חלופה שהוצגה.

חלופה א' – החלופה הצפונית

34. חלופה א' שינתה את תוואי הגדר אך במעט. על-פי חלופה זו "תיושר" הגדר בחלקה הדרומי כך שהכפרים ואדי א-ראשה, ראס א-טירה ומעארת א-דבעה יצאו ממנה והגדר תעבור מצפון להם בצד הדרומי של הואדי המפריד בינם לבין אלפי מנשה.

35. חלקה הצפון-מזרחי של חלופה א' יישאר כפי שהוא כיום באופן שכביש 55 נותר כביש הגישה למובלעת מישראל. המשמעות של השארת התוואי בצפון המובלעת על כנו היא הותרת הכפרים ערב אבו פרדה וערב א-רמאדין בתוך המובלעת.

36. יצויין, כפי שגם נאמר במפורש בפגישה האמורה עם מר תרזה, כי חלק אינטגרלי של החלופה הוא סלילתו של כביש מקרני שומרון לאלפי מנשה אשר עובר מדרום לאלפי מנשה ולאורך תוואי הגדר ומתחבר בסופו של דבר לכביש 55.

חלופה א'1

37. חלופה א'1 זהה בכל לחלופה א' למעט שינוי חלקה הצפוני של המובלעת באופן שהגדר מצפון לחבלה תמשיך מזרחה בדרך שתוציא את הכפרים ערב אבו פרדה וערב א-רמאדין אל מחוץ למובלעת וחיבורם למרחב חבלה - ראס א-טייה. המשמעות הכללית של חלופה זו הנה הוצאת כל חמשת הכפרים אל מחוץ לתוואי הקודם ומיקומם בצד ה"פלטטיני" של הגדר.

מפה ועליה סימון חלופות א' ו-א'1 מצ"ב ומסומנות נספח ג'.

חלופה ב' – החלופה הדרומית

38. חלופה ב' שינתה את המובלעת באופן דרסטי יותר על-ידי קביעת כביש קרני-שומרון אלפי מנשה ככביש הגישה לישראל, דרך היישוב מתן. על-פי חלופה זו ייסגר כביש 55 ויחובר מרחבי קלקיליה – חבלה, והמובלעת תחובר לישראל מדרום תוך הותרת ואדי א-ראשה במרחב חבלה והכפרים ראס א-טירה ומעארת א-דבעה מדרום למובלעת.

39. על-פי חלופה ב' עובר תוואי הגדר ממזרח לוואדי א-ראשה ולכפרים ערב אבו פרדה וערב א-רמאדין, ויוצר רצף טריטוריאלי בין קלקיליה לחבלה. חלקה הדרומי של חלופה ב' עובר בוואדי מדרום לתוואי כביש קרני שומרון-אלפי מנשה וצפונית לחרבת ראס א-טירה ולוואדי א-ראשה. המשמעות הכללית הנה הוצאת כל חמשת הכפרים מחוץ לתוואי הקודם ומיקומם מצידה ה"פלסטיני" של הגדר, **אולם** חלופה ב' יוצרת הפרדה בין הכפרים וואדי א-ראשה, ערב אבו פרדה וערב א-רמאדין לבין הכפרים חרבת א-טירה וא-דעבה כאשר כביש קרני שומרון-אלפי מנשה המתוכנן עובר ביניהם ותוואי הגדר לפי חלופה ב' עובר למעשה משני צידיו של כביש זה.

מפה ועליה סימון חלופה ב' מצ"ב ומסומנת נספח ד'.

40. לאחר הצגת החלופות, התבקשו העותרים, באמצעות ב"כ הח"מ להעביר ליועמ"ש איו"ש את עמדתם ביחס לכל אחת מן החלופות שהוצעו.

41. ביום 22.01.06 הועברה עמדת העותרים כמבוקש.

42. ביחס לחלופות א' ו-א'1 נטען בתגובת העותרים כי חלופה זו תגרום לפגיעה במרקם חייהם של תושבי הכפרים שעיקרה הותרת אדמות חקלאיות בתוך הגדר, פגיעה בחופש התנועה וסיכון חיי התושבים בשל הקירבה של הגדר לבתים. וכן נטען כי הכביש המוצע לחבר את ההתנחלות קרני שומרון וכביש 55 יוצר פגיעה נוספת על הפגיעה שיוצר תוואי הגדר.

43. לאור זאת נטען בתגובה, כי על מנת להקטין את הפגיעה בעותרים יש לבצע לפחות שני שינויים בתוואי: ראשית יש להוציא את הכפרים ערב אבו פרדה וערב א-רמאדין מן המובלעת על ידי העברת תוואי הגדר מדרום-מזרח להם (לאורך כביש הגישה מס' 55 בדומה לפיתרון המוצע בחלק זה בחלופה ב'). בדרך זו יחודש הקשר בין כפרים אלה לבין קלקיליה ובין הכפרים ואדמותיהם. שנית, העברת החלק הדרומי של התוואי מהצד הצפוני של הוואדי (צמוד יותר לאלפי מנשה) וחיבור הכביש המגיע מקרני שומרון לשכונת גבעת טל שבחלק המזרחי של ההתנחלות. בנוסף נטען כי החלופה כוללת הגנה על שכונות עתידיות ועל-כן אינה חוקית וכי היא יוצרת סיפוח דה-פקטו של שטח כבוש.

44. ביחס לחלופה ב' נטען בתגובת העותרים כי החלופה מספחת אדמות, מנתקת את הכפרים האחד מהשני ולא מעניקה פתרון לניתוק החברתי והמסחרי בין היישובים הקשורים זה לזה ועל כן, חלופה זו אינה יכולה בשום דרך להוות יישום של החלטת בג"ץ.

45. בנוסף, העירו העותרים בתגובתם כי באף אחת מן החלופות שהוצעו אין כל ציון של שערים ומעברים בתוואי החדש ואף לא מילה אחת לגבי המעברים הנוכחיים. ועוד הוסיפו, שהניסיון מלמד כי קיומם של מעברים אינו פותר את בעיית הגישה לאדמות ועל כן, אף אם נתכוונו המשיבים להוסיף שערים אין בכך כדי למתן את הפגיעות בעותרים.

עותק של תגובת העותרים מיום 24.01.06 מצ"ב ומסומנת נספח ה'.

46. ביום 06.04.06, לאחר שנודע לעותרים כי יש בכוונת משרד הביטחון להמליץ בפני הממשלה לאשר את חלופה א' לתוואי, פנה החתום מטה פעם נוספת אל לשכת היועץ המשפטי לאיו"ש, ומסר לה נתונים מספריים המפרטים את הפגיעה הצפויה בעותרים באם אכן תתקבל חלופה א' כמות שהיא.

47. לפי נתונים אלה, אישור חלקו הדרומי של התוואי העובר, כאמור, בוואדי ומדרום לכביש קרני שומרון-אלפי מנשה המתוכנן, יותיר מעבר לגדר החדשה כ-87 חלקות אשר שטחן הכולל הוא כ-2500 דונם. ב-60% מחלקות אלה גדלים עצי זית, ב-20% מהחלקות גדלים עצי שקד וב-20% הנותרים יש שדות המיועדים לחקלאות עונתית ולמרעה. החתום מטה הדגיש כי מהחלקות האמורות מתפרנסים מאות מתושבי הכפרים ראס א-טירה, ואדי א-ראשה וא-דעבה. לפיכך, שב החתום מטה על דרישת העותרים כי יש לשנות את תוואי הגדר באופן שיעבור בצידו הצפוני של הוואדי.

מכתב הח"מ מיום 06.04.06 מצ"ב ומסומן נספח ו'.

III. צו התפיסה וההשגה עליו

48. ביום 4.6.2006 העביר רס"ן אייל טולדנו, רמ"ד ביטחון ופלילי בלשכת יועמ"ש איו"ש לח"מ עותק של צו שנחתם ע"י המשיב מס' 2, הוא צו תפיסה 40/02/ת' (תיקון גבולות מספר 2). צו זה צורף לכתב עתירה זה כנספח ב'.

49. הצו יישם את חלופה א' לתוואי וקבע כי ייתפסו שטחים ע"פ המפה שצורפה לו.

50. ביום 26.6.2006, לאחר קבלת אורכה מתאימה, הגיש הח"מ בשם העותרים השגה על צו התפיסה האמור.

עותק של כתב ההשגה מצ"ב ומסומן נספח ז'.

51. **חמישה חודשים לאחר מכן**, ביום 22.11.2006, התקבלה החלטת המשיב מס' 2 לדחות את ההשגה.

המכתב החתום ע"י סרן רובי ציגלר, קצין ייעוץ מדור ביטחון ופלילי בלשכת יועמ"ש איו"ש מצ"ב ומסומן נספח ח'.

52. **במסגרת התשובה להשגה, ובתגובה לטענות כי חלופה א' אינה מסייעת ואף מרעה את מצבם של הכפרים ערב א-רמאדין ואבו-פארדה הנותרים בתוך המובלעת, נכתבו הדברים הבאים אשר העותרים רואים בהם יציאת המרצע מן השק והודאה במדיניות**

של עידוד "טרנספר מרצון" מתוך כוונה ל"נקות" (שלא להשתמש במילה חריפה יותר) את המובלעת מתושביה הפלסטינים:

"יצויין, בשולי הדברים, כי נבחנת האפשרות להציע לתושבים הבדואים המתגוררים במתחמים ערב א-רמאדין וערב אבו-פאודה הסדר מגורים באתר המצוי מחוץ לתחום הגדר".

(פסקה 13 לתשובה להשגה, נספח ח').

53. וכך, בפסקה קצרה של סרן ציגלר (ויצויין כי סרן ציגלר לא כתב דברים רק על דעתו, תשובת הצבא להשגה עברה אישורים רבים והתעכבה זמן רב כדי שדרגים בכירים הן פיקודיים והן משפטיים יאשרו את האמור בה) – קיבלנו חיזוק ואישוש למה שטענו לכל אורך הדרך. מטרתה של המובלעת סיפוח, והסיפוח אינו מוצלח אם מתלווים לאדמה פלסטינים.

54. בנוסף, אנו מבקשים למחות על השימוש בביטוי "מתחמי אוכלוסייה במרחב אלפי מנשה". כך כינה המשיב 2 את כפרי העותרים בתשובתו להשגה (ראו למשל פסקאות: 1, 10, 11, 13, 16 לנספח ז'). העותרים מבקשים להדגיש כי יישוביהם אינם "מתחמים" אלא כפרים בעלי היסטוריה ותרבות וקשר לאדמה והם קיימים במקום שנים רבות בטרם ההתנחלות אלפי-מנשה באה לעולם ועל-כן המרחב הוא "מרחב ראס א-טירה" הרבה יותר משהוא "מרחב אלפי-מנשה". צורת התבטאות זו מעידה על זלזול ועל יחס אדנותי לעותרים.

IV. הפגיעה בעותרים ובתושבי כפריהם

(א) פגיעות משותפות לכפרים

55. התוואי המוצע, אם יתקבל ויישם, יביא למספר פגיעות חמורות במרקם חייהם של תושבי הכפרים, שעיקרן – הותרת אדמות חקלאיות מעבר לגדר ועל כן ניתוקן בפועל מבעליהן, אשר מתפרנסים מעיבודן, פגיעה בחופש התנועה שבין הכפרים וסיכון חיי התושבים בשל הקרבה של הגדר לבתים.

56. בנוסף, הכביש המוצע לחבר את ההתנחלות קרני-שומרון וכביש 55 (שהוא, כפי שהוסבר בפגישת נציגי העותרים עם ראש מינהלת הגדר, אל"מ דני תירזה, חלק אינטגרלי מתוכנית התוואי), במתכונתו הנוכחית, יוצר פגיעה נוספת על הפגיעה שיוצר תוואי הגדר. חלק ניכר מאדמות הכפרים יוותרו על פי התוכנית בין הגדר לכביש ויהפכו, עקב כך, באחת לאדמות שלא יהיה ניתן להשתמש בהן כלל.

57. התוואי הנוגע לצו התפיסה יביא באופן ישיר להשמדה של **350 דונם** של אדמות נטועות ובאופן עקיף יגרום לפגיעה קשה באלפי דונמים נוספים כשחלקם יהרסו לצורך סלילת הכביש המתוכנן ולגבי החלק האחר תימנע בוודאות הגישה של החקלאים. ונזכור שהתוואי הנוכחי שנפסל כבר פגע קשות באדמות נטועות והביא להרס ישיר של **500 דונם** על העצים והגידולים שהיו בהם.

58. בהתחשב באמור לעיל, התוואי המוצע (והכביש שהוא רכיב עיקרי בקביעתו) יגרמו לפגיעות הבאות בזכויות העותרים ותושבי כפריהם :

א. **קירבת הגדר לבתי הכפרים** (בראס א-טירה, ובוואדי א-ראשה) יוצרת :

i. **סיכון ביטחוני לתושבי הכפרים.** לאחרונה אירעו מספר מקרים של ירי מאבטחים וחיילים המסיירים לאורך הגדר לעבר תושבים תמימים (בעיקר ילדים) שהסתובבו באזור (ראו לדוגמא, הריגתו של הילד מהיוב אעסי מבית ליקיה בשמונה ביולי 2005 ע"י מאבטח של הגדר; כמו-כן במערב התוואי הנוכחי, לא רחוק מוואדי א-ראשה, נהרג ביום 22.1.2005 מר פתא עדין מוחמד עלי אלחולי. בגדיו של אלחולי הסתבכו בתלתלית שמלווה את הגדר, והוא נורה למוות ע"י חיילים שהגיעו למקום). הניסיון מלמד שאירועים כאלה מתרחשים בעיקר כאשר הגדר צמודה לבתי הפלסטינים ואז כל תנועה תמימה נתפסת כחשודה. **התוואי המוצע קרוב לבתי ראס א-טירה מרחק עשרות מטרים בודדים!**

ii. **פגיעה ביכולת ההתפתחות העתידית של הכפרים.** העברת התוואי מרחק עשרות מטרים בודדים מבתי הכפרים ואדי א-ראשה וראס א-טירה תפגע ביכולת כפרים אלה להתפתח (לגבי ראס א-טירה המדובר בכפר שמצוי באזור B שהסמכות התכנונית בו מסורה לרשות הפלסטינית). כמובן שהאיסור על בנייה ופיתוח בקרבת הגדר יצור מצוקה קשה בשני הכפרים.

ב. **צפון מערב התוואי:** אדמות כפרים רבות יוותרו על-פי צו התפיסה בתוך המובלעת (ב"משפך" שנוצר על-ידי כביש 55 וכביש הגישה לאלפי-מנשה ושהתוואי עוקב אחריו). המדובר בעיקר באדמות ואדי א-ראשה וראס א-טירה. גם אדמות הכפר נבי-אליאס נותרות בצידו ה"ישראלי" של התוואי.

ג. **מרכז-מערב התוואי:** כמעט כל אדמות הכפר ואדי א-ראשה נותרות מעבר לגדר. הגדר צמודה מאוד לבתי הכפר. הכביש המוצע יחלק את אדמות הכפר לאדמות שמעבר לגדר ולפני הכביש ואדמות שמעבר לגדר ומעבר לכביש. הכביש המוצע מחייב הפקעה ועקירה של גידולים. על האדמות שבהן אמור לעבור הכביש מגדלים תושבי ואדי א-ראשה עצי זית, תאנים, גידולים עונתיים וגם עושים שימוש באדמות למרעה. זו עיקר פרנסתם. בנוסף, התוואי חוסם את הדרך המחברת את ואדי א-ראשה לראס א-טירה.

ד. **דרום-מזרח התוואי:** הכביש המוצע עובר מצידו הדרומי של הואדי ועל-כן התוואי נותר במקום שבו הוא נמצא היום. אלפי דונמים של אדמות מעובדות יוותרו לפיכך בצידו ה"ישראלי" של התוואי וללא כל אפשרות גישה (כפי שהדבר היום בשל העובדה שהתוואי חסם את דרך הגישה ששימשה את החקלאים). המדובר בכ-70-60 אחוז מאדמות ראס א-טירה המהוות מקור פרנסה עיקרי לרבות מהמשפחות בכפר. בנוסף מדובר בכ-300 דונם של אדמות א-דבעה.

מצ"ב מפה של שינוי התוואי בחלקו הדרומי. על גבי המפה ניתן לראות את החלקות שיישארו מעבר לגדר החדשה (הקו השחור הצפוני). לפי הנתונים שבידי העותרים, המדובר ב-87 חלקות ועליהן כ-2500 דונם. ב-60% מהחלקות גדלים עצי זית, ב-20% מהחלקות עצי שקד וב-20% הנותרים יש שדות המיועדים לחקלאות עונתית ולמראה. מהחלקות האמורות מתפרנסים מאות מתושבי הכפרים ראס א-טירה, ואדי א-ראשה ומע'רת א-דבעה.

מצ"ב מפה של המקטע הדרומי של הגדר (שבו מתוכנן עיקר השינוי), ועל-גביה מסומנות החלקות שיוותרו מצידו ה"ישראלי" של התוואי. המפה מסומנת נספח ט'.

ה. **לגבי האדמות שנותרות בצד ה"ישראלי" של הגדר ושהוזכרו בשני הסעיפים שלעיל:** אין ספק שהמדובר באובדן מלא ומוחלט של האדמות שהרי בשל הכביש המתוכנן, ומניסיון העבר, הגישה לאדמות אלו תימנע לחלוטין מהחקלאים. אין ספק שגורמי הביטחון יכריזו על שולי הכביש במרחק של עשרות מטרים כאזור שהגישה אליו אסורה (ויהיה זה שב"ם או אס"ם או עב"ם או כל קיצור צבאי אחר). מכאן כי לגבי אדמות ואדי א-ראשה, ראס א-טירה ומאערת א-דבעה מדובר בפגיעה קשה ביותר במקור פרנסה עיקרי.

(ב) שני הכפרים שבצפון המובלעת - ערב א-ראמדין ואבו-פארדה:

59. ברור, שהותרת שני הכפרים בתוך תחומי המובלעת יגרום לפגיעה "רב-מערכתית" וקשה ביותר בתושביהם, פגיעה עוד גדולה מזו שהיא מנת חלקם היום - ושבג"צ כבר קבע שאינה מידתית - וזאת בשל ניתוקם משלושת הכפרים האחרים שהיום נמצאים במובלעת.

60. **כאמור לעיל, חלופה א' לא שינתה מאומה לגבי הכפרים ערב אבו פרדה וערב א-ראמדין, לפיכך, נותרו טענותיהם - כפי שהובאו בכתב העתירה הראשון - על כנן. להלן פירוט הפגיעות בכפרים אלו תוך עדכון הנתונים:**

ערב א-ראמדין

61. הכפר ערב א-ראמדין שוכן ממערב להתנחלות אלפי מנשה וגרות בו 35 משפחות (כ-210 נפשות, ע"פ נתוני אונרוו"א - 176 נפש). תושבי ערב א-ראמדין הם פליטי 1948 וצאצאיהם שחיו לפני 1948 באיזור באר-שבע (אל עוג'יה). עם הקמת מדינת ישראל הם

עברו תחילה לאזור דרום הר חברון אך בשל מיעוט אזורי מרעה לצאננס במקום, הם עזבו אותו והגיעו לאזור קלקיליה שם הם חיים עד היום.

62. תושבי הכפר התפרנסו בעיקר מגידול צאן – מוצרי חלב עיזים ומסחר בעיזים - ואזורי המרעה שלהם כללו בעבר את האדמות עליהן קמה בשנות השמונים ההתנחלות אלפי מנשה וכן אדמות ממזרח לעיר קלקיליה (מצפון לכפרים). אדמות אלה (בסמוך לקלקיליה) היו האדמות היחידות הפתוחות בפני רועי הכפר למרעה לאחר שאדמות אלפי משנה נסגרו בפניהם. הגדר סגרה גם את האדמות האלו בפני עדרי הכפר.

• פרנסה:

○ כאמור הגדר הפרידה את הכפר משטחי המרעה שלו. בתחילה ניסו תושבי הכפר להמשיך לקיים עדרי צאן ועיזים על-ידי רכישת תערובות מזון, אולם העלות הגבוהה (כ-1500 ₪ לטון תערובת המסוגלת להזין עדר של 40 ראש במשך שלושה ימים בלבד) לא אפשרה החזקת העדרים. להערכת תושבי-ערב א-רמאדין מאז הוקמה הגדר מכרו כ-80 אחוזים מתושבי הכפר את עדריהם בשל סיבה זו (בעת הגשת העתירה הראשונה עמד אחוז המוכרים על 60-70 אחוז).

○ חלק מהמובטלים החדשים של ערב א-רמאדין מצאו עבודה באלפי מנשה בעבודות גינון וניקיון. עבודות אלה אינן קבועות ומתאפשרות רק למעטים. חלק מתושבי הכפר חיים על פדיון מכירת עדריהם. כ-10% מהתושבים עובדים בגדה ונתקלים בבעיות רבות הכרוכות במעבר היומיומי בשערים.

• תנועה:

○ בטרם הקמת הגדר המרחק בין ערב א-רמאדין לעיר קלקיליה היה מרחק הליכה של כ-10 דקות. עם הקמת הגדר שולש זמן זה והוא עומד על כחצי שעה.

○ בטרם הקמת הגדר הלכו בני ובנות הכפר לחבלה, הליכה קצרה של כ-10 דקות. כיום מדובר בהליכה של בין 40 דקות לשעה וממילא ניתן להיכנס רק בשעות פתיחת שער חבלה ורק לאחר בדיקות מדוקדקות שלוקחות אף הן זמן רב.

○ קושי מיוחד נגרם בשל הנהלים של הצבא לפיהם אישור הכניסה לרכב ניתן רק לבעלים של הרכב שהוא תושב המובלעת (ועל-כן בן-משפחתו או חברו של בעל הרכב שהוא עצמו תושב המקום ובעל היתר שהייה אינו יכול לעשות שימוש ברכב כדי לצאת ולהיכנס

למובלעת). מכיוון שהמרחקים הפכו למרחקי נסיעה ולא הליכה, והיות ובכפר יש מספר רכבים בודדים, רוב תושבי הכפר מרותקים הלכה למעשה לכפר.

• רפואה

- ערב א-רמאדין נותק בשל הקמת הגדר משירות רפואי מיידי. המרפאה שנתנה לתושבי הכפר שירות בחבלה אינה רלבנטית יותר בשל הקושי להגיע לחבלה כפי שתואר לעיל.
- אמבולנסים מקלקיליה אינם מסוגלים להיכנס למובלעת ללא תיאום שלוקח שעות ארוכות, ועל פי רוב אישור זה לא ניתן.
- מערך המחסומים והשערים הפך את הנסיעה לשכם – שם מצוי בית החולים הממשלתי (ועל-כן הזול) הקרוב ביותר - מנסיעה של כחצי שעה לנסיעה של יום שלם (4-5 שעות בממוצע).
- **לסיכום: אין היום פתרון לשירות רפואי בתוך הכפר. אם תושב הכפר לוקה בליבו, אין כל דרך שהוא יקבל שירות חירום בכפר.**

• חינוך

- כ-35 ילדי ערב א-רמאדין לומדים בבית הספר בחבלה וכ-15 ילדים עברו ללמוד בא-דעבה עקב הקשיים במעבר בשערים. **יש לשים לב שאם תתקבל חלופה א', ילדים אלה אשר עברו ללמוד בא-דעבה כדי שלהימנע ממעבר יומיומי דרך הגדר, יצטרכו בכל זאת לעבור דרך הגדר שהרי א-דעבה תוצא אל מחוץ למובלעת.** כדי להגיע לבית הספר וכדי לחזור צריכים העוברים בגדר להתאים עצמם לשעות הפתיחה של השערים. אוטובוס של המנהל האזרחי מוביל אותם מידי בוקר וצהריים לחבלה וחזרה אולם, מועדי האוטובוס אינם סדירים ולרוב האוטובוס מאחר. תלמידי א-דעבה הולכים ושבים מבית הספר ברגל, מרחק של כשעה הליכה לכל כיוון וחשופים לסיכונים שבהליכה לצד הכביש.
- מרגע שנכנסו התלמידים הלומדים במובלעת חבלה - ראס-עטייה והם בבית הספר, אין כל אפשרות להוריהם להגיע אליהם ואין להם כל אפשרות לחזור לכפרם (במקרה חירום למשל). הניתוק בין ההורים לילדיהם הוא מוחלט עד לשעת הפתיחה של השער אחר-הצהריים.

• ג

- הצבא אוסר על הכנסת בלוני גז למובלעת שלא על-ידי חברת גז בעלת רישיון. בעבר היו התושבים ממלאים את בלוני הגז שלהם בקלקיליה בעצמם. עתה בשל הצורך לארגן משאית בעלת רישיון וכו', חודשים שלמים אין להם גז וכאשר יש מחירו גבוה ביותר. בערב א-רמאדין היו חודשים בהם לא היה גז לבישול.

• היתרי שהייה

- כפי שפורט בחלק הכללי, תושבי המובלעת הפלסטינים נדרשים להחזיק בהיתרי שהייה בתוקף כדי ששהייתם במובלעת תהיה חוקית. היתרים מיוחדים (למבקרים וכד') יש לבקש כשבוע לפני מועד הכניסה המבוקש. ראש המועצה אמור להגיע לקדומים למשרדי המנהל כדי להגיש את הבקשות כשמצטברת לו קבוצה גדולה של בקשות להיתרים מיוחדים, וברוב המקרים הבקשות נדחות. התהליך לוקח כעשרה ימים עד שבועיים. כל מי שהינו מנוע משטרה או מנוע בטחוני לא יכול לבקר את משפחתו, חבריו, לקוחותיו וכו' במובלעת.
- בכפר מספר אנשים ללא תעודות זהות מסיבות שונות. אנשים אלו לא יצאו את המובלעת מאז הקמתה, קרי במשך כשלוש שנים, שכן יציאה ממנה תהיה עבורם יציאה חד סטרית ללא יכולת חזרה.

• שירותי דת

- עד להקמת הגדר מסביב לכפרם נהגו תושבי ערב א-רמאדין להתפלל במסגד שבחבלה אשר היה במרחק הליכה מכפרם. משנמנעה מהם אפשרות זו ומשלא היה עוד מסגד במרחק הליכה מהכפר, החליטו תושבי הכפר לממן מכיסם בנייה של מסגד בכפרם. לאחר שהובאה משאית עם חומרי בניין, הגיעו נציגי צה"ל והחרימו את החומרים בטענה שאין אישור בנייה למסגד.
- בשנה שעברה בנו התושבים צריף קטן המשמש את אנשי הכפר לתפילה.

אבו-פארדה

63. בכפר הקטן ערב אבו-פארדה, בפינה הצפונית של המובלעת, חיים כ- 120 תושבים (ע"פ נתוני אונרווי"א – 77 נפשות) המתפרנסים ממסחר בראשי בקר ועיזים. תושבי הכפר הם פליטים מאיזור נתניה ("אל באצה") שהתיישבו במקום עם קום המדינה.

64. הבעיה המרכזית של אבו-פארדה היא הניתוק של היישוב מלקוחותיו שאינם רשאים להגיע למקום. תושבי אבו-פארדה מתפרנסים כאמור ממסחר בבקר, בכבשים ובעיזים ורוב לקוחותיהם הגיעו מאיזור רמאללה, שכם וחברון. מאז השלמתה של בניית הגדר כמעט ואין מסחר באבו-פארדה ותושבי הכפר נאלצו למכור את ראשי הבקר במחירי הפסד לתושבים מהסביבה בכדי להתקיים. במקביל, תושבי הכפר עברו לייצור מוצרי חלב אותם הם נושאים לקלקיליה בניסיון למכרם ולהרוויח כסף.

65. גודלו של העדר של הכפר ירד לא רק בשל מכירות אלו אלא גם בשל העובדה כי במשך תקופה ארוכה נוצר נתק מהוטרניר שבקלקיליה שלא הורשה להיכנס למובלעת. כיום, ישנו ווטרניר אחד אשר לו היתר כניסה למובלעת, אולם בשל מחיר הנסיעה בין הכפר לבין קלקיליה, שעלה עקב התארכות זמן הנסיעה – הן בשל הגידול במרחק והן בשל הזמן שלוקח לעבור בשערים – רבים אינם יכולים לשלם את המחיר שגובה הווטרניר ועל כן העדרים אינם מטופלים כבעבר.

66. קושי נוסף, בדומה לזה שבו נתקלים אנשי ערב א-רמאדין, הוא הניתוק מאדמות מרעה. גם תושבי אבו-פארדה נהגו לרעות את עדריהם באדמות עליהן הוקמה אלפי מנשה ובאדמות שממזרח לקלקיליה, שני אזורים הסגורים כעת בפני תושבי הכפר. באין ברירה אחרת נאלצו תושבי הכפר להקטין את עדריהם ולהזין את בעלי-החיים שנותרו באמצעות תערובות העולות כסף רב.

67. ביתר התחומים עניינם של אנשי אבו-פארדה דומה לזה של אנשי ערב א-רמאדין.

(ג) עניינים נוספים

68. ראוי לציין כי אין בצו התפיסה או בהחלטת הממשלה שהצו הוצא מכוחה, כל פירוט בנוגע לשערים ומעברים בתוואי החדש ולגבי זמני פתיחה של שערים כאלו. יחד עם-זאת נציין כי מכיוון שממילא, ע"פ הניסיון, המעברים אינם פותרים את בעיית הגישה לאדמות ומכיוון שכפי שנאמר לעיל, בשל הכביש ברור כי תיאסר הגישה, לא נראה שהוספת שערים תוכל למתן את הפגיעות שתוארו.

69. עוד ראוי לציין שמצידו הצפוני של הוואדי שבין ראס א-טירה ואלפי מנשה אין גידולים ונסלל שם זה לא מכבר כביש חדש. הצורך בכביש נוסף, ממש מולו, שבעליל יגרום להרס מאסיבי, אינו מובן לנו כלל.

70. עוד נזכיר כי גם אותן אדמות שבוואדי שלא יהרסו בשל הכביש או הגדר, יחרבו במהלך העבודות לביצוע שני הפרוייקטים הללו, שהרי ביצוע עבודות במדרון תלול יגרום להתדרדרות של פסולת ושינוי אופן זרימת מי הגשמים.

I. הטיעון בקצרה

71. עמדת העותרים הייתה ועודנה כי כל גדר המוקמת בתוך שטח כבוש על-ידי המעצמה הכובשת ומבתרת את השטח הכבוש לשניים, פוגעת בחירות התנועה ובזכויות אחרות של אזרחי השטח הכבוש - נוגדת את הוראות המשפט הבינלאומי ההומנטארי. עמדת העותרים הינה חריפה עוד יותר כאשר מדובר בגדר שמטרתה המוצהרת הגנה על התנחלות שהיא כשלעצמה יצור בלתי חוקי על-פי המשפט הבינלאומי ועל-כן בוודאי אינה יוצרת צרכים צבאיים לגיטימיים על-פי ענף משפטי זה.

72. יחד עם-זאת, ובשל הכרעת בית המשפט הנכבד הן בעתירה הראשונה והן בפסקי-הדין המנחים האחרים בסוגיית הגדר, העותרים יתמקדו בכתב עתירה זה בהעלאת טענות הנוגעות לתוואי הספציפי ולא לסמכות הכללית של המעצמה הכובשת להקים גדר.

73. לפיכך, יטענו העותרים כי תוואי הגדר, כפי שנבחר ויושם באמצעות צו התפיסה, נוגד את עקרונות המשפט הבינלאומי בשל העובדה כי הוא יצור סיפוח דה-פקטו של האדמה שנתרת ממערבה; בשל היעדרו של צורך צבאי לגיטימי המכשיר הקמתה של הגדר בחלקים מסויימים שלה; ובשל פגיעתה הלא מידתית בזכויות היסוד של אזרחים מוגנים.

74. בנוסף ייטען כי צו התפיסה אינו עומד בקריטריונים שקבע בית המשפט הנכבד בעתירה הראשונה לאופן שבו יש לבחור בתוואי באזור המדובר.

75. על-כן, טיעונם המשפטי של העותרים יורכב מארבעה ראשי-טיעון שדי בקבלת אחד מהם בכדי לפסול את התוואי:

- צו התפיסה והגדר שתוקם לפיו בתוספת משטר ההיתרים שחל על המובלעת יוצרים מציאות של סיפוח דה-פקטו, דבר המנוגד לעקרונות הבסיס של המשפט ההומניטארי;
- חלק מהתוואי שנבחר נועד לשרת מטרות התיישבותיות-סיפוחיות-מדיניות ועל-כן התפיסה בקטעים אלה אינה נעשית מטעמי צורך ביטחוני ולפיכך אינה חוקית;
- צו התפיסה יוצר גדר שפגיעתה בזכויות האזרחים הפלסטינים תושבי כפרי העותרים כה גדולה עד שאינה עומדת במבחני המידתיות;
- התוואי החדש אינו מקיים את צו בית המשפט הנכבד בפסק-דינו בעתירה הראשונה, וגם מטעם זה יש לפוסלו.

II. סיפוח דה פקטו

(א) מהות הטענה

76. הכלל לפיו אין השימוש בכוח יכול להוביל או לגרום להעברה או לשינוי כלשהו של ריבונות הנו אחד מעקרונות היסוד של המשפט ההומניטארי הבינלאומי.

“The foundation upon which the entire law of occupation is based is the principle of inalienability of sovereignty through the actual or threatened use of force. Effective control by foreign military force can never bring about by itself a valid transfer of sovereignty.”

Eyal Benvenisti, **The International Law of Occupation**, Princeton University Press, 1993, pp. 5-6

“An occupation, thus, suspends sovereignty insofar as it severs its ordinary link with effective control; but it does not, indeed it cannot, alter sovereignty.”

Orna Ben-Naftali, Aeyal M. Gross & Keren Michaeli, *Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory*, 23 Berkeley Journal of International Law Vol. 23:3, 551 574

77. עיקרון זה נמנה גם על שלושת עקרונות היסוד אשר מנחים במשולב את דיני הכיבוש : (א) העיקרון לפיו אין השימוש בכוח או הכיבוש מקנים ריבונות ואינם יכולים להוביל או לגרום להעברה או לשינוי כלשהו של ריבונות של שטח מסוים ; (ב) הכוח הכובש מופקד על ניהול החיים האזרחיים והציבוריים בשטח הכבוש ; (ג) כיבוש חייב להיות זמני.

“[A]n occupation that cannot be regarded as temporary defies both the principle of trust and of self-determination. The violation of any one of these [fundamental legal] principles [of the phenomenon of occupation], therefore, unlike the violation of a specific

norm that reflects them, renders an occupation illegal per se."

Orna Ben-Naftali, Aeyal M. Gross & Keren Michaeli, *Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory*, Berkeley Journal of International Law Vol. 23:3, 551 554-5

78. ביטוי לעיקרון היסוד לפיו אין השימוש בכוח יכול להוביל או לגרום להעברה או לשינוי כלשהו של ריבונות מצוי בסעיף 47 לאמנת ג'נבה הרביעית, אשר זו לשונו:

"מוגנים הנמצאים בשטח כבוש, לא ישללו מהם בשום פנים ואופן את ההנאות מהאמנה הזאת, בגלל כל שינוי שהונהג, עקב הכיבוש, במוסדותיו או בממשלתו של השטח הכבוש, ולא בגלל כל הסכם שנעשה בין רשויות השטחים הכבושים ובין המעצמה הכובשת, ולא בגלל סיפוחו של השטח הכבוש - כולו או מקצתו - על ידי אותה מעצמה".

79. ביטוי לעיקרון יסוד זה נמצא, בין היתר, גם בשורה ארוכה של החלטות של מוסדות האו"ם השונים אשר התייחסו באופן ישיר לניסיונות ישראל לספח אליה חלקים מן השטחים הכבושים ולהחיל עליהם את ריבונותה, ואשר ישראל בחרה להתעלם מהן לאורך השנים. ראו, למשל, את החלטת מועצת הביטחון מס' 478, מן ה-20 באוגוסט 1980, המתייחסת לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל:

"Reaffirming again that the acquisition of territory by force is inadmissible...

2. *Affirms that the enactment of the "basic law" by Israel constitutes a violation of international law...*

3. *Determines that the legislative and administrative measures and actions taken by Israel, the occupying Power, which have altered or purport to alter the character and status of the Holy City of Jerusalem, and in particular the recent "basic law" on Jerusalem, are null and void and must be rescinded forthwith;"*

UN Security Council Resolution 478, UNDOCS, available at:

<http://www.un.org/documents/sc/res/1980/scres80.htm>

80. ראו, גם, את החלטת מועצת הביטחון מס' 497, מן ה-17 בדצמבר 1981, המתייחסת לחוק רמת הגולן, התשמ"ב-1981, אשר החיל את המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה על שטח רמת הגולן:

“Reaffirming that the acquisition of territory by force is inadmissible, in accordance with the Charter of the United Nations, the principles of international law and relevant Security Council Resolutions

1. Decides that the Israeli decision to impose its laws, jurisdiction and administration in the occupied Syrian Golan Heights is null and void and without international legal effect...”

UN Security Council Resolution 478, UNDOCS, available at:

<http://www.un.org/Docs/scres/1981/scres81.htm>

81. גם בית משפט נכבד זה הכיר בעיקרון היסוד לפיו אין זה מסמכותו של המפקד הצבאי של שטח המוחזק בתפיסה לוחמתית (תוצאה של השימוש בכוח) להפעיל מערכת שיקולים שעניינה שיקולים מדיניים, סיפוח שטחים, או קביעת גבולות קבע של המדינה, קרי – שיקולים הנוגעים להקניית ריבונות או להעברה או לשינוי כלשהו של ריבונות של השטח המוחזק בתפיסה לוחמתית.

“אכן, על המפקד הצבאי של שטח המוחזק בתפיסה לוחמתית למצוא איזון בין צורכי הצבא, מזה, לבין צורכי התושבים המקומיים, מזה. במסגרת איזון עדין זה אין מקום למערכת שיקולים נוספת שעניינה שיקולים מדיניים, סיפוח שטחים או קביעת גבולות הקבע של המדינה. בית-המשפט העליון חזר והדגיש כי סמכויותיו של המפקד הצבאי הן זמניות מטבען, שכן התפיסה הלוחמתית היא זמנית מטבעה.”

(סעיף 27 לפסק דינו של הנשיא ברק, בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת

ישראל, פ"ד נח(5), 807, 830)

82. גם בפסק הדין בעתירה הראשונה הכיר בית המשפט הנכבד בתחולתו של עיקרון היסוד הנ"ל לעניין סמכויות המפקד הצבאי בנוגע לבניית גדר ההפרדה בכלל, ובנוגע לתוואי הגדר אשר נדון בעתירה הראשונה בפרט.

"15. האם מוסמך המפקד הצבאי, על-פי דיני התפיסה הלוחמתית, להורות על הקמת גדר הפרדה באזור יהודה והשומרון? בפרשת בית סוריק תשובתנו הייתה כי המפקד הצבאי אינו מוסמך להורות על הקמת גדר ההפרדה אם הטעם המונח ביסוד הקמת הגדר הוא טעם מדיני, שעניינו "סיפוח" שטחים מהאזור למדינת ישראל וקביעת גבולה המדיני של ישראל... וכך אמרנו בפרשת בית סוריק:

"המפקד הצבאי אינו מוסמך להורות על הקמת גדר ההפרדה אם טעמיו הם מדיניים-פוליטיים. גדר ההפרדה אינה יכולה לבוא מטעמים של 'סיפוח' שטחים מהאזור למדינת ישראל. מטרתה של גדר ההפרדה אינה יכולה להיות התוויית גבול מדיני... סמכויותיו של המפקד הצבאי הן זמניות מטבען, שכן התפיסה הלוחמתית היא זמנית מטיבעה. הסדרי הקבע אינם מענייניו של המפקד הצבאי... אין בעבור הזמן כדי להרחיב את סמכותו של המפקד הצבאי ולאפשר לו לשקול שיקולים שמעבר לעצם ניהולו הראוי של האזור הנתון לתפיסה לוחמתית" (שם, עמ' 829, 830).

(סעיף 15 לפסק דינו של הנשיא ברק בעתירה הראשונה)

(ב) תוואי הגדר מהווה סיפוח דה-פקטו של קרקעות לתוך תחום השליטה של מדינת ישראל - טענת העותרים בעתירה הראשונה

83. כפי שנטען במסגרת העתירה הראשונה, הגדר שנבנתה בתוך תחומי השטח הכבוש יוצרת הלכה למעשה חלוקה מחדש של השטח באופן שמתקיים מרחב רציף, נעדר מכשול / חומה / גדר, מהירדן ועד המובלעת ומרחב רציף נוסף מהגדר ועד לים.

84. בחלק העובדתי של העתירה הראשונה תוארו ההשלכות הכלכליות, התרבותיות, החברתיות והאחרות של חלוקה מחדש זו של השטח, וכן ניתוק הזיקה של התושבים החיים במובלעת מאלה שחיים מחוצה לה, היוצר ישות גיאוגרפית חדשה. כמו כן נטען, שהלכה למעשה יוצרת הגדר שינוי של קבע (או לכל הפחות: שינוי ארוך טווח) שמשמעותו היא סיפוח מעשי של הקרקעות שבמובלעת לקו הירוק, לתחום השליטה המוחלטת של מדינת ישראל.

(ג) היעדר החלטה בטענת הסיפוח דה-פקטו בפסק הדין בעתירה הראשונה

85. בפסק-הדין בעתירה הראשונה אמנם עסק בית המשפט הנכבד בטענה זו של העותרים, כי תוואי הגדר הנדון מהווה סיפוח מעשי של קרקעות לתחום השליטה המוחלטת של מדינת ישראל, אולם הדבר נעשה רק באופן עקיף, וללא התייחסות ישירה לטענות העותרים בדבר סיפוח דה פקטו (ראו, למשל, סעיפים 11, 80-82, 111 לפסק הדין, בהם מתוארות טענות העותרים).

86. גם בפירוט, הכלול בפסק-הדין בעתירה הראשונה, של תגובת המשיבים, אין כל התייחסות ישירה של בית המשפט הנכבד לטענות העותרים על היות הגדר בקטע הנדון סיפוח דה פקטו של שטח כבוש. כל שנאמר בעניין זה הוא, כי

"לדברי המשיבים, התוואי הנכחי של המכשול הוא זמני "

(סעיף 90 לפסק הדין).

87. התייחסות נוספת של בית המשפט הנכבד לסוגיית היות הגדר לא רק גדר ביטחונית, אלא כזו הנבנית מטעמים מדיניים הכוללים כוונות של סיפוח טריטוריאלי, נעשית באמצעות אזכור טענות בנדון המופיעות בשלושה מסמכים רלבנטיים אשר נכתבו בידי גופים בינלאומיים: שני דוחות של דווחים (rapporteurs) שמונו על-ידי נציבות זכויות האדם של האו"ם - מר ג'ון דוגארד (John Dugard) (להלן - דוח דוגארד) ומר ז'אן זיגלר (Jean Ziegler) (להלן - דוח זיגלר) וחוות-הדעת המייעצת של בית-הדין הבין-לאומי בהאג ([Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion \(International Court of Justice, July 9, 2004\), 43 IL M 1009 \(2004\).](#))

"44. דוח דוגארד פותח ומסיים בקביעה כי אין מנוס מההכרה בכך שמה שאנו עדים לו בגדה המערבית איננו אלא סיפוח טריטוריאלי של שטח פלסטיני על-ידי ישראל במסווה של שיקולי ביטחון... לדעת כותב הדוח, בניית החומה אינה אלא סיפוח שטחים דה-פקטו."

(סעיף 44 לפסק דינו של הנשיא ברק בעתירה הראשונה)

"45. זיגלר מכנה את גדר הביטחון כ"חומת האפרטהייד"... הדוח מציין שתוואי הגדר סוטה במידה ניכרת מגבולות הקו הירוק ומהווה סיפוח דה-פקטו של שטחים על-ידי ישראל... אם החומה תמשיך ותיבנה בהתאם לתכניות, היא תנגוס כמעט מחצית משטחה המיועד של המדינה הפלסטינית. בכך תסוכל

האפשרות להקים מדינה פלסטינית בת-קיימא, וממילא יהיה בכך כדי לשלול את זכותם של הפלסטינים למזון. ”

(סעיף 45 לפסק דינו של הנשיא ברק בעתירה הראשונה)

”בית-הדין הבין-לאומי בהאג קבע כי המדינה התופסת בתפיסה לוחמתית אינה רשאית לספח את השטח הנתון לתפיסה. זו הייתה גם עמדתו של בית-המשפט בפרשת בית סוריק.”

(סעיף 57 לפסק דינו של הנשיא ברק בעתירה הראשונה)

88. אלא שפרט לאזכורים שתוארו לעיל אין בית המשפט הנכבד קובע את עמדתו לנוכח הטענות בדבר היות הגדר בכלל, או למצער, התוואי הנדון בעתירה הראשונה, סיפוח למעשה. בית המשפט הנכבד לא ניתח את הראיות, הטענות והעובדות אשר נפרשו לפניו בעניין זה ואשר אף הרכיבו את החלק הארי של הטיעון בעל-פה.

89. ההתייחסות המעטה היחידה שקיימת בפסק-הדין בעתירה הראשונה לטענת הסיפוח דה-פקטו, נעשית בהתייחסו לחוות-הדעת המייעצת של בית-הדין הבין-לאומי בהאג. כך, מעיר בית המשפט הנכבד, כי בית הדין היה יכול לקבוע, כי המניע העומד ביסוד הקמתה של הגדר הוא פוליטי ולא ביטחוני, וכי כוונתה של ממשלת ישראל בהקמתה היא לספח לישראל את החלקים של הגדה המערבית המונחים בחלק ה”ישראלי” של הגדר, אולם בית המשפט קובע כי בית-הדין לא עשה כן בסופו של דבר, אלא רק ”התקרב” לכך ביותר:

”71. כמובן, בית-הדין הבין-לאומי בהאג היה יכול לכאורה לקבוע כי על בסיס בחינה של מכלול הגדר הוא הגיע למסקנה כי המניע המונח ביסוד הקמתה הוא פוליטי ולא ביטחוני, וכי כוונתה של ממשלת ישראל בהקמת הגדר הוא ברצונה לספח לישראל את החלקים של הגדה המערבית המונחים בחלק ה”ישראלי” של הגדר. אך בית-הדין לא עשה כן, ואף לא הונחה בפניו תשתית עובדתית אשר אפשרה לו לומר זאת. בית-הדין התקרב ביותר לגישה זו, בציינו:

“Whilst the Court notes the assurance given by Israel that the construction of the wall does not amount to annexation and that the wall is of a temporary nature... it nevertheless cannot remain indifferent to certain fears expressed to it that the route of the wall will prejudice the future frontier between Israel and Palestine, and the fear that Israel may integrate the settlements and their

means of access. The Court considers that the construction of the wall and its associated regime create a 'fait accompli' on the ground that could well become permanent, in which case, and notwithstanding the formal characterization of the wall by Israel, it would be "tantamount to de facto annexation" (para. 121)".

(סעיף 71 לפסק דינו של הנשיא ברק בעתירה הראשונה)

90. כך, אם-כן, אין בפסק הדין של בית המשפט הנכבד בעתירה הראשונה כל החלטה באשר לטענת העותרים, כי הלכה למעשה יוצרת הגדר שינוי של קבע (או לכל הפחות: שינוי ארוך טווח) שמשמעותו היא סיפוח מעשי של הקרקעות שבמובלעת אלפי מנשה לקו הירוק, לתחום השליטה המוחלטת של מדינת ישראל.

91. ונדגיש: הקביעה בפסק-הדין כי ההחלטה על הקמת הגדר נבעה ממניעים ביטחוניים (ועל-כן לגיטימיים) אינה מוציאה ואינה פותרת את טענת הסיפוח-למעשה. שהרי, לכאורה, אף אם הגדר הוקמה לשרת מטרה ביטחונית היא עשויה ליצור בפועל סיפוח ובשל תוצאתה זו היא תהיה בלתי-חוקית. על טענה זו לא השיב בית המשפט הנכבד ועל-כן אין מעשה בית-דין בסוגייה זו שאמורה להיבחן בהתאם לעובדות וראיות קונקרטיות לגבי כל מקטע גדר.

(ד) יצירת סיפוח דה-פקטו במובלעת אלפי מנשה החדשה - מהכלל אל הפרט

92. לטענת העותרים, תוואי הגדר החלופי, אשר אושר על-ידי המשיבים לאחר שבית המשפט הנכבד פסל בפסק דינו בעתירה הראשונה את התוואי הקודם, ואשר הינו תוצאה של עבודת המטה שבוצעה בעקבות פסק-הדין, דומה מאוד לתוואי הקודם שנפסל.

93. זהו תוואי פוגעני ביותר, אשר ממשיך לכלוא שניים מכפרי המובלעת ב"צד הישראלי" של הגדר ולנתק את הכפרים מחלקים נרחבים של אדמותיהם. כמו-כן התוואי החדש משרת מטרות שהוכרוזו על-ידי בית משפט נכבד זה כבלתי לגיטימיות באשר הן אינן ביטחוניות.

94. המדובר בתוואי שנועד ליצור, ויוצר בפועל, רצף טריטוריאלי בין מדינת ישראל וההתנחלות אלפי מנשה, כאשר ה"בלון" שנוצר ממערב לגדר הופך לחלק מ"מרחב התפר" בו חל משטר ההיתרים המאפשר לישראלים ותיירים לנוע בו, אליו וממנו בחופשיות ולעומת זאת מטיל הגבלות קשות על פלסטינים שאינם רשאים להיכנס אליו ללא היתר.

95. הלכה למעשה יוצרת הגדר שינוי של קבע (או לכל הפחות: שינוי ארוך טווח) שמשמעותו היא סיפוח מעשי של הקרקעות שבמובלעת לקו הירוק, לתחום השליטה המוחלטת של

מדינת ישראל. משפט המובלעות שכבר חל על התושבים היהודיים של קרקעות אלה הפוך לאבן שואבת של חקיקה ישראלית שתחול בו ומצאנו עצמנו מספחים אדמות שנתפסו בכוח הזרוע.

96. התוואי קושר את תא השטח של המובלעת למדינת ישראל באופן שחברתית, כלכלית, ומשפטית המובלעת מתחברת לישראל ומתנתקת מהגדה המערבית.

97. **בכל אספקט שנבחן את תא השטח הכלול במובלעת, נגלה כי הגדר פורמת את הקשרים של שטח זה לגדה המערבית וקושרת אותו למדינת ישראל. המסחר עם הגדה נעצר, המסחר עם ישראל מתחזק, הדרכים המובילות לגדה נחסמות, הדרכים לישראל מעובות, משפט הגדה נחלש, המשפט הישראלי מיובא באמצעות החלה פרסונאלית, הדמוגרפיה מעוצבת מחדש ובכל מובן מתרחשת "ישראלזציה" של השטח.**

98. בכך יוצר התוואי (באמצעות צו התפיסה) סיפוח דה-פקטו של המובלעת למדינת ישראל שברור וידוע כי סיפוח שכזה אינו חוקי על-פי עקרונות המשפט הבינלאומי ודיני הכיבוש.

99. **ונזכיר את כוונת המשיבים, כפי שנתגלתה בתשובה להשגה, להעביר את שני כפרי המובלעת הפלסטינים לאתר חלופי מחוצה לה ובכך להשלים את ה'יהוד' וה'ישראלזציה' הדמוגרפית של המובלעת.**

100. עובדה זו גם היא מלמדת על כוונת סיפוח ולחלופין על יצירת סיפוח-למעשה של השטח שממערב לתוואי.

101. לפיכך, התוואי המוצע וצווי התפיסה שביסודו – אינם חוקיים.

102. כאמור, בפסק-דינו בעתירה הראשונה, שבו פסל את התוואי הקיים, לא קבע בית המשפט הגבוה לצדק קביעות ברורות בעניין טענה זו של סיפוח דה-פקטו. הטענה אמנם הועלתה בדיונים על-ידי הח"מ אך לא זכתה לדיון ממצה בפסק-הדין ועל-כן, להבנתנו, אין בעניין קביעה שיפוטית ויש מקום לבחון אותה כעת ולחרוץ לגביה את הדין.

103. גם מטעם זה פרויקט המובלעת מנוגד לעקרונות המשפט הבינלאומי ודינו להתבטל.

III. היעדרו של צורך צבאי

(א) מהות הטענה

104. היות שהוכרע בעתירה הראשונה כי הגנה על התנחלויות נכנסת לגדרי "הצורך הצבאי" הקבוע במשפט ההומניטארי כחריג לאיסור פגיעה בזכויות יסוד מסויימות של אזרחים

מוגנים, נבקש כאן לטעון כי לכל הפחות על בית המשפט לאמץ גישה מצמצמת הרואה רק בחלקים הבנויים ומאוכלסים של ההתנחלות נושא לגיטימי של הצורך הביטחוני כאמור.

105. נזכיר כי המשפט הבינלאומי בעצמו מפרש את מושג "הצורך הצבאי" תוך אימוץ המטרות הלגיטימיות של שימוש בכוח הקבועות במגילת האו"ם:

*The changes in the ius ad bellum brought about by the UN Charter have added a new dimension to this principle of **military necessity**. Prior to 1945, once a state was justified in going to war it was invariably entitled to seek the complete submission of its adversary and to employ all force, subject only to constraints of humanitarian law, to achieve that goal. That is no longer permissible. Under the UN Charter, a state which is entitled to exercise the right of self-defense is **justified only in seeking to achieve the goals of defending itself and guaranteeing its future security**"*

(D. Fleck, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, (OUP, 1999) paragraph 130 (2), our emphasis).

106. הנה כי-כן, "הצורך הצבאי" נגזר מהזכות להגנה עצמית של מדינות, וזה מתפרש על הגנת המדינה ואולי גם על הגנת הכח הלוחם עצמו.

107. בית המשפט הנכבד פירש את המונח כמתפרש על הגנת תושבי המעצמה הכובשת החיים בשטח הכבוש (מתנחלים).

108. אלא שבמקרה זה החליטו גורמי הביטחון כי הגדר שתוקם תגן גם על שכונות עתידיות שטרם נבנו וטרם אוכלסו ואולי לא ייבנו ולא יאוכלסו לעולם!!

109. קביעת תוואי גדר המתחשבת בקריטריונים מסוג זה אינה תואמת את השיקולים אשר נקבעו זה מכבר על ידי בית משפט הנכבד בעתירות קודמות שדנו בגדר ואף בעתירה הראשונה. כך למשל ברשימת השיקולים הרלבנטיים שפורטו בעתירת הכפר בידן, נעדר ולא במקרה עניינם של שכונות ותושבים עתידיים:

"בבואו לשקול את תוואי הגדר על המפקד הצבאי לשקול מספר שיקולים. השיקול הראשון הוא השיקול הביטחוני-צבאי, מכוחו רשאי המפקד הצבאי לשקול שיקולים שעניינם ההגנה על ביטחון המדינה וביטחון הצבא. השיקול השני עניינו טובתם של בני האוכלוסיה הערבית המקומית

שהנם "תושבים מוגנים". על המפקד הצבאי להגן על זכויות האדם המקובלות במשפט הבינלאומי של כל אחד מבני האוכלוסיה המקומית ... שלישית, על המפקד הצבאי להגן על זכויות האדם המעוגנות בדין הישראלי של ישראלים הגרים ביישובים ישראליים באזור"...

(בג"ץ 426/05 מועצת הכפר בידו נ' ממשלת ישראל ואח', פס"ד מיום 10.09.06 (טרם פורסם), פס"ד של כבוד הנשיא (בדימוס) א' ברק, פסקה 10; ההדגשה שלי, מ.ס.).

110. אם כן, במסגרת השיקולים שעל המפקד הצבאי לשקול קיימים שיקולים צבאיים ושיקולי ביטחון שנועדו להגן על ביטחון המדינה, על האוכלוסיה הפלסטינית המקומית ועל זכויות האדם של הישראלים הגרים ביישובים באזור - "גרים" ולא: "יגורו".

111. יתרה מכך, רק לאחרונה פסל בית משפט נכבד זה תוואי גדר אשר תוכנן ונבנה משיקולים של הרחבה עתידית תוך התחשבות בתוכניות מתאר שטרם מומשו ושמעולם לא אושרו - ולא מן השיקולים שנמנו לעיל, ראו: בג"ץ 2732/05 ראש מועצת עזון ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פס"ד מיום 15.06.06 (טרם פורסם), פס"ד של כבוד הנשיא (בדימוס) א' ברק, פסקאות 4-6; ראו גם בפסק-הדין בעתירה הראשונה, פסקה 113).

112. ויש לדבר הגיון: מתיחת "הצורך הצבאי" באופן שיכלול לא רק שטחים בנויים והגנה על אנשים בשר ודם המתגוררים דרך קבע במקום לו מעניקים הגנה, יחתור תחת הרציונאל שהעניק בית המשפט הנכבד הזה לחוקיות גדר ההפרדה וכשיר הלכה למעשה תוואי מדיני.

(ב) מן הכלל אל הפרט

113. לפחות בשני אלו לקה התוואי בשיקולים שאינם של צורך צבאי: (1) התוואי ביקש לכלול את השכונה המתוכננת "גבעת טל" שבפינה הדרום-מזרחית למרות שמדובר בשכונה עתידית שאושרה כבר לפני תשע שנים ובחלקה הגדול טרם נבנתה ובוודאי שטרם אוכלסה; (2) התוואי הושפע באופן משמעותי בחלקו הדרומי מהכוונה לסלול כביש לאורך אלפי מנשה מדרום.

114. שני אלו, ייטען להלן, אינם שיקולי צורך צבאי ועל-כן התוואי שנבחר כדי לשרתם אינו חוקי.

115. כאמור, חלקה הדרומי של החלופה שנבחרה עובר בצידו הדרומי של הוואדי, רחוק עד כמה שניתן מאלפי מנשה וקרוב ביותר לראס א-טירה, למעשה מספר מטרים בודדים מבתי הכפר.

116. העותרים מכירים את הלוגיקה הביטחונית לפיה יש להרחיק את הגדר מבתי ההתנחלויות כדי לשמור על טווח ביטחון ולאפשר מרחב רדיפה. אולם, במקרה הנוכחי הלוגיקה הזו אינה מתקיימת בשל העובדה כי שכונות אלפי מנשה גובלות מדרום במצוק ומספר מטרים בלבד אחרי בתיה הדרומיים ביותר ישנו מדרון תלול היורד אל תוך הוואדי שמצידו השני מתוכנן תוואי הגדר. בשל קיומו של מדרון זה מתבטל הצורך במרחב הביטחון הנוסף.

117. כלומר, בתי השכונות של ההתנחלות אשר גובלות בואדי התלול נהנות מ"חומת מגן טבעית".

118. במצב דברים זה אין מניעה לקרב את הגדר לבתי ההתנחלות, כפי שהמשיבים עצמם הצהירו בבג"צ 1348/05, 3290/05 ד"ר שאהר אבדלקאדר שתייה, ראש מועצת סלפית ואח' נ' מדינת ישראל ואח'. בתיק זה שעסק בגדר ההפרדה סביב אריאל, הסבירו המשיבים את ההיגיון שבהרחקת הגדר מבתי ההתנחלות ועם-זאת ציינו לגבי החלק הצפוני של התוואי, שהוצמד לבתי ההתנחלות כי:

"הגדר מסביב לאריאל מוקמת בשים לב למאפיינים הטופוגרפיים של השטח, בטווח סביר מבתיה הקיצוניים של העיר.

כך, המבנה הטופוגרפי של הישוב, המצוי על רכס המשתרע ממערב למזרח, איפשר לקרב את הגדר בצידה הצפוני של העיר לבתים הקיצוניים של העיר, שכן מצפון לעיר השטח משתפל בתלילות רבה כלפי צפון..."

(פסקה 57 להודעה המשלימה מטעם המשיבים בבג"צ 3290/05, 1348/05, מיום 31.1.2006; מצ"ב ומסומן נספח י').

119. בשל כך, סבורים העותרים כי אין כל הצדקה ביטחונית למיקומו של התוואי דווקא בצידו הדרומי של הוואדי ומספר מטרים בודדים מבתיה הצפוניים של ראס א-טירה, תוך סיפוח דונמים רבים של אדמה חקלאית שתוצרתה מפרנסת מאות אנשים.

120. למעשה, העברת התוואי בצידו הדרומי של הוואדי לא נועדה להרחקתו מבתי אלפי מנשה כי-אם לאפשר סלילת כביש קרני שומרון-אלפי מנשה בתוך הוואדי. התחשבות בגורם זה - שהנו גורם תכנוני גרידא ואין בו שמץ של טענה ביטחונית - אינה חוקית, אינה מידתית ואינה עומדת בקריטריונים שהותוו על ידי בית משפט זה כאשר פסל את התוואי הקודם.

121. תוקפם של דברים אלה גובר נוכח החלופה התעבורתית הקיימת, קרי, מעבר דרך אלפי מנשה.

122. כך גם לגבי הפינה הדרום-מזרחית של התוואי. שם הגדר מרוחקת מאוד מבתי אלפי מנשה הבנויים והמאוכלסים וזאת על מנת לאפשר בעתיד את הקמת השכונה "גבעת טל".

123. למיטב ידיעת העותרים, התכנית לבניית השכונה המדוברת (115/8) אושרה בשנת 1998, וכללה כ-1400 יחידות דיור. למרות זאת עד היום החלה בנייתם של 288 יחידות בלבד שהוא שלב א' של התכנית, ואילו שלב ב' – המזרחי יותר – טרם החלה כל בנייה.

124. במצב דברים זה, כאשר המדובר בתכנית ישנה שלא מומשה, וממילא ברובה הגדול טרם החלו עבודות כלשהן, ההתחשבות בה אינה בגדר צורך צבאי של הגנה על התנחלות ומתנחלים שחיים במקום.

IV. פגיעה בלתי מידתית בזכויות יסוד

(א) מהות הטענה

125. אין חולק, ולא יכול להיות חולק, שהמובלעת בתוואי שבו תהיה קיימת על-פי צו התפיסה, יוצרת פגיעה אנושה בחופש התנועה, בזכות לפרנסה, לכבוד ולשוויון, ולגבי שני הכפרים הצפוניים גם בזכות לחינוך, לבריאות, ועוד.

126. המדובר בפגיעה בלתי נחוצה בזכויות יסוד המעוגנות הן במשפט הבינלאומי של דיני התפיסה הלוחמתית והן במשפט זכויות האדם הבינלאומי ולבסוף במשפט החוקתי והמינהלי הישראלי. ככזו המובלעת אינה חוקית שכן אינה מקיימת את עקרון המידתיות בשלושת משוריו:

א. אין קשר רציונאלי בין הפגיעה למטרה שהיא אמורה להשיג;

ב. ניתן להשיג את המטרה בדרך פוגענית פחות;

ג. הפגיעה אינה פרופורציונית לאינטרס שעומד בבסיסה.

127. עקרון המידתיות קיים בשלושת השדות המשפטיים הנוגעים לענייננו (משפט הומניטרי בינלאומי, משפט זכויות האדם הבינלאומי ומשפט מנהלי ישראלי). אכן, אין פגיעה חוקית בזכויות יסוד (במקרים שחריגים חוקיים מאפשרים פגיעה כזו) ללא מילוי הדרישה שהפגיעה תהיה האמצעי היחיד האפשרי, שאין לו תחליף ושהפגיעה אינה עולה על הנדרש. ומבחינה אלה מקובלים לא רק במשפט ההומניטרי הבינלאומי ובמשפט זכויות האדם הבינלאומי אלא גם במשפט החוקתי של מדינות וכמובן גם במשפטנו (ראו סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שלנו).

128. נעבור לבחון את שלושת מבחני המשנה האמורים של המדתיים על-פי אמות המידה שנקבעו בפרשת בית סוריק.

(ב) הכפרים בצפון המובלעת

129. בפסק דינו בעתירה הראשונה פסק בית המשפט הנכבד כי הפגיעה בתושבי כפרי המובלעת היא פגיעה קשה ובלתי מידתית וכוללת, בין היתר, פגיעה במרכיבים מרכזיים של מרקם החיים כגון חינוך, בריאות, תעסוקה, תנועה וקשרים חברתיים.

130. **ככל שהדברים נוגעים לכפרים ערב אבו פרדה וערב א-רמאדין ממשיכות אותן הפגיעות להתקיים במלואן וביתר שאת, היות שהחלופה שנבחרה הותירה אותם לבדם בתוך המובלעת.**

131. **ונזכיר את הדברים שאמר בית המשפט הנכבד על המצב במובלעת:**

"אכן, חיי התושבים בתוואי הקיים קשים הם. המובלעת יוצרת טבעת חנק סביב הכפרים. היא פוגעת קשות בכל מירקם החיים".

(פסקה 113 לפסק-דינו של הנשיא בדימי ברק)

132. הותרת שני הכפרים הקטנים ביותר של המובלעת בתוככי המובלעת יוצרת פגיעה חמורה עוד מזו שהייתה קודם לכן שכן היא מוסיפה על ניתוקם מקלקיליה ושאר חלקי הגדה את ניתוקם משלושת הכפרים שקודם לכן היו במובלעת (ראס א-טירה, מעארת א-דבעה וואדי א-ראשה).

(ג) הכפרים בדרום המובלעת

133. כאמור, הקמת הגדר בהתאם לחלופה החדשה תיצור פגיעה חמורה במרקם חייהם של תושבי הכפרים ראס א-טירה, וואדי א-ראשה וא-דעבה, שעיקרה הותרת אדמות חקלאיות מעבר לגדר ועל כן ניתוקן בפועל מבעליהן אשר מתפרנסים מעיבודן, פגיעה בחופש התנועה שבין הכפרים וסיכון חיי התושבים בשל הקירבה של הגדר לבתיהם.

134. המדובר אם כן, בפגיעה בזכות לפרנסה, לחופש תנועה ולביטחון.

135. העותרים יטענו כי הפגיעה אינה עומדת בשלושת תנאי מבחן המידתיים כפי שנקבעו בפס"ד בית סוריק (ראו: בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואחרים נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נח(5) 807, 839-840).

מבחן המשנה הראשון: קשר רציונאלי בין הפגיעה למטרה שהיא אמורה להשיג

136. העברת תוואי הגדר בצידו הדרומי של הוואדי נועדה להשיג טווח ביטחון ומרחב רדיפה. כפי שהוסבר מעלה, קיומו של המדרון התלול מבטל את הצורך במרחב ביטחון.

137. בנוסף, מיקומו של התוואי מצידו הדרומי של הוואדי נועדה לאפשר את סלילת כביש קרני שומרון – אלפי מנשה אולם כפי שהוסבר מעלה, אין המדובר בשיקול לגיטימי, שכן מדובר בשיקול תכנוני ולא ביטחוני.

138. אם כן, אין קשר רציונאלי בין הפגיעה שגלומה בסיפוחם של מאות דונמים של אדמות חקלאיות לבין המטרה הביטחונית שעמדה בבסיס השיקולים בבחירת התוואי.

מבחן המשנה השני: האמצעי שפגיעתו פחותה

139. העברת תוואי הגדר בצידו הדרומי של הוואדי אינה ממלאה אחר העיקרון של שימוש באמצעי שפגיעתו פחותה ביותר (ושעדיין משיג את המטרה) שכן, כפי שהוסבר, ניתן לקבוע את תוואי הגדר במורד הוואדי (בצמוד לכביש הסלול) ובכך למנוע את הסיפוח של האדמות בצד הדרומי של הוואדי.

140. כמו כן, מיקום התוואי במורד יקטין את הסיכון שאליו ייחשפו תושבי הכפרים כמוסבר לעיל באשר התוואי הנוכחי של הגדר ממוקם מטרים בודדים מבתיהם (בכפרים ראס א-טירה וואדי א-ראשה).

מבחן המשנה השלישי: מידתיות במובן הצר

141. מבחן המשנה השלישי בוחן את מחיר הבחירה בחלופה האחרת. בפסק דינו בעתירה הראשונה ציין בית המשפט -

"כדי להשיב על שאלה זו יש לקבוע אם לתוואי הקיים של גדר ההפרדה במובלעת אלפי מנשה יש תוואי חלופי המעניק לישראלים (בישראל ובאלפי מנשה) את מידת הביטחון הנדרשת. אם תוואי חלופי כזה קיים, יש לבדוק את מידת פגיעתו במרקם החיים של תושבי הכפרים. כך למשל אם אפשרי הוא, על-פי שיקולי הביטחון, לצמצם את תוואי הגדר באופן שהמובלעת תכלול את אלפי מנשה בלבד, כי אז אין כל ספק שתוספת הביטחון המושגת על-ידי התוואי הקיים (בהשוואה לתוואי החלופי) אינה שקולה כנגד תוספת הפגיעה שהתוואי הקיים (בהשוואה לתוואי החלופי) גורם לתושבים המקומיים".

(פסקה 115).

142. בית המשפט הנכבד השאיר את בחינת קיומו של מבחן משנה זה בצריך עיון תוך התמקדות במבחן המשנה השני, היינו בבחינת האפשרות של צמצום היקף המובלעת, תוך שקבע כי בקביעת התוואי הראשון לא נבחן לפרטיו תוואי חלופי שיוכל להבטיח את הביטחון, ושפגיעתו בתושבי הכפרים קטנה יותר.

143. ואולם, גם אם החלופה נשוא עתירה זו צמצמה במידה מסויימת את היקף הפגיעה לגבי שלושה מתוך חמשת הכפרים, בחינת הדברים מלמדת כי החלופה עדיין יוצרת פגיעה חמורה ורבה הן בקניינם של התושבים, הן ביכולת הפרנסה שלהם והן בביטחונם האישי ובחופש התנועה שלהם. הפגיעה בוודאי לא צומצמה למינימום ההכרחי וגם כעת קיימות חלופות אחרות אשר פגיעתן פחותה, למשל העברת התוואי במדרון הוואדי וביטול הכביש הדרומי תוך שימוש בכביש הקיים כיום אשר עובר דרך אלפי מנשה.

144. יודגש כי אין בדברים אלה בכדי לרמז שהעותרים מקבלים כי יש חלופה חוקית כלשהי למעט גדר על הקו הירוק.

(ד) איסור פגיעה בזכויות – תחולת משפט זכויות האדם הבינלאומי

145. גם משפט זכויות האדם הבינלאומי מגן על זכויותיהם של מי שמצאו עצמם תחת כיבוש זר. מדינת ישראל, שחתמה על אמנת האו"ם הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות (1966) ועל אמנת האו"ם בדבר זכויות כלכליות וחברתיות (1966) ואשררה אותן, הביעה עמדתה בפני גורמים בינלאומיים וגם בבית משפט נכבד זה כי שדה משפטי זה חל רק בתוך תחומי המדינה ורק בימי שלום.

146. העותרים אינם מקבלים עמדה זו שאינה עולה בקנה אחד עם המטרה והתכלית של אמנות בדבר זכויות אדם ("מטרה ותכלית" היא עקרון פרשני ראשון במעלה של המשפט הבינלאומי – ראו סעיף 31 לאמנת האמנות, אמנת וינה).

147. הקהילה הבינלאומית גם היא אינה מקבלת עמדה זו של מדינת ישראל, וכל גופי האו"ם הפועלים לאכיפת אמנות זכויות אדם חוזרים על עמדה זו פעם אחר פעם בדוחותיהם.

148. עמדה זו של המשיבים גם נדחתה ע"י בית הדין הבינלאומי לצדק בהחלטתו הנוגעת לחומת הפרדה (ראו פסקאות 102-113 לפסק-הדין).

149. בנוסף ראו החלטת בית המשפט האירופי לזכויות אדם שקבע את מבחן "השליטה האפקטיבית" כמכריע בדבר הגבולות הגיאוגרפיים של תחולת האמנה האירופית בדבר זכויות האדם וחירויותיו הבסיסיות, מבחינתה של חברה חתומה:

Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections), Decision of the 23rd of February 1995, Paragraph 62.

150. בפסק דינו של בית המשפט הנכבד בעתירה הראשונה, בדומה לפסיקותיו בעניינים דומים אחרים בעבר, לא הוכרעה שאלת תחולתם של דיני זכויות האדם הבינלאומיים על תושבי השטחים הכבושים המוגנים והושארה בצריך עיון. עם זאת, הניח בית המשפט כי אמנות הבין-לאומיות בדבר זכויות האדם חלות באזור.

"השיקול הראשון שבו מכיר המשפט הבין-לאומי הוא השיקול הביטחוני-צבאי... השיקול השני עניינו, במסגרת העתירה שלפנינו, טובתה של האוכלוסייה הערבית המקומית. על כבוד האדם של כל אחד מבני האוכלוסייה, לרבות המקומית, על המפקד הצבאי להגן..."

זכויות האדם של התושבים המקומיים כוללות את מגוון זכויות האדם. עמדה על כך חברתי השופטת א' פרוקצ'יה, בציינה:

"במסגרת אחריותו לרווחת תושבי האזור על המפקד לשקוד גם על מתן הגנה ראויה לזכויות אדם חוקתיות של תושבי המקום במגבלות שהתנאים והנסיבות העובדתיות בשטח מקיימים... בכלל הזכויות החוקתיות המוגנות מצויות הזכויות לחופש תנועה, חופש דת ופולחן וזכות הקניין. על מפקד האזור לעשות שימוש בסמכויותיו לשמירת הביטחון והסדר הציבורי באזור תוך הגנה על זכויות האדם" (פרשת הס, עמ' 461).

(סעיף 24 לפסק דינו של הנשיא ברק בעתירה הראשונה)

"האם ניתן לעגן את זכויותיהם של התושבים המוגנים באמנות הבין-לאומיות בדבר זכויות האדם, ובמרכזן האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מ-1966, אשר ישראל היא צד לה...? בית-הדין הבין-לאומי בהאג קבע בחוות-דעתו כי אמנות אלה חלות באזור הנתון לתפיסה לוחמתית. כאשר שאלה זו התעוררה בעבר בבית-המשפט העליון, היא הושארה פתוחה תוך שבית-המשפט היה נכון, בלא להכריע בדבר, לסמוך עצמו על האמנות הבין-לאומיות..."

גישה דומה ננקוט גם אנו. אכן, במסגרת העתירה שלפנינו אין אנו צריכים לנקוט עמדה בשאלת תחולתן של האמנות הבין-לאומיות בעניין זכויות האדם באזור. כן לא נבחן את יחסי הגומלין בין המשפט הבין-לאומי ההומניטרי לבין המשפט הבין-

לאומי בדבר זכויות האדם... עם זאת נניח – בלא להכריע בדבר
– כי האמנות הבין-לאומיות בדבר זכויות האדם חלות באזור. ”

(סעיף 27 לפסק דינו של הנשיא ברק בעתירה הראשונה)

151. לא זו אף זו, בית המשפט הנכבד קבע בעבר, כי חובת מפקד האזור לשמור על ביטחון
חייהם ועל זכויות האדם של כל תושבי השטחים בלא הבחנה בדבר זהותם – יהודים,
ערבים או זרים :

”בצד אחריותו של מפקד האזור להבטיח את ביטחון הכוח
הצבאי שהוא מופקד עליו, עליו לדאוג לשלום, לביטחונם,
ולרווחתם של תושבי האזור. חובה זו חלה עליו ביחס לכל
התושבים בלא הבחנה בדבר זהותם – יהודים, ערבים או זרים.
שאלת חוקיות ישיבתם באזור של גורמי אוכלוסיה שונים אינה
עומדת כיום להכרעה בפנינו. מעצם ישיבתם במקום נגזרת חובת
מפקד האזור לשמור על ביטחון חייהם ועל זכויות האדם שלהם.
הדבר משתלב בפן ההומניטרי שבאחריות הכוח הצבאי בתפיסה
הלוחמתית”.

(סעיף 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל
בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443)

152. מכל האמור עולה כי משפט זכויות האדם הבינלאומי גם הוא חל על עתירה זו והאיסורים
על פגיעה בזכויות היסוד של העותרים ושכניהם, נובע גם ממנו.

V. אי-יישום פסק-הדין בבג"צ 7957/04 (העתירה הראשונה)

153. העותרים יטענו בנוסף, כי התוואי שנבחר אינו מיישם את הצו המוחלט שניתן ביום
15.9.2005 בעתירה הראשונה. לשם הנוחיות נזכיר שנית את מילות הצו :

”אשר-על-כן אנו עושים את הצו-על-תנאי למוחלט באופן הזה :
על המשיבים 1-4 לשקול מחדש, בתוך זמן סביר, את החלופות
השונות של תוואי גדר ההפרדה באלפי מנשה תוך שעליהם לבחון
חלופות ביטחוניות הפוגעות פחות בחיי התושבים של כפרי
המובלעת. בהקשר זה יש לבחון את החלופה שלפיה המובלעת
תכלול את אלפי מנשה בלבד וכביש מחבר לישראל תוך העתקת
הכביש הקיים המחבר בין אלפי מנשה לבין ישראל למקום אחר
בדרום המובלעת”.

154. להבנתנו, התוואי החדש כפי שעולה מצו התפיסה (נספח ב') אינו עונה על הקריטריונים של הצו המוחלט באשר:

א. הוא אינו יוצר מובלעת הכוללת את אלפי מנשה **בלבד**.

ב. הוא אינו מפחית את הפגיעה בחיי התושבים: לגבי שני כפרים הוא **מעצים** אותה ולגבי שלושה הכפרים האחרים הוא מחליף פגיעות מסוג אחד בפגיעות אחרות שכולן חמורות.

155. בנוסף, החלופה המוצעת אינה עומדת ברוח פסק-הדין.

156. בית המשפט הנכבד בהרכב מורחב ניסה בעתירה הקודמת לנווט את המשיבים מתפיסתם הרואה בביטחון ובשאיפות המתנחלים חזות הכל לנקודת איזון המתחשבת בצרכי החיים של האוכלוסייה הפלסטינית הנפגעת מהקמת הגדר.

157. בעניינה של מובלעת אלפי מנשה נתן בית המשפט הנכבד הזדמנות לרשויות לתקן את העוול שגרמו ולשרטט תוואי חדש אשר יעמוד בדרישה להקטין עד כמה שניתן את הפגיעה באוכלוסייה.

158. מה שקיבלנו הינו תוואי שמוותר (בלית ברירה!) רק על הפינה הדרום-מערבית של המובלעת – עליה נקבע מפורשות בפסק-הדין כי היא אינה חוקית ולא יכולה להיות חוקית, ותו לא. שום ניסיון לא נעשה למנוע פגיעה באדמות הכפרים ובפרנסתם. כל חלום של אלפי מנשה התקבל באהדה: כך הרעיון להקים שכונה בחלק הדרום מזרחי של התוואי, כך הרצון לסלול כביש מדרום להתנחלות, כך הרצון לכלול את הואדי (על שני צדדיו) במובלעת. המשיבים לא התחשבו בשום דרישה של העותרים והתיקון היחיד שהתבצע הוא זה שעליו כבר הוכרע בבית משפט נכבד זה!

ז. סוף דבר

159. מאז החלו עתירות בנוגע לגדר ההפרדה לזרום לבית המשפט הנכבד חלפו מספר שנים. בית המשפט קיבל מספר עתירות וגרם לכך שתוואי הגדר השתנה בחלק מהמקומות, אם באמצעות צווים ואם בשל הבנה של המשיבים כי תוואים מסוימים לא יעמדו בביקורת השיפוטית.

160. אחד המקרים בהם פסל בית המשפט הנכבד תוואי גדר, הוא המקרה של מובלעת אלפי מנשה. בית המשפט פסל את התוואי כיוון שסבר שהפגיעה בחייהם של העותרים ואנשי כפריהם יהפכו לבלתי נסבלים כתוצאה ממנו וכי ניתן להקים גדר בתוואי פוגעני פחות.

161. קבלת התוואי החדש המוצע תרוקן מתוכן את ההשלכות המעשיות של פסק-הדין בעתירה הראשונה ותהפוך אותו לפסק-דין המסייע למרקם החיים רק על הנייר.

162. בעתירה זו מבקשים העותרים מבית המשפט הנכבד לעקוב אחר יישום פסק-דינו, לוודא שהמסר שיצא מירושלים ייקלט באמת הן בבית-אל והן בקריה בתל-אביב.

לאור כל האמור ומכל הטעמים שהוזכרו, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית עתירה זו ולאחר קבלת תשובת המשיבים להופכו למוחלט. בנוסף מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרים ובשכ"ט עו"ד בתוספת מע"מ כחוק.

ואלה הנימוקים לבקשה לצו ביניים:

כפי שנטען בחלק העובדתי של כתב העתירה, הקמת הגדר החדשה תפגע באורח ישיר בכ- 350 דונם אדמות שרובן מעובדות ותגרום גם לפגיעה נוספת בשטחים נרחבים המצויים במדרון הוואדי שבין ההתנחלות אלפי מנשה לכפרים שבדרום המובלעת.

מאות דונמים נוספים יפגעו מסלילת הכביש המתוכנן קרני שומרון – אלפי מנשה, שכפי שהוסבר לעיל הינו חלק אינטגרלי של התוואי.

בנוסף, טרם נקבעו הפרטים בדבר הקמת שערים בגדר המתוכננת ונהלים בנוגע לשעות פתיחתם. במצב דברים זה הקמת הגדר תגרום לניתוק תושבי הכפרים העותרים מאדמותיהם שתיוותרנה מעבר לגדר.

לעומת זאת, לא תיגרם כל פגיעה בביטחון מעיכוב התחלת הבנייה של הגדר המתוכננת, שהרי במקום קיימת גדר והיא הגדר שנפסלה על-ידי בית המשפט הנכבד בעתירה הראשונה. **למעשה, בעתירתם לצו ביניים גוזרים העותרים על עצמם להמשיך לחיות בתנאים הקשים של הגדר הקיימת והם מקבלים זאת על עצמם בכדי לאפשר את קיום ההליכים ובכדי להעמיד את התוואי החדש לביקורת מבלי שהפגיעה הנוספת שהיא תוצאת התוואי החדש תיגרם להם עתה.**

על-כן, ובשים לב לכך ש"מחיר" צו הביניים הוא על העותרים, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו ביניים כמבוקש.

מיכאל ספרד, עו"ד
ב"כ העותרים