

1. העותרים: ראש עיריית ג'וס, שווקת מוסטפא סמחה
2. ראש מועצת הכפר פלאמיה, גמיל עבד אלגני יוסף דאהר
3. האגודה לזכויות האזרח בישראל

כולם ע"י ב"כ עוה"ד עאזם בשארה ו/או דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ו/או לימור יהודה ו/או אבנר פינצ'וק ו/או מיכל פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או לילה מרגלית ו/או באנה שגרי-בדארנה ו/או שרון אברהם-ויס ו/או סוניה בולוס ו/או עודד פלר מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

ת"ד 34510, ירושלים 91000
טל': 02 - 6521218 ; פקס: 02 - 6521219

- נ ג ד -

1. המשיבים: ראש הממשלה
2. שר הבטחון
3. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

באמצעות פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, רח' סלאח א-דין, ירושלים

4. חברת לידר קומפני בע"מ
צופים 41, צופים 44865

עתירה למתן צו על תנאי, צו ביניים

ובקשה לקיום דיון דחוף ואיחוד דיון

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המורה למשיבים 1-3 (להלן- המשיבים) לבוא וליתן טעם מדוע לא יפרקו קטע של גדר ההפרדה העובר על אדמות הכפרים ג'וס ופלאמיה (להלן- הכפרים) ויבחנו חלופה, באם יחפצו, שלא תותיר אדמות כפרים אלה מערבית לגדר ההפרדה. מצ"ב מפה, ע/1, עליה מסומן הקטע מתוואי גדר ההפרדה הקיים נשוא עתירה זו, שמתבקש פירוקו.

בקשה לצו ביניים:

בית המשפט הנכבד מתבקש לתת צו ביניים, האוסר על המשיבים וחברת לידר קומפני או מי מטעמם להתחיל או להמשיך בעבודות, ובכלל זה עבודות הכשרת קרקע, סלילת דרכים ובנייה, שמטרתן מימוש תוכניות ההתרחבות של ההתנחלות צופין וזאת מהטעמים שלהלן:

א. קטע גדר ההפרדה הקיים באזור הכפרים, המתחיל צפונית מזרחית לכפר פלאמיה ודרומית להתנחלות סלעית, והמסתיים דרומית לכפר ג'יוס, תוכנן בהתבסס על תוכניות התרחבותן של ההתנחלויות סלעית וצופין ולא על פי שיקולי בטחון של הגנה על אזרחים ישראלים או צרכים צבאיים הכרחיים. המשיבים הודו במפורש בהשפעת תוכניות ההתרחבות של ההתנחלות צופין על קביעת תוואי הגדר באזור העתירה (וזאת בסעיף 17 לתשובת המדינה בהליכים במסגרת בג"ץ 2732/05 ראש מועצת עזון ואח' נ' ממשלת ישראל ואח': "בתכנון התוואי ניתן משקל לקיומה של תוכנית הנמצאת בהליכי תכנון, אך טרם ניתן לה תוקף. מדובר בתכנית 149/5".) זאת, בניגוד להלכת בית המשפט הנכבד בפסק דינו בבג"צ 7957/04 זהראן מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח' (טרם פורסם) (להלן- "עניין מראעבה") מראעבה, כי אין להתחשב בשיקולי הרחבת התנחלויות בעת קביעת תוואי הגדר (פיסקה 113 לפסק הדין).

ב. פירוט התכניות המאושרות והמוצעות להרחבת ההתנחלויות צופין וסלעית מובא בהרחבה בגוף העתירה. מרביתן של תוכניות אלה לא מומשו וטרם התחילו עבודות הבנייה מכוחן. אולם ביום 16/11/05 נתקבל דיווח מאת העותרים 1-2, כי החלו באדמות הסמוכות להתנחלות צופין עבודות הכשרה, ככל הנראה להרחבת צופין לכיוון צפון. העבודות מבוצעות על-ידי המשיבה 4 (להלן- חברת לידר קומפני).

ג. הסעד המבוקש בעתירה הינו הזזת תוואי הגדר, שנבנה על אדמות פרטיות של תושבי הכפרים, ואשר נקבע, כאמור, בהתבסס על שיקולים זרים של הרחבת ההתנחלויות סלעית וצופין הרבה מעבר לשטח הבנוי והמאוכלס, ולחלופין מבלי שנעשה האיזון הנכון בין שיקולי הביטחון לבין החובה לכבד את זכויות היסוד של תושבי הכפרים העותרים.

ד. המשך ביצוע עבודות להרחבת ההתנחלות צופין על אדמות, שחלקן הוכרזו בעבר כאדמות מדינה, על אדמות שנטענת בהם בעלות מצד תושבי ג'יוס ובשטח שבו מצויות אדמות פרטיות בבעלות חלק מתושבי הכפר האמור, עלול לסכל את הסעד המבוקש בעתירה במידה שהיא תתקבל על ידי בית המשפט הנכבד. זאת, שכן הוא עלול לסכל קביעת תוואי חלופי לגדר הקיימת, ולהשאיר על כנו את המצב, שבו אדמות פרטיות של חקלאים פלסטינים מגויסות נותרות מעבר לגדר, בשל הרחבתה של צופין, על כל הפגיעות בזכויות התושבים הנזגרות והנלוות כפי שמפורט בהרחבה בעתירה.

ה. יצויין, שקיומן של תוכניות ההרחבה להתנחלויות סלעית וצופין מעלה חשש כבד לא רק לגבי השיקולים הזרים, שעומדים מאחורי קביעת תוואי הגדר באזור העתירה, אלא תוכניות אלה כשלעצמן חותרות תחת הטענות הביטחוניות שבפי המשיבים. שכן מחד גיסא טוענים המשיבים, כי התוואי באזור הכפרים נשוא העתירה נקבע על סמך שיקולים ביטחוניים, שעיקרם הצורך במרחב מבצעי למרדף אחר מחבלים, שיחצו את הגדר ומניעת ירי בכיוון ישיר. מאידך גיסא מתירים אותם משיבים תחילת עבודות, שמטרתן הרחבת ההתנחלויות על השטח המיועד כמרחב מבצעי ועד לתוואי הגדר הקיים. לאור זאת, **בטרם ימשיכו המשיבים לאפשר את ביצוע עבודות ההרחבה, על בית המשפט הנכבד להכריע האמנם בדין נקבע תוואי הגדר בקטע זה.**

1. ככל שעבודות ההכשרה הנעשות כיום אכן מבוצעות כדין ועל סמך תכניות מאושרות ואדמות שאינן בבעלות פרטית, עדיין יש לבחון האם אושרו אותן תוכניות כדין ובמיוחד – האם ניתנה לתושבי גייס ופלאמיה, שבתיהם ואדמותיהם סמוכים לאזור העבודות, אפשרות להגיש את התנגדותיהם.

2. ואפילו ניתנה אפשרות שכזו, הרי שעם הקמת הגדר נוצרו נסיבות חדשות, שיש לבחון את התוכניות לאורן: מימוש התוכניות, שיש להניח שמיועדות להתממש על אדמות שהוכרוזו כאדמות מדינה, מעלה את השאלה מדוע מלכתחילה לא הוקמה הגדר על אותן אדמות, אלא על אדמות פרטיות של תושבי הכפרים הפלסטינים הסמוכים, תוך כדי ניתוק שטחים נרחבים של אדמות פרטיות מבעליהם הפלסטינים. לאור זאת **בטרם ימשיכו המשיבים לאפשר את ביצוע עבודות ההרחבה, על המשיבים לשוב ולבחון אם לא ניתן להקים את הגדר על האדמות, שמיועדות להרחבת ההנחלויות, תוך מזעור הפגיעות בזכויותיהם של תושבי הכפרים.**

ח. בנוסף התחלת העבודות תיצור אינטרס הסתמכות לצדדים שלישיים ותגדיל את הנזקים שיגרמו להם במידה בית משפט נכבד זה יקבל את העתירה ויורה על הזזת תוואי הגדר באזור העתירה.

ט. לאור האמור והקשר ההדוק שבין תוואי הגדר נשוא העתירה לבין תכניות ההרחבה של ההתנחלויות הסמוכות, מן הדין כי לא יתבצעו עבודות להכשרת אדמות או בנייה להרחבת ההתנחלויות סלעית וצופין מעבר לשטח הבנוי, בטרם ניתנה לבית המשפט הנכבד ההזדמנות להכריע בדבר חוקיותו של תוואי הגדר באזור העתירה.

על כן מתבקש בית המשפט הנכבד לתת צו ביניים כמבוקש, האוסר על המשיבים וחברת לידר קומפני או מי מטעמם להתחיל או להמשיך בעבודות, ובכלל זה עבודות הכשרת קרקע, סלילת דרכים ובנייה, שמטרתן מימוש תוכניות ההתרחבות של ההתנחלות צופין.

בקשה לדיון דחוף:

תוואי הגדר באזור הכפרים גורם לפגיעות קשות ומתמשכות בזכויותיהם הבסיסיות של תושבי הכפרים ובכלל זה חופש התנועה, גישה לאדמות חקלאיות, הנאה מזכויות הקניין, הזכות להתפרנס בכבוד וכבוד האדם. לאור הפרות נשנות אלה מתבקש בית משפט הנכבד להורות על קיום דיון דחוף בעתירה.

בקשה לאיחוד דיון:

בית המשפט הנכבד מתבקש לאחד את הדיון בעתירה זו עם העתירה בעניין הכפרים עזון ונבי אליאס בבג"ץ 2732/05 ראש מועצת עזון ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'. העתירה הנוכחית עוסקת בהמשכו הצפוני של קטע התוואי הנדון בעתירת הכפרים עזון ונבי אליאס, ושתי העתירות מעלות

שאלות דומות, הנוגעות לתוואי הגדר סביב ההתנחלות צופין והשיקולים הזרים, שעל בסיסם הותוותה הגדר באזור הכפרים העותרים.

ואלה נימוקי העתירה:

רקע עובדתי

כללי

1. חייהם של 4,000 נפשות בשני כפרים סמוכים בצל משטר גדר ההפרדה הם עניינה של עתירה זו. כתוצאה מתוואי גדר ההפרדה תושבים אלה נותקו מאדמותיהם החקלאיות, עליהן פרנסתם. אם לא די בכך, תנועתם החופשית, עיבוד אדמותיהן, פרנסתם והווייתם הוכפפו למערכת ביורוקרטית, החלה רק עליהם בהיותם פלסטינים. מערכת זו מתנה את תנועותיהם, על כל הפגיעות הנגזרות מכך, במתן אישור מראש, ומגבילה אותן לזמנים ולמעברים מוגדרים, כביכול, אולם משתנים בהתאם לשיקולי המשיב 3, רצונותיו, חגיו, תוכניותיו, רצונות ודעות החיילים, האמונים על פתיחת המעברים והנפקת ההיתרים, וכיוצא באלה משתנים שחלקם גלוי ורובם נסתר.
2. שני הכפרים נשוא העתירה נמצאים צפונית מזרחית לקלקיליה, באזור חקלאי ברובו המוחלט.
3. פרנסתם של תושבי הכפרים באזור זה תלויה ביכולתם לעבד את האדמות, לזרוע אותן, להשקותן, לקטוף את יבולן ולשווק את התוצרת החקלאית.
4. יכולת זו נפגעה אנושות כתוצאה מתוואי גדר ההפרדה, המנתק את מרבית האדמות החקלאיות, השייכות לתושבי הכפרים, מבעליהן, הנסמכים עליהן לפרנסתם ולפרנסת בני משפחותיהם.
5. לידתה של גדר ההפרדה באזור הכפרים נשוא העתירה הינה בהחלטת הממשלה מיום 23.6.2002, שאישרה באופן עקרוני הקמת מכשול קבוע נגד בני אדם מהקצה הצפון-מערבי של הקו הירוק (סמוך לכפר סאלם) ועד להתנחלות אלקנה בדרום, וכן תוואי למכשול באזור ירושלים. החלטה זו גם הסמיכה את ראש הממשלה ושר הביטחון (המשיבים 1 ו-2) לקבוע את התוואי המדוייק של גדר ההפרדה.
6. ביום 14.8.2002 אישר הקבינט את התוואי הסופי לשלב א', שכלל 96 ק"מ בין סאלם לאלקנה ועוד 20 ק"מ במסגרת עוטף ירושלים.
7. הגדר נסגרה סמוך לכפרים נשוא העתירה בחודש אוגוסט 2003.
8. ביום 2.10.2003 הוציא המשיב מס' 3 הכרזה בדבר שטח צבאי סגור (הכרזה מס' 02/03) וכן סידרה של צווים, המסדירים את משטר ההיתרים הנוהג ב"מרחב התפר", הוא המרחב

שבין הגדר לקו הירוק, הנמצא בתפיסה לוחמתית והכולל את אדמות שני הכפרים נשוא העתירה.

9. ההכרזה בדבר שטח צבאי סגור קובעת כי הוא לא תחול על "ישראל", שמוגדר כמי שהינו אזרח ישראל ותושב ישראל.

10. ההכרזה אוסרת על כל מי שאינו ישראלי להימצא במרחב התפר ללא היתר שהייה ומחייבת את תושבי המרחב הפלסטינים להגיש בקשה לתעודת תושב. אשר למבקשים להיכנס ולעבוד במרחב התפר, במקרה זה תושבי ג'ויס ופלאמיה, עליהם להגיש בקשה להיתר כניסה למרחב התפר. הפלסטינים בעלי האשרות מורשים להיכנס למרחב התפר ולצאת אותו אך ורק דרך שערים מוגדרים. יוצא, שתושבי ההתנחלויות הסמוכות סלעית וצופין, שאף הן נמצאות במרחב התפר, נעים, עובדים, מעבדים אדמות וחיים במרחב כהרגלם, בעוד ששכניהם בשני הכפרים הסמוכים תלויים בכל היבטי חייהם בהיתרים.

נגד משטר ההבדלה והאפליה תלויה ועומדת בפני בית משפט נכבד זה עתירה: בג"צ 639/04 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (להלן: "עתירת ההיתרים")**.

11. לצורך הנפקת היתר מעבר לאדמות שבמרחב התפר, דורש המשיב 3 מסמכים עדכניים והוכחת זיקה לקרקע. לצורך הוכחת זיקה לאדמות, על המבקשים לעמוד בסף ראיות גבוה, ולהוכיח כי למרות שאין רישום על כך בספרי רישום הקרקעות, שנעשו ע"י הבריטים או הירדנים, הם רכשו זכויות בקרקע. על המבקשים אף להציג קבלות מטעם המינהל האזרחי על תשלום מיסי מקרקעין. במקרים בהם מדובר בקרקע מוסדרת, החקלאים נדרשים להציג צווי ירושה או פסקי דין הצהרתיים בדבר זכויותיהם באדמות. במקרים, בהם החקלאים יכולים להציג את המסמכים הדרושים, הם נדרשים להציג כל פעם מחדש אישורי בעלות עדכניים לצורך חידוש ההיתרים. יצויין עוד, כי במקרים, בהם נדרש תיקון רישום, הדבר כרוך בהוצאות גבוהות ובהליכים ארוכים. במקרים רבים תיקון הרישום נדרש בשל חוסר ההתאמה בין הרישום בספרים הפלסטינים לבין הרישום בספרים הישראליים. ככל שחוסר ההתאמה גדול יותר, כך הליך התיקון ארוך ויקר יותר, ולעיתים קרובות הוא מצריך ייצוג משפטי.

12. בנוסף לתוואי שנבחר ולמגבלות, הנובעות ממשטר ההיתרים, שהוטלו על הכישה לאדמות שנותרו במרחב התפר, הרי שהוטלו על תנועת התושבים גם מגבלות קשות, הנובעות משעות פתיחת השערים, שהן מצומצמות ואינן תואמות ניהול אורח חיים חקלאי. (ראו עתירה התלויה ועומדת בעניין זה: בג"צ 11344/03 **פאיז סלים ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (להלן: "עתירת המעברים")**).

13. כתוצאה מסגירת השערים ברוב שעות היום ומהחלת משטר ההיתרים, רבים מהחקלאים אינם מגיעים כלל לאדמותיהם, ואינם מצליחים לעבד אותן. אצל אחרים התוצרת החקלאית אינה נקטפת במועד ואינה משווקת, ולפיכך נרקבת ונזרקת. יבולים רבים מתייבשים בהיעדר השקיה סדירה ומספקת.

14. מעבר לקשיים, מהם סובלים החקלאים בהגעתם אל מרחב התפר, שם כלוא מקור פרנסתם, הרי שהמגבלות, שהוטלו על הכניסה אל מרחב התפר, המתבטאות בשעות פתיחת המעברים מחד גיסא ובהתניית הכניסה אליו בהיתר מאידך גיסא, מקשות מאד על החקלאים את היכולת לשווק את התוצר החקלאי ובכך להתפרנס מאדמותיהם.
15. עד להקמת הגדר נהגו הסוחרים השונים להגיע אל האדמות, לאסוף את התוצרת החקלאית ולהובילה לשווקים. כיום, לאחר ניתוק האדמות והפיכתן לשטח צבאי סגור, שהגישה אליו מוגבלת הן מבחינת זמן והן מבחינת זכות הגישה, הסוחרים אינם מגיעים אל האדמות שמעבר לגדר ואינם רוכשים את התוצר החקלאי.
16. הסוחרים מתקשים לתמרן בין שעות הגעתם לשעות פתיחת השער הקרוב אל כל אחד מהכפרים. גם אם היו מצליחים להגיע בזמן בבוקר לפתיחת השער, הם היו נאלצים להמתין לפתיחת השער שוב בצהריים.
17. בנוסף, סוחרים אלו, המגיעים מכל רחבי הגדה, רשאים להיכנס אל מרחב התפר עם משאיותיהם רק אם יש בידיהם היתרי כניסה אל מרחב התפר. גם לאחר שאלו יוגדרו כבעלי עניין קבוע במרחב התפר, ותיאורטית יהיו זכאים לבקש היתרים, עדיין אין בכך כדי להמריץ סוחרים להגיע אל האדמות ולהוביל את היבולים לשווקים. לסוחרים אין עניין לשווק דווקא את התוצר החקלאי של הכפרים נשוא העתירה, ולכן גם אין להם כל עניין להיאבק על קבלת היתרים עבורם או עבור נהגי משאיות העובדים אצלם.
18. החקלאים אינם מסוגלים ואינם ערוכים לדאוג בעצמם להובלת התוצרת החקלאית מאדמותיהם אל הכפרים. אין לחקלאים רכבי משא להובלת התוצרת החקלאית מאדמותיהם אל הכפרים, ומיעוט הרכבים הפרטיים, המורשים להיכנס אל מרחב התפר, אינו מתאים למשימה זו בשל המרחקים ואי-תאימות הרכבים הפרטיים העמוסים לנסיעות ארוכות על דרכים חקלאיות לא סלולות.
19. הבטחות והתחייבויות המשיב מס' 3 לעניין שמירה על מרקם החיים של התושבים, החיים באזור מרחב התפר או שאדמותיהם מצויות בו, ובכללם שני הכפרים נשוא עתירה זו, לא קוימו. הדבר עולה בין השאר מדו"ח מבקר המדינה, שפורסם ביום 31.8.2005. עיקר ממצאיו של מבקר המדינה לעניין השמירה על מרקם החיים של התושבים הפלסטינים סוכם בעמוד 52 כלהלן:

"עד לתום הביקורת לא ניתן למעברי המכשול שבמרחב התפר המענה הדרוש באמצעים טכנולוגיים ובכוח האדם המקצועי להפעלתם. זאת, כדי לעמוד בסטנדרטים הנדרשים לתפעולם גם לצורכי ביטחון וגם לצורכי "מרקם החיים" של הפלסטינים."

מצ"ב העתק העמוד הרלוונטי מהדו"ח ומסומן ע/2.

20. יצויין, כי הכפרים גיוס ופלאמיה, הם חלק מהעותרים בעתירת המעברים. במסגרת עתירה זו ניהלו העותרים מגעים ממושכים עם נציגי המשיב 3, אולם מגעים אלו לא הניבו כל

תוצאה, שיש בה כדי לתת מענה מתאים לצורכי התושבים הפלסטינים ושמירה על מרקם חייהם.

הצדדים לעתירה

21. העותרים מס' 1 ו-2 הם תושבי הכפרים נשוא העתירה, שפרטיהם יובאו להלן, והם מכהנים כראשי המועצות בכפרים.
22. העותרת מס' 3 הינה עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בישראל ובשטחים הכבושים.
23. המשיבים 1 ו-2 הם ראש ממשלת ישראל ושר הביטחון, אשר ביוני 2002 הוסמכו על ידי ממשלת ישראל לקבוע את התוואי המדויק של הגדר, בין בעצמם ובין בקבינט הביטחוני.
24. המשיב מספר 3 הינו המפקד הצבאי בגדה המערבית, האחראי הן על הביטחון והן על מרקם החיים האזרחיים בשטחים הכבושים. משיב זה הוא החתום על צווי התפיסה שמכוחם הוקמה גדר הפרדה ועל כל ההסדרים הנוגעים למרחב התפר, ובכללם ההכרזה על מרחב התפר כשטח צבאי סגור ועל שליטה במעברים.
25. המשיבה מס' 4 הנה חברה פרטית שמבצעת עבודות הכשרה ובניה באדמות שמסביב להתנחלות צופין שמטרתן הרחבת ההתנחלות האמורה מעבר לשטחה הבנוי.

הכפרים העותרים

להלן נעמוד על החיים בצל גדר הפרדה ועל המשטר הנלווה בכל אחד משני הכפרים.

ג'יוס

26. הכפר ג'יוס נמצא מצפון-מזרח לקלקיליה. הוא מונה כ- 3,100 נפשות, ופרנסת 90% מתושביו מחקלאות. לבד ממשפחת אבו עמאר, אשר נותרה בצידה המערבי של הגדר, מצויים תושבי הכפר כולם בצידה המזרחי. יחד עם זאת, כ-80% (8,700 דונמים לערך) מהאדמות החקלאיות שבבעלות תושבי הכפר מצויות בצידה המערבי של הגדר, וכך גם מקורות המים העיקריים של הכפר. יצויין, כי 800 דונם נוספים מאדמות הכפר החקלאיות הופקעו ונהרסו לטובת הקמת הגדר עצמה. ממערב לגדר מצויים כ-2,000 דונמים של גידולי שלחין, כ-3,000 דונמים של מטעי עצי זית והדרים, קרוב ל-4,000 דונמים של גידולי ירקות ודגנים, וכמה עשרות חממות לגידול ירקות, מהם התפרנסו והתקיימו תושבי הכפר עד להקמת הגדר.
27. מצידה המערבי של הגדר מצויות שש תחנות לשאיבת מים, עליהן מתבסס הכפר לשימוש חקלאי ואף לשימוש ביתי. שלוש מן התחנות בבעלות ג'יוס, ושלוש אחרות בבעלות משותפת עם הכפר פלאמיה ועם קלקיליה. בצידה המזרחי של הגדר נותרו מספר בורות מים חצובים וכן תחנת שאיבה אחת, המשותפת לכפרים ג'יוס, ח'ירבת סיר, עזון ועזבת טביב. תחנה זו מספקת לג'יוס כ-60% בלבד מתוך צריכת המים לשימוש ביתי בכפר.

28. מאז הקמת הגדר מנותק הכפר מתחנות השאיבה, שבצידה המערבי של הגדר, ואשר משמשות הן לחקלאות והן להשלמת צריכת המים הביתית בכפר. תושבי הכפר נאלצים לרכוש מים לשתיה ולצריכה ביתית בסיסית מכפרים אחרים, ולהובילם לכפר במכליות. מחירם של מים אלה גבוה ואף התייקר נוכח ניתוק כפרים ממקורות המים שלהם על ידי הגדר, והביקוש הגובר. במקביל לאובדן מקורות המים נפגע או אבד למרבית תושבי הכפר אף מקור פרנסתם העיקרי – החקלאות, דבר שמקצין את משמעות מחירם היקר של המים.
29. באזור הכפר גיוס קבועים שני שערים בגדר ההפרדה, האחד דרומית לכפר והאחר ממערב לו. השער המערבי מצוי על הציר הישיר אל מרבית אדמות הכפר, והשער הדרומי מצוי בסמוך לשטחי החקלאות הדרומיים, ולביתה של משפחת אבו עמאר שנתרה מצידה הדרומי של הגדר.
30. עם הפעלת הגדר, ננעלו השערים משך רוב שעות היממה ולא אוישו. השערים נפתחו 3 פעמים ביום למשך 3/4 שעה בסה"כ. בחודש 12/2003 הוגשה עתירת המעברים התוקפת את מדיניות פתיחת השערים לרבות באזור שני הכפרים. במהלך ניהול העתירה חלו שיפורים בשעות פתיחת השער המערבי. שעות הפתיחה הוארכו ל-3.5 שעות ביום. אולם גם שעות פתיחה אלה, כפי שהעותרים הראו בעתירת המעברים, אינן עונות על צרכי החקלאיים והעבודה החקלאית. חרף האמור הודיע המפקד הצבאי כי בכוונתו לסגור את השער המערבי בגיוס ולהפוך את שער פלאמיה דרום לשער המשותף והיחיד לשני הכפרים.
31. הגדר באזור שני הכפרים לא רק חצתה בין הכפרים לבין האדמות החקלאיות, אלא ניתקה את הדרכים החקלאיות אשר הובילו מהכפרים אל האדמות, דבר שמקשה, ולעתים קרובות אף מונע מהחקלאים להגיע מהשער ממנו הם עוברים אל חלקת האדמה אותה הם מעבדים. בשל כך, הרחבת שעות הפתיחה של שער פלאמיה דרום לא תשפר את מצבם של החקלאים, שכן המעבר דרך שער זה ירחיק את החקלאים מאדמותיהם.
32. בכל הנוגע לשער הדרומי, שמשמש הן למעבר חקלאים והן למעבר משפחת אבו עמאר, שביתה נותר מעבר לגדר ומנותק מהכפר, לא חלו שינויים מהותיים בשעות פתיחת השער מאז הוגשה עתירת המעברים ועד היום. שעות פתיחת השער נותרו קצרות ומוגבלות באופן שאינו עונה כלל על צרכי החקלאים והעבודה החקלאית. שער זה נפתח שלוש פעמים ביום - בבוקר, בצהריים ובערב - למשך רבע שעה בכל פעם וזאת רק אם יש אנשים שממתינים למעבר בשער. יצויין, ששעת הפתיחה בערב היא לאחר רדת החשיכה. משמעות הדבר לחקלאים, שבדרך כלל מבקשים לחזור לביתם לפני רדת החשיכה, היא שיחזרו לביתם בשעה מאוחרת או שיפסידו שעות עבודה באור היום ויחזרו בצהריים. יתרה מזו, מספר פעמים מתעקשים החיילים על הצגת היתרים מילדי משפחת עמאר שמתחת לגיל 12 ומסרבים להעבירם או שמיתרים להם לעבור לאחר תחנונים ממושכים מצד האם.
33. מעבר לפגיעה הקשה הנובעת מזמן פתיחתו המוגבל של שער זה לחקלאים אשר אדמותיהם נמצאות סמוך לשער, הרי שמצב זה פוגע אנושות באורח חיי משפחת אבו עמאר הכלואה בתוך מרחב התפר, מנותקת מהכפר ומכל שירות חיוני לו היא זקוקה. בני המשפחה מנותקים מבתי הספר ומרשת המים של הכפר והמשפחה סובלת ממצוקת מים לשימוש

ביתני. שניים מילדי המשפחה עזבו כליל את ספסל הלימודים לאחר שהפסידו ימי לימוד רבים ומאסו בתלות בפתיחת השער. ארבעת הילדים הנותרים מבליים מדי יום זמן רב בהמתנה בצד השער בצפייה לפתיחת השער לצורך יציאתם אל ביה"ס או חזרתם לביתם. אי-סדירות מועד הגעת הסיורים גורמת לכך שפעמים רבות מפסידים הילדים ימי לימודים.

34. בנוסף לבעיית פתיחת השערים, התושבים מתקשים בקבלת היתרים לכניסה למרחב התפר. חקלאים רבים אינם זוכים לקבל היתרי כניסה, בין אם מנימוקים "ביטחוניים" ובין אם בשל אי-הוכחת זיקה לאדמות. כיום ידוע על 34 חקלאים בגיוס אשר בקשותיהם לקבלת היתר נדחו בשל קיומה של "מניעה ביטחונית". כמו כן, ידוע על 244 בקשות להיתרים אשר נדחו בשל אי-הוכחת זיקה לאדמות. לא זו אף זו, הטרחה הרבה הכרוכה בהליך קבלת ההיתר ובהמצאת כל המסמכים הדרושים, כאשר לעיתים מדובר במסמכים שאינם בידי התושבים, מקשה על התושבים והופכת את חייהם לסיוט בירוקראטי. יצויין, אין בידי המועצה המקומית מידע מדויק לגבי כל מסורבי היתרי הכניסה מאחר ותושבי הכפר מגישים בקשות באופן פרטני ישירות למרכז בקדומים או דרך המת"ק הפלסטיני.

מצ"ב רשימה חלקית של המסורבים מטעמים ביטחוניים שנתקבלה מעיריית גיוס ביום 6/11/05 ומסומנת ע/3.

35. גם חקלאים שקיבלו היתרים מנועים לעיתים מלהגיע אל אדמותיהם החקלאיות המרוחקות, בשל איסור כניסת רכבים אל מרחב התפר. אמנם, חל שינוי במדיניות כניסת רכבים פלסטיניים אל מרחב התפר, ולפני למעלה מחצי שנה, הודיע המשיב 3 במסגרת עתירת המעברים, כי רכבים מורשים ומבוטחים יותרו לכניסה למרחב התפר בכפוף להיעדר קיומה של מניעה ביטחונית על שם בעל הרכב. ברם, אין בשינוי זה כדי לפתור את הבעיה, באשר מרביתם של הרכבים באזור כפרים אלו אינם מורשים ואינם מבוטחים.

36. גם מקצתם של החקלאים שהצליחו להתגבר על בעיות אלו אינם יכולים להתפרנס מאדמתם. שכן עיקר התוצרת החקלאית נועדת לשיווק בשווקים השונים ברחבי הגדה המערבית. עד להקמת הגדר, נהגו הסוחרים השונים להגיע אל האדמות, לאסוף את התוצרת החקלאית ולהובילה לשווקים. כיום, לאחר ניתוק האדמות והפיכתן לשטח צבאי סגור שהגישה אליו מוגבלת הן מבחינת זמן והן מבחינת זכות הגישה, הסוחרים אינם מגיעים אל האדמות ואינם רוכשים את התוצרת החקלאית. גם לאחר שיהיה שער אחד משותף לשני הכפרים שיהיה פתוח למשך כ-10 שעות ביום, בעיה זו לא תיתפר, שכן הכניסה אל מרחב התפר אינה מותרת לסוחרים אלא רק לחקלאים בעלי זיקה לאדמות או פועליהם. לצורך פתרון בעיה זו, הציעו נציגי המשיב 3 במסגרת עתירת המעברים שהחקלאים יובילו בעצמם את התוצרת החקלאית אל הכפרים ושם יוכלו הסוחרים לאסוף אותה ולשווקה בערי הגדה. פתרון זה אינו מעשי שכן אין לחקלאים רכבי משא להובלת התוצרת החקלאית מאדמותיהם אל הכפרים. ומיעוט הרכבים הפרטיים המורשים אינם מתאימים למשימה זו, בשל המרחקים ואי-תאימות הרכבים הפרטיים העמוסים לנסיעות ארוכות על דרכים חקלאיות לא סלולות.

37. המשיב 3 טען בתשובתו בעתירת המעברים, כי סוחרים יוכלו לבקש הנפקת היתרים כבעלי עניין במרחב התפר, שתוקפם יהיה בדרך כלל לשנה. ברם, פתרון זה אינו מעשי. הצעת

פתרון זה מניחה כי לסוחרים יהיה עניין לבקש ולטפל בבקשה לקבלת היתר למרחב התפר. ואולם לסוחרים, לבעלי משאיות ולנהגי משאיות אין כל עניין לנהל מאבק על קבלת היתר. הם יחפשו בעלי אדמות אחרים, אשר לצורך ההגעה אל שדותיהם לא יהא צורך בחציית גדר או בקבלת היתר או בפתיחת שער. התרת כניסתם של סוחרים לצורך הובלת התוצר החקלאי הוא אינטרס של בעלי האדמות הכלואות ב"מרחב התפר" בלבד. ואלה אין ביכולתם ליצור תמריץ כלשהו כדי לעודד את הסוחרים ונהגי המשאיות לבקש היתר אשר קבלתו כלל אינה מובטחת.

38. ודוקו, כחודש לפני תחילת עונת המסיק של סתיו 2004, פנתה העותרת 3 במסגרת עתירת ההיתרים, אל המשיב, בבקשה שייערך מראש לקראת עונה זו. בין היתר, נדרש המשיב להנפיק היתרים עבור החקלאים לצורך ההגעה אל אדמותיהם. ואכן, לקראת סתיו 2004 קיבלו רוב החקלאים היתרים חקלאיים והותרה כניסתם אל מרחב התפר. ברם, בתום עונת המסיק פג תוקפם של ההיתרים שבידי החקלאים. משפנו לחידושם, בקשות רבות נדחו. המשיב שב לאשר היתרים במשורה בתואנה כי אין מדובר בעונה חקלאית, תוך התעלמות בוטה מהצרכים החקלאיים השונים, כמו ניקוש עשבים, טיפול בעצים כדי לשמר את תנובתם, טיפול בגידולים אחרים הדורשים טיפול מתמיד, נטיעה, חרישה, ריסוס ועוד.

39. גם בעונת מסיק הזיתים השנה, עניין המעברים, ההיתרים והגישה לאדמות לא הוסדר באופן שיבטיח גישה חופשית לאדמות לצורך עיבודן. התושבים הגישו בקשות נוספות להיתרים, ונדרשו להמציא הוכחות לבעלותם בקרקע ולעבור את כל מסכת העינויים הבריורקרטית הקשורה במשטר ההיתרים עוד הפעם בכדי לזכות בהיתר הנכסף, אם בכלל, ורק לתקופה קצרה של עונת מסיק הזיתים.

40. לפני הקמת הגדר עמדה התוצרת החקלאית השנתית מהאדמות שנמצאות כיום מעבר לגדר על מאות טונות של פירות וירקות, והעבודה באדמות אלה סיפקה יותר מ- 65,000 ימי עבודה. התוצרת החקלאית של הכפר שווקה בעיקר בערים שכס, טולכרם וקלקיליה, כאשר נהגי המשאיות הגיעו ישירות לשדות לקניית התוצרת. כתוצאה ישירה מהגבלתה של גישת החקלאים והסוחרים לאדמות אלה, כמתואר לעיל, ירדה התוצרת החקלאית השנתית מהאדמות שמעבר לגדר בכ- 50%.

41. יתרה מזו, לפני הקמת הגדר היו לתושבי גיוס 136 חממות באדמות שכיום נמצאות מעבר לגדר. לאחר הקמת הגדר ירד מספר זה ל-72 חממות בגלל סירוב הבקשות להיתרים, הבעיות במעבר הסוחרים וההפסדים שנגרמו לבעלי החממות עקב הקשיים בהגעה לאדמות שמעבר לגדר.

42. בנוסף להגבלת הגישה לאדמות הוטלו מגבלות על הכנסת ציוד חקלאי וחומרי הדברה בשערים. אם לא די בכך, הרי שכתוצאה מההפסדים הכלכליים שנגרמו לחקלאים בעקבות הקמת הגדר, מסרבים הנושים לתת אשראי לחקלאים כדי שהאחרונים יקנו חומרי הדברה, גרעינים ושתילים וישקיעו מחדש בעיבוד האדמות.

43. בעבר נהגו רבים מתושבי הכפר לעבוד בישראל. אולם, עם החלת המדיניות של צמצום מתן אישורי עבודה וכניסה לישראל, רבים מאלה שאיבדו את עבודתם בישראל פנו, כמוצא

אחרון להשגת פרנסה, לחקלאות. על כן, לפני הקמת הגדר רובם המכריע של תושבי הכפר, כ-90%, עבדו בחקלאות. כתוצאה מהקמת הגדר, הניתוק מהאדמות וההגבלות המשמעותיות על הגישה אליהן, הגיעה רמת האבטלה בכפר ל-70%, כאשר מחצית מצעירי הכפר מובטלים. כ-300 משפחות איבדו את מקור פרנסתם ומצבם הכלכלי התדרדר באופן משמעותי. מבין אלה, כ-120 משפחות נסמכות היום על סיוע הומניטארי למחייתם.

44. ההשפעות החברתיות של רמת האבטלה והנזקים הכלכליים שנגרמו בעקבות הקמת הגדר הן מרחיקות לכת. רבים מהסטודנטים בכפר לומדים במכללות ואוניברסיטאות בערי הגדה והם תלויים כלכלית ונסמכים על הוריהם המתפרנסים מחקלאות לתשלום שכר הלימוד והמחיה. כתוצאה מאובדן מקור הפרנסה של ההורים, נאלצו כ-70 סטודנטים מהכפר גיוס להפסיק את לימודיהם.

45. כיום קיים קושי רב באספקת שירותים עירוניים לתושבי הכפר בגלל החובות של העירייה. חובות אלה טפחו בשלוש השנים האחרונות כתוצאה מאי-תשלום מסים על-ידי תושבים שאיבדו את מקור פרנסתם, כאשר חובות התושבים המצטברים לעירייה עמודים כיום על 600,000 ₪ לערך. כדי לחסוך בהוצאות ולצמצם חובות נאלצת העירייה לצמצם בשירותים חיוניים, כמו הפסקת חשמל למספר שעות ביום.

46. לפני הקמת גדר ההפרדה נסמכו התושבים על העיר קלקיליה לקבלת שירותים. עם הקמת הגדר נותקו לחלוטין כל דרכי הגישה החקלאיות ודרכי העפר שהובילו לקלקיליה בניסיעה של כ-7 דקות. לאחר הקמת הגדר התארכה הדרך, וכיום על תושבי הכפר לעבור דרך ארוכה כדי להגיע לקלקיליה. גם דרכי הגישה הישירות שבין הכפר לעיר טולכרם נותקו בגלל הגדר, והן הוחלפו בדרך עפר חדשה שנפתחה על האדמות החקלאיות של הכפר ג'בארה, צור וא-ראס. דרך זו מעולם לא נסללה ואין בה כל תאורה, מה שהופך אותה למסוכנת ובלתי ראויה לנסיעת מכוניות במיוחד בעונת החורף.

הליכים קודמים של תושבי ג'יוס:

47. בשנת 2002 הגישו התושבים התנגדויות לצווי התפיסה וכשאלה נדחו הם עתרו לבית משפט נכבד זה (בג"צ 8698/02 דאוד עבד אלרחים נאסר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ואח') (לא פורסם)). בהתנגדותם ובעתירתם העלו התושבים את טעמי התנגדותם לתוואי הגדר וביקשו להעבירו בתוואי שלא ינתקם מאדמותיהם, קרי מערבית לתוואי הקיים וקרוב כמה שיותר לקו הירוק.

מצ"ב העתק פסק הדין ומסומן ע/4.

48. בעתירה התריעו התושבים על שיקולים זרים בקביעת תוואי הגדר ועל הנזקים שייגרמו להם מהגדר אם תיבנה בתוואי הנוכחי. כל חששותיהם של התושבים התממשו, בעוד שמרבית התחייבויות המשיב 3 לעניין שמירה על מרקם חיים ובפרט לעניין הבטחת גישה לאדמות, אשר שימשו בסיס לדחיית עתירת התושבים, לא קוימו. הבטחות המדינה ניתנו במסגרת מספר התיקים שהתנהלו אז בפני בית המשפט הנכבד וסוכמו בפסק הדין בבג"ץ 8532/02 אבתסאם מחמד אבראהים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח' (לא פורסם) בזו הלשון:

”בתשובה פירטה המדינה בהרחבה את המאמצים הנעשים למזער הנזק שיגרום המכשול לתושבי האזור. כך למשל נעשה מאמץ להעביר את המכשול, ככל שניתן, באדמות שאינן אדמות פרטיות ובאדמות שאינן מעובדות וכן נעשה מאמץ שלא לחצוץ בין אדמות לבעליהן. כמו כן, מפרטת המדינה שורה של צעדים שיינקטו במטרה למזער את הפגיעה במקרים שבהם לא ניתן יהי למנוע את הפגיעה בתושבים. כך למשל מתן פיצויים לבעלי האדמות שנתפסו, מאמץ להעביר עצים למקומות אחרים במקום לכרות אותם. וכן יצירת שערי כניסה שיאפשרו גישה של התושבים לאדמותיהם.”

יצויין שבמסגרת שתי העתירות הנ”ל עמדו המשיבים על הצורך הביטחוני בהקמת הגדר תוך דחייה קטגורית של השפעתם של שיקולים זרים, כגון הרחבת התנחלויות, על קביעת תוואי הגדר באזור הכפר.

49. שלוש שנים לאחר הקמת הגדר, ונוכח השפעותיה ההרסניות, פנתה ביום 8/8/05 העותרת 3 בשם שני הכפרים בדרישה למשיבים להזיז את תוואי הגדר מערבה באופן שגדר ההפרדה לא תנתק את התושבים מאדמתם. בבקשה פורטו הפגיעות ההרסניות של גדר ההפרדה במרקם חיי התושבים של שני הכפרים והסביבה.

מצ”ב העתק הפניה ומסומנת באות ע/5.

50. ביום 18/9/2005 נתקבלה תשובת היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון לדרישה להזיז את תוואי הגדר. היועץ המשפטי לאיו”ש דחה בתשובתו את הבקשה להזיז את התוואי מערבה לקו הירוק.

מצ”ב העתק התשובה ומסומן באות ע/6.

פלאמיה

51. הכפר פלאמיה מצוי מספר קילומטרים צפונית מערבית לגיוס. צפונית לכפר פונה הגדר לכיוון צפון-מזרח על מנת להותיר את ההתנחלות סלעית הסמוכה ועתודות קרקע רבות ממערב לגדר ההפרדה. דרומית לכפר פונה הגדר לכיוון דרום-מזרח כדי להקיף את ההתנחלות צופין ולהותירה עם עתודות קרקע נרחבות ממערב לגדר.

52. בכפר חיים כ-850 תושבים, המתפרנסים בעיקר מחקלאות. שטח אדמות הכפר עומד על כ-3,500 דונם. כ-50% מאדמות הכפר נותקו ממנו על ידי הגדר ונתרו מצידה ”הישראלית”. אדמות אלה הן אדמות חקלאיות מן הפוריות ביותר בגדה המערבית, ובהן גידולי פרי הדר, ירקות, פירות, דגנים ועצי זית.

53. בעקבות הקמת הגדר פורקו מרבית החממות שהוקמו על אדמות שכיום נמצאות מעבר לגדר. הכורח להעתיק את החממות חייב הוצאות כספיות לא מבוטלות לחקלאים שמפעילים אותן. לפני הקמת הגדר מרבית החממות הוקמו על אדמות מעבר לגדר בבעלות

- פרטית של החקלאים. בעקבות הקמת הגדר נאלצו חקלאים אלה לשכור אדמות בצד המזרחי של הגדר ולשלם יותר מ- 2,000 ₪ דמי שכירות שנתיים לדונם אדמה.
54. תושבי כפר זה סובלים מבעיות זהות לאלו שפורטו לעיל שמהן סובלים תושבי הכפר הסמוך גיוס.
55. בקרבת הכפר נקבעו שני שערים, האחד ממערב והאחר מזרע. בעבר השערים נפתחו פעמיים ביום בלבד, למשך חמש דקות עד רבע שעה, בהתאם למספר האנשים הממתינים לידם. היום, וכתוצאה מעתירת המעברים, השער הדרומי פתוח במשך מרבית שעות האור, והשער המערבי נפתח שלוש פעמים ביום. הגבלת זמני הפתיחה של השער המערבי מחייבת את החקלאים בהמתנה ארוכה בקרבת השער בכדי להבטיח כי ימצאו במקום עם בוא החיילים, הן במעבר אל השטחים החקלאיים והן בבקשם לשוב אל בתיהם, דבר שמאפשר לחקלאים לעבד את אדמתם משך שעות בודדות בלבד.
56. יצויין, כי המשיב 3 הודיע, במסגרת עתירת המעברים, על כוונתו לסגור את השער המערבי באופן קבוע. סגירת השער המערבי תדיר את רגליהם של חקלאים רבים מאדמותיהם, בשל המרחק הגדול שיהיה עליהם לחצות כדי להגיע מהשער הדרומי אל אדמותיהם שמעבר לגדר.
57. בנוסף לכך, כמו תושבי גיוס, גם מרבית תושבי הכפר פלאמיה אינם יכולים להגיע אל אדמותיהם עם רכביהם הפרטיים, מאחר ורובם המוחלט של הרכבים אינו מורשה ומבוטח. כך שכניסתם של רכבים אלו למרחב התפר, אסורה.
58. גם כפר זה סובל מבעיות קשות של אספקת מים. מקורות המים של הישוב מצויים אמנם מצידה המזרחי של הגדר, אך אין בידי החקלאים לווסת ולהשקות בהם את אדמותיהם בזמן המוגבל העומד לרשותם. שכן, הגדר חוצה בין הכפר לבין שלוש בארות מים המצויות באדמות הכפר מהצד המזרחי של הגדר. כתוצאה מכך השימוש בבארות אלה להשקיית אדמות הכפר החקלאיות שמעבר לגדר נהפך למוגבל ביותר בגלל הקושי לווסת בין שעות פתיחת השער להשקיית האדמות. כיום חלק גדול מתחנות השאיבה מושבת, והאדמות ממערב לגדר סובלות ממחסור במים.
59. בנוסף, אחד ממקורות המים החשובים ביותר לאדמות הכפר נמצא באדמות הדרומיות לכפר ליד השער. המדובר הוא על באר מים עם משאבה, כאשר הבאר נסתמה והמשאבה מקולקלת כבר מספר שנים. כל ניסיונותיהם של בעלי הבאר לתקן את המשאבה ולהפעיל את הבאר העלו חרס עקב סירוב המת"ק הישראלי לתת אישורי כניסה לטכנאים שיתקנו ויפעילו את הבאר. בעיה זו החמירה את מצב הגידולים הנטועים באדמות וגרם להתייבשות רוב העצים.
60. כתוצאה משעות פתיחת השערים וממסטר ההיתרים, חקלאים רבים בפלאמיה לא עיבדו את אדמותיהם ולא קצרו את היבולים. עקב כך יבולים רבים נבלו ועצים התייבשו. למעלה מ- 100 חקלאים בכפר אין היתרים להיכנס אל מרחב התפר, כאשר רוב רובם של הסיורבים

נומקו בהיעדר הוכחת זיקה לאדמות. זאת בנוסף לעשרה סירובים לבקשות להיתרים מטעמים ביטחוניים.

61. גם באזור הכפר פלאמיה, הגדר אשר חצתה בין הכפר לבין אדמותיו החקלאיות קטעה את הדרכים החקלאיות שחיברו בין בתי הכפר לאדמות החקלאיות. כיום קיימות רק שתי דרכים חקלאיות שמובילות לשער המערבי ולשער הדרומי, כאשר השימוש בדרך שמובילה לשער המערבי מוגבל עקב הגבלת שעות פתיחת השער האמור.

62. גם בכפר זה מדיניות פתיחת השערים, בשילוב עם משטר ההיתרים, הביאה לפגיעה קשה בעבודה החקלאית וביכולתם של תושבי הכפר להתפרנס מאדמותיהם. בעוד שהתפוקה החקלאית השנתית של הכפר לפני הקמת הגדר עמדה על 3500 טונות לערך לעונה, הרי שלאחר הקמת הגדר וכתוצאה מהקמתה והפעלת משטריה הנלווים נרשמה ירידה של יותר מאלף טונות בתפוקה החקלאית העונתית של הכפר, קרי ירידה של כ-30%.

63. כתוצאה ישירה מהקמת הגדר והגבלת הגישה אל האדמות שנותרו מעבר המערבי, איבדו כ-50 משפחות, את מקור פרנסתן העיקרי, מה שגרם לעליית רמת האבטלה בכפר ל-80%.

64. לפני הקמת גדר ההפרדה נסמכו התושבים על העיר קלקיליה לקבלת שירותים. עם הקמת הגדר נותקו לחלוטין כל דרכי הגישה החקלאיות ודרכי העפר שהובילו לקלקיליה בנסיעה של כ-10 דקות ומרחק של כ-5 ק"מ. לאחר הקמת הגדר התארכה הדרך, וכיום על תושבי הכפר לעבור כ-20 ק"מ כדי להגיע לקלקיליה. גם דרכי הגישה הישירות שבין הכפר לעיר טולכרם נותקו בגלל הגדר, והן הוחלפו בדרך עפר חדשה שנפתחה על האדמות החקלאיות של הכפר גיבארה, צור וא-ראס. דרך זו מעולם לא נסללה ואין בה כל תאורה, מה שהופך אותה למסוכנת ובלתי ראויה לנסיעת מכוניות במיוחד בעונת החורף.

65. בכפר פלאמיה אין שירותים רפואיים מלבד מרפאה קטנה מטעם עמותת הסעד הרפואי שמאוישת רק לשעתיים, יומיים בשבוע. התארכות והגבלת הגישה לטולכרם וקלקיליה פגעו בגישה הישירה שהייתה לתושבי הכפר לשירותים רפואיים חיוניים במיוחד במקרי חירום.

הליכים קודמים של תושבי פלאמיה:

66. תושבי הכפר פלאמיה, ביחד עם תושבי ג'יוס, התנגדו לצווי התפיסה הראשוניים שמכוחם הוקמה הגדר בשנת 2002. התנגדותם לתוואי נבעה מכך, שהוא ינתק אותם מאדמותיהם וישבש את מרקם חייהם, על כל הבעייתיות הכרוכה בכך והפגיעה בזכויותיהם. בהתנגדות ובעתירה (בג"צ 8698/02 דאוד עבד אלרחים נאסר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ואח' (לא פורסם)), ביקשו תושבי הכפר להזיז את התוואי לקו הירוק באופן שיבטיח גישה חופשית לאדמותיהם. אולם, בהתבסס על הבטחות המשיב 3 בעניין שמירה על מרקם החיים, נדחתה עתירת תושבי הכפר.

העתק פסק הדין מצורף לעתירה ומסומן ע/4.

67. שלוש שנים לאחר הקמת הגדר, ונוכח השפעותיה ההרסניות, פנתה העותרת 3 בשם הכפר פלאמיה בדרישה למשיבים להזיז את תוואי הגדר מערבה באופן שגדר ההפרדה לא תנתק

את התושבים מאדמותיהם. בבקשה פורטו הפגיעות ההרסניות של גדר ההפרדה במרקם חיי התושבים של פלאמיה.

העתק הפניה מצורף ומסומן ע/5.

68. ביום 18/9/2005 נתקבלה תשובת היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון לדרישה להזיז את תוואי הגדר. היועץ המשפטי לאיו"ש דחה בתשובתו את הבקשה להזיז את התוואי מערבה לקו הירוק.

העתק התשובה מצורף לעתירה ומסומן באות ע/6.

ההתנחלויות סלעית וצופין:

69. צפונית-מזרחית לכפר פלאמיה ממוקמת ההתנחלות סלעית שהוקמה בשנת 1979. דרומית-מערבית לכפרים פלאמיה וג'יוס ממוקמת ההתנחלות צופין שהוקמה בשנת 1989.

70. תוואי הגדר נשוא עתירה זו הנו המשך התוואי הממוקם מערבית לעיר טולכרם על הקו הירוק. אולם דרומית לטולכרם מעמיקה הגדר מזרחה אל שטחי הגדה כשהיא מקיפה את הכפר פרעון מכיוון מערב ודרום ומנתקת את תושביו מאדמותיהם. משם ממשיכה הגדר הקיימת לכיוון דרום מזרח כשהיא מקיפה את הכפר ח'ירבת ג'בארה, מנתקת אותו משאר הגדה ומותירה אותו במרחב התפר (המשיבים מציעים כעת להזיז קטע זה של התוואי ולהקיף את ח'ירבת ג'בארה ממערב). הגדר ממשיכה לכיוון דרום כשהיא עוברת מטרים ספורים מהבתים של כפר א-ראס וכפר צור תוך כדי ניתוקם מאדמתם. וכל זאת- על מנת לכלול את ההתנחלות סלעית ממערב לגדר.

71. המשך הגדר הנו לכיוון דרום מערב עד שהיא מתקרבת לקו הירוק, תוך כדי הקפת הכפר פלאמיה מצד מערב. משם מתעקלת הגדר חזרה לכיוון דרום מזרח ומתקרבת לבתים של הכפר ג'יוס, כשהיא משאריה אותו מהצד המזרחי של הגדר תוך כדי ניתוקם מאדמותיו. משם הגדר פונה דרומה ומקיפה את ההתנחלות צופין ועתודות אדמה רבות מכל צדדיה לפני שהיא עוברת להקיף את קלקיליה מהצד הצפוני ואחרי זה מהצד המערבי על הקו הירוק.

מצורפת מפה של UNOCHA, המפרטת את תוואי הגדר מטולכרם ועד קלקיליה - ע/1.

72. תוואי הגדר באזור נשוא עתירה זו מתעקל ונכנס לעומק הגדה כדי להקיף את ההתנחלויות סלעית וצופין וליצור רצף טריטוריאלי בינן לבין שטח מדינת ישראל.

73. הטעם הגלוי שבפי המשיב 3 לכניסת הגדר מזרחה הוא הצורך בקיומו של מרחב מרדף שיאפשר תפיסת מסתננים לפני שיגיעו לשטח ישראל ויתערבבו באוכלוסייה האזרחית. טעם נוסף, הוא ההגנה על ההתנחלויות סלעית וצופין מפני חדירת מחבלים ומפני ירי בכינון ישיר. טעמים אלה, גם אם יוכחו, אינם מצדיקים את התוואי הנוכחי ובנמצא חלופות אחרות, המשיגות את המטרות המוצהרות שבפי המשיב 3 תוך כדי פגיעה פחותה בזכויות תושבי הכפרים נשוא עתירה זו (על כך בהרחבה בטיעון המשפטי להלן).

74. אולם, כאמור, אלה טענות לחלק המשפטי. כאן נבקש להדגיש מספר עובדות כדלקמן:

א. בעיר טולכרם המונה יותר מ-100,000 תושבים הגדר (שהיא חומה) ממוקמת על הקו הירוק בלא שקיים כל מרחב בינה לבין מדינת ישראל. מדוע הסדר זה ראוי ליד עיר גדולה ולא באזור כפרי?

ב. תוואי הגדר הקיים מותיר לאורכו כפרים פלסטיניים בצדה המערבי של הגדר, כאשר לא קיים כל חיץ בין כפרים אלה לבין מדינת ישראל. איך מתיישבת עובדה זו של אי-הפרדה ואי-קיום מרחב מרדף עם תוואי הגדר שנבחר באזור שני הכפרים העותרים?

ג. אם הגדר שהוקמה באזור אינה מונעת הסתננות באופן הרמטי, יש לתמוה מדוע הוקמה אותה גדר באזורים אחרים ללא מרחב מרדף כלשהו, כאשר המרחק בין יישובים פלסטיניים ליישובים ישראלים הוא מטרים בודדים, ומדוע הסדר אינו ראוי גם באזור ההתנחלויות סלעית וצופין.

ד. יצויין, שהתוואי המוצע על ידי המשיבים כולל מרחב מרדף העולה הרבה על המרחק שבין ישוב לגדר במקומות אחרים כמו בקה אל ג'רבייה, הר אדר ויישובים אחרים. לא רק זאת אף זאת, **לפי מנהלת הגדר**, המרחב הביטחוני הדרוש בין ישוב לבין גדר ההפרדה עומד רק על רק 150 מטר. על כן לא ברור כלל וכלל למה החליטו המשיבים 1-3 להרחיב את המרחב הביטחוני באזור מקטע הגדר נשוא העתירה תוך סטייה מההסדרים במקומות אחרים לאורך הגדר ובניגוד גמור אף להנחיות שהם עצמם קבעו לגבי המרחב הביטחוני הדרוש בין ישוב לגדר.

מצ"ב העתק מכתבו של ראש מנהלת הגדר, אלי"מ (מיל') דני תרזה, ללשכת התכנון במנהל האזרחי ולפיו המרחב הביטחוני הדרוש בין הגדר לבתים הוא 150 מטר.

מצ"ב העתק המכתב ומסומן ע/7.

ה. השוואה בין תוואי הגדר הנוכחי לשטח השיפוט ותכניות ההתרחבות של סלעית ושל צופין מגלה שהתוואי הוותה בהתאם לשטח השיפוט ותכניות ההתרחבות עתידית של התנחלויות אלה, ועל כך להלן.

ו. אף אם הטעם העיקרי לתוואי הנו ביטחונם של תושבי ההתנחלויות סלעית וצופין, אין כל סיבה נראית לעין שתמנע הקמת גדר נפרדת שתקיף יישובים אלה ותספק להם את המענה הביטחוני. לגבי מניעת חדירה לשטח מדינת ישראל והגנה על יישובים בתוך מדינת ישראל, ברור הוא כי חומה הדומה לזאת שנבנתה במקומות אחרים (למשל מערבית לטולכרם ולקלקיליה) היא יותר מידתית מבחינת הפגיעה בכפרים העותרים ויותר יעילה בהשגת מטרתיו המוצהרות של המשיב 3- מניעת חדירת מחבלים ומניעת ירי בכינון ישיר ליישובים בתוך מדינת ישראל.

75. העובדות לעיל מצביעות על כך, שתוואי הגדר אינו מבקש רק להגן על תושבי ההתנחלויות סלעית וצופין אלא גם להבטיח עתודות קרקע להתנחלות שיאפשרו מימוש תוכניות להתרחבותן. על כן, העותרים יטענו כי קיומן של ההתנחלויות סלעית וצופין, הכוונה לספחן

דה פקטו לשטח ישראל ולהבטיח את התרחבותן הם השיקולים שהשפיעו על בחירת תוואי הגדר באזור בו עסקינן, ולא שיקולי ביטחון.

סלעית:

76. כיום מונה ההתנחלות סלעית כ-105 יחידות דיור של בתי קבע חד-משפחתיים שנבנו מכוח תכנית מפורטת מס' 112/1/1.

מצ"ב תצלום אווירי של סלעית המראה את השטח הבנוי של ההתנחלות ומסומן ע/8.

77. בעוד שהשטח הבנוי הנו מצומצם יחסית, שטח השיפוט של סלעית, כפי שנקבע בצו המשיב מס' 3 ביום 30/6/1992, מייחד שטחים נרחבים לצורך התרחבות עתידית של ההתנחלות.

מצ"ב העתק מפת שטח השיפוט של סלעית חתומה על ידי המשיב מס' 3- ע/9.

78. שטח השיפוט של ההתנחלות מצביע על אפשרות של התרחבות ההתנחלות לכיוונים צפון, דרום ומערב, הכל כמפורט להלן:

א. מהצד הצפוני של השטח הבנוי אושרה ביום 25/8/1999 תכנית מפורטת מס' 112/1/2 המתפרשת על שטח של 843 דונמים. תכנית זו טרם מומשה וטרם החלו עבודות כלשהן בשטח לביצועה.

ב. בחלק הצפוני-מערבי של השטח הבנוי אושרה ביום 25/6/2003 תכנית מפורטת מס' 112/3 המתפרשת על שטח של 182 דונמים. תכנית זו טרם מומשה וטרם החלו עבודות כלשהן בשטח לביצועה.

ג. הוגשו מספר חלופות לאישור תכנית מפורטת מס' 112/2 להתרחבות עתידית של סלעית, שתתפרש על כל שטח השיפוט של ההתנחלות ותכסה יותר מ-4000 דונמים מהצד הצפוני, מערבי, דרומי ודרום-מערבי. לפי אחת החלופות של תכנית זו, חלופה ב', אמורות להיבנות 1920 יחידות דיור חדשות.

מצ"ב העתק תצלום אווירי, ע/10, המראה את תוואי הגדר בצבע אדום, את השטח הבנוי של ההתנחלות בצבע סגול, את שטח השיפוט של סלעית בצבע כחול והמציין את תחולת התוכניות שפורטו לעיל.

79. השוואה בין מפת שטח השיפוט של סלעית לבין תוואי הגדר מראה בבירור שתוואי הגדר תוכנן בהתאם לשטח השיפוט של סלעית ותוכניות להרחבתה, עובדה המעמידה בספק גדול את הטענה, כי שיקולי ביטחון הם שהנחו את קביעתו.

צופין:

80. ההתנחלות צופין הוקמה בשנת 1989 על חלק מאדמות הכפר ג'יוס. היא ממוקמת במרחק של כשלושה ק"מ מזרחית לקו הירוק וכשני ק"מ צפונית-מזרחית לעיר קלקיליה. כיום חיים בצופין כאלף תושבים בכ-200 יחידות דיור.

מצ"ב תצלום אווירי של ההתנחלות צופין, המראה את השטח הבנוי ומסומן באות ע/11.

81. בשמונה השנים האחרונות גדלה אוכלוסייתה של ההתנחלות בקרוב ל-300 תושבים, קרי גידול של כארבעים אחוזים. שטחה הבנוי של צופין מקיף כיום כ-200 דונם. עם זאת, תחום השיפוט של ההתנחלות, כפי שהוגדר בצו של אלוף פיקוד המרכז, מקיף שטח גדול פי עשרה, כ-2,000 דונם. תחום שיפוט זה כולל, בין השאר, שטח עצום ממזרח שאינו מחובר ברצף טריטוריאלי לשאר שטחי השיפוט של ההתנחלות.
- מצ"ב העתק צו המפקד הצבאי, שקובע את שטח השיפוט של ההתנחלות צופין ומסומן ע/12.
82. העותרים יטענו, כי השיקול המרכזי בתכנון תוואי המכשול מסביב לצופין היה השארת שטחים, המתוכננים להרחבת ההתנחלות ולהקמת אזור תעשייה בסמוך לה, בצידו "הישראלי" של התוואי. התחשבות זו בתכניות ההרחבה של צופין הגדילה מאוד את היקף הפלסטינים שהופרדו מאדמותיהם החקלאיות.
83. תכנית 149/4, המכונה "צופים מרכז", קבלה את אישורה הסופי של מועצת התכנון העליונה במארכ 2000. שטח התכנית הוא כ-300 דונם והיא חלה על כל השטח הבנוי בצופין, וכן על שטחים נוספים צמודי דופן שאינם בנויים, ממזרח ומדרום לשטח הבנוי. מטרתה היא עריכת רוויזיה מרחיקת לכת לתכנית המתאר המקורית של צופין (מס' 149). רוויזיה זו מבוצעת, במסגרת התכנית, בשני אמצעים עיקריים. ראשית, שינוי ייעוד הקרקע של חלקות שונות, משטח חקלאי או שטח נוף פתוח, לאזור מגורים. שנית, הגדלת הצפיפות (אחוזי הבנייה) בשטחים שהוגדרו גם בתכנית הקודמת כאזור מגורים, אך הבנייה טרם מומשה.
84. תכנית 149/4 מגדירה שלושה סוגים של אזורי מגורים המתפרשים על פני כ-160 דונם, ברמות צפיפות שונות. בהתאם לכך, מאפשרת התכנית הקמת עד כ-600 יחידות דיור בכל שטחה, דהיינו היא מאפשרת הוספת כ-400 יחידות דיור חדשות על ה-200 הקיימות כיום. בנייתן של חלק קטן מאותן יחידות הסתיימה בחודשים האחרונים או נמצאות בשלבי סיום, והן משווקות לציבור הרחב על ידי חברת לידר קומפני.
85. משמעות התוספת של כ-400 יחידות דיור שאושרה במסגרת התכנית היא מתן אפשרות להרחבת ההתנחלות בכ-200% במונחים של יחידות דיור. בהנחה שקצב הגידול של אוכלוסיית ההתנחלות יישאר כפי שהיה עד כה, קרי כארבעים אחוזים כל שמונה שנים, תוספת זו אמורה לספק מענה לגידול במשך כשלושים השנים הקרובות לערך. מכך ניתן להסיק, בין השאר, כי ההתפשטות של צופין אל אזורים נוספים שמחוץ לתכנית זו, כפי שהדבר מתוכנן במסגרת תכניות 149/2 ו-149/5 בהן נדון להלן, אינה נובעת מגידולה הטבעי של צופין אלא מיועדת למשוך להתנחלות אוכלוסייה מישראל.
86. תכנית מספר 149/2, המכונה "נופי צופין", אושרה סופית למתן תוקף במועצת התכנון העליונה בשנת 1998. שטח התכנית משתרע על פני כ-460 דונם, צפונית לשטח הבנוי של ההתנחלות, במרחק של כ-700 מטר בקו אווירי משורת הבתים האחרונה.

87. תכנית 149/2 הוגדרה רשמית כשינוי לתכנית מתאר אזורית שאושרה בזמן המנדט הבריטי (תכנית מתאר S-15) אשר הגדירה את שטח התכנית כאזור חקלאי. חלק גדול משטח זה משמש כיום כמחצבה, אם כי לא ברור האם שימוש קרקע זה אושר מבחינה תכנונית.
88. כ- 40% משטח התכנית (186 דונם) מיועדים לבניית 1,134 יחידות דיור חדשות הצפויות לאכלס כ-5,000 נפשות. בנוסף, מייעדת התכנית שטחים להקמת ארבעה גני ילדים, בית ספר יסודי ובית ספר תיכון, כמה בתי כנסת, בית קברות, מתקני נופש וספורט ושטחים ציבוריים פתוחים. כ-20% משטח התכנית מיועדים לדרכים.
89. על אף שהתכנית אושרה, טרם הונפקו מכוחה היתרי בניה לגורם כלשהו וטרם נבנו מבנים על שטחה, אולם ביום 16.11.2005 נתקבל דיווח מהעותרים שהחלו עבודות הכשרה באדמות עליהם אמורות להיבנות השכונות מכוח התכנית שלעיל.
90. צו הביניים המבוקש במסגרת עתירה זו נועד למנוע ביצוע עבודות למימוש תכנית ההתרחבות מכוח התכנית הנ"ל ותוכניות אחרות לבל יסוכל הסעד המבוקש בעתירה.
91. תכנית מספר 149/5 נערכה במרס 1999 כיוזמה משותפת של מועצה האזורית שומרון ולידר קומפני בע"מ, אולם היא טרם הוגשה למועצת התכנון העליונה.
92. מעיון בתכנית 149/5 עולה, כי היא שואפת להפוך למעין "תכנית-על" של צופין, ועל כן היא מכסה כמעט את כל שטח השיפוט של צופין - 1,895 דונם. משום כך, היא כוללת במסגרתה הן את השטח הבנוי כיום, הן אזורים לגביהם קיימות תכניות בתוקף שטרם מומשו, והן שטחים לגביהם זו התכנית הראשונה שנערכה.
93. אחד האתרים שמתוכננים לראשונה במסגרת תכנית זו נמצא על גבעה ממזרח לשטח הבנוי כיום, בין צופין לבין הכפר גיוס. שטח האתר הוא כ-90 דונם. בגרסה המקורית של תכנית 149/5 הוגדר השטח כאזור חקלאי. עם זאת, מאוחר יותר שונה יעוד הקרקע והפך לאזור מגורים בו מתוכננות 145 יחידות דיור. שינוי זה בוצע באמצעות תכנית 149/8, אשר בדומה לתכנית 149/5 טרם הופקדה.
94. אתר שני שמתוכנן לראשונה במסגרת תכנית 149/5 נמצא בחלקו הלא רציף של שטח השיפוט של צופין שמדרום-מזרח לשטח הבנוי. שטח זה משתרע על כ-600 דונם והתכנית מייעדת את השטח לאזור תעשייה. הגישה לאזור זה אמורה להיות, לפי התכנית, נפרדת משאר ההתנחלות. אזור זה של התכנית מצוי בתוך שטח השיפוט של צופין.
95. קטע גדר ההפרדה המקיף את השטחים הבנויים והמתוכננים של צופין הוא באורך של כ-15 ק"מ, החל מהקצה הצפון-מערבי של העיר קלקיליה, על הקו הירוק, ועד לפאתי הכפר פלאמיה, כקילומטר מזרחית מהיישוב כוכב יאיר שבתוך ישראל. בנקודה המזרחית ביותר מגיע המכשול למרחק של כששה ק"מ מהקו הירוק.
96. עיון במפת התוואי מלמד שתכניות המתאר שתוארו לעיל, ובייחוד שתי האחרונות המשתרעות הרחק מעבר לשטח הבנוי של ההתנחלות כיום, היוו שיקול מרכזי בתכנונו. כך, מקיף המכשול את תכנית 149/2 ("נופי צופין") בשלמותה, במרחק של כשלושה-ארבעה

ק"מ מהקו הירוק, תוך השארת מרווח של כ-500 מטר בין הדופן המזרחי של שטח התכנית לבין המכשול. מובהקת לא פחות היא התייחסותו של התוואי לאזור התעשייה המתוכנן מדרום לגי'וס במסגרת תכנית 149/5. במקרה זה, הודו המשיבים באופן מפורש כי קיומה של תכנית זו אכן היווה שיקול בקביעת התוואי.

ראו סעיף 17 לתשובת המדינה בבג"ץ 2732/05 ראש מועצת עזון ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' המצורפת בזאת ומסומנת ע/13.

97. הטופוגרפיה של האזור אף היא מעידה על כך, כי לא שיקולים טופוגרפיים, של תוואי שיאפשר שליטה בגבעה עליה בנוי הכפר ג'יוס הם שהנחו את תכנון התוואי באזור. נהפוך הוא. ההחלטה להקיף את תכניות ההתרחבות של צופין אילצה קביעה של תוואי מפותל, שעולה ויורד במרחקים קצרים, ושמחייב ביצוע עבודות הנדסיות מורכבות כגון בניית קירות תמך וחציבות עמוקות בצלע ההר. זאת במיוחד באזור כרמי הזיתים שמצפון-מערב לג'יוס, היכן שמטפס המכשול מגובה של 120 מטר לגובה של 220 מטר מעל פני הים, לעבר השלוחה עליה בנוי הכפר ג'יוס. בעוד המרחק בין שתי נקודות הגובה הללו הוא כ-500 מטר בקו אווירי, נמתח המכשול לאורך כ-1,500 מטר בפיתולים חדים.

98. מעבר לעלויות הגבוהות הכרוכות בהקמת מכשול כה ארוך וכה מורכב מבחינה הנדסית, נראה כי התוואי שנבחר חוטא לאחד השיקולים המבצעיים העיקריים שנטענו על ידי המשיבים בתכנון התוואי: הימנעות ממיקום המכשול בנקודות הנשלטות מכיוון מזרח. לדוגמא, לשם הקפת אזור התעשייה המתוכנן לפי תכנית 149/5 מכיוון צפון, יורד התוואי לגובה של כ-170 מטר מעל פני הים, באזור שלמרגלות הבתים של ג'יוס הבנויים בגובה 200-240 מטר, דהיינו הוא יורד לאזור הנשלט באופן מוחלט מהבתים הללו.

מצ"ב דו"ח ומפות נלוות, שהכינו עמותות "במקום" ו-"בצלם" על תוואי מכשול ההפרדה באזור הכפרים ג'יוס ופלאמיה, עליו מתבסס האמור לעיל, והמנתח את תכניות ההרחבה של צופין והשפעתן על בחירת תוואי הגדר באזור העתירה. הדו"ח מסומן באות ע/14.

סיכום הרקע העובדתי

99. כאמור, גדר ההפרדה באזור הכפרים הינה מבצעית ופועלת כבר שנתיים. אף על פי כן, המשיב טרם הצליח לפתור את הבעיות מהן סובלים תושבי הכפרים החיים סמוך לגדר במנותק מאדמותיהם החקלאיות. זאת גם כאשר שני הכפרים ניהלו התדיינות בכל התקופה הזו בעניין מדיניות הפעלת השערים החקלאיים.

100. המגבלות אשר הוטלו על יכולת החקלאים להגיע אל אדמותיהם ועל כניסת סוחרים לאדמות לצורך שיווק התוצרת, גרמו להיעדרה של אפשרות ממשית להתפרנס מאדמות אלו.

101. הניתוק שיצר תוואי הגדר בין התושבים לאדמותיהם הביא לירידה דרמטית בתוצר החקלאי ולאובדן פרנסה לרבים מתושבי הכפרים ולעליה משמעותית בשיעורי האבטלה והעוני. הפגיעה הקשה בענף החקלאות, עליו נסמכים הכפרים לקיומם, תביא באופן טבעי

להתנוונות הכפרים לאורך זמן. זאת בעוד שהתרחבותה של ההתנחלויות הסמוכות סלעית וצופין הובטחה, באמצעות תוואי גדר המחבר אותן, על כל שטחי השיפוט הנרחבים שלהן, למדינת ישראל.

הטיעון המשפטי

מבוא

102. המצב שתואר לעיל לגבי שני הכפרים אינו ייחודי לכפרים אלה, והוא אופייני לכל הכפרים, הסמוכים לגדר ההפרדה.

103. ההגבלות הגורפות, שהטיל המשיב על תנועת הפלסטינים מאז השלמת הבנייה של גדר ההפרדה בשלב א', גרמו לשפל חסר תקדים במצב הכלכלי של תושבי הכפרים, הסמוכים למכשול, ושל אלה שהגדר הוקמה על אדמתם.

104. מעבר לפגיעה בכלכלה ובמסחר, תוואי הגדר, המלווה במדיניות סגירת המעברים ובמסטר ההיתרים, פוגע בזכויות התושבים לקבלת טיפול רפואי נאות ושירותים אחרים, מאחר שהוא מגביל ומאריך את הגישה לטולכרם וקלקיליה - הערים המרכזיות, שמשרתות כפרים אלו. כל זאת, בנוסף לפגיעה החברתית והתרבותית הקשה, שנגרמת מהפגיעה בתנועה בין הכפרים לערים אלו.

105. לא למותר להזכיר, כי מדובר בחקלאים, אשר ערך האדמה בעיניהם אינו מסתכם בערכה החומרי. לאדמה ערך רב בתרבות ובחברה הפלסטינית, וניתוק החקלאים מהאדמות משליך בצורה קשה על מרקם חיי המשפחה והחברה בכפרים החקלאיים בכלל.

106. חומרתה של הפגיעה בתושבים של כפרים חקלאיים, שאדמותיהם ניתקות מהם, הוכרה כבר בפסק הדין בבג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נח (5) 807 (להלן - "עניין בית סוריק"). הפגיעה, שנגרמת לתושבי הכפרים, אינה נופלת בחומרתה מהפגיעה, אותה ביקש בית המשפט למנוע בפרשת בית סוריק. שם בית המשפט ניבא אותה – כאן היא כבר מתרחשת בפועל.

107. בפסק הדין בעניין בית סוריק נקבע, כי מצב דברים, בו אלפי חקלאים מנותקים מאדמתם החקלאית, עליה מבוססת כל פרנסתם, פוגע קשות בחקלאים, אשר כל מעבר לאדמותיהם כפוף למגבלות של משטר היתרים ושל שערים, ששעות פתיחתם מוגבלות:

"משטר זה יוצר תורים ארוכים למעברי החקלאים עצמם; הוא מקשה כל מעבר רכב (דורש רישוי משלו ובדיקה), ומרחיק את החקלאי מאדמותיו (שכן לכל אורך התוואי על-פי הצו שלפניו מתוכננים שני שערים יומיים בלבד). חייו של החקלאי משתנים ללא הכר כתוצאה מכך. אכן, תוואי גדר

ההפרדה פוגע קשות בזכות הקניין שלהם ובחופש התנועה שלהם. פרנסתם נפגעת קשות. מציאות החיים הקשה ממנה הם סובלים עד כה (בין השאר לאור האבטלה הרבה השוהה במקום) תלך ותחריף."

ראו פסקה 60 לפסק הדין בעניין בית סוריק (ההדגשה לא במקור).

ועוד בפסקה 67, שם :

"בבסיס גישתנו זו מונחת המציאות הנוצרת לפיה תוואי הגדר מפריד בין תושבי קטנה ואל-קביבה לבין אדמותיהם המצויות מזרחית ומערבית להר-אדר, תוך יצירת משטר של רישוי למעבר מצד אחד של הגדר לצידה השנייה. כתוצאה מכך נפגע אורח חיי החקלאים באופן קשה ביותר. משטר הרישוי והשערים שנקבעו על ידי המפקד הצבאי אינו פותר פגיעה זו".

108. בפסק הדין בעניין בית סוריק עמד בית המשפט לא רק על פגיעתה של גדר ההפרדה באדמות התושבים ובגישתם אליה, אלא גם על הפגיעה במרקם החיים של האוכלוסייה כולה. בית המשפט מצא, כי הגדר משפיעה במישרין על הקשר, הקשה גם בלא גדר, בין התושבים המקומיים לבין המרכזים העירוניים וקבע, כי קשר זה קשה כעת שבעתיים כתוצאה מהקמתה של הגדר (ראו פסקה 84 לפסה"ד).

109. יוזכר, כי בפסק הדין בעניין בית סוריק בית המשפט הנכבד התייחס לפתרונות אותם הציע המשיב לפתרון בעיות הכפרים, אשר נותקו מאדמותיהם - השערים וההיתרים - ומצא, כי אינם מספיקים (זאת על אף שבפרשת בית סוריק המשיב הציע הצעות טובות בהרבה מאלו המוחלות באזור הכפרים שבעתירה, לרבות הקמת נקודת מעבר, שתהיה פתוחה 24 שעות במשך כל ימות השנה, כדי לאפשר שמירה על מרקם החיים, שיפור הדרכים, המחברות בין הכפרים על מנת לאפשר המשך קיום הקשרים של כפרים אלה בינם לבין עצמם ובינם לבין רמאללה, והכשרת כביש, אשר יאפשר מעבר חופשי מהכפרים נשוא העתירה לכיוון רמאללה באופן מהיר - ראו פירוט הצעות המשיב בפסקה 74 לפסה"ד), וכך קבע :

"משטר הרישוי המוצע על ידו אין בכוחו לפתור באופן משמעותי את הקשיים בקטע זה של הגדר". (שם, פסקה 76).

"הגדר חוצצת בין שמונה כפרים בהם 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 או להפחית באופן

משמעותי את ממדיה של הפגיעה הקשה בחקלאים המקומיים. 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". (שם, פיסקה 82. ההדגשה אינה במקור).

110. אך ברור הוא, כי כמו בכפרים, שנדונו בפרשת בית סוריק, גם תושבי הכפרים בעתירה אינם יכולים לנהל אורח חיים תקין בתוואי הנוכחי, ופתרון השערים וההיתרים לא פתרון הוא. הפתרון מצוי בתיקון התוואי.

111. כאמור, בעיותיהם של שני הכפרים נשוא עתירה זו נדונות בעתירת המעברים כבר קרוב לשנתיים. למרות ניסיונותיו השונים, המשיב מס' 3 לא הצליח לפתור את הבעיות מהן סובלים תושבי הכפרים כתוצאה מתוואי הגדר. המגעים בין העותרים למשיב 3 נמשכו למעלה משנה וחצי, תחת פיקוחו של בית המשפט העליון, ובסופו של דבר הולידו אך שיפורים מעטים בהסדרי המעבר של התושבים לאדמותיהם, שיפורים שאין בהם כדי לשנות את המצב מיסודו ולאפשר לתושבי הכפרים להתקיים מעיבוד אדמתם כמקודם.

112. מגבלות התנועה הקיצוניות, הנובעות מתוואי בלתי-חוקי ובלתי-מידתי, אינן יכולות להיפתר במסגרת שיפור המעברים, אלא אם יינתנו פתרונות מרחיקי לכת כמו פתיחה קבועה של המעברים וביטול דרישת ההיתרים - ואלה לא הוצעו.

113. תוואי הגדר באזור הכפרים נבנה במסגרת השלב הראשון להקמת גדר ההפרדה, עוד בטרם נראו, לטענת המפקד הצבאי, השלכותיה ההרסניות של הגדר על האוכלוסייה הפלסטינית, על אף שניתן היה בנקל לצפות אותן.

ראו סעיף 415 לתשובת המדינה בעתירות בעניין הכפרים בודרוס בבג"צ 4825/04 מחמד חאלד עליאן ואלח' נ' ראש הממשלה ואח' ושוקבא בבג"צ 4938/04 מועצת הכפר שוקבא ואחרים נ' ממשלת ישראל ואח'.

114. לפיכך, אף לשיטתו של המשיב, הרי שבכל הנוגע לקביעת התוואי בשלב א', לא איזן המפקד הצבאי כראוי בין זכויות התושבים המוגנים לבין התועלת הביטחונית, שתושג מהתוואי שנבחר.

115. די בהודאה זו של המשיבים כדי להעביר את נטל ההוכחה בנוגע לחוקיות ומידתיות התוואי לשכמם של המשיבים.

116. בהסתמך על התשתית העובדתית שנפרסה בעתירה זו, נפרט להלן מדוע תוואי הגדר באזור נשוא העתירה הינו בלתי-חוקי, לאור הלכותיו של בית המשפט העליון וחוות הדעת של בית הדין הבינלאומי לצדק בעניין הגדר, וזאת מהטעמים הבאים:

א. **חריגה מסמכות** - בתוואי הגדר יש משום הפרה של איסורים, המוטלים על המשיבים מכוח הדין הבינלאומי והדין הישראלי: תוואי הגדר יוצר שינוי של קבע בשטח הכבוש, שינוי שאף ניתן לראות בו משום סיפוח דה-פקטו של השטח, הנותר בצד הישראלי של הגדר, ומפר את חובת המפקד הצבאי לאפשר לתושבים המוגנים לקיים אורח חיים תקין. התוואי אף יוצר הפרה של זכויות אדם של התושבים המוגנים, הנהנות מהגנה מיוחדת ומפורשת בדין הבינלאומי ובדין הישראלי. הפרות אלה נעשות ללא צידוק בטחוני כדון, ואף תוך הסתמכות על שיקול זר.

ב. **שיקולים זרים** - בתכנון תוואי הגדר וקביעתו הובאו בחשבון שיקולים זרים, שאין בינם לבין שיקולי ביטחון, שיקולים צבאיים והגנה על חיי אזרחים דבר וחצי דבר. הכוונה היא לשיקולים של הרחבת התנחלויות וחיבורן ברצף טריטוריאלי עם מדינת ישראל. שיקולים אלה היו שיקולים דומיננטיים בקביעת תוואי הגדר באזור הכפרים העותרים.

ג. **חריגה מעקרון המידתיות** - תוואי הגדר אינו עומד בעקרון המידתיות, כאשר ניתן להגשים את תכליתה הראויה של הגדר באמצעות חלופות, אחרות שאינן פוגעות בזכויות התושבים המוגנים.

האיסור על שינוי של קבע ועל סיפוח דה-פקטו

117. קביעת הגדר בתוואי שקבעו המשיבים יוצרת הלכה למעשה חלוקה מחדש של השטח הכבוש: הקרקעות שמערבית לגדר ("מרחב התפר") נמצאות ברצף טריטוריאלי עם שטח מדינת ישראל, כשאין כל מכשול בינן לבין שטח המדינה, וישראלים נהנים בהן מחופש תנועה מלא ופטורים מתחולת משטר ההיתרים החל עליהן; ומנגד, אדמות אלה מופרדות באמצעות מכשול פיזי מיתר שטחי הגדה המערבית, ובעליהן מתקשים עד מאד (וחלקם מנועים לחלוטין) מלהגיע אליהן, לעבדן ולהתקיים מהן.

118. כמתואר בחלק העובדתי, תוואי גדר ההפרדה באזור הכפרים חודר מזרחה כדי לכלול את ההתנחלויות סלעית וצופין, להבטיח את התרחבותן והרצף הטריטוריאלי בינן לבין מדינת ישראל. קרי, לספחן למעשה למדינת ישראל, ובלשונו של שר הביטחון, המשיב 2: "ההתיישבות ביהודה ושומרון - חלק מהגבול העתידי של מדינת ישראל".

מצ"ב תמליל הראיון עם שר הביטחון, ממנו צוטטו הדברים שלעיל, לתחנת הרדיו גלי צה"ל ביום 4/10/2005 ומסומן ע/15.

119. מדובר בשינוי ארוך-טווח בשטח הכבוש, בוודאי מבחינת בעלי הקרקעות והאוכלוסייה המקומית, שכן המכשול, המורכב ממרכיבים רבים ושבנייתו ארוכת זמן ועולה ממון רב, אינו בגדר מחסום נייד, שניתן להעבירו מעת לעת לפי הצורך.

120. כידוע, המשפט הבינלאומי החל באזור אוסר על המפקד הצבאי ליצור שינוי קבע. מגבלה זו, של יצירת עובדות ארוכות טווח בשטח הכבוש, נובעת מאחד העקרונות הבסיסיים של המשפט הבינלאומי ההומניטארי, הנוגע לשטח בתפיסה לוחמתית, והוא, כדברי פיקטה, **"כיבוש של אזור בזמן מלחמה הוא במהותו מצב דה-פקטו זמני"** (פיקטה, פרשנות, עמ' 275). כלל זה מבוטא בכל ההגבלות על הכוח הכובש והוא **"עובר כחוט השני של הרעיון, כי הכובש אינו ריבון בשטח"** (דינשטיין, דיני מלחמה, עמ' 220).

121. בית משפט נכבד זה הכיר אף הוא בזמניותו של הכיבוש. בבג"צ 392/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל ביו"ש, פ"ד לז (4), 785 נקבע, כי סמכויות המפקד הצבאי **"הן, מבחינה משפטית, זמניות מטבען, שכן התפיסה הלוחמתית היא זמנית מטבעה"** (שם, עמ' 794).

מאחר שהמפקד הצבאי אינו הריבון בשטח ושלטונו שם הוא זמני בלבד, מותר לו להתחשב בשני שיקולים בלבד בבואו לקבל החלטות הנוגעות לשטח הכבוש: טובת האוכלוסייה המקומית והאינטרסים הביטחוניים שלו. כך מסביר זאת השופט ברק (כתוארו דאז):

"תקנות האג סובבות סביב שני צירים מרכזיים: אחד - הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של התופס בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית; האחר - הבטחת צרכיה של האוכלוסייה האזרחית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית... אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסייה המקומית. אפילו צורכי הצבא הם צרכיו הצבאיים ולא צורכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב."

עם זאת, מותר לכובש ליצור שינויים של קבע, שנועדו לטובת האוכלוסייה המוגנת בשטח כבוש, ובג"צ עשה שימוש בכלל זה בהתירו סלילת כבישים בשטחים:

"השקעות יסוד, שיש בהן להביא לשינוי של קבע, העשוי להימשך גם לאחר סיום הממשל הצבאי, מותרות הן, אם הן נחוצות באופן סביר לצורכי האוכלוסייה המקומית."

(שם, עמ' 805).

122. ברור הוא, שגדר ההפרדה אינה נחוצה לצורכי האוכלוסייה המקומית. נהפוך הוא. במקרה של גדר ההפרדה, הרי שלא מדובר בשינוי "סתם" בשטח הכבוש, אלא בשינוי שתוצאתו היא יצירת מציאות של סיפוח דה-פקטו. צמידות מרחב התפר לשטח מדינת ישראל, ומתן חופש תנועה מלא לישראלים לעומת הגבלה קיצונית של תנועת פלסטינים, יוצרים מציאות של סיפוח בשטח זה, כאשר כל מה שמפריד בינה לבין סיפוח דה-יורה הוא ההכרזה

הפורמאלית. תוצאה זו עומדת בפני עצמה, ללא כל קשר לטעמים, עליהם מצהירים המשיבים לקביעת התוואי.

123. עמד על כך בית הדין הבינלאומי לצדק, כאשר הביע חשש, כי הקמת החומה יוצרת "מעשה מוגמר" (fait accompli), אשר הלכה למעשה יהיה בו משום סיפוח דה-פקטו של השטח (פיסקה 121 של חוות הדעת).

124. האיסור על רכישת שטחים בכוח הוא עקרון בסיסי ומכונן במשפט הבינלאומי בכלל ובמשפט ההומניטארי בפרט, המעוגן בסעיף 2(4) למגילת האומות המאוחדות. האיסור על סיפוח בכוח של, שטח הנתון בתפיסה לוחמתית, הינו איסור מוחלט שאין לו חריגים.

125. אף על בית המשפט העליון מקובל האיסור על סיפוח שטח, הנתון לתפיסה לוחמתית (ראו פיסקה 57 לפסק הדין בעניין מראעבה). אלא שביט המשפט, בהתייחסו לשאלת הסיפוח, בוחן אותה בהקשר של טעמיו של המפקד הצבאי (פרשת בית סוריק, עמ' 829-830), ואילו גישת בית הדין הבינלאומי היא לבחון את שאלת הסיפוח לא באספקלריה של כוונות ומניעים (שעליהם לא תמיד ניתן לעמוד, ולעיתים הם אף מעורבים), אלא באספקלריה של התוצאות והמציאות הנוצרת בשטח.

126. העותרים סבורים, עם כל הכבוד, שגישתו של בית הדין לשאלת הסיפוח דה-פקטו היא הראויה, והיא אף תואמת את גישתו של בית משפט נכבד זה עצמו, ביחס לסוגיות אחרות (כמו אפליה), כאשר הוא בוחן את כשרות המעשה השלטוני לפי תוצאותיו ולא לפי הכוונות העומדות ביסודו (ראו, לדוגמא, בג"צ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד (4) 759, 749; בג"צ 1/88, 953/77 פורז נ' ראש עיריית תל אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 333-334; בג"צ 1000/92 בבל נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, 241-242).

פגיעה בזכויות יסוד של האוכלוסיה האזרחית והפרת חובות המפקד הצבאי כלפיה

127. תקנה 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג בדבר דיני המלחמה ביבשה משנת 1907 (להלן: "אמנת האג") מטילה על המדינה, ככוח כובש, את החובה להבטיח את שלומם וביטחונם של התושבים הפלסטינים, תושבי המוגנים של השטח המוחזק.

128. אין המפקד הצבאי יוצא ידי חובתו בדאגה לביטחון האזור בלבד. המשיב אחראי על שמירת הסדר הציבורי והבטחת ניהול חיים תקינים של האוכלוסייה האזרחית ככל האפשר, באזור שבשליטתו האפקטיבית. על המפקד הצבאי באזור מוטלת האחריות לחיי התושבים ולאיכות חייהם מכל ההיבטים של חיי אדם בחברה מודרנית.

בג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לו (4) 785, 797-798.

129. בבג"צ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נ' שר הביטחון, פ"ד כז(1) 124, נקבע:

"חובותיו וזכויותיו של שלטון צבאי מוגדרות על-פי צרכיו הצבאיים של עמו מצד אחד, ומצד שני על-פי הצורך להבטיח ככל האפשר את

**חייה התקינים של האוכלוסייה המקומית (וראה בג"צ 337/71, שם,
בע' 581-582). (בעמ' 138)**

130. כפי שפורט בפרק העובדתי, תוואי הגדר, המנתק את האדמות החקלאיות ומקורות המים מהכפרים, פוגע באופן חמור באורח חיי התושבים, עד כדי שלילת מקורות מחייתם, ומהווה הפרה בוטה של החובה האמורה.
131. יתרה מזאת, תוואי הגדר פוגע קשות בעתודות הקרקע של הכפרים נשוא עתירה זו ומגביל את התפתחותם העתידית. אין המשיב רשאי לטעון, כי אין תוכניות מאושרות ו/או עתידיות להרחבת כפרים אלה, שכן מצב דברים זה נגרם נוכח מחדליו והימנעותו במתכוון מאישור תוכניות כאמור, הכל תוך כדי הפרת חובתו לדאוג לצרכי אוכלוסייה המקומית ולהתפתחותה. זו חובה שהמשיב הפר ועודנו ממשיך להפר במשך כל שנות הכיבוש.
132. המשפט הבינלאומי ההומניטארי מגביל את סמכותה של המדינה הכובשת לפגוע **פגיעה חמורה ומתמשכת** במערכות החיים של האוכלוסייה הכבושה. איסור זה נגזר מתקנה 43 לאמנות האג.
- ראו בג"צ ג'מעית אסכאן אלמועלמין לעיל, בעמ' 789.
133. ככל שפגיעה זו היא מתמשכת יותר - וברור לכל כי גדר ההפרדה אינה בגדר תופעה חולפת, אף שהיא מכונה "זמנית" – כך גובר משקלה של החובה לדאוג לרווחת האוכלוסייה ולהמשך חייהם הנורמאליים והסדירים של התושבים.
- ראו בג"צ 5820/91 האב סמואל פאנוס ואח' נ' דני יתום ואח' תק-על92(1), 270; וכן בג"צ 660/88 אגודת "אינש אל-אוסרא" ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מג(3) 673, 678-677.
134. בנוסף לפגיעה הכללית ביכולתם של התושבים המוגנים לנהל אורח חיים תקין, היוצרת הפרה של חובת המפקד הצבאי לפי תקנה 43 לעיל, הרי שתוואי הגדר באזור נשוא העתירה גורם אף לפגיעה בזכויות יסוד ספציפיות, המעוגנות במשפט הבינלאומי ההומניטארי, במשפט זכויות האדם הבינלאומי ובדין הישראלי. חלק מזכויות אלה נהנות מהגנות מיוחדות במשפט הבינלאומי ההומניטארי, והפגיעה בהן מותנית בקיומן של נסיבות מוגדרות.
135. לעניין תחולתן של אמנות זכויות האדם בשטחים הכבושים, הרי שבית הדין הבינלאומי בהאג קבע כי משפט זכויות האדם הבינלאומי אכן חל. בית המשפט העליון החליט שלא להכריע בנושא בפרשת מראעבה, אולם היה נכון להניח כי האמנות חלות (ראו פסקה 27 לפסק הדין) והוא החיל אותן בבג"צ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון פ"ד נז(2) 349.

פגיעה בחופש התנועה, בזכות לעבוד ובזכות לקיום בכבוד

136. הזכות לחופש תנועה מעוגנת בסעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (ואף בשורה ארוכה של אמנות נוספות). לזכות לחופש התנועה אף מעמד כזכות אדם חוקתית, שממנה נהנים תושבי השטחים הכבושים (ראו פרשת מראעבה, פסקה 24).
137. הפגיעה בחופש התנועה גוררת פגיעה חמורה ביותר בכבודו של האדם, בהיותה שוללת כמעט כליל את האוטונומיה האישית שלו.
- על מעמדו של חופש התנועה ראו דברי הנשיא ברק בבג"צ 5016/96 חורב ואח' נגד שר התחבורה ואח', פ"ד נא(4) 1, 49 ו-59.
138. הפגיעה בזכות זו, הנמנית על צרכיה הבסיסיים של חברה, היא קשה במיוחד כאשר היא מגבילה את תנועת התושבים בתוך אזור מגוריהם ובתוך מרחב חייהם, להבדיל ממניעת יציאתם אל מדינות אחרות.
- ראו בג"צ 448/85 דאהר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701, 708.
139. אף הנורמות הבינלאומיות הבחינו בין הזכות לנוע בתוך המדינה לבין הזכות לצאת את גבולותיה.
- ראו ההכרזה האוניברסאלית על זכויות האדם משנת 1948, ס' 13(1);
- האמנה הבינ"ל לזכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966, ס' 12;
- האמנה הבינ"ל בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית משנת 1965, ס' 15(ד)(1).
140. חופש התנועה כולל גם את הצורך להבטיח תנועה תקינה של כלי תחבורה. תושבי הכפרים, הזקוקים להגיע אל אדמותיהם המרוחקות או להוביל מהן תוצרת חקלאית, מנועים במרבית המקרים מלעשות כן בעזרת כלי רכב, כאשר אדמותיהם מצויות מן העבר השני של הגדר.
141. הזכות לעבוד ולהתקיים בכבוד, זכויות המעוגנות בסעיפים 6, 7 ו-11 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, נפגעות באופן חמור אף הן, לאור הקושי הרב, עד כדי מניעה מוחלטת במקרים רבים, של התושבים להגיע אל אדמותיהם החקלאיות, לעבדן באופן רציף, ללקט את תוצרתן ולהובילה לשיווק. מאחר שמדובר באזור חקלאי, שבו עיקר פרנסתם של התושבים מתבסס על חקלאות, הרי שניתוק הכפרים מעורפם החקלאי מהווה מכה אנושה לכלכלת כפרים אלה וליכולתם של תושביהם לקיים עצמם בכבוד.
142. הזכות לקיום בכבוד אף הוכרה על-ידי בית המשפט כחלק מכבוד האדם, המעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 375).
143. על פגיעות אלה ניתן להוסיף את הפגיעות בזכות לבריאות ובזכות לחינוך (סעיפים 12, 13 ו-14 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות), הנובעות מהארכת

הדרך המשמעותית שיוצר תוואי הגדר בין הכפרים לטול-כרם ולקלקיליה, ערי המחוז, המספקות שירותי בריאות חיוניים לתושבי הכפרים נשוא העתירה.

הפגיעה בזכויות קנייניות

144. כליאת האדמות החקלאיות של הכפרים מאחורי גדר והגבלת הגישה אליהן מהווה פגיעה חמורה ביותר בקניינם של התושבים וביכולתם לנצל את הקרקעות שברשותם. במצב דברים זה הופכות האדמות החקלאיות מנכס מניב הכנסה לנטל כלכלי. זאת בנוסף לפגיעה הנרחבת ברכוש כתוצאה מהשחתת האדמות, שעליהן ממש עובר תוואי הגדר, והשבתתן מייעודן החקלאי.

145. זכות הקניין מוכרת כזכות חוקתית (סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). המשפט הבינלאומי ההומניטארי מעניק הגנה מיוחדת ומפורשת לרכושם של התושבים המוגנים, ומגביל את הפגיעה בו לנסיבות חריגות ומוגדרות.

146. תקנה 46 באמנת האג קובעת את חובתו של הכוח הכובש "לכבד" רכוש פרטי, ואוסרת על החרמתו. סעיף 53 לאמנת ז'נבה אוסר הריסה של רכוש. סעיפים 52 לתקנות האג ו-53 לאמנת ז'נבה קובעים את הנסיבות היחידות, שבהן מותר לכוח הכובש לפגוע ברכוש פרטי. לאיסור על החרמת רכוש אין כל חריג.

147. אמנם תפיסת האדמות לצורך הקמת הגדר נעשית בצווי תפיסה שמוגבלים בזמן, ואולם לאור נסיבות הוצאתם של צווי התפיסה, ניתן לראות בתפיסת האדמות לצורך הקמת הגדר משום החרמה **בפועל**. צווי התפיסה, שהוצאו להקמת התוואי הנוכחי באדמות הכפרים אמורים לפוג בקרוב, בדצמבר 2005. ואולם אין כל מגבלה על חידושם, וברור כי כך אכן ייעשה (ואם לא, הרי ממילא תתייתר עתירה זו). זמניותה של התפיסה היא כזמניותה של הגדר (ואולי כזמניותו של הכיבוש עצמו): ככל שהמדינה תחפוץ בהמשך קיומה, היא תמשיך להתקיים. לא ניתן לראות בתפיסה לתקופה בלתי-מוגבלת, שסופה אינו נראה לעין, כתפיסה זמנית **במהותה**, אף אם פורמאלית היא מוגדרת לתקופה מוגבלת (שניתנת לחידוש עד אין קץ). מבחינתו של בעל הקרקע, שעליה מוקמת הגדר, עליו נועדה תקנה 46 להגן, מדובר בהחרמה בפועל.

148. על פי המשפט הבינלאומי המינהגי, החרמה או הפקעה אינן רק הכרזה, שמטרתה הפקעת זכויות קנייניות, כמו הפקעה ישירה, פורמאלית, או העברה כפויה של זכויות קנייניות לטובת המדינה או הכוח הכובש. כהחרמה או הפקעה יחשבו גם התערבות, ששוללת או מגבילה את שימוש הבעלים בקניין, ואשר גורמת לשלילה חלקית או מלאה של זכות הבעלים לשימוש או להפקת הנאה כלכלית סבירה מזכויותיו הקנייניות. על כן, כל מעשה, ובמקרים מסוימים אף מחדל של אי-הגנה, ששולל או מגביל את זכות הבעלים להפיק הנאה כלכלית מקניינו, כמוהו כהפקעה או החרמה (להבדיל מתפיסה זמנית לצרכי הצבא הכובש או לצרכים צבאיים הכרחיים), שאסורות על פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי החל באזור.

149. האמור לעיל חל גם על האדמות, הנותרות מעברה השני של הגדר. שכן, ההגבלות הקיצוניות על הגישה לאדמות אלה פוגעות אנושות ביכולת הבעלים להפיק הנאה כלכלית מהן. בנוסף, הגבלות אלה יוצרות חשש ממשי מפני אובדן פורמאלי של הזכויות בקרקעות אלה, בהתבסס על חוק הקרקעות העותומאני, בעקבות חוסר-יכולת לעבדן, כאשר מדובר לרוב בקרקעות שאינן מוסדרות.

לעניין זה ראו פסק דינו של בית הדין הבינלאומי, שהוקם בעקבות המהפכה באיראן, ואשר הוסמך לדון בתביעות של אזרחים אמריקאיים בגין נכסים, שהופקעו במהלך ולאחר המהפכה. בית הדין קבע לעניין הגדרת הפקעה במשפט הבינלאומי כלהלן:

“It is recognized by international law that measures taken by a State can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the State does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner.”

Starret Housing Corp v. Iran, 4 Iran-United States Claims Tribunal Rep. 122, 154 (1983)

150. אם הפגיעה ברכוש אינה נבחנת כהחרמה אסורה: השימוש בקרקע של תושבי הכפרים יהיה מותר לפי תקנה 52 לתקנות האג אך ורק אם הוא נעשה "לצורכי הצבא הכובש", כאשר מונח זה פורש, במשפט הבינלאומי, ככולל את צרכיו הישירים וההכרחיים של הצבא הכובש עצמו (להבדיל מצרכים ביטחוניים כלליים של מדינת האם), והוא אינו כולל הריסה של הרכוש (כפי שנעשה לקרקע חקלאית שנתפסה לצורך הקמת הגדר).

151. ואילו על-פי סעיף 53 לאמנת זינבה, הרי שהריסת רכוש פרטי תהא מותרת אך ורק כאשר הריסה זו הכרחית לחלוטין לצורך פעולות צבאיות ("except where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations"). שאלת קיומו של תנאי זה נתונה לביקורת שיפוטית (ראו פס"ד מראעבה, פיסקה 16), וכפי שיפורט בחלק הבא להלן, אף תנאי זה אינו מתקיים בעניין תוואי הגדר באזור נשוא העתירה.

152. ויודגש: אין בתקנה 43 הכללית, המחייבת את הכוח הכובש להבטיח את הסדר הציבורי, כדי להתגבר על המגבלות האמורות על פגיעה ברכוש פרטי, ולא כל פעולה, הנעשית למען השמירה על הסדר הציבורי, תיחשב פעולה "הכרחית לחלוטין לצורך פעולות צבאיות", המתירה פגיעה ברכוש פרטי של תושבים מוגנים. תקנה 43 מחייבת את הכוח הכובש לנקוט "בכל האמצעים שבסמכותו" ("all measures within his power") כדי להשיב ולהבטיח את הסדר הציבורי. אמצעי הפוגע ברכוש פרטי, שאינו תואם את החריג של סעיף 53 לאמנת זינבה, יהיה, ממילא, אמצעי, שאינו בסמכותו של הכוח הכובש, ויפול מחוץ לגדרה של תקנה 43 לתקנות האג. כל פרשנות אחרת, הרואה בתקנה 43 לתקנות האג מעין "סעיף סל", הגובר על האיסורים הספציפיים במשפט הבינלאומי ההומניטארי (לרבות אלה

שבאמנת זינבה שמאחרים לתקנות האג), תרוקן מתוכן את הוראותיו המפורטות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי.

153. בית המשפט הנכבד נקט בגישה דומה בתכלית בפסק דינו בעניין השימוש באזרחים פלסטינים כ"מגן אנושי" (בג"צ 3799/02 עדאלה ואח' נ' אלוף פיקוד מרכז ואח', ניתן ביום 23.10.05). בבחינת חוקיותו של הנוהל, בית המשפט מכיר בכך שניתן היה לבססה על החובה הכללית של הצבא לשמור על הסדר הציבורי, על שלום האוכלוסייה האזרחית ועל שלום חייליו (פיסקה 23 לפסק הדין). ואולם, ולמרות שאין איסור ספציפי במשפט הבינלאומי ההומניטרי שאיסור את הנוהל, בית המשפט מקיש מאיסורים ספציפיים אחרים שתכליתם הגנה על אזרחים, וגוזר גזרה שווה לעניין השימוש בנוהל שכן (פיסקה 24 לפסק הדין).

154. אף פסק דין מראעבה עולה בקנה אחד עם גישה זו. שם מוצא בית המשפט, כי המשיבים מוסמכים להקים גדר בתוך שטח כבוש מכוח חובתם וסמכותם לשמור על הסדר הציבורי לפי תקנה 43. הוא פסל את תוואי הגדר במובלעת אלפי מנשה מן הטעם שהוא אינו עומד בעקרון המידתיות. לאור מסקנתו זו, בית המשפט אינו נדרש לשאלה: האם הפגיעה ברכוש פרטי בכלל, או במקרה של מובלעת אלפי מנשה בפרט, לצורך הקמת הגדר בתוואי הספציפי שנבחר, עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי, הקובעות את התנאים לפגיעה ברכוש פרטי. על אף ששאלה זו לא נדונה ולא הוכרעה בעניין מראעבה, הרי שבית המשפט מאמץ מפורשות את קביעתו של בית הדין הבינלאומי, כי "חוקיותה של ה'חומה' ... תקבע, בין השאר, על פי ניתוחם של סעיפים 46 ו-52 לתקנות האג וסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית" (פיסקה 57 לפסק הדין).

העדר צידוק בטחוני כדין וקיומו של שיקול זר

155. בחינת תוואי הגדר באזור נשוא העתירה מעלה, כי לא מתקיים לגבי הצידוק הביטחוני הנדרש כדי להסמיך את המפקד הצבאי להפר את חובותיו כלפי התושבים המוגנים ולפגוע בזכויותיהם, בוודאי לא הצורך הצבאי ההכרחי והמוחלט, הנדרש לצורך פגיעה ברכוש פרטי. לא זו אף זו, הרי שהתוואי מבוסס בבירור על שיקול זר, שהמפקד הצבאי לא היה כלל רשאי לשקלו.

156. יודגש, כי משהונחה התשתית לכך שזכויותיהם של התושבים המוגנים נפגעות, על המדינה מוטל הנטל להראות, כי כל פגיעה של תוואי הגדר ברכוש התושבים המוגנים ובזכויות אחרות שלהם היא בלתי נמנעת על מנת להגן על צורך צבאי הכרחי.

157. מבט חטוף בתוואי הגדר באזור נשוא העתירה מגלה בנקל את הסיבה העיקרית ל"בליטות", הנוצרות בתוואי הגדר, ולסטיותו החדות מהקו הירוק: הכללת ההתנחלויות סלעית וצופין מצדה המערבי של הגדר ואף הבטחת התרחבותן. לכאורה, לא הייתה כל מניעה להקים את הגדר לאורך הקו הירוק, כאשר להתנחלויות סלעית וצופין תסופק הגנה באמצעות גדר בטחון, שתקיף רק אותן (שיש להניח כי כבר קיימת).

158. טענת המשיבים, בתשובה לדרישה להזיז את תוואי הגדר לקו הירוק, היא כי הקמת הגדר על הקו הירוק אינה אפשרית מטעמים בטחוניים. לטענתם, התוואי בקרבת הכפר גיוס "תוכנן כך שיאפשר הגנה על היישוב צופים המצוי במרחק של כ- 750 מטרים מהרכס ומרחב מבצעי", והתוואי בקרבת הכפר פלאמיה "שולט על דרכי הגישה של מחבלים לכיוון היישובים הישראליים באיו"ש ומדינת ישראל, מאפשר לכוחות מרווח מבצעי למרדף בטווח קצר, מגן על היישוב כוכב יאיר מירי בכינון ישיר, ומצמצם את הנזק לחקלאים ולתושבי הכפר (התוואי עובר במחצית המרחב שבין הכפר פלאמיה לבין כוכב יאיר)".

ראו תשובת יועמ"ש איו"ש לדרישת העותרים להזיז את התוואי שצורפה לעתירה וסומנה ע/6.

159. טענת המשיבים לגבי מרחב המרדף סתמית היא ואינה מרימה את הנטל להראות, כי מדובר בצורך צבאי הכרחי שאין לו חלופות. המשיבים לא טורחים לציין מהו רוחבו של "המרחב המבצעי" הנדרש, והאם הוא אמנם תואם את מידת הסטייה של הגדר לתוך אדמות פלסטיניות, ומהו רוחבו של המרחב הדרוש כדי למנוע ירי בכינון ישיר; כך אף לא ברור מדוע חומת בטון, שתוקם על הקו הירוק או מסביב ליישובים ישראלים בגדה (כפי שהוקמה במקומות, שבהם ישוברים פלסטינים צפופים נמצאים בסמיכות ממש לקו הירוק – כמו ליד טול כרם וליד קלקיליה), לא תענה על הצורך למנוע ירי בכינון ישיר וחציית מחבלים את המכשול וכניסתם ליישובים ישראלים. הרי לכאורה, אם חומה כזו הייתה פשוטה לחצייה, היינו צפויים להיות עדים לחדירת מחבלים ישירות מטולכרם ומקלקיליה, הצמודות לקו הירוק, לתוך שטח ישראל – והדבר אינו קורה.

160. יצויין, שהתוואי הקיים כולל מרחב, העולה בהרבה על המרחק שבין ישוב לגדר במקומות אחרים כמו בקה אל גרבייה, הר אדר ויישובים אחרים. לא זו אף זו: **לפי מינהלת הגדר**, המרחב הביטחוני הדרוש בין ישוב לבין גדר ההפרדה עומד על 150 מטר בלבד. על כך ניתן ללמוד ממכתבו של ראש מינהלת הגדר, אלי"מ (מיל') דני תרזה, ללשכת התכנון במנהל האזרחי, ולפיו אין מניעה לקדם תכנון של שכונה חדשה **עד מרחק של 150 מ' מהגדר**. מכתבו של מר תרזה צורף לעתירה וסומן ע/8.

161. אף המועצה לשלום וביטחון, המורכבת ממומחים ביטחוניים, לא הייתה בדעת המשיבים בעניין הצורך במרחב מרדף כה רחב באזור זה. בתוואי המוצע של המועצה לגדר באזור זה, התוואי נצמד לקו הירוק וסוטה מזרחה רק לצורך הקפת ההתנחלויות סלעית וצופין והשאר מרווח מצומצם יחסית עד לקו הירוק, תוך כדי החזרת אדמות רבות לתושבי הכפרים גיוס ופלאמיה.

מצורפת מפה המציגה את התוואי המוצע על ידי המועצה לשלום וביטחון באזור נשוא העתירה ומסומנת ע/16. התוואי הקיים מסומן בצבע שחור, והתוואי המוצע על ידי המועצה מסומן בצבע אדום.

162. יתר על כן, קיומן של תוכניות, מאושרות ובהכנה, להרחבת ההתנחלויות צופין וסלעית הרבה מעבר לשטח הבנוי ועד לתוואי הגדר הקיים כיום, כפי שפורט בחלק העובדתי, שולל מניה וביה את טענות המשיבים בדבר הצורך במרחב מרדף מבצעי בין הגדר לבין

ההתנחלויות. מחד גיסא טוענים המשיבים, שהתוואי נקבע בהתבסס על שיקולי בטחון ובכללם הצורך במרחב מבצעי בין בתי היישובים הישראלים לבין גדר ההפרדה, ומאידך גיסא הם מאשרים תוכניות להרחבת יישובים אלה עד לתוואי הגדר עצמו, ומבטלים בזאת כל מרחב מבצעי הנחוץ, לדידם, להגנה על בתי ותושבי יישובים אלה.

163. בנוסף, במקרה דנן לא עומדת למשיבים חזקת תקינות המינהל, לפיה השיקול הבטחוני עליו הם מצהירים הוא השיקול האמיתי אשר הנחה אותם, לאור הודאתם בסעיף 17 לתשובת המדינה במסגרת בג"ץ 2732/05 ראש מועצת עזון ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', שבתכנון התוואי באזור הכפרים נשוא העתירה **ניתן משקל לשיקול זר שאינו בטחוני: קיומה של תוכנית להרחבת ההתנחלות צופין**.

164. נפנה אפוא לטעם הגלוי לחדירת הגדר מזרחה לעומק השטחים הכבושים באזור זה, והוא: הכללת ההתנחלויות ממערב לגדר וברצף טריטוריאלי עם שטח מדינת ישראל.

165. בית המשפט אמנם הכיר, בפרשת מראעבה, בכך שהגנה על מתנחלים היא בגדר שיקול, שהמפקד הצבאי מוסמך לשיקול בקביעת תוואי הגדר. בכך חרג בית המשפט מהעמדה, שהייתה מקובלת על כל שופטי בית הדין הבינלאומי בהאג (לרבות על שופט המיעוט בורגנטל) – ושהיא, עם כל הכבוד, אף עמדת העותרים - לפיה אי-חוקיותן של התנחלויות לפי הדין הבינלאומי מונעת הסתמכות על קיומן להצדקת תוואי של גדר, הפוגע בזכויות התושבים המוגנים.

166. עם זאת, וכפי שצוין לעיל, הרי שבית המשפט לא הכריע, בפרשת מראעבה, האם חיבור התנחלות ברצף טריטוריאלי עם מדינת ישראל, כאשר משמעות הדבר פגיעה נרחבת ברכוש פרטי של תושבים מוגנים, עונה על התנאים המחמירים, שמעמידים סעיפים 52 לאמנת האג ו-53 לאמנת ז'נבה לפגיעה ברכוש פרטי: שמדובר בתוואי הכרחי לחלוטין למילוי צרכי הצבא הכובש או פעולות צבאיות.

167. לאור פרשנותם של סעיפים 52 ו-53 הנ"ל במשפט הבינלאומי, הרי שלא ניתן לראות צירוף ישוב אזרחי של המעצמה הכובשת, שנבנה באופן בלתי חוקי, לשטחה של המעצמה הכובשת, תוך יצירת רצף טריטוריאלי ביניהם, משום צורך צבאי הכרחי, המתיר תפיסת רכוש פרטי של תושבים מוגנים ופגיעה בו.

168. ומכל מקום, על מנת לעמוד בתנאים של סעיפים אלה, על המשיבים להראות, שאין כל חלופה אחרת להגנה על תושבי סלעית וצופין, למעט התוואי הפוגעני שבו הם בחרו. כך, למשל, עליהם לשכנע, כי גדר היקפית סביב סלעית וצופין אינה חלופה, המעניקה לתושבי התנחלויות אלה בטחון ברמה סבירה. אם קיים רצון אף להגן על התושבים בנסיעתם בין ההתנחלויות לשטח מדינת ישראל, הרי שאף לכך קיימות חלופות שלא תהיה בהן פגיעה ברכושם של התושבים המוגנים, כמו כריית מנהרה בין ההתנחלות לשטח מדינת ישראל.

169. אם הגיעו המשיבים למסקנה, כי אין כל דרך להגן על תושבי סלעית וצופין ללא פגיעה ברכוש של תושבים מוגנים, הרי שעומדת בפניהם חלופה נוספת, והיא פינויין של התנחלויות אלה. חובתם של המשיבים להגן על חיי הישראלים בשטחים (כפי שהוכרה

בפס"ד מראעבה) אינה מכתובה את האופן שבו תמולא חובה זו, ופינויים של ישראלים מאזור, שבו הם נמצאים בסכנה מתמדת, להערכת המשיבים, גם הוא אמצעי חוקי למימוש חובה זו (ויוזכר – אותם משיבים, האחראים לקביעת תוואי הגדר – המשיבים 1 ו-2 – הם גורמים מדיניים, שיש בכוחם לקבל החלטה בדבר פינוי מתנחלים מהשטח הכבוש). כפי שכבר נפסק, ישיבתם של ישראלים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית היא ברשות המפקד הצבאי והיא מטבעה זמנית (ראו פס"ד מראעבה, פסקה 22). לכן, הגנה על מתיישבים ישראלים לעולם לא תוכל להיחשב "צורך צבאי הכרחי", המצדיק פגיעה ברכוש של תושבים מוגנים בהתאם למשפט הבינלאומי ההומניטארי, שכן לעולם יעמוד לרשות המשיבים אמצעי חלופי, שימנע את הפגיעה ברכוש, והוא פינויים של אותם מתיישבים.

170. אך יותר מכך: לא רק שלא מתקיים צורך בטחוני הכרחי בתוואי של המשיבים, הוא אף נגוע בשיקול זר. זאת, מאחר שתוואי הגדר אינו "מסתפק" בהקפת סלעית וצופין, עצמן אלא הוא מקיף אף שטחים נרחבים מצפון, ממערב, מדרום וממזרח לשטח הבנוי של התנחלויות אלה. כפי שפורט בחלק העובדתי, ובהסתמך על מפות שטח השיפוט של סלעית וצופין ותכנויות התרחבותן, הרי שברור כי תוואי הגדר נועד לא רק לתת הגנה לתושביהם הנוכחיים של סלעית וצופין, אלא אף לאפשר את התפתחותן העתידית של ההתנחלויות אלה על כל שטח השיפוט שלהן.

171. בפסק דין בעניין מראעבה קבע בית המשפט באופן ברור, כי תכנית להרחבת התנחלות היא שיקול זר, שאין המפקד הצבאי רשאי להתחשב בו בקביעת תוואי הגדר (פסקה 113).

172. לסיכום עניין זה: תוואי הגדר, הסוטה מזרחה ופולש לתוך שטחים חקלאיים של הכפרים, אינו מתבסס על צידוק בטחוני, ובוודאי שלא על צורך צבאי הכרחי באופן מוחלט, כנדרש על-פי המשפט הבינלאומי. יותר מכך: התוואי מונחה במובהק על-ידי הדאגה להתפתחותן העתידית של סלעית וצופין. **שיקול זה ממילא אינו שיקול של צורך ביטחוני, אלא שיקול זר, ההופך את ההחלטה ואת ביצועה לבלתי חוקיות ולנעדרת כל בסיס** במשפט הבינלאומי ההומניטארי ולהפרה בוטה של משפט זה.

חוסר מידתיות

173. בנוסף לכך שהתוואי מהווה חריגה מסמכותם של המשיבים, הרי שהוא אף אינו עומד בעקרון המידתיות, עקרון שהוא רלוונטי הן לניתוח לפי המשפט הבינלאומי (כאשר דרישת ההכרחיות חלה אף על קיומו של צורך צבאי), והן לפי המשפט הישראלי. עיקרון המידתיות מורכב משלושה מבחני משנה, שדי בהפרה של כל אחד מהם כדי שייקבע, כי פעילות הרשות לוקה בהיעדר מידתיות. נעבור על מבחני משנה אלה אחד לאחד.

העדר קשר רציונאלי בין הפגיעה למטרה

174. מבחן המשנה הראשון דורש, שיתקיים קשר רציונאלי בין המטרה אותה מבקשים להשיג לבין האמצעי שבו משתמשים כדי להשיגה. בפסק דין מראעבה קובע בית המשפט, כי מבחן

זה מתקיים, אם "גדר ההפרדה יוצרת הפרדה בין המחבלים לבין הישראלים (בישראל ובאזור)" (פיסקה 111 לפסק הדין).

175. העותרים סבורים שזהו יישום מקל מדי של מבחן הקשר הרציונאלי, שכן הפרדה יכולה להיעשות בדרכים שונות (בתוואים שונים), ודומה שעל מנת שיתקיים קשר רציונאלי, הרי שלא מספיק שהגדר תיצור את ההפרדה המבוקשת, אלא עליה ליצור את ההפרדה באופן רציונאלי – כלומר, התואי שלה צריך לשקף את מטרתה.

176. כאשר תוואי הגדר מספח אל צידו הישראלי שטחים פלסטינים רבים, שהם בשימוש השוטף והיומיומי של התושבים הפלסטינים, הרי שמדובר בהפרדה, שאינה משיגה את מטרתה באופן מלא, שכן כתוצאה מהותרתם של שטחים פלסטינים בצד "הישראלי", נדרשת הפעלה של מנגנון ביורוקראטי מסורבל של מעברים, הנפקת היתרים וכיו"ב. מעבר לנטל, המוטל על התושבים, הרי שהדבר אף מטיל נטל בטחוני ומינהלי כבד על המשיבים. לכאורה, אם המטרה היא אכן הפרדה, האמצעי המידתי הוא זה שמקיים את ההפרדה באופן רציונאלי: מפריד בין שטחים, שבשימוש שוטף של פלסטינים ושנדרשת בהם נוכחות שוטפת של פלסטינים, לבין שטחים, שמתגוררים בהם ישראלים.

177. כמו שראינו, גם אותם חלקים של התוואי, שתכליתם ההגנה על סלעית ועל צופין, אינם מקיימים קשר רציונאלי למטרה זו, כאשר בתוך מובלעות סלעית וצופין נכללים שטחים רבים, שנדרשת אליהם כניסה שוטפת של פלסטינים. התוואי במקום משקף באופן רציונאלי מטרה אחרת, זרה, והיא הבטחת התרחבותן העתידית של סלעית ושל צופין.

קיימות חלופות המשיגות את המטרה בדרך פוגענית פחות

178. את תכלית הגדר ניתן להגשים על-ידי הצבתה לאורך הקו הירוק. מחד גיסא תמנע חלופה זו את כניסתם של מפגעים אל שטח המדינה, ומאידך גיסא תמנע את המשך הפגיעה באוכלוסייה האזרחית.

179. באשר להגנה על הישראלים, המתגוררים בסלעית ובצופין, גם כאן קיימת חלופה, הפוגעת פחות בזכויות התושבים המוגנים, והיא פינויים של הישראלים מהתנחלויות אלה. כמוסבר לעיל, חלופה זו קיימת מעצם מעמדה של ההתנחלות כזמנית, וממעמדם של תושביה כבני-רשות של המפקד הצבאי. אף אם בית המשפט מבקש להימנע מההכרעה בדבר חוקיותה של ההתנחלות לפי המשפט הבינלאומי, הרי שבשקילת החלופות הקיימות במסגרת מבחן המידתיות, לא ניתן להתעלם מחלופה זו, העולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי ועם המשפט הישראלי. להבדיל מהתושבים המוגנים, שזכותם להתגורר ביישוביהם וליהנות מרכושם מוכרת ומוגנת במשפט הבינלאומי ולמעשה עומדת במרכזו, הרי שלמתיושבים הישראלים אין כל זכות מקבילה, המוכרת במשפט הבינלאומי או במשפט הישראלי, להמשיך להתגורר בשטח הכבוש. בוודאי שהדבר נכון, כאשר הגנה על המשך נוכחות זו כרוכה בפגיעה בזכויות התושבים המוגנים.

180. גם אם נצא מההנחה (אותה דוחים העותרים), שביטחון ההתנחלויות יכול לשמש בסיס לטענת צורך צבאי, המצדיק פגיעה בזכויות של תושבים מוגנים, הרי שגם אז קיימת חלופה פוגענית פחות, והיא הקפת שטח הבנוי של ההתנחלויות סלעית וצופין בגדר ביטחון. לעניין

זה, הרי ששיקולי המשיב בבחירת התוואי הקיים מעידים, כי גדר כזאת יכולה להשיג את המטרה ללא כל צורך בקיום מרחב מרדף בין הגדר להתנחלויות, שכן מצדה המזרחי והדרומי של סלעית הגדר צמודה לבתי המתנחלים ובמרחק של מטרים ספורים מבתי כפר צור ולהתנחלות צופין מתוכננת הרחבה, שתגיע עד לתוואי הקיים, ואשר הכתיבה את תוואי הגדר הקיים.

181. תוואי, המקיף את שטחה הבנוי של ההתנחלות צופין (במכשול שיתחבר לשאר המערכת באמצעות חומה לצידי כביש הגישה המערבי לצופין, כך שתתאפשר נסיעה בטוחה בין ההתנחלות לישראל), עדיף על התוואי הנוכחי גם בכל הנוגע לשיקול הטופוגרפי, שכן הוא אינו עובר בשטחים נחותים הנשלטים ממזרח, והוא נמצא במרחק יחסית גדול מבתי גיוס. ברור הוא, שתוואי חלופי מעין זה עדיף גם מנקודת המבט של צמצום הפגיעה באוכלוסייה הפלסטינית, שכן הוא כמעט ולא היה גורם להפרדת תושבים מאדמותיהם, ובכך היה מייתר כמעט לחלוטין את הצורך במשטר היתרים.

182. אף לעניין הבטחת התחבורה בין סלעית וצופין למדינת ישראל ישנן כאמור חלופות, הפוגעות פחות בזכויות התושבים המוגנים, כמו מנהרה, שתשמש את המתנחלים למעבר לישראל.

183. כמו כן, קיים תוואי חלופי, המוצע על-ידי המועצה לשלום ובטחון, שעל אף שאינו מקובל על העותרים, שכן גם בו יש פגיעה בלתי-מוצדקת בזכויותיהם של תושבים מוגנים, הרי שעדיין מדובר בחלופה, שפגיעתה פחותה בהרבה מזו שקבעו המשיבים, ועצם קיומה של חלופה ביטחונית זו מעיד על חוסר-מידתיות התוואי של המשיבים.

לא מתקיים יחס ראוי בין הפגיעה בזכויות אדם לתועלת הצומחת ממנה

184. כאמור, במקרה שלפנינו קיימות חלופות להשגת מטרותיה של גדר ההפרדה באזור נשוא העתירה, ולכן תוואי הגדר באזור אף אינו עומד במבחן המשנה השלישי של עקרון המידתיות – היחס בין הפגיעה לתועלת הצומחת ממנה מבחינת הגשמת המטרה (מידתיות במובן הצר').

185. מבחן משנה זה חולש אף על המקרה, שבו האמצעי הפוגעני פחות מביא להפחתה מסוימת בהשגת המטרה הביטחונית. כך שאף אם נדחית עמדת העותרים בדבר החלופות האחרות, המגשימות באופן מלא ואף משופר את מטרת הגדר, הרי שהנוק העצום שנגרם לתושבי הכפרים מצדיק שינוי התוואי, אף אם יהיה לכך מחיר מסוים מבחינת הביטחון.

אשר על כן, ולאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל עתירה זו וליתן צו על תנאי וצו ביניים כמבוקש בפתח העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים להפוך את הצו על תנאי למוחלט.

היום : 23 בנובמבר 2005

ירושלים

עאזם בשארה, עו"ד
ב"כ העותרים