

1. העותרים: ראש מועצת הכפר ח'רבת ג'בארה,
עווני אברהים אחמד עודה
2. ראש מועצת הכפר פרעון,
עבד אלכרים גמאל עבד אלמגיד עומר
3. ראש מועצת כפר א-ראס,
מאזן סעיד עבדאללה עווד
4. ראש מועצת כפר צור,
סובחי סאלח מחמד עובייד
5. 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 עווד פלר
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
ת"ד 34510, ירושלים 91000
טל': 02 - 6521218 ; פקס': 02 - 6521219

- נ ג ד -

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

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

עתירה למתן צו על תנאי, צו ביניים ובקשה לקיום דיון דחוף

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יפרקו הקטע של גדר ההפרדה העובר על אדמות הכפרים העותרים פרעון, ח'רבת ג'בארה, כפר א-ראס וכפר צור, ויבחנו חלופה, באם יחפצו, שלא תותיר אדמות כפרים אלה מערבית לגדר ההפרדה.

בקשה לצו ביניים ולדיון דחוף:

א. עניינה של עתירה זו הוא מקטע גדר ההפרדה הקיים באזור הכפרים העותרים, המתחיל סמוך לכפר פרעון שמדרום לטולכרם והמסתיים מזרחית להתנחלות סלעית, וצו תפיסה 90/04, שמטרתו העתקת חלק מהמקטע האמור ושמצוי כעת מזרחית לח'רבת ג'בארה, כך שיעבור מערבית לה. לאחר ההעתקה התוואי עדיין יימצא על אדמות השייכות לתושבי הכפרים העותרים ויפריד בינם לבין אדמותיהם שייוותרו במרחב התפר.

מצורפת בזאת מפה, ע/1, המסמנת בקו אדום עבה את תוואי גדר ההפרדה הקיים נשוא עתירה זו שמתבקש פירוקו והמציינת את תיקון התוואי המוצע על ידי המשיב מס' 3 (לפי צו תפיסה 90/94) בקו צהוב עבה.

ב. בעוד שהחלטה לפרק ולהזיז חלק מתוואי הגדר נשוא העתירה מהווה הודאה מצד המשיבים באי-יכולתם לספק מענה לשימור מרקם החיים של האוכלוסייה האזרחית באזור זה לאחר הקמת הגדר, ובדבר אי-מידתיות ואי-חוקיות תוואי הגדר שנבחר, הרי שההזזה תותיר בעינה פגיעות נשנות בזכויותיהם הבסיסיות של תושבי הכפרים העותרים ובכלל זה חופש התנועה, גישה לאדמות חקלאיות, הנאה מזכויות הקניין, הזכות להתפרנס בכבוד וכבוד האדם.

ג. נוכח האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו ביניים המונע תחילת העבודות להעתקת תוואי הגדר מכוח צו מספר 90/04 עד לסיום הדיון בעתירה. מאחר שכבר קיימת גדר הפרדה באזור הנדון, הרי שלא ייגרם כל סיכון ביטחוני מעיכוב העבודות להזזת התוואי. לעומת זאת, עבודות להקמת הגדר יגרמו לנזק בלתי הפיך לאדמות חקלאיות פוריות שאין לו כל הצדקה כל עוד לא ניתנה הכרעה בעניין תוואי הגדר באזור.

ד. בנוסף מתבקש בית משפט נכבד זה להורות על קיום דיון דחוף בעתירה, לאור הפרות זכויות האדם הנשנות שנמשכות מדי יום ביומו כתוצאה מתוואי הגדר הנוכחית, ובמיוחד לתושבי ח'רבת ג'בארה, הכלואים בתוך מרחב התפר והנתונים למשטר ההיתרים ולמגבלות קשות על חופש תנועתם הנובעות מכך.

ואלה נימוקי העתירה:

רקע עובדתי

כללי

1. חייהם של יותר מעשרת אלפים נפשות בארבעה כפרים סמוכים בצל משטר גדר ההפרדה הם עניינה של עתירה זו. כתוצאה מתוואי גדר ההפרדה תושבים אלה נותקו מאדמותיהם החקלאיות הנותנות להם פרנסה. אם לא די בכך, תנועתם החופשית, יכולתם לעבד את אדמותיהם, פרנסתם והוויתם 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. ארבעת הכפרים נשוא העתירה נמצאים דרומית לטולכרם, 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 הנה בהחלטת ממשלת ישראל 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 (משיבים 1 ו-2) לקבוע את התוואי המדויק של גדר ההפרדה.

6. ביום 14.8.2002 אישר הקבינט את התוואי הסופי לשלב א' שכלל 96 ק"מ בין סאלם ואלקנה ועוד 20 ק"מ במסגרת עוטף ירושלים.

7. הגדר נסגרה סמוך לכפרים נשוא העתירה בחודשים אוגוסט וספטמבר 2003.

8. ביום 2.10.2003 הוציא המשיב מס' 3 הכרזה בדבר שטח צבאי סגור (הכרזה מס' 02/03) וכן סדרה של צווים המסדירים את משטר ההיתרים הנוהג ב"מרחב התפר", הוא המרחב שבין הגדר לקו הירוק הנמצא בתפיסה לוחמתית והכולל את הכפר ח'רבת ג'בארה והאדמות של ארבעת הכפרים נשוא העתירה.

9. ההכרזה בדבר שטח צבאי סגור קובעת כי לא תחול על "ישראלי" שמוגדר כמי שהנו אזרח ישראל ותושב ישראל.

10. ההכרזה אוסרת על כל מי שאינו ישראלי להימצא במרחב התפר ללא היתר שהייה ומחיבת את תושבי המרחב הפלסטינים, במקרה שלנו תושבי ח'רבת ג'בארה, להגיש בקשה לתעודת תושב. אשר למבקשים להיכנס ולעבוד במרחב התפר, במקרה זה תושבי פרעון, א-ראס וצור, עליהם להגיש בקשה להיתר כניסה למרחב התפר. הפלסטינים בעלי האשרות מורשים להיכנס למרחב התפר ולצאת אותו אך ורק דרך שערים מוגדרים. יוצא, שתושבי ההתנחלות הסמוכה סלעית, שאף היא נמצאת במרחב התפר, נעים, עובדים, מעבדים אדמות וחיים במרחב כהרגלם, בעוד ששכניהם בארבעת הכפרים הסמוכים תלויים בכל היבטי חייהם בהיתרים.

כנגד משטר ההבדלה והאפליה הזה 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, המשיב 3 דורש 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 כן יכולים להציג את המסמכים הדרושים, הם נדרשים להציג כל פעם מחדש אישורי בעלות עדכניים לצורך חידוש ההיתרים. יצוין 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 האדמות שנתרו במרחב התפר, הרי שהוטלו על תנועת התושבים גם מגבלות קשות הנובעות

משעות פתיחת השערים, שהן מצומצמות ואינן תואמות ניהול אורח חיים חקלאי.
(ראו בג"צ 11344/03 פאיז סלים ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש התלוי ועומד אף
הוא בפי בית המשפט הנכבד (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 ובהתניית הכניסה אליו בהיתר מאידך, 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 ומובילים 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 יאלצו להמתין לפתיחת השער שוב בצהריים בשער ג'בארה מזרח או אחר הצהריים בשער סלעית.

17. בנוסף, סוחרים אלו, המגיעים מכל רחבי הגדה, יכולים 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 אינם מתאימים 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 ארבעת 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. אשר לתושבי ח'רבת ג'בארה, הבעיות שלהם אינן מסתיימות בגישה לאדמות, שכן תוואי הגדר הנוכחי כולא את הכפר כולו בין הגדר לקו הירוק בתוך מרחב התפר, באופן המנתק את תושבי הכפר מסביבתם הטבעית, מהכפרים הסמוכים ומהעיר טול-כרם, עליהם נסמכים התושבים בקבלת השירותים החיוניים להם בחיי היומיום. כניסתם ויציאתם של תושבי הכפר הגרים במובלעת זו אמורות להתבצע דרך השערים הקבועים בגדר והן מותנות בהצגת היתרים מתאימים בלעדיהם חייהם של תושבי המובלעת ישותקו. יתרה מזו, ההיתרים לתושבי כפר זה ניתנים לפרק זמן קצוב (במהלך שלוש השנים הראשונות להפעלת הגדר ניתן היתר תושב קבע לשנה ולפני שלושה חודשים הוארכה תקופה זו לשנתיים), ועם פקיעת תוקפם יש לפנות בבקשה שנייה לחידושם וחוזר חלילה. בנוסף להגבלה על תנועות התושבים, כניסת כל מי שתחפוץ נפשו לבקר בכפר ואינו תושב של קבע (כדוגמת קרובי משפחה, סוחרים וכו') מותנית בהנפקת היתר מתאים. אלא מאי, לא כל מי שעומד בדרישות בדבר המצאת כל המסמכים והאישורים הנדרשים לשם קבלת היתר כאמור תצלח דרכו, שכן חלק מהמבקשים מסורבים מטעמים "ביטחוניים" הנסתרים מהם דבר המונע גם כל אפשרות ממשית להגשת ערר.

21. לצורך פתרון מצוקת תושבי ח'רבת ג'בארה, ולאחר הגשת עתירת המעבריים שח'רבת ג'בארה היא אחד הכפרים העותרים בה, הוחלט לפני קרוב לשנתיים על שינוי התוואי והזזתו מערבית לכפר, באופן המחזיר את הרצף בין הכפר לבין הגדה המערבית. ואולם, במקום לנצל הזדמנות זו, שבה מעבירים את תוואי הגדר מערבה, כדי לאחד מחדש את הכפרים שנפגעו מהתוואי הנוכחי עם אדמותיהם, הרי שגם התוואי החדש המוצע, נשוא עתירה זו, מותיר את ארבעת הכפרים העותרים מנותקים ממחצית עד מרבית מאדמותיהם החקלאיות.

22. יצוין, כי בעניינם של הכפרים פרעון וחירבת גיבארה תלויה ועומדת בפני בית משפט נכבד זה עתירה התוקפת את מדיניות פתיחת המעברים בגדר ההפרדה בסמוך לכפרים אלו. 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

23. העותרים מסי' 1-4 הם תושבי הכפרים נשוא העתירה, שפטיהם יובאו להלן, והם מכהנים כראשי המועצות בכפרים.

24. העותרת מסי' 5 הינה עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בישראל ובשטחים הכבושים.

25. 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.

26. 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 ההפרדה ועל כל ההסדרים הנוגעים למרחב התפר, ובכללם ההכרזה על מרחב התפר כשטח צבאי סגור ועל שליטה במעברים.

הכפרים העותרים

להלן נעמוד על החיים בצל גדר ההפרדה והמשטר הנלווה בכל אחד מארבעת הכפרים, מצפון עד דרום.

פרעון

27. הכפר פרעון מונה כ- 3200 נפשות ומצוי מספר קילומטרים דרומית לטול כרם. מערבית לכפר חודרת הגדר מזרחה מהקו הירוק אל שטחי הגדה, כשהיא מקיפה את הכפר מכיוון מערב ודרום ומנתקת את תושביו מאדמותיהם שנתרו מערבית ודרומית לגדר. כ-4,000 דונמים, 50% לערך מאדמות הכפר, מצויים מעבר לגדר. אדמות אלה נטועות בעצי זית, בפרי הדר ובגידולי ירקות. בנוסף לכך, כ- 340 דונם אדמות חקלאיות של הכפר נתפסו והגידולים שעליהן נעקרו לצורך הקמת הגדר עצמה.

28. הגדר שהוקמה דרומית לכפר קטעה את רשת המים המחברת בין מקורות המים בכפר לאדמות החקלאיות והמיועדת להשקייתן. כתוצאה מכך, מרבית האדמות והשדות דרומית לגדר התייבשו.

29. יצוין, כי תוואי הגדר המוצע לפי צו התפיסה נשוא העתירה (להלן: תוואי הגדר המתוקן) מתחיל דרום מזרחית לפרעון, במחסום ג'בארה – מחסום 407, באופן המותיר את ניתוק פרעון מאדמותיו על כנו.

30. מדרום מערב לפרעון, נקבע שער אשר הוגדר, עם סגירת הגדר, כשער מבצעי, והוא מעולם לא נפתח לחקלאים. כתוצאה מכך, חקלאים רבים לא יכלו להגיע אל אדמותיהם החקלאיות שמעבר לגדר.

31. במסגרת עתירת המעברים, הודיע המשיב 3 בחודש אפריל 2005 על כוונתו לפתוח את שער פרעון כשער עונתי. העותרים בעתירת המעברים התנגדו להחלטה זו בשל שרירותה ובשל קיומם של צרכים חקלאיים המחייבים עבודה חקלאית במשך כל ימות השנה. כתוצאה מכך הודיע המשיב בחודש יולי 2005, כי בכוונתו לפתוח שער זה כשער חקלאי שנתי, ולעקוב אחר השימוש בשער זה לצורך קביעת המשך שעות פעילותו. נכון להיום, שער פרעון עודנו סגור למעבר חקלאים, וזאת על אף הודעת המשיבים בעתירת המעברים.

32. במהלך השנתיים שחלפו מאז סגירת הגדר, נשלחו החקלאים אל מעבר ארתאח צפונית לכפר, המהווה אחד מהשערים הראשיים בגדר ההפרדה והמיועד למעבר סוחרים ופועלים פלסטינים בעלי היתרי עבודה בישראל. במעבר זה נמנע מהחקלאים בפועל לעבור אל אדמותיהם עם רכביהם. מצב זה לא השתנה, על אף ניהול מגעים שוטפים עם המשיב מס' 3 ונציגיו, במסגרת עתירת המעברים, במשך למעלה משנה וחצי.

33. החקלאים אף הופנו למחסום ג'בארה-טול כרם, המאויש 24 שעות ביום. אך גם במחסום זה לא הותר מעברם של החקלאים עם רכביהם. המחסום מרוחק מבתי הכפר, והדרך ממנו אל האדמות הינה דרך הררית וקשה. על החקלאים לצלוח דרך באורך שלושה קילומטרים עד ההגעה לאדמותיהם החקלאיות. אף גישה מוגבלת זו אל האדמות היא תיאורטית בלבד, שכן גדר מע"צ, אשר הוקמה לאורך כביש 557 המחבר בין ההתנחלויות באזור לישראל, חוסמת את הגישה אל האדמות מכביש זה.

34. מתוך 3,200 תושבי פרעון, רבים לא זכו לקבל היתרי כניסה למרחב התפר, ובכך נמנעת הגעתם אל אדמותיהם החקלאיות שהן, ברוב המקרים, מקור פרנסתם היחיד של התושבים. יצוין כי בעת חידוש ההיתרים מספרם של המסורבים עולה לאין שעור. הסירובים ההמוניים נעשים בנימוק שאין מדובר בעונת המסיק ולפיכך לא נמצא, לדידו

של המשיב 3, צידוק למתן היתרים לכניסה למרחב התפר. למעלה ממחצית האדמות החקלאיות של פרעון שנתרו מעבר לגדר נטועות גידולים שאינם עצי זית, כך שעונת המסיק כלל אינה רלוונטית לאדמות אלה.

35. להלן טבלה שנתקבלה מראש מועצת פרעון המפרטת את מספר הבקשות שהוגשו להיתרים חקלאיים בכל חודש מאז תחילת השנה, מספר התשובות החיוביות שניתנו, מספר הבקשות שסורבו, הנימוק לסירוב ומספר הבקשות שלא קיבלו כל התייחסות. טבלה זו אינה כוללת את הסירובים מהטעם שאין המדובר בעונת מסיק הזיתים.

מספר הבקשות שהוגשו	מספר התשובות החיוביות	מספר הבקשות שסורבו	מספר הבקשות שלא נענו	חודש	סיבת הסירוב	אחוז הבקשות שסורבו או לא נענו
34	17	12	5	1/2005	אין זיקה לקרקע	50%
75	26	10	39	2/2005	אין זיקה או מחוץ לגדר *	65%
122	70	43	9	3/2005	אין זיקה או מחוץ לגדר	42.6%
144	80	53	11	4/2005	אין זיקה או מחוץ לגדר	44.4%
99	39	49	11	5/2005	אין זיקה או מחוץ לגדר	66.6%
94	36	52	6	6/2005	אין זיקה או מחוץ לגדר	61.7%
7/2005 הפסקת הטיפול בבקשות מצד המת"ק הפלסטיני במחאה על הסירובים והעדר ההתייחסות מהצד הישראלי						
243	65	32	146	8/2005	אין זיקה או מחוץ לגדר	73%
סה"כ: 811	333	251	227	2005/ 1-8		58.9%

• "מחוץ לגדר": האדמות לגביהן נתבקש היתר כניסה אינן נמצאות מעבר לגדר.

העתק המכתב שנתקבל מראש המועצה של פרעון ובו מופיעים הנתונים לעיל מצורף לעתירה ומסומן ע/3.

36. בנוסף לבקשות להיתרים המצוינים בטבלה שלעיל, בקשתם של 120 מתושבי הכפר לחידוש ההיתרים החקלאיים סורבה בטענה כי אדמותיהם של אותם חקלאים אינן נמצאות מעבר לגדר, זאת חרף העובדה שחקלאים אלה קיבלו היתרי מעבר לפני כן בהתבסס על אותם מסמכי בעלות שהגישו בצירוף לבקשות חידוש ההיתר.

37. ודוקו, כחודש לפני תחילת עונת המסיק של סתיו 2004, פנתה העותרת 5 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.

38. גם בעונת מסיק הזיתים השנה לא הוסדר עניין המעברים, ההיתרים והגישה לאדמות באופן שיבטיח גישה חופשית לאדמות לצורך עיבודן. התושבים הגישו בקשות נוספות להיתרים, והמציאו הוכחות לבעלותם בקרקע ועברו במסכת העינויים הביורוקרטית הקשורה במשטר ההיתרים עוד הפעם כדי לזכות בהיתר הנכסף ורק לתקופה קצרה ותוך היענות חלקית לבקשות. בנוסף שער פרעון מערב, שהובטחה פתיחתו בעונת מסיק הזיתים השנה לא נפתח למעבר חקלאים. כתוצאה נאלצו תושבי הכפר להגיע לאדמותיהם דרך מחסום ג'בארה. מאחר וכניסת רכבים חקלאים, פרטיים או עגלות נאסרה נאלצו התושבים ללכת ברגל מרחק של כ-7 ק"מ ממחסום ג'בארה, דרך כפר ג'בארה ולעשות סיבוב ארוך כדי להגיע לאדמותיהם שליד הכפר. יודגש, לו נפתח השער המערבי לפרעון היתה דרך זו מתקצרת באופן משמעותי.

39. תוואי הגדר, סגירת השער הסמוך לפרעון והתניית כניסת החקלאים ורכביהם בהצגת היתרי מעבר מנעו בפועל הגעת חקלאים ופועלים רבים אל אדמותיהם ופגעו קשות ביכולתם לעבד את אדמותיהם, לקטוף את היבול ולהכין את האדמה לשתיל לעתיד. כתוצאה מכך, אבדו יבולים שלמים רבים במהלך השנתיים האחרונות ונגרמה ירידה בתפוקה החקלאית ביותר מ-50%.

40. בנוסף לנזקים המפורטים לעיל, ארבע משפחות הגרות בבתיים בסמיכות לגדר קיבלו צווי הריסה. שניים מצוים אלה בוצעו בי וס 22/1/2004. כנגד השניים האחרים תלויים ועומדים הליכים משפטיים.

הליכים קודמים של תושבי פרעון:

41. העבודות להקמת הגדר באזור פרעון נעשו בהתחלה ללא שהוצאו צווי תפיסה. רק לאחר תקופה של 4 חודשים, הוצאו צווי תפיסה. התושבים התנגדו לצוים באמצעות עו"ד ג'יאת

נאצר. העבודות הופסקו לשבוע ימים ולאחר מכן חודשו שוב עד להשלמת וסגירת הגדר באזור.

42. בשנת 2002 הגישו תושבי הכפר עתירה לבית משפט נכבד זה נגד גדר ההפרדה שהוקמה על אדמתם (בג"צ 3325/02 עבד אלרחמן רשיד חסן חטאב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ואח' (לא פורסם)). בעתירתם העלו התושבים את טענותיהם נגד צווי התפיסה ותוואי הגדר וביקשו להעבירה בתוואי שלא ינתקם מאדמותיהם, קרי מערבית לתוואי הקיים וקרוב כמה שיותר לקו הירוק.

מצ"ב העתק פסק הדין ומסומן ע/4.

43. 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 תיקים שהתנהלו אז בפני בית המשפט הנכבד וסוכמו בספק הדין שלעיל, כלהלן: "רשמנו לפנינו את הודעת בא כוח המשיבים כי לעותרים (ולפועלים שלהם) ינתנו היתרים שיאפשרו להם גישה לקרקעות שלהם המעובדות על ידם והמצויות מעבר למחסום", ובבג"צ 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 שיגרמו 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."

44. לאחר פרסום צו התפיסה החדש, נשוא עתירה זו, הגישו תושבי הכפר ביום 3.1.2005 למשיב מס' 3 התנגדות ובה פירטו את התנגדותם לתוואי החדש וביקשו להעבירו בתוואי שלא ינתק את התושבים מאדמותיהם, קרי מערבית לתוואי הקיים והמוצע וקרוב כמה שיותר לקו הירוק. עד למועד כתיבת שורות אלה, לא נתקבלה תשובת המשיב 3 להתנגדות האמורה. בנוסף, ביום 28.1.05 השתתפו תושבי הכפר וראש המועצה המקומית בסיור שנערך עם נציגי המשיב מס' 3 להצגת התוואי החדש. במהלך הסיור הביעו התושבים

וראש המועצה את התנגדותם לתוואי זה, שכן הוא יותיר את מרבית אדמותיהם מעבר לגדר עם כל בעיות הנגישות הנלוות לכך.

מצ"ב העתק ההתנגדות שהגישו התושבים ביום 3/1/2005 ומסומנת ע/5.

ח'רבת ג'בארה

45. הכפר ח'רבת ג'בארה מצוי מספר קילומטרים דרומית לטולכרם ומספר קילומטרים צפון מערבית להתנחלות סלעית. תוואי הגדר הנוכחי באזור זה מעמיק מזרחה אל תוך שטחי הגדה על מנת לעבור מזרחית להתנחלות סלעית. תוואי זה מותיר את הכפר ח'רבת ג'בארה - על 350 תושבי ו - ממערב לגדר ההפרדה, ואת מרבית אדמותיו החקלאיות מצדה המערבי של הגדר, באזור אשר הוכרז כשטח צבאי סגור.

46. תוואי זה הפך את ח'רבת ג'בארה למכלאה המנותקת מסביבתה, ללא כל יכולת לספק לגרים בה את השירותים החיוניים להם הם זקוקים, כמו שירותי בריאות וחינוך. בנוסף לכך, הכניסה אל הכפר, השהייה בו והציאה ממנו כולן הותנו בקבלת היתר מתאים מאת המשיב 3, היתר תושב קבע במרחב התפר, שנבדק על ידי החיילים במעבר הן בכניסה והן ביציאה. מגבלות קשות אף הוטלו על הכנסת מצרכים ודברי מזון המיועדים לשימושם של תושבי הכפר. מצב זה פגע קשות במרקם חייהם של התושבים והפך את חייהם לסיט בירוקראטי.

47. כאמור כדי להישאר בכפרם ולנוע ממנו ואליו חייבים התושבים וכל מי שתחפץ נפשו לבקר בכפר באישור מתאים לאור ההכרזה על השטח בו מצוי הכפר, מרחב התפר, כשטח צבאי סגור. התושבים חייבים בהיתרי תושב קבע במרחב התפר כדי להיכנס לבתיהם שבכפר ולצאת אותם לגדה. מי שתחפץ נפשו לבקר בכפר ואינו גר בו חייב להראות סיבה טובה לביקור ולהוכיח שהוא "בעל עניין" (לדוגמה קרוב משפחה או סוחר או בעל אדמות), כדי לזכות בהיתר כניסה מתאים למרחב התפר ולכפר. היענות המשיב מס' 3 לבקשות להיתרים מטעם התושבים בכפר או "בעלי עניין" רחוקה מלהיות מספקת. להן טבלה מסכמת שמפרטת את מספר הבקשות שהוגשו מאת תושבי הגדה, בעלי אדמות בסמוך לכפר ג'בארה, להיתרים חקלאיים דרך המת"ק הפלסטיני וגורל בקשות אלה.

מספר הבקשות שהוגשו	מספר התשובות החיוביות	מספר הבקשות שסורבו	חודש	סיבת הסירוב	אחוז הבקשות שסורבו
45	40	5	1/2005	אין זיקה	11%
60	30	30	2/2005	אין זיקה	50%
50	25	25	3/2005	מחוץ לגדר	50%
60	40	20	4/2005	מחוץ לגדר	33%
70	35	35	5/2005	מחוץ לגדר	50%
40	10	30	6/2005	אין זיקה	75%
הפסקת הטיפול בבקשות מצד המת"ק הפלסטיני במחאה על הסירובים והעדר ההתייחסות מהצד הישראלי					
50	40	10	8/2005	אין זיקה	20%

מצ"ב העתק המכתב שנתקבל מהמת"ק הפלסטיני ובו מופיעים הנתונים לעיל ומסומן ע/6.

48. יתרה מזאת, יותר מ-55 בקשות שהוגשו מטעם קרובי משפחה של תושבי ח'רבת ג'בארה, שביקשו לבקר בכפר, סורבו על ידי המשיב מס' 3 "מטעמים ביטחוניים".

49. לפני קרוב לשנתיים הודיע המשיב, כי החליט לתקן את תוואי הגדר באזור ח'רבת ג'בארה, כך שהגדר תקיף אותה מצידה המערבי. תיקון התוואי באופן זה ישיב את הרצף בין ח'רבת ג'בארה לבין הגדה המערבית.

50. לצורך כך הוציא המשיב ביום 27.12.04 צו תפיסה מס' 90/05, לתפיסת אדמות המקיפות את הכפר מצידו הצפוני, המערבי והדרומי. התוואי המתוכנן יותיר אחוז ניכר מאדמות ג'בארה, בערך 40%, מערבית לגדר בתוך מרחב התפר, על כל המשתמע מכך מבחינת הקשיים הכרוכים בחציית הגדר לצורך ההגעה אל האדמות. בנוסף, הקמת התוואי החדש תחייב הריסת שתי חממות והחרבת אדמות חקלאיות פוריות המשמשות את תושבי הכפר לפרנסה.

51. ביום 17/1/2005, לאחר פרסום הצו וחלוקתו, הגישה מועצת הכפר ותושבים בעלי זכויות באדמות הנפגעות מהצו התנגדויות לתוואי המוצע, ובמסגרתן עמדו על הנזקים הצפויים להיגרם להם כתוצאה מהצו, וביקשו כי הגדר תוקם על הקו הירוק בכדי שלא תפגע באדמות החקלאים ובגישה אליהן.

מצ"ב העתק ההתנגדויות ומסומנת ע/7.

52. בנוסף השתתפו תושבי הכפר, ראש המועצה המקומית ונציגת העותרת מס' 5, עו"ד אלעג'ו, בסיוור שנערך עם נציגי המשיב מס' 3 לצורך הצגת התוואי החדש. במהלך הסיוור הביעו נציגי הכפר את התנגדותם לתוואי החדש שינתק אותם מאדמותיהם והציעו להרחיק את התוואי מהכפר לקו הירוק. לגבי המקטע הצפוני של התוואי החדש המוצע והתוואי הקיים צפונית לח'רבת ג'בארה, נציגי המשיב 3 התנגדו להצעה בנימוק כי חלופה זו תחייב הזזת מחסום ג'בארה (מחסום 407) מערבה והשארת אזור ארכיאולוגי בצדה המזרחי של הגדר.

53. התנגדות המועצה של ח'רבת ג'בארה ובעלי האדמות שייתפסו לצורך הקמת הגדר נדחתה ע"י המשיב 3 מהטעמים המפורטים במכתבו של סרן רובי ציגלר, עוזר יועמ"ש איו"ש,

מיום 3.5.05. הטעם העיקרי לדחיית הסעד שביקשו המתנגדים, והסעד המבוקש בעתירה זו, פורט בסעיף 6 להחלטת הדחייה, ולפיו "לא ניתן להקים את המכשול לאורך קו תחום איו"ש, הואיל ונדרש מרחב מבצעי לקיום מרדף אחר המחבלים, במידה שהללו יצליחו לעבור את המכשול, וזאת בטורם יצליחו להגיע לעיר טייבה להיטמע בקרב האוכלוסייה האזרחית."

מצורפת בזאת ההחלטה הנ"ל ומסומנת ע/8.

54. הכפר ח'רבת ג'בארה הוקם בסוף שנות הארבעים לאחר שמספר משפחות מהכפר טייבה, הנמצא בשטח ישראל והצמוד לקו הירוק, עברו להתגורר בגדה המערבית. הכפר הוקם על חלקה השייכת לכפרים א-ראס ופרעון. עם השנים נוצרו קשרים משפחתיים וחברתיים בין תושבי ג'בארה, פרעון וא-ראס, באופן כזה שכיום מרבית תושבי ג'בארה, כ- 80% מהם, מקור משפחותיהם בא-ראס, והשאר מקור משפחותיהם מטייבה ומפרעון.

55. כ-80% מתושבי ג'בארה נסמכים בפרנסתם על ענף החקלאות וכ- 15% מהתושבים מסתמכים על גידול עופות וצאן כמקור עיקרי לפרנסה. כתוצאה מהגדר כמעט וחוסל כל ענף החקלאות וגידול העופות בכפר, והאבטלה הרקיעה שחקים לרמה של 90%.

56. כליאתה של ח'רבת ג'בארה בתוך מרחב התפר, והמגבלות שהוטלו על כניסת מי שאינם תושבי הכפר ועל הכנסת מצרכים לכפר כגון מזון, ציוד ותרופות הדרושים לצורך גידול העופות, הביאו לחיסולו, כמעט לחלוטין, של ענף גידול העופות. מגבלות אלה גם חיסלו את האפשרות לגדל ולשווק תוצרת חקלאית, מה שגרם גם לחיסולו של ענף החקלאות בכפר.

57. אדמות ח'רבת ג'בארה נטועות עצי זית, שקדים, פרי הדר וחממות, זאת בנוסף לחקלאות העונתית - דגנים למיניהם. חלק ניכר מאדמות הכפר שימש גם כאדמות מרעה לצאן. תוואי הנוכחי הוקם על כ-400 דונם של אדמות חקלאיות ולאחר עקירת כ- 1000 עצי זית, והוא ניתק את הכפר מיותר מ-900 דונם של אדמות חקלאיות בבעלות תושבי הכפר הנמצאות מזרחית לתוואי הגדר הנוכחי.

58. בנוסף לאדמות שיתפסו, לצורך בניית התוואי החדש, וכתוצאה יוחרבו, השלמת הגדר בתוואי המוצע מכוח צו תפיסה 90/04/ת תשאר יותר מ- 1600 דונם מעבר לגדר מנותקים מבעליהם: כ-700 דונם שיוותרו מהצד המערבי של התוואי החדש המוצע וכ- 900 שיוותרו מהצד הדרומי של התוואי החדש. אדמות אלו נטועות עצי זית, שקדים, פרי הדר ודגנים למיניהם.

59. על כן, התוואי החדש המוצע אמנם יחבר את ח'רבת ג'בארה חזרה עם מרחבה הטבעי-הגדה המערבית- אך הוא ינתק את התושבים מאדמותיהם החקלאיות וממרחב המחייבה שלהם באופן שימנע את החייאת ענף החקלאות בכפר, שכאמור, היה ענף הכלכלה העיקרי ממנו התפרנסו התושבים עד לחיסולו בעקבות הקמת הגדר.

60. יתרה מזאת, התוואי שהוצע עובר בשתי חממות שמפרנסו ת 34 נפשות ושכתוצאה מעיקולי התוואי הן יהרסו כליל.

כפר א-ראס

61. כפר א-ראס שוכן דרום מזרחית לח'רבת ג'בארה ומתגוררת בו אוכלוסיה המונה כ-6,000 נפשות.

62. גדר ההפרדה הקיימת עוברת מערבית לכפר א-ראס, במרחק קטן מבתי הכפר. תוואי הגדר המתוכנן עובר אף הוא מערבית לכפר, באופן שמחזיר חלק מאדמות הכפר מזרחית לגדר בצידו של הכפר.

63. כ-95% מתושבי הכפר הם חקלאים, החיים מהאדמה ועליה פרנסתם. לכפר א-ראס 10,000 דונם אדמות חקלאיות, מתוכם כ-8,000 דונם מערבית לגדר הקיימת, בנוסף לכ-500 דונם שנתפסו ונעקרו מהם יותר מ-1500 עצי זית ושקדים לצורך בניית הגדר הקיימת. 70% מהאדמות שמעבר לגדר נטועים עצי זית ושקדים. חלקם של ה-30% הנותרים נטוע דגנים וחלקם מיועד למרעה. בנוסף, בתוך האדמות החקלאיות ישנם בארות מים עונתיות המשמשות להשקיית האדמות החקלאיות.

64. תוואי הגדר המוצע ימשיך לנתק מהכפר יותר מ-4000 דונם אדמות חקלאיות שבבעלות תושבי הכפר, זאת בנוסף לאדמות שייתפסו לצורך בניית התוואי החדש. אדמות אלה נטועות בעצי זית, שקדים, גידולים עונתיים וחלקן משמש אף כאדמות מרעה.

65. תוואי הגדר באזור הכפרים ח'רבת ג'בארה וא-ראס שונה שלוש פעמים, דבר אשר גרם להשחתת אדמות ועקירת עצים בהיקפים נרחבים, לריק.

66. הגישה לאדמות נעשית היום דרך שער ג'בארה מזרח, צפונית מערבית לכפר א-ראס. שער זה נפתח לחקלאים רק בחודש מרץ 2005, לאחר שהיה פתוח תחילה לשימוש של תלמידים ומורים מח'רבת ג'בארה, ואז נסגר קרוב לשנה לאחר הסדרת שירותי הסעה לתלמידים.

67. שער ג'בארה מזרח נפתח שלוש פעמים ביום, למשך שעה אחת בכל פעם, ובסה"כ לשלוש שעות. שעות פתיחת השער המוצהרות הן 6:30-7:30, 12:30-13:30 ו- 16:00-17:00. בפועל השער נפתח לעיתים קרובות באיחור או שהוא נסגר לפני המועד המוצהר.

68. שער זה נמצא במרחק 3 ק"מ מכפר א-ראס, ולא מתאפשר דרכו מעבר רכבים, למעט טרקטורים להם ניתן היתר מיוחד. בכפר ישנם 4 טרקטורים, ורק לשניים מהם הונפקו היתרים. יצוין כי ההיתר לטרקטור ניתן ע"ש בעליו, כך שמי שרשאי לנהוג בו ולהיכנס אל מרחב התפר אלה רק הבעלים הרשומים בהיתר ולא אחר.

69. תוואי הגדר קטע את הדרכים החקלאיות המובילות מהכפר אל האדמות החקלאיות. לפני הגדר דרכים אלו חיברו בין הכפר לאדמות החקלאיות המשתרעות לארבעה כיוונים: מערבית לכפר במרחק של כשלושה ק"מ, דרום מערבית במרחק כחצי ק"מ, צפון מערבית במרחק ארבעה ק"מ ובצפון הכפר במרחק של כחמישה ק"מ. דרכים אלו אפשרו נסיעה בטוחה של כלי רכב ומעבר נוח ובטוח של הולכי רגל. כאמור, כתוצאה מבניית הגדר באזור זה נותקו כל דרכי גישה אלו. תוואי הגדר המוצעת משאירה מצב דברים זה על כנו.

70. בנוסף, הגדר קטעה את רשת צינורות המים אשר הובילה מים מהכפר אל חלק מהאדמות החקלאיות. רשת זו טרם תוקנה, והאדמות החקלאיות אשר הושקו בעבר ממים שהובלו ברשת המים התייבשו וניזוקו קשות.

71. כאמור, הכניסה אל מרחב התפר עם רכבים פרטיים אסורה כליל. יודגש כי מעולם לא נמסר למי מתושבי הכפר כי הם רשאים לבקש קבלת היתרים עבור רכביהם הפרטיים, בניגוד לכפרים הסמוכים אשר זכו לאישור עקרוני להכנסת רכבים למרחב התפר במסגרת עתירת המעברים.

72. קבלת היתר חקלאי או היתר לרכב אינה מבטיחה את כניסת החקלאים אל אדמותיהם החקלאיות. החקלאים נתקלו לא פעם בסירוב כניסה אל מרחב התפר, בשל סגר החל על מרחב התפר או בחגי ישראל.

73. גם בכפר זה, כבשאר הכפרים לאורך הגדר, רבים מהתושבים שהגישו בקשות להיתרים סורבו באמתלות שונות, ביניהם אי-הוכחת זיקה או בעלות באדמות הנמצאות במרחב התפר וטעמים ביטחוניים. יצוין כי בסירוב הבקשה להיתר לא נערך כל שימוע, לא על ידי המשיב 3 ולא ע"י ועדת ערר כלשהי. לפירוט נרחב של הבעייתיות במעברים ובהשגת היתרים, אנו מפנים בית משפט נכבד זה לעתירות התלויות ועומדות בפניו בעניין המעברים ובעניין משטר ההיתרים.

74. להן טבלה מסכמת שמפרטת את מספר הבקשות שהוגשו על ידי תושבי כפר א-ראס להיתרים חקלאיים דרך המת"ק הפלסטיני.

מספר הבקשות שהוגשו	מספר התשובות החיוביות	מספר הבקשות שסורבו	חודש	סיבת הסירוב	אחוז הבקשות שסורבו
75	35	40	1/2005	מחוץ לגדר	53%
80	42	38	2/2005	מחוץ לגדר	47.5%
35	15	20	3/2005	מחוץ לגדר	57%
60	20	40	4/2005	מחוץ לגדר	66%
30	18	12	5/2005	מחוץ לגדר	40%
45	15	30	6/2005	אין זיקה	66%
הפסקת הטיפול בבקשות ומצד המת"ק הפלסטיני במחאה על הסירובים			7/2005		
60	40	20	8/2005	אין זיקה	33%
סך הכל:			2005/ 8 – 1		52%
385	185	200			

במקרים רבים הבקשה להיתר מסורבת בטענה שהאדמה אינה נמצאת במרחב התפר, כאשר המדובר הוא בחלקות אדמה בהן עוברת הגדר ושחלקן הגדול מצוי במרחב התפר.

העתק המכתב שנתקבל מהמת"ק הפלסטיני ובו מופיעים הנתונים לעיל צורף לעתירה וסומן ע/6.

75. בנוסף לבקשות להיתרים המצוינות בטבלה שלעיל, בקשתם של 80 מתושבי הכפר לחידוש ההיתרים החקלאיים סורבה בטענה כי אדמותיהם של אותם חקלאים אינם נמצאות מעבר לגדר, זאת חרף העובדה שחקלאים אלה קיבלו היתרי מעבר לפני כן בהתבסס על אותם מסמכי בעלות שהגישו בצירוף לבקשות חידוש ההיתר.

76. תושבי הכפר א-ראס תלויים בעיר טול-כרם, והם נסמכים עליה בשירותים החיוניים והמוניציפאליים להם הם זקוקים ובעיקר שירותי בריאות וחינוך. בכפר א-ראס אין אפילו מרפאה למתן טיפול ראשוני, כאשר לכפר מגיעה פעם בחודש מרפאה ניידת המספקת טיפול מזדמן לתושבי הכפר.

77. תוואי הגדר הנוכחי באזור ח'רבת ג'בארה קטע את הדרך הראשית בח'רבת ג'בארה המובילה אל ערי הגדה ובעיקר אל טול-כרם. דרך זו שימשה אף את תושבי הכפרים א-ראס וצור כדרך ראשית, קצרה ונוחה להגעה לטול-כרם.

78. היום, על תושבי א-ראס וצור, המבקשים להגיע אל טול-כרם, להיכנס אל ח'רבת ג'בארה דרך שער ג'בארה מזרח כשהוא פתוח למעבר, משם להגיע אל מחסום ג'בארה ומשם אל טול-כרם בדרכים ארוכות יותר ומשובשות. ברוב שעות היום, כששער ג'בארה מזרח סגור, נאלצים התושבים לנסוע בכביש עפר חלופי באורך של כשלושה קילומטרים מסביב לח'רבת ג'בארה. כביש עפר זה נפתח על ידי המשיב 3 עם השלמת הגדר באזור ח'רבת ג'בארה וניתוק הדרך הראשית שעברה בה. המשיב 3 לא טרח לסלול את הדרך המפותלת מאז פתיחתה לפני כשנתיים עד היום. בנוסף להיות הדרך לא ראויה לנסיעת מכוניות פרטיות, לפחות פעמיים נראים חיילים בצידי הדרך מתאמנים על מטווח באש חיה, הכל תוך כדי סיכון ברור לחיי התושבים המשתמשים בדרך זו.

79. יצוין כי לאחר שנודע לעותרים על התוואי המתוקן באזור ח'רבת ג'בארה, ביקשו לדעת אם הדרך הראשית העוברת בח'רבת ג'בארה, עליה מוקם שער ג'בארה מזרח, תשוב לשמש את תושבי הכפרים לצורך ההגעה אל טול-כרם. להפתעתם הרבה של העותרים הסתבר להם, כי דרך זו לא תשוב לשרתם. לפי מיטב ידיעת העותרים, בכוונת המשיב לכוון את התנועה מהכפרים דרך מנהרה העוברת מתחת למחסום ג'בארה ואשר תחבר את ח'רבת ג'בארה לדרך המובילה אל טול-כרם ואת הכפרים צור וא-ראס למנהרה דרך כביש העפר המצוין לעיל.

80. כמו כן, גדר ההפרדה אף חצתה בין הכפר לבין אתר פינוי האשפה אשר שימש את הכפרים הסמוכים והופעל תחת פיקוחה של עיריית טול-כרם. כתוצאה מכך, מועצת הכפר נפטרת מהפסולת במקומות הסמוכים לאזורי המגורים ובכך גורמת לנזקים סביבתיים ותברואתיים חמורים.

81. יצוין כי תושבי הכפר א-ראס התנגדו לצווי התפיסה הראשוניים אשר בהתבסס עליהם הוקמה הגדר בשנת 2003, באמצעות עו"ד ג'יאת' נאצר. מועצת הכפר ותושבי הכפר אף הגישו התנגדות לצו התפיסה החדש ביום 5.1.05 והעלו את התנגדותיהם גם בעל פה במהלך הסיור בו השתתפו עם נציגי המשיב 3 ואשר נערך ביום 28.1.05. התנגדותם לתוואי החדש נובעת מכך, שהוא יותיר את ניתוקם מאדמותיהם, על כל הבעייתיות הכרוכה בכך והפגיעה בזכויותיהם, על כנו. בהתנגדות ובסיור, ביקשו תושבי הכפר להזיז את התוואי לקו הירוק באופן שיבטיח גישה חופשית לאדמותיהם. עד למועד כתיבת שורות אלה לא נתקבלה כל תשובה להתנגדות המועצה המקומית כפר א-ראס ולחלופה שהוצעה על ידה.

מצ"ב העתק ההתנגדות שהוגשה על ידי המועצה ביום 5.1.05 ומסומנת ע/9.

כפר צור:

82. כפר צור נמצא דרומית לכפר א-ראס ומזרחית להתנחלות סלעית, והוא מונה 1,500 נפשות.

83. יצוין כי ההתנחלות סלעית הוקמה על אדמות הכפר צור. לצורך הקמתה הופקעו בשנת 1980 כ-3,000 דונם מאדמות הכפר צור.

84. מרבית האדמות החקלאיות של הכפר ואדמות המרעה, כ-3000 דונם שהם כ-70% מאדמות הכפר, ממוקמות מערבית לכפר, כאשר גדר ההפרדה חוצצת בין כפר צור לבין ההתנחלות סלעית ואדמות אלו. אדמות אלה הן בנוסף לאדמות שנתפסו לצורך הקמת הגדר. עיקר האדמות הכלואות במרחב התפר נטועות עצי זית, והשאר עצי שקדים וחקלאות עונתית. כשליש משטח האדמות משמש את תושבי הכפר כשטח מרעה לצאן.

85. התוואי החדש המוצע לא משנה במאומה ממצב האדמות של כפר זה, וניתוק הכפר על תושביו מאדמותיהם נשאר על כנו.

86. 60% מתושבי הכפר נסמכים באופן בלעדי על יכולתם לעבד את אדמותיהם ולשווק את תוצרתן החקלאית. משפחות רבות נסמכות על גידול עדרי צאן ועל מכירת תנובתם. יתר תושבי הכפר מתפרנסים מעבודות שונות, אך החקלאות מהווה השלמת הכנסה עבורם, בלעדיה היו מתקשים לספק את צרכי מחייתם.

87. ההתנחלות סלעית מוקפת באדמות חקלאיות המעובדות ע"י תושבי הכפר. גישתם של תושבי הכפר אל אדמותיהם אמורה להיעשות דרך שער סלעית, הנמצא דרומית לסלעית במרחק 2 ק"מ מבתי הכפר. שער זה פתוח פעמיים ביום, שעה וחצי בבוקר וחצי שעה אחצה"צ. שעות פתיחת השער אינן קבועות ומשתנות מיום ליום. ככלל, החיילים הפותחים את השער מודיעים לחקלאים את הזמן המשוער לפתיחת השער למחרת.

88. ברם, רוב החקלאים מנועים מלהגיע אל האדמות ומנועים מלעבד אותן, גם אם יש ברשות התושבים היתרים חקלאיים. בסוף שנות התשעים הגיעו ראשי הכפר לסיכום עם מועצת סלעית המאפשרת הגעה אל האדמות הסמוכות להתנחלות. אולם לאחר הקמת הגדר החיילים מונעים בפועל מהחקלאים להגיע אל אדמות אלו.

89. יתרה מכך, רבים מתושבי הכפר אינם זוכים לקבל היתרים, חלקם בתואנות ביטחוניות ואחרים בשל היעדר הוכחת זיקה לאדמות. נימוק זה ניתן בעיקר כאשר מספר קרובי משפחה מבקשים היתר על סמך אישור זכויות המתייחס לאותה חלקת אדמה. המשיב 3 מסרב להנפיק היתרים עבור מספר חקלאים המבקשים לעבד אותה חלקת אדמה.

90. להלן טבלה מסכמת שמפרטת את מספר הבקשות שהוגשו על ידי תושבי כפר צור לקבלת היתרים חקלאיים דרך המת"ק הפלסטיני.

מספר הבקשות שהוגשו	מספר התשובות החיוביות	מספר הבקשות שסורבו	חודש	סיבת הסירוב	אחוז הבקשות שסורבו
60	40	20	1/2005	מחוץ לגדר	33%
80	50	30	2/2005	מחוץ לגדר	37.5%
75	45	30	3/2005	מחוץ לגדר	40%
45	20	25	4/2005	מחוץ לגדר	55.5%
90	45	45	5/2005	מחוץ לגדר	50%
45	35	10	6/2005	מחוץ לגדר	22%
7/2005 הפסקת הטיפול בבקשות מצד המת"ק הפלסטיני במחאה על הסירובים והיעדר ההתייחסות מהצד הישראלי					
80	65	15	8/2005	אין זיקה	33%
סך הכל:	300	175	2005/ 8 – 1		18.75%

העתק המכתב שנתקבל מהמת"ק הפלסטיני ובו מופיעים הנתונים לעיל מצורף לעתירה ומסומן ע/6.

91. בנוסף לבקשות להיתרים המצוינים בטבלה שלעיל, בקשתם של 65 מתושבי הכפר לחידוש ההיתרים החקלאים סורבה בטענה כי אדמותיהם של אותם חקלאים אינם נמצאים מעבר לגדר, זאת חרף העובדה שחקלאים אלה קיבלו היתרי מעבר לפני כן בהתבסס על אותם מסמכי בעלות שהגישו בצירוף לבקשות חידוש ההיתר.

92. גם כפר צור נותק מהעיר טול-כרם, עליה נסמך לצורך אספקת השירותים החיוניים להם נזקקים תושביו. לפני הגדר נסעו תושבי הכפר ישירות מהכפר לא-ראס, משם לג'בארה ומשם לעיר טול-כרם. הנסיעה ארכה בין 7-10 דקות ועלותה הייתה כ-8 ש"ח במונית שרות. לאחר הקמת הגדר, נאלצים התושבים לעשות עיקוף ארוך שמתחיל בכפר ממשיך ל"וואדי אלתין", משם למחסום ג'בארה ומשם לטול-כרם. נסיעה זו אורכת בין 30 ל-45 דקות. אף

עלות הנסיעה התייקרה ב-50% לפחות, זאת בנוסף לנזקים שנגרמו לרכבים הנוסעים בדרך העפר המשובשת בוואדי אלתינ.

93. חלק מהסטודנטים בכפר לומדים באוניברסיטאות בטול-כרם ובשכם. סטודנטים אלו ניזוקו קשות מניתוק הדרך הקצרה אל טול-כרם. כך גם לגבי מורים ותלמידים מכפרים אחרים המגיעים לבתי הספר בכפרים א-ראס וצור. עיכוב התלמידים והמורים משבש את מהלך הלימודים. הקשיים בהגעת המורים אף הביאו לפיטורי חלק מהמורים המגיעים מחוץ לכפרים, דבר שגרם לירידה ברמת החינוך בבתי הספר ובמחסור במורים המתמחים במקצועות שונים.

94. גם כפר צור סובל מניתוק הדרך לאתר פינוי האשפה המשותף לכפרים הנמצאים בצידו הדרומי של מחוז טול-כרם. בלית ברירה, כיום מועצת הכפר מפנה את האשפה לוואדי הסמוך לכפרים, דבר הפוגע בסביבה.

95. כתוצאה מהקמת הגדר וניתוק התושבים מאדמותיהם המשמשות לפרנסתם, הגיעה רמת האבטלה בקרב הגברים ליותר מ-40% ובקרב הנשים ליותר מ-70%.

הליכים קודמים של תושבי הכפרים ח'רבת ג'בארה, א-ראס וצור נגד הגדר:

96. בשנת 2002 הגישו המועצות המקומיות של ח'רבת ג'בארה, כפר א-ראס וצור, ביחד עם חלק מתושבי כפרים אלה, עתירה לבית משפט נכבד זה נגד צווי התפיסה שהוצאו להקמת גדר ההפרדה על אדמתם (בג"צ 3771/02 המועצה המקומית של כפר א-ראס ואח'ני מפקד כוחות צה"ל ואח' (לא פורסם)). בעתירתם העלו התושבים את טענותיהם נגד צווי התפיסה ותוואי הגדר שנבחר וביקשו להעבירה בתוואי שלא ינתקם מאדמותיהם, קרי מערבית לתוואי הקיים וקרוב כמה שיותר לקו הירוק.

מצ"ב העתק פסק הדין ומסומן ע/10.

97. 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 תיקים שהתנהלו אז בפני בית המשפט הנכבד, ובכלל זה בעתירת שלושת הכפרים לעיל, וסוכמו בפסק הדין שלעיל, כלהלן: "רשמנו הודעת בא כוח המשיבים כי לעותרים (ולפועלים שלהם) ינתנו היתרים שיאפשרו להם גישה לאדמותיהם.", ובבג"ץ

"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."

98. למותר לציין שהבטחות המשיבים לעניין השמירה על מרקם חיים, כפי שפורט בהרחבה לעיל, טרם קוימו וזאת שלוש שנים לאחר הקמת הגדר באזור הכפרים העותרים, ומכאן עתירה זו.

ההתנחלות סלעית:

99. דרומית לכפרים פרעון, ח'רבת ג'בארה וא-ראס ומערבית לכפר צור ממוקמת ההתנחלות סלעית שהוקמה בשנת 1979. ההתנחלות סלעית אמנם אינה עותרת בעתירה זו, אך פרטים לגביה משליכים ישירות על עניינה של העתירה.

100. 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'רבת ג'בארה, מנתקת אותו משאר הגדה ומותירה אותו במרחב התפר, שכאמור הוכרז כולו כשטח צבאי סגור. הגדר ממשיכה לכיוון דרום כשהיא עוברת מטרים ספורים מהבתים של כפר א-ראס וכפר צור תוך כדי ניתוקם מאדמתם. וכל זאת - על מנת להקיף את ההתנחלות סלעית מצד מזרח ודרום.

101. 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 ניתוקו מאדמותיו. משם הגדר פונה דרומה ומקיפה את ההתנחלות צופין ועתודות אדמה רבות מצד צפון, מזרח ודרום לפני שהיא עוברת להקיף את קלקיליה מהצד הצפוני ואחרי זה מהצד המערבי על הקו הירוק.

מצ"ב מפה של UNOCHA המפרטת את תוואי הגדר מטולכרם ועד קלקיליה- ע/11.

102. נגד תוואי הגדר המפורט בסעיף 100 לעיל מכוונת עתירה זו. כאמור, המשיב מס' 3 כבר הציג תכנית להזזת חלק קטן מהמקטע האמור כדי לתת מענה לבעיות של ח'רבת ג'בארה. כפי שפורט לעיל, התוואי החדש מותיר בעינה את מרבית הפגיעה בשלושת הכפרים האחרים, שכן הוא משאיר את ניתוקם מאדמותיהם על כנו, והוא אף גורם לניתוקה של ח'רבת ג'בארה ממרבית אדמותיה החקלאיות.

103. תוואי הגדר, הן הקיים והן המוצע, באזור נשוא עתירה זו, כמו באזור דרומית לו, מתעקל ונכנס לעומק הגדה כדי להקיף את ההתנחלויות סלעית וצופין וליצור רצף טריטוריאלי בין לבין שטח ישראל.

104. הטעם הגלוי שבפי המשיב לכניסת הגדר מזרחה הוא הצורך בקיומו של מרחב מרדף שיאפשר תפיסת מסתננים לפני שיגיעו לשטח ישראל ויתערבבו באוכלוסיה האזרחית. טעם נוסף הוא ההגנה על ההתנחלות סלעית. בחלק המשפטי יטענו העותרים, כי שני טעמים אלה, גם אם יוכחו, אינם מצדיקים את התוואי הנוכחי וכי בנמצא חלופות אחרות המשיגות את המטרות המוצהרות שבפי המשיב תוך כדי פגיעה מינימאלית בזכויות תושבי הכפרים נשוא עתירה זו.

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

1. 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?

2. תוואי הגדר הקיים מותיר את ח'רבת ג'בארה בצדה המערבי של הגדר, כאשר לא קיים כל חיץ בינה לבין מדינת ישראל והעיר טייבה. מדוע בעת הקמת התוואי הקיים, לא היה צורך בהפרדה ו/או במרחב תפר וכעת קיים צורך כזה?

3. אם הגדר שהוקמה באזור לא מונעת הסתננות באופן הרמטי, מדוע הוקמה אותה גדר בין כפר צור שתושביו פלסטינים לבין ההתנחלות היהודית סלעית, ללא מרחב מרדף כלשהו, כאשר המרחק בין שני הישובים הוא מטרים בודדים? מדוע הסדר זה ראוי רק לצד

המזרחי של סלעית, הקרוב לכפר צור, ולא לשאר הצדדים של סלעית?

4.השוואה בין תוואי הגדר הנוכחי והמוצע לשטח השיפוט של סלעית מגלה ששני התוואים הותוו בהתאם לשטח השיפוט, קרי להרחבה עתידית, ועל כך להלן.

5.אף אם הטעם העיקרי לתוואי הנו הביטחון של תושבי ההתנחלות סלעית, אין כל סיבה נראית לעין שתמנע הקמת גדר נפרדת שתקיף ישוב זה ותספק לו את המענה הביטחוני.

106.תוואי הגדר במתכונתו הנוכחית או המוצעת אינו רק מבקש להגן על תושבי ההתנחלות סלעית אלא גם להבטיח עתודות קרקע להתנחלות שיאפשרו מימוש תוכנית להתרחבותה. על כן, העותרים יטענו כי קיומה של ההתנחלות סלעית, הכוונה לספחה דה פקטו לשטח ישראל ולהבטיח את התרחבותה הם הם השיקולים שהשפיעו על בחירת תוואי הגדר באזור בו עסקינן, ולא שיקולי ביטחון.

107.כיום חיים בסלעית כ- 481 תושבים ב 105 יחידות דיור על שטח בנוי של כ- 540 דונם, הכולל גם מבני משק וחקלאות, שנבנה מכוח תכנית מפורטת מס' 112/1/1 ותכנית מפורטת מס' 112/1/2.

מצ"ב תצלום אווירי של סלעית המראה את השטח הבנוי של ההתנחלות ומסומן ע/12.

108.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/13.

109.שטח השיפוט של ההתנחלות מצביע על אפשרות התרחבות ההתנחלות לכיוון צפון, דרום ומערב באופן שתגדל כמעט פי 20, הכל כמפורט להלן:

1.מהצד הצפוני של השטח הבנוי אושרה ביום 25/8/1999 תכנית מפורטת מס' 112/1/2 המתפרשת על שטח של 843 דונמים. קיבולת התכנית היא 175 יח"ד : 130 יח"ד באזור מגורים א',

על מגרשים של 450 מ"ר ושל כ-700 מ"ר מתוכן 45 כבר קיימות ו-45 יח"ד בנחלות, מתוכן 26 כבר קיימות, כלומר סה"כ תוספת של 111 יח"ד.

2. תכנית 112/1/1 קיבלה אישור בנובמבר 1999. שטח התכנית הוא 389 דונם והיא חלה על חלק גדול של השטחים הבנויים היום בסלעית ועל שטחים נוספים. קיבולת התכנית היא 142 יח"ד, 55 באזור מגורים א', מתוכן 37 כבר קיימות או בבנייה ו-87 יח"ד באזור הנחלות, מתוכן 43 כבר קיימות או בבנייה, כלומר סה"כ 62 יח"ד חדשות.

3. 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. יצוין ששטח התכנית נמצא בתוך שטחים נטועים השייכים לתושבי הכפרים הפלסטינים הסמוכים.

4. הוגשו מספר חלופות לאישור תכנית מפורטת מס' 112/2 להתרחבות עתידית של סלעית, שתתפרש על כל שטח השיפוט של ההתנחלות. תכנית מוצעת זו היא תכנית על של סלעית הכוללת את השטחים הנכללים היום בשטח השיפוט של סלעית ואת השטחים עליהם חלים תכניות המתאר המפורטות 112/1/1, 112/1/2 ו-112/3. לפי אחת החלופות של תכנית זו, חלופה ב', אמורות להיבנות 1920 יחידות דיור חדשות על שטח של 4188 דונם החורג אפילו משטח השיפוט הנרחב של ההתנחלות, לעומת 1414 דונם ו-400 יח"ד בתוקף. כלומר על שטח גדול פי שלושה מזה המאושר כיום ועבור מספר תושבים גדול פי 4.5 מזה הקיים היום.

העתק תצלום אווירי 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, מצורף לחוות הדעת שלהלן.

העתק תצלום אווירי המראה את תוואי הגדר, את השטח הבנוי ואת אחת החלופות המוצעות לתכנית 112/2 מצורף לחוות הדעת שלהלן.

110. השוואה בין מפת שטח השיפוט של סלעית ולתכניות המוצעות והלא מוממשות לבין תוואי הגדר מראה בבירור שתוואי הגדר תוכנן בהתאם לשטח השיפוט של סלעית ותוכניות התרחבותה, עובדה המעמידה בספק גדול את הטענה, כי שיקולי בטחון הם שהנחו את קביעתו.

111. מצורפת בזאת, ע/14, חוות דעת מומחה מטעם האדריכל ומתכנן הערים אלון כהן מעמותת "במקום" בעניין ההתנחלות סלעית, תוכניות הרחבתה, תוואי הגדר והשפעתו על הכפרים העותרים.

סיכום הרקע העובדתי

112. כאמור, גדר ההפרדה באזור הכפרים הינה מבצעית ופועלת כבר שנתיים. אף על פי כן, טרם הצליח המשיב לפתור את הבעיות מהן סובלים תושבי הכפרים החיים סמוך לגדר במנותק מאדמותיהם החקלאיות. זאת גם כאשר שניים מתוכם (פרעון וח'רבת ג'בארה) ניהלו התדיינות בכל התקופה הזו בעניין מדיניות הפעלת השערים החקלאיים.

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

114. הניתוק שיצר תוואי הגדר בין התושבים לאדמותיהם הביא לירידה דרמטית בתוצר החקלאי ולאובדן פרנסה לרבים מתושבי הכפרים ולעליה משמעותית באחוזי האבטלה והעוני. הפגיעה הקשה בענף החקלאות, עליו נסמכים הכפרים לקיומם, תביא באופן טבעי להתנוונות הכפרים לאורך זמן. זאת בעוד שהתרחבותה של ההתנחלות הסמוכה סלעית הובטחה, באמצעות תוואי הגדר המחבר אותה, על כל שטחי השיפוט הנרחבים שלה, למדינת ישראל.

115. כיום, כאשר ממילא יש כוונה מצד המשיבים להזיז את תוואי הגדר באזור, הרי שנפתחה הזדמנות לתקן את העיוות ולחבר את הכפרים העותרים חזרה אל אדמותיהם. כך ייחסך אף הצורך בהפעלת משטר היתרים ובהפעלת מעברים חקלאיים לאלפי התושבים של ארבעת הכפרים.

הטיעון המשפטי

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

117. 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.

118. מעבר לפגיעה בכלכלה ובמסחר, תוואי הגדר, המלווה במדיניות סגירת המעברים ובמשטר ההיתרים, פוגע בתפקודה של מערכת החינוך ובזכויות התושבים לקבלת חינוך וטיפול רפואי נאותים ושירותים אחרים, מאחר שהוא מגביל ומאריך את הגישה לטולכרם - העיר המרכזית שמשרתת כפרים אלו. כל זאת, בנוסף לפגיעה החברתית והתרבותית הקשה שנגרמת מהפגיעה בתנועה בין הכפרים לטולכרם.

119. 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.

120. 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 העותרים אינה נופלת בחומרתה מהפגיעה אותה ביקש בית המשפט למנוע בפרשת בית סוריק. שם בית המשפט ניבא אותה – כאן היא כבר מתרחשת בפועל.

121. 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). חיו 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".

122. 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).

123. 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, פסקה 82. ההדגשה אינה במקור).

124. 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.

125. כאמור, בעיותיהם של שניים מהכפרים נשוא עתירה זו, הכפרים פרעון וח'רבת ג'בארה, נדונות בעתירת המעברים כבר קרוב לשנתיים. למרות ניסיונותיו השונים, המשיב מס' 3 לא הצליח לפתור את הבעיות מהן סובלים 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 כקודם.

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

127. תוואי הגדר באזור הכפרים נבנה במסגרת השלב הראשון להקמת גדר הפרדה, 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'.

128. 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.

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

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

1. 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 כדין, ואף תוך הסתמכות על שיקול זר.

2. שיקולים זרים- בתכנון תוואי הגדר וקביעתו

הובאו בחשבון שיקולים זרים, שאין בינם לבין שיקולי ביטחון, שיקולים צבאיים והגנה על חי 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.

3. 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

131. 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.

132. כמתואר בחלק העובדתי, תוואי גדר ההפרדה באזור הכפרים העותרים חודר מזרחה כדי לכלול את ההתנחלות סלעית, להבטיח את התרחבותה והרצף הטריטוריאלי בינה לבין מדינת ישראל. קרי, לספחה למעשה למדינת ישראל, ובלשונו של שר הביטחון, הוא המשיב 2: "ההתיישבות ביהודה ושומרון - חלק מהגבול העתידי של מדינת ישראל". או בלשונה של שרת המשפטים "גדר ההפרדה תשמש גבולה העתידי של מדינת ישראל".

מצ"ב תמליל הראיון עם שר הביטחון לתחנת הרדיו גלי צה"ל ביום 4/10/2005, והעתק הכתבה ממנה מצוטטים דברי שרת המשפטים ומסומנים ע/15.

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

134. 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 ההומניטרי 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).

135. 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 לו (4), 785 נקבע, כי סמכויות המפקד הצבאי "הן, מבחינה משפטית, זמניות מטבען, שכן התפיסה הלוחמתית היא זמנית מטבעה" (שם, עמ' 794).

מאחר והמפקד הצבאי אינו הריבון בשטח ושלטונו שם הוא זמני בלבד, מותר לו להתחשב בשינוי 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 המקומית, ובג"צ עשה שימוש בכלל זה בהתירו סלילת כבישים בשטחים :

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

(שם, עמ' 805).

136. 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.

137. עמד על כך בית הדין הבינלאומי לצדק, כאשר הוא 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).

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

139. אף על בית המשפט העליון מקובל האיסור על סיפוח שטח הנתון לתפיסה לוחמתית (ראו פסקה 57 לפסק הדין בבג"צ 7957/04 זהראן מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח' (טרם פורסם) (להלן- "פרשת מראעבה"). אלא שבית 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.

140. 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 הפליה), 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 האוכלוסייה האזרחית והפרת חובות המפקד הצבאי כלפיה

141. 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, תושביו המוגנים של השטח המוחזק.

142. 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) 785-798, 797.

143. 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 שלו עצמו 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)". (עמ' 138)

144. 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.

145. יתרה מזאת, תוואי הגדר, הן הנוכחי והן המוצע, פוגע קשות בעתודות הקרקע של הכפרים נשוא עתירה זו ומגביל את התפתחותם העתידית. אין המשיב רשאי לטעון, כי אין תוכניות מאושרות ואו 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.

146. 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.

147. ככל שפגיעה זו היא מתמשכת יותר - וברור לכל כי גדר ההפרדה אינה בגדר תופעה חולפת, אף שהיא מכו נה "זמנית" – כך גוברת 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-על (1)92, 270; וכן בג"צ 660/88 אגודת "אינש אל-אוסרא" ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מג(3) 673, 677-678.

148. 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 נושא העתירה גורם אף לפגיעה בזכויות יסוד ספציפיות, המעוגנות במשפט הבינלאומי ההומניטארי, במשפט זכויות האדם הבינלאומי ובדין הישראלי. חלק מזכויות אלה נהנו מהגנות מיוחדות במשפט הבינלאומי ההומניטארי, והפגיעה בהן מותנית בקיומן של נסיבות מוגדרות.

149. 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 נו(2) 349.

פגיעה בחופש התנועה, בזכות לעבוד ובזכות לקיום בכבוד

150. 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).
151. 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.
152. 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.
153. 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 1966, ס' 15(ד)(1).
154. 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.
155. הזכות לעבוד ולהתקיים בכבוד, זכויות המעוגנות בסעיפי 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.

156. 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).

157. ועל 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 לעיר טול-כרם, עיר המחוז המספקת שירותי בריאות חיוניים וחלק משירותי החינוך לתושבי הכפרים נשוא העתירה.

הפגיעה בזכויות קנייניות

158. 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.

159. 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.

160. תקנה 46 באמנת האג קובעת את חובתו של הכוח הכובש "לכבד" רכוש פרטי, ואוסר את 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.

161. 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 העותרים 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.

162. על פי המשפט הבינלאומי המנהגי, החרמה או הפקעה אינה רק הכרזה שמטרתה הפקעת זכויות קנייניות, כמו הפקעה ישירה, פורמאלית, או העברה כפויה של זכויות קנייניות לטובת המדינה או הכוח הכובש, אלא 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) שאסורים על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי החל באזור.

163. האמור לעיל חל גם על האדמות שנותרות 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 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 אמריקאים 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)

164. אם הפגיעה ברכוש אינה נבחנת כהחרמה אסורה: השימוש בקרקע של תושבי הכפרים תהא מותרת לפי תקנה 52 לתקנות האג אך ורק אם היא נעשית "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).

165. ואילו על-פי סעיף 53 לאמנת ז'נבה, 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, פסקה 16), וכפי שיפורט בחלק הבא להלן, אף תנאי זה אינו מתקיים בעניין תוואי הגדר באזור נשוא העתירה.

166. 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 ז'נבה, יהיה, ממילא, אמצעי שאינו בסמכותו של הכוח הכובש ויפול מחוץ לגדרה של תקנה לתקנות האג. כל פרשנות אחרת, הרואה בתקנה 43 לתקנות האג מעין "סעיף סל" הגובר על האיסורים הספציפיים במשפט הבינלאומי ההומניטארי (לרבות אלה שבאמנת ז'נבה שמאחרים לתקנות האג), תרוקן מתוכן את הוראותיו המפורטות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי.

167. זו אף הגישה שנוקט בית המשפט הנכבד בפסק דינו שנתן לאחרונה בעניין השימוש באזרחים פלסטינים כ"מגן אנושי" (בג"צ 3799/02 עדאלה ואח' נ' אלוף פיקוד מרכז ואח', ניתן ביום 23.6.05). 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 (פסקה 23 לפסק הדין). ואולם, ולמרות שאין איסור ספציפי במשפט הבינלאומי ההומניטארי שאיסור את הנוהל, בית המשפט מקיש מאיסורים ספציפיים אחרים שתכליתם הגנה על אזרחים, וגוזר גזרה שווה לעניין השימוש בנוהל שכן (פיסקה 24 לפסק הדין).

168. 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 פוסל 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 היחומה' ... תקבע, בין השאר, על פי ניתוחם של סעיפים 46 ו-52 - לתקנות האג וסעיף 53 לאמנת גינבה הרביעית" (פסקה 57 לפסק הדין).

העדר צידוק בטחוני כדין וקיומו של שיקול זר

169. בחינת תוואי הגדר באזור נשוא העתירה מעלה, כי לא מתקיים לגביו 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, לפחות בחלקו הדרומי, על שיקול זר שהמפקד הצבאי לא היה כלל רשאי לשקלו.

170. 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.

171. מבט חטוף בתוואי הגדר באזור נשוא העתירה מגלה בנקל את הסיבה העיקרית ל"בטן" הנוצרת בתוואי הגדר וסטייתו החדה מהקו הירוק: הכללת ההתנחלות סלעית מצדה המערבי של הגדר. לכאורה, לא הייתה כל מניעה להקים את הגדר לאורך הקו הירוק, כאשר להתנחלות סלעית תסופק הגנה באמצעות גדר שתקיף רק אותה (שיש להניח כי כבר קיימת).

172. טענת המשיבים, בתשובה להתנגדות לתוואי המוצע שהוגשה על-ידי ח'רבת ג'בארה, היא כי הקמת הגדר על הקו הירוק אינה אפשרית משום שנדרש "מרחב מבצעי" למרדף אחרי מחבלים שיצליחו לחצות את המכשול, בטרם ייטמעו באוכלוסייתה של טייבה, הנמצאת בצידו הישראלי של הקו הירוק.

173. העותרים יטענו, כי אין בנימוק זה ממש, שכן המשיב בחר מלכתחילה להקים את הגדר מזרחית לח'רבת ג'בארה באופן שלא הותיר כל מרחב מבצעי בין הגדר לבין הכפר האמור שיאפשר קיום מרדף אחרי מחבלים בטרם יצליחו להיטמע בקרב האוכלוסייה האזרחית החיה בח'רבת ג'בארה.

174. בנוסף, טענה זו היא סתמית ואינה מרימה את הנטל להראות, כי מדובר בצורך צבאי הכרחי שאין לו חלופות. לא ברור, למשל, מהו רוחבו של "המרחב המבצעי" הנדרש והאם הוא אמנם תואם את מידת הסטייה של הגדר לתוך אדמות פלסטיניות; כך אף לא ברור מדוע חומת בטון שתוקם על הקו הירוק, בסמוך לטייבה (כפי שהוקמה במקומות שבהם ישובים פלסטיניים צפופים נמצאים בסמיכות ממש לקו הירוק – כמו ליד טול כרם וליד

קלקיליה) לא תענה על הצורך למנוע חציית מחבלים את המכשול וכניסתם לטייבה. 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.

175. צוין, שהתוואי המוצע על ידי המשיבים כולל מרחב מרדף העולה רבות על המרחק שבין ישוב לגדר במקומות אחרים כמו בקה אל גרביה, הר אדר וישובים אחרים. לא זו אף זו: **לפי מנהלת הגדר**, המרחב הביטחוני הדרוש בין ישוב לבין גדר ההפרדה עומד על 150 מטר בלבד. על כך ניתן ללמוד ממכתבו של ראש מנהלת הגדר, אל"מ (מיל') דני תרזה, ללשכת התכנון במנהל האזרחי, ולפיו אין מניעה לקדם תכנון של שכונה חדשה **עד מרחק של 150 מ' מהגדר**.

מצ"ב העתק מכתבו של ראש מנהלת הגדר, אל"מ (מיל') דני תרזה, ללשכת התכנון במנהל האזרחי ולפיו המרחב הביטחוני הדרוש בין הגדר לבתים הוא 150 מטר. העתק המכתב מסומן ע/16.

176. יתר על כן, קיומן של תוכניות, מאושרות ובהכנה, להרחבת ההתנחלות סלעית הרבה מעבר לשטחה הבנוי ועד לתוואי הגדר הקיים כיום, כפי שפורט בחלק העובדתי, שולל מניה וביה את טענות המשיבים בדבר הצורך במרחב מרדף מבצעי בין הגדר לבין ההתנחלות. מחד גיסא טוענים המשיבים, שהתוואי נקבע בהתבסס על שיקולי בטחון ובכללם הצורך במרחב מבצעי בין בתי היישובים הישראליים 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.

177. בנוסף העותרים יטענו, כי במקרה דנן לא עומדת למשיבים חזקת תקינות המינהל, לפיה השיקול הבטחוני עליו הם מצהירים הוא הוא השיקול האמיתי אשר הנחה אותם וזאת, בין היתר, לאור קיומן של תכניות ההרחבה של סלעית אשר היוו השיקול המכריע בהתוואי תוואי הגדר, הקיים והמוצע, באזור הכפרים.

178. עיון במפת התוואי המוצע ותרשים הסביבה מגלה אף הוא שאין כל הסבר טופוגרפי משכנע לתוואי המוצע, שכן הוא עובר בוואדי בשטח נחות מבחינה טופוגרפית ונשלט מכל עבריו, זאת בניגוד גמור לעמדה עליה חוזרים המשיבים ולפיה קיים צורך בטחוני להעביר את הגדר בתוואי ששולט על סביבתו.

179. אף המועצה לשלום וביטחון, המורכבת ממומחים ביטחוניים, לא הייתה בדעת המשיבים בעניין הצורך במרחב מרדף באזור זה. בתוואי המוצע של המועצה לגדר באזור זה, התוואי

נצמד לקו הירוק וסוטה מזרחה רק לצורך הקפת ההתנחלות סלעית, תוך כדי החזרת מרבית האדמות לתושבי הכפרים פרעון, גיבארה וא-ראס.

מצורפת מפה המציגה את התוואי המוצע על ידי המועצה לשלום וביטחון באזור נשוא העתירה והסבר לתוואי המועצה המוצע מאת אלי"מ (מילי) שאול אריאלי ומסומנים ע/17.

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

181. בית המשפט אמנם הכיר, בפרשת מראעבה, בכך שהגנה על מתנחלים היא בגדר שיקול שהמפקד הצבאי מוסמך לשקול 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.

182. 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.

183. 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.

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

185. אם מגיעים המשיבים למסקנה, כי אין כל דרך להגן על תושבי סלעית ללא פגיעה ברכוש של תושבים מוגנים, הרי שעומדת בפניהם חלופה נוספת, והיא פינויים של תושבי סלעית.

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 היא 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.

186. 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 עצמה אלא הוא מקיף אף שטחים נרחבים מצפון, ממערב ומדרום-מערב לשטח הבנוי של סלעית. כפי שחושפת מפת שטח השיפוט של סלעית, וההצעות לתכנית מתאר 112/2 שמבקשות להרחיב את שטחה הבנוי של סלעית, הרי שברור כי תוואי הגדר נועד לא רק לתת הגנה לתושביה הנוכחיים של סלעית, אלא אף לאפשר את התפתחותה העתידית של ההתנחלות על כל שטח השיפוט שלה שהוכרז בשנת 1992.

187. 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).

188. לסיכום עניין זה: תוואי הגדר הסוטה מזרחה ופולש לתוך שטחים חקלאיים של הכפרים העותרים 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 להתפתחותה העתידית של סלעית. **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

189. בנוסף לכך שהתוואי מהווה חריגה מסמכות 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

190. 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)" (פסקה 111 לפסק הדין).

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

192. כאשר תוואי הגדר מספח אל צידו הישראלי שטחים פלסטינים רבים, שהם בשימושם השוטף והיומיומי של התושבים הפלסטינים, הרי שמדובר בהפרדה שאינה משיגה את מטרתה באופן מלא, שכן כתוצאה מהותרתם בצד "הישראלי" של שטחים פלסטינים, 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 שבשימושם שוטף של פלסטינים ושנדרשת בהם נוכחות שוטפת של פלסטינים, לבין שטחים שמתגוררים בהם ישראלים.

193. כמו שראינו, גם אותו חלק של התוואי שתכליתו ההגנה על סלעית אינו מקיים קשר רציונאלי למטרה זו, כאשר בתוך מובלעת סלעית הוא כולל שטחים רבים שנדרשת אליהם כניסה של פלסטינים. התוואי במקום משקף באופן רציונאלי מטרה אחרת, זרה, היא הבטחת התרחבותה העתידית של סלעית.

קיימת חלופה המשיגה את המטרה בדרך פוגענית פחות

194. 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 באוכלוסיה האזרחית.

195. באשר להגנה על הישראלים המתגוררים בסלעית, גם כאן קיימת חלופה הפוגעת פחות בזכויות התושבים המוגנים, והיא פינויים של הישראלים מסלעית. 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 שלמתיישבים הישראליים 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.

196. גם אם נצא מההנחה (אותה דוחים העותרים מכל וכל) שביטחון ההתנחלות יכול לשמש בסיס לטענת צורך צבאי המצדיק פגיעה בזכויות של תושבים מוגנים, הרי שגם אז קיימת חלופה פוגענית פחות והיא הקפת השטח הבנוי של ההתנחלות סלעית 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 להתנחלות, שכן מצדה המזרחי והדרומי של סלעית הגדר צמודה לבתי המתנחלים ובמרחק של מטרים ספורים מבתי כפר צור.

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

198. כמו כן, קיים תוואי חלופי המוצע על-ידי המועצה לשלום וביטחון, 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 שמציעים המשיבים, ועצם קיומה של חלופה זו מעיד על חוסר-מידתיות התוואי של המשיבים.

לא מתקיים יחס ראוי בין הפגיעה בזכויות אדם לתועלת הצומחת ממנה

199. 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 המידתי ות – היחס בין הפגיעה לתועלת הצומחת ממנה מבחינת הגשמת המטרה (מידתיות במובן הצר).

200. 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 שהניק העצום שנגרם לתושבי הכפרים העותרים 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: 22 בדצמבר 2005

עאזם בשארה, עו"ד
ב"כ העותרים