

- העותרים: 1. סאמי אסמאעיל זאמל קיסיה, ראש עיריית דאהריה
2. סאבר ח'סיין עיסא הירני, ראש מועצת הכפר א-תוואנה

...

7. האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד לימור יהודה ו/או דן יקיר ו/או דנה  
אלכסנדר 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 עאזם  
בשארה ו/או עודד פלר

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

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

- נ ג ד -

המשיב: מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

עתירה למתן צו על-תנאי וצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה למשיב, והמורה לו לבוא וליתן טעם:

1. מדוע לא יימנע מהקמתה של הגדר הפנימית (מכשול עומק) לאורך הכבישים 317 ו-60 ובכביש העולה להתנחלות טנא, באזור דרום הר-חברון (תוואי הגדר מסומן על המפה המצורפת כנספח ע/1 לכתב עתירה זה).
2. מדוע לא יבוטלו צווי תפיסה ת/185/05, ת/186/05 ות/187/05, התופסים מאדמות דאהריה, יטא, סמוע הכפר א-תוואנה והקהילות הנוספות באזור והשייכות לתושביהם, לצורך בנייתה של הגדר הפנימית המתוכננת.
3. מדוע לא ייקבע, כי אין לעשות שימוש בקרקעות שהופקעו בעבר לצרכים אחרים, לצורך הקמתה של הגדר הפנימית.

### בקשה לצו ביניים

1. בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיבים להימנע מביצוע עבודות לבניית הגדר הפנימית האמורה ובכלל זה להימנע מעבודות תשתית, מהרס אדמות חקלאיות, ומהצבת גדרות בטון, וזאת עד למתן פסק-דין סופי בעתירה זו.
2. עתירה זו מכוונת נגד החלטת המשיב להקים גדר בטון, שתשמש כמכשול עומק, באזור דרום הר-חברון, באדמות יטא, סמוע ודאהריה, ובין השאר, באזור הכפרים א-תוואנה, חירבת זנוטה, חירבת אלרהוה, וא-טובא. מדובר בגדר אשר תסגור מעל ל-80,000 דונם אדמות, והכולאת 21 קהילות פלסטיניות במובלעת.
3. ביום ה' 2.2.2006, ועוד בטרם הגיע המועד להגשת התנגדויות, גילו העותרים כי החלו עבודות להכשרת הקרקע להקמת הגדר. בו ביום פנתה העותרת מס' 7 למשיב, באמצעות לשכת היועץ המשפטי לאיו"ש, בבקשה להורות על הפסקת העבודות עד להשלמת הליך ההתנגדות. פניה בכתב הועברה למשיב ביום א' 5.5.2006. ואולם, המשיב דחה את הבקשה תוך שהודיע, כי העבודות מבוצעות בתחום צווי הפקעה קודמים.
4. ביום 8.2.2006 הוגשו התנגדויות מפורטות נגד תוכנית בניית הגדר לצווי התפיסה שהוצאו, במסגרת המועדים להגשת התנגדויות. במסגרת זו שבו העותרים על דרישתם להפסקת העבודות לאלתר. פניה נוספת, למנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה, נשלחה ביום 12.2.2006.
5. התשובה להתנגדויות ניתנה אך ביום ה', 16.2.2006 בשעות הערב.
6. למרות כל זאת, העבודות לבניית הגדר נמשכות עד להגשת עתירה זו.

7. הקמת גדר הבטון המתוכננת תביא לסגירתן של קהילות פלסטיניות במובלעת, לניתוקן מהמרכזים העירוניים עליהם הן נסמכות לקבלת שירותים חיוניים, ולניתוקם של אנשים מאדמותיהם.
8. ההחלטה על הקמת מכשול עומק באמצעות בנייתה של גדר בטון בצידי הכבישים הראשיים באזור זה הינה החלטה תמוהה בלשון המעטה. כפי שיובהר להלן, מדובר בגדר אשר נזקיה הביטחוניים עולים על תועלתה, ככל שיש בה כזו.
9. ואכן, להחלטה תמוהה זו קדם הליך מנהלי פגום. החלטתו הסופית של המשיב על בניית הגדר התקבלה עוד בטרם ניתנה הזדמנות כלשהי למי מהנפגעים להשמיע טיעוניהם. בנסיבות אלה, מדובר בהחלטה פגומה שהתקבלה תוך הפרת זכות הטיעון וחובת השימוע, ובלא שנשקלו כל השיקולים הרלבנטיים.
10. העבודות שהחלו בקטעים שונים של התוואי לבניית הגדר, והכוללות ביצוען של עבודות עפר לשם הכשרת הקרקע להקמת הגדר, גורמות לנזקים לאדמות פרטיות שהינם בלתי הפיכים, ולמצער לשינויים שעלות תיקונם גבוהה.
11. אין כל דחיפות מיוחדת בהקמת הגדר, לא ביטחונית ולא אחרת.
12. על רקע כל אלו מתבקש צו ביניים אשר יקפיא את העבודות לבניית הגדר בטרם ייגרמו נזקים אשר לא ישרתו בעתיד כל מטרה חוקית ולגיטימית.

## ראשי פרקים

1..... עתירה למתן צו על-תנאי וצו ביניים

2..... בקשה לצו ביניים

4..... ראשי פרקים

5..... פתח דבר

6..... הרקע העובדתי

6..... א. הצדדים לעתירה

7..... ב. תוואי הגדר הפנימית המתוכננת ומאפייניה

9..... ג. תיאור כללי של האזור ושל השלכות הגדר על תושביו

10..... ד. הרקע לפרויקט הגדר הפנימית

11..... ה. מגבלות על תנועת פלסטינים באזור בשנים האחרונות – פעולות נמשכות לניתוק האזור

14..... ו. השלכות הגדר הפנימית על תושבי האזור והעותרים

14..... ד'אהרין

16..... ח'ירבת זנוטה

17..... ח'ירבת אלרהה

17..... הכפר א-תוואנה

18..... כפרי "שוכני המערות" במסאפר יטא

19..... בעלי אדמות בשטח שייסגר

20..... סיכום - מאפייני הגדר ופגיעותיה

21..... ז. הפניות למשיבים בטרם הגשת העתירה

23..... הטיעון המשפטי

23 כללי

24..... א. היעדרו של צורך צבאי

27..... ב. החלטה בלתי סבירה ושיקולים זרים

ג. הליך פגום 28

29..... ד. פגיעה אסורה ובלתי מידתית בזכויות יסוד

## פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו בגדר פנימית (מכשול עומק), המתוכננת להיבנות בתוככי הגדה המערבית, ואשר תגרום לסגירתו דה-פקטו של אזור נרחב בדרום הר-חברון.
2. הגדר הפנימית נשוא צווי התפיסה שבנדון הנה חלופתה של גדר ההפרדה שאמורה הייתה לעבור באזור זה. מדינת ישראל, בעקבות פסיקתו של בית המשפט העליון בעניין בית סוריק (בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשל ישראל, פ"ד נח(5) 807), ובעקבות ביקורת בינלאומית נוקבת, החליטה לשנות את תוואי גדר ההפרדה, כך שלא יכלול כ-170,000 דונם באזור דרום הר-חברון בצד הישראלי של הגדר.
3. והנה, זמן לא רב לאחר החלטה זו, ובה בעת, שגדר ההפרדה באזור זה (בתוואי הקרוב יותר לקו הירוק) הולכת ונבנית, חוזרת מדינת ישראל לתוואי דומה לתוואי גדר ההפרדה המקורי שנפסל. הפעם נעשה הדבר באמצעות הקמתו של "מכשול עומק" בתוככי הגדה המערבית, היוצר מובלעת בה ייכלאו מעל ל-80,000 דונם אדמות ו-21 קהילות פלסטיניות ינותקו מסביבתן ומיתר הגדה המערבית.
4. המדובר בגדר בטון אשר תחצה קילומטרים רבים של אדמות חקלאיות ותיצור מובלעת שטח, המופרדת בחיץ פיזי, בנוי בטון, מסביבותיה. מדרום לאזור הולכת ומוקמת בימים אלה גדר ההפרדה. הגדר הפנימית נשוא עתירה זו תתחום את השטח בצדדיו הצפוני והמערבי. פועל יוצא מסגירה פיזית זו של השטח הוא, שתושבי השטח הסגור לא יוכלו להגיע לכל כפר אחר או עיר המצויים מחוץ למובלעת מבלי שיעברו במעברים שיוותרו בגדר הפנימית. במצב דומה יהיו נתונים תושבים להם אדמות באזור שייסגר והמתגוררים מחוצה לו. כמו כן, על מנת להגיע לאותם מעברים הם יידרשו לנסוע לאורך הכבישים 317, 60 או הכביש העולה להתנחלות טנא עד לפתח הקרוב. דא עקא, שבמהלך השנים האחרונות, פלסטינים אינם מורשים/יכולים לנסוע על כבישים אלה.
5. הקמת הגדר תביא אם כן לפגיעות קשות, בלתי סבירות ובלתי מידתיות בתושבים ובכללן לפגיעות באדמות פרטיות, בנגישותם של תושבי האזור שייסגר לשירותים חיוניים הנמצאים במרכזים עירוניים סמוכים, ובנגישותם של חקלאים לאדמותיהם. מדובר בפגיעות ובשיבוש קשה של אורח החיים של האוכלוסייה, פגיעות שעלולות להעמיד בסכנה את הקהילות הפלסטיניות הקטנות שבמובלעת. כל זאת, בלא שמתקיים טעם ביטחוני של ממש שעשוי היה להצדיק פגיעות קשות אלה.
6. ואולם, לא רק שגדר זו איננה נחוצה מטעמי ביטחון, היא אף עלולה להביא להחמרת הסיכון הביטחוני לנוסעים בכביש, בין היתר, בשל כך שהיא יוצרת רצף של עמדות ירי מן המארב בסמוך לכביש.
7. באופן תמוה, ובטיעון תמוה עוד יותר, מסרב המשיב לחלופה פוגעת פחות (ומסוכנת פחות) מאשר פרויקט הגדר הפנימית מבטון – מעקה בטיחות מברזל, שאף קיים בחלקים שונים

של תוואי הגדר המתוכנן. המשיב איננו מכחיש כי מדובר בחלופה מתאימה. טענתו היחידה להחלטה שלא לעשות שימוש באפשרות זו הינה טענה של חשש מפני "גניבת מתכות".

8. מיפרטה הפיזי של גדר פנימית זו שונה מגדר ההפרדה. היא אף איננה מלווה, בשלב זה, בקביעתן של מגבלות תנועה רשמיות, כפי שנעשה ב"מרחב התפר". למרות זאת, כל הנתונים מראים, שמדובר בגדר אשר תוצאותיה המיידיות וארוכות הטווח עתידות להיות דומות לתוצאותיה של גדר ההפרדה שתוכננה באזור מלכתחילה.

9. לא למותר להזכיר, כי ממשלת ישראל החליטה לחזור בה מההחלטה על הקמתם של מכשולי עומק, שתוכננו בתחילה להיבנות באזורים אחרים של הגדה המערבית. שינוי ההחלטה נבע בין היתר בשל ביקורת בינלאומית נוקבת, ובשל החשש שגדרות מסוג זה ייפסלו על ידי בית משפט נכבד זה. אין זה ברור, הכיצד ומדוע הוחלט לחזור מהחלטה עקרונית זו, ולהקים מכשול עומק דווקא באזור זה.

10. ההיסטוריה של אזור זה, ובעיקר בחינת פעולותיו של המפקד הצבאי במהלך עשרות השנים האחרונות בו, לרבות התכנון המקורי של תוואי גדר ההפרדה, מעוררות חשדות כבדים באשר לשיקולים שעמדו ביסוד ההחלטה על הקמת הגדר הפנימית נשוא עתירה זו. הנתונים המצטברים מראים, כי במסווה של טיעון ביטחוני פועל המפקד הצבאי לניתוקו ולייבושו של האזור, וזאת בין על מנת לרצות את תושבי ההתנחלויות, ובין על מנת לשרת תוכניות מדיניות שונות לסיפוח האזור למדינת ישראל.

11. הנה כי כן, כל שגדר זו תביא עמה הוא פגיעות בלתי מוצדקות באוכלוסייה המקומית, פגיעות שעלולות להביא לנטישה כפויה של אוכלוסיית האזור, ולנישולם של אנשים מאדמותיהם, בלא שקיים לכך צורך או תועלת ביטחוניים. ואולם, אף אילו הייתה קיימת תכלית או תועלת ביטחונית בהקמת הגדר, אין בה כדי להצדיק את הפגיעות הקשות, והבלתי מידתיות בזכויות האדם של האוכלוסייה האזרחית הנגרמות בעטייה.

## הרקע העובדתי

### א. הצדדים לעתירה

12. העותר מס' 1 הינו ראש עיריית דאהריה, אשר חלק ניכר מהאדמות השייכות לתושביה עתידות להיסגר מאחורי הגדר הפנימית. כמו כן, מספר קהילות קטנות, השייכות לדאהריה מבחינה מוניציפאלית והתלויות בשירותים המסופקים על ידי העירייה, יוותרו בשטח שייסגר ויופרד על ידי הגדר.

13. העותר מס' 2 הינו ראש מועצת הכפר א-תוואנה, אשר יוותר בתוך המובלעת שתיצור הגדר.

14. העותר מס' 3 הינו תושב ח'ירבת זנוטה, המצויה דרומית לתוואי הגדר הפנימית המתוכננת, ואשר תנותק מחלק מאדמותיה ומדאהריה, ממנה מקבלים תושבי הח'ירבה את כל השירותים החיוניים.
15. העותר מס' 4 הינו תושב ח'ירבת אלרהוה, המצויה מזרחית לתוואי הגדר הפנימית. הגדר המתוכננת תפריד בין הח'ירבה לבין חלק מאדמות תושביה, ותחסום את דרכם לדאהריה.
16. העותר מס' 5 הינו תושב ח'ירבת טובא, שהינה קהילה קטנה מאוד באזור מסאפר יטא, שתיוותר בשטח שייסגר על ידי הגדר.
17. העותר מס' 6 הינו תושב סמוע, ובעל אדמות באזור שייסגר על ידי הגדר הפנימית.
18. העותרת מס' 7 הנה עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בישראל ובשטחים שבשליטתה.
19. המשיב הינו המפקד הצבאי בשטחי הגדה המערבית, המחזיק בכל הסמכויות השלטוניות על האזור מכח המשפט הבינלאומי ההומניטרי ודיני התפיסה הלוחמתית, ואשר הורה על הקמתה של הגדר הפנימית, ועל תפיסתה ושימוש באדמות פרטיות לצורך זה.

### **ב. תוואי הגדר הפנימית המתוכננת ומאפייניה**

20. הגדר הפנימית נשוא העתירה דנן מתוכננת להיבנות באזור דרום הר-חברון, מהתנחלות טנא במערב, לאורך הכביש היורד דרומה והנמשך מזרחה עד להתנחלות כרמל, צפונית מזרחית משם, לאורך כבישים 60 ו-317. אורכה של גדר הבטון המתוכננת הינו כ-41 ק"מ.
- ראו נספח ע/1, מפה של אזור דרום הר-חברון בה מסומן תוואי הגדר הפנימית.
21. הגדר עתידה להיבנות על אדמות פרטיות השייכות לתושבי האזור. לגבי חלק מהאדמות הוציא המשיב צווי תפיסה. לגבי חלק אחר של האדמות הדרושות להקמת הגדר, מבקש המשיב להסתמך על צווי הפקעה שלטענת המשיב הוצאו על ידו בעבר לצרכים אחרים.
- למרות בקשת העותרים לקבלת צווי ההפקעה, עד למועד הגשת העתירה הם טרם הומצאו.
- העתק מצווי התפיסה ת/185/05-ת/187/05 מצ"ב מסומן **נספח ע/2**.
- העתק מפניית העותרים לרס"ן טולדנו לקבלת צווי ההפקעה מצ"ב מסומן **נספח ע/3**.
22. לפי המידע שמסר המשיב, הגדר עתידה להיבנות בצידו הצפוני מערבי של הכביש. מבחינה פיזית מדובר בגדר מבטון בגובה של כ-82 ס"מ (סעיף 7 למכתב רס"ן טולדנו מיום 31.1.2006; סעיפים 10, ו-12 למכתבו מיום 16.2.2006).

העתק ממכתביו של רס"ן טולדנו מי וס 31.1.2006, ומי וס 16.2.2006, מצ"ב מסומנים **נספחים ע/4 ו-ע/5 בהתאמה**.

23. לפי העזרים (מפות עם תוואי הגדר המתוכננת) שנמסרו על ידי המשיב, מתוכננים בגדר 12 פתחים, ואולם למעשה אך 10 מתוכם עשויים לשמש את תושבי האזור, שכן שניים מתוך הפתחים מובילים למחצבה שבסביבת דאהריה ואינם יכולים לשמש לצורך תנועה של תושבי האזור. המרחקים בין הפתחים נעים בין 3 ק"מ ועד ל-14 ק"מ. מרביתם של הפתחים מצויים במרחק של מעל ל-5 ק"מ אחד מהשני.
24. במרבית המקומות בהם הוצהר שיושאר פתחים בגדר אין דרכים מקשרות משני הצדדים. משמעות הדבר היא, שהתנאי ליכולתו של תושב האזור להגיע ממקום למקום הוא נסיעה לאורך הכבישים הראשיים, שהם – הכביש המגיע להתנחלות טנא, כביש 60 וכביש 317, וזאת עד לפתח הקרוב בגדר או עד לדרך המקשרת הקרובה. דא עקא, שכפי שיפורט להלן, במהלך השנים האחרונות מונעים כוחות הצבא מתושבי האזור הפלסטינים את הנסיעה בכבישים אלה.
25. לפי הצהרות המשיב כעת, המעברים בגדר אמורים להיות ככלל פתוחים, למעט בעת צורך ביטחוני (סעיף 4 למכתב רס"ן טולדנו מיום 18.1.2006 מצ"ב מסומן **נספח ע/6**). בעוד שבמהלך הסיור שהתקיים לאורך חלק מתוואי הגדר נמסר, כי על הפתחים בגדר יותקנו שערים (כך גם נמסר במכתב רס"ן טולדנו לעו"ד נטע עמר, מיום 25.1.2006), הרי שלאחר מכן נמסר, כי לעת הזו אין כוונה להתקין שערים (סעיף ג' למכתב רס"ן טולדנו מיום 31.1.2006 נספח ע/4).
26. לצורך בניית הגדר פרסם המשיב בסוף חודש דצמבר 2005 צווי תפיסה שמספרם ת/185/05, ת/186/05 ות/187/05. במפות שצורפו לצווים סומנו באופן גס הקטעים בהם עתידות להיתפס קרקעות לצורך הקמת הגדר, תוך שצוין כי לצורך הקמת הגדר ייתפסו כ-230 דונם אדמות פרטיות.
27. במפות צווי התפיסה סומנו קטעים לאורך תוואי הגדר לגביהם לא הוצאו צווי תפיסה, וזאת משום שלטענת המשיב מדובר באדמות שכבר הופקעו בעבר. טרם נמסרו לעותרים העתקים מצווי ההפקעה עליהם מסתמך המשיב לצורך קטעים אלה.
28. עד למועד הגשת עתירה זו לא סומנו בשטח האדמות שייתפסו בפועל לצורך הקמת הגדר. בנסיבות אלה, אין בעלי האדמות הספציפיים שאדמותיהם סמוכות לתוואי הגדר המתוכננת יודעים את היקף הפגיעה שתיגרם להם.
29. כמו כן, עד למועד הגשת עתירה זו לא סומנו בשטח המקומות בהם יושאר פתחים בגדר.



## ג. תיאור כללי של האזור ושל השלכות הגדר על תושביו

30. במובלעת שתיווצר על ידי הגדר הפנימית, והכוללת מעל 80,000 דונם, מצויות 21 קהילות פלסטיניות: סאאדת ת'אלה, חאלת א-ד'אבה, א-תוואנה, א-טובא, אל-מפקרא, א-ספי, מע'אייר אל עביד, אל-מג'אז, א-תבאן, אל-פח'ית, גוואויס, שעב אל-בטין, אל-חלאוה, אל-מרכז, גיינבה, אל-ח'רובה, א-סארורה, ח'רבית א-נבי, מנזל, ח'ירבת זנוטה וראתים.
31. הכפרים המצויים באזור שייסגר הם קטנים, חלקם קטנים מאוד. רובם ככולם אינם מחוברים לתשתיות פיזיות כלשהן, ובכלל זאת לרשת המים והחשמל. הכפרים נעדרים אף שירותים בסיסיים, כשירותי בריאות וחינוך. כך גם אין בהם משרדי ממשלה, ואף לא מסגדים (מסגדים שהיו בחלק מהכפרים, כמו למשל בח'ירבת גיינבה ובא-תוואנה נהרסו במהלך השנים על ידי המנהל האזרחי). למעט בכפר א-תוואנה ובכפר מנזל, לא קיימים בכל אזור מסאפר יטא בתי ספר או מרפאות (שגם הם מספקים שירותים בסיסיים ומוגבלים ביותר). השירותים שכן קיימים תלויים ביכולתם של המורים והצוות הרפואי המתגוררים כולם מחוץ לכפרים לחצות את כביש 317 מכיוון יטא.
32. תושבי הכפרים תלויים בכל תחומי חייהם במרכזים העירוניים המצויים בסמוך, ובכלל זאת לצורך קבלת שירותי בריאות, חינוך, ולצורכי פרנסה. הם אף קשורים אליהם מבחינה משפחתית ותרבותית. לכולם, קרובי משפחה המתגוררים ביטא, סמוע או דאהריה.
33. רבות מהאדמות במובלעת שייכות לתושבי הקהילות הגדולות באזור זה הכוללות את העיירות יטא, סמוע ודאהריה. אלפי משפחות מעיירות אלה הינן בעלות הזכויות באדמות שיימצאו מעבר לגדר הפנימית, ומתפרנסות מעיבודן של אדמות אלה. על פי הרישומים של הרשות לרישום קרקעות בעיירות יטא, א-סמוע ודאהריה, רשומות כיום כ-3,500 משפחות מעיירות אלה, המחזיקות בזכויות על אדמות שבאזור המובלעת. נוכח זאת, שרישומים אלה הנם ישנים ובלתי מעודכנים, הרי שמספר בעלי הזכויות הנוכחיים גבוה בהרבה, ועשוי להגיע לפי 20.
34. נוכח אופייה של האוכלוסייה ותנאי חייה, התנועה באזור זה מתבצעת במגוון דרכים וכלי תחבורה, וכוללת מכוניות, טרקטורים, ובעיקר רכיבה על בעלי חיים וכמובן הליכה ברגל. השימוש שעושה האוכלוסייה בחמורים ככלי תחבורה גבר עד מאוד בשנים האחרונות בעקבות מגבלות תנועה קשות שאוכפים כוחות הצבא, והחסימות שהוצבו על מרבית הדרכים, פעולות בגינן נמנע מהתושבים הפלסטינים השימוש בכבישים ובדרכים המרכזיות באזור.
35. אורח החיים של אוכלוסיית האזור, אשר רבים ממנה מתפרנסים מרעיית צאן, מחייב אף שמירה על אפשרות תנועתם וניודם של בעלי חיים ככבשים ועיזים. לרבים מהתושבים אדמות המצויות משני צידי תוואי הגדר המתוכנן. כיום, הרועים עושים את דרכם בליווי צאנם ברגל, תוך שהם יכולים לחצות את הכביש מצידו האחד לאחר כמעט בכל מקום.

36. גדר בטון, גם אם היא בגובה של כ-80 ס"מ, איננה מאפשרת את מעברם של בעלי חיים, בין אם מדובר בעדרים ובין אם מדובר בחמורים המשמשים לתחבורה. כמו כן, בה בעת שהיא איננה מונעת את מעברם של אנשים קלי רגליים (כמו שצפוי להיות המפגע הפוטנציאלי), היא מונעת גם מונעת את מעברם של אלו מהאוכלוסייה המקומית הסובלים מקשיי תנועה כזקנים, ילדים, אנשים הנושאים משאות ואנשים המוגבלים בתנועה.

#### ד. הרקע לפרויקט הגדר הפנימית

37. כל תכניות ההתיישבות בגדה המערבית, אשר הנחו את ממשלות ישראל מאז כיבוש שטחי הגדה המערבית ב-1967, מצביעות בבירור על הכוונה לספח לישראל חלקים שונים מדרום הר-חברון הסמוכים לקו הירוק, ובכללם השטחים שכעת ייסגרו מאחורי הגדר הפנימית.

38. כך למשל תכנית אלון, ששימשה מ-1967 ועד 1977 כקו מנחה בכל הנוגע להקמת התנחלויות בגדה המערבית, הציעה לספח כמחצית משטח הגדה לישראל, לרבות האזור הנדון. תוכנית שהציג מתתיהו דרובלס ב-1978 הציעה להקים גוש התנחלות באזור זה. ב-1981 פורסמו מפות מתוכנית שהציג שר הביטחון דאז, אריאל שרון, לסיפוח לישראל של אזורים נרחבים בדרום הר-חברון.

בצלם, **חרב הגירוש: אלימות, התנכלויות ואי-אכיפת החוק בדרום הר-חברון**, יולי 2005, עמ' 14-16 (להלן – "בצלם, חרב הגירוש").

דו"ח בצלם, חרב הגירוש, מצ"ב מסומן **נספח ע/7**.

הדו"ח ניתן גם לעיון באינטרנט בכתובת:

[http://www.btselem.org/Download/200507\\_South\\_Mount\\_Hebron\\_Heb.doc](http://www.btselem.org/Download/200507_South_Mount_Hebron_Heb.doc)

39. במהלך שנות השמונים הוקמו ההתנחלויות – כרמל, מעון, סוסיא, מצדות יהודה, שמעה וטנא. בין השנים 1996 ו-2001 הוקמו סמוך להתנחלויות אלה כ-7 מאחזים.

40. במהלך כל השנים, ובאמצעות שימוש במצב התכנוני שהיה קיים, והכרזות על אזורים נרחבים כשטחים צבאיים סגורים, נשללה מהתושבים כל אפשרות לפיתוח ולבנייה. במהלך עשרות שנים אלה, הרס המנהל האזרחי עשרות מבנים שנמצאו באזור זה, ובכלל זאת, אף מערות טבעיות ששמשו למגורי התושבים ובעלי החיים שלהם, בארות לאגירת מים, ומבנים אחרים המיועדים לשמש לצרכים בסיסיים של התושבים.

בצלם, **חרב הגירוש**, עמ' 30-31.

41. בחודש נובמבר 1999 גרש צה"ל את תושבי המערות המתגוררים באזור מסאפר יטא. הצבא החרים את רכושם, הבריח את צאנם, אטם מערות, בארות מים ומבני שירותים ארעיים ואסר על התושבים לחזור לשטח. בסך הכל גורשו כ-700 תושבים.

בצלם, **כבשת הרש: גירוש התושבים מאזור דרום הר-חברון, אוקטובר-נובמבר 1999**, דו"ח מקרה מס' 9, פברואר 2000, עמ' 14-16.

הדו"ח ניתן לעיון באינטרנט בכתובת:

[http://www.btselem.org/Download/200002\\_South\\_Mount\\_Hebron\\_Heb.rt](http://www.btselem.org/Download/200002_South_Mount_Hebron_Heb.rt)

f

42. בעקבות הגירוש, הוגשו שתי עתירות לבג"צ, האחת באמצעות האגודה לזכויות האזרח (בג"צ 517/00) והשנייה באמצעות עו"ד שלמה לקר (בג"צ 1199/00). רק בעקבות צו ביניים, שניתן על ידי בג"צ ביום 29.3.2000 ואשר הורה לצבא להשיב את הסטטוס קוו מהתקופה שלפני הגירוש על כנו, התאפשר לשוכני המערות לשוב לבתיהם. עתירות אלה עדיין תלויות ועומדות בפני בית המשפט הגבוה לצדק. דיון שאמור היה להתקיים בהן במהלך חודש ינואר 2006 נדחה לבקשת המשיבים, עקב כך ש"מתקיימת במערכת הביטחון עבודת מטה, שטרם הסתיימה, במסגרתה נבחנות בין היתר חלופות שונות לפתרון הסוגיה העולה בעתירה" (מתוך בקשה מוסכמת מטעם המשיבים לדחיית דיון, שהוגשה ביום 14.12.2005), זאת, כשאנו מצויים 6 שנים לאחר הגשתן של העתירות.

43. פעולות דומות נעשו על ידי הצבא לסילוקם של תושבי חיירבת זנוטה. במהלך השנים האחרונות עשה הצבא שלושה ניסיונות לגירוש התושבים מהמקום, ואף הרס חלק ממבני החירבה.

44. הנה כי כן, סגירת השטח על ידי הגדר הפנימית המתוכננת משתלבת בתוכניות השונות, וממשיכה את האמצעים השונים שנקטו עד היום על ידי ישראל באזור זה, ואשר כוונתו למחיקתם של היישובים הפלסטינים המצויים באזור, ולסילוקם של התושבים המתגוררים בו והמעבדים בו את אדמותיהם.

#### **ה. מגבלות על תנועת פלסטינים באזור בשנים האחרונות – פעולות נמשכות לניתוק האזור**

45. על מנת לעמוד על השלכותיה האמיתיות של הגדר על האזור ואוכלוסייתו, יש צורך בהכרת המציאות אשר אל תוכה היא נבנית.

46. במהלך השנים האחרונות נתונים תושבי האזור ובעלי האדמות בו למגבלות תנועה קשות ביותר. אין המדובר במגבלות תנועה קבועות וברורות, כי אם במגבלות שונות אשר מעולם לא זכו לעיגון מוצהר ורשמי, בדומה לנהוג בכל רחבי הגדה המערבית (ראו בצלם, **משטר הכבישים האסורים בגדה המערבית**, אוגוסט 2004, עמ' 11). לפיכך, על קיומם של איסורי התנועה הנאכפים על ידי כוחות הצבא על האוכלוסייה הפלסטינית המקומית ניתן ללמוד אך מתוך עדויות המתייחסות למצב הדברים בשטח.

דו"ח בצלם, משטר הכבישים האסורים, מצ"ב ומסומן **נספח ע/8**.

הדו"ח ניתן גם לעיון באינטרנט בכתובת :

[http://www.btselem.org/Download/200408\\_Forbidden\\_Roads\\_Heb.doc](http://www.btselem.org/Download/200408_Forbidden_Roads_Heb.doc)

47. מגבלות התנועה באזור כוללות מגבלות על תנועת פלסטינים לאורך כל הכבישים שבצידם מתוכננת להיבנות הגדר. מניעות אלה כוללות מניעת תנועה קבועה ומוחלטת בכביש 60 בקטע הרלבנטי לעתירה זו ובכביש העולה להתנחלות טנא, ומניעות תנועה משתנות לאורך כביש 317, כמו גם מניעות משתנות לחצייתו ברכב ו/או ברגל. כך למשל, במהלך החודשים האחרונים אוסרים כוחות הצבא המוצבים באזור דרום הר-חברון על פלסטינים מלנסוע בכביש 317, וזאת לאחר שתנועתם בו הותרה במהלך חודשי הקיץ. החלטה זו באה בעקבות פיגוע הירי שהתרחש ביום 16.10.2005 בצומת גוש עציון (המרוחק עשרות קילומטרים מהאזור בו עסקינן).
48. משטר איסורי התנועה בכבישים מיושם באמצעי אכיפה שונים : באמצעות חסימות פיזיות, מחסומים וסיורים. במהלך השנים האחרונות, ולרבות במהלך ארבעת החודשים האחרונים, **נחסמות באופן שוטף דרכי הגישה המחברות בין אזור יטא, סמוע ודאהריה לאזור שיימצא מעברה המזרחי והדרומי של הגדר על ידי הצבא, באמצעות הצבתן של ערימות עפר וסלעים.**
- תמונות של חסימות שהוצבו על ידי הצבא על דרכי גישה באזור מצורפות ומסומנות **נספח ע/9.**
49. בנוסף על חסימתן הפיזית של הדרכים, נאכפות המניעות על ידי כוחות צבא המסיירים לאורך הכביש, ובאמצעות הצבתם של מחסומים, קבועים וזמניים.
50. גם האפשרות לחציית הכבישים איננה ברורה מאליה. כך למשל, בצומת הדרכים המצויה ליד הכפר א-תוואנה נוהג הצבא להציב מחסומים זמניים כמה פעמים בשבוע. לפעמים החיילים המוצבים במחסום מתירים לתושבים לחצות את הכביש ולהמשיך בדרכם לכיוון אל-כרמל ויטא, ולעיתים מונעים מהם את המעבר. לעיתים, מאפשרים החיילים מעבר של תושבים רק בכיוון אחד – אלה החוצים את הכביש מכיוון א-תוואנה לכיוון אל-כרמל, אך אינם מאפשרים את חציית הכביש בכיוון ההפוך, חזרה לא-תוואנה. לעיתים כיוונו של האיסור הוא הפוך. לעיתים, החיילים מרשים את מעברם רק של אלה המתגוררים באזור מסאפר יטא, אך לא את מעברם של תושבי אל-כרמל או יטא להם אדמות ומשפחה באזור.
51. מניעות התנועה נאכפות אם כן על ידי כוחות צבא בשטח ללא הצהרה רשמית כלשהי. תושבים פלסטינים הנתפסים על ידי כוחות צבא כשהם נוסעים על הכביש צפויים "להיענש" על כך. עונש מקובל הוא לעצור את התושבים, ולעכבם למספר שעות. משך העיכוב יכול להיות שעה או שעתיים, ולעיתים אף למעלה מארבע שעות. לעיתים, תושבים שנתפסו סובלים מ"ענישה" קשה עוד יותר – החרמה של תעודות זהות, החרמת מפתחות הרכב ואף מכות.

העתקים ממכתב תלונה שנשלח על ידי העותרת מסי' 7 בשם מספר תושבים מהאזור,

ומתשובת יועמ"ש איו"ש, מצ"ב מסומנים **נספח ע/10**.

52. תמונת המצב, של איסורים דה-פקטו על תנועתם של פלסטינים, מוכחת לא רק מעדויותיהם של תושבי האזור, אלא אף מעדויותיהם של חיילים ומפקדים המשרתים באזור זה. מעדותו של חייל המשרת בגזרת דרום הר-חברון עולה, שההוראות שניתנו להם הן, כי חל איסור על תושבי האזור לעבור בדרכים שנחסמו בחסימות עפר, וכי עליהם לצאת אך בנקודות יציאה בודדות שהורשו לצורך כך. כל מי שיימצא עוקף או נוסע בדרך עליה הוצבה ערמת עפר (גם אם זו כבר הוסטה על ידי מישוהו אחר) נחשב כ"פורץ חסימה" ויש הוראה לעכבו למשך מספר שעות. מאחר שכפי שראינו, **דרכי הגישה באזור, ככלל, נחסמות בערמות עפר, הפועל היוצא הוא, כי אין כל דרך הנחשבת על ידי כוחות הצבא בשטח ל"מותרת" לנסיעה של פלסטינים המתגוררים באזור.**

53. תמונת מצב זו באשר למשטר התנועה השורר באזור אושרה אף על ידי מג"ד ששרת באזור. במהלך הסיוור שהתקיים לאורך קטע הגדר שבצו תפיסה ת/187/05 ביום 22.1.2006 מסר סא"ל צופי, שפיקד כמג"ד באזור, לשאלת ב"כ העותרים, **כי אכן חל איסור על תנועתם של פלסטינים לאורך הכביש. תשובה זו עולה כאמור בקנה אחד עם עדויותיהם של תושבי האזור לפיהן נאסרת עליהם התנועה לאורך הכביש.** לעומת זאת, בתשובה לפניית ב"כ העותרים, נמסר על ידי רס"ן טולדנו, כי "על פי בדיקתנו עם מפקדת האוגדה אין כיום כל איסור מטעם צה"ל על תנועה רכובה של תושבים פלסטינים על גבי כביש 317..." (מכתבו של רס"ן טולדנו לח"מ מיום 31.1.2006, נספח ע/4). תשובה זו עומדת בסתירה למצב השורר בשטח, בניגוד לפעולות כוחות הצבא המשרתים באזור, וכפי הנראה גם בניגוד להוראות המפורשות הניתנות להם.

יש להדגיש, כי מדובר במציאות חיים הנמשכת על פני תקופה ארוכה ביותר.

54. גם מתצפיות ועדויות שנאספו על ידי תחקירני בצלם במהלך שנת 2004 נמצא, כי בקטעי הכביש שמצומת שמעה ועד הקו הירוק, וכן קטע הכביש העולה להתנחלות טנא (קטעים שאורכם 16 ק"מ), נאסרה לחלוטין הנסיעה של כלי-רכב פלסטיניים (בצלם, **משטר הכבישים האסורים**, עמ' 16-17). ואילו כביש 317 בקטע שמהתנחלות כרמל, ועד לצומת שמעה (בקטע שאורכו 25 ק"מ) הנו כביש מוגבל לתנועה, אשר פלסטינים אינם רשאים לנסוע בו אלא רק לאחר שהצטיידו בהיתר תנועה מיוחד (בצלם, **משטר הכבישים האסורים**, עמ' 18-19). למותר לציין, כי השגתם של אישורים אלה איננה קלה, ולעיתים קרובות, כלל איננה אפשרית.

55. הנה כי כן, בה בעת שהמשיב מצהיר כי לא חל כיום וכי אין כוונה להטיל בעתיד "איסור" על תנועתם של פלסטינים בכבישים האמורים, הרי שמצב הדברים השורר בשטח במהלך השנים האחרונות מוכיח את ההיפך הגמור מכך. **מצב דברים זה הוא שמבסס את**

המסקנה, שגם בהיעדר מדיניות רשמית ומוצהרת של סגירת האזור ומניעת תנועה אליו או ממנו, הרי שבפועל מדיניות שכזו תיושם גם תיושם.

#### ו. השלכות הגדר הפנימית על תושבי האזור והעותרים

##### ד'אהריה

56. בעיירה דאהריה מעל ל-30,000 תושבים.
57. אדמות דאהריה כוללות את כל השטח המשתרע מדאהריה ועד לקו הירוק בדרום ועד לסביבות צומת שמעה במזרח. בעבר, אדמות דאהריה השתרעו אף דרומה מהקו הירוק, ואולם הן הופקעו מבעליהן לאחר הקמת מדינת ישראל.
58. באדמות אלה קיימות מספר קהילות קטנות, בכללן ח'ירבת זנוטה וח'ירבת אלרהוה, השייכות מבחינה מוניציפאלית לדאהריה והתלויות ונסמכות עליה באופן מוחלט לצורך קבלת כל השירותים הבסיסיים.
59. הגדר הפנימית, העוברת בתוך אדמות דאהריה, עתידה לחצוץ בין תושבי דאהריה, הנמצאת צפונית לגדר הפנימית המתוכננת, לבין חלק ניכר מהאדמות השייכות לתושבי העיירה, שייוותו בצידה הדרומי. לפי הערכה, הגדר עתידה להפריד בין דאהריה לכמחצית מהאדמות החקלאיות השייכות לה. כן היא עתידה להפריד בין הקהילות הקטנות המצויות מדרום וממזרח לגדר לבין דאהריה.
60. האדמות מהוות מקור פרנסה עיקרי של תושבי דאהריה, המתפרנסים מחקלאות ומגידול צאן. מעל ל-950 מתושבי דאהריה הינם בעלי הזכויות הרשומים של אלפים רבים של דונמים של קרקע חקלאית, שיימצאו באזור שייסגר מאחורי הגדר. נוכח זאת שרישומי הזכויות בקרקע לא עודכנו מזה שנים רבות, מספר בעלי הזכויות הנוכחי הנו גבוה בהרבה.
61. הנה כי כן, הקמת הגדר תביא לפגיעה במקור פרנסתן של מאות רבות של משפחות המתגוררות בדאהריה.
62. גם כיום מתקשים תושבי דאהריה עד מאוד להגיע לאדמותיהם, ותושבי הח'ירבות הסמוכות מתקשים בדרכם אל דאהריה. קשיים אלה נגרמים בראש ובראשונה עקב חסימתן של מרבית דרכי הגישה באזור על ידי הצבא, ועקב כך שכוחות צבא בשטח מונעים מהם את הנסיעה בכבישים.
63. בנוסף למגבלות ולפגיעות להם אחראים כוחות הצבא, סובלים התושבים אף מהתנכלויות והטרדות מצד מתנחלים המתגוררים באזור. להתנכלויות אלה חשופים הם בעיקר כאשר הם מנסים להשתמש בכבישים הראשיים המשמשים כיום את המתנחלים בלבד.

64. כן הם חשופים להתנכלויות מצד מתנחלים כאשר הם מנסים להגיע לאדמותיהם בסביבת התנחלות טנא ודרומית לה. כך למשל, תושבי דאהריה להם אדמות באזור ואדי אלסמסם, המצוי בסביבת התנחלות טנא, אינם מצליחים מזה זמן רב להגיע לאדמותיהם, בשל התקפות חוזרות ונשנות נגדם על ידי מתנחל (המוכר להם בשם שלמה) המתגורר במאחז סמוך להתנחלות טנא, והפועל באלימות ובאיומים לסילוקם של בעלי האדמות מאדמותיהם. לא זו אף זו, התושבים מלינים על כך שמתנחל זה אף מעבד את אדמותיהם, וזורע בהן.

תלונה שהוגשה על ידי בעלי אדמות ביום 4.12.2005 באמצעות המת"ק הפלסטיני

#### מצ"ב מסומנת נספח ע/11.

65. נוכח התקפותיו של המתנחל, הכוללות אף איומים בנשק, אין התושבים יכולים להגיע לאדמותיהם באזור זה מכיוון צפון. בשל כך, מנסים הם להגיע לאדמות אלה מכיוון מערב, דהיינו, באמצעות חצייתו של הכביש העולה להתנחלות טנא, ואשר הגדר עתידה להיבנות לאורכו.

66. הצהרתו של המשיב היא, כי לאחר בניית הגדר יוכלו התושבים לעשות דרכם מדאהריה לאדמותיהם, או מהכפרים ומהאדמות לכיוון דאהריה באמצעות נסיעה על הכבישים הראשיים (כביש 60 והכביש העולה להתנחלות טנא) עד לאחד הפתחים שיושאר בגדר (סעיפים 9, 10 למכתב רס"ן טולדנו מיום 16.2.2006, נספח ע/5, וכן דברי נציגי הצבא בסיוור שנערך ביום 22.1.2006, נספח ע/14). דא עקא, שכוחות הצבא עושים כל שלאל ידם על מנת למנוע שימוש של פלסטינים בכביש זה, כפי שניתן ללמוד אף מ-10 החסימות (!!!) שהוצבו לרוחבו של הכביש, והמונעות גישה אליו מכיוון דאהריה. כמו כן, גם מתנחלים מתנכלים לפלסטינים המנסים להשתמש בכביש.

תמונות של חסימות שהציב הצבא על הכביש למניעת תנועתם של פלסטינים מכיוון

#### דאהריה, מצ"ב מסומנות נספח ע/12.

67. ואכן, ניסיון העבר מלמד שהצבא יחסום פתחים אלה בגדר, בדיוק כפי שהוא חוסם כיום את כל הדרכים המתחברות לכבישים אלה, והמשמשות את האוכלוסייה הפלסטינית באזור.

68. אשר על כן, בנייתה של הגדר תקשה עוד יותר את התנועה בין דאהריה לאזור שייסגר, עד כדי הפיכת הגישה לאזור זה לבלתי אפשרית לגמרי. משמעותה של הקמת החומה היא אם כן, בידודו של האזור וניתוקו.

תצהיריהם של 8 תושבי דאהריה, שהינם בעלי אדמות באזור שייסגר, מצ"ב

#### מסומנים נספחים ע/13א'-ע/13ח' בהתאמה.

תצהירו של ראש עיריית דאהריה, מר סאמי אסמעיל קיסייה, עותר 1, צורף לעתירה זו.

#### ח'ירבת זנוטה

69. בח'ירבת זנוטה, השוכנת כשלושה קילומטרים דרומית-מערבית לצומת שמעה, מתגוררים כ-100 תושבים. מקור פרנסתם העיקרי של תושבי הכפר הינו חקלאות וגידול צאן. בבעלותם כ-3,000 כבשים ועיזים.
70. אדמות הכפר מצויות משני צידיו של כביש 60, הן מצפון והן מדרום לו. כך למשל, בבעלותו של העותר מס' 3, המתגורר בח'ירבת זנוטה, 20 דונם אדמות המצויות מצידו הצפוני של כביש 60, המהוות את מקור פרנסתו היחיד.
71. בכפר אין כל שירותים בסיסיים, ותושביו תלויים לחלוטין בשירותים שהם מקבלים מדאהריה, אליה הם שייכים מבחינה מוניציפאלית. בעיירה דאהריה מצויים גם קשריהם החברתיים והמשפחתיים.
72. במהלך השנים האחרונות מונע הצבא מהתושבים לנוע על הכביש הראשי, וכל הכניסות והיציאות לכפר נחסמו בערימות עפר שהקים הצבא. לעיתים, חיילים מונעים אף מהולכי רגל לחצות את הכביש.
73. תחושת התושבים היא, כי הצבא עושה כל שלאל ידו על מנת לגרום להם לעזוב את הח'ירבה ואת אדמותיהם. שלוש פעמים במהלך השנים האחרונות ניסה הצבא לגרש את תושבי הכפר, ובשנת 2003 הרס חלק ממבני הכפר.
74. גם תושביו של כפר זה נתונים להטרדות קבועות מצד מתנחלים המתגוררים בהתנחלויות טנא ושמעה. מתנחלים מונעים מתושבי הח'ירבה לנסוע על הכביש, לעיתים מונעים מרועי צאן לנוע באזור, רודפים אחריהם ואף תוקפים אותם. כך למשל, מתנחלים הרסו את הטרקטור שהיה שייך לעותר מס' 3, עת פגשו בו כשנסע לאורך כביש 60 לפני כשלוש שנים.
75. בנסיבות אלה, טענת המשיב כי התושבים יוכלו להגיע לאדמותיהם ואו למרכזי השירותים שלהם באמצעות נסיעה לאורך כביש 60 עד לפתח שיושאר בגדר, הנה לא יותר ממילים ריקות שאין מאחוריהן דבר, ואשר עומדות בסתירה למדיניות עקבית הננקטת על ידו במהלך השנים האחרונות באזור זה.
76. התוצאה היא אם כן, כי הקמת הגדר, אשר תחצוץ בין זנוטה לבין חלק מאדמותיה המצויות מצפון לכביש, ולבין דאהריה, תביא להחמרה של הניתוק הפיזי וחברתי בו נתונים תושביה, ולפגיעות קשות, נוספות, באפשרותם להתפרנס מעיבוד אדמותיהם.



תצהירו של תושב החירבה, מר מחמד עמר אסמעיל אלטל, עותר 3, צורף לעתירה  
זו.

### ח'ירבת אלרהוה

77. בח'ירבת אלרהוה, השוכנת כ-200 מטר דרומית להתנחלות טנא, מתגוררות קרוב ל-20 משפחות וכ-200 נפשות.

78. מקור פרנסתם היחיד של תושבי החירבה הינו חקלאות וגידול צאן. היקף האדמות השייכות לתושבי המקום מגיע לאלפי דונמים של אדמות חקלאיות, המשתרעות משני צידי הכביש. כך למשל, לעותר מס' 3 אדמות בהיקף של יותר מ-70 דונם באזור אלרהוה, שבחלקן מצויות בקרבת הכביש וייפגעו מהקמת הגדר, ובחלקן מצויות בצידו השני של הכביש.

79. גם בכפר זה לא קיימים שירותים כלשהם, ותושביו תלויים באופן מלא בשירותים המצויים בדאהריה. ואולם, גם הם סובלים ממגבלות תנועה ומקשיי תנועה. על פי רוב, מונעים חיילי צה"ל מתושבי החירבה לנוע בכביש הראשי שנסלל על אדמותיהם. החיילים אף מונעים מתלמידים תושבי החירבה ומתושבים אחרים, להגיע לדאהריה.

80. הדרך לדאהריה מצריכה חצייה של הכביש המגיע להתנחלות טנא. דרכים אחרות שקישרו את החירבה נחסמו על ידי הצבא, או שמעבר בהן כרוך בסיכון בשל התקפות מצד המתנחל המתגורר במאחז הסמוך להתנחלות טנא.

81. עקב החסימות שהוצבו על הדרכים באזור, ועקב מניעת תנועתם של התושבים בכבישים, עושים תושבי החירבה כיום את דרכם לדאהריה ברגל או על גבי חמורים, תוך שהם חוצים את הכביש כמעט בגניבה, משתדלים לעשות כן כאשר חיילים או מתנחלים אינם נצפים בסביבה. זוהי גם דרכם היומית של ילדי החירבה הלומדים כולם בבתי ספר בדאהריה.

82. אשר על כן, הקמת הגדר תביא לפגיעה בקניינם של תושבי המקום, תנתק אותם מסביבתם ותקשה עליהם עוד יותר את יכולתם להגיע לאדמותיהם המצויות מעברה האחר, ולדאהריה.

תצהירו של מר מוראד אחמד מחמד ג'בארין, תושב אלרהוה, עותר 4, צורף לעתירה  
זו.

### הכפר א-תוואנה

83. בכפר א-תוואנה, השוכן כ-12 ק"מ מזרחית ליטא, וכ-23 ק"מ דרומית לחברון, מתגוררים כ-380 תושבים. האדמות השייכות לתושבי הכפר והמעובדות על ידיהם משתרעות הן דרומית ומזרחית לכפר, והן מערבית לכפר, מעבר לכביש 317 לכיוון יטא.

84. בנייתה של הגדר הפנימית תותיר את הכפר א-תוואנה באזור שייסגר מצידה המזרחי, תוך שהגדר עוברת ומפרידה בינו ובין אזור יטא ויתר חלקי הגדה המערבית, כמו גם מחלק מאדמותיו החקלאיות.
85. מקור פרנסתם העיקרי של תושבי הכפר הינו חקלאות וגידול צאן. על מנת לשווק את תוצרתם הם נזקקים להגיע ליטא, או למרכזים העירוניים האחרים בסביבה.
86. למעט בית ספר יסודי, ומרפאה הפתוחה יום אחד בשבוע והמספקת שירותים מוגבלים מאוד, אין בכפר כל שירותים, אותם מקבלים תושבי הכפר מהעיירה יטא הסמוכה. ואולם, גם השירותים המוגבלים הקיימים בכפר תלויים בהגעתו של צוות מקצועי מחוץ לכפר. חסימת מעברם של הצוות הרפואי ושל המורים תביא לשיתוק השירותים הבסיסיים הניתנים כיום בכפר.
87. הכפר איננו מחובר לתשתיות המים או החשמל, ותלוי גם בהיבטים אלה בשירותים ומצרכים המובאים מיטא.
88. למרבית התושבים אין כלי רכב, והם עושים את דרכם בין הכפר לאדמותיהם ולישובים הסמוכים באמצעות רכיבה על בעלי-חיים, או ברגל. כן עושים התושבים שימוש, בעיקר בתקופת החריש (אך לא רק) בטרקטורים. בהיותם רועי צאן, נזקקים הם לחצות לעיתים קרובות עם עדריהם את הכביש בחפשמ אחר מרעה. לחלק מהתושבים אדמות המצויות משני צידי כביש 317.
89. גם תושבי א-תוואנה והכפרים האחרים במסאפר יטא נתונים למגבלות תנועה חמורות ביותר הנאכפות על ידי כוחות הצבא בשטח, הכוללות מניעת תנועה לאורך כביש 317, ואיסורים שרירותיים, משתנים, על חציית הכביש.
90. תושבי א-תוואנה והאזור סובלים אף הם מהתנכלויות קשות מצד מתנחלים המתגוררים באזור (נושא זה נדון בהרחבה בבג"צ 9593/04 ראשד מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, התלוי ועומד בפני בית משפט נכבד זה). התושבים חוששים, כי אם יתחילו לנסוע לאורך כביש 317 יהיו נתונים וחשופים עוד יותר להתקפות והתנכלויות מצד מתנחלים. תצהירו של מר סאבר הירני, ראש מועצת הכפר א-תוואנה, עותר 2, צורף לעתירה.

#### **כפרי "שוכני המערות" במסאפר יטא**

91. בשטח הנמצא דרומית-מזרחית לכפר א-תוואנה, ומזרחית לכביש 317, ואשר עתיד להיסגר על ידי הגדר הפנימית, מצויים 14 כפרים פלסטיניים: א-טובה, אל-מופקרא, א-ספיי, מע'אייר אל עביד, אל-מג'אז, א-תבאן, אל-פח'ית, אל-חלאווה, גוואויס, שעב אל-בטין, אל-מרכז, גיינבה, אל-ח'רובה וא-סארורה.

92. בכפרים אלה חיים כאלף איש, אשר פרנסתם נסמכת, רובה ככולה, על עיבוד האדמה, על רעיית צאן ועל ייצור חלב וגבינה. כפרים אלה, שתושביהם זכו לכינוי "שוכני המערות", מקיימים מזה דורות, על פי מסורת אבותיהם ואבות-אבותיהם, אורח חיים תרבותו ייחודי של מגורים במערות (י' חבקוק, חיים במערות הר חברון (משרד הבטחון – ההוצאה לאור, 1985)).
93. תושבי הכפרים הללו גורשו מבתיהם ומאדמותיהם בסוף שנת 99' על ידי כוחות צבא, והורשו לחזור לבתיהם רק בעקבות עתירות שהוגשו לבג"צ (ראו סעיף 44 לעיל). מאז, סובלים הם מהתקפות והטרדות מצד הצבא ומתנחלים.
94. בכפרים באזור זה לא קיימים כל שירותים, והם אף אינם מחוברים לכל תשתית פיזית. הדרכים המובילות אליהם אינן סלולות ומשובשות ביותר, והם אינם מחוברים לרשת החשמל או לרשת המים. תושבי הח'ירבאות מקבלים את כל השירותים להם הם זקוקים מיישובי הסביבה, ובראש ובראשונה מיטא.
95. העותר מס' 5 הנו תושב אחד מהכפרים שבמסאפר יטא – ח'ירבת טובא, המצויה בחלק הצפוני של האזור. התנחלות מעון ומאחז חוות מעון מפרידים כיום בין ח'ירבת טובא לכפר א-תוואנה. משפחתו כוללת את אשתו ועשרת ילדיו, כולם מתגוררים בטובא.
96. ח'ירבת טובא הנה כפר קטן בו מתגוררות כ-80 נפשות. מקור פרנסתם היחיד של תושביו הינו חקלאות וגידול צאן. אדמות תושבי טובא מצויות הן מזרחית לכביש 317, והן מעברו השני של הכביש באזור ג'וואיה. כך למשל, לעותר מס' 5 אדמות הן באזור הח'ירבה והן 16 דונם אדמה באזור ג'וואיה, שמעבר לכביש. העותר מתפרנס מגידול חיטה וצאן.
97. התושבים סובלים מקשיי תנועה חמורים ביותר הנובעים הן מהתנכלות של כוחות הביטחון והן מהתנכלויות של מתנחלים. התנכלויות אלה הפכו את הנסיעה לאורך כביש 317 לבלתי אפשרית מבחינתם. בשל התנכלויות חוזרות ונשנות שהיו מנת חלקם בשנים האחרונות, נוהגים התושבים משנה זהירות – עורכים בדיקה מהירה ורק לאחר שווידאו שאין כוחות צבא או מתנחלים באזור חוצים הם את הכביש במהירות. דבר זה לא יהיה אפשרי עוד לאחר הקמת הגדר, שכן היא תאלצם לנסוע מרחקים ארוכים לאורך הכביש. ואולם כאמור, דבר זה לא יהיה אפשרי – ראשית, משום שהצבא לא יאפשר להם לעשות זאת, ושנית משום שזה יעמיד אותם בסכנה חמורה יותר להתקפות מצד מתנחלים.

#### **בעלי אדמות בשטח שייסגר**

98. נוסף על תושבי דאהריה, אף לרבים מתושבי יטא וסמוע אדמות בשטח שייסגר על ידי הגדר. אחד מהם הנו מר ח'ליל חלאילה, עותר מס' 4, תושב העיריה סמוע.
99. למר חלאילה אדמות משני צידי כביש 317, באזורים אל-חרבה וראס ואדי שחיש, דרומית להתנחלות סוסיא. שטח כל אחת מחלקותיו הינו 50 דונם, כשהאחת צפונית לכביש והשניה

דרומית לו. פרנסתו של מר חלאילה על גידול חיטה וזיתים באדמות אלה. בחלקת האדמה הצפונית מצויה באר, אשר עם מימיה משקה העותר את אדמותיו שמדרום. לצורך עיבוד האדמות וביצוע חריש משתמש העותר בטרקטור. כיום, יכול הוא לחצות את הכביש ולהגיע לאדמותיו שמדרום לו.

100. הקמת הגדר עתידה להביא לפגיעה באדמותיו המגיעות עד הכביש הקיים, ותפגע ביכולתו לעבור מחלקת אדמה אחת לאחרת. ואולם, פגיעותיה של הגדר לא יתמצו בהארכת דרכו של העותר במספר קילומטרים. המצב הצפוי הוא, כי לאחר הקמת הגדר כלל לא יעלה בידו להגיע לאדמותיו שיוותרו בצידה הדרומי, או שהדבר יהיה כרוך בקשיים מרובים ואולי אף בסכנה.

101. בתשובת רס"ן טולדנו מיום 16.2.2006 (סעיף 14 לנספח ע/5) נמסר, כי באפשרותו של העותר להגיע לאדמתו שמדרום לגדר באמצעות נסיעה לאורך הדרך שמדרום ל"רס שעב אל-דיר" החוצה את הכביש, ונסיעה של כ-750 מטרים מזרחה לאורך הכביש.

102. דא עקא, שאפשרות זו איננה קיימת, כפי שמעיד העותר:

"מזה שנים שאסור לנו לנסוע על כביש 317. כל הזמן אומרים לנו שזה כביש של מתנחלים, ושלנו אסור לנסוע עליו. אם אני אסע על הכביש והצבא יראה אותי אז הם עוצרים אותי, לוקחים לי את התעודה, מעכבים אותי שעה או שעתיים, ולפעמים לוקחים אותי למחסום שני ומשחררים אותי שם. לכן אני לא יכול לנסוע על הכביש הזה בכלל".

תצהיר מר ח'ליל חלאילה, העותר 6, צורף לעתירה זו.

#### סיכום - מאפייני הגדר ופגיעותיה

103. הנה כי כן, הגדר הפנימית שאורכה כ-41 ק"מ עומדת לסגור שטח של מעל ל-80,000 דונם, ובו 21 קהילות פלסטיניות, במובלעת המנותקת מסביבותיה. לפי המידע שמסר המשיב, עתידים להיבנות בגדר זו 12 מעברים.

104. לפי הצהרות המשיב כעת, עתידים המעברים להיוותר ככלל פתוחים, למעט בעת צורך ביטחוני. עוד מוצהר, כי אין בכוונת הצבא בעת להטיל מגבלות על תנועת פלסטינים לאורך הכבישים האמורים, וכי תושבי האזור יוכלו לעבור רגלית את המכשול, ולחצות את הכביש באמצעות רכב בדרכים בהן הם משתמשים כיום.

105. דא עקא, שניסיון העבר מלמד, כי מעברים אלה ייחסמו אם בחסימות עפר אם במחסומים מאויישים, תוך יצירת קשיי גישה גדלים והולכים על האוכלוסייה. עם הצבת גדר הבטון במקום, יוכל להתבצע מעברם של אנשים וחיות אך ורק במעברים שיוותרו בגדר. המרחקים בין הפתחים נעים בין 3 ק"מ ועד ל-14 ק"מ. תנאים אלה אינם מתיישבים עם אורחות חייו של החקלאי ומעמידות בסכנה את יכולתו להמשיך ולהתפרנס.

106. אכן, גם כיום, סובלים תושבי האזור מקשיי גישה למרכזים העירוניים עליהם הם נסמכים, מחד גיסא, או לאדמותיהם מאידך גיסא. ואולם, **הקמת הגדר במקום תחריף מאוד מצב זה ותקבע אותו, הן בתודעת האוכלוסייה והן בתודעת החיילים.**
107. לא זו אף זו, אך צפוי, כי לאחר שחלילה יתרחש אירוע בטחוני לאורך הכביש, יבקש המשיב "לשפר" את אמצעי המיגון של הכביש, למשל, באמצעות הגבהתה של החומה הנבנית כיום.
108. אשר על כן, הקמתה של גדר הבטון הפנימית תאפשר קיבוע והחמרה קשה של מגבלות התנועה הקיימות כבר כיום באזור. לאחר השלמתה, עת יחליט מאן דהוא על חסימת המעברים ו/או על מניעת נסיעתם של פלסטינים לאורך הכביש, לא תיוותר עוד בפני תושבי האזור הסגור או בפני בעלי האדמות כל דרך גישה אחרת. **במצב זה, בידוד האזור על תושביו מיתר הגדה המערבית – יושלם.**
109. התוצאה היא אם כן, שהקמת הגדר הפנימית, בשילוב עם איסורי התנועה ומגבלות התנועה המוטלות כיום באזור זה, משמען פגיעות קשות בחופש התנועה ובאורחות החיים העשויות לעלות כדי ניתוקם של תושבי האזור מהמרכזים העירוניים בהם הם תלויים למחייתם, ולמניעת גישתם של בעלי האדמות לאדמותיהם שמהן פרנסתם.

#### ז. הפניות למשיבים בטרם הגשת העתירה

110. ביום 23.1.2006 פנתה ב"כ העותרים למשיב בבקשה לקבלת פרטי מידע שונים שנדרשו לצורך הכנת התנגדויותיהם של העותרים. תשובת רס"ן טולדנו, ניתנה ביום 31.1.2006. בתשובה זו לא ניתנו תשובות ולא נמסר מידע לגבי חלק נכבד מהשאלות שנשאלו. העתק מפניית העותרים מצ"ב **כנספח ע/14**. תשובת רס"ן טולדנו צורפה כנספח ע/4.
111. בהמשך לפניות העותרים, נקבע המועד האחרון להגשת התנגדויות ליום 8.2.2006.
112. ביום ה' 2.2.2006, בטרם הגיע המועד להגשת ההתנגדויות, גילו העותרים בדרך מקרה, כי הוחל בעבודות להקמת הגדר. בו ביום נעשתה פניה טלפונית לרס"ן טולדנו. פניה בכתב נשלחה ביום א' 5.2.2006. בתשובת רס"ן טולדנו מיום 5.2.2006 נמסר, כי העבודות החלו בתחום צווי ההפקעה, וכי הם אינם רואים הצדקה להורות על עצירת העבודות שהחלו לאחרונה.
- העתק מהתכתובת האמורה מצ"ב מסומנת **נספח ע/15**.
113. ביום 8.2.2006 הוגשה התנגדות מרוכזת בשם העותרים נגד התוכנית לבניית הגדר הפנימית ונגד צווי התפיסה.
- העתק מההתנגדות מצ"ב מסומנת **נספח ע/16**.

114. ביום 12.2.2006, ונוכח המשך ביצוע העבודות לבניית הגדר, פנו העותרים לפרקליטות המדינה בבקשה כי יורו על הפסקת העבודות, עד לסיום הליך ההתנגדויות. בפנייה הובהר, שהמשך ביצוע העבודות איננו מתיישב עם קיומו של הליך שימוע, וכי מתן האישור לביצוע העבודות עוד בטרם נשמעו אלה שעתידים להיפגע מההחלטה מלמד, כי הרשות כבר גמרה בדעתה לבנות את הגדר, וכי מדובר למעשה בהליך התנגדות שהינו ריק מתוכן. למכתב זה לא נתקבלה כל תשובה.

הפניה לפרקליטות המדינה מצ"ב מסומנת **נספח ע/17**.

115. ביום 14.2.2006 פנו העותרים לקבלת העתקים של צווי ההפקעה עליהם מסתמך המשיב לגבי חלקים נרחבים מהאדמות עליהן מתוכננת להיבנות הגדר, ואשר העבודות בהן החלו. למחרת, נעשתה אף פניה טלפונית, נוכח הדחיפות שבקבלת הצווים. למרות זאת, עד כה, לא הומצאו לעותרים העתקים של צווי ההפקעה האמורים.

הפניה לרס"ן טולדנו, צורפה כנספח ע/3.

116. ביום ה' 16.2.2006, ככל הנראה בשעות הערב המאוחרות, התקבלה תשובת רס"ן טולדנו להתנגדות שהגישו העותרים. בתשובתו, כצפוי, נדחו ההתנגדויות באופן מלא. בתשובה נאמר, כי העבודות להקמת הגדר בתחום צווי התפיסה לא יחלו אלא בתום 7 ימים ממועד המכתב. מכאן הגשת עתירה זו.

תשובת רס"ן טולדנו להתנגדויות צורפה כנספח ע/5.

117. בסיוור לאורך תוואי הגדר ביום ב', 20.2.2006 נצפה, כי העבודות להקמת הגדר נמשכות במלוא המרץ.

## הטיעון המשפטי

### כללי

118. עניינה של עתירה זו הנו גדר מסוג חדש – גדר פנימית, מכשול עומק, הנבנית בנוסף לגדר ההפרדה, ואשר תיצור מובלעת שטח המנותקת מסביבותיה, ומיתר שטחי הגדה המערבית.
119. הקמת גדר הבטון תביא לפגיעות קשות ובלתי מוצדקות בזכויות אדם, ולפגיעה ולשינוי באורחות החיים, המהות הפרה של חובותיו של המפקד הצבאי כלפי האוכלוסייה האזרחית על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, על פי משפט זכויות האדם ועל פי המשפט המנהלי והחוקתי הישראלי.
120. הקמת הגדר הפנימית ותפיסת הקרקע לצורך הקמתה, הינה בלתי חוקית הן משום שהקמתה חורגת מסמכותו של המפקד הצבאי, הן משום שהינה בלתי סבירה, וחשודה כנגועה בשיקולים זרים, והן משום שפגיעתה באוכלוסייה בלתי מידתית.
121. טענותינו בעתירה זו הינן:
1. ראשית, הקמת הגדר על פגיעותיה בזכויות מוגנים הינה פסולה וחורגת מסמכותו של המפקד הצבאי, משום שאיננה נדרשת לצרכי ביטחון, וזאת בניגוד לעילות המאפשרות תפיסתה של קרקע פרטית ופגיעה בזכויות מוגנים;
  2. שנית, ההחלטה על הקמת גדר הבטון הינה פסולה ובלתי סבירה, באשר היא נסמכה ונגזרה מטעמים זרים ופסולים;
  3. שלישית, מדובר בהחלטה פגומה אף משום שהתקבלה בטרם ניתנה הזדמנות לנפגעים להשמיע טענותיהם, ולפיכך, בלא שהובאה בפני הרשות התשתית העובדתית הרלבנטית, ובלא שנשקלו כל השיקולים הצריכים לעניין;
  4. רביעית, פרוייקט הגדר הפנימית מעמיד את הקהילות הפלסטיניות המצויות בשטח שייסגר בסכנה קיומית ממשית, ויביא לשינויים ארוכי טווח בהסדרים ואורחות חיים של האוכלוסייה המוגנת. הקמת הגדר אף צפויה להביא לשינויים דמוגרפיים בלתי הפיכים. דברים אלה מהווים הפרה חמורה של חובותיו של המפקד הצבאי בשטח כבוש.
  5. חמישית, כפי שניתן לראות מהנתונים העובדתיים שהובאו לעיל, הגדר הפנימית תביא לפגיעות חריפות ובלתי מידתיות בזכויות היסוד של אזרחים מוגנים לתנועה, לפרנסה, לבריאות לחינוך ועוד, ולפגיעה אנושה במרקם החיים ובאורחות חייה של האוכלוסייה המקומית. מדובר בפגיעות בלתי מידתיות הן בשל היותן בלתי נחוצות להשגת המטרה המוצהרת, הן בשל

היעדרו של אינטרס משמעותי שיכול להצדיק, והן בשל היעדרו של כל יחס פרופורציונאלי בין מידת הפגיעה לבין התועלת שהיא מתיימרת להשיג;

#### א. היעדרו של צורך צבאי

122. נוכח קוצר הזמן והדחיפות שבהגשת העתירה, לא עלה בידי העותרים לצרף כבר לכתב העתירה חוות דעת של מומחים ביטחוניים. לפיכך, העותרים יבקשו לצרף בעוד מספר ימים חוות דעת בעניין ההיבטים הביטחוניים של הגדר הפנימית. עם זאת, טיטות חוות הדעת כבר מצויה בידי ב"כ העותרים, והדברים שלהלן מתבססים עליה.

123. הקמתה של הגדר הפנימית איננה נדרשת מטעמים של צורך ביטחוני הכרחי, ואף לא מטעם ביטחוני של ממש. משעסקינן בפעולות של המשיב הגורמות לפגיעות בזכויות יסוד מוגנות, מוטל הנטל עליו להוכיח ולשכנע שצורך צבאי או טעמי ביטחון הכרחיים מחייבים את הפגיעה. ראו:

Y. Shany, *Capacities and Inadequacies: A Look at the Two Separation Barrier Cases* ILR, p. 17

A. Imseis, *Critical Reflections on the International Humanitarian Law Aspects of the ICJ Wall Advisory Opinion*, 99 *AJIL*, 102, 111

כן השוו:

א' ברק, **פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית** (תשמ"ד) 478

124. לא זו אף זו, מדובר בגדר אשר מבחינה ביטחונית - נזקיה עולים על תועלתה, וזאת ממספר טעמים עיקריים:

125. ראשית, המשיב לא הביא כל נימוק, ולא הוצגה כל תשתית עובדתית שתתמוך בטענת הצורך הביטחוני הקונקרטי שהוצג ואשר לשמו כביכול הוחלט על הקמתה של הגדר נשוא עתירה זו.

126. בתשובה לשאלתנו, מהו הצורך הביטחוני ומהם השיקולים בגינם הוחלט על הקמת הגדר, נמסר מטעם המשיב, כי הגדר נועדה להגן על דרכי הגישה להתנחלויות שונות בצד "האיו"שי" של גדר ההפרדה, לתעל את התנועה של כלי רכב, "ובכך להקל על כוחות הביטחון את השליטה במרחב ולאפשר להם בעת אירוע בטחוני לעצור ביתר קלות אדם הנע במרחב בדרכו לפיגוע או לאחר פיגוע" (סעיפי 2 ו-3 למכתב רס"ן טולדנו מיום 31.1.2006, נספח ע/4).

127. למרות בקשת העותרים לקבל מידע על התשתית העובדתית שעמדה בפני מי שהחליט על הקמת הגדר ובכלל זאת על אירועים קונקרטיים שהתרחשו באזור זה בעבר, ואשר חומה מהסוג האמור נועדה להתמודד עמם (מכתב העותרים מיום 23.1.2006, נספח ע/14), לא נמסר כל מידע מסוג זה.



128. נראה שלא בכדי לא נמסר מידע זה. למיטב ידיעת העותרים, בקטעים נרחבים ביותר של תוואי הגדר (ולמעט מספר אירועים שהתרחשו בכביש המוביל להתנחלות טנא), ובמיוחד באזור א-תוואנה וכביש 317, לא זכור כי התרחש אירוע ביטחוני, בוודאי לא אירוע מהסוג לו אמורה הגדר החדשה לתת מענה. גם לגבי האירועים שהתרחשו, כלל לא ברור, שהיה בגדר מהסוג המתוכנן כדי למנוע את התרחשותם.
129. יש לציין, כי הצבא מאבטח מאות קילומטרים של כבישים בכל רחבי הגדה המערבית המשמשים לתנועת ישראלים, ללא שימוש בהקמתן של גדרות מהסוג האמור.
130. ואכן, אף במסגרת עתירה שהוגשה על ידי ועד היישוב טנא נגד ההחלטה על שינוי תוואי גדר ההפרדה באזור זה, טען המשיב באשר להגנת ציר הגישה ליישוב, כי הוא יוגן "באותו האופן בו מוגנים צירי תנועה ראשיים בתחומי האזור, באמצעות שני מגדלי תצפית ארוכת טווח, וכן באמצעות גדרות לא רציפות לאורך הכביש, למניעת ידוי אבנים ואמצעי חבלה אחרים מטווח קצר. מלבד אמצעי ההגנה הפיזיים, יפעלו במקום בכל עת כוחות תגובה מהירה" (בג"ץ 3680/05 ועד היישוב טנא נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם), פסקה 4 לפסק-הדין). הנה כי כן, המשיב עצמו לא הזכיר אמצעי זה של הקמת גדר רציפה לאורך כל צירי הגישה באזור זה – כאמצעי שהינו נדרש בשל צרכים ביטחוניים.
131. למרות שינוי זה בעמדתו, לא נתן המשיב כל נימוק אשר יסביר ויבסס את ההכרח הביטחוני החדש שנוצר, ושלטענתו מחייב הקמתה של גדר רציפה לאורך דרכי התנועה באזור.
132. כמו כן, לא ניתן כל הסבר מדוע הקמת גדר מסוג זה נדרשת דווקא לאורך קטעי כביש אלה. המדובר אם כן בהחלטה חשודה במיוחד נוכח זאת, שבגזרות אחרות, בהן דווקא אירעו פיגועים קשים (כדוגמת קטעי כביש הנמצאים צפונית להתנחלות כרמל) לא מתוכננת גדר שכזו.
133. שנית, בה בעת שהמטרה הביטחונית עליה מצהיר המשיב הינה מטרה כללית - "הגנת התנועה להתנחלויות" - הרי שבבחינת ההצהרה לגופה עולה, כי היתרון הביטחוני לשמו לכאורה מוקמת הגדר הינו מוגבל ומצומצם ביותר.
134. מדברי המשיב שנמסרו עד כה עולה, כי מבין שלל האיומים האפשריים לתנועת מתנחלים בשטחי הגדה המערבית, המטרה הביטחונית שגדר זו באה לכאורה להשיג הנה אך זו – מניעת התפרצות של רכב לציר לצורך ביצוע פיגוע או מניעת מילוט של מפגע לאחר פיגוע. נוכח זאת, שהגדר עתידה לחסום כניסה לכביש אך מצד אחד שלו, ונוכח זאת שמתוכננים בה פתחים שלפי הצהרת המשיב אמורים להישאר פתוחים, הרי שגם מטרה מוגבלת זו לא תושג ככלל, אלא רק כאשר ניתנה התרעה מדויקת מראש, או לאחר שפיגוע כבר אירע (ולפיכך, לא לצורך מניעתו). גם כך, לא יהיה בגדר כדי להעלות תרומה כלשהי למרבית התרחישים האפשריים, ובכללם, ירי מצד הכביש או ירי המבוצע שלא ממכונית אלא בהתפרצות רגלית לציר התנועה.

135. שלישית, מדובר במטרה ביטחונית שניתן להשיגה במלואה באמצעים אחרים. מעקה בטיחות מברזל, מסוג זה הקיים לאורך חלקים של התוואי, משיג את אותה המטרה הביטחונית שהוצגה על ידי המשיב, קרי מניעת התפרצות של רכב לכביש או מילוט ממנו. למעשה, **המשיב איננו מכחיש כי יש בחלופה זו כדי להשיג את אותה התועלת הביטחונית.**
136. תשובת המשיב, כי החליט שלא לבחור באפשרות זו, הינה בלתי סבירה בעליל. לטענתו, הוחלט שלא להשתמש בגדר בטיחות ממתכת בשל "חשש מפירוק וגניבת המתכת ממנה יורכב המכשול לשם מכירה..." (סעיף 5 למכתב רס"ן טולדנו מיום 31.1.2006 נספח ע/4, סעיף 13 למכתב רס"ן טולדנו מיום 16.2.2006 נספח ע/5). לא רק שאין בטענה זו כדי לבסס צורך ביטחוני בהקמת הגדר מבטון דווקא, אלא שאין לה כל תימוכין במצב העובדתי בשטח. טענה זו עומדת בסתירה לפעולות המשיב באזורים אחרים – לאורך עשרות רבות של קילומטרים בכל רחבי הגדה המערבית, לרבות בגזרת חברון כולה, הותקנו וקיימים מעקות בטיחות מברזל. בימים אלה ממש מותקן מעקה מברזל באזור צומת בית חגי, דרומית לחברון. לא זו אף זו, לאורך קטעים שונים של תוואי הגדר הפנימית המתוכננת קיים כבר כיום מעקה מסוג זה. למרות פניה לרס"ן טולדנו לקבלת מידע המבסס את הטענה בדבר תופעה של "גניבת מתכות" בגדה המערבית בכלל, ובאזור הנדון בפרט, לא נמסר כל מידע בנידון.
- העתק מהתכתובת בין עו"ד נטע עמר, מעמותת שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם, ובין רס"ן טולדנו, מצ"ב מסומנת **נספח ע/18** (ראו שאלה מס' 16 למכתב עו"ד עמר).
137. לא זו אף זו, שימוש במעקה זה היה חוסך אף את הסיכון הביטחוני שיווצר מקיומו של מסתור ומחסה מבטון בצד הדרך, כפי שיפורט להלן.
138. רביעית, בניית גדר בטון בצמידות לכביש תביא ליצירתן של נקודות תורפה ביטחוניות חדשות ולהחמרת הסיכון הנשקף לישראלים הנוסעים בכביש. ואכן, בניית גדר זו אף עומדת בניגוד למדיניות הצבא ל"חישוף" צידי דרכים. כך למשל, מדיניות ה"חישוף" הועלתה ונדונה בבג"צ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בעקבות החלטת המפקד הצבאי לעקור מטע זיתים קרוב לביתו של שר הביטחון שאול מופז (בית המשפט פסק, כי ההחלטה איננה מידתית, וכי נוכח חומרת הפגיעה בקניין הפרט יש להסתפק בגיזום של המטע).
139. ככל שבלב המשיב קיים חשש מפני אירועים ביטחוניים באזור, אזי דווקא בגדר המתוכננת יש כדי להגביר חשש זה. הגדר, שהינה קיר בטון רציף לאורך עשרות קילומטרים של כביש, עלולה לספק רצף של עמדות ירי מן המארב. בנוסף לאפשרות השימוש בה **כמסתור**, הרי שבהיות הגדר בנויה בטון, היא עשויה לספק אף **מחסה** והגנה מפני פגיעה במי שישתתר מאחוריה. הגדר המצויה בצמוד לכביש אין בה כדי למנוע את הימלטותו של היורה מהמקום, באמצעות רכב שימתין לו בסמוך. לעומת זאת, היא תמנע או תקשה על כוחות

הצבא שיגיעו למקום האירוע להתחיל במרדף רכוב אחריו, שכן יידרשו לבזבז זמן על מנת להגיע לאחד הפתחים שיושאר בגדר הבטון.

140. כמו כן, ניסיון העבר מלמד כי אותם מעברים שיוותרו בגדר לשם תנועת תושבים נסגרים בחסימות עפר או במחסומים מאויישים באופן תדיר. המשיב אכן מצהיר, כי הפתחים ייסגרו בעת "צורך ביטחוני". ניסיון השנים האחרונות מוכיח, כי כל אירוע, וכל חשש או התרעה על אפשרות קיומו של אירוע, שהתרחש או עתיד להתרחש ברחבי הגדה המערבית, או במדינת ישראל, עשוי להצמיח טענת צורך ביטחוני כזה. כך לדוגמא, בעקבות פיגוע הירי שהתרחש בצומת גוש עצי ון (הנמצא עשרות קילומטרים צפונית לאזור הנדון) חודשו והוחמרו כל מגבלות התנועה באזור דרום הר-חברון. בעקבות הפיגוע בצומת בית-חגי (אף הוא צפונית לאזור) הוספו חסימות ו"חוזקו" חסימות קודמות. ניסיון השנים האחרונות אף מוכיח, כי "צורך ביטחוני" זה עשוי להימשך על פני חודשים ארוכים. כך למשל, השער שהוצב על הדרך הראשית לעיירת המחוזי יטא (צומת זיף) סגור מזה כארבעה חודשים, מאז הפיגוע בצומת גוש עצי ון.

141. חסימות ומחסומים אלה יוצרים נקודות חיכוך בין הצבא לתושבים, שעד מהרה הופכות לנקודות חיכוך ביטחוניות ויוצרות סיכון ביטחוני לכוחות הפועלים באזור.

142. **לסיכום, לא ניתן למצוא טעם ביטחוני ממש (לא כל שכן, צורך צבאי הכרחי) העומד ביסוד ההחלטה על הקמתה של גדר זו, ואשר יכול היה להצדיק את הפגיעות הקשות שייגרמו לאוכלוסיית האזור. האזור בו מתוכננת להיבנות הגדר הנו מהאזורים היותר שקטים בגדה המערבית. למרות זאת, דווקא באזור זה הוחלט על הקמתה של גדר, אשר תביא לבידודו של האזור. לא זו אף זו, נראה כי כלל לא נשקלו התוצאות הביטחוניות שיש לפגיעה באוכלוסייה המקומית. ידוע הדבר (והחלטת מערכת הביטחון בעניין הריסות בתי משפחות מחבלים תעיד על כך), כי פגיעה באוכלוסייה האזרחית, שאיננה הכרחית ואיננה מעלה תועלת ביטחונית משמעותית, הינה למעשה אמצעי אנטי-ביטחוני, המגביר ויוצר סיכונים ביטחוניים חדשים. המדובר אם כן בהחלטה תמוהה וחשודה.**

### **ב. החלטה בלתי סבירה ושיקולים זרים**

143. נוכח התמיהה שמעורר הטעם הביטחוני הנטען, מתחזק החשד באשר לכשרות השיקולים והמטרות שעמדו ביסוד ההחלטה על בנייתה של גדר בטון לאורך התוואי האמור.

144. ראינו (ראו סעיפים 37-44 לעיל), כי במשך שנים פעלה מדינת ישראל באמצעות המפקד הצבאי ל"יבושו" של האזור ולסילוק תושביו הפלסטינים. פעולות אלה השתלבו בתוכניות לסיפוח השטח למדינת ישראל.

145. ואכן, גם הקמת גדר שתפריד את האזור מיתר הגדה המערבית, ותחמיר את הקשיים בהם נתונים תושביו ובעלי אדמות בו, צפויה להביא לעזיבה גוברת והולכת של תושביו הפלסטינים, ולשינויים דמוגרפיים בלתי הפיכים באזור.

146. בהינתן ההיסטוריה של פעולות המשיב באזור זה, אך מתבקשת המסקנה, כי פרויקט הגדר הינו ניסיון נוסף לסילוק התושבים הפלסטינים מאזור זה, וזאת לאחר שפעולות ישירות לסילוק תושביו לא צלחו (ראו סעיפים 41-43 לעיל).

147. בנסיבות אלה, עולה חשש ממשי כי בבסיס ההחלטה על הקמת הגדר לא עמדו שיקולים ביטחוניים כשרים כי אם שיקולים זרים.

### ג. הליך פגום

148. ראינו, כי החלטתו הסופית של המשיב על הקמתה של הגדר הפנימית, ובנייתה מבטון, התקבלה עוד בטרם ניתנה הזדמנות למי מהנפגעים הפוטנציאליים להשמיע את דבריו. דרך התנהלות זו של המשיב מהווה הפרה של אחת החובות הבסיסיות ביותר המוטלות על רשות מנהלית:

”... לפי הכלל הנקוט במשפט המקובל זה מאות בשנים, לא יורשה גוף אדמיניסטרטיבי – ואפילו אדמיניסטרטיבי טהור (לא מעין-שיפוטי) – לפגוע באזרח פגיע גוף, רכוש, מקצוע, מעמד וכיוצא בזה, **אלא אם-כן ניתנה לנפגע הזדמנות הוגנת להשמעת הגנתו בפני הפגיעה העתידה**”  
(הדגשה לא במקור – ל.י.)

בג”ץ 3/58 ברגמן נ’ שר הפנים, פ”ד יב(2) 1493, 1508. ראו גם ר’ הר-זהב, המשפט המינהלי הישראלי (“שנהב” הוצאה לאור, 1996), עמ’ 263 ואילך).

החובה היא, חובה למתן זכות טיעון **לפני קבלת ההחלטה, ולפני הפגיעה**, ולא לאחר מכן (בג”ץ 549/75 חברת סרטי נח בע”מ נ’ המועצה לביקורת סרטי קולנוע, פ”ד ל(1) 767, 757).

חובה זו הוכרה אף לגבי פעולותיו של המפקד הצבאי בשטחי ס (בג”ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח נ’ אלוף פיקוד המרכז, פ”ד מג(2) 529).

149. כפי שנמסר על ידי רס”ן טולדנו בשיחה טלפונית עם הח”מ בי וס 2.2.2006, האישור להתחיל בביצוע העבודות ניתן מספר חודשים לפני המועד להגשת ההתנגדויות, וכפי הנראה עוד בטרם בכלל פורסמו צווי התפיסה. התנהלות זו מלמדת מעצמה, כי החלטתו הסופית של המשיב התקבלה זמן רב **בטרם** ניתנה הזדמנות למי מהנפגעים להביא טענותיו בפניו על מנת לשכנעו לסגת או לשנות מהחלטתו.

150. התחלת ביצוע העבודות בשטח – שכוללות עבודות עפר והכנת קרקע נרחבות, והצבתן בשטח של גדרות הבטון – עוד בטרם הגיע המועד להגשת התנגדויות, מוסיפה ומלמדת, כי לא ניתן לראות בהליך ההתנגדות כ”הזדמנות נאותה להשמעת טענות”. שכן נובע ממנה שלא הייתה כל כוונה ולא הייתה כל אפשרות ממשית, כי יהיה בהליך זה כדי להביא לשינוי בהחלטתו של המשיב, הליך שאכן התברר למעשה כהליך ריק מתוכן.

151. חובה בסיסית נוספת שהופרה על ידי המשיב, הינה חובתו לשקול את כל השיקולים הרלבנטיים, ובכללם נתונים עובדתיים רלבנטיים (בג"ץ 256/88 מדאינוסט נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פ"ד מד(1) 19, 47-50; בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשל ישראל, פ"ד מז(5) 404, 420; ר' הר-זהב, עמ' 440). כתוצאה מכך, שהחלטה הסופית התקבלה עוד בטרם ניתנה הזדמנות לתושבי האזור הנפגעים להשמיע טענותיהם בפניו מלמדת מעצמה, כי לא נשקלו כל השיקולים הרלבנטיים. בין היתר, וכעולה מהנתונים העובדתיים עליהם מסתמך המשיב, לא נשקלה על ידו כלל העובדה, כי אין באפשרותם של תושבי האזור לנוע לאורך הכבישים 317 ו-60 והכביש העולה לטנא. מדובר בהנחת עבודה בסיסית עליה הסתמך המשיב (לפחות לפי הצהרתו), בדבר שמירת אפשרות הגישה של התושבים לאזור וממנו.

152. כמו כן, בטרם ההחלטה על הקמת הגדר לא נערך כל מיפוי של צרכי האוכלוסייה המקומית. למרות פניית העותרים לקבלת מידע באשר למיפוי שנערך, אם נערך, לצורך בדיקת יכולת הגישה של כל התושבים לכל האדמות, ולכל נקודות היישוב, לא נמסר כל מידע בעניין זה (ראו פניית העותרים מיום 23.1.2006, נספח ע/14).

#### ד. פגיעה אסורה ובלתי מידתית בזכויות יסוד

153. הקמתה של הגדר הפנימית תביא לפגיעה קשה, ועשויה לעלות לפגיעה אנושה ואדירת מימדים בזכויות יסוד של אזרחים מוגנים ובמרקם חייהם. היא פוגעת בזכות הקניין, בחופש התנועה, בזכות לפרנסה, לחינוך, לבריאות, לחיי משפחה ולכבוד. הפגיעה הצפויה מהגדר עשויה להיות כה חמורה, עד שיש בה כדי להציב איום ממשי על יכולתה של האוכלוסייה להמשיך ולהתקיים באזור זה.

154. אומנם, לא רק הגדר המתוכננת פוגעת בזכויותיה ובאורחות חיה של האוכלוסייה המקומית. כפי שפירטנו בחלק העובדתי, המשיב פוגע בתושבי האזור ומשבש את אורחות חייהם כבר שנים ארוכות: מגרשם מכפריהם ומאדמותיהם, הורס את בתיהם, מונע פיתוח הנדרש לצורך קיום תנאי חיים מינימליים, מטיל מגבלות תנועה קשות, מפקיע את אדמותיהם ומקים עליהן התנחלויות של אזרחי מדינתו, ובנוסף לכל אף איננו מגן עליהם מפני התקפותיהם של אלה האחרונים.

155. ואולם, פרויקט הקמתה של הגדר הפנימית – יצירתו של מכשול העומק, אשר עתיד לנתקם מיתר הגדה המערבית – צפוי לקבע ולהחריף עד מאוד את הפגיעות מהן הם סובלים, ועלול להמיט עליהם כליאה וכליה.

#### **פגיעה אסורה ובלתי חוקית ברכוש הפרט**

156. הקמת הגדר תביא לפגיעה בקניין הפרט בתנאים שאינם מותרים על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי.
157. לצורך הקמת הגדר מבקש המשיב לתפוס מאות דונמים של קרקע פרטית. לפי הצווים שפרסם המשיב, עומד הוא לתפוס כ-230 דונמים של קרקע פרטית לצורך זה. עד כה, טרם בוצעו סימונים בשטח של הקרקעות שעומדות להיתפס ועל כן, אין באפשרותם של בעלי האדמות לאמוד את היקף הנזק שעתיד להיגרם להם.
158. כמו כן, מבקש המשיב לעשות שימוש בקרקעות, שלפי טענתו הופקעו בעבר. כאמור, עד כה לא נמסרו לעותרים העתקים של צווי ההפקעה. ואולם אף אם אכן מדובר באדמות שהופקעו בעבר, הרי שמדובר בצווי הפקעה שהוצאו בעבר (לא ידוע מתי) לצורך אחר לחלוטין מאשר בניית גדר. לפיכך, אין המשיב רשאי לעשות שימוש בקרקע זו לשימוש אחר, שונה מזה לשמו הופקעה הקרקע בעבר, אלא לאחר נקיטה בכל הצעדים המשפטיים הדרושים. ואולם, המשיב לא עשה כן.
159. לא זו אף זו, המשפט הבינלאומי ההומניטרי (תקנה 46 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית (להלן: תקנות האג)), קובע איסור מוחלט על החרמתו של רכוש הפרט. משמעות הדבר היא, כי אין בסמכותו של המפקד הצבאי להפקיע רכוש לצמיתות לצרכיו. והנה, בפעולותיו להקמת הגדר הנבנית, לפי הטענה, בשל צרכי ביטחון של המפקד הצבאי, עושה המשיב שימוש בקרקע שהופקעה. **פעולה זו עומדת לפיכך בסתירה לאיסור המוחלט שבמשפט הבינלאומי, וחורגת מסמכותו של המפקד הצבאי.**
160. ואולם, גם פעולת המשיב לתפיסת מקרקעין פרטיים לצורך הקמת הגדר מהווה פעולה בחריגה מסמכות. תקנה 52 לתקנות האג קובעת חריג לאיסור המוחלט בדבר החרמת רכוש פרטי. חריג זה מתיר לכוח הכובש לתפוס באופן זמני רכוש פרטי לצרכים צבאיים. בהיות סמכות זו בגדר חריג לאיסור, מוטל הנטל על המשיב להוכיח ולשכנע כי פעולותיו נופלות בדל"ת אמותיו של החריג. ראו:

A. Imseis, *Critical Reflections on the International Humanitarian law Aspects of the ICJ Wall Advisory Opinion*, 99 AJIL, 102, 111

161. תנאי אין בלתו לסמכותו של המפקד הצבאי לתפיסתה של קרקע פרטית הוא, כי הדבר נדרש בשל צורך צבאי (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 832, להלן: בג"צ בית סוריק; בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם), סעיף 16, להלן: בג"צ אלפי מנשה). ודוקו, אין די בטענה, כי תפיסת הקרקע משרתת את שמירת הסדר והביטחון או תורמת להם. על מנת להצדיק שימוש ופגיעה ברכוש הפרט, שומה על המפקד הצבאי להוכיח כי התפיסה היא הכרחית, קרי, כי אין בלתה.

162. לעניין דרישת ההכרחיות, שמשמעותה, כי מדובר באמצעי היחיד האפשרי לצורך השגתה של התכלית הביטחונית הלגיטימית, השוו:

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9<sup>th</sup> July 2004, Articles 137, 140; Separate opinion of Judge Higgins, Article 35.

163. כפי שראינו, עד כה לא הובאו על ידי המשיב נתונים המבססים קיומו של צורך צבאי או ביטחוני אמיתי. כן ראינו, כי תפיסת הקרקע הנדרשת לצורך הקמת החומה איננה בגדר אמצעי הכרחי להשגת המטרה – שכן, למשיב עומדת חלופה שיש בה כדי להשיג את המטרה הביטחונית עליה הוא מצהיר (התקנת מעקה בטיחות), אף ללא פגיעה בקרקעות הפרטיות.

164. בנסיבות אלה, מדובר בפגיעה ברכוש פרטי האסורה על פי הוראותיו של המשפט הבינלאומי ההומניטרי.

#### חריגה מסמכות – שינויים דמוגרפיים ושינויים ארוכי טווח

165. פרויקט הקמת גדר באורך של 41 ק"מ תביא לבידודו של אזור עצום בהיקפו, ולניתוקו מסביבותיו ומיתר חלקי הגדה המערבית. לא ניתן להגזים בהשלכות שיהיו לפרוייקט אדיר מימדים זה על תמונת המציאות באזור זה. ואכן, הקמת הגדר צפויה להביא לשינוי רדיקלי במציאות החיים במובלעת, וביכולת הנגישות והתנועה של תושביה. דפוסי התנהלות ואורחות חיים, המקובלים כיום על ידי האוכלוסייה המקומית, שוב לא יהיו אפשריים לאחר הקמתה של הגדר. מדובר אם כן בגרימתם של שינויים רחבי היקף וארוכי טווח באורחות החיים של האוכלוסייה, בניגוד בוטה לחובתו של המפקד הצבאי לשמור על הסדר הציבורי ואורח החיים של האוכלוסייה המקומית (סעיף 43 לתקנות האג).

166. לא זו אף זו, כפי שהראינו לעיל, המצב אליו תקלע אוכלוסיית האזור, וקשיי הגישה שיהיו מנת חלקה, עלולים אף להביא לנטישה גוברת והולכת של תושביו הפלסטיניים של האזור שייכלא במובלעת. הנסיבות שיווצרו עם הקמת הגדר יוצרות אם כן סיכון ממשי לשינויים נוספים של ההרכב הדמוגרפי של השטח. בכך מהווה פעולתו של המשיב להקמת הגדר, פעולה פסולה המנוגדת אף לסעיף 49(6) לאמנת ג'נבה (ראו סעיפים 120, 133 ו-134 לחוות דעתו של בית הדין הבינלאומי בהאג).

167. לא למותר להזכיר, כי קהילות המתגוררות באזור המובלעת מקיימות אורח חיים ייחודי, אשר שרידים לה נותרו אך במקומות ספורים על פני כדור הארץ (ראו סעיף 93 לעיל); חבוק, עמ' 19). איום על המשך יכולתן של קהילות אלה להתקיים במקום בו הן מתגוררות היום, ולשמר את אורח חייהן זה, עלול להביא אם כן אף להכחדה של מורשת תרבותית ייחודית זו.

#### פגיעה בלתי מוצדקת ובלתי מידתית בזכויות יסוד מוגנות

168. הקמת הגדר הפנימית על קרקעות פרטיות, גדר החוצצת ומפרידה בין אזור המובלעת על תושביו למרכזים העירוניים בהם הם תלויים, ובין תושבים לאדמותיהם, מהווה פגיעה פסולה בזכויות אדם של תושבים מוגנים.

169. על חובתו של המפקד הצבאי לכבד ולשמור על מיגוון זכויות האדם של תושבי השטח הכבוש אין חולק (ראו בג"צ אלפי מנשה, פסקה 24; בג"צ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443, 461).

170. חובה זו מעוגנת במשפט הבינלאומי ההומניטרי, כפי שבא לידי ביטוי, בין היתר בתקנות האג ובאמנת ג'נבה הרביעית (ראו תקנות 43, 46 לתקנות האג, וסעיף 27 לאמנת ג'נבה); במשפט זכויות האדם הבינלאומי, ובכללו האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות, האמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, והאמנה לזכויות הילד (ראו חוות דעתו של בית הדין הבינלאומי בהאג, סעיפים 102 עד 113; באשר לעמדתו של בית משפט נכבד זה, ראו בג"צ אלפי מנשה, פסקה 27); כן היא מעוגנת במשפט המנהלי והחוקתי הישראלי, לרבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

171. חובות אלה מטילות על המפקד הצבאי חובה כפולה:

"חובתו של המפקד הצבאי על פי הכלל הבסיסי היא כפולה: ראשית, עליו להימנע מפעולות אשר פוגעות בתושבים המקומיים. זוהי חובתו ה'שלילית'; שנית, עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא ייפגעו. זו חובתו ה'חיובית' (בג"צ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 394).

172. ראינו, כי הקמת הגדר פוגעת בזכויות האדם של תושבי שטח כבוש, "מוגנים" על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי (סעיף 4 לאמנת ג'נבה). בנוסף לפגיעה בזכות הקניין, פוגעת הגדר בזכותם של תושבי הכפרים לחופש תנועה, בזכותם לפרנסה, לבריאות ולחינוך. היא אף פוגעת באורחות חייהם ובכבודם (סעיף 43 לתקנות האג, סעיף 27 לאמנת ג'נבה, סעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).

173. תנאי לחוקיותה של פגיעה בזכויות האוכלוסייה המקומית היא, כי הפגיעה הינה מיידית (בג"צ בית סוריק, עמ' 836; בג"צ אלפי מנשה, פסקה 30).

174. על מנת להעריך נכונה את היקף הפגיעות שייגרמו לעותרים ומידת חומרתן, אין להסתמך אך על הצהרות המשיב ואופן הצגת הדברים על ידו, אלא יש ליתן את הדעת למכלול העובדות, ולתוצאות המסתברות מפעולותיו של המשיב, כפי שנפרשו בין היתר על ידי העותרים לעיל.

175. הצורך בבחינת המעשים ותוצאותיהם בשטח נדרש אף על פי עמדתו של המשפט הבינלאומי:



“As in international law in general, and the law of war in particular, what matters is not the appearance, but the reality of a situation”.

G. Schwarzenberger, International Law (London, 1968) p. 284

בחינה זו כוללת שלושה נדבכים: האחד, התמקדות בעובדות להבדיל מאיך שהדברים מוצגים; השני, בחינת המהות תחת צורת הדברים; השלישי, בחינת התוצאה תחת בחינת הכוונה (Schwarzenberger, שם, בעמ' 365).

176. החלטתו של המשיב נשוא עתירה זו, איננה חוקית שכן היא אינה עומדת באף לא אחד ממבחני המידתיות:

1. קיומו של קשר רציונאלי בין האמצעי שננקט לבין המטרה אותה מבקשים להשיג.
2. החובה לנקוט באמצעי שפגיעתו הינה הקטנה ביותר. קרי, האמצעי שנבחר ייחשב כחוקי, אם ורק אם אין אמצעי אחר שפגיעותו פחותה ויש בו כדי להשיג את המטרה.
3. תנאי המידתיות במובן הצר, שהפגיעה הנגרמת פרופורציונאלית לתועלת הצומחת ממנה.

#### מבחן המידתיות הראשון

177. הקמת הגדר מבטון בצידי הכביש איננה עומדת בכל קשר הגיוני עם המטרה לה טוען המשיב – מתן הגנה לתנועת מתנחלים באזור דרום הר-חברון. כפי שראינו לעיל, לא מתקיים צורך ביטחוני ממשי בגינו מוקמת הגדר האמורה.
178. כמו כן, כפי שגם נראה בחוות דעתם של המומחים הביטחוניים, רב הנזק הביטחוני שגדר זו תגרום לו על התועלת המזערית שעשויה היא להניב.
179. משמעות הדבר היא – כי בחינה רציונאלית של ההיבטים הביטחוניים בלבד מלמדת, כי אין בהקמת הגדר האמורה כדי להשיג את המטרה שהיא מתיימרת להשיג.

#### תנאי המידתיות השני

180. ככל שהמשיב סבור, כי צורך ביטחוני הכרחי מחייב הקמת גדר שתמנע התפרצות רכב מחבלים לציר, הרי שכפי שראינו, עומדות לו חלופות אחרות להשגת מטרה מוגבלת זו, שעל פי הנטען, לשמה מוקמת הגדר הפנימית.
181. אותה מטרה בדיוק ניתן להשיג באמצעותה של גדר בטיחות מברזל, אשר כבר כיום קיימת לאורך קטעים של תוואי הגדר המתוכנן. בה בעת, שאף גדר בטיחות מברזל מונעת כניסת

מכוניות לציר, היא פוגעת פחות באורחות חייה של האוכלוסייה המקומית, בין היתר, עקב כך שהיא איננה מצריכה פגיעה ותפיסה של קרקע פרטית, ועקב כך שהיא פוגעת פחות בחופש התנועה. כך, בין היתר, משום שעדרי צאן מסוגלים לעבור מתחת לפס המתכת של גדר הבטיחות מברזל, בה בעת שאינם מסוגלים לעבור גדר בטון בגובה 82 ס"מ. כמו כן, מאחר שגדר המתכת נמוכה יותר היא עשויה לאפשר אף מעברם של אנשים המתקשים בתנועה. כמו כן, גדר מתכת מאפשרת ביתר קלות יצירתם של פתחים למעבר הולכי-רגל ולמעבר חיות.

**182. למעשה, המשיב כלל איננו מכחיש כי גדר בטיחות מברזל יכולה להשיג את אותה התועלת**

**הביטחוני** (ראו סעיף 5 למכתב רס"ן טולדנו מי וס 31.1.2006 נספח ע/4, וסעיף 13 למכתב רס"ן טולדנו מיום 16.2.2006, נספח ע/5). כל שהוא טוען בהקשר זה הוא, שהחליט שלא לבחור באפשרות זו, בשל חשש מפני "גניבת מתכות". לטענה זו נשיב בשניים: ראשית, מדובר בטיעון שאין בו כל ממש. בכל רחבי הגדה המערבית, ולרבות באזורים סמוכים לתוואי הגדר קיימים מעקות מסוג זה. רק בימים אלה מותקן מעקה מסוג זה באזור צומת בית חגי". לא בכדי, כנראה, המשיב סרב למסור נתונים המתייחסים ומבססים טענה זו. שנית, והוא העיקר - אף אם היה ממש בטיעון זה, הרי שאין בו כדי להצדיק את הפגיעה הנוספת בזכויות אדם הנגרמת בשל ההחלטה על הקמת הגדר מבטון דווקא. זאת, ראשית, משום שבאפשרות המשיב לעקוב ולהשלים קטעים שיוסרו, ואין בעלות הכלכלית שעשויה להיגרם עקב גניבה כדי להצדיק פגיעה בזכויות אדם (ראו בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 281; בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 110; בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349, 376). ושנית, משום שבמסגרת פעולותיו לאבטח את ציר התנועה הנדון יכול הוא לפקח ולמנוע גניבות אלה.

183. כאמור, גדר הבטון המתוכננת הנה אמצעי שלא ננקט לצורך הגנתם של יתר צירי התנועה בגדה המערבית. כך הוא הדבר למשל, בדרכים המשתרעות מירושלים ודרומה. משמעות הדבר היא, כי באזורים אחרים נמצאו למשיב אמצעים אחרים על מנת להגן על תנועתם של המתנחלים בתוככי הגדה המערבית. פתרונות אלה, ככל שהם יפים לאזורים אחרים, אמורים הם להיות יפים אף לאזור זה, במיוחד כאשר מדובר באזור שהינו שקט יחסית לאזורים אחרים בגדה.

184. ויודגש, גם הקמתו של מעקה בטיחות מברזל פוגע בעותרים ובחופש התנועה של תושבי האזור. לפיכך, יש מקום לנקוט גם באמצעי זה אך ורק אם אכן יוכח כי הדבר נדרש בשל צורך ביטחוני אמיתי וממשי.

תנאי המידתיות השלישי

185. הפגיעות שעתידות להיגרם לאוכלוסייה המקומית בעקבות הקמת הגדר הפנימית אינן נופלות בחומרתן מהפגיעות הקשות שתוארו על ידי בית משפט נכבד זה הן בבג"צ בית סוריק, והן בבג"צ אלפי מנשה. בראשון – עקב הפגיעה הקשה והבלתי מידתית ביכולתם של חקלאים להגיע לאדמותיהם שייכלאו במובלעת. בשני – עקב טבעת החנק שנוצרה סביב קהילות קטנות תוך ניתוקן ממרכזי השירותים עליהם הן נסמכו לקיומן. ענייננו, בהחלטה של המשיב להקמת גדר שתביא לפגיעות דומות משני הסוגים האמורים.

186. בה בעת, שבעתירות אלה נדונה החלטת ממשלת ישראל על הקמתה של גדר הפרדה, ואשר האינטרס הביטחוני שעמד ביסוד ההחלטה על הקמתה של גדר זו (להבדיל משאלת קיומו של צורך ביטחוני בתוואי הגדר שנבחר) היה ברור, בענייננו נדונה החלטתו של המשיב להקים גדר שכלל לא ברורה תועלתה ונחיצותה הביטחונית. אף אם הייתה קיימת תועלת ביטחונית כלשהי בהקמת הגדר, אשר לא ניתן להשיגה בדרך אחרת, הרי שמדובר בתועלת מזערית.

187. חומרת הפגיעות מחד גיסא, אל מול התועלת הביטחונית המזערית מאידך גיסא, מביאות למסקנה אחת – היעדרו של כל יחס מידתי בין הפגיעה בזכויות אדם לבין התועלת הביטחונית שמבקש המשיב להשיג.

אשר על כן, בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על-תנאי וצו ביניים כמבוקש בראשית העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים לעשות את הצו להחלטי.

היום, 23 בפברואר, 2006

---

לימור יהודה, עו"ד

ב"כ העותרים