

**העותרות:**

1. מועצת הכפר ראס עטיה
2. מועצת הכפר מסחה
3. האגודה לזכויות האזרח בישראל  
כולן ע"י ב"כ עוה"ד סמדר בן-נתן  
מטעם האגודה לזכויות האזרח בישראל  
רח' הסוללים 3, תל אביב 67897  
טל: 03-5619666, פקס: 03-5618818

- נ ג ד -

**המשיבים:**

1. ראש הממשלה  
רחוב קפלן 2, ירושלים
2. שר הביטחון  
רח' קפלן 37,  
תל-אביב 61909
3. אלוף פיקוד המרכז - מפקד כוחות צה"ל באזור יו"ש

לשכת אלוף  
פיקוד מרכז 64, ד"צ  
02367, צה"ל

באמצעות ב"כ  
עו"ד מפרקליטות  
המדינה,

משרד

## עתירה למתן צו על תנאי

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

א. מדוע לא יפורק הקטע של גדר ההפרדה באיזור הכפר ראס-עטיה, במקטע שבין ראס-עטיה וחבלה בצפון ועד לאורנית בדרום;

ב. מדוע לא יפורק הקטע של גדר ההפרדה באיזור הכפר מסחה, במקטע שבין אורנית בצפון וכביש מס' 5 בדרום.

מקטעי הגדר הרלוונטיים לשני הכפרים מתחברים האחד לשני באיזור ההתנחלות אורנית, והמקטע כולו מסומן במפה המצ"ב כנספת א' בקו שחור עבה.

ג. מדוע לא יבוטל ו/או ישונה תוואי גדר ההפרדה באזור ראס-עטיה ומסחה (להלן: "הכפרים") באופן אשר לא יעבור על אדמות הכפרים, לא יחצוץ בין תושבי הכפרים לבין אדמותיהם החקלאיות, ולא יפריד בין הכפרים למרכזים העירוניים המספקים להם שירותים חיוניים.

## בקשה לקיום דיון דחוף

1. עתירה זו עוסקת בחייהם של למעלה כ- 3,600 תושבים חיים בשני כפרים מדרום מזרח לקלקיליה, אשר גדר ההפרדה שנבנתה באזורם סגרה עליהם מכל עבר, יצרה ניתוק של התושבים מאדמותיהם החקלאיות ומשירותים הדרושים לקיום חיים תקינים כגון בריאות וחינוך, והמיטה על תושבים אלו חורבן כלכלי וחברתי.

2. כמפורט בעתירה להלן, תוואי גדר ההפרדה באיזור שני הכפרים נקבע על פי שטחי השיפוט ותכנון ההתרחבות העתידיות של ההתנחלויות הסמוכות אליהם.

3. מכיוון שמצבם של תושבי הכפרים הולך ומדרדר ככל שחולף הזמן וככל שהניתוק מאדמותיהם, ממקורות פרנסתם ומהמרכזים העירוניים, מעמיק, חשוב שעתירה זו תובא לדיון בהקדם האפשרי.
4. בדומה לעניינם של כפרי מובלעת אלפי מנשה אשר נדון בבג"צ 7957/04 מראעבה ואח' נ' ראש הממשלה (טרם פורסם) (להלן: פרשת מראעבה) ופסק הדין בו ניתן ביום 15.9.05, ועתירות נוספות שטרם הוכרעו, עתירה זו עוסקת באזור שבו בניית הגדר הושלמה ועל-כן השלכות הקמתה בקטע זה אינן יותר בגדר הערכה או נבואה אלא עובדות קיימות ומציאות יומיומית כמפורט בגוף העתירה.
5. כמו כן מתייחסת העתירה לאזורים שבהם **עומדים להתבצע שינויים** בתוואי הגדר. הדברים אמורים בתוואי הגדר באזור הכפר **ראס-עטיה**, המצוי בסמיכות למובלעת אלפי מנשה, אשר אמור להשתנות בעקבות פסה"ד בפרשת מראעבה; וכן בתוואי הגדר באזור הכפר **עזון עתמה**, אשר על פי המפות שפורסמו על ידי המשיבים צפוי להשתנות באופן שיקיף ויכלא את הכפר מכל עבריו. מאחר והגישה למרבית אדמותיו המעובדות של הכפר **מסחה** מתאפשרת כיום רק דרך השער העובר לעזון עתמה ואשר דרכו עוברים התושבים לאדמות, הרי שסגירתו של עזון עתמה מכל עבריו תחסום כל אפשרות גישה של תושבי מסחה לאדמותיהם.
6. שינוי חלק מתוואי הגדר נשוא העתירה מהווה ביצוע של החלטת בית המשפט הנכבד בבג"צ 7957/05, על פיה הפגיעה אשר גרמה הגדר במרקם החיים של האוכלוסייה האזרחית בכפרים הנמצאים בתוך מובלעת אלפי מנשה, הינה בלתי מידתית. עם זאת, ההזזה המתוכננת של תוואי הגדר תותיר בעינה את הפגיעות הקשות בזכויותיהם הבסיסיות של תושבי הכפר ראס-עטיה המצוי בסמוך למובלעת, ובכלל זה חופש התנועה, גישה לאדמות חקלאיות, הנאה מזכויות הקניין, הזכות להתפרנס בכבוד וכבוד האדם.
7. באם אכן תתבצע הזזת התוואי כמתחייב מהחלטת בית המשפט הנכבד, אזי מן הראוי שאותה פעולה תרפא את מכלול הפרת הזכויות של תושבי האיזור, ולא תותיר את תושבי ראס-עטיה מחוץ למעגל בעלי הזכויות. תכנון תוואי הגדר בכלל, ושינויו בפרט, הינם צעדים מרחיקי לכת ובעלי השלכות רבות, ועל-כן עליהם לקחת בחשבון את מכלול האזרחים אשר זכויותיהם מושפעות מהם.
8. מאחר ואין ידוע לעותרים מתי מתוכננת העבודות לשינוי התוואי, והן טרם החלו, לא מבוקש בשלב זה צו ביניים המונע תחילת העבודות. בהמשך למגעים קודמים שהתנהלו

בין העותרים למשיבים בעניין זה, העותרים סמוכים ובטוחים כי המשיבים יידעו אותם די זמן לפני תחילת העבודות, באופן שיאפשר פניה לבית המשפט אם יהיה בכך צורך.

9. כך הוא גם לגבי התוואי המתוכנן באיזור מסחה ועזון עתמה, אשר מתוכנן באופן שיבודד את הכפר מסחה מכל אדמותיו.

10. על כן מן הראוי הוא שיתקיים דיון דחוף בעתירה, כמו גם לאור הפרות זכויות האדם הנמשכות והפגיעה במרקם החיים מדי יום ביומו כתוצאה מתוואי הגדר הנוכחית, של התושבים הנתונים למשטר ההיתרים ולמגבלות קשות על חופש תנועתם הנובעות מכך, ההולכות ומחמירות כל העת.

11. מכל הטעמים הללו, מתבקש בית המשפט להורות לקבוע את התיק לדיון בדחיפות.

**תוכן העניינים**

5	<b>חלק ראשון: מבוא</b>
6	העותרות והמשיבים
7	<b>חלק שני: רקע עובדתי – גדר ההפרדה</b>
	א. משטר ההיתרים
	ב. הכפר ראס-עטיה 9
	ג. הכפר מסחה 13
	19

23	ד. הליכים מקדמיים
25	<b>חלק שלישי: הטיעון המשפטי</b>
26	א. הפגיעה הבלתי מידתית בזכויות תושבי הכפרים
31	ב. בחינת מבחני המידתיות
33	ג. קיומם של שיקולים זרים
35	ד. העדר צידוק בטחוני כדין ופעולה בניגוד לדין הבינלאומי
35	פגיעה אסורה בקניין פרטי
38	העדר צורך צבאי
39	סיפוח דה-פקטו ושינוי קבע
	ה. תוואי הגדר ומשטר ההיתרים הנגזר ממנו מקיים את יסודות משטר האפרטהייד
43	ומנוגד לדין הבינלאומי המינהגי

- תצהירים

- מפתח נספחים

### **חלק ראשון: מבוא**

1. עתירה זו עוסקת בחייהם של כ- 3,600 אזרחים פלסטיניים החיים בשני כפרים דרומית ומזרחית לעיר קלקיליה, ראס-עטיה ומסחה, אשר מצאו עצמם מול גדר רעה המייבשת את כל תחומי הווייתם, המפרידה אותם מהאדמות החקלאיות הנותנות להם פרנסה, החוצצת בינם לבין היישובים הפלסטיניים המעניקים להם שירותי חינוך, בריאות ותרבות, הקורעת בין בני משפחה והיוצרת בידוד חברתי בלתי נסבל, וכל זאת בכדי להותיר את ההתנחלויות הסמוכות להם: אלפי מנשה, אלקנה, עץ אפריים, ושערי תקוה, על שטחיהן המוניציפליים הלא-בנויים, ממערב לגדר. הכפרים מסומנים במפה המצורפת **כנספח א'**.

2. חייהם של מאות בני אדם הפכו בשל הקמת הגדר לחיי אומללות הנידונים לגסיסה כלכלית, חברתית ותרבותית. רוב מכריע של תושבי הכפרים הפלסטיניים באזור איבדו את מקורות פרנסתם בשנתיים החולפות בשל הקמת הגדר.
3. על תושבי הכפרים העותרים, שאדמותיהם המעובדות מצויות באזור שבין הגדר לקו הירוק המכונה "מרחב התפר", החיל המפקד הצבאי, כמו על כל התושבים הפלסטיניים באזור זה, במקביל לרעת הגדר, גם את משטר ההיתרים. משטר זה יוצר מערך של חיים-על-תנאי, מעמיד את תושבי המקום במעמד נחות של מי שנדרשים להשיג היתר על-מנת להגיע לאדמתם ולעבדה, ומטיל עליהם מגבלות קשות בגישה אל האדמה ובהוצאת פרנסתם ממנה.
4. הזכות לפרנסה, חירות התנועה, הזכות לחיי משפחה, הזכות להשתתף בחיי התרבות והחברה, הזכות לבריאות ולחינוך, הזכות לשוויון, הזכות לכבוד אנושי, כל אלו נפגעו אנושות כתוצאה מן הגדר הבנויה בתוואי הנוכחי.
5. בעתירה זו מבקשים העותרים מבית המשפט להורות למשיבים להרוס את הגדר שכבר נבנתה. בדומה לעתירה בפרשת מראעבה, בעניין מובלעת אלפי מנשה, ולעתירות נוספות, מציגה עתירה זו בפני בית המשפט פגיעה קיימת, נתונים שהם תוצר של נסיון בפועל של למעלה משנתיים של חיים בצל הגדר, תחת הגבלות ההולכות ומחמירות כל העת.
6. נאמר כבר עתה כי עמדת העותרים היא ברורה וחד משמעית: גדר דוגמת זו שנבנתה סביבם ניתן לבנות אך ורק בתוואי הקו הירוק, ואם שיקולי בטחון מחייבים הגנה על התנחלות זו או אחרת, אזי ניתן למצוא לדבר פתרון על דרך של הקמת גדר ומכשול סביב ההתנחלות ובצמוד לשטחה הבנוי, ולא סביב כפרי העותרים. זאת, באופן שנעשה כבר לגבי התנחלויות אחרות, המצויות מזרחית לגדר. תוואי גדר שהינו מידתי ומתאים למטרתו, יגן על מי שזקוקים להגנה, ולא יכלא אלפי בני אדם שלא חטאו ולא פשעו במכלאות, בגדרות ובהיתרים.
7. הגדר בתוואי שהוקם מעידה על חריגה של המפקד הצבאי באיזור מסמכותו, על בגידתו בחובותיו על פי המשפט הבינלאומי, ועל שקילת שיקולים זרים, באשר **תוואי הגדר תוכנן על מנת לאפשר התפתחות עתידית של יישובים ישראלים והתיישבות נוספת של אזרחים ישראלים בתוך השטח הכבוש, ולא על מנת להגן על שלומם של**

**תושבי ישראל, התושבים הפלסטיניים המוגנים באיזור, או מתנחלים החיים כיום  
בשטחים הכבושים.**

8. לפיכך, דינה של הגדר באיזור זה, אם תתקבלנה טענות העותרים, להיות מפורקת, ובאם יחפצו המשיבים, להיבנות מחדש בצמוד לקו גבול איו"ש ("הקו הירוק"). במידה ששיקולי בטחון תושבי ההתנחלויות מחייבים זאת, הרי שניתן לתכנן את התוואי באופן שיפגע באופן מינימלי בתושבי הכפרים באזור, בניגוד לפגיעה הבלתי מידתית הנגרמת כעת. חלופה כזאת תקיף את ההתנחלויות באיזור בצמוד לשטח הבנוי ותותר להן חיבור תחבורתי לשטח מדינת ישראל, ולעומת זאת תשאיר את מרחב החיים הקהילתי והחקלאי של ישובי האיזור הפלסטינים, ככל האפשר, בשלמותו.

**העותרות והמשיבים**

9. העותרות 1 ו-2 הן המועצות המקומיות של הכפרים ראס-עטיה ומסחה. העותרות מגישות עתירה זו בשם כלל תושבי הכפרים. הכפרים **ראס-עטיה ומסחה** שוכנים באזור קלקיליה בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית של צה"ל. מצפון-מזרח לכפר ראס-עטיה שוכנת ההתנחלות אלפי מנשה. בין שני הכפרים שוכנות ההתנחלויות אורנית ושערי תקווה. מצפון וממערב לכפר מסחה שוכנות ההתנחלויות עץ-אפרים ואלקנה.

10. העותרת 3 הנה עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בישראל ובשטחים הנתונים לשליטתה.

11. המשיבים 1 ו-2 הם ראש ממשלת ישראל ושר הבטחון, אשר ביוני 2002 הוסמכו על-ידי ממשלת ישראל לקבוע את התוואי המדויק של הגדר, בין בעצמם ובין בקבינט הביטחוני.

12. המשיב מספר 3 הנו המפקד הצבאי בגדה המערבית, האחראי הן על הביטחון והן על מרקם החיים האזרחיים בשטחים הכבושים. משיב זה גם אחראי להוצאת ההכרזה על מרחב התפר כשטח צבאי סגור ועל הוצאת הצווים שמכוחה של ההכרזה ואשר מחייבים פלסטינים בלבד לבקש ולקבל היתר אם ברצונם להיכנס למרחב זה או לשהות בו.



## חלק שני: רקע עובדתי – גדר ההפרדה

13. ביום 23.6.2002 החליטה הממשלה על הקמת גדר ההפרדה, תוך שהיא מסמיכה את המשיבי ס 1 ו-2 להחליט על מיקומו המדויק של התוואי. בי 14.8.2002 אישר הקבינט הבטחוני את התוואי הסופי לשלב א' שכלל 96 ק"מ בין סאלם ואלקנה ועוד 20 ק"מ במסגרת עוטף ירושלים. בתחילת דצמבר 2002 אישר הקבינט את תוואי שלב ב' אשר השתרע מסאלם מזרחה לאורך הקו הירוק ואז דרומה באל-מוטילה ועד תיאסיר. בחודש יולי 2003 הסתיימו ברוב האזורים העבודות להקמת המכשול בשלב א' שלו למעט בניית המכשולים המשניים, לרבות העבודות להקמת הגדר באיזור הכפרים העותרים.

14. "גדר ההפרדה" עצמה, באיזור הרלוונטי לעתירה זו, הנה מערכת של גדרות אלקטרוניות המוקפות דרכי פטרול וטשטוש ואמצעי תצפית והתראה. מכשול קו התפר תואר ע"י בית משפט זה בפסק דינו בבג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל (פ"ד נח(5) 807):

**"מכשול קו התפר בנוי ממספר מרכיבים. במרכזו עומדת גדר "חכמה". תפקידה להתריע לכוחות הפרוסים לאורכה על כל נסיון לעבור אותה. מצידה החיצוני של הגדר עובר מכשול נגד רכב, המורכב מתעלה או מאמצעי אחר, שיעודו למנוע פריצת הגדר באמצעות ניגוח של כלי רכב. כן מצויה גדר מעכבת נוספת. בסמוך לגדר נסלל כביש שירות. מצידה הפנימי של הגדר האלקטרונית קיימות מספר דרכים: דרך טשטוש (שנועדה לגלות את העקבות של מי שחצה את הגדר), דרך פטרולים ודרך לרכב משוריין, וכן גדר נוספת. רוחבו הממוצע של המכשול, בצורתו האופטימלית, הוא 50-70 מטרים. בשל אילוצים שונים, בחלקים מסוימים של המכשול, יוקם מכשול צר יותר, הכולל רק חלק מן המרכיבים התומכים בגדר האלקטרונית. במקרים מסוימים יכול המכשול להגיע לרוחב של עד 100 מטר בשל התנאים הטופוגרפיים."**

15. מטרתה המוצהרת של גדר ההפרדה הייתה ונותרה להגביל מעבר של מפגעים מהשטחים אל שטח מדינת ישראל, על מנת להגן על חייהם של תושבי המדינה. על פי מטרה זו הייתה אמורה לכאורה הגדר לעבור בין שטחה הריבוני של מדינת ישראל לבין השטחים הכבושים. אלא שהמציאות הגיאוגרפית באיזור מורכבת יותר מכך, ובשל מפעל ההתנחלויות רחב ההיקף אשר מנהלות ממשלות ישראל במשך שנות הכיבוש, פזורה אוכלוסיה ישראלית ביישובים בגדלים שונים בכל רחבי השטחים הכבושים.

16. על כן תחת להפריד בין שטח פלסטיני לשטח ישראלי, נע תוואי הגדר לכיוון מזרח על מנת לכלול בתוכו חלק גדול ככל האפשר מההתנחלויות, תוך שהוא מעמיק את הפלישה אל תוך השטחים המצויים בתפיסה לוחמתית. תחת לעבור על הקו הירוק (גבול הפסקת האש משנת 1967) או בסמוך אליו, נכנסת הגדר אל תוככי השטחים ומתפתלת בתוכם כך שהיא מותירה את ככל האפשר את הישובים היהודיים והשטח הסמוך אליהם ממערב לגדר, ואת מירב הישובים הפלסטיניים ממזרח לגדר, תוך ניתוקם מן האדמות הסובבות אותם. כך, כתוצאה מהתוואי המתפתל על מנת להפריד בין אוכלוסיות ולא בין שטחים, תוך העדפה מוחלטת של צרכי האוכלוסיה היהודית, חוצה הגדר קהילות, מנתקת כפרים מאדמותיהם החקלאיות, מנתקת כפרים ממרכזי השירות המוניציפלי וכולאת בתוך לולאותיה וביניה לבין שטח ישראל מובלעות פלסטיניות, שבהן מתגוררת אוכלוסייה אזרחית, המונה עשרות אלפי נפשות, ושהפגיעה במרקם חייה כתוצאה מהגדר היא בלתי נסבלת.

לשם הצגת תוואי הגדר באיזור העתירה, מצורפת מפת הגדר שנבנתה במחוז קלקיליה/סלפית, שפורסמה מטעם OCHA, סוכנות האו"ם לעניינים הומניטריים, המציגה בצורה מוגדלת את מחוז קלקיליה, על המכשולים והמחסומים הממוקמים בו, וכן את גדר ההפרדה בקטעיה הבנויים, והמתוכננים, מסומנת **נספח א'**.

17. באזור הכפרים, כפי שמודגם היטב במפה **נספח א'**, התוואי יורד דרומה לאורך הקו הירוק ממערב לקלקיליה ואז מזדקר מזרחה בלשון גדולה שנועדה להותיר את ההתנחלות אלפי מנשה על שטחיה המוניציפליים ברצף טריטוריאלי עם ישראל ("מובלעת אלפי מנשה"). בהמשך מקיף התוואי את היישובים הפלסטיניים חבלה, ראס-עטיה ועזבת ג'לעוד בכדי להותירם ממזרח לגדר (להלן: "מובלעת ראס-עטיה"). משם עוברת הגדר ממערב לכפר עזבת סלמאן, מתרחקת בדרום הכפר מהקו הירוק וחודרת לשטחי הגדה בכדי להשאיר את ההתנחלויות אורנית, שערי תקווה, עץ אפרים ואלקנה בצד המערבי, בעוד שהיישובים הפלסטיניים הסמוכים בית אמין, סניריא ומסחה נותרים בצד המזרחי. הכפר עזון-עתמה הממוקם ממערב להתנחלות שערי תקווה נקלע לאזור מרחב התפר. הקטע הבנוי של הגדר באזור זה מגיע עד לדרום-מערב הכפר מסחה כאשר הוא סובב ומקיף אותו משלושת עבריו, ומתחבר באיזור כביש מס' 5 לגדר העוברת ממערב לכפר א-זאוויה.

18. בהפרידה בין התנחלויות לבין כפרים ועיירות פלסטיניים, מותירה הגדר מרחב ניכר מסביב להתנחלויות, אשר נותרו ברצף טריטוריאלי אחד עם שטח מדינת ישראל הריבונית, ככל שתנאי השטח מאפשרים, ואילו סביב ליישובים הפלסטיניים, נצמדת הגדר אל השטח הבנוי והמיושב של הכפרים. זאת, כאשר קיומם של היישובים הפלסטיניים מבוסס על חקלאות באדמות המקיפות אותם, ואילו פרנסת ההתנחלויות אינה מבוססת על חקלאות כי אם על תעסוקה עירונית. התוצאה המיידית של תוואי זה הנה חציצה בין הכפרים לבין האדמות החקלאיות המעובדות על ידי תושביהם והמשמשות להם מקור פרנסה עיקרי, וחנק של היישובים הפלסטיניים מבחינת אפשרות התפתחות והתרחבות השטח הבנוי ומתן מענה להתפתחותם הטבעית ולגידול באוכלוסייתם.

19. הגדר מותירה מרחב בלתי בנוי מסביב התנחלויות לא רק, כפי שנימקו זאת המשיבים בהזדמנויות אחרות, משיקולי בטחון, אלא מטעמים "אזרחיים", שמטרתם להבטיח את המשך התרחבותן של ההתנחלויות, ואף את הנוף הנשקף לעיני תושביהן. כך מקפיד מסלול התוואי לכלול את **מלוא השטחים המוניציפאליים של ההתנחלויות** בצמוד אליהן וללא חציצת הגדר, ואף במידת האפשר ללא מראה הגדר, באופן המצמצם עוד יותר את מרחב המחיה של הכפרים הפלסטיניים. כך עולה לדוגמא מהדו"ח המסכם לשנת 2003 של ועד ההתנחלות שערי תקווה: "בפברואר 2003 עם תחילת העבודות לביצוע הגדר בצד הצפוני-מזרחי של היישוב, התברר שהגדר נמצאת בקשר עין עם בתי היישוב ברחובות נגבה, דפנה הררית, ברקת ואזור ינאי, עובדה שהייתה פוגעת באיכות ושיגרת החיים ביישוב. ועד היישוב גבש דרישה להזזתה במאות מטרים לכיוון צפון-מזרח באותם קטעים שבהם היה ניתן לעשות זאת. כתוצאה מכך הופסקו העבודות ותוכנן התוואי החדש כשהתאם לעמדת היישוב."

פורסם באתר [http://shaarey-tikva.mini.il/2003\\_Summary.htm](http://shaarey-tikva.mini.il/2003_Summary.htm)

20. אם כן, בעוד שהתוואי מתחשב בצורכיהם ודרישותיהם של תושבי ההתנחלויות באופן מוחלט כמעט, הוא מתעלם כליל מהצרכים של היישובים הפלסטיניים. כך בתוך אותו שטח ממש חיות שתי אוכלוסיות הנתונות למשטר תנועה שונה בתכלית השינוי, האחת ממשיכה את חייה באופן בלתי מופרע כמעט, והשניה נחנקת בטבעות החנק שכפו עליה המשיבים.

**א. משטר ההיתרים**

21. 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". מרחב התפר הוא כאמור המרחב שבין גדר ההפרדה לקו הירוק, באותם קטעים בהם ממשיך להתקיים רצף ללא גדר, חומה או מכשול בין מקומות יישוב פלסטיניים או אדמות חקלאיות פלסטיניות, ובין שטח מדינת ישראל הריבונית. אדמותיהם החקלאיות של הכפרים העותרים מצויות ב"מרחב התפר": אדמות ראס-עטיה מצויות בתוך מובלעת אלפי מנשה וכן מדרום לכפר בחלק שמעבר לגדר, לכיוון היישובים הישראליים מתן ונירית. מרבית אדמות מסחה מצויות ממערב לכפר מעבר לגדר ההפרדה.

22. על פי ההכרזה "מרחב התפר" הינו שטח צבאי סגור, ושהייתו של כל אדם בו הינה אסורה, ללא אישור מאת המפקד הצבאי. ההכרזה קובעת כי לא תחול על "ישראלי". "ישראלי" מוגדר כמי שהנו אזרח ישראל, תושב ישראל, ואף על מי שהוא בעל אשרת שהיה בתוקף בישראל, כלומר - תיירים.

23. ההכרזה אוסרת כאמור על כל מי שאינו "ישראלי" להימצא במרחב התפר ללא היתר שהייה, ומחייבת את התושבים הפלסטינים הזקוקים לשהות במרחב התפר להגיש בקשה להיתר שהייה. היתרים מונפקים, לכאורה לתושב המרחב, לעובדים במרחב, למורה / חקלאי / עובד רפואה / עובד ארגון בינלאומי וכד'. הפלסטינים בעלי אשרות שהייה וההיתרים השונים מורשים להיכנס ולצאת את מרחב התפר אך ורק דרך השערים המוגדרים בהכרזה וביתר שבידם.

24. הכפרים העותרים נתונים למשטר ההיתרים החל על "מרחב התפר", דהיינו האיזור שבין הגדר לבין הקו הירוק, מאחר ואדמותיהם נכללות בו, בעוד השטח הבנוי של הכפרים הוקף בגדר. על כן המעבר בגדר והכניסה לאדמות החקלאיות של הכפרים מותנית בקבלת היתרים מתאימים הניתנים ע"י המינהל האזרחי. לצורך הגשת בקשה להיתר חייב המבקש להתייצב בעצמו בלשכת המינהל בקדומים או במפקדת התיאום והקישור (D.C.O.) בקלקיליה, דרך של כשעה מהכפר מסחה.

25. לצורך קבלת האישור נדרשת הוכחת בעלות על הקרקע, ורק מי שהרישום הינו על שמו, או על שם אביו, זכאי לקבל היתר. מאחר שבמשך כל שנות הכיבוש לא מנהלת ישראל בשטחים מרשם מקרקעין תקין, ומרבית הקרקעות אינן מוסדרות, במקרים רבים

הרישום בספרי המיסים אינו על שם הבעלים בפועל (אלא על שם המוריש או המוכר), ובפועל קיימים בעלים רבים אחרים, כגון בניו של בעל הקרקע שהלך לעולמו, על משפחותיהם. לפיכך, בחלק מן המקרים ניתן היתר אחד בלבד לכמה משפחות המחזיקות באדמות, אשר לגביהן קיים רק רישום אחד בטאבו. כך יכול רק בן משפחה אחד להגיע לאדמות המקיפות לעיתים שטחים נרחבים. בעוד שבעבר ניתנו היתרים גם לבני המשפחה המורחבת יותר אם הוכחה הבעלות על הקרקע, כיום ניתנים ההיתרים רק לבנו של בעל הקרקע ולא לאף אחד מבני המשפחה האחרים.

26. לגבי חלק מהתושבים הסירוב נשען לכאורה על נימוקים ביטחוניים, כאשר פרטיהם של נימוקים אלו אינם נמסרים למבקשים. ככל הידוע לעותרים, גם מאסר שרוצה לפני שנים ארוכות, בן משפחה המרצה מאסר, עבירת תעבורה או שהיה בלתי חוקית, חשדות ערטילאיים, ואף מניעים זרים, מספיקים על מנת שהבקשה להיתר תידחה בנימוק הבלתי מפורט של "טעמים בטחוניים".

27. כ-50% מהתושבים הבוגרים של הכפרים העותרים הינם מסורבי גישה לאדמותיהם באמצעות משטר ההיתרים. מועצת הכפר ראס עטיה, העותרת מס' 1, אספה את שמותיהם של 57 תושבים אשר ביקשו היתרים לצרכי עיבוד חקלאי ונדחו. מועצת הכפר מסחה, העותרת מס' 2, אספה את שמותיהם של 157 מתושבי הכפר, שהינם מסורבי היתרים. הרשימות אינן ממצות את כל מסורבי ההיתרים בכפרים. רשימת המסורבים מראס-עטיה מצורפת ומסומנת נספח ב'. רשימת המסורבים ממסחה מצורפת ומסומנת נספח ג'.

28. במהלך התקופה מאז בניית הגדר, החמיר המצב בכל הנוגע להיתרים. בעבר נהגו המשיבים להנפיק היתר שתוקפו היה חודש או חודשיים ימים, והיה על המבקש לחדשו מדי חודש-חודשיים, דבר שהיה כרוך בטרחה רבה. על מנת לשפר את המצב, לכאורה, החלו המשיבים להנפיק היתרים לתקופה של שנתיים. אלא שבכך נפלו העותרים מן הפח אל הפחת – החיילים במחסומים נוהגים להחרים היתרים שבידי העוברים במחסום. מי שהיתר שנשא החרם, והוא מגיע למשרדי המת"ק על מנת לקבל היתר חדש, נאמר לו שקיבל כבר היתר לשנתיים, ועליו לחכות עד תום תקופת השנתיים על מנת לקבל היתר חדש. כלומר – בתוך תקופת השנתיים לא מונפק היתר חדש, ואפילו התושבים להם הונפקו היתרים, נותרים לעיתים ללא היתר לתקופות ארוכות ביותר.

29. על פי אחד מכללי ההיתרים, ילדים בגיל 12-16 אינן יכולים לעבור בשערים בעצמם, ללא ליווי אביהם. ילדים בגיל לזה פעמים רבות נצרכים ללכת בעצמם למקומות שונים,

עובדים באדמת המשפחה וכד', ומשטר זה כופה על אביהם ללוותם, או שהוא כופה עליהם ריתוק לכפרם.

30. מעברם של התושבים הפלסטיניים במערך המחסומים והשערים הינו קשה ואיטי ולפעמים אינו מתאפשר, בעוד הישראלים עוברים באותם מחסומים ושערים ללא כל קושי או עיכוב. זאת, אף לטענת המשיבים עצמם, ר' בג"צ 3680/05 ועד הישוב טנא נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם) :

**"המשיבים טוענים כי העתקת הגדר צפונה תחייב את הפלסטינים החיים במרחב התפר לעבור דרך מחסומים, ועמדת המשיבים היא שמעברם של ישראלים במחסום הוא קל ופשוט יחסית למעברם של פלסטינים, המחייב בידוק קפדני וארוך יותר. לבסוף, העתקת תוואי הגדר תחייב קביעת "משטר היתרים" בשטח שבין הגדר לבין קו תחום איו"ש. (ההדגשה שלנו) "**

31. גם אם המטרה המוצהרת הינה לכאורה הגנה על ההתנחלויות מפני איומי פיגועים וחדירה לתחומיהן, הרי התוצאות מרחיקות לכת הרבה יותר מכך. בשל מיקומו של תוואי הגדר, הרי שהבדיקה הקפדנית אינה נערכת בכניסה להתנחלות או למדינת ישראל, אלא בין החקלאי הפלסטיני לבין אדמותיו או הכפר השכן. מסביב לכפרים הפלסטיניים לא נשמר מרחב להתפתחות טבעית של הכפר. התושבים הפלסטיניים מוקפים בגדר מכל עבריהם. מאחר והופרדו על ידי הגדר מאדמותיהם, הם נאלצים לעבור ללא הרף בשערי הגדר, חייהם נתונים באורח בלתי פוסק למגבלות תנועה, ואף המעבר בין הכפרים לבין עצמם הופך להיות קשה עד בלתי אפשרי, ונתון כל העת לעיכובים והגבלות שאינן מאפשרות ניהול חיים תקינים. מאידך, תושבי ההתנחלויות הסמוכות, אף הם תושבים של אותו שטח עצמו, משוחררים ממגבלות אלו. הגדר אינה מקיפה אותם, אינה חוסמת את חייהם, תנועתם בשטח בין ההתנחלויות לבין עצמן ולתוך שטח ישראל הנה חופשית ובלתי מופרעת כמעט.

32. באופן זה משמשת גדר ההפרדה **כגדר אפרטהייד**, ביוצרה הפרדה בין שתי קבוצות אוכלוסייה על בסיס מוצא אתני. "אפרטהייד" הנה המלה בשפת אפריקנס המקבילה ל"הפרדה" ושימשה לתיאור המשטר ששרר בדרום אפריקה אשר השליט שתי מערכות חוקים שונות על האוכלוסייה הלבנה והאוכלוסייה השחורה, תוך הגבלת האוכלוסייה השחורה לאזורי מחיה מצומצמים והטלת מגבלות נוספות עליהם. מונח זה השתרש כמגדיר משטרי הפליה קיצוניים בין אוכלוסיות אתניות שונות באותה יחידה מדינית. מהמונח אפרטהייד משתמעת הפרדה טוטלית בין הגזעים מבחינה כלכלית וחברתית ובמקרים הקיצוניים אף הפרדה טריטוריאלית.

33. הקהילה הבינלאומית גינתה משטר זה ונקטה בצעדים למניעת הישנותו, בקבלה את האמנה למניעת פשע האפרטהייד וענישה בגינו משנת 1973 (International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid), ובהטילה חרם כלכלי בינלאומי נרחב על דרום אפריקה אשר יישמה משטר מעין זה. האמנה אינה אלא עיגון של כללים עתיקי יומין במשפט הבינלאומי ההסכמי כמו גם המנהגי, האוסרים הפליה שיטתית על בסיס גזעי, כפי שאסרה זאת לפני האמנה לביטול כל הצורות של הפליה גזעית (CERD), עליה חתמה מדינת ישראל. האמנה למניעת פשע האפרטהייד וענישה בגינו, המתייחסת אל האפרטהייד כאל איסור קיים במשפט הבינלאומי, כמו גם החרם הכלכלי הנרחב שהוטל בעת משטר האפרטהייד על דרום אפריקה, מורים מעל לכל ספק כי הכלל האוסר על משטר הפרדה גזעית, מקובל על מרבית מדינות העולם, ולפיכך מדובר בכלל של משפט בינלאומי מינהגי.

34. גם אם זו לא הייתה כוונתם הראשית של מתכנני הגדר, באופן מוצהר או מודע, הרי שכתוצאה מן הזלזול וההתעלמות המוחלטת מצרכי האוכלוסייה הפלסטינית, ומנגד ההיענות המוחלטת לצרכי התושבים היהודיים, אזרחי המדינה הכובשת, הקמת הגדר בתוואי שנבחר לה יצרה מצב המקיים את יסודות משטר האפרטהייד כפי שהוגדר בדין הבינלאומי.

## **ב. הכפר ראס-עטיה**

35. הכפר ראס-עטיה שוכן כ-3 ק"מ דרומית לקלקיליה. בכפר מתגוררים כ-1600 תושבים. הכפר כלוא במובלעת ביחד עם העיירה חבלה.

36. מלכתחילה נבנתה גדר ההפרדה באיזור חבלה - ראס עטיה על מנת להותיר את ההתנחלות אלפי מנשה ברצף טריטוריאלי אחד עם ישראל. על כן נבנתה מובלעת מסביב ליישוב אלפי מנשה, על השטח המוניציפלי המיועד להרחבתו, המחוברת לשטח ישראל באמצעות כביש 55 שנשאר כביש הגישה אל המובלעת כולה, ומקיפה גם חמישה כפרים קטנים השוכנים בסמיכות לאלפי מנשה. כך נוצרו אף שתי מובלעות נוספות: מובלעת קלקיליה מצפון לכביש 55, הכוללת את העיר קלקיליה המוקפת מכל כיווניה, ומובלעת חבלה-ראס עטיה מדרום לכביש 55, המקיפה שני יישובים אלו מכל עבריהם, ומאפשרת יציאה צרה בלבד מכיוון דרום.

37. הגדר מקיפה את הכפר ראס-עטיה מכל עבריו למעט זה הפונה לדרום מזרח לכיוון הכפרים עזבת-גילעוד ועזבת-סלמאן. מנהרה תת קרקעית, מאפשרת מעבר מחבלה לעיר קלקיליה. המרחק בין הגדר לבתי הכפר נע בין 100 מטרים בדרום ועד ל-700 מטרים במערב. בצד מזרח, הגדר נצמדת לכפר במרחק של מטרים ספורים בלבד, כאשר המרחק בין הגדר לבין בית הספר הוא 5-10 מטרים בלבד.

38. מתוך 3000 דונם של אדמות חקלאיות השייכות לתושבי הכפר הופקעו כ-400 דונם לצורך הקמת הגדר. עצי הזית והדגנים שגודלו באדמות אלו נעקרו ובכך נגרם לבעליהם נזק בלתי הפיך. בשלב מאוחר יותר כ- 400 דונם נוספים נתפסו ונהרסו כתוצאה מבניית המינהרה בין ראס-עטיה לחבלה. כך כמעט שליש מאדמות הכפר החקלאיות נתפסו לצורך הקמת הגדר והמנגנונים המקיפים אותה.

39. כ-1300 דונם אדמות חקלאיות מעובדות נותרו מעבר לגדר. ממזרח לכפר נכללו עיקר אדמות הכפר במובלעת אלפי מנשה, בסמוך לכפר ראס א-טירה. באדמות אלו מצויים בעיקר מטעי זית וגם דגנים וגידולים עונתיים. כ-200 דונם הכוללים בעיקר עצי הדר, ירקות, דגנים ומעט עצי זית נותרו בין הגדר והקו הירוק ממערב לכפר, כאשר מתוכם כ- 40 דונם שייכים לתושבי ראס עטיה, והיתרה לתושבי חבלה וכפר תולת.

40. לאחר האינתיפאדה השניה ומניעת הכניסה הגורפת לישראל שבאה בעקבותיה, פרנסתם של כ-75% מתושבי הכפר מתבססת על חקלאות, כ-20% עובדים כפקידים במוסדות הרשות הפלסטינית או בעבודות אחרות בגדה, וכ-5% מחזיקים באישורי עבודה בישראל, והם עובדים בישראל.

41. כפי שפורט לעיל, הגישה לאדמות המצויות מעבר לגדר ההפרדה מותנית בקבלת היתר כניסה הניתן ע"י המינהל האזרחי, בתנאי של הוכחת בעלות על הקרקע. מספר רב של תושבי הכפר מסורבים היתרים "מסיבות ביטחוניות". אחרים אינם יכולים לקבל היתר מעבר לקרקע שנהגו לעבד בשל בעיות בהוכחת קשר הבעלות לקרקע.

42. הגישה לאדמות המעובדות מעבר לגדר, בין ברגל ובין ברכב חקלאי, אמורה להתאפשר דרך שני שערים. שער אחד המצוי מדרום מערב לכפר מוביל לאדמות במרחב התפר מדרום למובלעת חבלה (להלן: "השער הדרומי"). השער הדרומי נפתח פעמיים ביום לכרבע שעה בלבד. שעות הפתיחה (נכון לזמן כתיבת שורות אלה) הן בין 7:00 ל-8:00



בבוקר, ובין 17:30 - 18:30 בערב. ברוב הימים פתיחת השער מתבצעת באיחור רב, כרוכה בהמתנה ארוכה, וככלל כפופה לשיקול דעתם של החיילים הממונים על כך. תושבים מהכפר מדווחים על מספר רב מאד של התנכלויות והשפלות מצד החיילים בשער, כדבר שבשגרה. השער השני ממוקם בצד המזרחי של הכפר (להלן: "השער המזרחי"). **השער המזרחי** מיועד לאפשר גישה לאדמות הכפר במובלעת אלפי מנשה. רק בעקבות הגשת העתירה בפרשת מראעבה, הוארכו שעות הפתיחה של שער זה והוא פתוח כיום ברציפות מן השעה 6:00 בבוקר עד השעה 17:00.

43. הדרכים החקלאיות שהיו קיימות מקדמת דנא ואיפשרו להגיע אל האדמות המעובדות ברכב חקלאי, נחסמו כתוצאה מהקמת הגדר, ועל כן אין לתושבים אפשרות להגיע אל האדמות עם כלי רכב הנחוצים לצורך העיבוד החקלאי והובלת היבול, כגון טרקטורים או עגלות.

44. גדר ההפרדה ניתקה את תושבי הכפר ממקורות פרנסתם, אלו החקלאיים ואלו שאינם חקלאיים: רבים מפקידי הרשות ומהתושבים העובדים בכפרים ובערים אחרות, דוגמת מורים, מתקשים להגיע לעבודתם בערים אחרות, כגון שכס וטול-כרם. אלו שמתמידים בכך למרות הקשיים, שוהים שעות ארוכות בדרכים. המנהרה המובילה מראס-עטיה לקלקיליה (דרך חבלה), ואשר דרכה עוברים כל העובדים בחבלה ובקלקיליה, נסגרת לעיתים, כך שלא מתאפשר מעבר. בעבר הייתה המנהרה סגורה למשך חודש שלם.

45. הקמת הגדר השפיעה באופן דרמטי על כל מישורי החיים של תושבי הכפר, אשר מצאו עצמם לכודים בגדר מכל העברים עם פתחים צרים בלבד למעבר, העשויים להיסגר במלואם או בחלקם באופן שרירותי, ולהותירם כלואים בכפרם. הקמת הגדרות יצרה מציאות בלתי נסבלת לפיה רוב השירותים אינם ניתנים או נפגעים באורח אנוש. **בתחום הטיפול הרפואי**, מערך המחסומים והשערים הפך את הנסיעה לשכם – שם מצוי בית החולים הממשלתי (ועל-כן הזול) הקרוב ביותר – מנסיעה של כחצי שעה, לנסיעה של שעתיים לפחות, ועד 4-5 שעות בממוצע. כאשר המנהרה בין ראס-עטיה וחבלה לקלקיליה סגורה, אמבולנסים אינם יכולים להגיע אל הכפר, והרופא המגיע מקלקיליה לעבוד במרפאת הכפר אף הוא אינו יכול להיכנס.

46. אירוע שהתרחש בראס-עטיה מדגים את המציאות שיצרה הגדר לתושבי הכפר: *בחודש אפריל 2004 חלה מוחמד האשם מראעבה, ילד בן שמונה. הוריו פנו לשער חבלה וביקשו מהחיילים להעבירו לקלקיליה דרך שער זה. החיילים סירבו לבקשת ההורים ולא פתחו את השער למרות ההסברים הנואשים של הורי הילד על דחיפות וחומרת*

המחלה. בסופו של דבר נאלצו ההורים לקחת את בנם מוחמד לקלקיליה מהדרך היחידה שנשארה להם שהיא במרחק של כ-35 ק"מ (שעה נסיעה לערך). כתוצאה מהעיקוף הילד נפטר לפני הגעתו לבית החולים. אירוע זה אירע אמנם לפני פתיחת המנהרה בין חבלה לקלקיליה, ואולם הוא עשוי לחזור על עצמו בכל עת שהמנהרה סגורה.

47. **חולים כרוניים** הנזקקים להגיע אל בתי החולים באופן שגרתי נתקלים בקשיים ניכרים בהגעה לבתי החולים. אין כל דרך לדעת האם ההגעה אל בית החולים תתאפשר או לא, כתוצאה מסגירת המינהרה או ממדיניות של אי התרת מעבר במחסומים. **באשר לילודות** – כתוצאה ממשטר הגדר, בשל החשש מאי היכולת להגיע את בית החולים עם תחילת תהליך הלידה, נוהגות נשים בהריון לעבור לקראת מועד הלידה ללון אצל משפחות קרובים בערים הגדולות. תופעה זו כרוכה, מעבר לאי נוחות גדולה לילודות עצמן, גם בהשארת ילדים נוספים של אותה אשה ללא אימם לתקופות ארוכות, ובהטלת נטל כבד על המשפחה המורחבת. כמו כן אותה יולדת לא תזכה לסיוע ונוכחות של בעלה לקראת הלידה ובמהלכה, אלא תהיה מופרדת ממנו.

48. **שירותי חינוך** ניתנים לילדי ראס-עטיה בבית הספר בכפר. אולם, כ-40% מהמורים מגיעים מדי יום מהעיר קלקיליה. מאז הקמת הגדר מתקשים מורים אלו להגיע לבית הספר, מאחרים איחור רב או נמנע מהם להגיע כלל. הדבר פוגע קשות בתפקוד בית הספר, ברמת החינוך ובחיי ילדי הכפר והוריהם. בית הספר סמוך מאוד לשער המזרחי לכיוון מובלעת אלפי מנשה. בשל הסמיכות נגרמות הפרעות רבות ללימודים. החיילים מפעילים לעיתים סירנות ומדברים ברמקולים רעשניים, לעיתים בקללות. טענות של החיילים על השלכת אבן לעברם, גוררות כניסת החיילים לתוך בית הספר כשהם חמושים בנשק. מעבר התלמידים מהכפרים האחרים לבית הספר כרוך בבדיקה במחסום. בדרך כלל נערכת הבדיקה כאשר חייל עולה על אוטובוס התלמידים. **בחודש פברואר 2006, ביום גשום במיוחד, בחרו החיילים להוריד את כל הילדים מן האוטובוס ולערוך חיפוש בתיקיהם כאשר הם עומדים בגשם.** האם יכולים ילדים העוברים חוויה כזו, הנשארים בבגדים רטובים וקרים למשך כל יום הלימודים, ללמוד ולחיות כראוי?

49. כך גם סטודנטים באוניברסיטאות, לעולם לא יוכלו להיות בטוחים שיגיעו ללימודיהם. על כן סטודנטים רבים עוברים להתגורר בערים הגדולות על מנת להבטיח את רצף לימודיהם. הדבר מטיל מעמסה כלכלית קשה על הסטודנטים והמשפחות, שנאלצים לממן שכר דירה, בעוד שבעבר יכלו הסטודנטים להתגורר בביתם ולהגיע ללימודים בנסיעה קצרה. מובן שהדבר גורם לעידוד הגירה מן הכפרים ומעבר של מגורים אל

הערים. התופעה של הגירה מן הכפרים, בין קבועה ובין זמנית, לערים הקרובות, קיימת אם כן בקרב קבוצות האוכלוסיה הנדרשות תדיר להגעה לערים, ועשויה להתפשט עוד יותר בגדול יאושם של התושבים מתלאות הגדר, ולהקיף דווקא אוכלוסיות "חזקות", אשר להן עיסוקים עירוניים ואמצעים כלכליים למעבר לערים. בכך גורמת הגדר ל"ייבוש" הכפרים אשר נכלאו בפיתוליה ולטרנספר איטי ושקט של תושבים.

50. רבים מתושבי ראס-עטיה ותושבי הכפרים הסמוכים ראס א-טירה ומע'ארת א-דבעה משתייכים לאותן משפחות. כפרים אלו מצויים כיום במובלעת אלפי מנשה ותושביהם נתונים למשטר ההיתרים כמתואר בחלק הכללי. על מנת לבקשם נדרשים תושבי ראס-עטיה להצטייד בהיתרים מיוחדים שברוב המקרים לא ניתנים כלל. הגדר מונעת אם כן מתושבי הכפר לקיים אירועים משפחתיים משותפים כגון ביקורים, חתונות או הלוויות, ובכך גורמת לניתוק כמעט מוחלט ביחסים המשפחתיים עם הכפרים הסמוכים.

51. הסיבה האמיתית לקביעתו של תוואי הגדר במקום שנקבע הינה שטחי השיפוט ותכניות ההרחבה של ההתנחלות אלפי מנשה. מפת השטח המוניציפלי ותכניות ההרחבה של אלפי מנשה, אשר הוכנה ע"י הארגונים "בצלם" ו"במקום", מציגה באופן ברור את הקשר בין תכנון התוואי לבין שאיפות ההתרחבות של אלפי מנשה, מצורפת ומסומנת נספח ד'.

52. על פי המפה, וכן על פי הדו"ח שנכתב על ידי שני הארגונים אודות הקשר בין תכניות להרחבת ההתנחלויות לגדר ההפרדה, "**במסווה של בטחון – הרחבת ההתנחלויות בחסות מכשול ההפרדה**", תוואי הגדר נקבע על מנת לאפשר המשך התפתחותן של ההתנחלויות ללא מפרע. הדבר בולט במיוחד באיזור ראס-עטיה, כאשר כל השטח כולו, בין תוואי הגדר מצד דרום מזרח לבין הקו הירוק והישוב נירית, הינו שטח מוניציפלי של אלפי מנשה בו מצויות תכניות מתאר להרחבתה, בין מאושרות ובין שאינן מאושרות. **הטעם להתרחקות הגדר במקום זה מהקו הירוק אינו אם כן הותרת "מרחב מרדף", שכן המשיבים מתכננים לבטל בעצמם את מרחב המרדף ולהרחיב את הישובים הישראליים שבמקום עד לקו הגדר, אלא הותרת המרחב להתפתחות התנחלות ישראלית נוספת בשטח זה.**

הקטע הרלוונטי מתוך הדו"ח, העוסק באלפי מנשה, מצורף ומסומן נספח

ה'

הדו"ח כולו מצוי באתר האינטרנט [www.btselem.org](http://www.btselem.org)

53. בין הישוב נירית לבין ראס עטיה נמצאת בשלבי פיתוח שכונה עתידית בשם "נוף השרון". למרות שהשכונה צמודה לבתי הישוב נירית עד שהיא עתידה להוות חלק ממנו ואף לקבל ממנו שירותים מוניציפליים, הרי רשמית זוהי שכונה של אלפי מנשה. ה"שכונה" מרוחקת מאלפי מנשה מרחק של 3.5 ק"מ, ועל מנת לעבור בינה ובין אלפי מנשה יש לחצות את גדר ההפרדה פעמיים. **מובן אם כן כי מטרת השכונה אינה לענות על צרכי התרחבות טבעיים של אלפי מנשה, שכן היא אינה מהווה המשך טבעי שלה, אלא לתפוס חזקה קבועה בשטח זה, להצמיד ולספח אותו בעתיד לתחומי מדינת ישראל הריבונית.** יצוין כי תושבי נירית עצמה התנגדו להקמת השכונה בסמוך ליישובם ועתרו בעניין זה לבג"צ (בג"צ 10042/04 ישוב קהילתי נירית ואח' נ' שר הבטחון ואח' (טרם פורסם, תק-על 2005(1) 2112), ועתירתם נדחתה בשל שיהוי.

54. בניית השכונה, הנמצאת בצעדיה הראשונים, לאחר שאושרה בכל מוסדות התכנון ועתידה להפוך לעובדה בזמן הקרוב, מפריכה כל טענה אפשרית בדבר "מרחב מרדף", שכן המשיבים בעצמם הם המצמצמים את מרחב המרדף האפשרי באמצעות בניה המתקרבת עוד ועוד ליישובים הפלסטיניים. כך גם ממזרח לראס עטיה קיימים שטחים מוניציפליים ותכנית מתאר לא מאושרת מס' 115/9, אשר על פיה נקבע תוואי הגדר העובר בצמוד לבתי הכפר (ר' במפה **נספח ד'**). הגדר התרחקה מאלפי מנשה עד לראס עטיה ממש על מנת לכלול גם שטח זה ברצף עם אלפי מנשה, וגם כאן נקבע תוואי הגדר שלא משיקולי בטחון.

55. בעניין הכפרים שנכללו במובלעת אלפי מנשה, דנה העתירה בבג"צ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל** (טרם פורסם). לאחר הגשת העתירה הוצהר ע"י המשיבים על שיפורים שונים בתנאי החיים של התושבים באיזור, ביניהם בניית המנהרה המחברת בין קלקיליה לחבלה, ופתיחת שער ראס-א-טירה, המחבר בין המובלעת באיזור הכפר ראס-א-טירה לבין מובלעת חבלה-ראס עטיה, בסמוך לכפר ראס-עטיה, ושינויים אלו אכן בוצעו.

56. **בעקבות מתן פסה"ד בבג"צ מראעבה, חויבו המשיבים לשנות את תוואי גדר ההפרדה באיזור אלפי מנשה כך שהמובלעת לא תכלול בתוכה את הכפרים הסמוכים להתנחלות.** מאחר והתוואי באיזור זה עובר בסמוך לכפר ראס עטיה, ביקשה מועצת הכפר באמצעות ב"כ הח"מ לקבל מידע על התכניות לשינוי התוואי ולהביע עמדה בעניין.

57. ביום 22.11.05 נמסרו לח"מ ע"י מנהל מינהלת הגדר מר דני תירזה וסרן רובי ציגלר ממשרד יועמ"ש איו"ש, שתי חלופות לתיקון התוואי. חלופה א' כוללת בתוכה חלופת משנה אופציונלית כמופיע במפה המצ"ב.

מאחר ואין בידי העותרים את מפות החלופות באופן הניתן לצירוף לעתירה, יבקשו העותרים להסתמך על מפות המצויות בידי המשיבים.

58. על פי חלופה א', תוזה הגדר הסוגרת היום על ראס-עטיה ממזרח, לעבר צפון מזרח, כך שתהיה צמודה יותר לאלפי מנשה, ותותיר מחוץ אליה את הכפרים ראס-א-טירה ומע'ארת-א-דבעה. על פי חלופת המשנה, תתבצע הזזה נוספת של הגדר מצפון מזרח לחבלה, כך שגם הכפרים רמאדין ואבו-פרדה יוותרו מחוץ לגדר וברצף אחד עם חבלה. המשמעות הינה למעשה הגדלת המובלעת ראס-עטיה-חבלה כך שתכלול את כפרי מובלעת אלפי מנשה, והרחבת פתח המובלעת לכיוון דרום-מזרח.

59. על פי חלופה ב', יסלל כביש גישה חדש לאלפי מנשה מכיוון דרום-מערב, והכפרים חבלה וראס עטיה יחוברו למעשה אל העיר קלקיליה שתיכלל איתם במובלעת אחת גדולה, שלה פתח לכיוון מזרח, מצפון לאלפי מנשה. על פי חלופה זו תישאר ראס-עטיה מופרדת מראס-א-טירה וממע'ארת-א-דבעה, מאחר שהכביש המחבר לאלפי מנשה וסביבו גדר, יעבור ביניהן. כפי שיפורט להלן בראש הפרק "הליכים מקדמיים", אף אחת מחלופות אלה אינה פותרת את מצוקת הכפר.

### **ב. הכפר מסחה**

60. הכפר מסחה שוכן באזור סלפית, ממזרח להתנחלות אלקנה ומדרום לעץ-אפריים, ובסמוך לכביש מס' 5 (חוצה שומרון). הכפר ממוקם בקטע הגדר הדרומי ביותר שבנייתו הושלמה בשנת 2003, ואשר לאחרונה חובר מכיוון דרום עם הגדר אשר הוקמה באיזור הכפר א-זאויה מעברו השני של כביש מס' 5. בכפר מתגוררים כ-2000 תושבים ובבעלותם כ-8,800 דונם אדמות חקלאיות.

61. כלכלת הכפר מתבססת בעיקר על חקלאות. זאת ביתר שאת מאז פרוץ האינתיפאדה השנייה. לפני כן התנהל מסחר ער מאוד בכפר, ושגשג בו שוק רהיטים וסחורות גדול אליו הגיעו קונים ישראלים רבים. באותה תקופה רבים מתושבי הכפר מסחה עבדו

בתחומי ישראל. ואולם, משלא ניתנים היתרי כניסה ועבודה, ומשפסקה תנועת ישראלים ופלסטינים כאחד בשל סגירת השטחים והמחסומים הרבים, הפכה החקלאות למקור פרנסה עיקרי.

62. הגדר מקיפה את הכפר מצפון וממערב. במערב, במקום בו הכפר צמוד ממש לאלקנה, עוברת הגדר בין בתי הכפר, כאשר משפחה אחת, **משפחת עאמר**, שעניינה יידון להלן, נותרה בצד המערבי של הגדר תוך ניתוקה הכולל מהכפר, כאשר ביתה מוקף מכל עבריו בגדר. בשאר התוואי סביב הכפר נע המרחק בין הגדר לבתים בין 8 מטרים בלבד ל-300 מטרים.

63. מכלל אדמות הכפר המעובדות נותרו לפחות 5,500 דונם (יותר מ-85%) בצד המערבי של הגדר, מתוכן מעל 80% נטועות מטעי זיתים, והשאר מרעה וגידולים עונתיים. באדמות מצויה באר בה תלויים בין 700 ל-1000 דונם לצורך השקאת הגידולים. כ-1,000 דונם אדמות, בבעלות 15 מתושבי מסחה, מצויות בין מסחה לכפר קאסם, משני עבריו של כביש מס' 5. האדמות משמשות בין היתר לחממות ולגידול ירקות ופירות.

64. בגדר נבנו לצרכי תושבי הכפר שני שערים, **שערי אלקנה ועץ-אפרים**, אך הם כמעט תמיד חסומים. **שער אלקנה** מצוי ליד בית משפחת עאמר ובצמידות להתנחלות אלקנה. זהו השער היחידי המוביל לכ-80% מהאדמות החקלאיות של תושבי מסחה, ממערב לכפר. **השער סגור לחלוטין בכל ימות השנה** ואין לתושבים כל אפשרות לעבור דרכו. מרוב התושבים נמנעת אפוא גישה ישירה לאדמותיהם. תוואי הגדר והשער באיזור זה ממוקמים על הכביש הראשי שהוביל בעבר ממסחה ועד כפר קאסם, ובשל הקמת הגדר וסגירת השער, כביש זה חסום לחלוטין לתנועת תושבי הכפר ומחייב נסיעה בדרכים עוקפות.

65. **השער השני, עץ אפרים**, נמצא מצפון מערב לכפר ומוביל לכ-20% מאדמות מסחה המצויות מצפון לכפר. לא ניתן להגיע דרך שער זה לשאר אדמות הכפר המצויות ממערב, מאחר שאין דרך המובילה לכוון זה. השער לא נפתח כדבר שבשגרה כלל, אלא רק לאחר תיאום מראש, ובסך הכל נפתח השער לכל היותר יומיים או שלושה בחודש. באותם ימים, למרות התיאום מראש, שעות הפתיחה אינן סדירות והתושבים נאלצים להגיע לשער ולהמתין לפרק זמן לא ידוע עד לפתיחת השער ע"י החיילים במקום. פתיחת השער נתונה לשיקול דעתם המוחלט של החיילים. בתקופת המסיק, תקופה מוגבלת של כשבועיים שלושה אשר נקבעת על ידי הצבא, נפתח השער פעמיים ביום,

בשעות הבוקר ואחה"צ, לחצי שעה בכל פעם, בשעות לא קבועות. גם בתקופה זו, היה השער סגור לכלי רכב חקלאיים והחקלאים התקשו להוציא את היבול, ברגל או באמצעות חמורים. עם תום תקופת המסיק, שב השער לשגרת הסגירה.

66. השער בו משתמשים התושבים למעשה הוא **שער עזון-עתמה, שער מס' 48**. השער ממוקם בצמוד לכפר עזון עתמה, ומרוחק מרחק כ- 15 קילומטרים ממסחה. פירוש של דבר כי כל נסיעה לצורך מעבר לאדמות הסמוכות המצויות מעבר **לשער אלקנה** הסגור, במרחק של כ-5 דקות מהכפר בדרך הישירה והקצרה הסמוכה לאלקנה, לוקחת במקום דקות ספורות, בין 35 ל-40 דקות, בדרכים הרריות ועקלקלות: על התושבים כאמור לנסוע כ-15 ק"מ לשער עזון עתמה, תוך עקיפת ה"אצבע" שנועדה להותיר את ההתנחלויות אלקנה, עץ-אפרים ושערי תקווה ממערב לגדר. לאחר הנסיעה הארוכה נאלצים התושבים להמתין זמן ארוך נוסף עד להסדרת מעברם בשער. התושבים נכנסים בשער אל הכפר עזון עתמה ומשם עוברים אל אדמותיהם. בשל העדר דרכים חקלאיות מכיוון זה אל האדמות, אין גישה לרכב חקלאי אל האדמות, והם נאלצים להשאיר את רכביהם בעזון עתמה ולגשת את האדמות ברגל.

67. עבור תושבי עזון-עתמה, השער פתוח מהשעה 6:30 בבוקר ועד השעה 22:00, ואולם עבור תושבי הכפרים האחרים, וביניהם מסחה, השער פתוח עד השעות 18:00-19:00 בלבד.

68. אם ייבנה תוואי הגדר המתוכנן מסביב לעזון-עתמה, תיחסם כליל גישת התושבים לכל אדמותיהם באיזור זה, כ- 80% מאדמות הכפר. התוואי המתוכנן מסביב לעזון-עתמה מופיע במפה המצורפת **כנספת א'** בקו מקווקו.

69. השירותים הרפואיים הניתנים לתושבי הכפר נפגעו קשות כתוצאה מהקמת הגדר. הקשרים הרפואיים עם ישראל שהיו דומיננטיים לפני הקמת הגדר, נפסקו. בעבר, חולים מהכפר יכלו לקבל טיפול רפואי בתוך ישראל, אבל כיום הם אינם יכולים להגיע לבתי החולים בישראל. רופאים רבים נהגו להגיע מישראל (באופן עצמאי או במסגרת ארגוני זכויות אדם ישראלים) לתת שירותים רפואיים בחינם לתושבי הכפר. עם הקמת הגדר הם הפסיקו להגיע מאחר ורוב הדרכים שמובילות לכפר נחסמו, וההגעה לכפר הפכה לבלתי נגישה.

70. בכפר קיימת מרפאה אך פעולתה מצומצמת ובלתי סדירה. אין למרפאה לוח זמנים קבוע, ופעמים רבות הרופאים, המגיעים מחוץ לכפר, אינם מצליחים להגיע. המרכז הרפואי ובית החולים הקרובים ביותר נמצאים בעיירה סלפית, שנמצאת במרחק של 25 ק"מ. עם תחילת בניית הגדר באזור סלפית (סביב ההתנחלות אריאל) הציבו המשיבים מחסומים רבים סביב אזור אתרי העבודה בגדר, ועובדה זו מקשה על המעבר למרכזים הרפואיים, יום יום. המחסומים בדרך לסלפית הינם מחסום דיר בלוט (פתוח מ-6 בבוקר עד 6 בערב), אשר במקרי חירום אינו מאפשר מעבר חולים כלל, ומחסום תפוח-זעתרה, שהינו מחסום בעייתי, פקוק ובדרך כלל התורים בו ארוכים. החולים נאלצים לחכות זמן רב במחסומים. פעמים רבות החיילים אינם מעבירים אותם, והם נאלצים לחזור הביתה. מדי פעם נסגרים המחסומים, והגישה לבית החולים נחסמת.

71. שירותים רפואיים בבית החולים הממשלתי ניתנים בעיר שכס, המצויה במרחק 35 ק"מ ממסחה, ואולם קשה מאד להגיע לשכס ולקבל שירותים רפואיים שם. האפשרות להזעיק אמבולנס או צוות רפואי מהעיר שכס כמעט ואינה קיימת. במידה ומזעיקים אמבולנס, סביר להניח שהוא לא יגיע בגלל מחסומי חווארה ובית איבא. שני מחסומים אלה מקשים מאוד על מעבר רכב חירום רפואי.

72. בכפר קיימים שני בתי ספר, האחד לבנים והשני לבנות. השלכות הגדר על התלמידים הינן נפשיות ומתמידות. משני בתי הספר אפשר היה לראות את הגדר נבנית, וכיום הגדר נראית מכל כיתה, יום יום.

73. **בית משפחת עאמר**, המונה זוג הורים וששה ילדים, הנו דוגמא מובהקת להתעלמות המשיבים בתכנון התוואי הנוכחי מצרכי האוכלוסייה הפלסטינית ולתוצאות האבסורדיות של תכנון זה. בית המשפחה מצוי בקצה המערבי של כפר מסחה והוא האחרון מבתי הכפר, הנושק לבתי אלקנה. במקום שהגדר תעבור בין בתי הכפר מסחה, כולל בית משפחת עאמר, לבין בתי אלקנה, החליטו משום מה המשיבים להעביר את הגדר בין בית משפחת עאמר לבין יתר בתי הכפר מסחה. כליאת הבית מאפשרת את מיקומה של הגדר כ- 20 מטרים רחוק יותר מבתייה של אלקנה, ואולם על מנת לא להותיר רצף בין בתי אלקנה לסכנה הנובעת ככל הנראה לדעת המשיבים ממשפחת עאמר על ששת ילדיה הקטנים, נכלא הבית במכלאה פרטית מכל עבריו: חצר ביתה של המשפחה הופקעה כדי שתשמש לבניית הגדר. בולדוזרים גילחו חלק מדיר העצים, המשתלה והחממה שעמדו בחצר הבית, יישרו את השטח תוך הנמכת החצר מתחת למפלס הבית, ועקרו את הברושים שבחצר - כל זאת כדי לסלול במקום כביש פטרולים.



הכביש עובר בצמוד לגדר הבנויה כחומת בטון המפרידה בין בית זה לשאר הכפר, וניצבת מול דלת הכניסה לבית. כיום עוברים הפטרולים בחצר ביתה של משפחת עאמר. בכך נהפך בית משפחת עאמר למובלעת פלשתינית מבודדת, הצמודה להתנחלות אלקנה.

74. לצרכי מעבר אל הכפר נבנה שער פרטי קטן בגדר ההפרדה, המשמש כיום כחיבור היחיד של בני משפחת עאמר אל כפרם אשר מעבר לחומה. מדי בוקר בדרכם לבית הספר עוברים ילדי המשפחה בפשפש הפרטי שלהם בגדר. שער זה נמצא בצמוד לשער אלקנה החסום. גדר נוספת המפרידה את הבית מבתי אלקנה, עוטפת את הבית מכל עבר. גדר זו בצורת האות ח' חוצה את דרך הפטרולים, מקיפה את בית המשפחה ומצטרפת חזרה אל הגדר הראשית בקצה החצר. כדי לאפשר לסיורי צה"ל מעבר בדרך הפטרולים נפתחו בגדר המשנית שני שערים ומסביבם גדר תיל. כך חיים כיום בני הזוג עאמר וששת ילדיהם במה שהפך ליעד מבוצר הבנוי ממערכת של גדרות, שערים וחומה.

75. בידודם של בני המשפחה מכפרם הפך אותם ליעד להתנכלויות. לעיתים קרובות נזרקות אבנים מכיוון אלקנה אל הבית, מה שגרם פעמים רבות לניפוץ חלונות ולשבירת קולטי השמש על גג הבית. בני המשפחה חסמו לכן את הדלת הפונה לכיוון אלקנה והתקינו תריסי ברזל על החלונות לכיוון זה, הסגורים תמיד. לפיכך, לצד זה של הבית לא חודר כלל אור שמש. אל מול הצד הנגדי ובו דלת הכניסה, ניצבת חומת ההפרדה. בשל חששם מכוחות הבטחון ומשכניהם באלקנה, בני המשפחה אינם מעזים להשאיר את הבית ריק. לכן, בכל יציאה משפחתית מהבית נשאר אחד מילדי המשפחה או אחד ההורים לשמור על הבית. מסיבה זו לא יכולה המשפחה לצאת בצוותא, בהרכב מלא, לביקורים או לאירועים.

תצלום אוויר המתאר את מיקום הבית ביחס לבתי מסחה ואלקנה מסומן **נספח ז**.  
תמונות מעת בניית הגדר סביב בית משפחת עאמר, המדגימות את מיקום הבית,  
אלקנה, הגדר ודרך הפטרולים, מצורפות ומסומנות **נספח ז**.

בתי

76. גם באיזור זה, תוואי הגדר הינו נגזרת של שיקולי התרחבות עתידיים של ההתנחלויות. במפת אורנית-אלקנה המצורפת **כנספח ח**, מופיעים שטחי השיפוט של ההתנחלויות באיזור מסחה. שטח השיפוט של עץ אפריים מתפשט דרומית להתנחלות עד שהוא מתקרב מאוד אל שטח הכפר מסחה, ואכן הגדר באיזור זה הותירה את כל שטח השיפוט ברצף אחד עם ההתנחלות, תוך הפרדת אדמות הכפר מבתי באיזור זה. באופן דומה, מדרום לאלקנה קיימים שטחים השייכים לשטח המוניציפלי של אלקנה, באיזור בו ממוקמות עיקר אדמות מסחה. עוד ניתן לראות במפה, את השטח המוניציפלי

העצום של ההתנחלות אורנית (שאף הורחב לאחרונה, לפי ידיעות בעתונות), המכפיל למעשה את שטחה הקיים, לכיוון מזרח ודרום.

77. מפה נוספת, המצורפת **כנספת ט'**, מראה את תכנית המתאר המתוכננת באיזור זה, יחד עם תוואי הגדר המתוכנן סביב עזון עתמה. התכנית המסומנת בורוד מצפון לכביש 5, היא תכנית הנקראת "**שער שומרון**" ואשר ייעודה לא ברור לעותרים. תכנית זו ככל הנראה שימשה סיבה למנוע את הקפת שלוש ההתנחלויות עץ אפרים, שערי תקוה ואלקנה במובלעת ישראלית, וכלאה במקום זאת את הכפרים הפלסטיניים במובלעות.

78. עתירה זו עוסקת אם כן בכפרים סמוכים אשר תוואי הגדר הפתלתל באיזורם הקיף אותם באופן זה או אחר בגדר ממרבית עבריהם, וניתק אותם מאדמותיהם החקלאיות, משירותים חיוניים המסופקים להן ביישובי הסביבה, ומקשרים חברתיים ומשפחתיים. בשני המקרים, נובע בידודם של הכפרים מעובדת היותם סמוכים להתנחלויות באיזור, התנחלויות שהוקמו כפי שהוקמו משיקולים של ממשלות ישראל להרחיב ולהעמיק את ההתנחלות בשטחים הכבושים ואת סיפוח שטחים אלו בעתיד, ללא שלתושבים הפלסטיניים היה כל חלק בתהליך זה. בסמוך לשני הכפרים נבנו התנחלויות משני עבריהם לפחות, וכך עם הקמת הגדר תוך הבטחת התרחבות ההתנחלויות, נותרו הכפרים כלואים בטבעות חנק. טבעות אלו חונקות את מרקם חייהם של התושבים המתוחמים בין גדר וחומה, בין מחסום ושער, אשר רכיבי היומיום שלהם, הן הנסיעות הפתלתלות והארוכות, ההמתנות הבלתי נגמרות, ההיתרים, הטפסים, הבקשות, ההשפלות והתחינות. הגדר וטבעותיה אינן מאפשרות אם כן לאוכלוסיה אזרחית רחבה אשר לא חטאה ולא פשעה בדבר, לנהל חיים אנושיים בסיסיים, למצוא את פרנסתה באדמותיה, ולקיים קשרים משפחתיים וחברתיים בסיסיים של בני תרבות.

#### **ד. הליכים מקדמיים**

79. ביום 3.7.05 פנתה הח"מ אל המשיבים בשם הכפרים העותרים בדרישה להורות על פירוק גדר ההפרדה באיזורם, לאור קביעות בית המשפט **בפרשת בית סוריק** ולאור פסק דינו של בית הדין הבינלאומי בהאג. משלא התקבלה כל תגובה, שבה הח"מ ופנתה למשיבים ביום 23.8.05.

מכתב הח"מ מיום 3.7.05 מצורף ומסומן **נספת י'**.

מכתב מיום 23.8.05 מצורף ומסומן **נספת י"א**.

80. ביום 30.8.05 השיב בשם המשיבים סרן רובי ציגלר מלשכת יועמ"ש איו"ש. התגובה דחתה את טענות העותרים וכן ציינה כי תוקם גדר נוספת אשר תקיף את הכפר עזון עתמה, בהתאם להחלטת הממשלה מיום 20.2.05, ובמועד שייקבע על ידי מערכת הבטחון.

מכתב התשובה של סרן ציגלר מצורף ומסומן נספח י"ב.

81. ביום 3.11.05 שבה הח"מ ופנתה למשיבים באמצעות סרן ציגלר, וזאת בעקבות מתן פסק הדין בפרשת מראעבה, וביקשה לדעת האם מתוכננים שינויים בעקבות פסק הדין אשר ישפיעו על התוואי באיזור הכפרים העותרים.

מכתב מיום 3.11.05 מצורף ומסומן נספח י"ג.

82. ביום 13.11.05 הודיע סרן ציגלר, כי "לתיקון תוואי הגדר באיזור זה, ככל שיוחלט עליו, עשויה אמנם להיות השפעה על מרשייד, כולם או מקצתם. עם גיבוש עמדת מערכת הבטחון בעניין זה, נעדכנך כנדרש".

מכתב מיום 13.11.05 מצורף ומסומן נספח י"ד.

83. ביום 22.12.05 התקיימה פגישה בה הציגו בפני הח"מ סרן ציגלר ומר דני תירזה, ראש מינהלת הגדר (המשיבה 4), שתי חלופות לתיקון התוואי. ביום 25.1.06 העבירה הח"מ בשם הכפר ראס-עטיה את עמדתו ביחס לחלופות השונות לשינוי תוואי הגדר. בעמדה זו צויין כי הכפר ראס-עטיה נותר כלוא במובלעת בשתי החלופות שהוצגו, בשל היותו שוכן בין אלפי מנשה לבין הישובים נירית ומתן. קביעת תוואי הגדר נעשתה בכל החלופות על מנת לשמר רצף טריטוריאלי בין אלפי מנשה לבין שטח ישראל ולשם סיפוח מקסימום שטח לסביבת יישובים אלו על מנת לאפשר את התרחבותם, שיקול שהוא פסול ויוצר ניתוק וסיפוח של אדמות התושבים, ופגיעה בלתי מידתית בהם. על פי עמדת העותרים, בשל מיקומו של הכפר ושל אדמותיו, רק גדר שתיצמד לקו הירוק ולגבולות הישובים נירית ומתן, ותאפשר רצף בין הכפר לבין אדמות תושביו המעובדות, תהיה מקובלת על הכפר. אף אחת מהחלופות שהוצגו, אינה עונה על תנאי זה ואף אינה מתקרבת אליו.

מכתב הח"מ מיום 25.1.06 מצורף ומסומן נספח ט"ו.

84. יצויין כי מועצת הכפר עזון עתמה, אשר יפתה את כוחה של הח"מ לייצגה, והיתה מעורבת בהליכים המקדמיים כולם, נסוגה לעת עתה מן ההחלטה לעתור כנגד תוואי הגדר הנוכחי. התכנית לשינוי התוואי בעזון עתמה, אשר לדברי המשיבים הוחלטה כבר אך טרם נקבע מועד לביצועה, תלויה ועומדת מעל לראשם של התושבים ומעלה בקרבם

חששות כבדים. בשל חשש התושבים פן יבולע להם מידי כוחות הבטחון ומתכנני הגדר, באם יפנו לבית המשפט בעתירה כנגדה, החליטה המועצה לעת עתה להימנע מכל צעד העלול להשקפתה להכעיס את מולך הגדר, ואולם מובן כי מועצת עזון עתמה ממשיכה לעקוב אחר הכוונות לשינוי התוואי ועשויה לשנות מהחלטתה בעתיד.

### חלק שלישי: הטיעון המשפטי

85. תוואי הגדר באזור הכפרים העותרים נבנה במסגרת השלב הראשון להקמת גדר ההפרדה, עוד בטרם עמד תוואי הגדר לבחינה משפטית וטרם הותוותה המסגרת המשפטית לבחינתו.

86. חומרתה של הפגיעה בתושבים של כפרים חקלאיים, שאדמותיהם ניתקות מהם בשל תוואי הגדר, וחוסר מידתיותו של התוואי בנסיבות אלו, הוכרה לראשונה בפסק הדין בבג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נח (5) 807 (להלן - פרשת בית סוריק), ובהמשך בפסק הדין בפרשת מראעבה.

87. ברי לאחר מתן פסק הדין בעניין בית סוריק, כי בכל הנוגע לקביעת התוואי בשלב א', לא איזן המפקד הצבאי כראוי בין זכויות התושבים המוגנים לבין התועלת הביטחונית שתושג מהתוואי שנבחר. די בפסיקה מפורשת זו, ובהודאת המשיבים במסגרת תשובת המדינה (סעיף 415) בעתירות בעניין הכפרים בודרוס ואחרים בבג"צ 4825/04 מחמד חאלד עליאן ואלח' נ' ראש הממשלה ואח' ושוקבא ובבג"צ 4938/04 מועצת הכפר שוקבא ואחרים נ' ממשלת ישראל ואח', באי עריכת האיזון הראוי, כדי להעביר את נטל ההוכחה בנוגע לחוקיות ומידתיות התוואי אשר נבנה באותו שלב, לשכמם של המשיבים.

88. כמו כן הודו המשיבים, בפני בית משפט נכבד זה בפרשת מראעבה, ובהתייחס לאותו איזור בו מצוי הכפר ראס-עטיה, העותר מס' 1, כי השיקול של הרחבת התנחלות אינו שיקול לגיטימי שהמפקד הצבאי מוסמך לשקול:

"לא שוכנענו כלל כי קיים טעם ביטחוני-צבאי מכריע לקבוע את תוואי הגדר במקום בו הוא עובר עתה. מדוע לא ניתן לשנות התוואי באופן ששלושת הכפרים המצויים בחלק זה (ואדי א-ראשה, מעארת א-דבה וחירבת ראס א-טירה) או מרביתם יוצאו מחוץ לגדר? אמנם, קיימת תכנית שמצויה בשלב ההפקדה להרחיב את התפתחותה של אלפי מנשה לעבר החלק הדרום-מערבי של

**המובלעת. אך כפי שמר תירזה, שהציג לנו את מפת המובלעת ציין בפנינו, אין זה שיקול שיש להתחשב בו.** (פיסקה 113)

**הראינו לעיל כי שיקול זה נפרס לאורך ולרוחב כל שיקול דעתם של המשיבים, והוא למעשה זה שהכתיב את תוואי הגדר.**

89. חשיפת השיקול של הרחבת ההתנחלויות ולמעשה כוונות לסיפוח עתידי של שטחים אלו למדינת ישראל, משליכה על חוקיותו של התוואי כולו, מאחר שהיא מגלמת חריגה של המפקד הצבאי מסמכותו ושקילת שיקולים זרים ופסולים, המנוגדת לעקרונות יסוד של המשפט הבינלאומי, ולחובות הכוח הכובש בהתאם אליו.

90. בהסתמך על התשתית העובדתית שנפרסה בעתירה זו, נפרט להלן מדוע תוואי הגדר באזור נשוא העתירה – לרבות זה המתוכנן להיבנות בעקבות השינויים המתוכננים - הינו בלתי חוקי. זאת, לאור הלכותיו של בית המשפט העליון עד כה, ובהתאם לחוות הדעת של בית הדין הבינלאומי לצדק בעניין גדר ההפרדה, וזאת מהטעמים הבאים:

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

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

**3. פעולה בניגוד לאיסורים בדין הבינלאומי והעדר צורך צבאי: התוואי מפר את חובת המפקד הצבאי לאפשר לתושבים המוגנים לקיים אורח חיים תקין, וזאת ללא צידוק בטחוני כדין. כמו כן מיועדות פעולותיו על מנת לאפשר המשך העברת תושבי**

המדינה הכובשת אל השטח הכבוש, וליצור שינוי של קבע בשטח הכבוש וסיפוח הלכה למעשה.

### **א. הפגיעה הבלתי מידתית בזכויות תושבי הכפרים**

91. 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.

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

93. הפגיעה הנגרמת לתושבי הכפרים העותרים אינה נופלת בחומרתה מהפגיעה שנקבעה בבלתי חוקית ובלתי מידתית בפרשת בית סוריק. בפסק הדין בעניין זה 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). חיינו של החקלאי משתנים ללא הכר כתוצאה מכך. אכן, **תוואי גדר הפרדה פוגע קשות בזכות הקניין שלהם ובחופש התנועה שלהם. פרנסתם נפגעת קשות. מציאות החיים הקשה ממנה הם סובלים עד כה (בין השאר לאור האבטלה הרבה השווה במקום) תלך ותחריף.**"

(פסקה 60 לפסק הדין, ההדגשה לא במקור).

"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.**"

(פסקה 67 לפסק הדין, כנ"ל).

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

95. יוזכר כי בפסק הדין בפרשת בית סוריק, בית המשפט הנכבד התייחס לפתרונות אותם הציעו המשיבים 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, 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).

96. אך ברור הוא, כי כמו בכפרים שנדונו בפרשת בית סוריק, גם תושבי הכפרים העותרים אינם יכולים לנהל אורח חיים תקין בתוואי הנוכחי, ופתרון השערים וההיתרים לא פתרון הוא. מגבלות התנועה הקיצוניות הנובעות מתוואי בלתי מידתי ובלתי חוקי אינן יכולות להיפתר במסגרת שיפור המעברים. הפתרון מצוי בתיקון התוואי.

97. אין כמו המובלעת הפרטית של **בית משפחת עאמר** כדי להדגים ולהראות עד כמה גס ליבם של המשיבים בזכויותיהם של התושבים המקומיים, במקרה זה משפחה ולה שישה ילדים, ועד כמה נעלים עליהם בעיני המשיבים תושביה היהודים של אלקנה, עד

שהראשונים נכלאים במכלאה הסוגרת עליהם מכל עבריהם, וכל חייהם חיי מחנק ורמיסה מתמשכת, והכל על מנת להרחיק את הגדר מספר מטרים מחלונותיהם של האחרונים.

98. התוואי באיזור מובלעת אלפי מנשה, הוא האיזור בו מצוי העותר מס' 1, ראס עטיה, כבר נמצא כבלתי מידתי על ידי בית משפט זה בפרשת מראעבה, המהווה למעשה מעשה בית דין ביחס לתוואי המובלעת באיזור זה (פיסקה 114):

**"לא שוכנענו כלל ועיקר כי מבחן המשנה השני של המידתיות מתקיים בתוואי הגדר היוצר את מובלעת אלפי מנשה. נראה לנו כי לא הושקע המאמץ הנדרש ולא נבחן לפרטיו תוואי חילופי, שיוכל להבטיח את הביטחון ושפגיעתו בתושבי הכפרים קטנה יותר. על המשיבים לשוב ולשקול את התוואי הקיים מחדש."**

להלן נסקור בקצרה את מכלול זכויות התושבים הנפגעות כתוצאה מקיום הגדר ועיגון.

99. **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:

**"זכויות האדם של התושבים המקומיים כוללות את מיגוון זכויות האדם. עמדה על כך חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה, בציננה:**

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

100. הפגיעה בחופש התנועה גוררת פגיעה חמורה ביותר בכבודו של האדם, בהיותה שוללת כמעט כליל את האוטונומיה האישית שלו. עוד 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. 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.

101. 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).

102. 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, בשל הריסת הדרכים החקלאיות או קשיים במעבר כלי רכב.

103. **הזכות לעבוד ולהתקיים בכבוד**, הוכרה על-ידי בית המשפט כחלק מכבוד האדם, המעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראו בג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (טרם פורסם), וכן רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 375. כמו כן זכויות אלו מעוגנות בסעיפים 6, 7 ו-11 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. זכויות אלו 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.

104. הזכות לבריאות והזכות לחינוך, המעוגנות בסעיפים 12, 13 ו-14 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, נפגעות גם הן אנושות כתוצאה מהניתוק בין הכפרים למרכזים העירוניים ובינם לבין עצמם.

105. לעניין תחולתן של אמנות זכויות האדם בשטחים הכבושים, הרי שבית הדין הבינלאומי בהאג קבע כי משפט זכויות האדם הבינלאומי אכן חל בשטח הכבוש. בית המשפט העליון החליט שלא להכריע בנושא בפרשת מראעבה, אולם היה נכון להניח כי האמנות חלות (ראו פסקה 27 לפסק הדין), והוא החיל אותן בבג"צ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות

צה"ל באזור יהודה ושומרון פ"ד נז(2) 349, ביחס לתקופות המעצר ללא ביקורת שיפוטית ומניעת מפגש של אזרחים מוגנים עם עורכי הדין.

106. **זכויותיהם הקנייניות** של תושבי הכפרים נפגעות אף הן אנושות. זכות הקניין מוכרת כזכות חוקתית בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. המשפט הבינלאומי ההומניטארי, בתקנות האג כמו גם באמנת ז'נבה הרביעית, מעניק הגנה מיוחדת ומפורשת לרכושם של התושבים המוגנים, ומגביל את הפגיעה בו לנסיבות חריגות ומוגדרות.

107. 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 ו/או עתידיות להרחבת כפרים אלה, שכן מצב דברים זה נגרם נוכח מחדליו והימנעותו במתכוון מאישור תוכניות כאמור, הכל תוך כדי הפרת חובתו לדאוג לצרכי אוכלוסייה המקומית ולהתפתחותה. זו חובה שהמשיב הפר ועודנו ממשיך להפר במשך כל שנות הכיבוש.

108. 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.

109. ככל שפגיעה זו היא מתמשכת יותר - וברור לכל כי גדר ההפרדה אינה בגדר תופעה חולפת, אף שהיא מכוּנה "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.

### **ב. בחינת מבחני המידתיות**

110. עיקרון המידתיות מורכב כידוע משלושה מבחני משנה שדי בהפרה של כל אחד מהם כדי שייקבע כי פעילות הרשות לוקה בהיעדר מידתיות.

111. מבחן המשנה הראשון דורש שיתקיים קשר רציונאלי בין המטרה אותה מבקשים להשיג לבין האמצעי שבו משתמשים כדי להשיגה. לפי לשונו של בית המשפט, " נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי. האמצעי צריך להיות גזור להשגת המטרה. האמצעי צריך להוביל, באופן רציונלי, להגשמתה של המטרה" (ע"א 6821/93, בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4), 221, עמ' 461-460, ההדגשה שלנו). בפסק דין מראעבה, קובע בית המשפט כי מבחן זה מתקיים, אם "גדר הפרדה יוצרת הפרדה בין המחבלים לבין הישראלים (בישראל ובאזור)" (פסקה 111 לפסק הדין).

112. ראשית נציין כי תוואי אשר מפריד "בין המחבלים לבין הישראלים" אינו אפשרי ואינו מתקיים באף מקטע של גדר הפרדה. מאחר ואין אפשרות לדעת את זהות "המחבלים" (ומה טוב היה אילו ניתן היה לדעת אותה), מטרת הגדר להפריד בין פלסטינים לישראלים, מתוך כך שהמחבלים הפוגעים באוכלוסייה ישראלית, באינם מתוך האוכלוסייה הפלסטינית. נניח אם כן, לצורך העניין, כי בית המשפט התייחס לגדר המפרידה בין ישראלים לפלסטיניים.

113. בתוואי נשוא עתירה זו, תנאי זה אינו מתקיים כלל. הגדר אינה מפרידה בין ישראלים לפלסטינים, שכן הפלסטינים בכפר עזון עתמה, למשל, כמו גם בכפרי מובלעת אלפי מנשה, לא הופרדו מישראלים. כמו כן לא מופרדות רק אוכלוסיות אלא אף שטחי אדמה רבים. שטחים המשמשים לפרנסת הפלסטינים, מופרדים מהם ומוצמדים לשובים ישראליים.

114. כאשר תוואי הגדר מספח אל צידו הישראלי שטחים פלסטינים רבים, שהם בשימוש השוטף והיומיומי של התושבים הפלסטינים, הרי שמדובר בהפרדה שאינה משיגה את מטרתה באופן מלא, שכן כתוצאה מהותרתם 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 הפרדה באופן רציונאלי: מפריד בין שטחים שבשימוש שוטף של פלסטינים ושנדרשת בהם נוכחות שוטפת של פלסטינים, לבין שטחים שמתגוררים בהם ישראלים.

115. היישובים הפלסטינים הינם ישובים חקלאיים, אשר מהווים ישות אורגנית אחת עם האדמות שמסביבן. היישובים הישראליים הינם ישובים עירוניים אשר אינם נזקקים לצורך קיום מרקם חייהם השוטף, לשטחים נוספים מסביבתם. התוואי אינו רציונאלי

מאחר שאינו מתחשב באופי שונה זה של היישובים, אלא מתאים את עצמו באופן מוחלט לאינטרס הישראלי בשימור מקסימום שטח ברצף עם המדינה וההתנחלויות המהוות את גרורותיה בשטח הכבוש, כולל שטחים המיועדים להתרחבותן העתידית. **התוואי במקום משקף באופן רציונאלי מטרה אחרת, זרה, היא הבטחת התרחבותן העתידית של ההתנחלויות והרצף בינן לבין ישראל.**

116. מבחן המשנה השני הוא האם קיימת חלופה המשיגה את המטרה בדרך פוגענית פחות. באשר לתוואי הנדון בעתירה זו, התשובה הינה חיובית. 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. באשר להגנה על הישראלים המתגוררים בהתנחלויות, גם כאן קיימת חלופה הפוגעת פחות בזכויות התושבים המוגנים, והיא הגנה בגדר היקפית, או פינויים של התושבים הישראלים.

117. חלופת הגדר ההיקפית משמעותה כי היישובים הנזקקים להגנה, הן ההתנחלויות, יוקפו על ידי גדר היקפית במובלעת המתאימה בגבולותיה לצרכיהם הנוכחיים, אשר אינם כוללים שטחים נרחבים מעבר לשטח הבנוי, כפי שציווה בית המשפט בפרשת מראעבה בעניין ההתנחלות אלפי מנשה (פיסקה 113):

“על רקע זה עולה השאלה, מדוע אין להשיג את המטרות הביטחוניות המונחות ביסוד גדר הפרדה על ידי שינוי בתוואי הגדר, באופן שהתוואי החדש יקיף את אלפי מנשה, אך ישאיר את חמשת הכפרים של המובלעת מחוץ לגדר? ...  
לא שוכנענו כלל ועיקר כי מבחן המשנה השני של המיזתיות מתקיים בתוואי הגדר היוצר את מובלעת אלפי מנשה. נראה לנו כי לא הושקע המאמץ הנדרש ולא נבחן לפרטיו תוואי חילופי, שיוכל להבטיח את הביטחון ושפגיעתו בתושבי הכפרים קטנה יותר. על המשיבים לשוב ולשקול את התוואי הקיים מחדש. עליהם לבחון האפשרות של הוצאת כפרי המובלעת, כולם או מקצתם, מחוץ לצד ה"ישראלי" של הגדר.”

118. גם באיזור הכפר מסחה ניתן להשיג תוואי חלופי שכזה על ידי הקפת שלושת ההתנחלויות עץ אפריים, אלקנה, ושערי תקווה, בגדר אשר תחובר בכביש גישה לשטח ישראל, וכך תותיר את הכפר מסחה ושאר כפרי האיזור ברצף אחד עם אדמותיהם החקלאיות ועם הכפרים השכנים והמרכזים העירוניים.

119. חלופת הפינוי קיימת מעצם מעמדה של ההתנחלויות כזמניות, וממעמדם של תושביה כבני-רשות של המפקד הצבאי, ר' בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, (טרם פורסם), תק-על 2005(2) 2595. 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, ומהווה דרך שנקטה כבר בידי המשיבים. להבדיל מהתושבים המוגנים, שזכותם להתגורר ביישוביהם וליהנות מרכושם מוכרת ומוגנת במשפט הבינלאומי ולמעשה עומדת במרכזו, הרי שלמתיישיבים הישראלים אין כל זכות מקבילה, המוכרת במשפט הבינלאומי או במשפט הישראלי, להמשיך להתגורר בשטח הכבוש. בוודאי שהדבר נכון, כאשר הגנה על המשך נוכחות זו כרוכה בפגיעה בזכויות התושבים המוגנים, ולמעשה אף בצרכים הבטחוניים של המדינה הכובשת, שכן ההתנחלויות מהוות נטל בטחוני, הן אינן מעניקות בטחון אלא דורשות משאבים על מנת לשמור על בטחון הן.

120. מבחן המשנה השלישי הוא **האם מתקיים יחס ראוי בין הפגיעה בזכויות אדם לתועלת הצומחת ממנה**. עמדנו על הפגיעה האנושה הנגרמת לתושבי הכפרים, בכל מישורי החיים. פגיעה זו אינה משרתת את התועלת של הגנה על תושבי ישראל, שכן מטרה זו היתה מושגת גם על ידי גדר המוצבת על הקו הירוק. היא משרתת אך ורק את התועלת של הגנה על תושבי ההתנחלויות ואל מול תועלת זו יש למדדה. כמו כן היא משרתת תועלת נוספת של שמירה על שטחי שיפוט והתרחבות, שאותה יש לפסול מכל וכל. התועלת הצומחת מן התוואי הספציפי הנוכחי דווקא היא על כן מזערית ביחס לנזק הנגרם ממנו. עוד עמדנו על כך כי במקרה שלפנינו קיימות חלופות להשגת מטרותיה של גדר ההפרדה באזור נשוא העתירה, אשר ישרתו בדיוק את המטרה הנקודתית של הגנה על תושבי ההתנחלויות ולא יפגעו שלא לצורך פגיעות נרחבות הרבה יותר מכך. לכן, תוואי הגדר באזור אף אינו עומד במבחן המשנה השלישי, 'מידתיות במובן הצר'.

### ג. קיומם של שיקולים זרים

121. כאמור, מבט חטוף בתוואי הגדר ביחס לתכניות הבניה ולשטחים המוניציפליים באזור נשוא העתירה, מגלה בנקל את הסיבה העיקרית לתוואי הגדר הפתלתל. המשיבים בחרו מלכתחילה להקים את הגדר בתוואי שיכלול את מירב שטחי השיפוט ותכניות ההרחבה ברצף עם מדינת ישראל וההתנחלויות. מטרה זו הושגה גם במחיר של הפגיעה הקשה, כפי שפורטה לעיל, בזכויותיהם ובמרקם חייהם של התושבים הפלסטיניים, אשר הינה קלה בעיני המשיבים, אולם גם במחיר "הבטחוני" לכאורה של הכללת כפרים פלסטיניים, כדוגמת עזון עתמה, בתוך "מרחב התפר" ברצף מלא עם ישובים ישראליים ועם שטח מדינת ישראל. מחד גיסא טוענים המשיבים, שהתוואי נקבע בהתבסס על שיקולי בטחון ובכללם הצורך במרחב מבצעי בין בתי היישובים הישראלים לבין גדר ההפרדה, ומאידך

גיסא הם מאשרים תוכניות להרחבת יישובים אלה עד לתוואי הגדר עצמו, ומבטלים בזאת כל מרחב מבצעי הנחוץ, לדידם, להגנה על בתי ותושבי יישובים אלה. אם כן, האם השיקול היה בטחוני או לא? התשובה על כך הינה ברורה ומזדקרת מתוך העובדות באופן ברור וחד משמעי: המשיבים בחרו בתוואי מדיני, מתוך שיקול זר, על אף מחיריו הבטחוניים.

122. טענת המשיבים שהועלתה בהזדמנויות רבות הינה כי הקמת הגדר על הקו הירוק או בצמוד לשטח ההתנחלויות אינה אפשרית משום שנדרש "מרחב מבצעי" או "מרחב מרדף" אחרי מחבלים שיצליחו לחצות את המכשול, בטרם ייטמעו באוכלוסייה אזרחית ישראלית. אלא שתכניות הבניה הנרחבות, שחלקן מוצאות אל הפועל בימים אלו ממש, מפריכות טיעון זה לחלוטין. המשיבים בבנותם את שכונת "נוף השרון" של אלפי מנשה (ר' במפה נספח ד'), מבטלים בעצמם את המרחב הקיים בין ראס עטיה לבין נירית, ויוצרים רצף מיושב אחד בין ראס עטיה לבין שטח ישראל. בכך מעידים המשיבים בעצמם כי אין חשיבות למרחב מרדף שכזה, ומכל מקום כי בניה נוספת בשטחים הכבושים עדיפה בעיניהם על קיומו של מרחב מרדף כזה. מאחר והשיקול הבטחוני הינו השיקול המכריע בשיקול דעתו של המפקד הצבאי בשטחים, אזי אילו היה שיקול זה מחייב הותרתו של "מרחב מרדף", לא היתה נבנית כלל שכונת "נוף השרון". יצוין כי השכונה נמצאת בשלבים הראשונים של יצירת תשתית וניתן בכל עת לעצור הקמתה על מנת להותיר את "המרחב".

123. אף בכל שאר האיזורים הרלוונטיים לעתירה זו ובכלל זה תכנית "שער שומרון" בסמוך לאיזור מסחה (ר' במפה נספח ט') מראה התחשבות התוואי בתכניות הבניה העתידיות על הכוונה להגשימן, למרות העובדה כי הן מצמצמות את המרחב הקיים בין היישובים הפלסטיניים לבין היישובים הישראליים.

124. במקרה דנן, מלכתחילה חובת ההוכחה בדבר חוקיות התוואי מוטלת היתה על המשיבים, ועתה הדבר נכון ביתר תוקף, מאחר ונסתרה חזקת תקינות המינהל, לפיה השיקול הבטחוני עליו הם מצהירים הוא השיקול האמיתי אשר הנחה אותם. זאת, בין היתר, לאור קיומן של תכניות ההרחבה של אלפי מנשה ושער שומרון אשר היוו השיקול המכריע בהתווית תוואי הגדר, הקיים והמוצע, באזור הכפרים. לחלופין, על המשיבים להראות, שאין כל חלופה אחרת להגנה על תושבי ההתנחלויות, למעט התוואי הפוגעני שבו הם בחרו. כך למשל, עליהם לשכנע, כי גדר היקפית סביב אלפי מנשה או שערי תקווה אינה חלופה המעניקה לתושבי ההתנחלויות בטחון ברמה סבירה.

125. לסיכום : תוואי הגדר המתפתל סביב ההתנחלויות 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. התוואי מונחה במובהק על-ידי הדאגה להתפתחותן העתידית של ההתנחלויות. **שיקול זה הינו שיקול אזרחי-מדיני מובהק, הוא אינו שיקול של צורך ביטחוני, אלא שיקול זר ההופך את ההחלטה ואת ביצועה לבלתי חוקיות ולנעדרות כל בסיס במשפט הבינלאומי ההומניטרי ובמשפט הישראלי, ולהפרה בוטה של משפט זה.**

#### **ד. העדר צידוק בטחוני כדין ופעולה בניגוד לדין הבינלאומי**

126. 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. כמו כן מהווה פעולת המשיבים הפרה של המשפט הבינלאומי בכל הנוגע לאיסור על סיפוח דה-פקטו ושינוי של קבע בשטח הכבוש.

127. 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.

#### **פגיעה אסורה בקניין פרטי**

128. 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.

129. על פי המשפט הבינלאומי המנהגי, החרמה או הפקעה אינן רק הכרזה שמטרתה הפקעת זכויות קנייניות, כמו הפקעה ישירה, פורמאלית, או העברה כפויה של זכויות קנייניות לטובת המדינה או הכוח הכובש, 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.

130. האמור לעיל חל על האדמות שנותרות מעברה השני של הגדר. כליאת האדמות החקלאיות של הכפרים מאחורי גדר והגבלת הגישה אליהן מהווה פגיעה חמורה ביותר בקניינם של התושבים וביכולתם לנצל את הקרקעות שברשותם ולהפיק הנאה כלכלית מהן. 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.

131. בנוסף, הגבלות אלה יוצרות חשש ממשי מפני אובדן פורמאלי של הזכויות בקרקעות אלה. על פי דיני הקרקעות העותמניים החלים באיזור, בעליה של קרקע עלול לאבד את בעלותו עליה, אם לא יעבדה, כאשר מדובר לרוב בקרקעות שאינן מוסדרות. כליאת הקרקעות מעבר לגדר בצירוף משטר ההיתרים יוצר לעתים קרובות חוסר יכולת לעבד את הקרקע. בכל המקרים, הוא מקשה מאוד על עיבוד הקרקעות ועלול להוביל לזניחתן בהעדר כל תועלת כלכלית מעיבודן. בדיני קרקעות אלו נעשה שימוש נרחב בעבר על מנת להכריז על אדמות חקלאיות כ"אדמות מדינה" ולהוציאן כך מידי בעליהן, ובהמשך הוקמו על אדמות אלו התנחלויות. תושבי הכפרים העותרים עומדים אם כן בסכנת אבדן הבעלות על אדמותיהם.

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

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

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

132. לחלופין, גם אם אין מדובר בהחרמה, הרי השימוש שנעשה בקרקעות אלו אינו שימוש המותר על פי החוק הבינלאומי. 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), או שימוש לצורכי האוכלוסייה האזרחית של הכוח הכובש. 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.

133. 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 43 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.

134. 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' אלון פיקוד מרכז ואח', (טרם פורסם), תק-על 2005(4) 49. 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 שאוסר את הנוהל, בית המשפט מקיש מאיסורים ספציפיים אחרים שתכליתם הגנה על אזרחים, וגוזר גזרה שווה לעניין השימוש בנוהל שכן (פיסקה 24 לפסק הדין).

### העדר צורך צבאי

135. הראינו כבר לעיל כי השיקול המנחה את תוואי הגדר באיזור העתירה הינו השיקול של הגנה על תושבי ההתנחלויות, ועימו השיקול הזר של שמירת שטחי ההתרחבות שלהן. האם שיקול זה יכול להוות צורך צבאי הכרחי?

129. בית המשפט אמנם הכיר, בפרשת מראעבה, בכך שהגנה על מתנחלים היא בגדר שיקול שהמפקד הצבאי מוסמך לשקול בקביעת תוואי הגדר:

**"חובתה של ישראל להגן על אזרחיה ותושביה, גם אם הם מצויים באזור, מעוגנת במשפט הישראלי הפנימי. חוקיות הוצאתה של חובה זו מהכוח אל הפועל על פי המשפט הבינלאומי מעוגנת, כפי שאינו, בהוראת תקנה 43 לתקנות האג."**

130. 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.

136. אלא שההכרה בלגיטימיות המטרה מבחינת המשפט הפנימי הישראלי עדיין אינה מקדשת את כל האמצעים, אשר עליהם להיבחן במבחני הדין החל באיזור. סעיפים 52 לאמנת האג ו-53 לאמנת ז'נבה מעמידים תנאים מחמירים לפגיעה ברכוש פרטי: שמדובר בתוואי הכרחי לחלוטין למילוי צרכי הצבא הכובש או פעולות צבאיות. לאור פרשנותם של סעיפים 52 ו-53 במשפט הבינלאומי, הרי שלא ניתן לראות צירוף ישוב אזרחי של המעצמה הכובשת לשטחה, תוך יצירת רצף טריטוריאלי ביניהם, משום צורך צבאי הכרחי המתיר תפיסת רכוש פרטי של תושבים מוגנים ופגיעה בו.

137. הצורך של מתיישבים של הכוח הכובש בדרכי גישה אל מדינת האם שלהם הוא לעולם צורך אזרחי של אותם תושבים, ולא צורך צבאי של הכוח הצבאי הכובש. מבחינת הכוח הצבאי, אחת היא אם אותם תושבים יגיעו אל מדינת האם שלהם או ישארו בתוך

מקומות היישוב שלהם בשטח הכבוש. יתרה מכך, המעבר אל מדינת האם יוצר בעצמו צורך להגן על אותם מתיישבים ובכך מהווה מעמסה צבאית, היפוכו של צורך צבאי.

138. כפי שכבר נפסק, ישיבתם של ישראלים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית היא ברשות המפקד הצבאי והיא מטבעה זמנית (ראו פרשת 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.

139. אם מגיעים המשיבים למסקנה, כי אין כל דרך להגן על תושבי ההתנחלויות ללא פגיעה ברכוש של תושבים מוגנים, הרי שעומדת בפניהם חלופה נוספת, והיא פינויים של תושבי ההתנחלויות בהן מדובר. לעולם יעמוד לרשות המשיבים אמצעי חלופי שימנע את הפגיעה ברכוש, והוא פינויים של אותם מתיישבים ור' לעניין זה בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, (טרם פורסם), תק-על 2005(2) 2595.

140. חובתם של המשיבים להגן על חיי הישראלים בשטחים (כפי שהוכרה בפס"ד מראעבה) אינה מכתובה את האופן שבו תמולא חובה זו, ופינויים של ישראלים מאזור שבו הם נמצאים בסכנה מתמדת, להערכת המשיבים, גם הוא אמצעי חוקי למימוש חובה זו. אותם משיבים האחראים לקביעת תוואי הגדר – המשיבים 1 ו-2 – הם גורמים מדיניים שיש בכוחם לקבל החלטה בדבר פינוי מתנחלים מהשטח הכבוש, כפי שכבר עשו בעבר.

### סיפוח דה-פקטו ושינוי קבע

141. האיסור על שינוי קבע ועל סיפוח דה-פקטו הוא מיסודות המשפט הבינלאומי החל באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית. 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). בית משפט נכבד זה הכיר אף הוא בזמניותו של הכיבוש. בבג"צ 392/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל ביו"ש, פ"ד לז (4), 785 נקבע, כי סמכויות המפקד הצבאי "הן, מבחינה משפטית, זמניות מטבען, שכן התפיסה הלוחמתית היא זמנית מטבעה" (שם, עמ' 794).

142. מאחר והמפקד הצבאי אינו הריבון בשטח ושלטונו שם הוא זמני בלבד, מותר לו להתחשב בשני שיקולים בלבד בבואו לקבל החלטות הנוגעות לשטח הכבוש: טובת האוכלוסייה המקומית והאינטרסים הביטחוניים שלו. כך מסביר זאת כב' 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, העשוי להימשך גם לאחר סיום הממשל הצבאי, מותרות הן, אם הן נחוצות באופן סביר לצורכי האוכלוסייה המקומית."** (נשם, עמ' 805).

143. 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. 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).

144. האיסור על רכישת שטחים בכוח הוא עקרון בסיסי ומכונן במשפט הבינלאומי בכלל ובמשפט ההומניטארי בפרט, המעוגן בסעיף 2(4) למגילת האומות המאוחדות. האיסור על סיפוח בכוח של שטח הנתון בתפיסה לוחמתית הינו איסור מוחלט שאין לו חריגים, והוא מקובל אף על בית המשפט (ראו פסקה 57 לפסק הדין בפרשת מראעבה).

145. 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 ה'חומה'... תקבע, בין השאר, על פי ניתוחם של סעיפים 46 ו-52 לתקנות האג וסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית" (פסקה 57 לפסק הדין).

146. כמתואר בחלק העובדתי, ובמפות הנספחות לעתירה, תוואי גדר ההפרדה באזור הכפרים העותרים חודר מזרחה כדי לכלול את ההתנחלויות אלפי מנשה, אורנית, אלקנה, שערי תקוה ועץ אפרים, להבטיח את התרחבותן והרצף הטריטוריאלי בינן לבין מדינת ישראל. זהו בבירור צורך מדיני-פוליטי, המנוגד לאיסור על סיפוח דה פקטו ועל האיסור לגרום לשינוי של קבע בשטח הכבוש. הדין הבינלאומי אוסר מפורשות על העברת תושבי המדינה הכובשת אל השטח הכבוש, וכן על שינוי של קבע בשטח הכבוש וסיפוח הלכה למעשה. כפי שהמעשה עצמו אסור, כך אסורה גם כל פעולה הנעשית כדי לקדמו, ותוואי הגדר הנוכחי בתוך כך.

147. 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, כשאינן 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.

148. אמנם בית המשפט דחה בעניין בית סוריק את טענות העותרים לפיהן תוואי הגדר הינו מדיני ונועד לקבוע עובדות בשטחים ולספח חלקים מהם למדינת ישראל, וזאת על פי התשתית העובדתית שהיתה בפניו באותו מקרה, קרי החלטות הממשלה וטענות המשיבים לפיהן תוואי הגדר נקבע מסיבות בטחוניות בלבד ואין לו משמעות מדינית. ואולם באותו מקרה לא היו בפני בית המשפט הנתונים אודות קביעת תוואי הגדר על פי תכניות הבניה וההתרחבות של ההתנחלויות.

149. כמו כן, מאז נשמעו התבטאויות מטעם גורמים בכירים ביותר בממשלה הרואים בתוואי הגדר את הגבול העתידי של מדינת ישראל. שר הביטחון לשעבר, הוא המשיב 2, התבטא בראיון רדיו כי: "**ההתיישבות ביהודה ושומרון - חלק מהגבול העתידי של מדינת ישראל**". ואילו שרת המשפטים לשעבר, וכיום שרת החוץ, הגב' ציפי לבני צוטטה

כאומרת כי: "גדר הפרדה תשמש גבולה העתידי של מדינת ישראל". בהתאם לאותה גישה ממש החלה הממשלה, במסגרת התכנית שנקראה "תכנית ההתנתקות", במהלך לפינוי התנחלויות אשר לא נכללו בתוואי הגדר. בשלב הראשון פונו ארבע התנחלויות בצפון השומרון (גנים, כדים, שא נור וחומש) אשר הגדר לא כללה אותן ברצף טריטוריאלי עם מדינת ישראל, וגורמים בממשלה החלו להכין את הקרקע הציבורית לפינוי נוסף של יישובים ("תוכנית ההתכנסות") אשר נותרו מן העבר השני של גדר הפרדה.

150. שר המשפטים החדש, מר חיים רמון, קשר במפורש את הקמת הגדר, לפינוי עתידי של התנחלויות המצויות ממזרח לה, כאשר הצד השני של אותו מטבע הינו הכוונה להחיל על ההתנחלויות אשר נותרו ממערב לגדר, ריבונות ישראלית להלכה או למעשה, וכך הוא צוטט בעיתון "הארץ" מי וס 9.5.06: "הממשלה תקדם את חוק פינוי-פיצוי מרצון למתנחלים שיבקשו לעזוב את בתיהם בגדה המערבית, אחרי שתושלם בניית גדר הפרדה... רמון תומך בהצעת פיצויים לתושבי ההתנחלויות שמעבר לגדר, המיועדות להתפנות, אך לדעתו יהיה טעם לדון בכך רק לקראת שנת 2007, עם סיומו המתוכנן של פרויקט המכשול".

הכתבה מיום 9.5.06 מצורפת ומסומנות נספח ט"ז.

151. מהלך זה בכללותו מורה כי כוונת המשיבים הינה לשמור את כל השטחים המצויים ממערב לגדר הפרדה, בריבונות ישראל, כלומר לספחם דה-פקטו למדינת ישראל, ובמקביל לפנות יישובים אשר לא ניתן לבנות גדר הפרדה ממזרח להם. ההתניה של פינוי ההתנחלויות בהשלמת הגדר מלמדת כי **תוואי הגדר הוא שעתיד לקבוע את ההתנחלויות שיפנו.**

152. בית המשפט הנכבד קבע לאחרונה בפרשת מראעבה את המתודה על פיה ימשיך ויבחן את חוקיות גדר הפרדה, וזאת אל מול המתודה של בית הדין הבינלאומי בהאג (פיסקה 74):

"בית המשפט בישראל ימשיך לבחון כל קטע מקטעי תוואי הגדר, כפי שיובאו להכרעתו ועל פי מודל הדיון לפיו הוא נוהג; הוא ישאל עצמו לגבי כל קטע וקטע אם נמצא בו איזון מידתי בין הצורך הביטחוני-צבאי לבין זכויות האוכלוסיה המקומית. אם תשובתו תהא, לעניין קטע פלוני של הגדר חיובית, הוא יקבע שאותו קטע הוא חוקי. אם תשובתו תהא, לעניין קטע אלמוני של הגדר שלילית, הוא יקבע שאותו קטע אינו חוקי. בעשותו כן הוא לא יתעלם מהתמונה הכוללת, תוך שהכרעתו תהא תמיד לעניין כל קטע כחלק מהמכלול."

153. את התוויית הדרך של בית המשפט בפרשת מראעבה, כי חוקיות תוואי הגדר תיקבע מקטע-מקטע ולא בכללותה, וכי הקביעה ביחס לחוקיות הגדר הינה נגזרת של התשתית העובדתית המצויה בפני בית המשפט בכל מקרה וביחס למכלול – יש ליישם גם לעניין זה. קביעת בית המשפט בעניין בית סוריק כי תוואי הגדר הינו בטחוני ולא מדיני נכונה ביחס למקטע שעמד בפניו ולתשתית העובדתית שהונחה בפניו באותו מקרה. והנה עתירה זו מניחה תשתית עובדתית המורה במפורש כי תוואי הגדר הנדון בה, מראס עטיה למסחה, נקבע משיקולים מדיניים וזרים למאטריה של דיני התפיסה הלוחמתית, שמטרתם סיפוח דה-פקטו, ארוך טווח, של חלקים מהשטח הכבוש למדינת ישראל.

154. בפרשת בית סוריק, בחן בית המשפט את שאלת הסיפוח בהקשר של טעמיו של המפקד הצבאי (פרשת בית סוריק, עמ' 830-829). עמדת העותרים היא כי שאלה זו יש לבחון לאור התוצאות הנראות במציאות, ולא על יסוד השיקולים המשוערים שהנחו את המשיבים בקביעת הגדר. גישה זו 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 הדן הארצי לעבודה, פ"ד מד (4) 749, 759; 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 הדן הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, 241-242).

155. זו היתה גם גישת בית הדין הבינלאומי בהאג לשאלת הסיפוח דה-פקטו, 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, כאמור מציאות של סיפוח שטחים נרחבים דה-פקטו.

156. נוסף ונאמר כי לטעמנו בעתירה זו ניתן לקבוע אף לגבי המניעים לקביעת התוואי, כי המציאות המצטיירת מן ההשוואה של תוואי הגדר אל מול שטחי השיפוט ותכניות הבניה באיזור, כמו גם התבטאויות הדרג המדיני, מעלה כוונות מפורשות להגדלת שטחי ההתנחלויות וסיפוחן ברצף אחד אל הקו הירוק ואל שטח מדינת ישראל, בקביעת תוואי הגדר.

157. מדובר בשינוי מתוכנן ארוך-טווח בשטח הכבוש, בוודאי מבחינת בעלי הקרקעות והאוכלוסייה המקומית, הרואים כיצד כליאתם ממזרח לגדר תוך כדי הפרדתם מקרקעותיהם ויצירת תנאים בלתי אפשריים לחיי תרבות אנושיים בסיסיים, תהפוך בבוא העת, ולא בעתיד הרחוק דווקא, למצב של קבע.

**ה. תוואי הגדר ומשטר ההיתרים הנגזר ממנו מקיים את יסודות משטר האפרטהייד ומנוגד לדין הבינלאומי המינהגי**

158. האמנה לחיסול כל צורות האפליה הגזעית, משנת 1965, עליה חתמה מדינת ישראל, אסרה בסעיף 3 כל משטר של הפרדה גזעית (racial segregation) ואפרטהייד, והמדינות החברות בה התחייבו למנוע, לאסור ולבטל כל צורה פרקטיקה מסוג זה בשטחים שתחת סמכותן.

159. האמנה למניעת פשע האפרטהייד וענישה בגי נו (להלן: "האמנה"), הפכה את מושג האפרטהייד ממונח המתאר משטר שהופעל בדרום אפריקה בתקופה מסויימת, למושג משפטי העלול להתקיים בתקופות ובנסיבות שונות. בסעיף 1 לאמנה, האפרטהייד ופרקטיקות דומות אליו (similar practices and policies) הוגדרו כפשע נגד האנושות, וכמפרים את עקרונות המשפט הבינלאומי.

160. בהתאם לסעיף 2 לאמנה, אפרטהייד לצרכי האמנה, הוגדר ככולל גם פרקטיקות דומות לאפרטהייד, וחל על רשימה ארוכה של פרקטיקות שנועדו על מנת לבסס ולשמר עליונות (domination) של קבוצה גזעית אחת על פני כל קבוצה גזעית אחרת של אנשים ודיכוי שיטתי שלהם, במספר אופנים, וביניהם:

"(c) Any legislative measures and other measures calculated to prevent a racial group or groups from participation in the political life of the country and the **deliberate creation of conditions preventing the full development of such a group or groups, in particular by denying to members of a racial group or groups basic human rights and freedoms, including the right to work, the right to form recognized trade unions, the right to education, the right to leave and to return to their country, the right to a nationality, the right to freedom of movement and residence, the right to freedom of opinion and expression, and the right to freedom of peaceful assembly and association.**

"(d) Any measures including legislative measures designed to **divide the population along racial lines by the creations of sepsrate reserves and ghettos for the members of a racial group or groups, the prohibitions of mixed marriages among members of various racial groups, the expropriation of landed property belonging to a racial group or groups or to members thereof.**"

(ההדגשות שלנו)



161. חלוקת המרחב הגיאוגרפי בשטחים נשוא עתירה זו למובלעות מובלעות, המשורטטות על פי קווים אתניים של ישראלים-יהודים ופלסטינים, ומותרות את מירב שטחי הקרקע במובלעות הישראליות, מאפשרות את התפתחותן הבלתי מופרעת, וחונקות למוות איטי הישובים של בני הקבוצה האתנית האחרת. למרות שהחלוקה לקבוצות והאפליה הממוסדת והחמורה שבתחום הגיאוגרפי אינה נעשית כאן על בסיס גזעי, כי אם על בסיס אתני-לאומי, אף חלוקת האוכלוסיה באופן זה עונה על הגדרת האפרטהייד, או לכל הפחות מהווה פרקטיקה הדומה לאפרטהייד, האסורה אף היא על פי האמנה.

162. כאשר ההפרדה הגיאוגרפית אינה מושלמת, כמו במקרים של ישובים פלסטיניים שנותרו באיזור מרחב התפר, אזי היא מיושמת לא באמצעות גדר, כי אם באמצעים חקיקתיים ומנהליים בדמות משטר ההיתרים המגביל את תנועתם של הפלסטינים באיזור, ומכפיף אותם למשטר של היתרים, רשיונות, והגבלות תנועה בזמן ובמקום, בעוד התושבים ה"ישראליים" באותו שטח נהנים מחופש תנועה מוחלט ואינם כפופים לאותו משטר היתרים. ושוב נמצאנו עונים להגדרה לפיה החלוקה הגיאוגרפית בין קבוצות אוכלוסיה יכולה להיעשות אף באמצעים חקיקתיים ומנהליים.

163. חלוקת בני האדם לסוגים בהכרזה על מרחב התפר ובהיתר הכללי למרחב התפר, הכוללת כזכאים להיכנס אל מרחב התפר ולנוע בו כל "ישראלי", מותרת את האוכלוסיה הפלסטינית כקבוצה האתנית היחידה שתנועתה במרחב התפר אינה חופשית אלא הנמנים עליה נזקקים לאישור מיוחד על מנת להימצא בו. אפילו מבקרים ארעיים במדינת ישראל עולים בזכויותיהם באיזור זה על תושבי האיזור שהינם ילידיו ובעליו מימים ימימה.

164. ההגבלות הקשות על זכויות התושבים לתנועה חופשית, לחינוך, לשירותי בריאות, למקומות עבודה ומקורות פרנסה, הנגרמות על ידי הגדר אף הן עונות על ההגדרות של יצירת תנאים המונעים התפתחות של קבוצת אוכלוסיה ומקדמים עליונות בתנאיה של קבוצה אחת על פני הקבוצה האחרת.

165. האמנה פותחת בחלק ההצהרתי שבו נמנים כל היסודות במשפט הבינלאומי עליהם היא מתבססת, ומדגימה באופן חד משמעי כי היא מעגנת כללים הקיימים במשפט הבינלאומי המקובל על כלל אומות העולם. כפי שמונה ההקדמה, איסור האפרטהייד נובע מעקרונות בסיסיים במגילת האו"ם ובהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם. עוד בטרם התקבלה האמנה כנגד האפרטהייד, האפרטהייד נאסר באמנה בדבר חיסול כל צורות ההפליה הגזעית; מעשים היכולים להיחשב כאפרטהייד נכללו תחת האמנה למניעת

והענשת פשע השמדת העם; וכן מעשים א-הומניים הנובעים ממשטר האפרטהייד הוכרזו באמנה נוספת כפשעים כנגד האנושות. כן מזכירה ההקדמה כי העצרת הכללית של האו"ם אימצה מספר החלטות שבהן פרקטיקות של אפרטהייד מגוונות כפשע נגד האנושות, וכי מועצת הבטחון הכירה בכך כי האפרטהייד מסכן את השלום והבטחון העולמי.

166. פרק ההקדמה מסתיים בכך כי האמנה:

**"Would make it possible to take more effective measures at the international and national levels with a view to the suppression and punishment of the crime of apartheid."**

כלומר, האמנה אינה קונסטיטטיבית ביחס לפשע האפרטהייד, הקיים ומוכר במסמכים בינלאומיים רבים, כמו גם בפרקטיקה של גופי האו"ם והקהילה הבינלאומית, אלא באה לספק אמצעים יעילים יותר לאכיפת איסור האפרטהייד במישור הבינלאומי והלאומי כאחד. לפיכך, מנוגדת בניית הגדר כשלעצמה, ומשטר ההיתרים המתלווה אליה, לאיסור האפרטהייד בדין הבינלאומי המינהגי.

167. לסיכום:

1. תוואי הגדר באיזור הכפרים העותרים אינו מידתי והוא פוגע בזכויות תושביהם פגיעה קשה אשר אינה הכרחית ואינה עומדת ביחס לתועלת שהיא מביאה;
2. קביעת התוואי הוכתבה על ידי שיקול זר להמשיך ולאפשר הרחבת ההתנחלויות וחיבורן לשטח ישראל;
3. שיקול זר זה מהווה חריגה מסמכותו של המפקד הצבאי, לשקול אך ורק צרכים צבאיים ואת צרכי אוכלוסיית התושבים המוגנים;
4. תוואי הגדר מנוגד לאיסורים בדין הבינלאומי על פגיעה ברכוש פרטי ללא צורך צבאי החלטי, על סיפוח דה-פקטו ויצירת שינוי קבע, ועל החלת משטר אפרטהייד או משטר דומה, והוא מונע משיקולים מדיניים האסורים במשפט הבינלאומי.

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים, להופכו למוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרות ושכ"ט עו"ד.

היום, 25 במאי, 2006

---

סמדר בן-נתן, עו"ד  
ב"כ העותרות