

12 David Hachmi st.  
Tel Aviv 6777812 Israel  
Tel + 972-3-6206947/8/9  
Fax + 972-3-6206950  
contact@sfard.co.il

شارع دافيد حاخام 12  
تل-ابيب 6777812  
هاتف 03-6206947/8/9  
فاكس 03-6206950  
contact@sfard.co.il

רחוב דוד חכמי 12  
תל אביב 6777812  
טלפון 03-6206947/8/9  
פקס 03-6206950  
contact@sfard.co.il

Michael Sfar, Adv.  
Haya Abu Warda, Adv.  
Hagai Benziman, Adv.  
Alon Sapir, Adv.

מיخائיל ספארד, מחامي  
هيا أبو وردة, محامية  
حجاي بنزيمان, محامي  
الون ساپير, محامي

מיכאל ספרד, עו"ד  
הייא אבו ורדה, עו"ד  
חגי בנזימן, עו"ד  
אלון ספיר, עו"ד

8 בינואר 2020

לכבוד  
מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית  
האלוף נדב פדן  
לשכת אלוף פיקוד מרכז 64,  
ד"צ 02367, צה"ל  
באמצעות פקס מס': 02-5305724

העתק: יועמ"ש איו"ש, אלי"מ אייל טולדנו באמצעות פקס מס' 077-4701860

**הנדון: דרישה לפרק את מקטע גדר ההפרדה באזור הכפרים קפין, עכאבה ונזלאת  
עיסא, בחלקיו החורגים מזרחה מהקו הירוק**

בשם מרשינו: ח'סיב ת.ז., הרשה ת.ז.,  
עמאר ת.ז., סבאח ת.ז.,  
חסין ת.ז., דאוד ת.ז.,  
עלושי ת.ז., עמארנה ת.ז.,  
והמוקד להגנת הפרט - ע.ר.

שלום רב,

**אנו פונים אליך בשם מרשינו שבנדון, תושבי הכפרים קפין, עכאבה ונזלאת עיסא, בדרישה כי  
תורה על פירוק מקטע גדר ההפרדה באזור כפריהם, בחלקיו החורגים מזרחה מהקו הירוק (להלן:  
"מקטע קפין").** מקטע קפין מסומן במפה המצורפת למכתב זה ומסומן נספח 1.

כבר בפתיחה נבהיר כי מרשינו מתכוונים להיאבק בכל דרך חוקית העומדת להם בכדי שהגדר שמפרידה זה עשור וחצי ביניהם לבין אדמותיהם החקלאיות, הגדר המנשלת אותם הלכה למעשה מקניינם, מפרנסתם ומאורח חייהם – תפורק, ומשטר ההיתרים הפוגעני שקודמך בתפקיד החילו על מרחב התפר ועד היום מכתיב מי ייכנס למרחב ומי לא ומתי - יבוטל.

לפיכך, נמתין 30 ימים לתשובתך אבל ככל שלא נקבלה נמליץ בפני מרשינו לנקוט בהליכים משפטיים מתאימים לכפות את פירוק הגדר כאמור.

**בפנייה זו נעשה שימוש במונחים "גדר הפרדה" ו"מכשול הפרדה" לחלופין והכוונה בשניהם למערך הגדרות, שבילי הפטרול, גדרות התיל, שערים ומחסומי בטון שהוקמו על אדמות הכפרים הפלסטינים ממזרח לקו הירוק.**

1. אנו פונים אליך בשמם של מרשינו, שהינם כאמור בעלי אדמות במרחב התפר שנוצר ממקטע קפין של גדר הפרדה וכן בשמו של ארגון המוקד להגנת הפרט, ארגון לא ממשלתי הפועל למתן סיוע משפטי ואחר לתושבים המוגנים של הגדה המערבית ומזרח ירושלים שנפלו קרבן לפגיעה בזכויותיהם על-ידי הרשויות הישראליות.

2. כפי שיפורט להלן, מרשינו סבלו וסובלים מאבדן היכולת לשמר את זיקתם לאדמותיהם שנכלאו במרחב שבין הגדר לקו הירוק ולהתפרנס מהן וזאת כתוצאה מהמדיניות שאתה וקודמך יישמתם על המרחב. פגיעות חמורות אלה בזכויותיהם כמו גם השינויים במצב הביטחוני באזור מאז הוקמה הגדר, הופכים אותה לבלתי מידתית ובלתי חוקית ועל-כן יש לפרקה.

#### **א. פתח דבר: ההבטחה והפרתה**

1. בשנת 2002, על רקע גל פיגועי טרור קשים שהכה בישראל עם פרוץ האינתיפאדה השנייה, החליטה ממשלת ישראל על הקמת מכשול שייצור חיץ בין חלקים של הגדה המערבית בהם מתגוררים רוב רובם של התושבים הפלסטינים לבין חלקים אחרים של הגדה המערבית ומדינת ישראל. הנימוק העיקרי שהציגה ממשלת ישראל ועימה מערכת הביטחון להחלטה זו באותה עת היה הצורך למנוע מעבר בלתי מבוקר של פלסטינים לתחומי התנחלויות רבות ולתחומי מדינת ישראל ובכך למנוע פיגועים.

2. בניית הגדר הסתיימה סופית במקטע נושא פנייה זו בשנת 2005, כאשר חלקים נרחבים ממנה הוקמו על תוואי שחורג מהקו הירוק ופולש עמוק לתוך שטחי הגדה המערבית ויוצר "מובלעת" התחומה ממזרח בגדר הפרדה וממערב בקו הירוק. בתוך מובלעת זו נכלאו אדמות חקלאיות רבות של מרשינו ושל משפחות רבות אחרות המתגוררות בכפריהם. במובלעת אין התנחלויות ישראליות, אין אדמה השייכת לישראלים ואף יישוב ישראלי אינו ממוקם בצמוד לקו הירוק באזור זה (הישוב הקרוב ביותר הוא קיבוץ מצר שמצוי כקילומטר וחצי בקו אווירי מערבה לקו הירוק, ובקעה אל ערבייה שאמנם צמודה לקו אך מדרום למקטע).

3. התיזה שעמדה ביסוד הקמת הגדר ואשר אושרה בעשרות פסקי דין של בית המשפט הגבוה לצדק (אך נפסלה מכל וכל בחוות-הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק שבהאג<sup>1</sup>) היא שמותר על פי דין למפקד הצבאי לתפוס שטחי קרקע בשטח המוחזק בתפיסה לוחמתית, להקים עליהם מכשול ולפקח ולסנן את העוברים דרכו לצידו השני, וזאת בכדי לקדם אינטרס ביטחוני של הגנה על מדינת ישראל ועל התנחלויות ישראליות. **הבסיס המשפטי להקמת המכשול הניח שהגדרות וחומות הבטון, שבילי הטשטוש והתלתליות שיוצרות את המכשול הם כולם מתקנים זמניים וככל שהצורך הביטחוני יפוג או ישתנה, גם צווי התפיסה שהוצאו לצורך הקמת המכשול יפוגו.** תפיסה זמנית זו מצאה אחיזה הן במבנה המשפטי של תפיסת האדמות לצורך הקמתה – תפיסה ולא הפקעה שמטבעה היא זמנית ונוטלת חזקה ולא בעלות מבעלי הקרקע, והן בפסיקת בית המשפט העליון בין היתר בבג"צ 9961/03 **המוקד להגנת הפרט נ' ממשלת ישראל ואח'** (פורסם בנבו, 5.4.2011, להלן: **עניין המוקד להגנת הפרט**), שם כתבה הנשיאה ד' בייניש בסיכום פסק דינה בפס' : 46

*"אין לנו אלא להביע משאלה ותקווה כי מצב הדברים בו חוצצת גדר בין חלקים באוכלוסייה המבקשים חיים משותפים עם יתר חלקיה, הינו מצב חולף תלוי מציאות זמנית קשה."*

4. אלמנט שני בתיזה המשפטית שעומדת ביסוד הקמת הגדר הינו שתוואי הגדר חייב לעמוד במבחן **המידתיות** קרי שהתוואי משרת את המטרה שלשמה הוקמה הגדר עליו, שאין אמצעי פוגעני פחות בזכויות הפלסטינים שמשיג את המטרה המוצהרת שבבסיס הקמתה ושהפגיעה בזכויות הפלסטינים אינה גדולה מהתרומה שהגדר מעניקה לאינטרס הביטחוני בתוואי שנבחר לה (לעומת תוואים אלטרנטיביים אפשריים). לעניין זה ראו פסקי הדין המנחים: בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל** פ"ד נח(5) 806 [להלן: **עניין בית סוריק**] ובג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל** (פסק דין מיום 15.9.2005) [להלן: **עניין אלפי מנשה**]].

5. בכדי לשכנע את בית המשפט בעתירות השונות שעסקו בחוקיות הגדר (הן אלו שנגעו למקטעים שונים שלה והן אלו שעסקו בחוקיותה באופן כולל) שהגדר עומדת בתנאי המידתיות, ממשלת ישראל ומפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית פיזרו הבטחות רבות. הם הבטיחו שניהול המעבר של פלסטינים לאדמותיהם שממערב לגדר יעשה באופן שימנע פגיעה קשה בפרנסתם ובזיקתם לקרקע. הם הבטיחו שמשטר ההיתרים שיצרו עבור המרחב יהיה ליברלי ויאפשר שימור הנוכחות והזיקה הפלסטינית בו. משיבים אלה לעתירות הרבות שהוגשו בעניין הגדר נתנו את מילתם לשופטי בית המשפט העליון פעם אחר פעם שאף שהם מקימים חיץ פיזי שמונע מהפלסטינים גישה לאדמותיהם, השערים

<sup>1</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, **Advisory Opinion**, ICJ GL No 131, [2004] ICJ Rep 136, (2004) 43 ILM 1009, ICGJ 203 (ICJ 2004), 9th July 2004

שיוצבו באותו חיץ ומדיניות ניהול המעבר בהם יקטין עד מאוד את הנוק שיגרם לחקלאים, לבעלי העסקים, ולכל מי שיש לו קשר לגיטימי לשטח שהופרד.

6. בהתאם עשרות עתירות שאתגרו את חוקיות הגדר במקטעים שונים שלה נדחו, בין היתר לנוכח הבטחות אלו של הגורמים הרלבנטיים לאפשר לתושבים המוגנים גישה מקסימלית לאדמותיהם שבמרחב התפר. הבטחות אלה קיימו, על פי קביעות ביהמ"ש, את האיזון הנדרש בין הצורך הבטחוני בהקמת גדר ההפרדה ורגולציה של העוברים דרכה לבין הצורך בצמצום הפגיעה בזכויותיהם של התושבים המוגנים לקניינם ולגישה מלאה לאדמותיהם החקלאיות.

7. ובכן, לאחר כעשור וחצי של חיים בצל הגדר, הנתונים של מקטע קפין מוכיחים שלכל הפחות ביחס לאזור הכפרים קפין, עכאבה ונזלאת עיסא ההבטחה הופרה. הן המדיניות והן הפרקטיקה של ניהול מרחב התפר על-ידי כוחות הצבא אינם מאפשרים הלכה למעשה לתושבי כפרים אלה לקיים את הפעילות החקלאית שהייתה במקום טרם הקמת הגדר.

8. כפי שיפורט להלן, ובשל תהליכים שונים שיפורטו גם הם, השורה התחתונה היא שהקמת הגדר הביאה להפחתה של 90% (תשעים אחוזים!) בפרנסת מרשינו ובני ובנות קהילותיהם מהאדמות שנכלאו מעבר לגדר, וזאת בהשוואה לתנובת אדמות אלה טרם הקמת הגדר. בין היתר הדבר הוא תולדה של הידוק החבל שנכרך סביב צוואר הבקבוק של היתרי הכניסה למרחב:

א. בעוד שבשנת 2014 (למשל) אושרו 75% מהבקשות להיתרי חקלאי למרחב התפר כולו (במספרים מוחלטים 3221), הרי שבשנת 2018 אושרו רק 26% מהבקשות להיתרים (1876 היתרים).

ב. בעוד שבשנים 2012-2014 הונפקו בין 1800 ל-2000 היתרים בכל שנה לתושבי הכפר קפין לבדו, כיום מספר ההיתרים הצטמק לכ-350 בשנה, ירידה של 85%!  
מספר היתרי הכניסה שניתנו לתושבי הכפר עכאבה צנח ממוצע שבין 189-165 היתרים עד שנת 2014, ל-65 היתרים כיום.

9. ההגבלות שהלכו וגברו על זכאות להיתרי מעבר ועל תיחומי הזמן שבו רשאים בעלי היתרים להכנס; האיסורים על הכנסת ציוד חקלאי, חומרי ריסוס ודשנים; שעות פתיחת השערים המצומצמות והבלתי מתאימות לעבודה חקלאית; ההגבלות שהוכנסו על שימוש בקרקע לצרכי מרעה; הביורוקרטיזציה והסחבת בטיפול בבקשות להיתרים ובערורים על החלטות הדוחות אותן; והפרקטיקה של פגיעה גם בבעלי היתרים על-ידי אנשי כוחות הביטחון המוצבים בשערים הבודדים שהוצבו במקטע קפין - כל אלו הביאו לכך שמטעים במרחב התייבשו, אדמות הועברו, תנובת עצי הפרי שנותרו צנחה וחקלאים רבים התייאשו ואינם מנסים יותר להגיע לאדמותיהם.

10. המציאות כפי שנשקפת מהניסיון של בעלי הזיקה לאדמות במרחב התפר במקטע קפין מוכיחה כי אין כל אפשרות ברת קיימא לקיים חקלאות פלסטינית במרחב זה וככל שנגזר שהגדר תישאר במקומה בתוך זמן קצר חקלאות זו תיעלם כליל, ואיתה הקשר בין הפלסטינים לאדמתם.

11. אכן, המדיניות והפרקטיקה של ניהול המרחב חברו לכוח גדול שבקרוב מאוד יביא לכך שהנוכחות הפלסטינית במרחב התפר של מקטע קפין תיעלם באופן כליל.

12. ההבטחות שהופרו התבססו על מנגנון מתן היתרי כניסה למרחב התפר. מנגנון זה מורכב כידוע מהכרזה עליו כשטח צבאי סגור וממערך שמאפשר הגשת בקשות להיתרים. ההכרזה והצווים הנלווים לה יצר משטר שמסדיר את תנועתם ונוכחותם של פלסטינים באזור, הוא "משטר ההיתרים". בפועל, משטר זה הפך את מרחב התפר למרחב סגור בפני תושבים פלסטינים שלהם אדמות, בתים, עסקים, לקוחות, ידידים וקרובי משפחה במרחב, והסדיר סוגים שונים של היתרים בהם אותם פלסטינים נדרשים להצטייד לצורך כניסה או יציאה ממנו.

13. משטר ההיתרים כולל רכיב שאמור לזעזע כל מי שמאמין בשלטון החוק כמוסד שאמור לשרת ולקדם ערכים יסודיים של כבוד האדם, חירות ושוויון: בהכרזה על המרחב כשטח צבאי סגור נקבע כי היא אינה חלה על ישראלים, וישראלי מוגדר בה כמי שהינו אזרח ישראלי או תושב קבע וכן, למרבה הבושה, כל מי שזכאי לאזרחות ישראלית לפי חוק השבות קרי – יהודים. הנה כי כן, בעוד שפלסטינים שחיים במרחב, שיש להם רכוש בו, שהוריהם והורי הוריהם נולדו בו ו/או עבדו בו ובכל מקרה מרחב שהיה שנות דור חלק ממרחב חייהם שלהם ושל קהילתם, בעוד שאלה זקוקים כיום להיתר כדי להיכנס אליו, כל בחור ישיבה מברוקלין זכאי – זכאי! – להיכנס למרחב זה מבלי שום צורך בהיתר וללא שום מגבלה.

14. חוקיות משטר ההיתרים נבחנה על ידי בית המשפט הגבוה לצדק בעניין המוקד להגנת הפרט לעיל. בית המשפט הגבוה לצדק אמנם דחה את העתירה אך עשה זאת במיוחד בתיק זה, בהתבסס על מגוון התחייבויות של קודמין בתפקיד. אלה התחייבו כי המשטר ינוהל באופן שיאפשר לקהילות הפלסטיניות שממוקמות לאורך התוואי להמשיך בחייהם ולהתפרנס מאדמתם. כך בפסקה 46 לפסק דינה מסכמת הנשיאה בייניש (כל ההדגשות כאן בציטוטים הבאים שלנו, אלא אם יאמר אחרת):

*"ההחלטה על סגירת מרחב התפר והחלת משטר ההיתרים במרחב עומדת במבחני החוקיות, ומכאן כי לא קמה עילה מצידנו להתערב בה. בקביעתנו זו נשענו כאמור לא רק על ההסדרים גופם, אלא גם על הצהרות המדינה בדבר מהלכים שנוקטים על-ידה כל העת, ואשר נועדו להביא לשיפור מערך הטיפול בבקשות השונות כמו גם להקלת הנגישות למרחב התפר, תוך צמצום הפגיעה הנגרמת באורח חיי התושבים הפלסטינים."*

15. כאמור, בשנים שחלפו נאסף מידע רב באשר להשפעת משטר ההיתרים המשתנה על התושבים הפלסטיניים בכלל ועל מרשיי במקטע קפין בפרט. **מידע זה משליך ישירות הן על מידתיות המשך קיומו של המכשול עצמו כיום בתוואי שנקבע לו כשהוקם, והן על מידתיות משטר ההיתרים עצמו שעבר שינויים רבים מאז הוכרז וכפי שנבחן בעת שנכתבו פסקי הדין בעניין.**

16. במקביל תכונותיו של מקטע קפין שיצר מובלעת שאין בה התנחלויות ישראליות ואין יישוב ישראלי הצמוד מהצד המערבי של הקו הירוק (היישוב הקרוב ביותר הוא קיבוץ מצר שממוקם למעלה מקילומטר וחצי מערבה לקו הירוק), כמו גם השינויים במצב הביטחוני הכללי באזור מאז הוקמה הגדר ועד היום – מחלישים מאוד את הצורך הביטחוני ומחייבים עריכת איזון מחודש לתוואי.

17. להלן ייטען שהותרת הגדר בתוואי שעליו הוקמה במקטע קפין אינה עומדת עוד במבחני המידתיות, וזאת הן בבחינת צרכי הביטחון והפגיעה במרשינו ובני ובנות קהילתם כשלעצמם, והן בשים לב לאופיו של משטר ההיתרים כפי שהוא בפועל כיום.

18. לאור האמור, עמדתנו שתוצג בפנייה זו היא כדלקמן:

- א. ראשית, שבהינתן המאפיינים של מובלעת מקטע קפין של מרחב התפר מבחינה ביטחונית, ובעיקר בהינתן שינוי הנסיבות הביטחוניות מאז הוקמה הגדר, אין יותר הכרח ביטחוני להצבת מכשול במקטע קפין שאינו על הקו הירוק.
- ב. שנית, שהפגיעה אדירת המימדים בזכויות היסוד של מרשינו וקהילותיהם לתנועה, לקניין, לפרנסה, לתרבות ולחיי משפחה וקהילה הנפכים את הגדר לבלתי מידתית הן במובן שיש אלטרנטיבה פוגענית פחות (מכשול על הקו הירוק) והן במובן של המידתיות במובן הצר, קרי שהפגיעה במרשינו עולה בהרבה על התרומה לביטחון אל מול האלטרנטיבה;
- ג. שלישית, תוואי הגדר במקטע הנדון לצד מדיניות משטר ההיתרים המובילה ל"ניקוי" השטח מנוכחות פלסטינית, יוצרים הלכה למעשה סיפוח אסור של שטח כבוש וגם מטעם זה היא בלתי חוקית.

19. נבקש לסיים את הפתיח של פנייתנו זו באיזכור הדברים שאמר המוקד להגנת הפרט בעתירה המוזכרת לעיל שאתגרה את חוקיות משטר ההיתרים. טענו אז, במה שהיה בגדר נבואה - שכן הגדר טרם הושלמה בחלקים שלה ורק עתה הושלמה בחלקים אחרים, שלא ניתן לנהל חיים במרחב באמצעות היתרים ושגורל הנוכחות של בעלי הזיקה לאדמות לדעוך עד כדי היעלמות. טענו גם שזו בעצם המטרה ביסודו של המשטר, שבניגוד להצגתו כפתרון שיבטיח גישה לבעלי זיקה הוא יהפוך עם הזמן לאמצעי נוסף לנישול תושבי האזור מאדמותיהם. וכך כתבנו אז בתגובה להודעות עדכון מטעם המדינה על נתוני משטר ההיתרים:

אשליה היא לחשוב שניתן להחזיק אוכלוסייה של מאות אלפי בני-אדם ולנהלה במשטר היתרים בירוקראטי וכך לקיים חיי אנשים, קהילות ועם. לא ניתן גם אם יש למאן שהוא בקרב המשיבים כוונת טובות לאפשר בגבולות משטר ההיתרים ומטרותיו את המשך "מרקם החיים". הדבר אינו אפשרי כי בני אדם אינם מכוונת שניתן להפעילן בהתאם לספר הדרכה עם כללים אחר נוקשים האומרים כמה שעות יופעלו לצורך כזה או אחר."

(תשובת המוקד להגנת הפרט העותרת בבג"ץ 9961/03 להודעות המעדכנות מטעם המדינה, 1.11.2009, פסקה 32).

20. אשר יגורנו בא לנו. בעשר השנים מאז נכתבו מילים אלו ולאחר שבג"צ דחה כפי שפורט לעיל את העתירה באמונה שהבטחות המדינה תתגשמה, המציאות הוכיחה שהחששות היו מוצדקים. **מדיניות ופרקטיקה חברו להן להכחיד נוכחות פלסטינית במרחב התפר.**

## **ב. הפסיקה בנושא מרחב התפר ומשטר ההיתרים ביתר פירוט**

21. ביום 30.6.2004, ניתן פסק הדין בעניין בית סוריק. בפסק הדין נקבע כי הוראות המשפט הבינלאומי ובייחוד תקנה 46 לתקנות האג וסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, מטילות על המפקד הצבאי חובה להימנע מפעולות הפוגעות בתושבים המקומיים בשטח התפוס [שטחי הגדה המערבית] ולהבטיח כי לא ייפגעו מהפעולות הצבאיות. מכאן שעל המפקד הצבאי לאזן בין צורכי הביטחון לבין צרכיה של האוכלוסייה המקומית (שם, בעמ' 836).

22. מלבד היותו של עקרון המידתיות עיקרון בסיסי של המשפט הבינלאומי בכלל ושל דיני התפיסה הלוחמתית בפרט, הוא גם אמת מידה מרכזית במשפט המינהלי הישראלי החל באזור הנתון לתפיסה לוחמתית, וכל הגבלה על חירותם של התושבים המקומיים תיבחן לאורו ולאור שלושת מבחני-המשנה של המידתיות: התאמת האמצעי למטרה, היעדר אמצעי שפגיעתו פחותה ואיזון בין הפגיעה לתועלת ("מדתיות במובן הצר") (עניין בית סוריק, בעמ' 836). עוד נפסק כי איזון זה מצוי בגדר מומחיותו של בית המשפט, משום שבית המשפט הוא המומחה להיבטיו ההומניטריים של נושא גדר ההפרדה (שם, בעמ' 845).

23. נפסק עוד כי במקרה הקונקרטי של התוואי שתוכנן סביב הכפר בית סוריק, אין בכוחו של משטר הרישוי שהמפקד הצבאי החיל על מרחב התפר למנוע את מימדיה של הפגיעה הקשה בתקלאים המקומיים או להפחיתה באופן משמעותי (פס' 82 לפסק דינו של הנשיא א' ברק). עוד נקבע כי באותם מקומות בהן גדר ההפרדה חוצצת בין התושבים הפלסטינים לבין אדמותיהם, יש להבטיח מעבר שיקטין ככל האפשר את הפגיעה בהם. לבסוף נקבע שם כי לאור אי-מידתיות ההסדר המוצע, יש לשנות את רובו של תוואי הגדר שנקבע במקטע דשם כדי להוציא ממרחב התפר אדמות רבות אל הצד הפלסטיני בכדי שאלו ישוחררו ממשטר ההיתרים.

24. מספר שנים לאחר שניתן פסק הדין בעניין בית סוריק, ניתן פסק דינו של בית המשפט הגבוה לצדק בעניין המוקד להגנת הפרט שהוזכר לעיל. במסגרת עתירה זו התמקד הדיון בשאלת חוקיות משטר ההיתרים שהוחל על מרחב התפר. הנשיאה דאז כבוד השופטת בייניש בחנה בפסק דינה את משטר ההיתרים לאור הפסיקה בעניין בית סוריק, ובמיוחד את הוראותיו של "קובץ פקודות הקבע מרחב התפר וניהול טיפול בשימוש לרעה בהיתר מרחב התפר" (להלן: **הקפ"ק**) כפי שהיה קיים ומעודכן לעת ההיא, בעיקר לאור מבחן המידתיות השני: האם קיים אמצעי שפגיעתו פחותה מהקבוע בקפ"ק.

25. על פי פסק הדין בעניין המוקד, בקפ"ק "מוצגים מכלול ההסדרים שגובשו ביתר פירוט, והוא נועד להוות בין היתר כלי יישומי לטיפול בבקשות השונות לקבלת היתרים למרחב התפר. כן כולל הקפ"ק דוגמאות לטופסי בקשה שונים ולמסמכים הנדרשים לצורך הגשתן" (פסי' 5 לפסק דינה של הנשיאה בייניש).

26. יצוין, כי כבר בדיון בעניין המוקד, הציגו העותרים שם נתונים על ירידה חדה שחלה בהנפקת תעודות חקלאי קבועות במרחב התפר מאז הוחל משטר ההיתרים, ועל קשיים שונים בהם נתקלים חקלאים בכניסה לשטח המרחב ולעיבוד אדמותיהם. "זאת, הן לאור מנגנון הטיפול המסורבל בבקשות, היעדר רציפות בטיפול החקלאי הנובע מהיתרים המוענקים לזמן קצר, שערים שזמן פתיחתם מוגבל וקשיים בהעברת כלי רכב הן לצורך גישה לאדמות והן לצורכי עיבוד חקלאי" (שם, בפסי' 33 לפסק דינה של הנשיאה בייניש). כנגד כך "התייחסה המדינה בתמצית למכלול ההסדרים הנוגעים לחקלאים, הנוגעים לשיטתה מענה סביר לקבוצת אוכלוסייה זו" (שם).

27. כבוד הנשיאה בייניש התייחסה לנקודה זו בפסקה 34 לפסק דינה ומדבריה עולה כי היא השתכנעה מהצהרות והבטחות המשיבים שם ומכוונותיהם לאפשר שימור הזיקה של הפלסטינים לאדמותיהם:

*"בנסיבות העניין שלפנינו נראה אכן על-פני הדברים כי המשיבים מכירים בזכותם של התושבים להמשיך לעבד את אדמותיהם ומבקשים להביא לכך שבעלי הזיקה לאדמות במרחב התפר ימשיכו בעיבודן, תוך מתן אפשרות לקרובי משפחה ועובדים אחרים לסייע להם בעבודתם. כן עולה כי קיימים מעברים מיוחדים שנועדו להסדיר כניסה למרחב - שחלקם מותאמים לפעילות החקלאית בהתאם לצרכים העונתיים. נראה לנו כי הסדר זה נותן מענה סביר הממזער את הפגיעה בזכויותיהם של החקלאים, ואנו מניחים בקביעתנו זו כי המשיבים אכן יוצקים תוכן ממשי להצהרותיהם באשר לחשיבות שבהמשך מתן מענה ראוי לצורכי החקלאים באזור."*

28. ובכן, בית המשפט הגבוה לצדק, מפי נשיאתו, דחה את העתירה על יסוד המצג שקיבל מהמשיבים, קרי הרשויות האמונות על משטר ההיתרים, לפיו הם מכירים בזכויות החקלאים ובני משפחותיהם והעובדים שלהם להיכנס למרחב כדי לעבד את אדמותיהם, באופן שמתחשב באופי הפעילות שלשמה הם נכנסים. ואכן המשיבים לא חסכו בהבטחות:



”התרשמנו כי המדינה ממשיכה ופועלת לעיצובם של הסדרים פרטניים שיקלו על מעברם של התושבים למרחב התפר ויציאה ממנו - בהתחשב בצרכים השונים של התושבים - תוך שיפור המעברים בין מרחב התפר לשטחי אינו”ש ושידרוג דרכי הגישה השונות ביניהם”

29. עם זאת, בית המשפט מצא לנכון להתערב באופן נקודתי בקפ”ק וקבע לגבי מדיניות הנפקת היתרים לצורך ”עניין מזדמן” כך:

”נראה לנו בכל מקרה כי על המינהל האזרחי לגלות גמישות בנכונותו להנפיק היתרים אלה, המהווים, כך נראה, נדבך מרכזי ביכולתם של התושבים במרחב לשמור על קשרי קהילה וחברה עם משפחותיהם וחבריהם המתגוררים באזור. גישה המאפשרת כניסה לא רק לבני משפחה אלא גם לכלל התושבים המקיימים קשרים חברתיים ועסקיים עם תושבי המרחב, חיונית לשמירה על מרקם החיים”

30. סיכומו של דבר הוא זה: פסקי הדין המנחים שנוגעים לגדר ההפרדה התיירו למפקד הצבאי להקימה מטעמי ביטחון ולנהל את הגישה של פלסטינים למרחב שיצרה (גם כן מטעמי ביטחון), והכל תחת ההנחה שניהול זה יעשה באופן שיכבד את זכויות הפלסטינים ויאפשר מעבר אפקטיבי כפי הנדרש לצרכים השונים של השלייה הפלסטינית במרחב – חקלאות, עסקים, עבודה וצרכים אחרים.

### ג. המצב בפועל: החיים במקטע קפין בצל הגדר

31. מאז שניתנו פסקי הדין לעיל, חלו שינויים רבים ומשמעותיים הן במצב הבטחוני, הן במצבם של החקלאים הפלסטינים בעלי האדמות שבמרחב התפר והן בקפ”ק. שינויים אלה שומטים את הקרקע, ביחס למרחב קפין אותו נבחן כאן, מתחת לטענות בדבר האפקטיביות של הפתרון שהוצע על מנת לצמצם את הפגיעה בבעלי האדמות, וכתוצאה מכך מערערים את הקביעה שנקבעה לזמנה בדבר המידתיות של הפגיעה שיש לגדר בזכויות התושבים המוגנים. שינויים אלה מחייבים בחינה מחודשת של חוקיות תוואי הגדר, בהינתן הנתונים והעובדות שהצטברו עם השנים, ומחייבת תכנון מחדש של התוואי.

32. חשיבותם של שינויים אלה נעוצה בכך כי הם מהווים הוכחה לכך שהחששות שבעבר הוצגו ע”י המדינה והצבא כספקולטיביות וכמוגזמות, לא רק התממשו אלא אף החווירו לעומת הנזק שנגרם בפועל. לא רק זאת – החשד של העותרים השונים בעתירות הרבות נגד הקמת הגדר בחלקיה החורגים מהקו הירוק שמשטר ההיתרים ילך ויהפוך ל”קמצני”, דווקא ומצמצם עם השנים וככל שנתרחק מההכרעות שנסמכו על הבטחות המדינה – גם הוא התממש באופן שמטיל צל כבד – בדיעבד – על תום הלב של ההצהרות של המשיבים בתיקים השונים כשאלה התנהלו לפני למעלה מעשור.

33. מרשינו שבנדון הם תושבי הכפרים קפין, עכאבה ונזאלת עיסא אשר בצפון-מערב הגדה. תוואי הגדר שנקבע עובר בתוך אדמות כפרים אלו, ומותיר בצדו המערבי כ-7,500 דונמים של אדמות חקלאיות השייכות להם ולבני ובנות קהילותיהם. גדר ההפרדה, לצד משטר ההיתרים שהוחל על השטח, פוגעת קשות בזכויותיהם של כל תושבי האזור, ובהם מרשינו, בחופש התנועה שלהם, ביכולתם להתפרנס מקניינם ובמקום חייהם שכן הוא פוגע בגישתם לאדמותיהם החקלאיות ומנתק אותם ממקור הפרנסה העיקרי שלהם.

34. פרנסת תושבי שלושת הכפרים האמורים תלויה באופן קריטי בתנובת האדמות שנותרו במרחב התפר: במרחב זה מצויים כ-60% מהאדמות החקלאיות של הכפר קפין (שהם 5,000 דונם), ו-80% מהאדמות החקלאיות של הכפר עכאבה (2,500 דונם). אם כן, בהיותן קהילות חקלאיות שמתאפיינת בחיבור ותלות עמוקים באדמה ובעיבודה, ולאור הנתח הגדול מאדמותיהם ש"נלכד" במרחב התפר, השפעת הגדר על תושבי כפרים אלה היא אדירה ומורגשת כמעט בכל תחום בחייהם.

35. בהיות אזור מרחב התפר במקטע האמור בצד המערבי של הכפר קפין והדרום מערבי של הכפר עכאבה אזור חקלאי ברובו המוחלט, פרנסת תושבי האזור תלויה ביכולתם לעבד את האדמות, לזרוע אותן, להשקותן, לקטוף ולקצור את יבולן ולהעביר את התוצרת החקלאית לשווקים. **לאורך השנים מאז הקמת הגדר והחלת משטר ההיתרים היכולת לעשות כל זאת הלכה והצטמצמה, והפגיעה במרשינו ובקהילותיהם התעצמה כתוצאה מההגבלות שהלכו וגברו על גישתם למרחב, כפי שיפורט להלן.**

36. מלבד תלותם הכלכלית באדמותיהם, למרשינו קשר תרבותי ומסורתי חזק לאדמות. הם רואים בפעילות החקלאית מסורת משפחתית ותרבותית שהיא חלק מהותי מאורח חייהם ומרכיב מרכזי בזהותם, והאדמות והמטעים הם חלק בלתי נפרד ממרחב המחייה שלהם, מעולמם. כך, ניתוק מרשינו מאדמותיהם, וכתוצאה מכך השחיקה עד כדי התרבה של מטעיהם (כפי שיוסבר להלן) פוגעת לא רק בפרנסתם, אלא בזכותם לכבוד ולתרבות.

## **(2) ההגבלות על גישת מרשינו לאדמותיהם לאורך השנים במספרים**

37. נישול תושבי האזור מאדמותיהם שבמרחב התפר נעשה בהדרגתיות, באמצעים שונים, ולאורך זמן. לצד המכשול הפיזי שמגביל את גישתם של תושבי האזור למרחב התפר, עומדים התושבים אל מול המכשול המשפטי (משטר ההיתרים), שחלק בלתי נפרד ממנו הוא המכשול הביורוקרטי – הנהלים שמקשים עליהם להגיש בקשות ולקבל היתרים.

38. מדיניות: במהלך השנים הקפ"ק "עודכן" מספר פעמים, וגרם לצמצום היקף הזכאות להיתרי כניסה למרחב התפר. הדבר גרם להחמרת הפגיעה באוכלוסייה המתפרנסת מהאדמות במרחב, לירידה במספר ההיתרים הניתנים במוצע בשנה ולקיצור משך תוקפם. השינויים במדיניות ההיתרים נעשה בתואנות שונות חסרות כל קשר לביטחון ולצערינו גם לא להיגיון.

39. תמונה מרשיעה, חד משמעית ומבהילה נגלית מהנתונים הכלליים (ביחס לכלל מרחב התפר) כפי שאלו נמסרו על ידי המדינה, בתגובתה המקדמית במסגרת בג"ץ 6896/18 **רסמיה טעמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית ואח'**:

בשנת 2014 הוגשו 4288 בקשות לקבלת היתר חקלאי במרחב התפר, אשר מתוכן אושרו 3221 בקשות. כלומר, כ-75% מהבקשות אושרו.

בשנת 2015 הוגשו 4347 בקשות לקבלת היתר חקלאי במרחב התפר, אשר מתוכן אושרו 2661 בקשות. כלומר, כ-61% מהבקשות אושרו.

בשנת 2016 הוגשו 9687 בקשות לקבלת היתר חקלאי במרחב התפר, אשר מתוכן אושרו 4311 בקשות. כלומר, כ-45% מהבקשות אושרו.

בשנת 2017 הוגשו 5460 בקשות לקבלת היתר חקלאי במרחב התפר, אשר מתוכן אושרו 2389 בקשות. כלומר, כ-44% מהבקשות אושרו.

בשנת 2018 הוגשו 7187 בקשות לקבלת היתר חקלאי במרחב התפר, אשר מתוכן אושרו 1876 בקשות. כלומר, כ-26% מהבקשות אושרו.

40. שינויים אלה לא פסחו על מקטע קפין. כפי שיפורט בפרטי פרטים בהמשך **מספר ההיתרים שהונפקו לתושבי קפין ירד מ-2015 ועד 2018 ב-85%**! מספר היתרי הכניסה שניתנו לתושבי הכפר עכאבה צנח גם הוא באותו פרק זמן בכ-70-60 אחוזים.

41. פרקטיקה: לצד המדיניות שהלכה והחריפה את הפגיעה על-ידי צמצום הזכאות, הפרקטיקה של מתן אפשרות גישה בפועל בשערי הגדר הוסיפה קשיים נוספים והחמירה את קשיי הגישה. בפרקטיקה אנו מתכוונים לשעות פתיחת השער שבמקטע קפין בפועל, לבידוק שנערך לעוברים בו ולאופן שבו אנשי הביטחון שמוצבים בשער מחליטים למי יתנו לעבור ומתי. הקשיים בפועל מצמצמים באופן עקבי את הפעילות החקלאית מעבר לצמצום הנובע ממדיניות הענקת ההיתרים, והתוצאה של השילוב ביניהם היא ניתוק הקשר שנותר בין תושבי האזור לאדמותיהם שבמרחב התפר.

42. כפי שיפורט להלן, יישום משטר ההיתרים נעשה בצורה שמכתיבה פרשנות מצמצמת ביותר למהות ה"זיקה לקרקע" שמזכה בהיתר, וכן קובעת באופן מצומצם ביותר את היקפו של הצורך של חקלאים בגישה לאדמותיהם לצורך עיבודה. המשטר מכתוב מהי מכסת העובדים הנדרשת – ולכן מותרת – בכל חלקה, מהו משך הזמן הסביר למתן היתר, מהו הצורך הכלכלי בהיתר בכל תקופת זמן, האם ניתן להכניס כלי עבודה או לא. האם יש צורך לציין שאף אחד לא שאל ולא נועץ בחקלאי קפין, עכאבה או נואלת עיסא, ואף לא בנציגיהם ראשי מועצות הכפרים, בטרם קבע הצבא את הערכים בפרמטרים שלעיל?

(3) סוגי ההגבלות, השינוי בהן וההשלכות ארוכות הטווח על חיי הפלסטינים במקטע קפין

## I. הגבלות על המעבר בשערים במקטע קפין: שעות פתיחה ואיסור העברת ציוד חקלאי

43. כאמור לעיל, מרחב התפר הוכרז כשטח צבאי סגור בצו של מפקד כוחות צה"ל בגדה, כך שפלסטינים שמבקשים לגשת אליו למטרות חקלאיות או אחרות צריכים להגיש בקשה להיתר מיוחד על פי רשימת קטגוריות. חקלאים שבקשתם אושרה, חייבים לעבור משערים מיוחדים כדי להגיע לאדמותיהם במרחב התפר. חשוב לציין כי גם לאחר צליחת השלבים המייגעים של קבלת היתרי כניסה, תושבי הכפרים המבקשים להגיע לאדמותיהם נדרשים לעבור בשער המצוי הרחק מהיישובים ועבור חלקם הרחק מהאדמות, כאשר הדרך לאדמותיהם לאחר המעבר בשער היא ארוכה, הררית, ואף בלתי עבירה.

44. במקטע שמוביל מהכפרים קפין ועכאבה למרחב התפר קיים שער אחד שממנו עוברים חקלאי קפין, שער 436, ושער אחד עבור תושבי עכאבה הוא שער מספר 408. החל משנת 2005, שערים אלה נפתחים שלוש פעמים בשבוע: בבוקר השערים נפתחים לארבעים וחמש דקות, בין השעות 6:30 – 7:15, בצהריים לעשר דקות (!) בין השעות 10:12 – 12:00, ובערב בין השעות 16:30 – 15:45. בפועל, פעמים רבות פרקי הזמן הקצרצרים הללו אינם מספיקים אפילו למי שכבר הגיע למעבר וחיכה בתור. לעתים קרובות סוגרים חיילים את השערים בפני מי שיש בידו היתר, בשל מגוון של נימוקים, ואחד ממרשינו אף הצהיר כי במקרה אחד נמנעה כניסתו בנימוק שהבגדים שהוא לובש מוכיחים שהוא אינו מתעתד לבצע עבודה חקלאית.

45. הגבלות הזמן בפתיחת השערים באופן שאינו מאפשר מעבר סדיר של חקלאים לאדמותיהם פוגעת קשות באוכלוסייה המתגוררת באזור. הגבלות אלה משבשות את עבודתם של החקלאים, מגבילות את יכולתם לעבד את אדמותיהם באופן שוטף, ויוצרות מציאות שאינה מאפשרת הפקה של תוצרת כפי שהיה המצב טרם הקמת הגדר. כמו כן, פרקי הזמן בהם השערים נפתחים אינם מתאימים לצרכי החקלאים שכן הם מאלצים אותם לעבוד בשעות החום של היום, לעומת שעות העבודה המסורתיות של חקלאים שהן לפני ואחרי השעות החמות.

46. בנוסף לפרקי הזמן המוגבלים, קיימת גם מניעה של מעבר עם כלי רכב וציוד חקלאי. גם אם לבעלי היתרים מתאפשר להיכנס בגופם למרחב התפר, נמנע מהם להכניס אליו ציוד שבאמצעותו יוכלו לבצע פעולות חקלאיות חיוניות כגון השקייה סדירה, גיזום, חריש, וריסוס.

47. הגבלות אלו וגם האיסור על הכנסת דשן למרחב התפר, גורמות לכך שתוצרת חקלאית רבה שאינה נקטפת בזמן נרקבת ונזרקת, יבולים רבים מתייבשים בשל העדר השקייה סדירה, התפוקה החקלאית יורדת ומלבד הפגיעה בפוריות האדמות עצמן, פרנסתם של החקלאים נפגעת בממדים אדירים.

48. כל אלו גרמו לכך שחקלאים רבים נאלצו לוותר על גידולים מסוימים שמצריכים טיפול שוטף כגון שקדים, פאקוס, זעתר, במיה, טבק, ולהסתמך על גידולים שמצריכים טיפול פחות אינטנסיבי כגון זיתים, חיטה ושומשום.

## II. ההחמרה בתנאים לקבלת היתרים

49. לצד המגבלות על שעות המעבר והכנסת ציוד חקלאי, שיוצרות גישה מצומצמת שאינה מתאימה לצרכי החקלאות השוטפים, ההחמרה בתנאים לקבלת היתרי מעבר וצמצום מספר הזכאים להם החמירה עוד את המצב של האדמות וצמצמה עוד יותר את האפשרות של החקלאים לעבד את אדמותיהם ולהתפרנס ממנה. הצמצום הדרסטי בכמות וזהות האנשים שזכאים לקבלת היתר מעבר למרחב התפר לצרכי חקלאות לא רק פגע בכוח העבודה וביכולת להפיק את תנובת הגידולים, אלא פגע קשות באורחות חייהם של תושבי האזור שעבודת החקלאות עבורם מהווה אירוע משפחתי חברתי שמערב את בני משפחתם.

50. בהתאם למתואר בפסק הדין בעניין המוקד, כשהוחל משטר ההיתרים הוכחה של "זיקה" לקרקע בשטח הסגור זיכתה בהיתר. נכון לאותו זמן בקטגוריית הזיקה החקלאית נכללו גם בני משפחתם של הבעלים הישירים של האדמות, ומכסה מסוימת של עובדים שהועסקו על ידם ושסייעו להם בעיבוד האדמות.

51. בקפ"ק הראשון, לאורו בחנה הנשיאה בייניש את מידתיות משטר ההיתרים בתיק המוקד, נקבע כי "חקלאים המוכיחים זיקה לקרקע חקלאית במרחב התפר יונפקו ככלל היתרים לשנתיים" (ראו סעיף 27 לפסק הדין בעניין המוקד להגנת הפרט, ההדגשה שלנו). היתרים כאלו ניתנו מלבד לבעלי האדמות גם לבני משפחתם ולפועלים ששכרו.

52. מאז השתנו התנאים לקבלת היתר באופן הבא:

א. הוכנסה מגבלה לפיה לא יינתנו היתרי תעסוקה חקלאית (לפועלים) לגבי חלקות שגודלן קטן מ-5 דונם;

ב. החל משנת 2014 בני משפחה ובני זוג (גם אם מדובר ביורשים עתידיים) אינם זכאים להיתרים מטעם בעל האדמה. כתוצאה מכך בנטל הטיפול באדמות נושאים בעלי האדמות בלבד, שלרוב הינם אנשים מבוגרים שאינם יכולים לעמוד בעבודה שמצריכה ידיים עובדות רבות. מצב זה הוביל למחסור חמור בכוח עבודה, ובעלי אדמות רבים ויתרו על עבודתם באדמות שאילולא ההגבלות, הייתה משתלמת להם יותר.

ג. בשנת 2017 הוסף לקפ"ק תנאי גודל מינימלי של חלקה, שמתחת לו ככלל אין זכאות להיתר חקלאי (המדובר בחלקות שגודלן קטן מ-330 מ"ר ומכונות בקפ"ק "חלקה זעירה"). חלוקת האדמה לחלקות בין יורשים של בעלי אדמות שהורישו או העניקו אותן לילדיהם, בין היתר בשל היותם אנשים מבוגרים שנתקלו בקושי לעבד אדמתם לבדם לאור ההגבלה בסעיף הקודם, הובילה לכך שחלק נכבד מאוד מהחלקות שנוצרו לאחר חלוקה בין יורשים הינן "זעירות" לפי הקפ"ק החדש. על כן בעלי האדמות היורשים לא זכאים ככלל להיתר חקלאי. בכדי להיכנס לאדמה השייכת להם, הם נאלצים לבקש היתר לצרכים אישיים (שהינו היתר חד פעמי ולא עונתי). הגשת בקשה להיתר לצרכים אישיים לפני כל כניסה לחלקה מכבידה מאוד וגם לנוכח לוחות הזמנים שקבועים בקפ"ק להגשת בקשות וקבלת תשובה להן, אינה ריאלית לצורך פעילות חקלאית (יצוין כי בעניין זה תלויה ועומדת עתירה בבג"צ התוקפת את חוקיות המגבלה על "חלקות זעירות" - 6896/18 טעמה

**רסמיה נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית, והמוקד להגנת הפרט הוא העותר**  
(מספר 3 שם).

ד. הגבלות נוספות הוטלו במסגרת קפ"ק 2017 על רועי צאן שהורשו לרעות אך ורק בחלקת האדמה הספציפית של בעלי העדר – בניגוד לנוהג הקיים באיזור, ולפיו כניסת עדרים לחלקות שכנים מבורכת שכן המרעה מיטיב עם האדמה החקלאית. בנוסף לכך הוגבלה תקופת הרעייה וכן נקבע כי היתר יינתן רק אם שטח המרעה רחוק מהדיר או הרפת 2.5 ק"מ לכל היותר.

ההגבלות שהוטלו על רועים משמעותן צמצום שטחי המרעה וזמן הרעייה באופן קיצוני, עד כדי חוסר כדאיות מוחלט שלא יאפשר להם להמשיך בעיסוק זה ולפגיעה כלכלית קשה בבעלי הצאן ובני משפחותיהם.

ה. מאז שנת 2017, בעלי אדמות שהגישו בקשות להיתרים נדרשו לרשום את החלקה ברישום מקרקעין, ולשלם אגרה, תהליך מסורבל, יקר ומתיש. יצוין שהעובדה שלמעלה משני שלישי מאדמות הגדה אינם מוסדרות ורשומות נובעת מהחלטת מפקד כוחות צה"ל בגדה להקפיא את הליך ההסדר מיד לאחר הכיבוש ב-1967. מכל מקום דרישה זו גרמה לחקלאים רבים לנטוש את המאבק להיתר והוביל לצמצום נוסף במספר החקלאים שאוחזים להיתר מעבר.

ו. בשנת 2019 הקפ"ק עודכן כך שהתכלית מתן ההיתר אינו עוד **שימור הזיקה לאדמה אלא עיבוד האדמה ע"פ צורך חקלאי**.

ז. שינוי נוסף שהוכנס בקפ"ק 2019 הוא יצירת מכסה להיתרים לבעלי האדמות בהתאם לקביעה של קמ"ט חקלאות בדבר היקף הצורך של הגישה בהתאם לנדרש לכל סוג עיבוד. וכך בעוד שקודם לכן בעלים היה מקבל היתר לעונה שלמה עתה ההיתרים הם "היתרי כרטיסיה" המאפשרים מספר מוגבל של כניסות.

53. ההחמרות האמורות הביאו באופן ישיר לירידה דרסטית של מספר הזכאים להיתרים בכל מרחב התפר ובמקטע קפ"ק בפרט.

54. כפי שצינו לעיל במרחב התפר כולו חלה צניחה בהיקף הזכאים כך שבעוד שבנת 2014 שיעור מבקשי ההיתר שבקשתם אושרה עמד על 75% הרי שבשנת 2018 רק 26% מהמבקשים קיבלו היתר.

55. הנתונים הנוגעים למקטע קפ"ק, כפי שנמסרו לנו מהמועצות של קפ"ק ועכאבה מובהקים אף הם:

א. קפ"ק: בעוד שבשנים 2012-2014 הונפקו בין 1800 ל-2000 היתרים בכל שנה לתושבי הכפר קפ"ק, כיום מספר ההיתרים הצטמק לכ-350 בשנה, ירידה של 85%!

ב. עכאבה: בכפר עכאבה יש כיום ל-65 תושבים היתר, לעומת 165-189 היתרים בשנים שלפני 2014.

56. יש לציין, כי גם במקרה שבו מאבק להיתר מצליח, הרי שהוא מתקבל לאחר עיכוב ארוך, והאדמה שבזמן זה אינה מעובדת ומטופלת, מתייבשת, הגידולים ניזוקים, והיכול יורד לטמיון.

57. בנוסף, בידינו עדויות על מקרים שונים בהם הותרו היתרים ממש (ולא "רק" סורבה כניסה) על ידי חיילים שעמדו במעבר בגדר, ללא מתן כל סיבה להחרמה.

58. בפרשת המוקד טענו שהתכלית הביטחונית של גדר ההפרדה ומשטר ההיתרים אינה אלא כסות למטרה אחרת והיא – "להביא לריקונו האיטי של השטח הסגור מתושביו הפלסטינים ונישולם מאדמותיהם... באופן העולה כדי סיפוח האסור על פי כללי המשפט הבינלאומי" (סעיף 16 לפסק דינה של הנשיאה). **לא ניתן להבין את השינויים במשטר ההיתרים שתוארו לעיל אלא כמכוונים לריקון המרחב מנוכחות פלסטינית ונישול האדמות, כפי שנטען לפני עשור בעתירת המוקד. בדיעבד השינויים גם מוכיחים את חוסר תום הלב של המדינה בהבטחותיה בפני בית המשפט העליון כי המשטר הוא שיבטיח את הגישה של פלסטינים לאדמותיהם.**

### III. **הבירוקרטיה, הסחבת, ומסכת ההתשה הכרוכה בקבלת היתר**

59. גם עבור מי שזכאי להיתר ומחזיק במסמכים הנדרשים להוכחת בעלותו על הקרקע, ממתנינים קשיים עצומים בדמות בירוקרטיה מתישה.

60. החסם הראשון הוא הנוהל לפיו בעלי האדמות אינם רשאים להגיש את בקשתם להיתר ישירות במת"ק הישראלי והם נדרשים לפנות לקישור הפלסטיני. נוהל זה יוצר סחבת ארוכה ולעיתים יחלפו שבועות ממועד הגשת הבקשה בקישור הפלסטיני עד שזו מגיעה למת"ק הישראלי, ולעיתים אף מתברר לפונה כי הבקשה כלל לא הגיעה ליעדה ועליו לחזור ולהגישה בשנית, על כל המתנה הכרוכה בכך.

61. באופן דומה לעיתים מתברר כי הבקשה סורבה זמן קצר לאחר הגשתה, אך לפונה כלל לא נמסרה הודעה על כך והוא ממתין לשווא להיתר המיוחל. במקרים רבים הקישור הפלסטיני מעדכן את הפונה כי בקשתו סורבה, אך במקום להודיע לו מיידית על דחיית בקשתו ועל זכותו לערער על החלטה, הוא מונחה להגיש בקשה חדשה משום שלא רק שבקשתו כבר סורבה אלא לאור הזמן שחלף ממועד הסירוב הראשון, אין עוד אפשרות לערור עליו.

62. במקרה שהבקשה להיתר סורבה, מוכנס הפונה להליך בירוקרטי רב שלבי, בטרם תינתן לו הזכות לעתור לבית המשפט כנגד החלטת הצבא. ברוב המקרים על הפונה לבקש לזמנו לבירור רמת"ק. על הפונה להמתין מספר שבועות עד לקיומו של בירור ולאחריו עליו להמתין להחלטת הרמת"ק במשך שבועיים נוספים. במקרה שהרמת"ק לא מוצא לנכון לאשר את הבקשה להיתר, מופנה הפונה המבקש הפלסטיני לערכאת ערר נוספת של המינהל האזרחי – ועדת ערר. אז יהיה עליו להמתין עד חודש תמים עד שיומן לוועדה, ולאחר הופעתו בפניה, נדרשת המתנה של שבוע נוסף עד לקבלת החלטתה.

63. הגשת עתירה לערכאה משפטית כנגד החלטת הצבא מתאפשרת רק לאחר קבלת החלטה מוועדת הערר, ואף המתנה לדיון והכרעה בה יצטרף לפרקי המתנה הממושכים שכבר

חלפו במהלך השלבים הקודמים, כאשר במשך כל התקופה נמנעת מהפונה הפלסטיני הגישה לאדמה. כמו כן, בכל שלב ניתן להורות לפונה להגיש בקשה חדשה, דבר שמשמעותו חזרה לנקודת ההתחלה של ההליך הביורוקרטי.

64. לעתים קרובות, אף אישור הבקשה לא מביא לסיום הסחבת הביורוקרטית, ונרשמו מקרים רבים בהם פונים נאלצו להוסיף ולהמתין שבועות, ולעתים אף חודשים, עד שנמסר להם ההיתר בפועל. במקרים רבים ההיתר מגיע לידי הפונה הפלסטיני זמן רב לאחר תחילת תוקפו, דבר המותיר לו פרק זמן קצר יותר לצורך השימוש בו בטרם יאלץ להתחיל בהליך חידוש.

65. האמור לעיל אולי נשמע ונראה כמו פרודיה על מערך ביורוקרטי, אבל זה לא. זהו המערך שאמור לנהל חיים חקלאיים של קהילות בהן חיות מאות משפחות ואלפי בני אדם (רק במקטע קפין, בסה"כ מדובר במאות אלפי בני אדם כמובן). אל הספירלה הביורוקרטית נכנסים מלכתחילה חלק קטן של המעוניינים להגיע לאדמות מכל הסיבות שתוארו לעיל. אבל גם מאלו שאזרו את העוצמות הנדרשות לפסוע בנתיבי הבקשה להיתר לא נשארים רבים עד השלב האחרון וחלק גדול נושרים בצמתי הסחבת השונים. **זוהי לא תוצאה נלווית בלתי רצויה של המערך הקפ"קי הביורוקרטי – זוהי מטרתו: להקטין ככל שניתן את מספר מקבלי ההיתרים, לרוקן את מרחב התפר מנוכחות פלסטינית. והיא מושגת כפי שנראה מיד.**

#### (4) תוצאות המדיניות והפרקטיקה – הנזק בפועל למרשינו

66. את ההשלכות של ההגבלות על גישה ומניעת הכניסה של חקלאים לאדמות החקלאיות במרחב התפר של מקטע קפין, ניתן לראות דרך השינויים במצב האדמות שבו.

67. משטר ההיתרים אפשר אמנם כניסה יומית של בעלי היתרים חקלאיים עונתיים בהתאם לשעות פתיחת השערים שצוינו לעיל אולם המגבלות על העברת כלים חקלאיים והמגבלות בנוגע לשעות העבודה הביאו לכך שחקלאים רבים במקטע קפין ויתרו על גידולים עונתיים שדורשים טיפול שוטף ונאלצו להסתמך על גידולים שאינם דורשים עיבוד רב ומסתמכים על מי גשמים בלבד, ובעיקר עצי זית.

68. אולם, נוכח שינויי האקלים, הירידה החדה בכוח העבודה שנובע מהתמרה במדיניות הנפקת ההיתרים, וההגבלות שמנעו הכנסת חומרים וציוד שיאפשר טיפול במזיקים, גם ענף הזיתים נפגע קשות.

69. כתוצאה מכך, תנובת עצי הזית שבמרחב התפר ירדה בצורה דרסטית, הן ביחס לתנובה בתקופה שלפני הקמת הגדר, והן ביחס לתנובת עצי הזית שנמצאים בצד הפלסטיני של גדר ההפרדה.

70. כדוגמה, מנתונים על התוצר החקלאי השנתי שנמסר לידינו מאת מרשינו ראש מועצת הכפר עכאבה, מר תייסיר עמארנה, עולה כי בשנים 2017-2018, ממוצע התנובה השנתית של עצי הזית שבאדמות תושבי הכפר עכאבה **ירד בכ- 65%** לעומת תנובת העצים מאותם המטעים



בתקופה שלפני הקמת הגדר, ואילו באדמות הכפר קפין תנובת עצי הזית ירדה בכ-90% לעומת התנובה השנתית לפני הקמת הגדר.

71. מחקר שערך המשרד לתיאום עניינים הומניטאריים של האו"ם (OCHA) באדמות מרשינו מעלה שתנובת עצי הזית של מטעים שבמרחב התפר קטנה מתנובת המטעים שממזרח לגדר (ולכן הגישה אליהם חופשית) בהיקף משתנה שבין 50 ל-90 אחוזים ברוב המקרים וברוב השנים.

72. להלן, לשם הדוגמא, פירוט הפגיעות הכלכליות הישירות שנגרמו למרשינו שבנדון עקב הקמת הגדר, החלת משטר ההיתרים, והחמרת ההגבלות השונות לאורך השנים.

א. **מרשינו דאוד**, תושב נזלת עיסא, יליד 1961, נשוי ואב לארבעה ילדים. בבעלות משפחתו 6 דונם בחלקה מס' בגוש בנזלת עיסא. גדר ההפרדה עוברת באמצע החלקה שבעלותו וחוצה אותה לשניים. עד להקמת הגדר שימשו האדמות לגידול עצי הדר, והיו מופקים בין 400 ל-500 ארגזי פרי הדר בשנה. כיום, לאור ההגבלות על הגישה ואמצעי הטיפול באדמות, ננטעו באדמות בעיקר עצי זית, אשר התועלת הכלכלית מהם נמוכה בהרבה. באדמתו שבצד המזרחי של הגדר עדיין הוא מגדל גידולים עונתיים כמו עגבניות, חצילים וחיטה.

ב. **מרשינו הרשה**, תושב קפין, יליד 1952, נשוי. בבעלות משפחתו 12.5 דונם בחלקה מס' בגוש באדמות קפין שבמרחב התפר, שעברה להם בירושה מאביו שירש אותה מסבו. באדמה זו נטועים כיום עצי זית, והוא מתפרנס ממכירת שמן זית אותו מפיק מהיבול. לפני הקמת הגדר, היו נטועים באדמות שקדים, אבטיח, פול, עדשים וחמוס, ומר הרשה היה מתפרנס רק מחקלאות. כיום, לאור ההגבלות על הגישה ועל אמצעי העבודה באדמות, ולנוכח הפגיעה הקשה בפרנסתו כתוצאה מכך, הוא נאלץ לחפש מקור פרנסה אחר ופתח חנות למוצרי מזון. תנובת עצי הזית באדמתו ירדה מ-50 מיכלים של שמן זית בממוצע לכל עונת מסיק, לכ-5 מיכלים. ההפרש הכספי בהשתכרותו מחקלאות בין התקופה שלפני הקמת הגדר להיום, מגיע לכ-25 אלף שקלים בשנה.

ג. **מרשינו חסין**, תושב נזלת עיסא, יליד 1957, נשוי ואב לשבעה ילדים. בבעלות משפחתו 15 דונם בחלקה מס' בגוש באדמות נזלת עיסא במרחב התפר שעברה להם בירושה מאימו שירשה אותן מסבו. עד להקמת הגדר, היו מופקים מהאדמות ונמכרים בין 50 ל-60 מיכלי שמן זית בכל עונת מסיק. במהלך שנת 2019 הוחרם ההיתר שקיבל על ידי חיילת שעמדה בשער נזלת עיסא, מבלי לספק לו כל נימוק או הסבר לסיבה.

ד. **מרשינו עלושי**, תושב נזלת עיסא, יליד 1988, נשוי ואב לשני ילדים. בבעלות משפחתו 40 דונם בחלקה מס' בגוש באדמות קפין במרחב התפר. עיקר אדמות המשפחה משמש לגידול עצי זית לצרכי פרנסה, ועד להקמת הגדר היו מגדלים בנוסף לכך גידולים עונתיים לצריכה אישית כגון עלי גפן, חיטה,

שעורה ועוד. בתקופה לפני הקמת הגדר היו מופקים מהאדמות שבמרחב התפר בממוצע כ-60-50 מיכלי שמן זית בשנה. בשנים לאחר הקמת הגדר ולאור ההגבלות על הגישה לאדמות ועל הכנסת ציוד חקלאי, המשפחה מפיקה בממוצע 10 מיכלי שמן זית בשנה בלבד מאותה החלקה. כיוון שמדובר בכמות קטנה יחסית, היא מחולקת בין המשפחה לצריכה אישית ולא נמכרת. בנוסף מר עלושי היה קרבן לא אחת ליחס משפיל מצד החיילים בשער כאשר פעם אחת האשימו אותו שיבול הזיתים שעימו הוא גנוב ופעם אחרת חייל בשער החרים את ההיתר שלו מבלי לתת למעשה כל נימוק. רק לאחר חודשים ובעקבות דיון בוועדת ערר בה יוצג ע"י המוקד להגנת הפרט הוחזר לו ההיתר.

ה. **מרשינו תייסיר עמארנה**, תושב כפר עכאבה, יליד 1963, נשוי ואב לשמונה ילדים. מר עמארנה משמש כראש מועצת הכפר עכאבה. בבעלות משפחתו 200 דונם במספר חלקות בגוש של אדמות עקאבה במרחב התפר. עד להקמת הגדר, היו מגדלים באדמות המשפחה גידולים עונתיים כמו במייה, טבק, חיטה ושעורה. לאחר הקמת הגדר, בין השנים 2008-2014, גידלו כ-80-60 דונם של טבק. בשנה האחרונה, בשל ההגבלות על הגישה לאדמות, על הכנסת ציוד חקלאי, והקיצוץ במספר ההיתרים המונפקים לעובדים חקלאיים, נאלצה המשפחה להקטין את היקף גידול הטבק ל-3 דונם בלבד. גם התפוקה של מטעי הזיתים שלהם צנחה מתנובה של 300 ל-400 קילו שמן זית בשנה, ל 50 עד 80 קילו שמן זית בשנה. עדר הצאן של המשפחה הצטמצם מ-400 ראשי עדר עובר להקמת הגדר, ל-100 כיום.

ו. **מרשינו מחמד ח'סיב**, תושב קפין, יליד 1958, נשוי ואב לשמונה ילדים ומשמש כחבר מועצת הכפר קפין. בבעלות משפחתו 9 דונם בחלקה מס' בגוש באדמות קפין. עד להקמת הגדר, בנוסף לזיתים מר ח'סיב גידל באדמותיו גם מלפפונים, שעורה, וחיטה. עד להקמת הגדר הפיק מהאדמות כ-120 מיכלי שמן זית בשנה. כיום, מופקות מהאדמות שנכלאו במרחב התפר כ-10 מיכלי שמן זית בשנה בלבד, וההפסד נאמד על-ידו בלמעלה מ-50,000 ₪ בשנה.

ז. **מרשינו סמיר סבאח**, תושב קפין, יליד 1965, נשוי ואב לשבעה ילדים המשמש כחבר מועצת עיריית קפין ובעבר שימש כראש העיריה. בבעלות משפחתו 2.5 דונם בחלקה מס' בגוש של אדמות קפין במרחב התפר. עד להקמת הגדר, סבאח ומשפחתו עסקו ברעיית צאן בשטחי המרעה במרחב התפר, והיו מתפרנסים ממכירת מוצרי החלב של הצאן ומכירת כבשים. בשנים לאחר הקמת הגדר ולאור ההגבלות על הגישה לאדמות ועל רעיית צאן, נאלץ למכור את רובו המוחלט של העדר. בנוסף, התפרנסה המשפחה בעבר ממכירת שמן זית המופק ממטע הזיתים באדמות. בעבר הופקו מהמטע בין 50 ל-60 מיכלי זית המניבים כ-25 אלף שקלים בשנה, וכיום תנובת עצי הזית ירדה לכ-5 מיכלי שמן זית בממוצע בשנה בלבד. בעקבות ההרעה במצבה הכלכלי של המשפחה נאלץ סבאח לשכור אדמה חקלאית

בצד המזרחי של הגדר ולצאת לעבוד בענף הבנייה בישראל, עד שבשנת 2015 הוטלה עליו מניעה ביטחונית.

ח. **מרשינו** עמאר, תושב קפין, נשוי ואב לשבעה ילדים. בבעלות משפחתו כ-58 דונם במספר חלקות באדמות קפין במרחב התפר, ובאדמות נוספות בצד הפלסטיני. לפני הקמת הגדר, גידלה המשפחה במרחב התפר עצי זית, עגבניות, שומשום, אבטיחים, מלונים, עשבים, חיטה, שעורת, שקדים ועוד. פרנסת המשפחה התבססה בעיקר על מכירת שקדים וזיתים. בשנים לאחר הקמת הגדר ולאור ההגבלות על הגישה, התייבשו כל עצי השקד באדמות, וכלל ההכנסות מחקלאות ירדה לכשליש מההכנסה השנתית שהייתה לעמאר עובר להקמת הגדר. מר עמאר גם סבל לא אחת מיחס משפיל של חיילים שהוצבו בשער. כך למשל הוא התבקש מספר פעמים לזרוק את האוכל שהביא עימו ליום העבודה במרחב. בשנת 2017 סורבה בקשתו לקבל היתר חקלאי בטענה (שגויה) שהחלקה אינה במרחב שהתבטלה רק אחרי הליכים ארוכים ומייגעים שבהם יוצג ע"י המוקד להגנת הפרט.

73. בהתאם לנתונים שאספו מרשי, התוצאה של כל האמור לעיל מחרידה: תנובת מטעי הכפרים, היבול שמופק משדותיהם וחממותיהם כמעט ונעלם. בהעדר אישור להכניס עובדים לעבודת חקלאות, ובמיוחד לאחר השינוי המשמעותי במדיניות הנפקת ההיתרים בשנת 2015, שעות פתיחת השערים המצומצמות והמגבלה על הכנסת כלים חקלאיים – כל אלה יחדיו הביאו לכל אלה:

א. מספר זכאי ההיתר החקלאי צנח בהיקפים שבין 60-90 אחוזים;

ב. תנובת העצים נמוכה מזו שמחוץ למרחב התפר בהיקף שבין 50-90 אחוזים;

ג. תנובת הקרקע בפועל עומדת על 10% מהיקפה עובר להקמת הגדר.

ד. תוואי הגדר אינו עומד עוד במבחני המידתיות שנקבעו בפסיקה

74. כפי שפורט לעיל, חוקיותה של גדר ההפרדה נובעת מאיזון בין האינטרס הביטחוני שהיא אמורה לשרת לבין הנזק שנגרם לפלסטינים שעל אדמתם היא מוקמת ושמעבר לה מצויים אדמותיהם.

75. עמדתנו היא שמשטר ההיתרים אינו מסוגל, וכנראה גם לא נועד, לאפשר חיים חקלאיים פלסטיניים במקטע קפין. השינויים בזכויות לקבלת היתרים נובעים מכח כמו-פיסיקלי הפועל כל הזמן על המפקד הצבאי ודוחף אותו לצמצם ככל שניתן את הנוכחות הפלסטינית במרחב התפר. גם אם נגלגל את המחוג אחורה ונבטל כמה מהגזירות הקפ"קיות שחודשו ותוארו לעיל, הרי שאז רק יתחיל שוב המירוץ להכניסם, אותם או אחרים דומים להם, מחדש לקפ"ק. מכאן ולנוכח הנתונים שהובאו לעיל, עמדתנו היא שמאז הוקמה הגדר ועד היום נוצר שינוי בהיקף הפגיעה במרשינו ובבני ובנות קהילותיהם, וכיום היא עצומה ורבה והלכה למעשה המדובר באבדן כליל של אדמתם ופרנסתם ממנה.

76. עמדתנו היא שגם משקלו של הקוטב השני לכפות המאזניים של המידתיות - הצורך הביטחוני - השתנה ושכיום הוא חלש בהרבה מזה שהיה בעת שהוקמה הגדר בעיצומה של האינתיפאדה השנייה.

77. עוד לראיתנו מרחב קפין הוא ייחודי בכך שבמרחב התפר הצמוד לו אין יישובים ישראלים, אין אדמות בבעלות ישראלית ואין ולא אמורה להיות נוכחות ישראלית. לפיכך, מלכתחילה הצורך הביטחוני במובלעת שיצרה הגדר ממערב לכפרים שבהם מתגוררים מרשינו - חלש. חולשה זו הופכת למובהקת בימים שבהם אין יותר אינתיפאדה ולוחמה זה למעלה מעשור שנים.

78. נזכיר שביהמ"ש הכיר בסמכות להקים את הגדר כנובעת מהחריג הקבוע בתקנה 52 לתקנות האג ובסעיף 53 לאמנת גינבה הרביעית. התקנה והסעיף אוסרים פגיעה ברכוש פרטי אך קובעים חריג אם קיים צורך צבאי הכרחי לפגיעה זמנית כאמור.

79. לאור האמור עמדתנו היא כדלקמן:

ד. ראשית, שבהינתן המאפיינים של מובלעת מקטע קפין של מרחב התפר מבחינה ביטחונית, ובעיקר בהינתן שינוי הנסיבות הביטחוניות מאז הוקמה הגדר, אין יותר הכרח ביטחוני להצבת מכשול במקטע קפין שאינו על הקו הירוק.

ה. שנית, שהפגיעה אדירת המימדים בזכויות היסוד של מרשינו וקהילותיהם לתנועה, לקניין, לפרנסה, לתרבות ולחיי משפחה וקהילה הופכים את הגדר לבלתי מידתית הן במובן שיש אלטרנטיבה פוגענית פחות (מכשול על הקו הירוק) והן במובן של המידתיות במובן הצר, קרי שהפגיעה במרשינו עולה בהרבה על התרומה לביטחון אל מול האלטרנטיבה;

ו. שלישית, תוואי הגדר במקטע הנדון לצד מדיניות משטר ההיתרים המובילה ל"ניקוי" השטח מנוכחות פלסטינית, יוצרים הלכה למעשה סיפוח אסור של שטח כבוש וגם מטעם זה היא בלתי חוקית.

80. חמש עשרה שנים לאחר הקמת מכשול ההפרדה הצטברות העדויות של תושבי האזור בעלי אדמות חקלאיות שכלואות במרחב התפר, והנתונים הקיימים אודות מימדי הנזק שנגרם מניתוקם של תושבי האזור מאדמותיהם אינם משאירים מקום לספק באשר להיקף הפגיעה בזכויות המוגנות של תושבי האזור כתוצאה מהקמת הגדר, ואינה מאפשרת אלא להסיק שהגדר בתוואי שנבחר לה אינה חוקית או למצער - אינה חוקית עוד.

81. המצב המתואר מחייב אפוא בחינה מחודשת של המאזן שנקבע בפסיקה לחוקיות הגדר ומדתיות פגיעתה, וזאת לאור השינוי בתשתית העובדתית. בעת שהוחלט על הקמת הגדר הפגיעה העתידית בפלסטינים הייתה בגדר ספקולציה והערכה, ואילו היום בידינו מערך נתונים שמאפשרת הערכה מדויקת של מלוא ההשלכות של הגדר על חייהם של תושבי האזור.

82. גם השינוי במצב הביטחוני מאז תחילת שנות האלפיים וגל פיגועי ההתאבדות שניחת על רחובות ישראל ושבעקבותיו הוחלט על הקמת מכשול ההפרדה, מחייב הערכה מחודשת ומוביל לתוצאה חדשה באופן קונקרטי לגבי מקטע קפין.

83. המשפט ההומינטרי, משפט זכויות האדם הבינלאומי והמשפט החוקתי שלנו מעגנים כולם את חופש התנועה, את הזכות לפרנסה ואת זכות הקניין כזכויות יסוד של האדם. ברור כי זכויות אלו נפגעו קשות מגדר ההפרדה שמנתקת אותם מאדמותיהם וממקור פרנסתם. ברור גם כי ניתן היה לבנות את הגדר באופן שלא יגזול מתושבי הישובים את אדמותיהם ולא יפגע בזכויותיהם המוזכרות.

84. במקרה שלפנינו ניתן להשיג את המטרה המוצהרת – ביטחון – על-ידי גדר שתוקם לאורך הקו הירוק, ובמקרה הצורך עם תיקונים קלים הנובעים משיקולים טופוגרפיים או הנדסיים תוך נסיגה פנימה לתחומי הקו הירוק ולא דווקא תוך חדירה לתוך השטחים הכבושים. גם אם לתוואי כזה יש חסרונות אל מול תוואי פולשני לתוך הגדה, הרי שלא סביר כי הקיטון בביטחון כה דרמטי באופן שמצדיק את הפגיעה הקולוסאלית באנשי קפין, עכאבה ונזלת עיסא.

85. לפיכך, להבנתנו בנקודת זמן זו תוואי הגדר אינו עומד בתנאי מבחני המשנה השני והשלישי של עקרון המידתיות אשר חולשים גם על מקרה שבו האמצעי הפוגעני פחות מביא להפחתה מסוימת בביטחון.

86. לעמדתנו, בחינת אופן יישום משטר ההיתרים המביא לריקון מרחב התפר מפלסטינים, וזאת על ידי החמרת מדיניות מתן ההיתרים, מבלי שתהיה למדיניות זו שום הגיון בטחוני או הצדקה ביטחונית אמיתית, מחזקת את המסקנה בדבר העדר המידתיות שבתוואי הגדר.

## ה. סוף דבר: הפרת התחייבויות המדינה בתיקי הגדר מחייבת שינוי התוואי

87. משטר ההיתרים היה ה"אליבי" שהציגה מדינת ישראל בבואה להצדיק את הקמת הגדר.

88. משטר ההיתרים הוצג על-ידי נציגי הצבא והמדינה כמנגנון שיבטיח את שימור הזיקה לקרקע של הקהילות שהופרדו ממנה. משטר ההיתרים היא אמור ליצור את האיזון, את המדיניות, של הפגיעה בפלסטינים. לכן, למשל, בעניין עליאן קבע ביהמ"ש כי "בבחינת מידתיות הפגיעה שיוצרת הגדר, כרוכים זה בזה התוואי הגיאוגרפי ומשטר ההיתרים והמעברים לאדמות שנותרו מערבית לה" - ראה בג"ץ 4825/04 מחמד חאלד עליאן נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו), 16.3.2006.

89. אבל משטר ההיתרים התברר כאמצעי נישול שהלך וחנק עם השנים את שימור הקשר בין החקלאים/אדמות/ה. במרחב קפין התברר שהמשטר הביא למיטוט כמעט מוחלט של החקלאות הפלסטינית במרחב. ירידה של 90 אחוזים בתנובת הקרקע היא פגיעה אנושה בכלכלת תושבי המקום.

90. האליבי שנסדק בשנים הראשונות, התרסק בשנים האחרונות, ולכל הפחות לגבי מקטע קפין נותרה הגדר ללא משענת המאזנת את פגיעתה.

91. כמה קל להבטיח כמה קשה לקיים. כמה קל להבטיח כדי לשכנע את שופטי בית המשפט העליון לאפשר את הקמת הגדר, ולשכוח מיד לאחר מתן פסק הדין הדוחה את העתירה. שאלה היא, ואולי בית המשפט יצטרך להכריע בה, האם הבטחות שווא שכאלו שנמסרו ברוב כובד וחשיבות לשופטים, אינם מהווים מעשה רמייה של ממש כלפי בית המשפט.

92. זאת בנוסף לשינויים המובהקים במצב הביטחוני שהחלישו את ההצדקה הראשונית לגדר ההפרדה בתוואי שנבחר לה.

93. לאור כל האמור, אנו דורשים בשם מרשינו כי תורה על ביטול צווי התפיסה שנועדו להקמת מקטע קפין של גדר ההפרדה, על פירוק מרכיבי הגדר והשבת הקרקע שעליה הוקם המכשול למצבו שטרם הקמתו.

94. נמתין 30 ימים לתשובתך.



אלון ספיר, עו"ד



הייא אבו-ורדה, עו"ד



מיכאל ספיר, עו"ד