

1. [REDACTED] חסיב, ת.ז. [REDACTED]
2. [REDACTED] הרשה, ת.ז. [REDACTED]
3. [REDACTED] עמאר, ת.ז. [REDACTED]
4. [REDACTED] סבאח, ת.ז. [REDACTED]
5. [REDACTED] חסין, ת.ז. [REDACTED]
6. [REDACTED] דאוד, ת.ז. [REDACTED]
7. תייסיר פתחי טהה עמארנה, ראש מועצת הכפר עכאבה, ת.ז. [REDACTED]
8. המוקד להגנת הפרט, עמותה רשומה מס' 580163517
באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או הייא אבו ורדה ו/או חגי
בנוימן ו/או אלון ספיר שכתובתם למשלוח כתבי בית-דין רחוב
דוד חכמי 12, תל אביב, 6777812, טל': 03-6206947/8/9, פקס:
03-6206950, דוא"ל: contact@sford.co.il

-- נגד --

1. ראש ממשלת ישראל
 2. שר הביטחון
 3. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון
 4. משרד הביטחון - מינהלת גדר הפרדה
- באמצעות ב"כ מפרקליטות המדינה, משרד המשפטים, רח'
סלאח א-דין 29, ירושלים

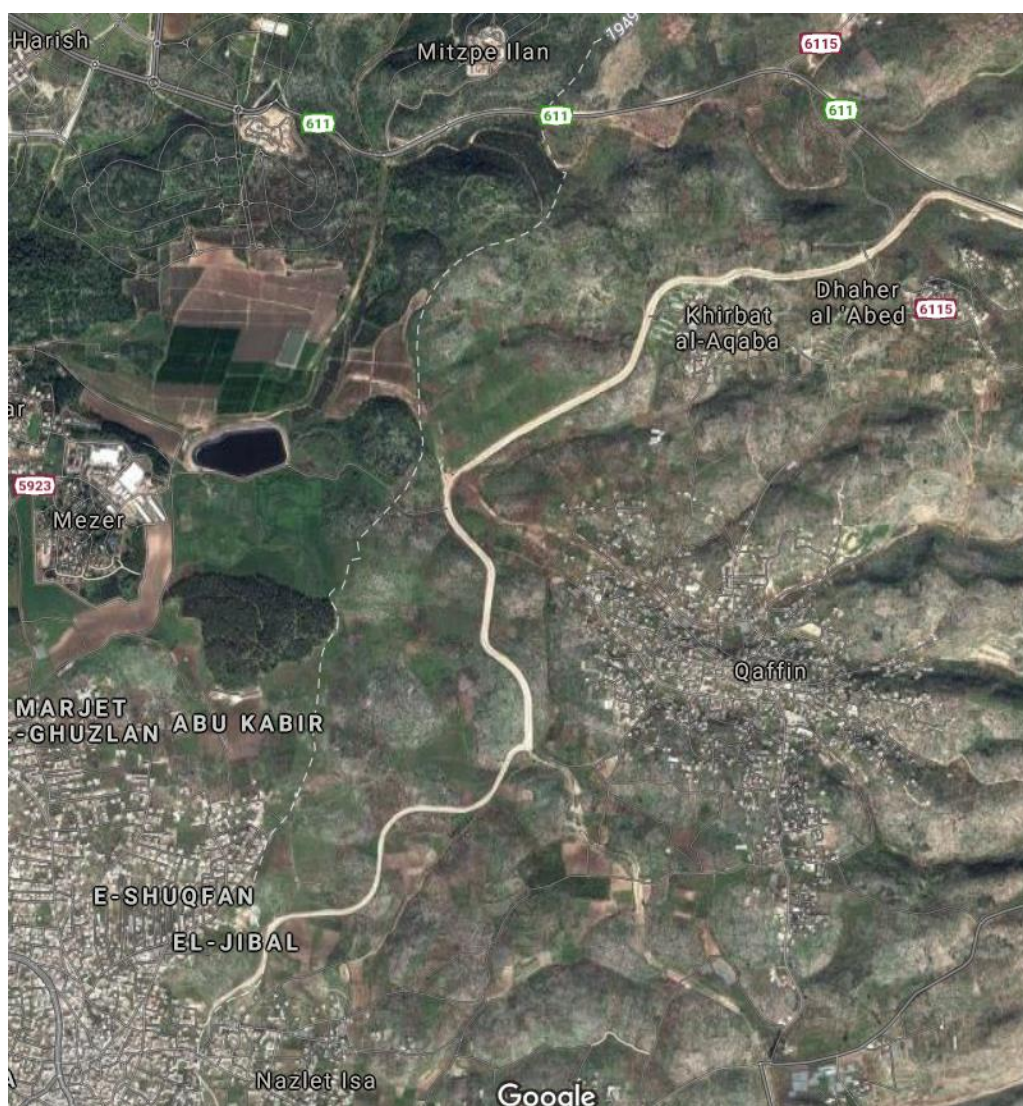
עתירה לצו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיבים ליתן טעם מדוע לא יורו על פירוק תוואי גדר הפרדה במקטע הכפרים נזלאת עיסא-קפין-עכאבה, מהשער החקלאי נזלאת עיסא בדרום ועד נקודת המפגש של כביש מס' 161 והקו הירוק בצפון (להלן: "המקטע"), בהתאם למצויין במפה המצורפת כנספח 1, וככל שירצו העתקתו מערבה לתוואי קווי שבית הנשק בין ישראל וירדן משנת 1949 ("הקו הירוק").

חלק ראשון: מסגרת הטיעון

א. פתח דבר: ההבטחה והפרדה

1. עניינה של עתירה זו במקטע של גדר ההפרדה העובר באדמות של שלושה הכפרים קפין, נולת עיסא ועכאבה, שבצפון מערב הגדה המערבית הכבושה, ואשר לוכד בתוכו אלפי דונמים של אדמות חקלאיות השייכות לתושבי שלושת הכפרים, ומנשל אותם הלכה למעשה מקניינם, מפרנסתם ומאורח חייהם. המקטע המדובר מתחיל בדרום בנקודה שגדר ההפרדה והקו הירוק נפגשים בשער נולאת עיסא, ותחום בצפון בתוואי כביש 161. סה"כ מקטע זה לוכד מעל ל-3,000 דונם:



(בצילום האוויר ניתן לראות את גדר ההפרדה כקו לבן עבה והקו הירוק מסומן בקו מקווקו)

2. עתירה זו מוגשת כחמש עשרה שנים לאחר שמקטע הגדר האמור הוקם והיא נשענת על הניסיון שהצטבר במהלך תקופה זו בחיים "בצל הגדר" ותחת משטר ההיתרים. העותרים דורשים בעתירה זו לפרק את המקטע, וככל שהמשיבים מעוניינים בכך להעתיק את הגדר אל תוואי הקו הירוק.

3. בעתירה זו ייטען להלן כי בשנים מאז הקמת מקטע גדר זה הוכח מעל לכל ספק שקיומה של הגדר מובילה להעלמת כל חיים פלסטינים במרחב התפר שהמקטע יצר ולניתוק הזיקה בין האדמות לבעליהן. בעתירה ייטען כי המשיבים הוכיחו לאורך השנים כי הם אינם יכולים, וככל הנראה גם אינם מעוניינים, לעמוד בהתחייבויות שפיזרו בשנים שבהן חוקיות הקמת גדר ההפרדה בחלקיה השונים נדונה בבית משפט נכבד זה, להגן על היכולת של בעלי האדמות לעשות שימוש בקרקעותיהם שמעבר לגדר ולשמר את זיקת הקהילות הפלסטיניות למרחב.

4. בעתירה זו יטענו העותרים כי בהינתן פגיעתו החמורה בהם ובקהילותיהם, הותרת הגדר במיקומה הנוכחי נגועה בהיעדר מידתיות קיצונית. העותרים יטענו שהפיתרון האלטרנטיבי למקטע – תוואי לאורך הקו הירוק – הוא לא רק פוגעני פחות לעותרים ולקהילותיהם אלא שמהבחינה הביטחונית הוא בוודאי לא נופל, וככל הנראה אף עדיף על התוואי הנוכחי. בהקשר זה העותרים יציגו חוות-דעתו הביטחונית של אל"ם (במילואים) שאול אריאלי שבחן את התוואי האלטרנטיבי ("תוואי הקו הירוק") אל מול התוואי הנוכחי וקבע כך:

"יש בהעתקת מכשול הביטחון לתוואי המבוסס על ה'קו הירוק' בכדי להשיג את התכליות הביטחוניות במלואן, וכן להסרת הפגיעה בתושבי קפין, עכאבה ונזלת עיסא... יתרה מזאת, יש במכשול הביטחון על בסיס ה'קו הירוק' בכדי לענות בצורה ביטחונית טובה יותר על חלק מהצרכים הביטחוניים מאשר בתוואי הקיים."

5. העתירה עוסקת במקטע גדר שחוקיותו לא נבחנה על-ידי בית המשפט הנכבד בעת שהוקם שכן עתירה שהוגשה באמצע 2002 ותקפה את כל תוואי הגדר שרק החל אז להיבנות, מברטעה א— שרקייה שמצפון ועד חירבת ג'ארושה בדרום (בג"צ 7783/02, 7784/02 אל האדי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסק-דין מיום 17.11.02), נמשכה לאחר שהשופטים העירו לב"כ העותרים כי עליהם להגיש השגות ממוקדות על קטעי התוואי. ממילא התוואי שעמד לדיון בעתירה האמורה השתנה בחלקו הנוגע למקטע נושא עתירה זו שכן הכוונה המקורית הייתה להעבירו ממזרח לבקעה א-שרקייה, כך שהכפרים בקעה א-שרקייה ונזלאת עיסא היו אמורים להשאר בצד המערבי של הגדר, אולם בסופו של דבר המקטע נבנה כפי שמצויין במפה לעיל וכפי שיפורט להלן.

6. השנים שחלפו מאז הוקמה הגדר היו שנים רעות מאד לחקלאים בשלושה הכפרים שמקטע הגדר כולא את אדמותיהם. המשיבים לא השכילו למצוא פתרונות שיאפשרו גישה אפקטיבית ומימוש זכות הקניין של החקלאים באדמותיהם, והתוצאה, כפי שיפורט בהמשך, היא אובדן פרנסה מהאדמות שבמקטע מרחב התפר בהיקף של כ-90% ביחס לתנובת האדמות טרם הקמת הגדר!

7. שינויים שנעשו על-ידי המשיבים לאורך השנים בזכאות להיתרי מעבר למרחב התפר שצמצמו באופן דרסטי את היקף הזכאים; שינויים שנעשה לאורך השנים בטווחי הזמן שבהם רשאים בעלי היתרים להיכנס שצמצמו באופן משמעותי את חלונות הזמן שבהן התאפשר לעבד את אדמות מרחב התפר; האיסורים שהוספו על הכנסת ציוד חקלאי, על חומרי ריסוס ועל דשנים

למרחב; שעות פתיחת השערים המצומצמות והבלתי מתאימות לעבודה חקלאית; ההגבלות שהתווספו על שימוש בקרקע לצרכי מרעה; הביורוקרטיזציה והסחבת בטיפול בבקשות להיתרים ובעררים על החלטות הדוחות אותן; והפרקטיקה של פגיעה גם בבעלי ההיתרים על-ידי אנשי כוחות הביטחון המוצבים בשערים הבודדים שהוצבו במקטע קפין - כל אלו הביאו לכך שמטעים במרחב התייבשו, אדמות הוברו, תנובת עצי הפרי שנתרו צנחה וחקלאים רבים התייאשו ואינם מנסים עוד להגיע לאדמותיהם.

8. כפי שייטען בעתירה זו, מאפייניה של מובלעת קפין מבחינה בטחונית, בהיותה מרוחקת מכל יישוב או נוכחות ישראלית, בנוסף לשינוי הדרסטי במצב הבטחוני מאז שהוקמה הגדר, מלמדת על כך כי אין יותר הכרח ביטחוני שמצדיק הצבת מכשול שחורג מהקו הירוק מזרחה, במרחב זה.

9. כמו כן, העותרים יטענו כי הפגיעה בזכויות היסוד של העותרים ובני קהילותיהם לתנועה, לפרנסה, לתרבות ולכבוד הופכים את הגדר לבלתי מידתית הן במובן שיש אלטרנטיבה פוגענית פחות (המכשול המתבסס על הקו הירוק) והן במבחן המידתיות במובן הצר, קרי שהפגיעה בתושבי האזור המוגנים עולה לאין שיעור על התרומה הביטחונית הנובעת מהתוואי הנוכחי.

10. כמו כן, העותרים יטענו כי מנגנון מתן היתרי הכניסה למרחב התפר, אותו מנגנון שאמור היה לספק את הבטחות המשיבים לשמירה על גישה מקסימאלית של בעלי האדמות לאדמותיהם שבמרחב התפר, התברר דווקא ככלי מרכזי לנישול חקלאים פלסטינים מאדמותיהם שבמרחב. שכן, כפי שיפורט להלן, השינויים שהוכנסו למשטר ההיתרים לאורך השנים וההחמרות במדיניות המשיב 2 בהנפקת היתרים מצביעים על שימוש במשטר ההיתרים בכדי להקטין את מספר הזכאים לכניסה למרחב התפר, ובכדי למשטר את העבודה החקלאית המסורתית במטרה לצמצם אותה ולהכפיפה לסטנדרטים מכשילים שאינם מתאימים לצרכי התושבים המוגנים ולאורחות חייהם.

11. כך למשל, אף שההצדקות להגבלת כניסה למרחב התפר כפי שהוצגו בהתדיינויות השונות בבית משפט נכבד זה שעסקו בגדר הפרדה, התמקדו בשיקולי ביטחון, השינויים שערכו המשיבים בזכאות להיתרי כניסה נשענו בשנים האחרונות על טענות מתחום הבוטניקה וכדאיות חקלאית כפי שמבינים אותה במשרדו של קצין המטה לחקלאות במינהל האזרחי. העותרים יטענו כי שינויים אלו עשו שימוש לרעה במשטר ההיתרים שאמור היה להתמקד בשיקולי ביטחון.

12. בסופו של יום, התוצאה הברורה של ההחמרה במדיניות ההיתרים שסוגיית הזכאות היא רק אחת מיני רבים שלה, הינה הקטנת הנוכחית הפלסטינית והעבודה החקלאית הפלסטינית במרחב בצורה דרסטית, צמצום סוגי הגידולים שניתן לגדל במרחב התפר, פגיעה אנושה בפוריות האדמות, ושבירת נפשם של חקלאים שחייהם היו תלויים באדמותיהם.

13. הזכות לפרנסה, חירות התנועה, הזכות לחיי משפחה, הזכות להשתתף בחיי התרבות והחברה, הזכות לשוויון, הזכות לכבוד אנושי. לבנות הבטון של החומה וגדרות התיל של הגדר מנתצות ורומסות כל זכות יסוד מזכויות האדם של העותרים ובנות ובני קהילותיהם, ולהלן ייטען

שהפגיעה המצטברת יוצרת חומרה מיוחדת המחייבת התערבות של בית משפט נכבד זה ושינוי מידי של התוואי.

14. עתירה זו מבקשת מבית המשפט להורות למשיבים לפרק מקטע גדר שכבר נבנה. בניגוד לרוב העתירות שעסקו בגדר ההפרדה (והיו עשרות כאלה), עתירה זו אינה מבקשת לשכנע את בית המשפט הנכבד בדבר פגיעה חמורה **צפויה** בשל בנייה של תוואי מסויים של גדר ההפרדה. ייחודה של עתירה זו שהיא מציגה בפני בית המשפט פגיעה **קיימת**, נתונים שהם תוצר של **ניסיון בפועל** של כעשור וחצי בצל הגדר במרחב התפר שבמקטע קפין.

15. בית משפט נכבד זה הוא הגורם השלטוני הישראלי היחיד שיש בכוחו לבודד את השיקול ההומניטרי ולהעניק סעד לאזרחים חפים מכל פשע וחסרי כל משקל פוליטי במסדרונות בהם נקבע עתידם, שתוואי גדר ההפרדה שנבחר בסופו של דבר ונבנה באזור המיט עליהם אסון של ממש ושגורל הנוכחות שלהם באדמתם נגזר לדעוך עד כדי היעלמות.

16. לעתירה זו מצורפת כאמור חוות דעת שהוכנה על ידי אל"מ במיל' שאול אריאלי לבקשת העותרים, בעניין מידתיות תוואי גדר ההפרדה הקיים אל מול תוואי אלטרנטיבי העוקב אחר הקו הירוק. מר אריאלי התבקש לגבש חוות דעת שבוחנת את תוואי הגדר במקטע קפין מפרספקטיבה מבצעית-בטחונית על פי הקריטריונים שגובשו במערכת הביטחון והינחו אותה בקביעת תוואי גדר ההפרדה לכל אורכו. בחוות דעתו בחן כאמור אל"מ אריאלי את האפשרות להעתיק את גדר ההפרדה במקטע נשוא עתירה זו לתוואי הקו הירוק והוא הגיע למסקנה שתוואי חלופי זה מעניק את מידת הביטחון הנדרשת לישראל תוך צמצום הפגיעה במרחם החיים של תושבי הכפרים **וכי הוא עדיף ביטחונית על התוואי הקיים**.

17. להלן נציג את הצדדים לעתירה ולאחר מכן נציג את העובדות שבבסיס העתירה: התוואי שנבחר לה ומרחב התפר שיצרה, משטר ההיתרים והשינויים שהוכנסו בו לאורך השנים, והנתונים שבידי העותרים על ההשלכות של הגדר על פרנסתם ועל חייהם וחיי קהילותיהם. לאחר מכן נציג את טענותינו המשפטיות על כך שהתוואי הנוכחי נגוע באי-מידתיות מובהקת ואף חריגה המחייבת מתן הסעד שהתבקש.

ב. הצדדים לעתירה

18. העותרים 1-4 הם תושבי הכפר קפין שבבעלותם 25.25 דונם של אדמות במרחב התפר.

19. העותרים 5-6 הם תושבי הכפר נזלת עיסא ובעלותם 18.5 דונם של אדמות במרחב התפר.

20. העותר 7 הוא תושב עכאבה ומשמש כראש מועצת הכפר עכאבה. בבעלותו 200 דונם של חלקות במרחב התפר.

21. העותרת מס' 8, עמותת המוקד להגנת הפרט, הינה ארגון לא ממשלתי הפועל לספק סיוע לאנשים שנפלו קורבן למעשי אלימות, התעמרות או קיפוח זכויות בסיסיות מצד רשויות המדינה, וכן להגן על הזכויות הבסיסיות בכל דרך נוספת, כולל פנייה לערכאות, ובכלל זה – עתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בין בשמו של אדם הטוען כי זכות בסיסית שלו נפגעה ובין כעותר ציבורי עצמאי.

22. המשיבה מס' 1 היא ממשלת ישראל אשר אישרה את תוואי גדר ההפרדה, בין בעצמה ובין באמצעות ראש הממשלה ושר הביטחון שהוסמכו לכך על-ידה, ובהתאם לחוק יסוד: הצבא, הצבא נתון למרותה.

23. המשיב מס' 2 הינו שר הביטחון, שעל-פי חוק יסוד: הצבא הוא השר הממונה על הצבא.

24. המשיב מס' 3 הינו המפקד הצבאי של הגדה המערבית והוא האחראי הן על הביטחון והן על מרקם החיים האזרחיים בשטחי הגדה המערבית שנכבשה על-ידי מדינת ישראל בשנת 1967. משיב זה גם אחראי להוצאת ההכרזה על שטח צבאי סגור ועל הוצאת הצווים שמכוחה של ההכרזה ואשר מחייבים **פלסטינים בלבד** לבקש ולקבל היתר אם ברצונם להיכנס למובלעת או לשהות בה.

ג. מיצוי הליכים

25. תוואי הגדר במקטע נשוא עתירה זו לא נידון מעולם בבית המשפט הנכבד. באותם ימים לאחר שהוצאו צווי התפיסה ולאחר שבניית הגדר הושלמה, העותרים ובני קהילותיהם האמינו, בתמימות רבה, להבטחות שניתנו להם מצד גורמי המשיבים 3 ו-4, שקיום הגדר לא תגרור כל קושי לעבד את האדמות ולמסוק את עצי הזית שלהן, כי גישתם לאדמותיהם תישמר ותהיה מוסדרת על ידי משטר ההיתרים, וכי לכל בעיה "קונקרטי" שנובעת מהקמת הגדר המשיבים ימצאו פיתרון.

26. לאחר שנים ויותר ממאה עתירות שהגישה העותרת מס' 8 בשם חקלאים שגישתם לאדמותיהם נמנעה בשל יישום הוראות משטר ההיתרים, הגיעו העותרים למסקנה שסעדים פרטניים לא יוכלו לפתור את הבעיה המערכתית המובנית בתוואי הגדר הנוכחי, וכי האפשרות האחרונה שנתרה להם כדי שלא יאבדו את אדמותיהם היא לדרוש את פירוק הגדר הפיזית מהתוואי הנוכחי כך שלא תלכוד בתוכו את אדמות הכפרים עכאבה, קפין ונזלת עיסא.

27. בתאריך 8.01.2020 פנו הח"מ בשם העותרים למשיב מס' 3, בבקשה לפרק את גדר ההפרדה במקטע נשוא עתירה זו, ולהעתיקו לקו הירוק. במכתב פירטו ב"כ העותרים את הנזק האדיר שנגרם לחקלאות האזור, הפגיעה בפרנסת קהילות האזור, ואת האופן שבו השינויים שהוכנסו לקבוצת פקודות הקבע המסדירה את משטר ההיתרים במרחב התפר ("קפ"ק מרחב התפר") השפיעו על גישת בעלי האדמות לאדמותיהם ולמעשה הגבילו אותה באופן דרמטי עד כדי כך שהחקלאות במרחב נפגעה אנושות ובחלקה הופסקה כליל.

28. במכתב האמור הביאו העותרים נתונים מספריים הן אודות השינויים במספרי ההיתרים המונפקים בכל אחת מהשנים 2009 עד 2018 אשר הושגו דרך בקשות חופש מידע שהגישה העותרת מס' 8, והן אודות הפער בתנובת היבולים החקלאיים וערכם בין האדמות שבמרחב התפר לאלה שבצד הפלסטיני, וכן בין תנובת היבולים לפני ואחרי הקמת הגדר, וזאת בהסתמך על מידע שמסרו העותרים, חקלאים בעלי אדמות במרחב התפר, בתצהיריהם.

29. בתגובה לפנייה זו, בתאריך 22.01.2020 התקבל לידי ב"כ העותרים מכתב מאת לשכת היועץ המשפטי באור יהודה והשומרון ובו נמסר כי לאחר בחינת טענות העותרים, הוחלט להציע לנציגי העותרים להפגש עם הגורמים הרלבנטיים בקרב המשיבים בראשות ראש מינהלת הגדר (המכונה "קשת צבעים"), אלי"ם עופר הינדי, לצורך קיום שיח בסוגיות העולות מהפנייה.

30. בתאריך 26.02.2020, התקיימה הפגישה האמורה שבה לבד מהח"מ ונציגי העותרת מס' 8 המנכ"לית גב' ג'סיקה מונטל ועו"ד דניאל שנהר, השתתפו אלי"ם הינדי וסגנו וכן נציגים מהמנהל האזרחי והחטיבה המרחבית אפרים.

31. בפגישה הציעו נציגי המשיבים כי העותרים יפנו אליהם בנוגע לקשיים קונקרטיים ולא הסכימו בשום אופן לדון בתיקוני התוואי או בשינויים מערכתיים במשטר ההיתרים שממילא עומדים לדיון בתיקים שונים המתנהלים בבתי המשפט. בפגישה עמדו נציגי המשיבים על צידקת השינויים שהוכנסו לאורך השנים בקפ"ק מרחב התפר (ושיפורטו בהמשך כתב עתירה זה) ולמעשה לא השיבו לטענות העותרים במכתבם שהמצב שנוצר אינו מאפשר שימור הזיקה של העותרים וקהילותיהם לאדמות במקטע.

32. הפגישה הסתיימה בכך שהמשיבים יגיבו בכתב לפניית העותרים אך למרות שחלפו שבועות רבים עד לרגע הגשת עתירה זו לא נתקבל מענה בכתב.

חלק שני: רקע עובדתי

א. הגדר הפיזית

I. הבסיס המשפטי להקמת הגדר הפיזית

33. הרקע להחלטה על הקמת גדר ההפרדה הוא החלטות שונות של ממשלת ישראל על יצירת חיץ – בדרגות שונות של הרמטיות - שלא יאפשר לפלסטינים תושבי הגדה המערבית מעבר בלתי מבוקר לתחומי מדינת ישראל. כך במרץ 1996 החליטה ממשלת ישראל על הקמת מחסומים קבועים לאורך מרחב התפר תוך חסימה של דרכי מעבר חלופיות. כך הוחלט בשנת 1997 על פריסת כוחות מג"ב לאורך מרחב התפר וכך הוחלט בנובמבר 2000 על הקמת "מכשול נגד כלי רכב".

34. ביוני 2001 הורה ראש הממשלה על הקמת צוות היגוי בראשותו של ראש המועצה לביטחון לאומי דאז, האלוף עוזי דיין, שתפקידו לגבש תכנית חדשה למניעת חדירה של פלסטינים דרך מרחב התפר פנימה לתוככי הקו הירוק.
35. ביום 18.7.2001 הוגשו המלצות צוות ההיגוי לקבינט הבטחוני אשר אימץ אותן. בין ההמלצות נכללה המלצה על הקמת מכשול נגד בני-אדם בקטעים נבחרים של מרחב התפר בהם רמת הסיכון גבוהה (ראו: מבקר המדינה, **דו"ח ביקורת בנושא מרחב התפר**, דו"ח מספר 2 (ירושלים, יולי 2002), עמ' 10-12).
36. ביום 14.4.2002 התכנס הקבינט שנית בכדי לדון בהמלצה על הקמת מכשול נגד בני-אדם, שדבר עד אז לא נעשה כדי ליישמה. הקבינט החליט באותו יום על הקמת מכשול קבוע נגד בני-אדם במרחב התפר.
37. בחודש יוני 2002 הובאה בפני ממשלת ישראל הצעה מפורטת להקמת מכשול קבוע נגד בני אדם מהקצה הצפון-מערבי של הקו הירוק (סמוך לכפר סאלם) ועד להתנחלות אלקנה בדרום, וכן הצעה מפורטת ביחס לתוואי המכשול באיזור ירושלים ("עוטף ירושלים").
38. ביום 23.6.2002 אישרה ממשלת ישראל את ההצעה של מנהלת מרחב התפר באופן עקרוני תוך הסמכת ראה"מ ושר הבטחון (משיבים 1 ו-2) לקבוע את התוואי המדוייק. עוד נקבע בהחלטת הממשלה כי במידה ויתגלעו חילוקי דיעות בין משיבים אלה, יועבר הנושא להכרעת הקבינט הבטחוני (החלטת ממשלה מס' 2077).
39. ביום 14.8.2002 אישר הקבינט את התוואי הסופי לשלב א' שכלל 96 ק"מ בין סאלם ואלקנה ועוד 20 ק"מ במסגרת עוטף ירושלים.
40. בתחילת דצמבר 2002 אישר הקבינט את תוואי שלב ב' אשר משתרע מסאלם מזרחה לאורך הקו הירוק ואז דרומה באל-מוטילה ועד תיאסיר.
41. בחודש יולי 2003 הסתיימו ברוב האזורים העבודות להקמת המכשול בשלב א' שלו למעט בניית המכשולים המשניים.
42. ביום 2.10.2003 הוציא המשיב מס' 2 הכרזה בדבר שטח צבאי סגור (הכרזה מס' 02/03) וכן סדרה של צווים המסדירים את משטר ההיתרים הנוהג ב"מרחב התפר", הוא המרחב שבין הגדר לקו הירוק באותם קטעים בהם הגדר חודרת לשטחי הגדה המערבית.
43. ההכרזה בדבר שטח צבאי קובעת כי לא תחול על "ישראל" "ישראל" מוגדר כמי שהינו אזרח ישראל, תושב ישראל וכן מי שזכאי לאזרחות ע"פ חוק השבות, כלומר – ההכרזה אינה חלה על יהודים (בהגדרתו הרחבה של המושג יהודי - בזיקה לחוק השבות).
44. ההכרזה אוסרת על כל מי שאינו "ישראלי" להימצא במרחב התפר ללא היתר שהייה ומחייבת את תושבי המרחב הפלסטינים להגיש בקשה להיתר שהייה לתושב, לעובדים במרחב להגיש בקשה להיתר שהייה למורה / חקלאי / עובד רפואה / עובד ארגון בינלאומי וכד'. הפלסטינים

בעלי אשרות השהייה השונות מורשים להיכנס ולצאת את מרחב התפר אך ורק דרך השערים המוגדרים בהכרזה.

45. 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) היא שמותר על פי דין למפקד הצבאי לתפוס שטחי קרקע בשטח המוחזק בתפיסה לוחמתית, להקים עליהם מכשול ולפקח ולסגן את העוברים דרכו לצידו השני, וזאת בכדי לקדם אינטרס ביטחוני של הגנה על מדינת ישראל ועל התנחלויות ישראליות.

46. 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 כב' 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."

47. 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 הנפגעים ממנה שמשגי 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].

II. מקטע קפין-עכאבה

48. כפי שצויין לעיל, בספטמבר 2002 או בסמוך לכך הוגשה עתירה לבית המשפט הנכבד התוקפת את כל התוואי שהחל להבנות מברטעה א-שרקיייה מצפון למקטע נושא עתירה זו ועד חירבת ג'ארושה מדרום לה (בג"צ 7783,7784/02 אל האדי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית), תיק שהסתיים בפסק דין קצרצר המתעד החלטה של ב"כ העותרים דשם למחוק את העתירה לנוכח הערות השופטים כי בפניו האפשרות להגיש השגה על מקטעים קונקרטיים לגופים מנהליים בקרב המשיבים ועל החלטותיהם יוכל לעתור.

עותק של פסק הדין בבג"צ 7783/02 מצ"ב ומסומן נספח 2

49. הח"מ והעותרים כולם לא הצליחו לאתר מסמכים של עתירה זו למען פסק הדין ותגובתה המקדמית של המדינה, ולכן גם לא ידוע לנו האם מקרב העותרים שם היו בני הכפרים עכאבה, קפין ונזלת עיסא.

50. מכל מקום, בניית הגדר במקטע נשוא עתירה זו הסתיים בשנת 2005, כאשר חלקים נרחבים ממנה הוקמו על תוואי שחורג מהקו הירוק ופולש עמוק לתוך שטחי הגדה המערבית ויוצר "מובלעת" התחומה מצדה המזרחית בגדר ההפרדה ומצדה המערבי בקו הירוק. מובלעת זו לוכדת בתוכה אדמות חקלאיות רבות ששייכות לשלושת הכפרים קפין, עכאבה ונזלת עיסא ואשר הן בבעלות משפחות המתגוררות בכפרים.

51. במובלעת זו אין התנחלויות ישראליות, אין אדמה השייכת לישראלים ואף יישוב ישראלי אינו ממוקם בצמוד לקו הירוק באזור האמור. למעשה היישוב הישראלי הקרוב ביותר הוא קיבוץ מצר, והוא מצוי כקילומטר וחצי בקו אווירי מערבה לקו הירוק ובאקה אל ג'רבייה שאמנם צמודה לקו הירוק אך מדרום למקטע. מצפון למקטע במרחק של כקילומטר וחצי ממנו מצוי היישוב מצפה אילן.

52. המקטע האמור מתפתל לאורך כשישה קילומטרים שעוברים באדמותיהם של הכפרים קפין, נזלת עיסא ועכאבה. הגדר לוכדת בתוך מרחב התפר שהיא יוצרת מעל ל-3,000 דונם מאדמות הכפרים קפין עכאבה ונזלת עיסא.

53. לאורך מקטע זה קיימים שלושה שערים: שער 436, ממנו עוברים חקלאי הכפר קפין, שער 408 עבור תושבי עכאבה, ושער 526 שמשרת את תושבי נזלת עיסא. החל משנת 2005 שערים 436 ו-408 נפתחים שלוש פעמים בשבוע: בבוקר השערים נפתחים לארבעים וחמש דקות בין השעות 6:30 - 7:15, בצהריים בין 12:00 ל-12:30, ובערב בין השעות 15:45 - 16:30. השער שמאפשר מעבר לאדמות נזלת עיסא נפתח כל יום בין השעות 5:00 - 21:00.

54. כאמור מקטע הגדר נושא עתירה זו עוברת בתוך אדמות הכפרים ומותרת בצדו המערבי למעלה מ-3,000 דונם של אדמות חקלאיות השייכות לבני ובנות קהילות הכפרים האלו. בהיות אזור זה אזור חקלאי ברובו המוחלט, ניתוק תושבי האזור מהאדמות שבבעלותם על ידי הגדר הביא לפגיעה אדירת מימדים באיכות חייהם ובפרנסתם.

55. בכפר עכאבה, שנמצא בחלק הצפוני של מקטע הגדר נושא עתירה זו, מתגוררים כ-85 משפחות וכ-500 נפשות. 80% מכלל האדמות החקלאיות השייכות לכפר, נמצאות במרחב התפר, המדובר ב-60 מתוך 85 המשפחות להם יש אדמות במרחב התפר. בעבר, תושבי הכפר התפרנסו בעיקר מחקלאות שכללה גידולים עונתיים וכן גידולים שנתיים ומרעה. הקמת הגדר וניתוק האנשים מאדמותיהם אילצה את רוב תושבי הכפר לפנות לעבודה בישראל, או לשכור אדמות לחקלאות בצדה המזרחי של הגדר ו"לבזבז" דמי שכירות עבור גישה ישירה ועבודה מובטחת באדמה.

56. קפין היא עיירה פלסטינית בה מתגוררים כ-12,300 תושבים, ול-60% מתושביה יש אדמות הכלואות במרחב התפר. כמו תושבי עכאבה, גם תושבי קפין התפרנסו בעבר בעיקר מחקלאות,

וכיום בעקבות הגבלת גישתם לאדמותיהם והחסמים שהוטלו על יכולתם לעבד ולהתפרנס מחקלאות תושבים רבים נאלצים לעבוד בעבודות מזדמנות בישראל או כפקידים במשרדי הרשות הפלסטינית.

57. עד להקמת הגדר, פרנסתם של תושבי האזור הסתמכה בעיקר על חקלאות. תושבי האזור הסתמכו על יכולתם לזרוע את אדמותיהם, להשקותן ולקטוף ולקצור את יבולם ולהעבירו לשווקים. אולם בעשור וחצי האחרונים, מאז הקמת הגדר והחלת משטר ההיתרים, יכולת זו הלכה והצטמצמה, והפגיעה בעותרים וביתר תושבי האזור התעצמה נוכח ההגבלות שהלכו וגברו על גישתם למרחב, הגבלות שמנוונות את החקלאות באזור וחוסמות כל ניסיון של התפתחות ושיקום של כלכלה חקלאית מטעם קהילות באזור.

58. הקמת הגדר השפיעה באופן דרמטי על כל מישורי החיים של תושבי הכפרים. עד להקמת הגדר תושבי הכפרים היו מתפרנסים ממכירת תוצר היבול של אדמותיהם, הייתה להם עצמאות כלכלית ויכולת להתקיים ולהתפתח בזכות אדמותיהם. חקלאי האזור היו מגדלים שקדים, אבטיחים, פול, פקוס, טבק ועוד גידולים עונתיים, המדובר באדמה פוריה מאוד והידע והניסיון החקלאי של תושבי האזור גרם לכך שהאדמות נוצלו בצורה אופטימאלית למחייתם.

59. ההשלכות הכלכליות של גדר ההפרדה על חיי העותרים ובני קהילותיהם אינן מסתכמות באי היכולת שלהם לגדל גידולים עונתיים ולמכור אותם, או בפגיעה בתנובת המטעים שנותרו במרחב, אלא גם בצעדים שהם נאלצו לנקוט בהם כתוצאה של הניתוק מאדמתם. כך למשל חקלאים ורועים רבים שהם בעלים של אדמות שבמרחב התפר נאלצו לשכור אדמות בצד המזרחי של גדר ההפרדה, על מנת להמשיך ולהתפרנס מחקלאות או ממרעה.

60. מלבד תלותם הכלכלית באדמותיהם, העותרים ובני ונות קהילתם קשורים 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 המחיה שלהם ומעולמם.

61. בהמשך נפרט את הנתונים על היקף ההיתרים שניתנו לתושבי הכפרים של המרחב נושא עתירה זו. נציין כבר בשלב זה את השורה התחתונה: הקמת הגדר הביאה להפחתה של 90% (תשעים אחוזים!) בפרנסת העותרים 1-7 ובני ונות 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 היתרים), הרי שבשנת 2018 אושרו רק 26% מהבקשות להיתרים (1876 היתרים).

ב. בעוד שבשנים 2012-2014 הונפקו בין 1800 ל-2000 היתרי חקלאי ותעסוקה חקלאית 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 165-189 היתרים עד שנת 2014, ל-65 היתרים כיום.

62. הקמת הגדר הביאה בפועל לניתוק העותרים ובנות ובני קהילותיהם ממרבית אדמותיהם ועם השנים גרמה לחורבן כלכלי. היא גרמה לפגיעה קשה באורח חייהם ובתרבותם החקלאית.

ב. הגדר המשפטית: משטר ההיתרים

I. ההכרזה, הצווים והפקודות המרכיבים את משטר ההיתרים

ההכרזה

63. עם הקמת גדר ההפרדה, הכריז המשיב 2 על השטחים שנותרו בין מכשול ההפרדה (בתוואי שאושר אז) לבין הקו הירוק כעל שטח סגור (הכרזה מס' 02/03). על פי ההכרזה, כל מי שנמצא במרחב התפר חייב לצאת ממנו לאלתר (סעיף 3). הוראה זו לא חלה על ישראל ועל מי שניתן לו היתר להיכנס למרחב התפר ולשהות בו (סעיף 4).

64. 'ישראלי' מוגדר כאזרח ישראל, תושב מדינת ישראל ומי שזכאי לעלות לישראל לפי חוק השבות (סעיף 1). תושבי קבע, כהגדרתם בסעיף 5, יהיו רשאים להיכנס למרחב התפר ולשהות בו, ובלבד שיהיה בידם היתר בכתב המעיד על כך שמקום מגוריהם הקבוע הנו במרחב התפר.

העתק ההכרזה מיום 2.10.03 מצ"ב ומסומן כנספח 3

ההוראות וההיתרים

65. מכוח ההכרזה על מרחב התפר כשטח צבאי סגור, חתם המשיב 2 על מספר דברי חקיקה צבאיים ובהם פורטו הוראות שקובעות סוגי היתרים שונים שמסדירים את כניסתם ושהייתם של פלסטינים ושל אחרים למרחב התפר ובו, ובין היתר:

א. **היתר כניסה כללי למרחב התפר ולשהיה בו מיום 2.10.03 (יהודה ושומרון), התשס"ד** – 2003: ההיתר מונה את "סוגי בני האדם" להם ניתן היתר כניסה כללי למרחב התפר שפוטר את חברי ה"סוג" מהגשת בקשה פרטנית (ס' 2). על סוגי בני האדם הללו נמנים מי שאינו תושב האזור ושבידו דרכון זר בתוקף ואשרת שהיה תקפה בישראל (תיירים). התוספת להיתר הכללי מדגישה כי כניסת מי שאינו תושב האזור ושבידו דרכון זר בתוקף ואשרת שהייה תקפה בישראל - כלומר תיירים, הנה כניסה למרחב התפר ושהייה בו **לכל צורך**. עוד מוענק היתר כללי למי שבידו היתר תעסוקה בתוקף, **ביישוב ישראלי** הנמצא במרחב התפר, מכוח הצו בדבר העסקת עובדים במקומות מסוימים (יהודה ושומרון) (מס' 967) התשמ"ב – 1982 (פועלים פלסטינים העובדים בהתנחלויות) – כלומר פועלים פלסטינים. התנאים המנויים בסעיף 2 להיתר מחייבים

את הנכנס למרחב התפר לשאת עמו "מסמך המעיד על היותו שייך לאחד מסוגי בני האדם המפורטים בתוספת".

עותק היתר הכניסה הכללי מצ"ב מסומן נספח 4

ב. **הוראות בדבר היתרי כניסה למרחב התפר ולשהיה בו מיום 7.10.03 (יהודה ושומרון), התשס"ד – 2003**, אשר הקימו מערך ביורוקרטי לטיפול בבקשות להיתרי כניסה ושהייה במרחב וקבעו את עילות הכניסה ואף את הטפסים שימולאו לצורך הגשת בקשות;

עותק ההוראות בדבר היתרי כניסה למרחב התפר ולשהיה בו מיום 7.10.03 מצ"ב ומסומן נספח 5

ג. **הוראות בדבר היתר לתושב קבוע במרחב התפר מיום 7.10.03 (יהודה ושומרון), התשס"ד – 2003**: הסדירו את זכותם (המוגבלת) של מי שהיו תושבי המרחב לקבל "היתר תושב קבע" וקבעו את חובת תושבי הקבע של המרחב להיכנס אליו ולצאת ממנו אך ורק דרך מעבר המצוין בהיתר התושב הקבוע או בהיתר האישי, ובהצגת ההיתר (ס' 2(א) ס' 3(א)). על פי הוראת סעיף 2(ב) כניסת תושב קבוע למרחב התפר עם כלי רכב תתאפשר רק בהיתר מיוחד. ועוד מדגיש הסעיף כי רק כלי רכב שהיה רשום בבעלותו של תושב קבוע במועד תחילת תוקפה של ההכרזה ייחשב כלי רכב לצורך בקשה זו. כניסת תושב קבוע למרחב התפר עם רכב שנרכש מאוחר יותר למועד ההכרזה מצריך בקשה מסוג אחר.

ד. הוראות בדבר מעברים במרחב התפר מיום 7.10.03.

66. ההוראות עוסקות, כאמור, בהיתרי כניסה למרחב התפר ולשהייה בו למי שיש לו נגיעה למרחב התפר מתוקף היותו בעל עסק, סוחר, מועסק, חקלאי, מורה, תלמיד, עובד הרשות הפלסטינית, מבקר, עובד ארגון בין לאומי, עובד רשות מקומית, חבר צוות רפואי וכל מטרה אחרת במרחב התפר.

67. להכרזה משנת 2003 נוספו הכרזות נוספות שכללו מרחבים נוספים לאורך תוואי הגדר ואלו וגם ההוראות תוקנו לאורך השנים.

68. בין היתר ביום 27.05.04 תוקנה ההכרזה בדבר סגירת שטח ונקבע שהיא חלה על ישראלים (כמשמעותם בהכרזה), ולאילו ניתן היתר כללי לכניסה ושהייה במרחב (הכרזה בדבר סגירת שטח מס' 02/03/ס' (מרחב התפר) (יהודה ושומרון) (תיקון מס' 1), התשס"ד – 2003).

69. אם כן, משטר ההיתרים מורכב מהכרזות הקובעות שהאיזור שבין גדר ההפרדה והקו הירוק הוא שטח צבאי סגור, מחייבות את הנמצאים בו לצאת ואת הרוצים להיכנס אליו לבקש היתר מיוחד, ישראלים ותיירים נהנים מהיתר כללי לכניסה ושהייה וכן מי שהמפקד הצבאי העניק

לו תעודת תושב קבוע. פלסטינים, רשאים להיכנס למרחב רק אם יוכיחו כי הם תושבי המקום או אם יקבלו היתר כניסה מטעמים מיוחדים (כגון: לצרכי חקלאות או בשל עיסוקם כרופאים וכד'). ישראלים (בין אם הם מתנחלים ובין אם לאו) אינם זקוקים להיתר כניסה והחומות והגדרות שקופות עבורם.

70. לא נוכל שלא להתעכב רגע על המשמעות המדהימה של ההכרזה ולפיה מי שחיים במרחב מדורי דורות, מי שלהם אדמות במרחב או עסקים בהם עשרות שנים ואולי עוד לפני שהשטח נכבש על ידי כוחות צה"ל ב-1967, חייבים בהיתר מהמפקד הצבאי כדי להמשיך לגור בו או לגשת אליו, בו בזמן שעבור כל יהודי, בין אם הוא ישראלי או אמריקאי החי בברוקלין, ההכרזה אינה רלבנטית והוא אינו נדרש לבקש שום היתר כדי להיכנס אליו. את מה שיש לנו לומר על ההסדר המשפטי הזה אמרנו בעתירת המוקד משנת 2003 שאיתגרה את חוקיות משטר ההיתרים, ולא נחזור על הדברים כאן אף שעמדנו כי מדובר בפשע מוסרי ומשפטי לא התפוגגה גם לאחר פסיקת בית המשפט הנכבד.

קבוצת פקודות הקבע

71. לאורך השנים שחלפו מאז נחתמה ההכרזה הראשונה גיבש המשיב לצד ההכרזה וההוראות קובץ פקודות קבע שכותרתו "קפ"ק מרחב התפר" (להלן: הקפ"ק). המדובר בקובץ הוראות שנועד להסדיר באופן מפורט את יישום משטר ההיתרים, ואופן הטיפול בבקשות להיתרים. קפ"קים כאלו הוצאו בשנים 2010, 2014, 2017 וכן לאחרונה בשנת 2019.

עותק של הקפ"ק המעודכן ביותר, משנת 2019, מצ"ב ומסומן נספח 6

72. הקפ"ק מתעדכן מעת לעת באופן שמבטא שינויים במדיניות המשיב ביישום משטר ההיתרים. כפי שנפרט להלן, שינויים אלה שומטים את הקרקע מתחת לטענות בדבר האפקטיביות של משטר ההיתרים בצמצום הפגיעה שיש לגדר בזכויות התושבים המוגנים באזור.

73. ההוראות הכלולות בקפ"ק נועדו אם כן בין היתר להסדיר את הנפקת היתרי חקלאות והם מבחינים בין היתר חקלאי שמונפק למי שמוכיח זיקה קניינית לקרקע - כלומר יורש או בעלים רשום - לבין היתר תעסוקה חקלאי שמונפק לעובדים שבעלי האדמות נעזרים בהם. **הנפקת היתרי תעסוקה למועסקים חקלאיים נעשית ע"פ טבלת קמ"ט חקלאות, שקובעת את המכסה הנדרשת של מספר עובדים שנדרשים לעיבוד סוגים שונים של גידולים חקלאיים.**

74. בנוסף, הקפ"ק מסמיך את הרמת"ק (ראש משרד התיאום והקישור) להנפיק היתרים מעבר למכסה הקבועה בטבלת קמ"ט חקלאות, וזאת על פי שיקול דעתו.

75. בנספח 4 שבפרק ו' לקפ"ק נמצאת טבלת קמ"ט חקלאות, שהיא טבלה שהוכנה על ידי אגרונומים (כך אנו מניחים) במנהל האזרחי ובה נקבעה מכסת העובדים הדרושה לחלקה ביחס לגודל החלקה וסוג הגידול בה. האבסורד הביורוקרטי נשקף כאן מכל שורה. היחס אל חקלאות הוא כאל פס ייצור תעשייתי עם קצב אחיד וצפוי. דונם חציל דורש שבעה ימי עבודה של שלושה

עובדים בשנה. לא פחות ולא יותר. זונם במיה דורשים שבעה ימי עבודה של ארבעה עובדים בשנה.

76. הטבלה הזו קובעת את מספר ההיתרים שיקבלו עשרות אלפי חקלאים לאורך כל מרחב התפר כפונקציה של כדאיות כלכלית חקלאית. גישה זו, כפי שיפורט להלן משתמשת בהנחות שמוצגות כהנחות אובייקטיביות ורציונאליות מתחום הכלכלה החקלאית, כמשתנים שקובעים את "נחיצות" העבודה החקלאית, ומתרגמת אותן לאיסור משפטי שמגביל את זכויותיהם הקנייניות של בעלי אדמות ואת זיקתם לאדמות שבבעלותם. מעבר לעובדה ששיקולים מתחום הנחיצות הכלכלית אינם יכולים להוות בסיס להגבלת זיקתם הקניינית של חקלאים לאדמותיהם, בין היתר משום שתפיסה זו נוגדת את התכלית שהוצגה בפני ביהמ"ש הנכבד כשבחן את חוקיות משטר ההיתרים וגדר ההפרדה, מדובר ברדוקציה שאינה מתחשבת (וגם אינה יכולה להתחשב) בזכויותיהם וצרכיהם התרבותיות והחברתיות של בעלי האדמות.

77. בהתאם לס' 10.א.9.ג לקפ"ק (הוסף בקפ"ק 2014), בסמכות הרמת"ק להורות על הנפקת היתרים לקרובי משפחה מדרגה ראשונה (הורה, בן זוג וילד) אף מעבר למכסת המועסקים בהתאם לצורך ולשיקול דעתו בנסיבות העניין. תיקון זה הוכנס לקפ"ק על מנת שישקף את הזיקה החזקה שיש לבני משפחת בעלי האדמות ויורשיהם העתידיים לאדמתם.

78. מדיניות מתן ההיתרים הלכה והפכה עם השנים לקמצנית. השינויים בקפ"קים ובפרשנות להוראותיו ביטאו אימוץ של גישה מצמצמת ומחמירה שביקשה לתחום את הזכאות להיתרי כניסה ושהייה למספר קטן ככל שניתן של חקלאים ועובדיהם. אנחנו נפרט בעניין זה בהמשך, אולם רק כדוגמא נציין בקפ"ק 2017 "חלקה מזערית", מזכה את בעליה בהיתר חקלאי (וכפועל יוצא גם לא בהיתר תעסוקה לעובדי החקלאי). יודגש כי הגדרת "חלקות מזעריות" על פי הוראות הקפ"ק היא חלוקת שטח הקרקע במספר הבעלים שלה, והיא אינה משקפת כלל את הגודל הריאלי של החלקה.

79. דוגמא נוספת היא ההחלטה לחשב את גודל החלקה של חקלאי בהתאם לחלקו היחסי בין יורשי הבעלים הרשום – שיטה שיחד עם מדיניות אי-ההכרה בחלקות "זעירות" כמקנות זכות להיתר חקלאי הביאו עם השנים לצניחה דרסטית במספר הזכאים להיתר.

II. הבטחות המדינה ביחס לאופיו של משטר ההיתרים

80. 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, נציגי המשיבים 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 שיוצבו באותו חיץ ומדיניות ניהול המעבר בהם יקטין עד מאוד את הנזק שייגרם לחקלאים, לבעלי העסקים, ולכל מי שיש לו קשר לגיטימי לשטח שהופרד.

81. כך למשל בבג"צ 8532/02 **איברהים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, (פורסם בנבו, 14.10.2002), התיק הראשון שבו נדונה חוקיות מקטע של גדר ההפרדה וניתן בו פסק-דין (באיזור הכפרים שמצפון לקלקיליה) ביהמ"ש הנכבד התייחס להתחייבות המדינה בפסק דינו, כך:

"בתשובתה פרטה המדינה בהרחבה ... שורה של צעדים שיינקטו במטרה למזער את הפגיעה במקרים שבהם לא ניתן יהיה למנוע את הפגיעה בתושבים. [...] וכן יצירת שערי כניסה שיאפשרו גישה של התושבים לאדמותיהם. כמו כן גילו המשיבים נכונות לפתור בעיות קונקרטיות בשטח לאחר מתן הזדמנות לבעלי הקרקע להגיש השגות בקשר לתוואי התפיסה."

82. עתירה קודמת שהוגשה ובה אותגרה חוקיותו של המקטע שכולל הן את המקטע נושא עתירה זו והן מקטעים מדרום לו (דרך הכפרים זיתא, דיר אל ע'וסון וחירבת ג'ארושה), הפליגו המשיבים בהבטחות ביחס לאפשרות לשמר את הזיקה לקרקע (בג"צ 7784/02, **אל-האדי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**). בתגובה המקדמית מטעם המשיבים מיום 19.9.2002 נאמר כך (עמ' 12-13):

משטר החיים האזרחי בכפרים שבמרחב התפר – תושבי הכפרים נזלת עיסא ובקה אל-שרקיה, המצויים במרחב התפר בקטע הנדון, ימשיכו לקיים את זיקות החיים ליתר חלקי האזור, באמצעות נקודת הביקורת שתוקם מזרחית לכפר בקה אל-שרקיה ובהתאם לנהלים שייקבעו במסגרת עבודת המטה הנערכת בנושא.

באשר למבנים נוספים המצויים במרחב התפר (ואינם שייכים לכפרים הנ"ל) ייקבעו הסדרים מתאימים שיאפשרו את מעברם הסביר של דייריהם בשערים החקלאיים שיוקמו לאורך המכשול אליהם נתייחס להלן.

שטחים חקלאיים במרחב התפר - פלסטינים שאדמותיהם תימצאנה במרחב התפר יהיו רשאים להיכנס לשטח הסגור לצורך עיבוד האדמה, באמצעות שערים חקלאיים שימוקמו על אם הדרך בין זיתא לבקה אל-שרקיה וליד הכפרים זיתא, עתיל, דיר אל ע'וזון וחירבת אל ג'רושיה. כן תעמוד לרשותם נקודת הביקורת שתוקם מזרחית לבקה אל-שרקיה. לשם כך, ייקבעו הסדרי מעבר סבירים, תוך התחשבות בצרכים של העברת פועלים וכלי-עבודה מתאימים מחד, ויכולת להעביר סחורה שמיוצרת בשטחים החקלאיים אל הכפרים שמזרח למכשול, מאידך.

83. עתירה זו נמשכה בסופו של דבר, כפי שהובהר לעיל.

84. בתיק המוקד שעסק בחוקיות משטר ההיתרים (בג"צ 9961/03), בתגובה המקדמית מטעם המשיבים הם התחייבו להכניס "מספר שינויים בהסדרים החלים במרחב התפר... **אלה כוללים סלילת צירים לצורך תנועה פלסטינית שיאפשרו מעבר נוח יותר בין ישובים פלסטינים וכן הגעה נוחה יותר של חקלאים פלסטינים לאדמות שהם מעבדים**" (ר' פס' 40 לתגובה המקדמית מטעם המשיבים, ההדגשה שלנו). ובהמשך ציינו כי "המשיבים בוחנים בעצמם, באופן שוטף, את השפעתו של המכשול על האוכלוסייה הפלסטינית, וככל שהדבר ניתן הם פועלים לשינוי של התוואי, לסלילת והקמת דרכי גישה עבור הצד הפלסטיני וליצירת הקלות נוספות שמטרתם מזעור ההשפעות שגורמת הקמת המכשול לאורחות חייה של האוכלוסייה הפלסטינית התמימה." (פס' 42, שם).

עותק של תגובת המשיבים מיום 01.01.2004 בבג"צ 9961/03 מצ"ב ומסומן נספח 7

85. כמו כן, בסעיף 44 לתשובת המשיבים האמורה לעתירת משטר ההיתרים כתבו המשיבים במפורש (ההדגשות שלנו):

*"כפי שנקבע בפרשת הכפר יאנון, אין דין הפגיעה בחופש התנועה של אדם בשטח ציבורי באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית כדין הפגיעה בחופש התנועה שלו בשטחו הפרטי. לפיכך סגירת שטח מרחב התפר, ובמקביל קביעת משטר היתרים, שמאפשר **לכל בעלי הזיקה הפרטנית לאדמות מרחב התפר לקבל היתר כניסה למרחב או להתגורר בו**, לפי העניין, מאזנת לדעת המשיבים בצורה ראויה בין הצורך הביטחוני הדוחק העומד בבסיס הנקיטה בצעדים אלה, לבין הפגיעה בזכויות תושבי האזור."*

86. ובאשר להנגשת השערים התחייבה המדינה לאפשר מעבר משערים שפתוחים בכל ימות השנה למי שמקבל היתר לשער שאינו פתוח באופן רצוף (פסקה 33 לפסק הדין בבג"צ 9961/03 המוקד להגנת הפרט):

"בהקשר זה ציינה המדינה עוד בכתב התשובה כי ניתנה הנחייה לפיה בכל מקום בו שער חקלאי הקרוב לחלקות החקלאיות הרלוונטיות לעניינו של התושב אינו פתוח בכל ימות השנה, יצוין על גבי ההיתר שער או מעבר נוסף הנפתח בכל ימות השנה ואשר דרכו יוכל התושב להיכנס אל המרחב, בכפוף לכך שהמעבר לא יחייב את כניסת התושב לישראל."

87. כמו כן, בתגובה שניתנה מטעם משרד המשפטים לדו"ח שפרסם ארגון בצלם יחד עם במקום – מתכננים למען זכויות תכנון, "במסווה של ביטחון – הרחבת התנחלויות בחסות מכשול הפרדה" (דצמבר 2005) נאמר כך (עמ' 102):

"המכשול אף מביא להטלתן של מגבלות על התנועה החופשית של פלסטינים בשטח שהוא חלק מהאזור. זוהי תוצאה קשה ומדינת ישראל עושה הכל על מנת לצמצם הגבלות אלו ולתת מענה לצורכי האוכלוסייה [...] מדינת ישראל קשובה לצורך למצוא

פתרון בנושאים אלה. הוכנסו שינויים בהסדרים החלים במרחב התפר ושינויים נוספים מתוכננים. כך למשל, שינויים אלו כוללים סלילת צירים שיאפשרו מעבר נוח יותר בין ישובים פלסטינים וכן הגעה נוחה יותר של חקלאים פלסטינים לאדמות שהם מעבדים, מימון שירות הסעות לתלמידים לשם הבאתם של תלמידים המצויים בצד אחד של הגדר לבתי הספר המצויים בצידה השני ובחזרה לביתם באופן מסודר ומרוכז ועוד".

88. בתגובת המדינה לעתירה בבג"ץ 11344/03 פאיז סלים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה, אשר עסקה במדיניות פתיחת המעברים במכשול ההפרדה במקטע שבין סאלם לאלקנה, הבטיחה המדינה כי היא עמלה על "קביעת הסדרים למעבר של תושבי המרחב אל מחוצה לו, כן קביעת הסדרים שיאפשרו את עיבוד הקרקעות החקלאיות שבתוך מרחב התפר"

(ר' פס' 21 בתגובת המדינה)

ובנוסף הובטח -

"צה"ל בוחן באופן שוטף את השפעתו של המכשול על האוכלוסייה הפלסטינית, וככל שהדבר ניתן הוא פועל לשינויו של התוואי, לסלילת והקמת דרכי גישה עבור הצד הפלסטיני וליצירת הקלות נוספות שמטרתן מזעור ההשפעות שגורמת הקמת המכשול לאורחות חייה של האוכלוסייה הפלסטינית התמימה"

(פס' 30, שם)

עוֹתֵק הַעֲמוּדִים הַרְלֵבְנֵטִיִּים מִתְּגוּבַת הַמְּדִינָה בִּבְג"צ 11344/03 הַנ"ל הָאִמּוֹר מִצ"ב וּמְסוּמָן נִסְפָח

8

89. ובתגובה לעתירה בבג"ץ 4825/04 עליאן נ' ראש הממשלה ואח', הכירו המשיבים בפגיעתה הקשה של הגדר בחקלאים הפלסטינים והתחייבו לצמצמה כל העת:

"תושבים פלסטינים נפגעים עקב הקמת המכשול. הפגיעה נוצרת בשל תפיסת קרקעות, פגיעה בגידולים חקלאיים, ופגיעה בשגרת החיים של הפלסטינים הנותרים מעבר למכשול. המשיבים מכירים בפגיעה זו, ופועלים לצמצם אותה ככל הניתן, הן בעת הקמת המכשול והן בהגנה על מרקם החיים של התושבים לאחר הקמת המכשול. [...] האתגר של מתכנני המכשול הוא יצירת תוואי, אשר ישיג מקסימום בטחון במינימום פגיעה בתושבי האזור. עמידה באתגר זה היא משימה מתמשכת, מכיוון שגם לאחר הקמת המכשול יש לשוב ולשקול כל העת את האינטרסים של התושבים הפלסטיניים."

(פסקאות 62-63 לתגובת המדינה)

עוֹתֵק הַעֲמוּדִים הַרְלֵבְנֵטִיִּים מִתְּגוּבַת הַמְּדִינָה בִּבְג"צ 4825/04 הָאִמּוֹר מִצ"ב וּמְסוּמָן נִסְפָח 9

ובאשר לפעולות שהציגה המדינה כפעולות שנועדו לשמור על גישת בעלי הקרקע לאדמותיהם נאמר כי "נעשה מאמץ שלא לחצוץ בין בעלי קרקעות למקרקעין שבבעלותם. במקרה שלא ניתן למנוע הפרדה כזו, מוצבים במקום שערים חקלאיים אשר מאפשרים את הגעת בעלי הקרקעות לאדמותיהם". (פסקה 70, שם). בנוסף לכך באותה תגובה ובהתייחס לטענה שעלתה בדו"ח של הדווח לענייני מזון של נציבות זכויות האדם של האו"ם (Human Rights Commission) ז'אן זיגלר¹ (להלן: דו"ח זיגלר) בדבר ניתוק חקלאים פלסטיניים מאדמותיהם, טענה המדינה כי "טענה זו מופרזת ביותר. בעלי הקרקעות יכולים להמשיך ולעבד את הקרקעות. לשם מעבר החקלאים הוקמו שערים חקלאיים ונקודות ביקורות לכל אורך המכשול." (פס' 396, שם)

90. באותה עתירה טענו המשיבים כי במטרה לשפר את הגישה של חקלאים פלסטיניים לאדמותיהם שנותרו בצדה המערבית של גדר ההפרדה -

"הומלץ להרחיב את שעות הפעילות של השערים החקלאיים, ולפתוח חלק מהשערים בכל שעות האור. עוד הומלץ למנות צוותים קבועים לפתיחת חלק מן השערים החקלאיים, במטרה למנוע מצב, שבו החיילים שאחראים על טיפול בשערים, יופנו למשימות אחרות. אף המלצות אלה מצויות בשלבי יישום."

(פס' 435, שם)

91. בבג"צ 7957/03 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל ואח'** (פרשת מובלעת אלפי מנשה), שם ייצג הח"מ את העותרים, העתירה התקבלה ובית המשפט הנכבד הורה על פירוק גדר ההפרדה שהיה קיים והזזתו לתוואי חלופי פוגעני פחות. בתגובתה לעתירה טענה המדינה כי "המשיבים נקטו וימשיכו לנקוט בפעולות רבות שמטרתן להבטיח תנאי חיים נאותים וראויים לתושבי המובלעת, ולמזער למינימום ההכרחי את הפגיעות שנגרמות להם בעטייה של הגדר. בין היתר, הונפקו 1965 היתרי כניסה למובלעת לנותני שירותים [...], מתוכננים שיפורים בתשתיות הדרכים" (פס' 28 לתגובת המדינה).

עותק העמודים הרלבנטיים מתגובת המדינה בבג"צ 7957/03 האמור מצ"ב ומסומן נספח 10

92. בהתאם ובזכות הבטחות אלו שעליהן חזרו נציגי המדינה במאות דיונים שהתקיימו בבית המשפט הנכבד בנוגע למקטעים שונים של גדר ההפרדה, עשרות עתירות שאתגרו את חוקיות הגדר במקטעים שונים שלה נדחו. בית המשפט קיבל את העקרון שניתן לאפשר הקמת מכשול ולקיים מעברו את הזיקה של הפלסטינים לאדמות. בית המשפט רשם לפניו שוב ושוב את ההבטחות 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

¹ UN Commission on Human Rights, *The right to food : report : addendum / by the Special Rapporteur, Jean Ziegler. Addendum: Mission to the Occupied Palestinian Territories*, 31 October 2003, E/CN.4/2004/10/Add.2, available at: <https://www.refworld.org/docid/45377acb0.html> [accessed 11 May 2020]

ההפרדה ורגולציה של העוברים דרכה לבין הצורך בצמצום הפגיעה בזכויותיהם של התושבים המוגנים לקניינם ולגישה מלאה לאדמותיהם החקלאיות.

93. אולם, לאחר כעשור וחצי של חיים בצל הגדר, הנתונים של מקטע קפין, שהשורה התחתונה שלהם כבר הוצגה אבל הפירוט שלהם יובא להלן, 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 ובפועל כל שינוי או תיקון שנעשה בנהלים ובפרקטיקה, מגבילים ומצמצמים את זיקתן של בעלי האדמות לקניינם.

94. נראה כי גם בית המשפט הנכבד הבחין זה מכבר בכך שהמשיבים לא עומדים בהתחייבויותיהם ביחס למשטר ההיתרים, ושופטים שונים דרשו לא פעם מהמשיבים להסביר את פשר הסתירה בין הבטחותיהם לבין המקרים שמובאים בפני ביהמ"ש, בעיקר בהקשר של עתירות התוקפות דחיית בקשות להיתרים.

95. כך למשל בדיון שנערך בבג"ץ 6411/18 יאסין נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, בעתירה נגד החלטת המשיב לדחות את בקשת העותר להיתר כניסה למרחב התפר בטענה של "חלקה מזערית", פנה כב' השופט פוגלמן לב"כ המשיבים ואמר "גברתי לא תמשוך אותנו בלשון, גברתי בכל תיקי הגדר אנחנו זוכרים הכל וגברתי תגיד למשיבים".

96. ובמהלך הדיון בעתירות בבג"צ 3594/13 עמור נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית ואח' בבג"צ 3592/13 עודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית ואח' ובג"צ 3595/13 יאסין נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית ואח' (דיון מאוחד בשלוש עתירות שהוגשו ע"י העותרת מס' 8 המוקד להגנת הפרט) אמר כב' השופט ג'ובראן לב"כ המשיבים כי "אנחנו מדברים באנשים, אנשים רגישים, יש להם זכויות ורגשות, צריך לכבד אותם ולעשות את האיזונים. ביקשנו מהמדינה לעשות את האיזונים בצורה כזאת שהיא צריכה להקל כמה שיותר" והדגיש כי "הכלל זה לתת והחריגים לא לתת" (עמ' 3 לפרוטוקול הדיון מיום 6.6.2013).

97. גם בדיון בבג"צ 5078/11 מוחמד אצביח מחמוד אבו-זר ואח' נ' אלוף פיקוד דרום ואח' (פורסם בנבו, 27.02.2011) שהתקיים ביום 27.7.2011 ביטא כבוד השופט פוגלמן את מורת רוחו מהתנהלות המשיבים כשאמר למשיבים כך (עמ' 2 לפרוטוקול):

"בכל תיקי הגדר אתם מסבירים לנו (ש)אין בעיה זה קו התפר, ועכשיו אנו רואים את המציאות אז תעמדו מאחורי המילה שלכם... אני מרגיש פה סוג של מסר כפול".

98. ובמהלך הדיון בעתירה בבג"ץ 4034/11 שנערך ביום 7.9.2011 העיר כבוד השופט פוגלמן לב"כ המשיבים כך:

"בכל תיק בסוג הזה ההרגשה לא נוחה. אתם באתם בעתירות גדר וזה שטר ששוברו בצידו. אמרתם שיתנו היתרים מתאימים כדי למזער את הפגיעה במרקם החיים והעתירות נדחו ואנו רואים שבמבחן המציאות זה לא עומד"

עותק של הפרוטוקולים שמהם ציטטנו לעיל מצ"ב ומסומן נספח 11

99. השורה התחתונה היא שהקמת הגדר הביאה להפחתה של 90% (תשעים אחוזים!) בפרנסת העותרים 1-7 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 מסוגים שונים 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 165-189 היתרים עד שנת 2014, ל-65 היתרים כיום.

100. 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 כאל ואיתה הקשר בין הפלסטינים לאדמותיהם.

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

ג. ההגבלות על שימור הזיקה הפלסטינית לאדמות שבמרחב התפר לאורך השנים

102. כאמור, בשנים שחלפו נאסף מידע רב באשר להשפעת משטר ההיתרים המשתנה על התושבים הפלסטיניים בכלל ועל התושבים 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.

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

103. 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 מהאדמות, כאשר הדרך לאדמותיהם לאחר המעבר בשער היא ארוכה, הררית, ואף בלתי עבירה.

104. 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 15:30-16:45. 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 שהמגוון מביניהם הוא לבוש שאינו מתאים לעבודה חקלאית.

105. 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. בנוסף, זמני פתיחת השערים לא מאפשרים עבודה בסופי שבוע, דבר שמונע מחקלאים רבים שעובדים בעבודות נוספות לעבוד באדמתם בזמן הפנאי.

106. 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.

107. 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.

108. 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. החמרה בתנאים לקבלת היתרים: שינויים בקפ"ק לאורך השנים

109. 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.

110. בהתאם למתואר בפסק הדין בעניין המוקד (בג"צ 9961/03), 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.

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

112. 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 שהערך של כל "חלקה" לאחר חלוקה בין יורשים הוא "חלקה זעירה" לפי הקפ"ק החדש. שכן המונח "גודל החלקה" מוגדר בקפ"ק כחלוקת שטח החלקה במספר הבעלים שלה, ללא קשר לגודל הריאלי של החלקות.

ד. 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 או לכל היותר היתר לכמה חודשים). הגשת בקשה להיתר לצרכים אישיים לפני כל כניסה לחלקה מכבידה מאוד וגם לנוכח לוחות הזמנים שקבועים בקפ"ק להגשת בקשות וקבלת תשובה להן, אינה ריאלי לציורך 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).

ה. 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.

מאז שנת 2017, יורשים של בעלי אדמות הרשומות בטאבו, שהגישו בקשות להיתרים נדרשו להעביר את רישום הבעלות של החלקה מהמוריש ליורש, ולשלם אגרה, תהליך מסורבל,

יקר ומתיש. יצויין שהעובדה שלמעלה משני שליש 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 לשנתיים עתה ההיתרים הם "היתרי כרטיסיה" המאפשרים מספר מוגבל של כניסות.

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

114. **כפי שנפרט להלן ובהתאם לתשובות שהעותרת מס' 8 קיבלה במסגרת הליכי חופש מידע שניהלה, במרחב התפר כולו חלה צניחה בהיקף הזכאים כך שבעוד שבשנת 2014 שיעור מבקשי ההיתר שבקשתם אושרה עמד על 75% הרי שבשנת 2018 רק 26% מהמבקשים קיבלו היתר.**

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

116. 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 המשיבים 1-2 בהבטחותיהם בפני בית המשפט העליון כי המשטר הוא שיבטיח את הגישה של פלסטינים לאדמותיהם.

III. הבירוקרטיה הכרוכה בקבלת היתר

117. גם עבור מי שזכאים להיתר ומחזיקים במסמכים הנדרשים להוכחת בעלותם על הקרקע, ממתנינים קשיים עצומים בדמות בירוקרטיה מתישה.

118. החסם הראשון הוא הנוהל לפיו בעלי האדמות אינם רשאים להגיש את בקשתם להיתר ישירות במת"ק הישראלי והם נדרשים לפנות למועצות המקומיות שמעבירים את בקשותיהם 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 ההמתנה הכרוכה בכך.

119. 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 ההחלטה, הוא מונחה להגיש בקשה חדשה משום שלא רק שבקשתו כבר סורבה אלא לאור הזמן שחלף ממועד הסירוב הראשון, אין עוד אפשרות לערור עליו.

120. 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 המנהל האזרחי – ועדת ערר. אז יהיה עליו להמתין עד חודש תמים עד שיזומן לוועדה, ולאחר הופעתו בפניה, נדרשת המתנה של שבוע נוסף עד לקבלת החלטתה.

121. יצויין, כי בהוראות הקפ"ק נקבע לוח זמנים לטיפול בבקשות להיתרים חקלאיים ולבירור רמת"ק. כך למשל בקפ"ק נקבע כי בשלב הראשון הזמן המירבי לטיפול בבקשת היתר לצרכים חקלאיים ותעסוקה חקלאית הוא **ארבעה שבועות**. במידה והבקשה להיתר סורבה, הוראות הקפ"ק קובעות כי תושב שמגיש בקשת השגה יזומן לבירור רמת"ק **תוך שבועיים** מיום הבקשה. בפועל, הצבא לא עומד בלוחות הזמנים הארוך והמסובך ממילא, שקבוע בקפ"ק.

122. הגשת עתירה לערכאה משפטית כנגד החלטת הצבא מתאפשרת רק לאחר קבלת ההחלטה 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, ובניגוד להוראות הקפ"ק שאוסרות על בחינת בקשה חדשה בתוך תשעה חודשים מהסירוב האחרון, פעמים רבות הצבא מורה לפונה להגיש בקשה חדשה להיתר, לפעמים לאחר שהוחלט בערר כי העורר זכאי להיתר, דבר שמשמעותו חזרה לנקודת ההתחלה של ההליך הבירוקרטי.

123. לעתים קרובות, אף אישור הבקשה לא מביא לסיום הסחבת הבירוקרטית, ונרשמו מקרים רבים בהם פונים נאלצו להוסיף ולהמתין שבועות, 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.

124. האמור לעיל אולי נשמע ונראה כמו פרודיה על מערך בירוקרטי, אבל זה לא. זהו המערך אותו המשיב 2 מפעיל ושאמור לנהל חיים חקלאיים של קהילות בהן חיות מאות משפחות ואלפי בני אדם (רק במקטע קפין, בסה"כ מדובר באלפי בני אדם כמובן). אל הספירלה הבירוקרטית 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 הבירוקרטי – זוהי מטרתו: להקטין ככל שניתן את מספר מקבלי ההיתרים, לרוקן את מרחב התפר מנוכחות פלסטינית. והיא מושגת כפי שנראה מיד.**

ד. השלכות משטר ההיתרים על מרחב קפין-עכאבה מאז הקמתו

I. נתונים על אדמות הכפרים שנכלאו במרחב התפר

125. העותרים הם תושבי הכפרים קפין, עכאבה ונזאלת עיסא אשר בצפון-מערב הגדה. תוואי הגדר שנקבע עובר בתוך אדמות כפרים אלו, ומותיר בצדו המערבי למעלה מ-3,000 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 העותרים, בחופש התנועה שלהם, ביכולתם להתפרנס מקניינם ובמרקם חייהם שכן הוא פוגע בגישתם לאדמותיהם החקלאיות ומנתק אותם ממקור הפרנסה העיקרי שלהם.

126. פרנסת תושבי שני הכפרים האמורים תלויה באופן קריטי בתנובת האדמות שנותרו במרחב התפר: במרחב זה מצויים כ-60% מהאדמות החקלאיות של הכפר קפין, וכל (100%) האדמות החקלאיות של הכפר עכאבה. אם כן, בהיותן קהילות חקלאיות שמתאפיינת בחיבור ותלות עמוקים באדמה ובעבודה, ולאור הנתח הגדול מאדמותיהם ש"נלכד" במרחב התפר, השפעת הגדר על תושבי כפרים אלה היא אדירה ומורגשת כמעט בכל תחום בחייהם.

127. בשנת 2005 פרצו שריפות נרחבות (בין השאר בשל אי ניכוש עשבים והזנחה כללית של האדמות) שהרסו כ-80% מהמטעים באדמות. בעקבות נזקי השריפות, אשר נמשכו שנים לאחר מכן, וכן היעדר הנגישות הרצופה לאדמות הובילה לכך שמשנת 2002 ועד 2010, הייתה ירידה של כ-70% בתוצר החקלאי. בין השנים 2010 ועד 2014, יכלו בעלי האדמות להביא לשיקום חלקי של אדמותיהם, אך ההגבלה על הכנסת דשן וכלים חקלאיים נותרה על כנה, ולכן השיקום היה חלקי בלבד וההפסד בתוצר החקלאי הצטמצם ל-40%.

128. משנת 2014 ואילך החלה מדיניות ההחמרה המשמעותית במספר הזכאים להיתר כניסה למרחב התפר, מה שהוביל לירידה בכוח העבודה ובסופו של דבר להתדרדרות נוספת בתנובת הגידולים החקלאיים במרחב התפר.

II. הגבלות על גישת תושבי הכפרים לאדמותיהם במספרים

129. 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.

130. מדיניות: במהלך השנים הקפ"ק "עודכן" כפי שתואר לעיל 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.

131. תמונה מרשיעה, חד משמעית ומבהילה נגלית מהנתונים הכלליים (ביחס לכלל מרחב התפר) כפי שאלו נמסרו על ידי המשיבה, 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.

עותק של העמודים הרלבנטיים מתגובתה המקדמית של המדינה בבג"צ טעמה האמור מצ"ב ומסומן נספח 12

132. שינויים אלה לא פסחו על מקטע קפין. הנתונים הנוגעים למקטע קפין, כפי שעולה ממידע שהתקבל מהמשיב מס' 3 בתשובה לבקשת חופש מידע שהגישה העותרת מס' 8, בכל הנוגע לבקשות להיתרים חקלאיים ולהיתרי תעסוקה חקלאית שהוגשו על ידי תושבי הכפר קפין המספרים מדברים בעד עצמם עולה התמונה הבאה: בעוד שבשנת 2014 הוגשו 1,778 בקשות להיתרים חקלאיים והיתרי תעסוקה חקלאיים לתושבי קפין, מתוכם אושרו 1,256 (71% מסך הבקשות שהוגשו), בשנת 2018 נרשמו 1,181 בקשות להיתרים חקלאיים (והיתרי תעסוקה חקלאית) מתוכם אושרו 51% בלבד. בטבלה המסכמת שמסתמכת על הנתונים שהתקבלו מאת המשיב, ניתן להצביע בבירור על ירידה חדה ומשמעותית הן במספר הקשות המוגשות, והן במספר הבקשות המאושרות:

| שנה | סך בקשות | מתוכם: אישור | סירוב | סירוב % |
|------|----------|--------------|-------|---------|
| 2014 | 1,778 | 1,256 | 522 | 29% |
| | 291 | 151 | 140 | 48% |
| | 0 | | | |
| | 1,386 | 1,025 | 361 | 26% |
| 2015 | 1,706 | | | |
| 2016 | 1,406 | | | |
| 2017 | 1,181 | | | |
| 2018 | 1,182 | 606 | 575 | 49% |
| | 464 | 103 | 361 | 78% |
| | 441 | 379 | 62 | 14% |
| | 148 | 0 | 148 | 100% |

133. 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 שנוצר בין תושבי האזור לאדמותיהם שבמרחב התפר.

III. מצב החקלאות לאורך השנים: לפני ואחרי הקמת הגדר

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

135. 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.

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

137. 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.

138. כדוגמה, מנתונים על התוצר החקלאי השנתי שאיגד העותר מספר 8 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.

139. **מחקר שערך המשרד לתיאום עניינים הומניטאריים של האו"ם (OCHA) באדמות הכפרים עכאבה וקפין, מעלה שתנובת עצי הזית של מטעים שבמרחב התפר קטנה מתנובת המטעים שממזרח לגדר (ולכן הגישה אליהם חופשית) בהיקף משתנה שבין 50 ל-78 אחוזים ברוב המקרים וברוב השנים.**

עותק של המחקר של המשרד לתיאום עניינים הומניטאריים של האו"ם מצ"ב ומסומן

נספח 13

140. להלן, לשם הדוגמה, פירוט הפגיעות הכלכליות הישירות שנגרמו לעותרים 1-7 עקב הקמת הגדר, החלת משטר ההיתרים, והחמרת ההגבלות השונות לאורך השנים.

תצהיריהם של העותרים, עליהם מבוסס הפירוט להלן, מצ"ב ומסומנים בנספח 14

א. **העותר 1** [REDACTED] **ח'סיב**, תושב קפין, יליד 1958, נשוי ואב לשמונה ילדים ומשמש כחבר מועצת הכפר קפין. בבעלות משפחתו 9 דונם בחלקה מס' [REDACTED] בגוש 2

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.

ב. **העותר 2** [REDACTED] **הרשה**, תושב קפין, יליד 1952, נשוי. בבעלות משפחתו 12.5 דונם בחלקה מס' [REDACTED] בגוש 2 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 וחומוס, 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. **העותר 3** [REDACTED] **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, שעורה, 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.

ד. **העותר 4** [REDACTED] **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' 1 בגוש 6 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.

ה. **העותר 5** [REDACTED] **חסיין**, תושב נזלת עיסא, יליד 1957, נשוי ואב לשבעה ילדים. בבעלות משפחתו 15 דונם בחלקה מס' [REDACTED] בגוש 2 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.

ו. **העותר 6** [REDACTED] **דאוד**, תושב נזלת עיסא, יליד 1961, נשוי ואב לארבעה ילדים. בבעלות משפחתו 6 דונם בחלקה מס' [REDACTED] בגוש 2 בנזלת עיסא. גדר ההפרדה עוברת באמצע החלקה שבבעלותו 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.

ז. **העותר 7 תייסיר פתחי טהה עמארנה**, תושב כפר עכאבה, יליד 1963, נשוי ואב לשמונה ילדים. מר עמראנה משמש כראש מועצת הכפר עכאבה. בבעלות משפחתו 200 דונם במספר חלקות בגוש 3 של אדמות עכאבה 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.

141. **בהתאם לנתונים לעיל, 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 50-78 אחוזים;**

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

ה. **חות-דעתו של אל"מ (במיל') שאול אריאלי על התרומה הביטחונית של התוואי**

והאפשרות להעתיקו לתוואי "קו ירוק"

142. בטרם נעבור לטיעון המשפטי נבקש להציג את חוות-דעתו של אל"מ (במיל") שאול אריאלי אשר התבקש על-ידי העותרים לבחון מזווית ביטחונית את האפשרות של העתקת התוואי במקטע נושא עתירה זו לקו הירוק.

עותק של חוות-הדעת של אל"מ אריאלי מצ"ב ומסומנת נספח 15

143. אל"מ אריאלי בחן את התוואי הקיים והתוואי החלופי בהתאם לפרמטרים שקבעה מערכת הביטחון למכשול ההפרדה והגיע למסקנה שהתוואי החלופי עדיף ביטחונית על התוואי הקיים.

144. הסיבה לכך היא, כפי שנכתב בסיכום חוות-הדעת, שתוואי שעובר על הקו הירוק (עם תיקונים קלים בשל טופוגרפיה) **משפר את המענה הביטחוני** בכל המישורים הבאים :

"מעבר המכשול, איתור מוקדם, השטחים השולטים לתצפית ואש, קירבה לשטח בנוי, ביטחון הכוחות הפועלים לאורך המכשול, קצור אורך המכשול, צמצום מספר השערים החקלאים, צמצום דרסטי במספר ההיתרים הנדרשים לתושבי הכפרים, צמצום עלויות האחזקה של המכשול והשערים החקלאים."

145. למשמעות חוות-הדעת נחזור בטיעון המשפטי, הן בהקשר של מידתיות התוואי במובן של האמצעי שפגיעתו פחותה והן בחישוב המידתיות במובן הצר.

חלק שלישי: הטיעון המשפטי

א. הפגיעה בזכויות העותרים

146. ההגבלות שנובעות מקיום מכשול ההפרדה במקטע נושא עתירה זו, יחד עם מדיניות המשיבים במישטור והגבלת זיקתם של בעלי האדמות לאדמותיהם, גורמים לפגיעה קשה ואדירת מימדים ביכולתם של העותרים ובני ובנות קהילותיהם ועובדיהם להגיע אל אדמותיהם שמעבר לגדר ההפרדה ולממש את קניינם. הגבלות התנועה שמלוות את משטר ההיתרים פוגעות בזכותם של העותרים לקניין, בזכותם לחופש העיסוק, בזכות לחופש התנועה, וכן בזכות הבסיסית ביותר לממש את הקשר הרגשי והתרבותי והמשפחתי שלהם לאדמתם שמהווה חלק אינטגרלי מזהותם ומרכיב יסודי בזכותם לכבוד – הזכות לתרבות ולחיי קהילה.

147. הגדר המתפתלת ועימה משטר ההיתרים יצרו מציאות שבה שטחים שבעבר היוו מקור פרנסה פורח ועשיר, שהיו בעצמם סיבה למפגשים משפחתיים ותרבותיים של דורות שלמים של חקלאים ובעלי אדמות, הפכו להיות אזורים אסורים, שוממים, בורים שהגישה אליהם אסורה אלא אם הוכח קיום "צורך חקלאי" על פי סטנדרטים שזרים לבעלי האדמות ולצרכיהם.

148. כללים אלו שמגדירים את "הצורך החקלאי" ושעל פיהם נקבע לעיתים כי לפי מדדים כלכליים שונים בעלי האדמות אינם זקוקים ליבול של אדמותיהם (הזעירות למשל), וכי זיקתם והצורך שלהם בקרקע אינה כנה ואמיתית ואינה מצריכה זמן עבודה מסויים או כמות מסויימת של כוח

עבודה, מביאים לכך שאדמות שעובדו במשך שנים רבות לא יעובדו יותר כלל, ושמסורת העבודה המשותפת של בני משפחה באדמותיהם תיפסק. פגיעה זו נוגעת לליבת החובות של המשיבים כלפי האוכלוסייה המוגנת, והן מנוגדות להתחייבויות המשיבים בפני בית המשפט ובפני התושבים בעלי האדמות במרחב התפר.

149. על רקע עקרונות היסוד בדבר סמכויותיה של מעצמה כובשת על השטח התפוס על-ידיה בתפיסה לוחמתית, נקבעו בדיני הכיבוש מספר הוראות קונקרטיות המגבילות את יכולתה של המעצמה הכובשת לפגוע בזכויות אלו של האזרחים המוגנים. כמו כן, עוגנו זכויות אלה באמנות זכויות האדם השונות.

150. בענייננו, כפי שנאמר בפרק הקודם, מקטע הגדר נשוא עתירה זו פוגעים בזכויותיהם של אלפי אזרחים מוגנים בכל התחומים, וביניהם בזכויות הקניין, בחופש התנועה וביכולת הפרנסה.

151. זכויות היסוד הליברליות הקלאסיות לא פסחו על דיני התפיסה הלוחמתית ועל-כן גם לא נשללו מאזרחי השטח התפוס (בניגוד לזכויות אזרח כמו לבחור ולהיבחר שאכן מושעות לתקופת הכיבוש). דיני הכיבוש הבינלאומיים המודרניים עיגנו את מערך הזכויות והחובות שביחסים בין כובש לאוכלוסייה נכבשת, במהלך המאה ה-19 ובעת ניסוח תקנות האג בתחילת המאה ה-20 (שהדעה המקובלת היא כי הם העלו על הכתב משפט בינלאומי מינהגי שכבר היה קיים). הם נועדו בראש ובראשונה להגנת האזרחים הנכבשים תוך העניקה של זכויות רבות אשר מקורן בפילוסופיית זכויות האדם שהתפתחה במקביל:

“The international law of belligerent occupation lays down the rights and obligations of the belligerent power in occupation of foreign territory. The law of belligerent occupation has undergone major development over the past two centuries : while the population of such territories originally had virtually no rights at all ,their status and rights have now been greatly improved and are securely anchored in international law.

...

Belligerent occupation is a form of foreign domination. Its effects on the population are mitigated by the provisions of international law on belligerent occupation .Hence Geneva 4th Convention appears as a bill of rights with a catalogue of fundamental rights which, immediately upon occupation and without any further actions... becomes applicable to the occupied territory and limits the authority of the occupying power.”

(The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts (Dieter Fleck (editor), Oxford Un. Press, 1995), p. 240)

152. "מגילת הזכויות" של האזרחים המוגנים כוללת, אם-כן, זכויות רבות כשהמרכזית שבהן היא הזכות לחיים ולכבוד המצויינת בסעיפים 27 לאמנת גינבה הרביעית ו-75 לפרוטוקול הראשון.

153. ראשית, נמקד מבטנו בזכות הקניין. כלל 46 לכללים הנספחים לאמנת האג קובע איסור על הפקעת אדמה פרטית בשטח כבוש (ההדגשות שלנו):

"Family honour and rights' the lives of persons and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected.

Private property cannot be confiscated"

ודוק: הפקעה אסורה ללא כל חריג, גם לא מטעמי צורך ביטחוני

154. סעיף 23 (ז) של תקנות האג אוסר הריסת רכוש אויב או תפיסתו למעט במקרה של "צרכי מלחמה הכרחיים" ("Imperatively demanded by the war of necessities").

155. סעיף 53 לאמנת גינבה, העוסק גם הוא בפגיעה והריסה של רכוש פרטי וציבורי, קובע נוסחה משפטית מצמצמת יותר לנסיבות בהן תותר הפגיעה (ההדגשות שלנו):

*"Any destruction by the Occupying Power of real or personal property belonging individually or collectively to private persons, or to the State, or to other public authorities, or to social or cooperative organizations, is prohibited, except where such destruction is rendered **absolutely necessary by military operations.**"*

156. עינינו הרואות, הצורך הצבאי (ולא היעדרו של צורך חקלאי, למשל) הוא התנאי בלעדיו אין לפגיעה בזכויות הקניין של תושבי השטח הכבוש וגם בהתקיימו אסורה ההפקעה באורח מוחלט וללא חריגים.

157. החובה לדאוג לפרנסתם ולרווחתם של תושבי השטח הכבוש נובעת אף היא מדיני התפיסה הלוחמתית. החובה האמורה היא חלק ממארג שלם של חובות של המעצמה הכובשת כלפי האזרחים המוגנים: המעצמה הכובשת אחראית לקיומה של מערכת חינוך תקינה (סעיף 50 לאמנה - ושימו לב בהמשך הסעיף עד כמה מפורטת החובה לדאוג לרישומם של ילדים, ולפיקוח על מוסדות המטפלים בילדים יתומים וכו'); היא גם אחראית לאספקה של צרכי הקיום הבסיסיים לתושבי השטח הכבוש (סעיף 55); לקיומה התקין של מערכת בריאות ובתי-חולים (סעיף 56-57); לפעילותן של רשויות הדת (סעיף 58). המעצמה הכובשת אחראית לאספקה של מזון (סעיף 55 הנ"ל) ולתכניות סיוע הומניטרי (סעיף 59 – מה שלא פוטר אותה מהאחריות לספק צרכי חיים בסיסיים – סעיף 60).

158. ולצד אלה חופש התנועה והזכות להתפרנס בכבוד מעוגנים אף הם בדיני הכיבוש ונגזרים סימולטנית מחובת השבת הסדר והביטחון, מחובת הדאגה לצרכים הבסיסיים של התושבים

ומהזכות לכבוד – שכמו במשפט הישראלי החוקתי כך גם בדיני התפיסה הלוחמתית – היא אם הזכויות וממנה נגזרות זכויות יסוד רבות נוספות.

ב. זכויות קונקרטיות

I. הזכות לקניין

159. כאמור לעיל, גדר ההפרדה ומשטר ההיתרים פוגעים בזכות הקניין של העותרים ובני ובנות קהילותיהם שגישתם אל הקרקע שבבעלותם נמנעת, ויכולתם לממש את בעלותם בקניינם נשללה. הזכות לקניין מעוגנת בסעיף 17 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, המציין את זכות הקניין ואת איסור שלילת זכות זו בדרך שרירות.

160. מניעת הגישה לאדמה והגבלתה, שוללים את מקור הפרנסה של בעל האדמה. הזכות לפרנסה מעוגנת בסעיף 23 של ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, וכן בסעיף 6 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966). הסעיפים מתמקדים ראשית, בזכות לעבוד ושנית בזכות הבחירה של מקום התעסוקה.

161. כל אלה פוגעים בהכרח בזכות לקיום בכבוד המעוגנת בסעיפים 6 ו-11 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. הזכות לקניין הוכרה גם בשיטת משפטנו, כנגזרת של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ונדונה עוד בפרשת פינוי הישוב אלון מורה, בבג"ץ 390/79 **דויקאת ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'**, פ"ד לד (1), 4 (1979) עמד כבוד הנשיא (כתוארו דאז) לנדוי על החומרה שבפגיעה בזכות הקניין של תושבים מוגנים, ועל החובה להבטיח שמירה עליה, כך:

"כאשר בזכויות קניין של הפרט המדובר, אין לפטור את העניין בטענה של "יחסיות" הזכות. לפי שיטת המשפט שלנו זכות הקניין של הפרט היא ערך משפטי חשוב המוגן בדין האזרחי והפלילי כאחד, ואין נפקא מינה, במה שנוגע לזכותו של בעל האדמה להגנה על רכושו על-פי דין, אם האדמה היא אדמה מעובדת או אדמת טרשים.

עקרון השמירה על קניין הפרט חל גם בדיני המלחמה שמצאו את ביטויים לעניין זה בסעיף 46 של כללי האג. ממשל צבאי המבקש לפגוע בזכות הקניין של הפרט, עליו להראות אסמכתא משפטית לכך ואין הוא יכול לפטור עצמו מפיקוח שיפוטי על מעשיו בטענה של חוסר שפיטות." (עמ' 14 לפסק הדין)

162. על הדברים חזר המשפט באינספור פסקי דין. כך למשל בבג"ץ 1980/03 **עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל משרד הביטחון**, (3.2.2005) (להלן: "פרשת עיריית בית לחם"):

*"זכות הקניין נמנית אף היא על זכויות היסוד של האדם. זכות זו הוכרה בזכות יסוד הראויה להגנה בפסיקתו של בית משפט נכבד זה (ראו למשל בג"ץ 390/79 **דויקאת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד (1), 1, 14-15; דנג"ץ 4466/94 **נוסייבה נ' שר האוצר**, פ"ד מט (4), 68, 83-85) ואף זכתה לעיגון חוקתי מפורש בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכות זו מוכרת גם במשפט הבינלאומי, ובכל הנוגע*

לשטחים המוחזקים בתפיה לוחמתית מעוגנת היא, בין היתר, באמנת האג
ובאמנת ג'נבה הרביעית" (סעיף 20 לפסק דינה של כב' השופטת (כתוארה דאז).

וראו לעניין זה גם –

"[זכות הקניין] מוכרת אף היא כזכות יסוד חוקתית מוגנת. היא מוכרת ככזו מכח
המשפט החוקתי בישראל על פי סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא
מוגנת מפגיעה גם במשפט הבינלאומי. הפגיעה בזכויות קניין, ובכלל זה פגיעה
בזכויות מקרקעין של הפרט, אסורה על פי דיני המלחמה של המשפט הבינלאומי,
אלא במקום שהדבר הכרחי לצרכי לחימה."

(בג"ץ 7862/04 - זוהרייה חסן מורשד בן חוסין אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון,
פ"ד נט(5), 368, עמ' 377-376).

163. בפסק דין שניתן בעניין המאחז הבלתי חוקי מיגרור ביום 2.8.11, בבג"ץ 8887/06 יוסף מוסא עבד א-
ראזק אל-נאבות ואח' נ' שר הביטחון מיום 2.8.11 התייחס בית המשפט הנכבד לחובה להבטיח
באופן אקטיבי את השמירה על זכויות הקניין של התושבים הפלסטינים. כך צויין בפסקה 16 לפסק
הדין:

"...הקו המנחה ובעל המשקל המכריע בהכרעותינו השיפוטיות הוא כי על רשויות
המדינה לפעול לקיום החוק ולאכיפתו באזור, במיוחד כך כאשר הפרת החוק
פוגעת בזכויות הקניין של התושבים המוגנים; זאת, כפי שצוין קודם, אף בהתאם
לעמדתה המוצהרת של המדינה אשר הובאה בפנינו פעמים רבות. אין חולק כי על
פי דין אין להקים ישוב על קרקע פרטית של תושבים פלסטינים, וגם לשיטת
המשיבים יש לראות בחומרה רבה פגיעה בזכות הקניין של תושבים אלה. לפיכך
אף הציבה המדינה עקרון זה בראש סדרי העדיפויות לאכיפת החוק באזור.
מדיניותה המוצהרת של ממשלת ישראל עולה בקנה אחד עם העקרון הבסיסי
המנחה את בית המשפט הזה עוד מראשית דיוניו בסוגיית הקמת היישובים באזור
יהודה ושומרון"

II. הזכות לתנועה

164. התואי הקיים של מכשול ההפרדה במקטע נשוא עתירה זו, יחד עם מדיניות המשיבים במשטר
ההיתרי, מגבילים באופן חמור את חופש התנועה של התושבים המוגנים בעלי האדמות שבמרחב
התפר. הזכות לחופש התנועה מעוגנת בסעיף 13 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם ובסעיף
12 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966.

165. כאמור, הגבלת חופש התנועה אינה מצטמצמת לפגיעה בזכות זו לבדה ומובילה לפגיעה בזכויות
נוספות אשר מימושן כרוך בחופש תנועה.

166. הזכות לחופש התנועה הוכרה בפסיקה הישראלית כזכות יסוד גם בהקשר של זכויות הפלסטינים בגדה המערבית, כך למשל בסעיף 15 לפסק דינה של כב' השופטת ביניש בפרשת בית לחם הנ"ל נקבע:

"חופש התנועה הוא מזכויותיו הבסיסיות של האדם. עמדנו על כך שבשיטתנו המשפטית הוכר חופש התנועה הן כזכות יסוד העומדת על רגליה, הן כזכות הנגזרת מהזכות לחירות, ויש אף הגורסים כי מדובר בזכות הנגזרת מכבוד האדם (ראו פסקה 15 לפסק הדין והאסמכתאות הנגזרות שם). חופש התנועה מוכר גם כזכות יסוד במשפט הבינלאומי וזכות זו מעוגנת בשורה של אמנות בינלאומיות."

167. כמו כן, בית משפט נכבד זה קבע כי משקלה של הזכות לחופש התנועה גבוה במיוחד בהקשר של מניעת גישתו של אדם לאדמתו-שלו. ראו: בג"צ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד ס"א (1) 844, 863 (2006), שם נאמר כך:

"חשוב להדגיש כי בענייננו, אין מדובר בתנועה של תושבים פלסטינים באזורים בלתי מסויימים ברחבי יהודה ושומרון, אלא בגישה של התתושבים לאדמות השייכות להם. בנסיבות אלה, כאשר התנועה מתבצעת במרחב פרטי, יש ליתן משקל רב במיוחד לזכות לחופש תנועה ולצמצם למינימום את המגבלות המוטלות עליה. ברור, כי יש לבחון מגבלות המוטלות על חופש התנועה במרחב הציבורי באופן שונה ממגבלות המוטלות על חופש התנועה של אדם בתוך המתחם הקשור לביתו שלו ואין דינן של הראשונות כדיןן של האחרונות."

III. הזכות לתרבות וחיי קהילה

168. מלבד הפגיעה הכלכלית שנגרמת לתושבים המוגנים מצמצום גישתם לקרקעותיהם, ניתוק העותרים ובני ובנות קהילותיהם מאדמותיהם וכן יישום כללי הקפ"ק בנוגע לצורך החקלאי שקביעת מכסות עובדים פוגעת באורח חמור ביותר בזכותם של התושבים המוגנים לחיי תרבות וחיי קהילה, שכן כללים אלה פוגעים במנהגים המקומיים המושרשים בתרבותם של תושבי האזור לעיבוד חקלאי משותף ומשפחתי, ובזיקתם העמוקה באדמות שעוברות אליהן מדור לדור.

169. משטור זיקתם של העותרים לקרקע, והכפפתה לחישובים של נחיצות כלכלית שמגבילים את מספר הימים שבהם יוכלו בעלי האדמות לעבד את אדמותיהם, ומספר האנשים (כולל יורשים ובני משפחה) הזכאים להיתרים, פוגע בצורה עמוקה בחיי התרבות ובמסורת של בני המקום, ובקשרים ההיסטוריים שלהם לאדמותיהם.

170. הזכות להשתתפות בחיים התרבותיים של קהילות מעוגנת בס' 27 (1) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם, וכלשונו:

"Article 27:

(1) Everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits."

171. גם אמנת האו"ם בדבר זכויות כלכליות וחברתיות (1966) שישראל חתמה עליה ואשררה אותה, קובעת בס' 15(א) וס' 15(ב) את החובה המוטלת על מדינות לכבד את הזכות לקיום חיי תרבות, כך:

"סעיף 15 :

א. מדינות שהן צד באמנה מכירות בזכותן של כל אדם :

1. להשתתף בחיי התרבות;
2. ליהנות מיתרונות הקידמה המדעית ושימושיה;
3. ליהנות מן ההגנה על הזכויות המוסריות והחומריות הנובעות מכל יצירה מדעית, ספרותית או אמנותית שהוא מחברה.

ב. הצעדים שינקטו מדינות שהן צד באמנה זו כדי להשיג את מימושה המלא של הזכות האמורה יכללו אותם צעדים הנדרשים לשם קיום המדע והתרבות, פיתוחם והפצתם."

172. הערך שבהגנה על הקשר התרבותי, המסורתי והרגשי שיש לעמים ילדים באדמה מוצא את ביטויו, בין היתר, גם באמנה הבין לאומית של ארגון העבודה הבינלאומי (ILO) בנוגע לזכויות עמים ילדים ושבטיים (אמנה מס' 169) שקובעת כך:

"Article 13

1. In applying the provisions of this Part of the **Convention governments shall respect the special importance for the cultures and spiritual values of the peoples concerned of their relationship with the lands or territories**, or both as applicable, which they occupy or otherwise use, and in particular the collective aspects of this relationship.
2. The use of the term lands in Articles 15 and 16 shall include the concept of territories, which covers the total environment of the areas which the peoples concerned occupy or otherwise use."

173. זאת ועוד, ס' 23 לאמנה בנוגע לזכויות עמים ילידיים ושבטיים מעגנת את החובה להכיר ולכבד את הזיקה החזקה שמאפיינת עמים ילדים למשאבי הטבע שבסביבתם, ואת הסתמכותם הכלכלית והתרבותית עליהם, כך:

"Article 23

1. Handicrafts, rural and community-based industries, and subsistence economy and traditional activities of the peoples concerned, such as hunting, fishing, trapping and gathering, shall be recognised as important factors in the maintenance of their cultures and in their economic self-reliance and

development. Governments shall, with the participation of these people and whenever appropriate, ensure that these activities are strengthened and promoted.”

174. הגדר אם כן פוגעת בזכויות מוגנות של תושבי שטח כבוש. המשפט הבינלאומי, כמו המשפט הישראלי, מתנה חוקיות של פגיעה בתנאי מידתיות ופרופורציונאליות (ראו פסקה 37 לפסק הדין בפרשת בית-סוריק). בענייננו, נבחן את הפגיעה באספקלריה של כללי המידתיות כפי שנקבעו במשפט המינהלי הישראלי וקונקרטי בפרשת בית-סוריק החולשת על ענייננו.

ג. תוואי הגדר אינו עומד במבחני המידתיות שנקבעו בפסיקה

175. להלן יטענו העותרים כי חדירת חומת ההפרדה אל תוך תחומי השטח הכבוש ויצירת המובלעת במקטע קפין יחד עם מדיניות משטר ההיתרים שהמשיב מנהיג על מרחב התפר הינה מנוגדת לפסיקה של בית משפט נכבד זה, פוגעת בצורה בלתי מידתית בזכותם של העותרים ותושבי האזור לקניין ופוגעת בצורה חמורה ואדירת מימדים במרקם חייהם.

176. בנוסף לכך יטען שהכללים שקבעו המשיבים בהוראות הקפ"ק בעניין חישוב שטחי החלקות החקלאיות, וכן בעניין הכללת בני משפחת בעלי האדמות במניין מכסת העובדים, אינה מתחשבת במסורת התרבותית והמשפחתית בעבודה חקלאית, ואינה נותנת משקל ראוי ליחס הרגשי והתרבותי שיש לקהילות האזור לאדמתם.

177. לפיכך העותרים יטענו כי משטר ההיתרים אינו מסוגל, וכנראה גם לא נועד לאפשר חיים חקלאיים פלסטיניים במקטע קפין. השינויים בהוראות הקפ"ק לזכאות מצביעים על מגמה של נישול הדרגתי של העותרים בעלי אדמות במרחב התפר מאדמותיהם ופגיעה חמורה בזיקה שלהם לאדמותיהם.

178. העותרים יוסיפו ויטענו כי גם משקלו של הקוטב השני לכפות המאזניים של המידתיות – הצורך הבטחוני – השתנה כיום והוא חלש בהרבה מזה שהיה בעת שהוקמה הגדר, בעיצומה של האינתיפאדה השנייה. ומכל מקום, במרחב קפין אין יישובים ישראלים, אין אדמות בבעלות ישראלית ואין ולא אמורה להיות נוכחות ישראלית. לפיכך, הצורך הביטחוני במובלעת שיצרה הגדר ממערב לכפרים שבהם מתגוררים העותרים – חלש. חולשה זו הופכת למובהקת בימים שבהם אין יותר אינתיפאדה ולוחמה זה למעלה מעשור.

179. נזכיר רק שביהמ"ש הנכבד הכיר בסמכות להקים את גדר ההפרדה כנובעת מהחריג הקבוע בתקנה 52 לתקנות האג ובסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית. התקנה והסעיף אוסרים פגיעה ברכוש פרטי אך קובעים חריג אם קיים צורך צבאי הכרחי לפגיעה זמנית כאמור.

180. לאור האמור לעיל, העותרים יטענו כי בהינתן המאפיינים של מובלעת קפין מבחינה ביטחונית ובעיקר בהינתן שינוי הנסיבות הביטחוניות מאז שהוקמה הגדר, אין יותר הכרח ביטחוני להצבת המכשול במקטע קפין בתוואי שאינו על הקו הירוק.

181. כמו כן, העותרים יטענו שהפגיעה בזכויות היסוד של העותרים וקהילותיהם לתנועה, לקניין, לפרנסה ולתרבות הופכים את הגדר לבלתי מידתית הן במובן שיש אלטרנטיבה פוגענית פחות (מכשול על הקו הירוק) והן במובן של מידתיות במובן הצר, קרי שהפגיעה בעותרים עולה בהרבה על התרומה לביטחון אל מול האלטרנטיבה.

ד. קיומה של אלטרנטיבה פוגענית פחות

182. החריגה של הגדר מהקו הירוק יוצרת פגיעה העולה על הנדרש, שכן ניתן להשיג את המטרה הלגיטימית של הגנה על תושבי מדינת ישראל ללא פגיעה בתושבי השטח הכבוש (או: פגיעה פחותה בהרבה) וזאת, כאמור, על-ידי הצמדת הגדר לתוואי הקו הירוק ואפשר עם שינויים טכניים גרידא, הנובעים מתוואי קרקע, ולא דווקא אל תחומי השטח הכבוש אלא לעתים בהסגת הגדר אל תחומי מדינת ישראל דווקא.

183. נזכיר שהיישובים הישראליים הרלבנטיים למקטע זה הם קיבוץ מצר במרכז התוואי, ומצפה אילן מצפון לו. שניהם ממוקמים בתוך תחומי מדינת ישראל הריבונית במרחק גדול מהתוואי הקיים, וגם מהקו הירוק – התוואי החלופי האפשרי.

184. לעתירה זו מצורפת כאמור חוות דעת ביטחונית שהוכנה על ידי אל"מ במיל' שאול אריאלי, במסגרתה בחן את תוואי הגדר במקטע נושא עתירה זו ביחס לחלופה של תוואי העובר לאורך הקו הירוק, והכל בהתאם למבחני המידתיות שנקבעו על ידי בית המשפט הנכבד ומנקודת מבט בטחונית תכנונית, על פי קריטריונים שגובשו במערכת הביטחון עצמה.

185. אל"מ אריאלי הגיע למסקנה שתוואי מכשול על הקו הירוק תניב תשואות ביטחוניות טובות הרבה יותר מהגדר בתוואי הנוכחי. וכך בין היתר קובע אל"מ אריאלי:

- התוואי המוצע שמוצמד לקו הירוק יעבור בשטח שהוא שטח פתוח שיכולת האיתור בו גבוהה וטובה בהרבה מאשר בתוואי הנוכחי. התוואי הקיים נושק לקו הבנוי של הכפרים הפלסטיניים, עובדה שמפחיתה את היכולת לאיתור מוקדם של חודרים פוטנציאליים. יוצא אפוא כי העתקת הגדר לתוואי לקו הירוק יביא לשיפור יכולת הזיהוי של חשודים בחדירה טרם הגעתם למכשול.
- הגדר בתוואי המוצע יצור מרחב מרדף גדול יחסית למרחב המרדף במקטעים אחרים של הגדר. אף שהגדר בתוואי הקיים מעניקה מרחב מרדף גדול יותר, הצמדת הגדר לקו הירוק תותיר מרחב מרדף גבוה מהמרחקים הרווחים בחלקים אחרים של התוואי, וזאת בעת שבו זמנית התוואי האלטרנטיבי מקטין במידה ניכרת את הפגיעה בזכויות התושבים הפלסטיניים.

- תוואי הגדר המוצע משפר את המענה הבטחוני מבחינת יכולת התצפית ממנו, היותו עובר על שטחים שולטים וכפועל יוצא הוא גם מקנה הגנה עדיפה על התוואי הנוכחי לכוחות המפטרלים לאורכו.

- העברת שטחים חקלאים רבים לצדו המזרחי של הגדר, מוביל לצמצום מספר ההיתרים הנדרש, והיקף החקלאים שעוברים לצידו המערבי. הקטנת חיכוך ונוכחות זו ממערב למכשול גם היא יוצרת עדיפות ביטחונית.

186. ובכן, לא רק שיש אלטרנטיבה פוגענית הרבה פחות המשיגה את אותה התוצאה, אלא שהאלטרנטיבה היא **עדיפה ומשיגה תוצאה טובה יותר מהבחינה הביטחונית**.

187. אם כן, על פי הקריטריונים שהציג אלי"מ אריאלי בחוות דעתו, מענה למשימה המבצעית, מרחב התפר ומרדף וביטחון, התוואי שנבחר במקטע האמור אינו עומד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה שכן קיימת אלטרנטיבה שאינה פולשנית כמו בתוואי הקיים, ושעונה בצורה ביטחונית טובה יותר על הצרכים הביטחוניים מאשר התוואי הקיים.

ה. התחייבות המשיבים 1-2 לאפשר שימור זיקה של בעלי האדמות לאדמותיהם אינה אפשרית בתוואי הגדר הקיים.

188. העובדות שביסוד עתירה זו אינה משאירה מקום לספק. גדר ההפרדה ומשטר ההיתרים במתכונתם הנוכחית יביאו להיעלמות החיים הפלסטיניים במרחב התפר במקטע נושא עתירה זו.

189. בהנחה שיש לקבל את הצהרות המשיבים שלא זו הכוונה שלהם, הרי שיש למצוא דרך לאפשר חיים פלסטיניים במרחב ועמדתנו היא שהתוואי הנוכחי לא יאפשר זאת.

190. **אם יש משהו שהוכח בחמש עשרה השנים מאז הוקמה הגדר הוא שמשטר היתרים, שערים ומחסומים לא יכולים לדור בכפיפה אחת עם חקלאות ברת קיימא.**

191. השאלה איננה תנאי זה או אחר במשטר ההיתרים אלא הרעיון העומד ביסודו, בוודאי במקום שבו אין יישובים ישראלים בקירבת מקום. האוריינטציה של הגדר והמשטר המתלווה לה היא של הגבלת התנועה אל המרחב ונגזר על המדיניות הזו להתקשח עם השנים, כשם שמספר בעלי הזיקה לאדמות גדל עם השנים.

192. לפיכך, עמדת העותרים היא כי כל תוואי שמשמעותו שעל חקלאי כפרי העותרים להצטייד בהיתרים כדי להגיע לאדמתם, לא יאפשר שימור הזיקה לאדמות – הבטחה שניתנה על-ידי המשיבים בעתירות הגדר שהתנהלו לפני עשור.

סוף דבר

193. 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 של תושבי האזור כתוצאה מהקמת הגדר, ואינה מאפשרת אלא להסיק שהגדר בתוואי שנבחר לה אינה חוקית או למצער – אינה חוקית עוד.

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

195. 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.

196. המשפט ההומניטרי, 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.

197. 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 ועכאבה.

198. 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.

199. 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.

200. 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 המידתיות, 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 שנתרו מערבית לה" - ראה בג"ץ 4825/04 מחמד חאלד עליאן נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו), 16.3.2006.

201. אבל משטר ההיתרים התברר כאמצעי נישול שהלך וחנק עם השנים את שימור הקשר בין החקלאיות ואדמתו/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.

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

203. זאת בנוסף לשינויים המובהקים במצב הביטחוני שהחלישו את ההצדקה הראשונית לגדר הפרדה בתוואי שנבחר לה.

204. העותרים האמינו (בתמימות רבה יש לומר) לדברי אנשי המנהל האזרחי כי ימצא פתרון לכל אותן בעיות הנובעות מהקמת החומה, ורק חיים של עשור וחצי בצל גדר הפרדה ומשטר ההיתרים לימדו אותם כי הבטחות אלו הן הבטחות ריקות מכל תוכן.

205. העותרים אזרו אומץ ולאחר התלבטויות רבות ולא קלות החליטו לפנות לבית המשפט הנכבד לבקש את סיועו.

206. לאור כל האמור ומכל הטעמים שהוזכרו, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית עתירה זו ולאחר קבלת תשובת המשיבים להופכו למוחלט.

207. בנוסף מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות המשפט של העותרים ובשכר טירחת עורכי-דינם, והכל בתוספת מע"מ וריבית כחוק.

תאריך: _____

 הייא אבו-ורדה, עו"ד

 מיכאל ספרד, עו"ד

ב"כ העותרים