

בעניין שבין:

1. מועצת הכפר בית סוריק
2. מועצת הכפר בידו
3. מועצת כפר קובייבה
4. מועצת כפר קטנה
5. מועצת כפר בית אענאן
6. מועצת כפר בית ליקיה
7. מועצת כפר בית אג'זא
8. מועצת כפר דוקו
9. ר אלעבד
10. ס עבד אלרחמאן
11. ר עבד אלרחמאן
12. ע מוחמד
13. מ ג'ומעה
14. ח עאסי
15. ג עודה
16. ר עאסי
17. ר מוסטפא
18. ע יעקוב
19. פ סאלם
20. מ עאסי
21. פ עאסי
22. ש עאסי
23. י עאסי
24. א עאסי
25. ח עאסי
26. נ עמירי
27. ח עאסי
28. י קאדי
29. ג' עאסי
30. ע מוסא
31. ה אסמאעיל
32. ג' עבד אלמועטי
33. ח עאסי
34. ג' עאסי
35. ש עאסי
36. ב מוסא
37. מ עאסי
38. מ עאסי
39. ס עאסי
40. ע מפארג'ה
41. ר אלעבד
42. ס עבד אלרחמאן
43. ר עבד אלרחמאן
44. ע מוחמד
45. מ ג'ומעה
46. ח עאסי
47. ג עודה

	פ	.137
	אלג'מל	
אלג'מל	א	.138
דגש	מ	.139
אלג'מל	ח	.140
שקיר	י	.141
שקיר	ע	.142
	ע	.143
	שקיר	
שקיר	ה	.144
עפאלקה	נ	.145
	ע	.146
	עפאלקה	
	ע	.147
	עפאלקה	
	מ	.148
	עפאלקה	
	א	.149
	עפאלקה	
אבו סובח	ס	.150
אבו סובח	ע	.151
	א	.152
	אלג'מל	
	י	.153
	אלג'מל	
	פ	.154
	אלג'מל	
	מ	.155
	אלג'מל	
	א	.156
	אלג'מל	
מזרעאוי	ע	.157
מזרעאוי	מ	.158
מזרעאוי	מ	.159
אסמאעיל	מ	.160
אלג'מל	פ	.161
אלג'מל	א	.162

העותרים

- נגד -

1. ממשלת ישראל
2. מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית

ע"י פרקליטות המדינה
 רח' צלאח אל-דין
 ירושלים

שניהם ביחד המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם:

א. מדוע לא יבוטלו צווי תפיסת המקרקעין אשר הוצאו מטעמו של המשיב 2, ואשר קיבלו את המספרים 84/03/ת', 103/03/ת', 107/03/ת', 108/03/ת' ו-109/03/ת' (להלן צווי התפיסה).

ב. מדוע לא יבוטל ו/או ישונה התוואי אשר נקבע ע"י המשיבים, ואשר לפיו תוקם גדר ההפרדה באזור הכלול בצווי התפיסה שלעיל;

בקשה למתן צו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו ביניים, המורה למשיבים ו/או למי מטעמם להימנע מכל עבודות של סלילה, חפירה, עקירת עצים, יישור קרקע, בניה, הכנה לבנייה ו/או כל פעולה להקמת גדר ההפרדה בחלקות המקרקעין המפורטות בצווי התפיסה, עד למתן החלטה אחרת בעתירה זו.

יצוין כי שלשום התחיל המשיב ו/או מי מטעמו ליישר חלק מהמקרקע המפורטת בצוויים דלעיל, כהכנה לבניית גדר ההפרדה, עוד בטרם מוצה הליך השימוע בהתנגדויות שהוגשו ע"י הח"מ, בתור בא כוח העותרים.

למרבה הצער, עם תחילת העבודות החלו התושבים מפגינים באיזור כנגד עבודות הקמת הגדר. בעקבות כך, התרחשו עימותים בין כוחות הצבא לבין התושבים, שבמהלכם היו פצועים רבים.

ממש בשעת כתיבת שורות אלה, הודע לח"מ כי שני אזרחים תושבי הכפר בידו, הנמנה על העותרים, נהרגו מאש כוחות הצבא, במהלך עימותים שמתרחשים סביב התחלת העבודות לבניית הגדר באיזור. מתן צו ביניים האוסר על ביצוע העבודות עד לשמיעת עתירת העותרים, יביא להרגעת הרוחות באיזור, ועשוי לחסוך חיי אדם.

באם לא יינתן צו ביניים קיים חשש סביר, כי ייגרם לעותרים נזק בלתי הפיך, וייקבעו עובדות בלתי הפיכות בשטח. אם המשיב ימשיך בביצוע העבודות, הדבר עלול להביא לעקירת עצים, להשחתת מטעים ויגרום נזק בלתי הפיך לקרקע חקלאיות. גם אם יזכו העותרים בעתירתם, הרי ללא צו ביניים, לא ניתן יהיה להשיב את המצב לקדמותו, משום שהנזק שייגרם לקרקע יהיה בלתי הפיך.

לא זו אף זו, מאחר והעבודות להקמת גדר ההפרדה עולות ממון רב למשלם המסים, והן משולמות מכספי הציבור, הרי אם לא ייתן צו ביניים, והעותרים יזכו בעתירתם, תהא משמעות הדבר, השחתת כספי ציבור לריק.

1. עתירה זו נושאה צווי תפיסת מקרקעין שהוצאו ע"י המשיב לצורך בניית גדר ההפרדה.
2. העותרים מס' 1 עד 8 הינם המועצות המקומיות של הכפרים בית סוריק, בידו, קביבה, קטנה, בית אענאן, בית לקיה, בית איגיזה ובית דוקו. יתר העותרים הינם תושבי הכפרים האמורים והם חלק מהבעלים ו/או המחזיקים ו/או בעלי הזכויות ו/או החזקה ו/או הקניין במקרקעין הכלולים בצווי התפיסה.
3. מהמפות שצורפו לצווי תפיסת המקרקעין הנ"ל, עולה כי גדר ההפרדה המתוכננת תקיף את הכפר הנ"ל מכיוון מערב, דרום ומזרח, ותהפוך את הכפרים האמורים למובלעת בתוך הגדה המערבית, וכך תנתק אותם מאלפי דונמים שבבעלותם, ואף תנתק אותם מסביבתם הטבעית, ומהערים והכפרים הסמוכים, ותהפוך את תושבי הכפרים לאנשים הכלואים בתוך מובלעת המוקפת בגדר.
- לצורך המחשת הדברים רצ"ב מפה של האיזור **כנספת א'** לעתירה זו ומהווה חלק בלתי נפרד הימנו.
4. המשיב הינו מפקד כוחות הצבא בשטחים הכבושים בגדה המערבית. הנ"ל הוציא את צווי תפיסת המקרקעין שעליהם מתוכננת גדר ההפרדה באיזור הכפרים נשוא העתירה.

ואלה נימוקי העתירה:

רקע עובדתי:

צווי התפיסה:

א. צו לתפיסת מקרקעין 103/03/ת':

5. ביום 15 בדצמבר 2003, הוציא המשיב 2 צו לתפיסת מקרקעין אשר קיבל את המספר 103/03/ת'. הצו מתייחס לכ- 607 דונם הממוקמים באזור הכפרים **קטנה, בית אענאן ובית לקיה**.
- צו תפיסת המקרקעין 103/03/ת' רצ"ב **ומסומן כנספת ב'** לעתירה זו.
6. ביום 24/12/03, ימים ספורים לאחר שנודע לעותרים על הכוונה לתפוס את מקרקעיהם, שיגר הח"מ, בתור בא כוחם, מכתב שיועד ליועמ"ש הגדה המערבית, אלמ"ש שלמה פוליטיס (להלן יועמ"ש הגדה), ובו ביקש כי תוארך התקופה שבה העותרים יוכלו להגיש את התנגדותם לצו הנ"ל ב- 30 ימים לפחות, וזאת על מנת שיתאפשר לבעלי המקרקעין הנפגעים להתארגן, להכין את מסמכי הבעלות, להכין חוות דעת מטעם מודדים ו/או מהנדסים, לשקול חלופות לתוואי המופיע בצו התפיסה, ולהכין על-ידי כך התנגדויות ענייניות ומבוססות. הודגש בפני היועמ"ש כי הצו לא פורסם כדין, ולא הובא לידיעת רוב

בעלי המקרקעין המצויים בתחום צו התפיסה, וצויין עוד כי לא ידוע לבעלי המקרקעין אם התקיים סיור אם לאו, וכי טרם ניתנה להם הזדמנות כלשהי להשמיע את טענותיהם.

רצ"ב הבקשה להארכת מועד הגשת התנגדות מיום 24/12/03, ומסומנת כנספח ב'1.

7. ביום 25/12/03 התקבלה תשובתו של יועמ"ש הגדה, באמצעות עוזרו מר גיל לימון, ובה הודיע כי הוחלט להאריך את המועד להגשת התנגדויות עד לתאריך 2/1/04, קרי ב- 7 ימים בלבד!!

תשובתו של יועמ"ש הגדה מיום 25/12/03 רצ"ב ומסומנת ב'2.

8. ביום 6/1/04, ובשל קוצר הזמן שניתן לעותרים, הוגשה מטעמם התנגדות ראשונית לצו התפיסה שלעיל. העותרים פרסו בפני יועמ"ש הגדה את טענותיהם כנגד תפיסת מקרקעיהם והקמת הגדר עליהם, והם ביקשו כי יבוטלו צווי התפיסה, וכי יימנעו המשיבים ו/או מי מטעמם ו/או הפועל מכוחם מכל פעולה לתפיסת המקרקעין לרבות חפירה בהם ו/או עקירת עצים ו/או גרימת נזק אחר כלשהו למקרקעין, וזאת עד אשר תוגש התנגדות מפורטת ומנומקת מטעם העותרים. העותרים קבלו, כי אם בדעת המשיב להקים את הגדר, הוא מתבקש להקימה על הקו הירוק, ועל ידי כך להקטין את הפגיעה שתיגרם לעותרים ולמאות משפחות פסלסטיניות אחרות.

העתק ההתנגדות הראשונית מיום 6/1/04 רצ"ב ומסומנת כנספח ב'3.

9. ביום 13/1/04, ובהתאם לבקשת עוזר יועמ"ש הגדה, נמסרה לו רשימה הכוללת את שמות המתנגדים לצו תפיסת המקרקעין הנ"ל.

רצ"ב מכתבו של הח"מ מיום 13/1/04, ומסומן ב'4.

10. ביום 8/2/04, נשלח מכתב מטעם יועמ"ש הגדה המערבית, באמצעות עוזרו מר גיל לימון, הדוחה את ההתנגדות לצו שלעיל.

החלטת יועמ"ש הגדה הדוחה את ההתנגדות לצו שלעיל רצ"ב, ומסומנת כנספח ב'5.

ב. צווים לתפיסת מקרקעין 84/03 ת', 107/03 ת', 108/03 ת' ו- 109/03 ת'.

11. ביום 9/12/03, נחתם על-ידי המשיב צו לתפיסת מקרקעין אשר קיבל את המספר 84/03 ת'. גם צו זה לא פורסם כדין, ולא הובא לידיעת בעלי המקרקעין הנפגעים באופן ישיר. העותרים ידעו לראשונה על התקיימותו של הצו הנ"ל רק תקופת מה אחרי הוצאתו, והדבר נודע להם באקראי. לעותרים גם לא ידוע אם התקיים סיור במקרקעין שאמורים להיתפס על-ידי הצבא אם לאו.

12. ביום 31/12/03, נחתמו יתר הצווים שלעיל על ידי המשיב, אולם גם צווים אלה לא פורסמו כדין והם לא הובאו לידיעת בעלי המקרקעין הנפגעים אלא בדרך עקיפה כ- 10 ימים לאחר שהוצאו. למיטב ידיעת בעלי המקרקעין הכלולים בצווים הנ"ל, לא התקיים שום סיור במקרקעין הנפגעים, ולא הייתה הזדמנות להשמיע את טענותיהם בשטח בטרם תוגש ההתנגדות.

13. ביום 13/1/04, פנה הח"מ ליועמ"ש הגדה בבקשה כי תוארך התקופה שבה יוכלו העותרים להגיש את התנגדותיהם לצווים שלעיל. הח"מ הדגיש כי הצווים לא פורסמו כדין, וכי צווי התפיסה לא הובאו לידיעת בעלי המקרקעין אלא באקראי לאחר הוצאתם בכמה שבועות.

הבקשה להארכת מועד להגשת התנגדויות לצווים שלעיל רצ"ב, ומסומנת כנספח ד'.

14. יועמ"ש הגדה, באמצעות מר גיל לימון, השיב למכתבו של הח"מ ביום 20/1/04, ובו הודיע כי הבקשה לקבלת אורכה לשם הגשת התנגדויות לגבי צו התפיסה 84/03/ת' נדחית, וזאת בטענה כי נמסר עותק מצו התפיסה וממפת הצו לידי הקישור הפלסטיני בגזרת רמאללה והתקיים סיור בשטח, וכי עבר יותר מחודש מאז עריכתו. ואולם לגבי יתר הצווים, הנ"ל החליט להיעתר לבקשה ולהאריך את המועד עד ליום 22/1/04, קרי ביומיים בלבד!!! התקופה הנ"ל, כידוע, איננה מספיקה להכין מסמכים וחוות דעת מומחים, להתייעץ עם מודדים ומהנדסים, כדי לשקול ולהציע חלופות ולהגיש התנגדויות. פרק הזמן הקצר שהוצב פגע אנושות בזכותם של המתנגדים להתנגד באופן נאות.

תשובתו של יועמ"ש הגדה לבקשה מיום 13/1/04 רצ"ב, ומסומנת ד'.

15. ביום 22/1/04, לאור פרק הזמן הקצר ביותר והבלתי סביר אשר ניתן לעותרים, הוגשה התנגדות ראשונית לצווים שלעיל, ובה ביקשו העותרים כי יבוטלו צווי התפיסה הנ"ל, וכי ישונה התוואי באופן שתוקם הגדר על הקו הירוק.

רצ"ב ההתנגדות לצווים שלעיל, והיא מסומנת כנספח ד'3.

16. במהלך התקופה שלאחר מכן, קוימו שיחות ומשא ומתן בין הצדדים במטרה להגיע להסכמה ו/או פשרה בעניין התוואי שבו יוקם הגדר, והוסכם לערוך פגישה לעניין זה ביום 9/2/04. פגישה זו אכן נערכה, ובמהלכה הציג הח"מ, בתור בא כוח העותרים, חלק מהטענות שבפי העותרים, כלפי צווי התפיסה, ובמיוחד כלפי תוואי גדר ההפרדה.

17. יצויין כי בפגישה זו, הציגו נציגי המשיב, מפות ברורות ומפורטות המראות את תוואי גדר ההפרדה. ממפות אלה עלה באופן ברור וחד משמעתי כי הכפרים נשוא העתירה ייהפכו למובלעת, וכי גדר ההפרדה המתוכננת תקיף אותם כמעט מכל הכיוונים, לרבות מערב, דרום ומזרח. עוד עלה מהמפות האמורות, שהוצגו בפני הח"מ, כי הגדר תקיף חלק מהיישובים, באופן שבו תהיה הלכה למעשה סמוכה לבתים האחרונים של הכפרים, וע"י כך תהפוך כפרים אלה לכפר המוקפים בגדר, וכך תחסום את הגישה החופשית הקיימת היום בין התושבים לבין הקרקעות שלהם, וכן תחסום כל אפשרות להתפתחות עתידית של כפרים אלה.

18. עוד עלה מהמפות שהוצגו בפני הח"מ, כי באיזורים רבים, נשארים מאחורי הגדר המתוכננת שטחים פתוחים נרחבים, שהם בבעלות העותרים ותושבי הכפרים, ואשר המשיב, משאירם מחוץ להישג ידם של הכפרים ותושביהם, ללא כל הצדקה.

19. יצויין כי מפות אלה, חשובות מאוד להבנת התמונה הכוללת, וגם לקיום דיון ענייני בהתנגדויות של התושבים, שכן המפות המצורפות לצווים הצבאיים, אינן ערוכות בקנה מידה ראוי, והן מפות חלקיות שמשקפות קטעים מתוך הגדר, וחיבורם ביחד כדי לראות ולהבין את התמונה הכללית, מחייב עבודה קשה ומייגעת של בעלי מקצוע.

20. משום כך, דרש הח"מ מנציגי המשיב בפגישה האמורה כי יינתנו לו המפות שהוצגו בפניו, בין השאר על מנת להבין את התמונה בכללותה, וכן על מנת להציגם בפני הכפרים ותושביהם, וכדי שניתן יהיה להגיש התנגדויות מפורטות ומבוססות על מידע מלא. בסוף הפגישה סוכם כי תסופק לח"מ מפה ו/או מפות כנדרש כדי לשוב לתושבי הכפרים ולהציגם בפניהם, ולאחר מכן להציג בפני נציגי המשיב את עמדת תושבי הכפרים ואת טענותיהם. לצורך כך נקבעה ישיבת המשך בין הח"מ לבין נציגי המשיב ליום 18/2/04 בשעה 19:00.

21. דא עקא, למרות ההבטחה, נציגי היועמ"ש לא סיפקו לח"מ העתק מהמפות שהוצגו בפניו בפגישה, כי אם מפה קטנה בהרבה ולא מפורטת, שאינה מבהירה את התמונה בכללותה כפי שעלה מהמפות שהוצגו בפגישה האמורה. הח"מ הודיע על כך לנציגי היועמ"ש ואף אמר להם כי מהפה לא תסייע כמצופה בהליך הפגישה עם התושבים לצורך השלמת הליך השימוע.

22. ביום 18/2/04, היום שבו נקבעה פגישה להמשך השימוע, לא היה הח"מ בקו הבריאות ועקב כך הוא לא יכל להגיע לפגישה האמורה. עובדי משרדו של הח"מ ניסו ליצור קשר עם נציגי המשיב כדי להודיע לו על כך, והשאירו מספר רב של הודעות, אך למרבה הצער הודעות אלה לא נענו.

23. ביום 19/2/04, ובאופן מפתיע, התקבל מכתב מטעם יועמ"ש הגדה המערבית המודיע, בין השאר, כי "במידה שעד לתאריך 22.2.04 לא תועבר למשרד היועמ"ש התנגדות מפורטת בכתב, אליה מצורפים ייפוי הכוח ומסמכי הבעלות, יוחל בביצוען של עבודות למימוש צווי התפיסה...".

העתק המכתב הנ"ל רצ"ב ומסומן כנספח 4'.

24. שוב, ובעקבות המכתב הנ"ל, עו"ד מיעארי ממשרד הח"מ ניסה ללא הרף ליצור קשר עם נציגי המשיב, והשאיר מספר רב של הודעות שלא נענו כדי לקבוע פגישה נוספת להמשך הליך השימוע. יצויין, כי מכתב היועמ"ש התקבל במשרד ה"מ בפקס בשעות אחה"צ של יום חמישי, ובו נתבקש להגיש התנגדות מפורטת עד יום ראשון, כשימי שישי ושבת הינם ימי מנוחה, דבר הידוע לעו"ד גיל לימון, עוזר היועמ"ש.

25. ביום 23/2/04, החלו המשיבים בביצוע עבודות חפירה ו/או יישור קרקע ו/או סלילת דרכים באזור הכפרים בית סוריק ובידו (אזורים אשר כלולים בצווי התפיסה שלעיל), וזאת במטרה להקים את גדר הפרדה ליד הכפרים הנ"ל, והכל כאמור, בניגוד מוחלט לרוח המשא ומתן שהתנהל בין הצדדים.

26. בו ביום, פנה עו"ד מיעארי באופן בהול, לעוזר היועמ"ש מר גיל לימון, וביקש ממנו בשיחה טלפונית להפסיק לאלתר את עבודות הקמת חומת ההפרדה בכפרים בית סוריק ובידו, ולהימנע מלהתחיל את העבודות באזורים האחרים הכלולים בצווי התפיסה שלעיל. עו"ד מיעארי הבהיר כי העבודות הנ"ל מתבצעות באופן המנוגד לרוח הליך השימוע אשר התקיים עד לאותו שלב, וביקשו להשלים את הליך השימוע.

27. בנוסף, עו"ד מיעארי, אף פנה בכתב אל משרד היועמ"ש ובו ביקש להימנע מביצוע עבודות כאמור עד להשלמת הליך השימוע.

העתק הפנייה הנ"ל מיום 24/2/04 רצ"ב ומסומנת כנספח 5ד'.

28. לא זו אף זו, הח"מ, ששהה אותה עת בחו"ל, התקשר מחוץ לארץ אל עו"ד לימון, וניסה לשכנעו לדחות את ביצוע העבודות, ביומיים, עד שובו של הח"מ מחו"ל, לצורך המשך הליך השימוע. למרבה הצער, עו"ד לימון דחה גם את בקשת הח"מ.

29. עקב כך, החל המשיב בליווי כוחות הצבא בביצוע העבודות באיזור כפרי העותרים. כתוצאה מכך, החלו עימותים בין תושבי הכפרים, שרואים בגדר ההפרדה, גדר שתכלא אותם בתוך בית כלא, בצורת מובלעת, לבין כוחות הצבא, אשר השאירו בסופם פצועים רבים.

30. לא זו אף זו, ממש בשעת כתיבת שורות אלה נודע לח"מ כי שני אזרחים תושבי הכפר בידו, שנמנה על העותרים, נהרגו ע"י כוחות הצבא במהלך מחאתם כנגד העבודות לבניית גדר ההפרדה בכפרים.

גדר ההפרדה:

31. המידע הידוע לגבי גדר ההפרדה שבונה המשיב באיזורים אחרים, מראה כי הגדר, מורכבת מגדר אלקטרונית שתפקידה להתריע על כל ניסיון לעבור אותה. בחלק הגדר הקרוב יותר לשטח שבו מתגוררים התושבים קיים מכשול נגד רכב, וכן גדר מעכבת נוספת. בסמוך לגדר נסלל כביש שירות. מעבר לגדר האלקטרונית קיימות מספר דרכים – דרך טשטוש, דרך פטרולים, ודרך לרכב משוריין וכן גדר נוספת. רוחבו הממוצע של המכשול הוא כשבעים מטרים, והוא יכול להגיע במקומות מסויימים ל- 100 מטר¹ (להלן ייקרא גדר ההפרדה).

32. המשיב הוא זה שמוציא צווים לתפיסת מקרקעין לצורך הקמת גדר ההפרדה, בכל מקום בו מוקמת גדר זו בשטח הכבוש, דהיינו בגדה המערבית, בהיותו בעל הסמכות בשטח הכבוש. המשיב הוציא כאמור בפתח עתירה זו מספר צווים צבאיים ובהם נכתב כי צו התפיסה "דרוש לצרכים צבאיים, ולנוכח הנסיבות המיוחדות השוררות באזור, והצורך לנקוט בצעדים הכרחיים למניעת פיגועי טרור" (ראה העתק צווי התפיסה הרצ"ב).

¹ תגובת המדינה לערעור ע 2579/02 הוועד לפיתוח כפר עקב ואח' נ' משרד הביטחון ואח'; בפני ועדת הערעור שליד בית משפט השלום בתל-אביב.

33. יודגש כבר כאן, כי המקרקעין אשר כלולים בצווי התפיסה שלעיל הינם, רובם ככולם, מקרקעין שנמצאים בבעלותם הפרטית של תושבים פלסטינים המתגוררים בשטחים הכבושים. המקרקעין הנ"ל חלקם מעובדים ונטועים בעצי זית ופרי שונים כבר עשרות רבות של שנים, ובעליהם ממשיכים לנהוג בהם את מנהג האבות והסבות. חקלאות מהווה בכפרים אלה מקור פרנסה עיקרי למאות משפחות פלסטיניות, זאת בעיקר לאור העובדה כי הפועלים הפלסטינים אינם יכולים עוד להיכנס ולעבוד בתחומי מדינת ישראל.

34. הצווים המוצאים לתפיסת מקרקעין בשטחים הכבושים חתומים על-ידי המשיב. הצווים, אשר מגדירים את חלקות המקרקעין והגושים לגביהם מתייחס הצו, אינם מפורסמים כדת וכדין, ובעלי המקרקעין הנפגעים אינם מקבלים הזדמנות ראויה והוגנת להשמיע את טענותיהם. הצו "מעניק" למי שנפגע מהוצאתו את האפשרות להגיש התנגדות באמצעות לשכת היועץ המשפטי של הגדה המערבית או מת"ק רמאללה, בתוך תקופה של 7 ימים בלבד מהיום שבו נערך סיור על-ידי מת"ק רמאללה במקרקעין הנתפסים.

35. יש לציין כבר בשלב זה, כי במקרים רבים צווי התפיסה אינם מפורסמים כדין ואינם מובאים לידיעת התושבים ו/או בעלי המקרקעין הנפגעים אלא באקראי. בנוסף, הסיור שאמור להיערך אינו מובא לידיעת כלל התושבים, ובעלי מקרקעין רבים אינם זוכים להשתתף בו ולטעון את טענותיהם כנגד הצו.

36. עוד יודגש בעניין זה, כי לבעלי המקרקעין הנפגעים ניתנת תקופה קצרה מאוד של 7 ימים בלבד להגיש את התנגדותיהם. תקופה זו אינה סבירה ו/או הגיונית, והיא אינה מאפשרת קיומו של הליך שימוע הוגן בהתאם לכללי הצדק הטבעי. התקופה המוקצת להתנגדויות ו/או לשימוע הינה תמוהה נוכח העובדה שתוכניות הקמת הגדר נרקמות ומתוכננות בצבא במשך כשנתיים, אך לאחר מכן הן מוצאות לפועל לאחר במהירות בזק, תוך פגיעה קשה בזכויות קנייניות של התושבים, ותוך שינוי דרסטי בחייהם, בכפרי מולדתם, בקרקעותיהם, בדרכי הגישה בינם לבין בני עמם, בדרכי מחייתם ועוד. הדרישה להתנגד בתקופה כה קצרה נועדה רק כדי לצאת ידי חובה, וכדי להכשיל כל ניסיון להתנגד לצווי התפיסה באופן הטוב ביותר. רק הליך איתור השטחים האמורים להיתפס על ידי הצו, והתארגנות בעליהם לצורך הגשת ההתנגדות, לרבות התקשרות עם מומחים לדבר, כגון מתכננים, מודדים ועורכי דין, הוא הליך ארוך שבוודאי פרק הזמן שנקצב בצו של שבוע ימים, וגם אורכה נוספת של כמה ימים אינם מספיקים להשלמתו.

37. למותר לציין, כי כתוצאה מהוצאת צווי התפיסה שבנדון ואי מתן הזדמנות נאותה להתנגד להם, נגרמים לבעלי המקרקעין הנפגעים נזק רב ובלתי הפיך. הדברים פוגעים מעל הנדרש בזכותם הבסיסית של בעלי המקרקעין על קניינם, לתכלית שאינה ראויה, והכל בניגוד מוחלט לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

38. הקרקע הכלולה בצווי התפיסה נמצאת בבעלותם הייחודית של מאות משפחות המתגוררות בשטחים הכבושים. הקרקע הנ"ל, ברובה המוחלט, הינה קרקע חקלאית, הנטועה בעצי פרי שונים מימים ימימה, והיא מהווה מקור הכנסה, מתייה ופרנסה לאלפי

נפשות. בעלי המקרקעין השקיעו במקרקעיהם את הונם ואת אונם, והם ממשיכים לנהוג בהם את מנהג האבות והסבות.

39. לא זו אף זו, תפיסת המקרקעין הנ"ל, והקמת גדר ההפרדה עליה, תביא לפגיעה נוספת בבעלי המקרקעין הנמצאים מחוץ לגדר, בין אם בין הקו הירוק לבין גדר ההפרדה, ובין אם זה מזרחית לגדר במקרה דנן. הדבר יביא לניתוק בעלי המקרקעין הנ"ל ממקרקעיהם המהווים קניינם, מקור פרנסתם ומחייתם של אלפי תושבים פלסטינים, ותגרום לכך כי אלפי דונמים משטח הגדה המערבית, המתוחמים בין חומת ההפרדה לבין הקו הירוק, "יסופחו" דה פקטו לישראל ו/או להתנחלויות סמוכות באופן בלתי חוקי.

40. התואי שלפיו מוקמת הגדר, גורם לכך כי עשרות כפרים ויישובים פלסטינים יהיו מבוותרים ומוקפים בגדר, ואין נכנס או יוצא אלא באישור של רשויות הצבא הכובש. כפרים אלה יהיו מנותקים מחיי מסחר, כלכלה, חברה, חינוך ופרנסה טבעיים ו/או סדירים, והתושבים יהיו כלואים בגטאות ובמתנות מוקפים גדרות.

41. חמור מכל, שבמקרה דנן, להבדיל ממקומות רבים אחרים, המדובר בגדר הפרדה שתקיף את היישובים כמעט מכל הכיוונים, ותהפוך אותם לתושבי מובלעת. הגדר לא תפריד כנטען בין הפלסטינים תושבי הכפרים לבין מדינת ישראל, אלא היא תפריד בינם לבין בני עמם, ובינם לבין קרקעותיהם. הגדר המתוכננת בכפרים אלה תהפוך את התושבים לכלואים שלא מרצון בשטח מתוחם ומוגדר המוקף גדר. בן לילה, כפרי מולדת של העותרים הופכים להיות בתי הכלא שלהם.

החלק המשפטי:

42. הביקורת השיפוטית על פעולותיהם של המשיבים בשטחים הכבושים מבוססת על שני מקורות נורמטיביים עיקריים: האחד הנו כללי המשפט המינהלי כפי שפותחו בפסיקת בית המשפט בארץ: "בית המשפט בוחן את חוקיותה של הפעולה ואת תוקפה לפי עקרונות המשפט המינהלי הישראלי, כדי לעמוד על כך, אם נושא התפקיד, המבצע סמכויות הממשל הצבאי, נוהג כדין מבחינת הנורמות המחייבות פקיד ציבור ישראלי"². בהפעילו סמכויות שלטוניות מחויב המשיב בנורמות התנהגות המקובלות בישראל, גם אם הפעלת הסמכויות מבוצעת מחוץ לגדר של המדינה. המקור הנורמטיבי השני הינו הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי בדבר כללי ההתנהגות של ממשל צבאי כובש בשטח הכבוש³.

43. העותרים יטענו, כפי שיתברר להלן, כי הקמת גדר ההפרדה שתקיף את כפרי העותרים, הן ממערב, מדרום וממזרח, ואשר רובה ככולה נמצאת בתוך השטח הכבוש, דהיינו בתוך שטח הגדה המערבית, מזרחית לקו הירוק, באופן החודר לתחומי השטח הכבוש והגוזל משטחו אלפי דונמים, הינה מנוגדת הן להוראות החוק המינהלי הישראלי, והן להוראות

² בג"צ 96/81 אבו עטיה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, 231.
³ אמנון רובינשטיין "המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל", 1175.

החוק הבינלאומי ההומניטארי, והיא בלתי חוקתית, אשר פוגעת מעל הנדרש ולתכלית שאינה ראויה באוכלוסייה הפלסטינית המתגוררת בשטחים הכבושים.

העדר סמכות:

44. העותרים יטענו כי צווי התפיסה של המשיב התקבלו בהעדר סמכות. צווי התפיסה יש בהן כדי לשנות את גבולותיה של הגדה המערבית בלא שניתנה לכך הסמכה מפורשת בחוק, וכן לפגוע באופן חמור בזכויות יסוד חוקתיות של העותרים, של בעלי המקרקעין, ושל תושבי האזור בו מוקמת גדר ההפרדה.

45. הלכה פסוקה היא, כי רשות מינהלית, ובכלל זה גם הממשלה, מנועה מלפעול בניגוד להוראות החוק ובאופן שיש בו פגיעה בזכויות הפרט. יפים לעניין זה דבריה של כב' השופטת דורנר בפרשת קרית גת⁴:

"שיטתנו החוקתית מגנה על האדם מפני שרירות השלטון. עיקרון זה מחייב לראות בהלכות שנפסקו על-ידי בתי-המשפט בנושא זכויות הפרט בישראל כ"דין" לעניין סעיף 29 לחוק-יסוד: הממשלה ... מכאן מתבקש, כי הסייג שבסעיף 29 לחוק-יסוד: הממשלה, המכפיף את סמכויותיה הכלליות של הממשלה לדין, מונע אותה לא רק מלפעול בניגוד להוראה שבחוק, אלא גם אוסר עליה לפגוע בזכויות הפרט... לאותה תוצאה אפשר להגיע גם על-יסוד ההלכה המורה - כעניין של פרשנות - כי אין רשות מינהלית רשאית לפגוע בזכויות הפרט, זולת אם היא הוסמכה לעשות כן בלשון מפורשת... בסעיף 29 לחוק-יסוד: הממשלה לא נאמר כי הממשלה מוסמכת לפגוע מכוחו בזכויות הפרט, על-כן, אין לפרש את האמור בסעיף כי הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה "כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת כדין על רשות אחרת" כמתייחס גם לפעולות הפוגעות בזכויות האדם". (הדגשה לא במקור)

46. כך גם נפסק מפני כבוד הנשיא ברק בפרשת הועד נגד עינויים⁵, שם קבע באופן מפורש כי:

"חירותו של הפרט, לא להיות אובייקט לחקירה, היא חירות יסוד במשטרנו החוקתי. אין לפגוע בחירות זו אלא בהוראת חוק המקיימת את הדרישות החוקתיות. סמכות מנהל כללית של הממשלה, אין בכוחה לקיים דרישה זו. אכן, כאשר ביקש המחוקק להעניק לשירות הביטחון הכללי סמכות הפוגעת בזכות אדם, הוא קבע לעניין זה הוראה מיוחדת." (הדגשה לא במקור)

47. כלל הוא בשיטת המשפט הישראלית, כי אם החלטה מינהלית ניתנה בהעדר סמכות מפורשת בחוק ו/או היא פוגעת בזכויות יסוד חוקתיות של הפרט במידה שאינה מתיישבת עם פסקת ההגבלה, הרי דינה בטלות.

הליך הוגן:

48. הקמת הגדר בתוואי המתוכנן על קרקע העותרים תשנה באורח דרסטי את חיי הכפרים ותושביהם, תגרום לניתוק משפחות ולביתור הקהילה הפלסטינית בשטחים הכבושים. שינוי מרחיק לכת, ואף בלתי נתפס זה, נעשה באיצטלה של צווי תפיסה המוצאים ע"י

⁴ בג"ץ 2918/93 - עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל ו-9 אח'. פ"ד מז(5), 832, עמ' 847-848.
⁵ בג"ץ 4054/95, 5100/94 - הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל. פ"ד נג(4), 817, עמ' 833-834.

המשיב, ללא קיום דיון ציבורי, ללא קיום הליך הוגן מינימאלי, ללא שיתוף התושבים הנוגעים בדבר, ללא פרסום הצעות להתנגדויות, ללא שמיעת התושבים, או שמיעת מומחים מטעמם. הכל נעשה בחופזה ובדחיפות ללא מתן משקל ראוי לזכויות התושבים החיים במקום עשרות בשנים, וללא מתן משקל ראוי לתוצאות הרוות האסון שתיגרמנה לכפרים ולתושביהם. השינוי הגדול ביותר בחיי הכפרים ותושביהם מתבצע ונקבע בשטח במהירות בזק מסוכנת מאוד.

49. ראוי בהקשר זה להדגיש כי למרות שהמשיב ורשויות הצבא, דנים בינם לבין עצמם בהליך הקמת גדר ההפרדה ובתוואי להקמתו כמעט כשנתיים, הרי התושבים לא שותפו בסוד העניינים בשום שלב משלבי התכנון. הדבר מוצג בפני התושבים כמוצר מוגמר.

50. לאור האמור יטענו העותרים, כי ההליך שלפיו התקבלו צווי התפיסה הינו פגום ובלתי הוגן, והוא אינו עומד כלל ועיקר במבחן הסבירות. צווי התפיסה התקבלו ללא שפורסמו כראוי וכדין, וללא שניתנה למי מהנפגעים הפוטנציאלים זכות שימוע לפני קבלתן על אף הפגיעה העצומה בזכויות חוקתיות של ציבור גדול ובלתי מסויים.

51. החלטות המשיב וצווי התפיסה שהוא מוציא הינן החלטות בנות פועל תחיקתי ועל כן הינן חייבות בפרסום, דבר אשר לא נעשה, ועל כן הן נעדרות כל תוקף משפטי. כבוד בית המשפט הנכבד הזה עמד על חשיבותו של עקרון זה בשורה ארוכה של פסקי דין, כך בפרשת קליין נפסק כי⁶:

"עקרון פירסומה של חקיקה מוצא את מקומו בתשתית התשתיות של שלטון החוק. כך לעניין שלטון החוק במשמעותו הפורמאלית והראשונית, אם תרצה: שלטון החוק במשמעות עקרון החוקיות. ואולם דומה כי יסוד זה של פירסום החקיקה חודר עמוק אף אל ממלכת שלטון החוק במשמעותו המהותית - התוכנית והערכית - הוא שלטון החוק הטובל בערכי היסוד של החברה ושל הפרט. העיקרון שואב כוחו מטיבו ומאיכותו של הסדר החברתי הראוי, והוא, פתיחותו של השלטון ודרכי פעילותו הראויות - בגלוי ולא במיסתרים. שלטון ראוי פועל לאור השמש, בגלוי, וכך חושף הוא עצמו לביקורת מתמדת וממילא אף לתיקון דרכי פעולה מעוותות."

לעניין זה ראו עוד:

בג"ץ 6741/99 - ארנן יקותיאל ו' ואח' נ' שר הפנים ואח' . תק-על 2001(2), 253, עמ' 265.
י' זמיר, הסמכות המינהלית, שם, 923 ואילך; ב' ברכה משפט מינהלי (כרך א, תשמ"ז-249 (1986) ואילך.

52. ועוד. חשוב להדגיש, כי בצווי התפיסה שלעיל, שהינם צוויים צבאיים המוצאים ע"י המשיב, מוקצב, בד"כ, פרק זמן קצר מאוד להגשת התנגדות ליועמ"ש (תקופה של 7 ימים). כפי שפורט לעיל, תקופה זו, בהינתן העובדה כי פעמים רבות בעלי המקרקעין אינם מודעים לעצם הוצאת צווי התפיסה ואינם מודעים לקיום סיוור בשטח, הינה תקופה קצרה ביותר, שאינה מגשימה את המטרה שלשמה היא ניתנה. התקופה הנ"ל הינה בלתי

⁶ רע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' יוסי קליין, פ"ד מח(3) 485, 516, 515.

סבירה, בלתי מידתית ופוגעת מעל הנדרש בזכויות היסוד של התושבים ובעלי המקרקעין הנפגעים, והיא נועדה לצאת ידי חובה ולהכשיל כל ניסיון אמיתי להתנגד לצווים שלעיל באופן הטוב ביותר. ודוק, הדברים אמורים גם כאשר מובן וברור כי בניית הגדר היא בעלת תוצאות מרחיקות לכת והרות אסון.

53. לא זו אף זו. המשיב מזמין את התושבים להתנגד ומבקש כי יציגו מסמכי בעלות לגבי המקרקעין נשוא צווי התפיסה. הצגת מסמכי בעלות מחייבת את התושבים לפנות למינהל האזרחי כדי להוציא נסחים. הליך זה בפני עצמו, אורך תקופה העולה על 7 ימים. במקרה של הכפרים העותרים, התושבים הגישו בקשות רבות מאוד להוצאת נסחים, (בקשות המוגשות דרך מינהל התיאום והקישור), אך רוב הבקשות טרם נענו. יוצא כי המשיב ו/או מי מטעמו דורש ביד ימין כי התושבים יציגו מסמכי בעלות בתמיכה להתנגדות וביד שמאל מעכב מתן נסחים וכיוצא באלה נסחים המעידים על בעלות.

54. העותרים יוסיפו ויטענו, כי אין לראות במסירת צווי התפיסה אשר הוצאו ע"י המשיב לידי הקישור הפלסטיני בגזרת רמאללה ו/או תליית הצווים על כמה עצים באזור בו מצויים המקרקעין שלגביהם הוצאו צווי התפיסה, כממלא את דרישות הדין בדבר פרסום החלטות המנהליות, וזאת בעיקר לאור עוצמת הזכות הנפגעת. על המשיב היה למסור את צווי התפיסה לבעלי המקרקעין הנפגעים ישירות למענם, ובנוסף לפרסם את הצווים בעיתונות היומית היוצאת לאור באזור בו מצויים המקרקעין הנפגעים. משלא עשה כן, הרי החלטותיו בדבר תפיסת המקרקעין שלעיל אינן חוקיות והן נעדרות כל תוקף משפטי, ועל כן יש לבטלן.

פגיעה בזכויות חוקתיות:

פגיעה קשה ולא מידתית בזכות הקניין:

55. העותרים יטענו כי החלטות המשיב בדבר תפיסת הקרקע ובניית הגדר, פוגעות בזכות הקניין שלהם. הפגיעה בזכות זו היא רב מימדית. הפגיעה הישירה והקשה ביותר היא בזכות הקניין כתוצאה מתפיסת השטחים הספציפיים המצויינים בצו לצורך בניית הגדר. אך מעבר לכך נפגעת זכות הקניין של התושבים כתוצאה מחסימת הגישה החופשית הקיימת היום לאלפי דונמים של קרקע המצויים מחוץ לגדר, בין אם זה מערבית לגדר המערבית, דרומית לגדר הדרומית, או מזרחית לגדר הדרומית הנבנית סביב כפרי העותרים.

56. העותרים יטענו כי על החלטות המשיב לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. העותרים יטענו, כי החלטות המשיב בדבר הקמת גדר ההפרדה ותפיסת המקרקעין לשם כך, אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה ו/או בתנאי המידתיות. העותרים יטענו כי האמצעים שבהם השתמשו המשיב, מהווים פגיעה מעל לנדרש בזכות הקניין של העותרים, וכי בכל מקרה האמצעי שבו בחר המשיב אינו האמצעי הכי פחות דרסטי.

57. עוד יטענו העותרים, כי השימוש בסמכות המשיב לתפוס את המקרקעין נועד רק להסוואה כאילו המדובר הוא בתפיסה זמנית של מקרקעין, בעוד שהלכה למעשה, תפיסת המקרקעין היא הקדמה והכנה להפקעתם, שכן לפי כל הפרסומים, התוכנית הינה להקים מעין גבול או מכשול תמידי. אשר על כן, ברור כי השימוש באמצעי זה, נועד אך להמתיק את הגלולה המרה, ולהביא לידי הקמת מכשול תמידי תוך שימוש באמצעים הדרגתיים, תחילה תפיסה ולאחריה תבוא ההפקעה. אי לכך, העותרים יטענו כי האמצעי שבו נעשה שימוש אינו הולם את המטרה, ומשום כך דין הצווים להתבטל.

58. יצויין כי המשיב כבר הודיע חד משמעית בעבר לב"כ העותרים, בהקשר דומה, לגבי צווי תפיסה שהוצאו מכוח החוק להסדר תפיסת מקרקעין בשעת חירום תש"י-1949, אשר תוקפם מוגבל מכוח החוק לתקופה של 3 שנים כי אין משמעות הדבר בשום מקרה, שבתום שלוש שנים אלו לא ייעשה שימוש באמצעי אחר, על פי חוק אחר, להפקעת המקרקעין עליהם תוקם הגדר. משום כך, יש לבחון את האמצעי שננקט באספקלריה זו, כמקדמה על חשבון הפקעה עתידית, וזאת בשים לב למהות הגדר, ולתוכניות שפורסמו בציבור לגביה, וכן בשים לב לניסיון העבר, בהם תפיסה זמנית של קרקעות הייתה הסנונית הראשונה להפקעתה בשלב מאוחר יותר.

כפי שצויין לעיל, תפיסת המקרקעין שלעיל והקמת הגדר עליהם בהתאם לצווים של המשיב, תביא לפגיעה חמורה ביותר בזכויות הקניין של בעלי המקרקעין. זכות זו הינה זכות חוקתית מהמעלה הראשונה, והיא קיבלה משנה תוקף עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן חוק היסוד), אשר הטיל חובה על הרשות המינהלית לכבד את הזכויות המעוגנות בחוק היסוד ולהגן עליהן.

59. כב' השופט ד' לוי עמד על מעמדה העל של זכות הקניין, בעיקר לאחר חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ועיגונה בו. כב' השופט ביטל החלטה בדבר הפקעת מקרקעין, ופסק כי:⁷

"זכות הקניין הינה מזכויות היסוד של האדם בישראל. זהו עקרון מושרש ומקובל עלינו מזה כבר, ובית משפט זה נתן לו ביטוי ברור בפסיקתו העקבית במרוצת השנים. כך נפסק למשל בבג"צ 274/88 אמיתי נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה, המרכז, פ"ד מב(89) 4 נאמר בעמ' 93:

"זכות הקניין היא מזכויות היסוד של האדם בישראל, ועל כן אין לפגוע בה ללא הוראה מפורשת בדין". (הדגשה לא במקור)

פגיעה בזכות לחופש התנועה

60. למותר לציין, כי כפרים רבים יהיו כלואים בין כותלי הגדר הענקית, ואין אדם יכול להיכנס אל הכפרים האלה ו/או לצאת מהם אלא באישורם של רשויות הצבא. הגדרות הנ"ל ינתקו את בעלי המקרקעין מהקרקעות הנמצאות מחוץ לגדר ואשר ירשוה מאבותיהם ומסבותיהם. הצבת הגדר כמצויין בצווים, תיפגע קשות בחופש התנועה של אלפי תושבים, שלא יוכלו להגיע אל קרוביהם, קרקעותיהם, בתי ספרם, מוסדות החינוך והדת שלהם וכיו"ב המצויים מחוץ לכפריהם. חופש התנועה יוגבל באופן דרסטי, והם

⁷ בג"צ 5091/91 - מאזן חסן זכי נוסייבה ו-2 אחי נ' שר האוצר. תק-על(3)94, 1765, עמ' 1767.

יהיו כלואים מעבר למכשול פיזי קשיח ובלתי עביר. הפגיעה בחופש התנועה עקב הקמת הגדר בתוואי שנקבע, תהיה קשה ולא מידתית.

61. העותרים יטענו, כי הזכות לחופש תנועה מעוגנת -גם היא- בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והיא הוכרה במספר רב של פסקי דין כזכות עליונה שיש להגן עליה ולכבדה⁸.

פגיעה במקורות הפרנסה ובחופש העיסוק:

62. לפי הידוע עד כה, המכשול שיוצב, יהיה קשיח כמו גבול ואף מעבר לכך. משמעות הדבר תהיה פגיעה קשה במקורות הפרנסה של התושבים ובחופש העיסוק שלהם. רבים מתושבי הכפר מעבדים את קרקעותיהם ומתפרנסים מכך. תושבים אלה, לא יוכלו יותר לעבד את הקרקע אותה עיבדו מימים ימימה. גם ההבטחות על הקמת שערים שיאפשרו לתושבים במועדים ובשעות קבועות להיכנס, עם היתרים לקרקע שלהם לצורך עיבודה, אין בהן משום ישועה לתושבים. הניסיון מלמד כי זהו הליך ארוך, מסורבל ומייגע. קבלת ההיתרים אינה תמיד אפשרית והשער אינו מאויש כל הזמן. אבל גם כאשר השער מאויש, והתושבים מצליחים לקבל היתרים, הרי ההגעה אל השטחים החקלאיים לעתים אינה אפשרית, ולעתים קשה מאוד עקב המרחקים הרבים, בין הפתח של השער שבגדר, לבין מקום מגורי התושבים ומיקום הקרקע שלהם. תושבים שהגיעו, עד עתה, לקרקע שלהם תוך דקות ספורות יצטרכו לעבור בדרך ייסורים, של קבלת היתר, המתנה בשער ונסיעה למרחקים כדי להגיע לקרקע ולעבדה.

63. ועוד, חלק מתושבי הכפרים שעתיים להיות כלואים בין כותלי הגדר הענקית, עובדים במקומות אחרים שהם מחוץ לכפר שלהם. הצבת הגדר כאמור לעיל, תמנע מאלפי תושבים להגיע למקום עיסוקם ועבודתם, מה שיביא לפגיעה חמורה ובלתי הפיכה בפרנסתם של אלפי משפחות. פגיעה זו משמעה הפרה חמורה של זכותם של התושבים לחופש עיסוק אשר קיבלה משנה תוקף עם חקיקת חוק יסוד: חופש העיסוק.

פגיעה בזכות לחינוך:

64. ועוד. הצבת הגדר תחסום את גישתם של תלמידים רבים מלהגיע לבתי ספרם שנמצאים בערי הגדה או בכפרים סמוכים, וכן תמנע מסטודנטים וממרצים רבים מלהגיע למוסד האקדמי בו הם לומדים ומלמדים. תוצאה זו תביא לפגיעה חמורה ביותר בזכותם של תושבים אלה לחינוך ולגישה חופשית לבתי ספר ולאוניברסיטאות. הזכות לחינוך הוכרה כזכות-יסוד על-ידי הפסיקה. על חשיבותה של זכות זו, עמד כב' השופט תאודור אור⁹ בקובעו:

"החינוך הוא מכשיר חברתי אשר לא ניתן להפריז בחשיבותו. מדובר באחת הפונקציות החשובות ביותר של הממשלה והמדינה. החינוך הוא חיוני לקיומו של משטר דמוקרטי חופשי, חי ומתפקד. הוא מהווה יסוד

⁸ בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 49.

⁹ בג"ץ 7715, 1554/95 עמותת "שוחרי גילית" נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד (2) 3 בע' 24;

הכרחי למימוש העצמי של כל אדם. הוא חיוני להצלחתו ולשגשוגו של כל פרט ופרט. הוא חיוני לקיומה של חברה, שבה חיים ופועלים אנשים המשפרים את רווחתם ותורמים, בתוך כך, לרווחתה של הקהילה כולה."

65. כבי' השופטת ד' דורנר אף הצביעה על עליונותה של הזכות לחינוך, וקבעה כי פגיעה בזכות לחינוך עשויה להיחשב כהשפלתו של האדם בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כאשר היא נעשית על רקע קבוצתי. כבי' השופטת קבעה כי¹⁰:

"הזכות לחינוך הוכרה זה מכבר כאחת מזכויותיו הבסיסיות של האדם. הזכות מעוגנת בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם מ-1948, אשר קובעת בסעיף 26 כי לכל אדם עומדת הזכות לחינוך, וכי החינוך יינתן חינם לפחות בשלבים הראשונים והיסודיים. האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966, שאותה אישרה מדינת ישראל בשנת 1991, מצהירה בסעיף 13 שהחינוך מיועד לפיתוחן המלא של אישיות האדם ותחושת כבודו ולחזוקת כבוד זכויות האדם וחירויות היסוד, וקובעת כי חינוך היסוד יהיה חובה וזמין לכל בחינם. ראו כתבי אמנה 1037, כרך 31 ע' 205. הזכות לחינוך מעוגנת גם בסעיפים 128-29 לאמנה בדבר זכויות הילד משנת 1989 (כתבי אמנה 1038, כרך 31 ע' 221), שאושרה אף היא על-ידי ישראל בשנת 1991. הזכות מעוגנת גם בחוקות רבות ... אכן, הפליה במימוש הזכות לחינוך עשויה, אם היא נעשית על רקע השתייכות קבוצתית, להיחשב כהשפלה הפוגעת בזכות לכבוד האדם. השוו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(94) 4, בע' 131-132." (הדגשה לא במקור)

ביתור הכפרים ושיבוש אורח חיי הקהילה החיה בהם:

66. תושבי הכפרים שעתיים להיכלא בתוך הגדר, קיימו מאז ומתמיד אורח חיים מסורתי של חברה ו/או קהילה עם שאר הכפרים והערים בגדה המערבית. ההחלטה להקיף את כפרי העותרים בגדר ולהפכם למובלעת, אם תתממש, תהיה הרת אסון לתושבי הכפרים והסביבה. הקמת הגדר תגרום לפגיעה קשה מאוד בזכויות התושבים. בזכותם לקיים חיים תקינים, היא תשבש את מהלך חייהם, ותפגע כמעט בכל זכות מזכויות היסוד המוגנות במשטר דמוקרטי.

67. הקמת הגדר תפר את שלוות החיים של הכפרים. היא תשרה תחושה של חיים בגטו או בבית כלא. ויותר מכל, היא תפגע במרקם החיים החברתי של התושבים. קהילה שחיה כקהילה משותפת, תיחתך ביום בהיר אחד לתת קהילות המנותקות אחת מהשנייה. חלקן מצד זה של הגדר וחלקן מהצד האחר. היא תביא לקריעת משפחות, ולמצבים אבסורדיים בחיי היומיום של התושבים כך שלאותם חתן וכלה משני כפרים סמוכים יהיו מעתה שתי חתונות, אחת מצד זה של הגדר ואחרת מעברו השני.

68. העותרים יטענו, כי הגדר שתוקם תנתק אותם מבני משפחותיהם הנמצאים בכפרים הסמוכים ובערים, דבר אשר יפגע קשות ביחסי המשפחה, ויביא לפירוק משפחות ולניתוק קשרים.

¹⁰ בג"ץ 2599/00 - יתד ואח' נ' משרד החינוך ואח'. פ"ד נו(5), 834, עמ' 842-845;

69. הזכות לחיי משפחה הוכרה במשפט הישראלי כזכות על, והיא קיבלה ביטוי במספר רב של פסקי דין. יפים לעניין זה דברי כבוד השופטת בייניש בפרשת פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה¹¹:

"בעידן שבו "כבוד האדם" הינה זכות יסוד חוקתית מוגנת יש ליתן תוקף לשאיפתו של אדם להגשים את הווייתו האישית, ומטעם זה יש לכבד את רצונו להשתייך לתא המשפחתי שהוא רואה עצמו חלק ממנו ... אף הוריו וילדיו של אדם הם חלק מאישיותו, חלק מ"האני" האישי, המשפחתי והחברתי שלו..." (הדגשה לא במקור)

סיכון חיי אדם:

70. לא זו אף זו, הגדר כפי שנקבעה על-ידי המשיב, עתידה לעבור בסמוך לשכונות, לעתים אף בגנים, ובחצרי בתים אן בשטחים מעובדים על-ידי תושבים מקומיים. הדבר עלול לסכן את עצם קיום הבתים, את זכות התושבים לחיים ומגורים בשלווה ואת זכותם להמשיך ולעבד את מקרקעיהם בשלווה ובביטחון. בניית הגדר בסמוך לבתי התושבים תסכן את חיי התושבים. קל לתאר איזה סיכון לחיי הילדים ייגרם, החיים בקרבת הגדר, והמשחקים לידו. האם ילד שייגש להביא כדור שנזרק בסמוך לגדר, עדיין ייחשב ילד תמים, כפי שהוא באמת, או שמא יהיה חשוד כמסתנן מסוכן שאפשר או ראוי ל"סכלו". האם מקרקעין הנמצאים סמוך מאוד לגדר יישארו כפי שהיו, מקור פרנסה של תושבים רבים, או שמא ייחשבו מקרקעין אלו "מקלט למסתננים" דבר שיביא ל"גילוח" ו"חשיפה" של השטחים ולעקירת העצים לאורך הגדר.

71. יותר מכך, כפי שנציגי המשיבים הצהירו בהליכים קודמים, ליד הגדר יהיו פטרולים צבאיים, כמקובל ליד כל גדר ביטחונית. נציגי המשיבים בעצמם אישרו בעבר כי הם צופים שיהיו חילופי אש בסמוך לגדר. משמעות הדבר תהיה סיכון מהותי של חיי התושבים החיים בשלווה בבתיהם והחקלאים התמימים שדאגתם היחידה היא לפרנס את בני ביתם.

72. העותרים יטענו, כי הזכות לחיים ולשמירה על שלום הגוף הינה זכות יסוד חוקתית המעוגנת גם היא בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ועל הרשות המינהלית להימנע מפגיעה בזכויות אלה של האדם באשר הוא אדם.

סיכון של הריסת בתים:

73. העותרים עוד יטענו כי כאשר הגדר נבנית סמוך מאוד לכפרים ולעתים אף בסמוך לבתים ולמקרקעין מעובדים רבים, הרי קיים חשש כי אם יהיו פעולות ירי בעתיד באיזורים המאוכלסים האמורים לכיוון פטרולים צבאיים המפטרלים שם, ינקטו רשויות הצבא בפעילות הנקראת בפי הצבא "חישוף". הצבא נקט בעבר, במקומות רבים אחרים

2

¹¹ ע"א 96 / 7155 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה נא (1) 160

בשטחים, בפעילות זו, בעקבות ירי שבוצע, וכתוצאה מכך נהרסו בתים ומקרקעין רבים של תושבים פלסטינים.

74. דוק, פעולות הירי שתהיינה, אינן תלויות בעותרים וביתר תושבי הכפרים, והן אף לא יכולות להימנע על ידן. תושבי הכפר שהם אזרחים תמימים מן השורה, לא יוכלו בכוחות עצמם למנוע או לסכל פעילות של ירי בקרבת שטחים מאוכלסים או מעובדים. וכך, אט אט, הגדר, שטרם נבנתה, תהפוך לדבר הקבוע, והבתים הבנויים והמקרקעין המעובדים זה עשרות שנים לפני הגדר, יהיו דבר זמני הניתן להזזה והנתון בסכנת הריסה.

75. העותרים יוסיפו ויטענו, כי הצבת הגדר תהפוך את הכפרים העותרים שבהם ו/או בקרבתם מתוכננת הגדר, למובלעות המוקפות בגדרות, דבר אשר יביא למניעת התפתחותם הטבעית של היישובים הללו ולמניעת התפתחות תושביהם.

קבלת היתרים על פי חוק התכנון והבניה:

76. העותרים יטענו, כי עבודות החפירה, הסלילה והבניה שאמורות להיעשות בתוואי הגדר, טעונות היתרי בניה כדין, ע"פ חוק התכנון והבניה. למיטב ידיעת העותרים, לא הוצאו היתרי בניה, להבדיל מצווי תפיסה, לצורך עבודות החפירה, הסלילה והבניה האמורות. משום כך, כל עבודה שתיעשה ע"י המשיב או מי מטעמו בהעדר היתר כאמור, תהיה הלכה למעשה עבודה בניגוד לחוק.

מבחן המידתיות:

77. העותרים יטענו, כי הקמת הגדר בתוואי הקבוע בצווי התפיסה, ותפיסת אלפי דונמים של מקרקעין כאמור, הינן החלטות אשר אינן עומדות בתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק. מכל מקום, החלטות אלה אינן מידתיות ופוגעות יתר על המידה בזכויות האדם.

78. העותרים יטענו כי החלטת המשיב בדבר תפיסת המקרקעין המפורטים בצווי התפיסה שלעיל, הינה שרירותית, בלתי סבירה, נעדרת קריטריונים עניינים, ופוגעות מעל הנדרש בזכויותיהם של בעלי המקרקעין ובתושבי האזור שבו יוקם הגדר.

79. הלכה פסוקה היא, כי על הרשות המנהלית לפעול במידתיות, תוך בחירה ראויה וסבירה של האמצעי והתכלית. העותרים יטענו, כי ההחלטה בדבר הצבת גדר הפרדה על פני מאות דונמים של מקרקעין, תוך כליאת תושבי הכפרים במובלעת, יש בה כדי לפגוע פגיעה חמורה העולה על הנדרש בבעלי המקרקעין ובתושבי המקום, ועל כן יש לבטלה. כבוד השופט חשין פסק לעניין זה בפרשת סטמקה¹²:

¹² בג"צ 97 / 3648 ישראל סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג (2) 728;

"מבחן המידתיות מרכז עצמו באמצעים להשגתה של מטרה. הנחת- המוצא היא, שהמטרה - כשהיא לעצמה - מטרה ראויה היא, והשאלה אינה אלא אם האמצעי להשגתה של המטרה אמצעי ראוי הוא. בהחילנו את עילת המידתיות נזכור עוד זאת, כי כעוצמת הזכות הנפגעת או כעוצמתה הפגיעה בזכות כן תהא עוצמת הקפדתנו עם הרשות בעילת המידתיות." (הדגשה לא במקור)

80. לא זו אף זו, על הפגיעה בזכויות יסוד לעמוד במבחן המידתיות גם במובן של "האמצעי שפגיעתו היא במידה המועטה הנדרשת". עמדה על כך כבוד השופט דורנר בפרשת תנופה שרותי כוח אדם¹³, שם פסקה:

"באשר למבחן בדבר בחירת האמצעי הפוגע בזכות במידה המועטה הנדרשת, שכאמור אינו מבחן מוחלט, תושפע בחירת האמצעי מן הזכות הנפגעת. כשמדובר בזכות יסוד חשובה במיוחד יוקפד יותר על בחירת אמצעי הפוגע בה במידה המזערית, וזאת גם אם מדובר באמצעי שעלותו ניכרת." (הדגשה לא במקור)

81. כבי הנשיא ברק בפרשת רחוב בר אילן הדגיש, כי על האמצעי השלטוני להיות כפוף למבחן המידתיות. כבי הנשיא קבע, כי¹⁴:

"למבחן המידתיות שלושה מבחני משנה. כך מקובל הוא במשפט המשווה. כך נפסק גם בישראל (ראה בג"צ 3477/95 הנ"ל, בעמ' 12; ע"א 6821/93 הנ"ל, בעמ' 436). מבחן המשנה הראשון הינו, כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי. האמצעי השלטוני צריך להיות גזור להשגת המטרה אותה השלטון מבקש להשיג. האמצעי שהשלטון נוקט בו צריך להוביל, באופן רציונלי, להגשמתה של המטרה ("מבחן הקשר הרציונלי"). מבחן המשנה השני הינו, שהאמצעי השלטוני צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר. האמצעי השלטוני הוא ראוי, רק אם לא ניתן להשיג את המטרה על ידי אמצעי אחר, אשר פגיעתו בזכות האדם תהא קטנה יותר ("מבחן הפגיעה הפחותה"). מבחן המשנה השלישי קובע, כי האמצעי שהשלטון בוחר אינו ראוי, אם פגיעתו בזכות הפרט היא ללא יחס ראוי לתועלת, שהוא מביא בהגשמת התכלית ("מבחן המידתיות במובן הצר")."

"גדר הפרדה": צורך ביטחוני מול הפרת זכויות אדם?

82. המשיב טען במספר רב של הזדמנויות, כי גדר הפרדה נועדה למנוע חדירת פלסטינים מהגדה המערבית אל תוך תחומי מדינת ישראל באופן בלתי מבוקר, וכי הדבר נועד הן לשמירה על ביטחון הציבור בישראל והן לשמירה על ביטחון ציבור המתנחלים שבגדה המערבית.

83. מבלי לנקוט עמדה בשאלת חוקיות בנייתן וקיומן של ההתנחלויות בשטחים הכבושים, העותרים יטענו, כי השיקולים שעמדו אצל המשיבים בעת קבלת ההחלטות בדבר בניית הגדר והתוואי שלפיו יוקם היו שיקולים זרים ולא ענייניים, ולא היה בהם כדי להצדיק פגיעות כה חמורות באוכלוסייה הפלסטינית הנתונה למרותו של הכובש. דברים אלה

¹³ בג"צ 97 / 450 תנופה שרותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' אלי ישי, שר העבודה והרווחה נב (2) 433;

¹⁴ בג"צ 5016/96 - ליאור חורב ו-4 אחי' נ' שר התחבורה ו-23 אחי'. פ"ד נא(4), 1, עמ' 54-53.

עולים כאשר אנו בוחנים את הפגיעות החמורות בזכויות האדם החוקתיות מחד, והתוצאות האבסורדיות אליהן תביא הקמת הגדר בתוואי הקבוע לכך מאידך.

84. הלכה פסוקה היא, כי רשות מינהלית, המפעילה סמכות שלטונית, רשאית להתחשב בשיקולים רלבנטיים, ובהם בלבד, ואסור לה לשקול שיקול זר¹⁵.

85. העותרים יטענו, כי טענת המשיבים לפיה שיקולי ביטחון הציבור וביטחון המדינה הם אלה העומדים מאחורי ההחלטה בדבר הקמת הגדר בתוואי שנקבע לכך, נועדה על-מנת לזרות חול בעיניים ולתאר מצג מוטעה שיצדיק את הקמת הגדר ויצדיק, הלכה למעשה, פגיעות חמורות בזכויות אדם. השיקולים העומדים מאחורי החלטות המשיב הינם שיקולים פוליטיים צרים המהווים בנסיבות העניין שיקולים זרים ולא ענייניים.

86. לצערינו הרב, "ביטחון הציבור" שהינו אינטרס חשוב שהמדינה מחוייבת להגן עליו, נהפך לעתים לאיצטלה להצדקת הפרת זכויות אדם, בעיקר כאשר המדובר הוא בשטחים הכבושים ובאוכלוסייה הפלסטינית המתגוררת שם.

87. כבוד בית המשפט העליון, בהיותו המגן על זכויותיו של האדם מפני שרירות השלטון, מחוייב לנקוט בזהירות יתרה כאשר המדובר הוא בהפרת זכויות אדם בשטחים הכבושים, והוא נדרש ליישם את מבחן הוודאות הקרובה כאשר הוא בא לבחון את טענת המשיבים בדבר הצורך הביטחוני והכלי שפגיעתו באוכלוסייה האזרחית פחותה. הדבר מתחייב לאור הפגיעות החמורות שיגרמו לאוכלוסייה האזרחית באם תמומש תוכניותיהם של המשיבים.

88. לעניין השיקולים האמיתיים העומדים מאחורי הקמת הגדר בתוואי אשר נקבע לכך על-ידי המשיבים ניתן לעיין בהרצאתו של מר שמואל גרואג, אדריכל ומתכנן ערים במכון "במקום", בנושא "תכנון במזרח ירושלים ובגדה המערבית ככלי פוליטי לשליטה על המרחב" הרצ"ב ומסומנת כנספח ה', וכן את עמ' 23 לנייר העמדה של בצלם הרצ"ב והמסומן כנספח ו'.

89. לאור האמור לעיל, ברור הוא, כי השיקולים שעמדו מאחורי הקמת גדר הפרדה בתוואי שלעיל הינם שיקולים זרים, והפגיעה בזכויות היסוד של העותרים הינה עצומה ובלתי מידתית והיא עולה על הנדרש, והמשיבים לא נקטו באמצעי המתאים שפגיעתו היא במידה המועטה הנדרשת.

90. העותרים יטענו, כי אם רצונם של המשיבים להקים גדר הפרדה על מנת להבטיח מניעת חדירה בלתי מבוקרת של פלסטינים מהגדה המערבית אל תוך תחומי מדינת ישראל, הרי הדרך הטובה והיעילה ביותר, שהיא האמצעי הכי פחות דרסטי, הינה בנייתה הגדר על הקו הירוק ולא כליאת הכפרים העותרים בתוך מובלעת המוקפת גדרות מכל עבר.

¹⁵ בג"צ 5016/96 - ליאור חורב ו-4 אחי נ' שר התחבורה ו-23 אחי'. פ"ד נא(4), 1, עמ' 35-36; ובג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(324), 309 (2).

91. העותרים יטענו, כי המשיבים לא ערכו את האיוון הראוי והנכון בנסיבות העניין, בין האינטרס הביטחוני לבין זכויותיהם של העותרים ושל יתר האוכלוסייה הפלסטינית.

92. הלכה פסוקה היא, כי על המשיבים לשמור על האיטרסים של האוכלוסייה הפלסטינית בשטחים הכבושים, וכי אין הם רשאים לשקול שיקולים זרים, כגון שיקולים פוליטיים או לאומיים. כבוד השופט ברק (כתוארו דאש) קבע בפרשת ג'מעית אסכאן אלמועלמון¹⁶, כי:

"שיקוליו של המפקד הצבאי הם בהבטחת האיטרסים הביטחוניים שלו באזור מזה והבטחת האיטרסים של האוכלוסיה האזרחית באזור מזה. אלה כאלה מכוונים כלפי האזור. אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האיטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסיה המקומית. אפילו צרכי הצבא הם צרכי הצבאיים ולא צרכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב (בג"צ 390/79, בעמ' 17). אזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אינו שדה פתוח לניצול כלכלי או אחר... אין הממשל הצבאי רשאי לתכנן ולבצע מערכת כבישים באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית, אם מטרתו של תכנון זה ואם מטרתו של ביצוע זה הן אך להוות "דרך שירות" למדינתו שלו... תכנון וביצוע מערכת כבישים יכול שיעשו מנימוקים של טובת האוכלוסיה המקומית. אין תכנון וביצוע אלה יכולים להיעשות אך כדי לשרת את המדינה המחזיקה. על-כן אם צודקת העותרת, כי מטרת התכנון אינה צרכי האזור (הצבאיים או האזרחיים) אלא אך צרכיה של ישראל, כי אז צודקים הם גם בעמדתם המשפטית, כי מטרה זו זרה היא לשיקוליו של המפקד הצבאי..." (הדגשה לא במקור – מ.מ.)

החובה לקיום חיים נורמליים בשטחים הכבושים

93. הלכה פסוקה היא, כי על רשויות השלטון לקיים חיים נורמליים בשטחים שבשליטתו. על הממשל הצבאי מוטלת חובה לדאוג לבטחונה ולשלומה של האוכלוסייה האזרחית, לרבות אספקת אמצעי הגנה ראויים מפני סכנות¹⁷.

94. העותרים יטענו, כי חייבת הפעלת הסמכות לקיים את כלליו של המשפט הבינלאומי הפומבי, שעניינם תפיסה לוחמתית, ואת עקרונותיו של המשפט המינהלי הישראלי, שעניינם שימוש בסמכות שלטונית של עובד ציבור. כבוד בית המשפט קבע בפרשת ג'מעית אסכאן אלמועלמון¹⁸, כי:

"אין זה תנאי מספיק, שכן אפילו קיימת סמכות שלטונית מקומית, הרי הפעלתה של סמכות זו, הלכה למעשה, לא די לה שתיעשה על-פי כללי הדין המקומי, אלא חייבת היא לעלות בקנה אחד עם כללי המשפט המינהלי הישראלי ועם כללי המשפט הבינלאומי, שעניינם תפיסה לוחמתית (בג"צ 61/80 הנזכר, בג"צ 351/80 (המ' 764/80))" (הדגשה לא במקור – מ.מ.).

ראה לעניין זה גם:

¹⁶ בג"צ 393/82 - ג'מעית אסכאן אלמועלמון נ' מפקד כוחות צה"ל. פ"ד לז(4), 785, 795.
¹⁷ לפיכך חויבו רשויות הצבא לספק ערכות מגן לתושבי השטחים הכבושים בתקופת מלחמת המפרץ: בג"צ 168/91 מורכוס נ' שר הביטחון, פ"ד מה(1) 467.
¹⁸ פרשת ג'מעית אסכאן אלמועלמון שלעיל עמ' 791-790.

95. הוראות החק הבינלאומי אשר מסדירות את אופן ניהול השטח הכבוש על-ידי הכוח הכובש, קבועות באמנת האג הרביעית משנת 1907, ואמנת גינבה משנת 1949. תקנה 43 לאמנת האג, אשר הוראותיה משקפות משפט בינלאומי מנהגי החל בישראל, קובעת כי: (הדגשה לא במקור – מ.מ.)

"The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure as far as possible public order [ordre publique] and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the law enforced in the country."

נוסחה העברי של תקנה 43, כפי שאומץ בבג"צ 202/81 סעיד מחמוד טביב ו-11 אח' נ' שר הביטחון. פ"ד לו(2), 622, בעמ' 629, קובע לאמור:

"בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים, תוך כיבוד החוקים שבתוקף בארץ אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לכך".

96. בפרשת ג'מעית אסכאן אלמועלמון שלעיל נקבע, כי:

"תקנות האג סובבות סביב שני צירים מרכזיים: אחד - הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של התופס בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית; האחר - הבטחת צרכיה של האוכלוסיה האזרחית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית (בג"צ 256/22, בעמ' 138; בג"צ 493, 69/81, הנזכר, בעמ' 271). בין שני צירים אלה באות תקנות האג לקבוע איזון מסוים, תוך שבעניינים מסוימים הדגש הוא בצורך הצבאי, ואילו בעניינים אחרים הדגש הוא בצרכיה של האוכלוסיה האזרחית: "דיני המלחמה יוצרים בדרך-כלל איזון עדין בין שני קטבים מגנטיים: צורך צבאי, מחד גיסא, ושיקולים הומניטריים מאידך גיסא" (י' דינשטיין, "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים" עיוני משפט ב (תשל"ב-לי"ג) 509, 505).

97. בנוסף להוראה הכללית בדבר השמירה על הסדר והחיים הציבוריים, כפי שנקבע בתקנה 43 לעיל, הרי תקנה 46 לאמנת האג קובעת במפורש, כי על הכוח הכובש לשמור ולהגן על זכויותיה של האוכלוסיה הנכבשת, בין היתר על קניינה, ולהימנע מכל פגיעה. לשונה של תקנה 46 הינה:

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

98. מעל לצורך נציין, כי סעיף 47 לאמנת גינבה קובע את אותה המדיניות של הגנה על זכויותיה של האוכלוסיה הנכבשת, וזו לשונו:

"Protected persons who are in occupied territory shall not be deprived, in any case or in any manner whatsoever, of the benefits of the present convention by any change introduced, as the result of the occupation of a territory, into the institutions or government of said territory, nor by any agreement concluded between the authorities of the occupied territories and the occupying power, nor by any annexation by the latter of the whole or part of the occupied territory."

99. ועוד, תקנה 12 לתקנות ההצהרה העולמית בדבר זכויות האדם (Universal Declaration

of Human Rights) קובעת את אותה ההוראה, וכך לשונה :

"Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status."

100. מהאמור עולה, כי המשיבים מחוייבים לפעול בהתאם לדיני הכיבוש בשטחים הכבושים באופן שיש בו שמירה על זכויותיה הבסיסיות של האוכלוסייה האזרחית הפלסטינית. הקמת גדר באופן ההופך אוכלוסייה שלמה שחי בכפרי מולדתה עשרות בשנים, לאוכלוסייה של אסירים, פוגעת באורח חמור ביותר בזכויותיה של האוכלוסייה המקומית בשטח הכבוש, והיא מנוגדת וסותרת את הוראות החוק הבינלאומי, ובעיקר את הוראות תקנות האג, שהוראותיה כאמור התקבלו במשפט הישראלי על-ידי כבוד בית המשפט העליון, בהיותם משפט מינהגי. הקמת הגדר כאמור מערערת את הסדר והחיים הציבוריים, פוגעת באופן בוטה בקניינם של האזרחים הפלסטינים בשטחים הכבושים, בכבודם, בחייהם, וביתר זכויותיהם המוגנות ללא שיש לכך הצדקה, תוך כדי הפרת הוראותיו של המשפט המינהלי הישראלי והדין המקומי.

על יסוד האמור לעיל, כבוד בית המשפט מתבקש להוציא מלפניו צו על תנאי וצו ביניים כמתואר בפתח עתירה זו, ולקיים דיון דחוף בעתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים, להפוך את הצו על התנאי לצו מוחלט.

ירושלים, היום 26 לחודש פברואר 2004.

מוחמד דחלה, עו"ד
מוחמד דחלה ושות'
ב"כ העותרים

מואייד מיעארי, עו"ד
מוחמד דחלה ושות'
ב"כ העותרים