

העותרים:

1. _____ ג'ברין, ת"ז _____
2. _____ ג'ברין, ת"ז _____
3. _____ ג'ברין, ת"ז _____
4. _____ אלחריזאת, ת"ז _____
5. _____ אל הריןאת, ת"ז _____
6. _____ הרני, ת"ז _____
7. _____ חריזאת, ת"ז _____
8. _____ חריזאת, ת"ז _____
9. _____ מחמד, ת"ז _____
10. _____ נואג'עה, ת"ז _____
11. _____ נואגעה, ת"ז _____
12. _____ רשאידה, ת"ז _____
13. _____ מחמד, ת"ז _____
14. _____ אבו-עראם, ת"ז _____
15. _____ מחאמרה, ת"ז _____
16. _____ מחאמרה, ת"ז _____
17. _____ אבו-עראם, ת"ז _____
18. _____ ג'ברין, ת"ז _____
19. _____ מחאמרה, ת"ז _____
20. _____ גבור, ת"ז _____
21. _____ גבור, ת"ז _____
22. _____ גבור, ת"ז _____
23. _____ חושייה, ת"ז _____
24. _____ אבו עראם, ת"ז _____
25. _____ גברין, ת"ז _____
26. _____ אבו עראם, ת"ז _____
27. _____ אבו עראם, ת"ז _____
28. _____ מחמד, ת"ז _____
29. _____ אבו עראם, ת"ז _____
30. _____ אבו עראם, ת"ז _____
31. _____ מחמד, ת"ז _____
32. _____ מחאמרה, ת"ז _____
33. _____ אבו עראם, ת"ז _____
34. _____ חריזאת, ת"ז _____
35. _____ מחאמרה, ת"ז _____
36. _____ ראשד, ת"ז _____
37. _____ רבעי, ת"ז _____ -ראש ועדת
מסאפר-יטא
38. _____ יונס, ת"ז _____ - ראש עיריית
יטא
39. _____ אזולאי, ת"ז _____
40. _____ אזולאי, ת"ז _____

41. _____ לב _____
42. _____ דנון, ת"ז _____
43. _____ בן ישראל, ת"ז _____
44. שומרי משפט-רבנים למען זכויות אדם (ע.ר.).
45. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר (ע.ר.).

כולם באמצעות עו"ד קמר מישרקי-אסעד ו/או נטע עמר
ו/או מחמד אבו סנינה
מטעם עמותת שומרי משפט-רבנים למען זכויות אדם

ובאמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או עו"ד שלומי זכריה
מטעם המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה
זלצברגר.

משד' רוטשילד 31, תל-אביב 66883 ; טל: 03-5607345,
פקס: 03-5607346

העותרים

-- נגד --

1. שר הביטחון
2. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
3. ראש המנהל האזרחי בגדה המערבית, בית אל

כולם באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, משרד
המשפטים, רח' סלאח א-דין, ירושלים

המשיבים

עתירה לצו על תנאי ולצו ביניים

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

1. יבטלו את צו התפיסה ת/195/05 שנחתם על-ידי המשיב מס' 2 ביום 16/11/2005 (להלן: "צו התפיסה המקורי") וכפי שתוקן בתאריך 4/10/2006 (להלן: "צו התפיסה המתוקן");

2. מדוע לא תתקבל השגתם הכללית של העותרים מיום 5.12.06 וההשגה הפרטנית מיום 24.01.06 כנגד צו התפיסה המקורי ומיום 29.10.06 כנגד צו תפיסה המתוקן;

3. מדוע לא יבחרו המשיבים בחלופות שעמדו לנגד עיניהם אשר פגיעתם במרקם החיים של תושבי מסאפר יטא (כפרי הבת של העיר יטא) תהיה פחותה, חלופה אשר תבטיח כי מקורות המים והפרנסה של העותרים יוצאו אל "הצד הפלסטיני" של גדר ההפרדה מבלי לכלוא תושבים פלסטינים או אדמות מעובדות בתוך תחומי הגדר.

כמו-כן, זוהי עתירה לצו ביניים לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים ולכל אדם או גוף מטעמם שלא לנקוט בשום פעולה שמטרתה יישום צו התפיסה לרבות תפיסה בפועל, בניה, סלילה, עקירה וכד'. הנימוקים לבקשה למתן צו הביניים מופיעים בפתח כתב העתירה.

מצ"ב העתקים מצו התפיסה המקורי והמתוקן, שניהם כוללים מפה ומסומנים ע/1, ע/2 בהתאמה.

בקשה דחופה לצו ביניים ולאיחוד הדיון עם בג"צ 4260/06

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת:

(א) להורות למשיבים להקפיא לאלתר ביצוע עבודות מכל סוג ומין ביחס לכלל מקטע גדר ההפרדה לגביו הוצא צו תפיסה ת/195/05, כפי שתוקן, וזאת עד מתן החלטה סופית בעתירה הנדונה. כמו-כן מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים ולכל אדם או גוף מטעמם שלא לנקוט בשום פעולה שמטרתה יישום צו התפיסה לרבות תפיסה בפועל, בניה, סלילה, עקירה וכד'.

(ב) להורות על איחוד הדיון בעתירה הנוכחית עם הדיון בעתירה ביחס למקטע המזרחי של צו תפיסה 195/06 – בג"צ 4260/06 וזאת על מנת ששאלת חוקיות הצו בכללותו על שני מקטעיו - ובייחוד שאלת קיומה של הצדקה והגיון ביטחוני בצו התפיסה, וגם סוגיית טיב הזכויות שייפגעו בעקבות בניית התוואי, ידונו במאוחד.

ואלה הנימוקים לבקשה לצו ביניים:

1. כפי שייטען להלן, בחלק העובדתי של כתב העתירה, הקמת הגדר תפקיע כמאות דונמים של אדמות המשמשות את העותרים לחקלאות, לרעיית צאן ולעיבוד, אדמות אשר אינן אדמות טרשים.

2. כמו כן, הקמת הגדר בתוואי המוצע תמנע מהעותרים גישה לבארות מים המשמשים אותם ואת צאנם, כמו גם גישה למערות המשמשות את העותרים למגורים עונתיים וכדירים לצאן בעונות מסוימות.

3. בנוסף, הואיל וטרם נקבעו הפרטים בדבר הקמת השערים בגדר המתוכננת, כמו גם נהלים באשר לשעות פתיחתם וסידורי המעבר של העותרים אל אדמותיהם. מצב דברים זה יוביל בוודאות לכך שהקמת הגדר תמנע למעשה גישה לאדמות ותביא לניתוק העותרים מאדמותיהם שתיוותרנה מעבר לגדר.

4. מנגד, הנזק שיגרם מעצירת העבודות למספר שבועות, עד שתתברר העתירה, אינו גדול ואינו שקול לנזק שיגרם לסביבה ולפרנסת העותרים, אשר תפגע באופן בלתי הפיך, באם לא יוצא צו הביניים המבוקש.

5. נוסף עוד, ששר הביטחון הנחה זה לא מכבר, בחודש ינואר 2007, לעצור את המשך בניית הגדר בתוואי סמוך במדבר יהודה, בשל ההשלכות הסביבתיות העשויות להיווצר מבניה באזור זה, ובשל החשש לפגיעה בערכי טבע ונוף ייחודיים. נימוקים אלו יפים גם למקרה דנא,

וניכר כי אין המדובר בשטח בו מתקיימת פעילות חבלנית עוינת כלפי ישראל והמהווה אזור סכנה המצריך בניה מיידית של הגדר.

6. לפיכך, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו ביניים כמבוקש לעיל.

ואלה הנימוקים לבקשה לאיחוד הדיון עם בג"צ 4260/06:

7. ביום 5.12.05 הגישו ב"כ העותרים השגה מקדמית כללית נגד צו התפיסה נשוא עתירה זו ובה נטען כי העותרים הינם בעלי זכויות באדמות נשוא צו התפיסה, וכי הקמת הגדר על אדמותיהם המעובדות, תביא להפרדתם מאדמותיהם, מבורות מים ומערות מגורים שבבעלותם. במכתב תשובה מיום 25.12.05 דחה רס"ן אייל טולדנו את ההשגה. ביום 24.01.06 הוגשו השגות פרטניות בשםם של 49 מתושבי האזור יחד עם טבלה המסכמת נתונים חשובים לגבי היקף הפגיעה של הגדר בהם כפי שיפורט להלן.

מצ"ב העתק ההשגה המקדמית מיום 5.12.05 כולל נספחיה **ומסומן ע/3**.

מצ"ב העתק התשובה להשגה המקדמית מיום 25.12.05 **ומסומן ע/4**.

מצ"ב העתק השגות פרטניות מיום 24.1.06 **ומסומן ע/5**.

8. ביום 14.05.06 קיבלו ב"כ העותרים מכתב מרס"ן אייל טולדנו מטעמו של יוע"מש איו"ש ובו נודע לעותרים כי המשיבים דוחים חלק מההשגות הפרטניות ביחס ל"תוואי המתחיל מדרום לחירבת גינבה, החל בנקודה בה עובר תוואי הגדר את קו תחום איו"ש לישראל, ועד לקצהו המזרחי של התוואי בסמוך לקו תחום איו"ש" (סעי' 29 למכתבו) קרי, המקטע המזרחי של הגדר. אולם "ביחס להמשך התוואי - היורד מכיוון היישוב מצדות יהודה דרומה עד לקו תחום איו"ש – אליו מתייחס חלקם האחר של ההשגות הפרטניות נערכת בימים אלו עבודת מטה בשיתוף הגורמים הרלוונטיים לתכנון מחדש של התוואי" (סעי' 23 למכתב). העותרים שהשגותיהם הפרטניות נדחו ביום 18.03.07 הגישו עתירה לבג"ץ כנגד חלק זה של התוואי (בג"ץ 4260/06).

מצ"ב העתק התשובה להשגות הפרטניות ביחס לצו המקורי מיום 14.5.06 **ומסומן ע/6**.

מצ"ב העתק התשובה להשגות הפרטניות במקטע המערבי, ביחס לצו התפיסה לאחר תיקונו, מיום 18.03.07 **ומסומן ע/7**.

9. מאז התקיימו הליכים נוספים שיפורטו להלן בגוף העתירה ושעסקו במקטע המזרחי של צו התפיסה ועתירה זו נוגעת לעניינם.

10. העותרים יטענו כי המדובר בהפרדה מלאכותית שנעשתה על ידי המשיבים, ביחס לאותו צו תפיסה. ההתכתבויות וההליכים בין ב"כ העותרים והמשיבים, התייחסו עד כה ובאופן עקבי לכלל התושבים שעתידים להפגע מהקמת הגדר, שהם 36 במספר ולא רק לעותרים בחלק

המזרחי. כך למשל, ההשגה המקדמית, ההשגות הפרטניות יחד עם הטבלה והמפה שצורפה אליהן, כולם מתייחסים לכל התושבים ולא לחלק מהם. בנוסף על כך, שני הסיורים שנערכו עם המשיבים מתייחסים לחלקו השלם של הצו ולא לחלקים ממנו. אי לכך, החלטת המשיבים הפתאומית לפצל מעתה את ההליכים, מעידה על התנהלות בלתי סבירה, שפוגעת באופן ישיר בזכות העותרים להליך הוגן.

11. העותרים יטענו כי הפיצול אינו צריך להשפיע על הצורך בדיון אחד מהותי ומשותף לגבי אורך כל התוואי נשוא הצו, זאת בשל קיומו של בסיס תכנון וחשיבה ורציונל בטחוני אחד משותף לשניהם.

12. דיון בכלל התוואי נשוא צו 195/05, על שני מקטעיו, יאפשר דיון ענייני בהיבט הכולל של התוואי, באותה המדיניות שעומדת מאחוריו, באותה מהות וסוג הפגיעה בזכויות העותרים, וכן ההיגיון וההצדקה מבחינה הביטחונית.

13. לפיכך מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על איחוד תיק זה עם העתירה בבג"צ 4260/06.

ואלה הנימוקים לצו על-תנאי:

1. עניינה של עתירה זו היא כנגד צו התפיסה שהוצא על ידי המשיבים בתאריך 16/11/2005 ותוקן בתאריך 4/10/2006, צו תפיסה אשר נועד לשרת את הקמת גדר ההפרדה בדרום הגדה המערבית על אדמת הכפר מסאפר יטא. כנגד צו זה הוגשו השגות מטעמים של העותרים, הכל כמפורט בהמשך כתב העתירה.
2. ביום 14.5.05 הודיע רס"ן אייל טולדנו, רמ"ד בטחון ופילי במשרד יועמ"ש איו"ש במכתב למשרד הח"מ, על דחיית ההשגות שהוגשו כנגד הצו המקורי ואשר מתייחסות לחלק המזרחי, יחד עם זאת, מסר, כי בחלק המערבי נשוא אותו צו טרם הסתיימו עבודות מטה לתיקון התוואי. כך למעשה, פוצל צו 195/05 המקורי לשני חלקים. בעקבות זאת, הוגשה עתירה בהקשר החלק המזרחי (בג"ץ 4260/06 מחמד ואח' נ' שר הבטחון ואח'). בין היתר נתבקש בעתירה זו ביטול החלטת המשיבים לפצל את צו 195/05 המקורי לשני חלקים ללא תמיכה לכך בצו צבאי נפרד. נכון לכתובת שורות אלו, טרם ניתנה החלטה בעתירה זו.
3. אשר על כן, עתירה זו מוגשת בשם אותן משפחות הנפגעות באופן ישיר מתכנון הגדר במקטע המערבי של הגדר. עם זאת, העתירה הנוכחית מתייחסת גם למקטע המזרחי בהקשר חוקיותו של כלל צו 195/05 החל מהתנחלות מצדות יהודה והמשכו במקטע המזרחי. לפיכך, העתירה מוגשת אף בשם ראש עיריית יטא, ראש ועדת מסאפר יטא, ומשפחות מהיישוב הר עמשא הממוקם דרומית לתוואי הגדר המתוכנן, בתוך שטח מדינת ישראל, הכול כמפורט להלן.
4. הגדר המתוכננת, על פי צו התפיסה, להכניס את ההתנחלות "מצדות יהודה" אל תוך החלק "הישראלי" של הגדר, יחד עם המאחז הבלתי חוקי "חוות טליה" (הידוע גם בכינויים "נוף נשר" / "חוות לוציפר").
5. הגדר מתוכננת לעקוף את ההתנחלות והמאחז הבלתי חוקי מצפון-מזרח, המשכה בירידה תלולה דרומה עד לאזור הקרוב לקו הירוק (להלן: **המקטע המערבי של הגדר**). משם הגדר ממשיכה מזרחה תוך כניסה לשטח הגדה המערבית 4 פעמים (להלן: **המקטע המזרחי של הגדר**). סך הכל תוואי צו 195/05 עובר בתוך אדמותיהן של 41 משפחות פלסטיניות, מתוכן 36 משפחות המיוצגות בעתירה זו כנגד המקטע המערבי של הצו.
6. כמפורט להלן, עמדת העותרים תהיה כי צו התפיסה שהוצא, הן המקורי והן המתוקן, אינם חוקיים בשל ארבעה טעמים עצמאיים:

(א) **סיפוח דה-פקטו**: התוואי החדש ייצור סיפוח דה-פקטו של שטח כבוש, דבר האסור על פי המשפט ההומניטארי הבינ"ל, הן סיפוח של ההתנחלות והן של המאחז הבלתי חוקי, יחד עם אדמות נוספות;

(ב) **היעדרו של צורך צבאי**: העותרים יטענו כי חלקים נרחבים של התוואי אינם מבוססים על צורך צבאי, אלא על הרצון לאפשר את הרחבתה העתידית של ההתנחלות ובכדי לכלול את המאחז הבלתי חוקי "חוות טליה" בתוואי. בשני המקרים לא מדובר בצורך צבאי כמשמעו במשפט ההומניטארי הבינ"ל.

(ג) **פגיעה בלתי מיידתית בזכויות יסוד**: הן בשל העובדה כי הפגיעה היא חמורה ומתפרשת על מישורי חיים רבים והן משום שהמשיבים היו מודעים לקיומו של תוואי חלופי המממש את הצרכים הצבאיים אך בחרו להתעלם ממנו;

(ד) **פגיעה בלתי מיידתית בתרבות ובסביבה והפרה של חובות הכובש לשימור הטבע בשטח הכבוש**: התוואי המוצע על ידי המשיבים עתיד לפגוע פגיעה אנושה בעותרים, בפרנסתם, במקורות המים שלהם, בנוף התרבותי עתיק היומין הקיים באזור זה ובאיזון האקולוגי העדין הקיים במתחם דרום הר חברון כשפגיעה זו אינה עומדת במבחני המידתיות שנקבעו בפסיקה.

7. **לסיכום פתיח זה**, העותרים, בהיותם תושבים מוגנים הנמצאים בשטח כבוש, מתנגדים לבניית הגדר המתוכננת להיבנות בדרום הגדה המערבית ובאופן ספציפי ליצירת מובלעת דה פקטו במקטע המערבי זאת בנוסף לשתי מובלעות דה פקטו במקטע המזרחי של צו 195/05, מובלעת שתפגע קשות באופן וודאי בזכויות בסיסיות שלהם כגון: זכות לקניין פרטי, הזכות לנגישות לקניינם, הזכות לפרנסה, הזכות לקורת גג, הזכות למים, הזכות לשמירה על חיי משפחה, לתרבות, להגדרה עצמית, זכויותיהם להגנה על אוצרות הטבע בשטח כבוש וכן הזכות להליך הוגן על פי כללי הצדק הטבעי. תוואי הגדר מהווה על כן הפרה של המשיבים של האחריות החוקית המוטלת על כתפם על פי כללי המשפט הבינלאומי ההומנטרי, משפט זכויות האדם, והמשפט המינהלי והציבורי הישראלי, כפי שיפורטו בעתירה זו.

8. מאבקם של חלק מהעותרים כנגד תוואי הגדר באזור דרום הר חברון נמשך זה שנים מספר. למרות פסיקות בית המשפט הנכבד במהלך השנים אשר מיתנו את תוואי גדר ההפרדה כפי שנבחר על-ידי המשיבים, ניכר כי גם הפעם בחרו המשיבים בתוואי פוגעני ופולשני, אשר לא עומד במבחנים אותם קבע בית המשפט הנכבד בעבר.

9. לפיכך, יתבקש בית המשפט הנכבד להעניק סעד לעותרים ולהציל את פרנסתם, קניינם, אורח חייהם וזכויותיהם האחרות מפגיעה אנושה ובלתי הפיכה שעשויה להיגרם להם מאישורו של תוואי הגדר המוצע.

I. הצדדים לעתירה

10. העותרים 1-36 הינם בעלי אדמות, ובעלי צאן ביישובי דרום הר חברון במקטע המערבי של תוואי הגדר המתוכנן.

11. פרנסתם של עותרים אלו מבוססת, רובה ככולה, על עיבוד האדמה, רעיית צאן וכן על ייצור חלב וגבינה. מספר הנפשות הכולל, במשפחות הנתמכות מעיבוד האדמה ו/או התגוררו/מתגוררים בה, הינו כ- 748 נפשות לכל הפחות.

12. חלק מהעותרים חיים בשטח עצמו באופן עונתי, במשך כמה חודשים בשנה, כדי לעבד את האדמה ולרעות את צאנם. כמו כן, לחלק גדול מהעותרים ישנן מערות ששימשו עד לאחרונה- כפי שיפורט להלן בעתירה - כבתי מגורים להם וכדירים לצאן. מספרם הכולל של מערות מגורים שבעלותם הפרטית של העותרים, אשר יופרדו לטובת "הצד הישראלי" של התוואי – באם יאושר התוואי המוצע – הינו כ-3 מערות, לכל הפחות. בנוסף למערות, בבעלותם של העותרים בריכות אגירת מי גשמים המהוות מקור מים יחידי עבורם ועבור בעלי החיים שברשותם. מספרם הכולל של בריכות אלו, המצויות בבעלותם הפרטית של העותרים אשר יופרדו לטובת "הצד הישראלי" – באם יאושר התוואי המוצע – הינו כ-3 לכל הפחות.

13. נתונים לגבי העותרים מס' 1-36 כגון מספר הנפשות במשפחה הנתמכות מעיבוד האדמה ו/או התגוררו/מתגוררות בה, פרטי מגורים בצד "הישראלי" של הגדר ופרטי האדמות הנפגעות והמופרדות לצד "הישראלי" של החומה, מופיעים, יחד עם שמותיהם של משיגים נוספים אשר השיגו נגד צו התפיסה המקורי כולו, בטבלה שצורפה כחלק בלתי נפרד מההשגות הפרטניות שהוגש ביום 29.10.06.

מצ"ב העתק מההשגות הפרטניות ביחס למקטע המערבי מיום 29.10.06 ומסומן ע/8.

מצ"ב העתק מהטבלה שצורפה להשגות הפרטניות ומסומן ע/9.

14. חלק מן העותרים מתגוררים במסאפר יטא (כך למשל, עותרים מס' 1, 2, 3, 9, 21, 30, 32, 39). כ- 225 לכל הפחות מבין העותרים ובני משפחותיהם, יחד עם תושבים נוספים, אף גורשו משטחים בבעלותם בשנת 1999 על ידי הצבא והמנהל האזרחי (כך למשל, עותרים מס' 15, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 28, 29, 33, 34, 36, 37).

15. בתגובה, עתרו תושבי דרום הר חברון, נגד גירושם במסגרת עתירות "שוכני המערות" (בג"ץ 517/00 תמאמדה נ. שר הבטחון; בג"ץ 1199/00 אבו עראם נ. מפקד כוחות צה"ל באיו"ש). כך למשל, כ-233 מהעותרים ובני משפחותיהם עתרו במסגרת עתירות אלו (העותרים מספר 1, 2,

3, 16, 17, 25, 29, 32, 33, 34, 35). חלק מהעותרים חזרו להתגורר באדמותיהם בדרך קבע, חלקם חזרו להתגורר באופן עונתי, וחלקם לא חזרו להתגורר בשטח כלל, וגרים כיום ביטא ובכפרים הסמוכים לה. כל זאת, עקב התקפות והטרדות מצד המתנחלים, לעיתים אף בגיבוי הצבא והמנהל האזרחי, אשר הביאו בפועל לגירושם מאונס מאדמתם. בעניין אחרון זה הוגש בג"צ 9772/06 מחמד ואח' נ' שר הבטחון ואח'.

16. חלק מן התושבים, בתוכם כ- 135 מבין העותרים ובני משפחותיהם הועזבו בכוח החל משנת 1999 ועד שנת 2003, בעקבות התנכלויות חוזרות ונשנות מצד המתנחלים באזור מגוריהם, ובפרט מצד תושב המאחז "חוות טליה", מר ____ טליה (עותרים מספר 3, 6, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 36).

17. בפועל, בשל התנכלויות אלו, מתקשים העותרים להגיע לאדמותיהם ולהשתמש בהם לרעיית הצאן שברשותם, כמנהג ימי עבר. תוואי הגדר יקטין בפועל עוד יותר את נגישותם לבתיהם ולאדמותיהם ואת הסיכויים לחזור לאדמותיהם ולבתי מגוריהם, לאור יצירתה של מובלעת חדשה, היא "מובלעת מצדות יהודה".

18. העותרים 36 ו-37, 43 כמו גם עותרים נוספים (מס' 2, 9, 18), עתרו כבר בעבר כנגד הקמתה של חומה פנימית בחלק מתוואי השטח, זאת על פי צווי תפיסה ת'05/185-05/187. בית המשפט הנכבד נתן זה לא מכבר את הכרעתו בעתירה זו, (בג"ץ 06/1748 - ראש עיריית דאהריה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 2006(4), 4074, 4081 (2006); להלן: "פרשת דאהריה"), תוך שהוא קובע כי:

"פגיעתו של מעקה הבטון קשה. אורכו מעל ארבעים קילומטרים. הוא מגביל את תנועתם של מעל חמשת אלפי תושבים הגרים מדרום לו או שהם בעלי חלקות חקלאיות מדרום לו." (שם, פסקה 17 לפסק הדין).

19. עוד קבע בית המשפט הנכבד, כי פגיעתה של הגדר הפנימית בפלסטינים תושבי האזור אינה מידתית ועל כן אינה עומדת בדרישת מבחן המשנה השני של המידתיות; אי לכך, הורה למשיבים לפרקה תוך 6 חודשים. יצוין, כי בעתירה הודגש, כי העותרים רואים קשר בל ניתק מבחינת תכנון ההיגיון הביטחוני בינה לבין תוואי הגדר נשוא צו התפיסה ת'195/05, נשוא עתירה זו.

מצ"ב העתק ההשגה כנגד החומה הפנימית ומסומן ע/10.

20. העותרים מס' 38-43 הינם תושבי קיבוץ הר עמשא, המוקם דרומית לקו התפר בדרום הר חברון, בתוך שטח מדינת ישראל. במכתב שנשלח מטעמם בתאריך 16.03.06, הביעו העותרים את התנגדותם לקביעת תוואי גדר ההפרדה באזור דרום הר חברון. התושבים מאמינים

בשכנות טובה, יחסי עבודה וידידות עם התושבים הפלסטינים בשטחים הכבושים. הם קוראים להימנע מכל חריגה בקביעת תוואי הגדר מהקו הירוק הכרוכה בהפקעה נרחבת של אדמות השייכות לערביי דרום הר חברון, תושביו המקוריים של השטח. הפקעת קרקעות נוספות מאנשים משולה לגזלת כבשת הרש. הם אף סבורים, כי הגדר לא תשפר את ביטחונם, אלא תביא לתוצאות הפוכות: ללא אפשרות פרנסה מעבודה שכירה לפלסטינים תושבי האזור, וללא מימוש יכולת קיום מינימלי מהאדמה ומצורת החקלאות ממנה הם מתפרנסים, יבוא ייאושם. כאזרחים ישראלים שלטובתם, כביכול, נבנית הגדר, הם מביעים חוסר אמון בתועלת הגדר ומכאן, בחוקיותה כאמצעי הגנה הכרחי מבחינה צבאית. מכתב זה נשלח ליועמי"ש איו"ש ביום 20.03.06.

מצ"ב העתק מכתב מיום 16.03.06 ומסומן ע/11.

מצ"ב העתק מכתב מיום 20.03.06 ומסומן ע/12.

21. העותרים 36 ו-37, הינם אנשי ציבור. העותר מס' 37 הינו ראש עיריית יטא והעותר מס' 36 הינו ראש ועדת מסאפר יטא, בשטחם עתידה להבנות הגדר באם יאושר התוואי, ותושביהן הם הנפגעים העיקריים מהקמת הגדר בתוואי המוצע.

22. העותרת מספר 44 הינה עמותה רשומה בישראל ומטרתה לפעול למען חיזוק המסורת היהודית של זכויות האדם.

23. העותרת מס' 45 הינה עמותה רשומה בישראל, אשר שמה לה למטרה לספק סיוע לאנשים שנפלו קרבן למעשי אלימות, התעמרות או קיפוח זכויות בסיסיות מצידם של רשויות המדינה, ולהגן על זכויותיהם בכל אמצעי שהוא, ובכלל זה פניה לערכאות משפטיות, הן בשם הנפגעים והן כעותר ציבורי.

מצ"ב לעתירה זו תצהירים ויפויי כוח מאת העותרים.

II. אזור מסאפר יטא: התושבים, פרנסתם ותרבותם עתיקת הימין

רקע כללי

24. את הפגיעה בעותרים לא ניתן להבין ללא התייחסות להיסטוריה הייחודית של תושבי המערות בדרום הר חברון, התלויים לחלוטין באורח חיים ייחודי הנוצר באזור זה. נטילת קרקעות אלו מידי תושבים – מעטות ככל שיהיו – הינה בגדר גזילת כבשת הרש, שהמשיבים יכולים להימנע ממנה תוך קיום המטרה הביטחונית המוצהרת על ידם, בתוך אדמות הקו הירוק.

25. להתנהלות המשיבים כלפי תושבים אלו, ובתוכם העותרים, החל משנת 1999 ועד היום יש השלכה ישירה על ההחלטה להקמת הגדר בתוואי זה ולבניית הגדר, כמו אמצעים אחרים שנקטו במהלך השנים על ידי הרשויות כנגד התושבים. הקמת הגדר, והמקטע המזרחי בתוכה מקבעים מצב של פינוי בכפיה שהחל עוד בשנת 1999, על ידי המשיבים וממשיך מאז שנת 2000 על ידי קבוצות מתנחלים, ובראשם ____ טליה מהמאחז הבלתי חוקי "חוות טליה".

מסאפר יטא - פרנסת התושבים ותרבותם עתיקת היומין

26. בדרום הגדה המערבית נמצא איזור המכונה "מסאפר יטא", הוא האיזור התוחם את כפרי הבת של העירייה יטא. בתוך איזור זה מצוי שטח אש 918, שהוכרז ככזה על ידי המפקד הצבאי בגדה המערבית עוד בשנות השבעים; על בסיס הכרזה זו, גורשו תושבי המערות באזור בשנת 1999, ומאז חלקם לא יכלו לשוב אליו, בשל התנכלויות גורמים שונים. במסאפר יטא חיים במערות קרוב לאלף פלסטינים המתפרנסים מחקלאות ורעיית צאן.

27. בכפרי מסאפר יטא לא ניתן לקבל את כל השירותים החיוניים, והתושבים נסמכים רבות על שירותים הניתנים בעיירת האם יטא ובכפרים סמוכים אחרים. כך למשל התושבים תלויים בעיר יטא לצורך אספקת מים ומזון לבני אדם ולבעלי החיים שברשותם. שירותים הומניטריים בסיסיים (כגון בתי חולים, מרפאות שונות, מוסדות חינוך, פרנסה, שירותים אדמנסטרטיביים וכו') מצויים אך ורק בעיר הקרובה יטא.

28. אזור דרום הר חברון בכלל והשטח הסגור בפרט משופעים במערות טבעיות המשמשות כבתי מגורים לתושבים וכדירים לצאן. בנוסף למערות הטבעיות חצבו אבות התושבים מערות בסמוך לבורות מים ולאדמות חקלאיות. לכל משפחה גרעינית יש לפחות מערה אחת, המשמשת אותה למגורים. בכפרים מסוימים, כמו גינבה, א-טובא ואל-מג'אז, ישנם בתים שנבנו מאבן בלתי-מסותתת.

(להרחבה בעניין זה, ראו: דו"ח בצלם, "חרב הגירוש: אלימות, התנכלות ואי אכיפת החוק בדרום הר חברון" יולי 2005, בעמוד 3 (להלן: דו"ח בצלם "חרב הגירוש"); הדו"ח מצוי באתר האינטרנט של ארגון "בצלם":

http://www.btselem.org/download/200507_South_Mount_Hebron_Heb.doc

וכן: "כבשת הרש-גירוש תושבים מאיזור דרום הר חברון" אוקטובר-נובמבר 1999 (פברואר 2000). הדו"ח מצוי באתר האינטרנט של ארגון "בצלם":

(http://www.btselem.org/download/200002_South_Mount_Hebron_Heb.rt)

29. תושבי המערות אינם נמנים עם האוכלוסייה הבדואית ואינם תושבים נודדים. פרנסתם של התושבים מבוססת, רובה ככולה, על עיבוד האדמה, על רעיית צאן וכן על ייצור חלב וגבינה.

מרבית התוצרת מיועדת לצריכה עצמית ולהאכלת הצאן. העודפים נמכרים ביטא ובשאר כפרי הסביבה. זהו מקור פרנסתם היחיד של תושבי אזור מסאפר יטא, ובכללם העותרים.

30. פרופ' גדעון קרסל, אנתרופולוג מהיחידה למחקרים חברתיים במחלקה לאדם במדבר, אוניברסיטת בן גוריון חיווה דעתו בעניין תרבותם המדברית הייחודית של העותרים, במכתב מיום 12.03.06. במכתב זה מתוארים אורחות חייהם המיוחדים ותרבותם עתיקת היומין, של התושבים באזור דרום הר חברון:

"תושבי הקבע באזור זה, בחלקם חקלאי אזור ההר הגבוה שתרנו אחר חלקות הראויות לעיבוד, בחלקם רועים נוודים שנתפשו לחקלאות שלחין עם רעיית צאן שהתקבעו, ובחלקם הניכר, כנראה, חייבר, אנוסי ערב שהוגלו מחצי האי הערבי על ידי מחמד עבדאללה וחבוריו. כינויים הקיבוצי הוא "מח'אמרה" (מ' מחליפה פה ב' של חייבר). אחד ממאפייני בני קבוצה זו הוא משכן במערות עתיקות הכרויות בסלעי האיזור ולו לעונות החקלאיות (לרעייה בחורף, לקציר בקיץ, לחריש ולזריעה בסתיו). לחלקם הגדול בתים בכפרים ובעיירות מהם גחים ואליהם שבים, ולא רק משום מחזורי החקלאות".

מצ"ב העתק מכתבו של פרופ' קרסל ומסומן ע/13.

III. ההיסטוריה של ההתנחלות מצדות יהודה והמאחז הבלתי חוקי "חוות טליה"

31. כאמור לעיל, הגדר לפי צו התפיסה המתוקן, מתוכננת לעקוף ולהכליל את שטח ההתנחלות מצדות יהודה והמאחז הבלתי חוקי "חוות טליה" בצד "הישראלי", וזאת -כפי שיוסבר להלן- מטעמי הגנה על אנשי ההתנחלות. אמצעי הגנה זה נעשה תוך כדי פגיעה חריפה בזכויות התושבים 'הטבעיים' של האזור לקניינם והנגישות אליו, כמו גם זכויותיהם למים, לדזור, לפרנסה ולקיום בכבוד, בד בבד עם הפגיעה האנושה בתרבותם המיוחדת והעתיקה.

32. כיוון שתוואי הגדר במהותו נועד להגן על ההתנחלות ועל מאחז בלתי חוקי, אף הדיון במקטע המזרחי צריך להתייחס להיגיון הבטחוני העומד בבסיסו של תוואי זה, המשלים את החלק המערבי, הקרוב יותר להתנחלויות.

33. התנחלות מצדות יהודה והמאחז הבלתי חוקי "חוות טליה", הוקמו אך לפני מספר שנים, והאוכלוסיה מונה כמה מאות בודדים. כך למשל, התנחלות מצדות יהודה המכונה גם "בית יתיר" הוקמה בשנת 1983. נכון לדצמבר 2004 מנתה אוכלוסיית היישוב כ- 168 תושבים.

34. לעומת היישוב מצדות יהודה, הרי שהמאחז "חוות טליה" הוקם בשנת 1996, באופן לא חוקי. המאחז הינו למעשה חוות בודדים שבו מתגוררות רק שתי משפחות, ומכיל 5 מבנים יבילים,

מכלאה, מכולה ודרך גישה. יש לציין כי 3 יבילים, מכולה ודרך הגישה חורגים מהתוכנית המאושרת לחוות המרעה.

35. המאחז "חוות טליה" נמצא קילומטר צפונית מזרחית להתנחלות מצדות יהודה. בהתאם לדו"ח שחובר על ידי עו"ד טליה ששון ופורסם במרץ 2005, המאחז הינו בלתי חוקי. עו"ד ששון מגדירה את המאחזים הבלתי חוקיים כבעלי כמה מאפיינים מרכזיים ובפרט לגבי מאחז זה:

"מדובר בראש ובראשונה בנקודת יישוב שלא הוחלט על הקמתה בידי ממשלת ישראל. כמו כן, לא הוצא מכוח התוכנית המאושרת לחוות המרעה היתר בנייה".

36. אם כן, ניתן לומר כי מאחז "חוות טליה" הינו חלק מ"התופעה הנפוצה של מאחזים בלתי מורשים, החל ממחצית שנות התשעים ואילך". (ראו "חו"ד בנושא מאחזים בלתי מורשים" מאת עו"ד טליה ששון (מרץ 2005), בע' 92-93, וחוברת א', ע' 19).

מצ"ב העמודים הרלבנטיים מדו"ח ששון בהקשרו של המאחז הבלתי מורשה הנ"ל, ומסומנים ע/14.

37. עוד יודגש, כי תושב המאחז, מר ____ טליה, מנצל את הנשק שניתן לו להגנתו העצמית, כדי ליזום התקפות על פלסטינים תושבי האזור. יודגש, כי כל זאת נעשה, כשהוא אינו ממלא תפקיד של רכז בטחון שוטף (רבש"צ) או ממונה בטחון באזור, כמצוין בתשובת נציג יועמ"ש איו"ש מיום 22.06.05.

מצ"ב העתק ממכתב יועמ"ש איו"ש מיום 22.06.05 המתייחס ל ____ טליה ומסומן ע/15.

38. נראה כי, נוכחותו של אדם אחד - ____ טליה - בחוות הבודדים הבלתי מורשית והבלתי חוקית, שהוקמה זה עתה, מכריעה במשקלה וגוברת על זכויות היסוד של כה רבים מהתושבים הפלסטינים בדרום הר חברון, ועל מרקם החיים התרבותי-חברתי-כלכלי שנארג במשך שנים כה רבות, הכול כפי שעולה מההתכתבויות עם נציגי הרשויות השונים ומעיצובו של התוואי החדש.

IV. היסטורית גירוש תושבי המערות בדרום הר חברון והקשר לעותרים

39. מימדי הפגיעה בעותרים מתחדדים לאור חשיפתה של מדיניות הפינוי הכפוי של תושבי דרום הר חברון. תחילה בנובמבר 1999, עת גירשו כוחות הצבא, מלווים באנשי המנהל האזרחי ובסיוע המתנחלים, כ- 225 מתושבי האזור לכל הפחות, ביניהם חלק מהעותרים ומבני משפחותיהם (כך למשל, עותרים מס' 15, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 28, 29, 33, 34, 36, 37).

כ-233 מהעותרים ובני משפחותיהם אף עתרו במסגרת עתירות "שוכני המערות" (כך למשל עותרים מספר 1, 2, 3, 16, 17, 25, 29, 32, 33, 34, 35).

40. בעניין זה פנו העותרים (3, 6, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 36) ביום 27/11/2006 בעתירה הנזכרת לעיל (בג"ץ 9772/06) לבית משפט נכבד זה, בדרישה לאפשר להם לחזור לאדמותיהם ולבתי מגוריהם, מהם גורשו בכפיה כאמור. בפועל, אישור תוואי הגדר המוצע יקטין עוד יותר את נגישותם לבתיהם ולאדמותיהם ואת הסיכויים לחזור לאדמותיהם.

41. ניסיון התושבים לחזור לאדמותיהם, לא צלח עד כה, עקב התנגדות המתנחלים, בגיבוי צה"ל. במלים אחרות, פינוי תושבי דרום הר חברון, נמשך באופן בלתי פורמלי על ידי אלימות המתנחלים והוחרף במהלך חמש השנים האחרונות של האינתיפאדה. לתושב המאחז "חוות טליה" חלק נכבד בהתנהלות זו. כך למשל, סובלים התושבים בדרך קבע, ממעצרים ועיכובים על ידי מתנחלים, וכוחות המשטרה והצבא. במקרים אחרים, התושבים מהווים יחד עם צאנם "מטרה" ליריות בנשק חי, מבלי שיש לכך הצדקות. הצבא והמשטרה מעורבים פעמים רבות בהטרדות ומעצרי שווא של התושבים, ובפועל מתנהגים כחסרי אונים למול התנהגותם המשתלחת של המתנחלים, הכוללת בין היתר: חסימת דרכם של תושבי ביר אל עיד המובילה ליטא; איומים בנשק ותקיפת תושבים; ותלונות שווא שהגיש _____ טליה לצבא ולמשטרה כנגד תושבי המקום.

42. בעניין זה נשלחו מספר מכתבים, בין השאר, מכתבנו ליועמ"ש איו"ש ומפקד משטרת ש"י מיום 6.12.04 בעניין הטרדות ואיומים של מתנחלים ממצפה יאיר וחוות טליה כלפי תושבי דרום הר חברון בכלל והיישוב ביר אל עיד בפרט. באותו עניין נשלח העתק מכתב לאבי רוטנברג, מפקח משטרת חברון והתקבל מכתב תשובה ממנו מיום 6.01.05, מכתב ליועמ"ש איו"ש מיום 31.01.05, וכן מכתב לפרקליטות הצבאית בפיקוד מרכז מיום 31.01.05. במכתב נוסף למנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה מיום 25.04.05 שטחו העותרים טיעוניהם בהקשר זה ואף נפתח קדם בג"צ מס' 315/05.

מצ"ב העתק מכתב ליועמ"ש איו"ש ומפקד משטרת ש"י מיום 6.12.04, מסומן ע/15

מצ"ב העתק מכתב מאבי רוטנברג, מפקח משטרת חברון מיום 6.01.05 מסומן ע/16

מצ"ב העתק מכתב ליועמ"ש איו"ש מיום 31.01.05, ומסומן ע/17.

מצ"ב העתק מכתב לפרקליט פיקוד מרכז מיום 31.01.05, ומסומן ע/18.

מצ"ב העתק מכתב קדם בג"צ מיום 25.04.05, ומסומן ע/19.

43. העותרים יטענו, כי הגדר והמקטע המערבי בתוכה, הינם חלק ממדיניות גורפת הנקטת זה זמן רב של פינוי התושבים מהאזור, מכיוון שהיא תקטין בפועל עוד יותר את נגישותם לבתיהם ולאדמותיהם ואת הסיכויים לחזור לאדמותיהם ולבתי מגוריהם. מדיניות זו, אשר נבעה בחלקה הגדול מהתנהגות שנקבעה בשטח על ידי חלק מהמתנחלים באזור ובראשם

תושב המאחז "חוות טליה" יחד עם אוזלת ידי גורמי הביטחון, תוביל במידת וודאות קרובה לניכוס שטחים נוספים למאחז ולהגברת ההתנכלויות כלפי המתנחלים.

44. מכאן, שהעותרים רואים קשר ישיר ובלתי ניתן לניתוק בין התנגדותם לתוואי הגדר- אשר תוכנן מלכתחילה על מנת להכליל את המאחז הבלתי מורשה של טליה, לבין בקשתם לפנות את המאחז הבלתי מורשה הנ"ל, זאת כצעד שבלעדיו אין הם יכולים לחזור לאדמותיהם ובתיהם אחרי הגירוש. ללא פינוי המאחז לא יוחזרו החיים הנורמליים לתושבים הפלסטינים. בפועל הצבא והמשטרה מתנהגים כחסרי אונים אל מול התנהגותו המשתלחת של טליה בתושבי האזור. למעשה, פניות התושבים הפלסטינים בבקשות עזרה עת שהם מותקפים על ידי המתנחלים לא הועילו מעולם. בנוסף לכך, החיילים אינם עושים במקרים רבים דבר כדי להגן על הפלסטינים, ולעתים אף מצטרפים למעשי האלימות של המתנחלים. אישור תוואי הגדר על ידי בית המשפט יהווה ניצחון להתנהגות זו של המתנחלים כנגד תושבי האזור והיא בגדר – לא פחות – מהמחשת הביטוי "הרצחת וגם ירשת", על כל המשתמע מכך.

V. הגדר המתוכננת, והשפעתה על העותרים

A. התוואי המתוקן בהשוואה לתוואי המקורי

45. צו תפיסה צבאי ת/195/05, שהוצא בתאריך 16.11.05 תוקן כאמור בתאריך 4.10.06, מספח בפועל כ- 3 מערות למגורים (לעומת הערכה של כ- 13-5 מערות טרם התיקון), ו-3 בריכות לאגירת מים (לעומת כ- 18-1 טרם התיקון), כמו כן, פוגע בפרנסתם של כ- 748 מהמשיגים ובני משפחותיהם (לעומת כ- 1485-600 טרם התיקון).

46. חרף תיקון התוואי, אדמות שהינן מעובדות כיום – אדמות חקלאיות וכאלו המשמשות לרעיית צאן - תסופחנה בפועל לצד "הישראלי". יש לציין, כי חלק מהאדמות עובדו בעבר הלא רחוק, אך כיום הן נטושות בשל הגירוש והאלימות כמתואר לעיל. כך למשל, העותרים מספר 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 39 לא הצליחו להיכנס לאדמותיהם ולעבדן משנת 2003 ו-2004; במלים אחרות, **האדמות הינן ראויות לעיבוד מבחינה עקרונית ואל להתייחס אליהם כאל אדמות טרשיות לא חקלאיות.**

47. על פי התוואי המתוקן, הקטנת הנזק ביחס לעותרים הינה שולית, והינה בגדר "לעג לרש". לא ברור מדוע ממשיך התוואי להתפרש באופן שיכלול גם את המאחז הבלתי חוקי "חוות טליה" בתוך צידה ה"ישראלי" של החומה ואדמות רבות נוספות אשר הן **בבעלות פלסטינית פרטית.**

48. למרות תיקון התוואי, עדיין תופקעה אדמות פרטיות מעובדות בגידולי פלחה עונתיים; יופרדו התושבים הפלסטינים מאדמותיהם, שיישארו בצידה ה"ישראלי" הדרומי; תושבים ינותקו ממקור המים היחיד שברשותם- בארות מים טבעיות המצויות באזור אשר בבעלותם

הפרטית של התושבים; הכפר ג'ינבה ייסגר לחלוטין להתפתחות מכיוון דרום ומערב, וחלק נכבד מאדמותיו יתפסו לצורך בניית החומה; תושבים פלסטינים שהתגוררו דרומית לחומה ינותקו משאר הגדה המערבית. לכך יש להוסיף את העובדה שנגישות התושבים הפלסטינים קשה ממילא כבר היום עקב התקפותיו האלימות של המתנחלים, המלווה בשתיקת כוחות הביטחון, ותיהפך לבלתי אפשרית לחלוטין לאחר הקמת החומה.

ב. תיאור פיסי – התוואי השלם כולל המקטע המזרחי

49. הגדר המתוכננת דומה מבחינת המבנה הפיסי לגדר שנבנתה בשאר האזורים עד כה. מכשול זה מורכב, ברוב האזורים, מגדר אלקטרוני שמשני צדדיה נסללו דרכים, נבנו גדרות תיל ונחפרו תעלות. בהתאם לצו ת"195/05 המקורי, הגדר תתפוס רצועות קרקע בשטח כ- 610 דונם (אורך התוואי הינו כ- 6070 מטרים ורוחב הגדר עד 100 מטרים) לעומת 229.6 דונם לפי הצו לאחר התיקון. השטח הכולל שייכלא בין תוואי המקורי של הגדר המתוכננת לקו הירוק הינו כ- 5.3 קמ"ר, לעומת כ- 4.2 קמ"ר לאחר תיקון גבולות, ומתוכם כ- 345 דונמים יתפסו לטובת למקטע המזרחי. כמו כן הנקודה הכי פנימית בעומק הגדה המערבית הנמצאת צפונית-מזרחית לגבעה עליה מוקם המאחז "חוות טליה", כשהמרחק מהמאחז לקו הירוק הינו כ- 2053 מטרים.

ג. שיערים בגדר

50. על פי מכתביו של רס"ן אייל טולדנו מהתאריכים 25.12.05, 14/5/06 ו- 18/3/07 (נספחים ע'4, ע'6 ו-ע'7, בהתאמה), ככל שיוותרו שטחים חקלאיים, בבעלות העותרים מעבר לגדר הבטחון, ניתן יהיה לגשת לשטחים אלו באמצעות שיערים חקלאיים שיוקמו על פי צרכי התושבים, ולאחר בידוק בטחוני כנדרש. על האמור במכתבים אלו, המהווים תשובות להשגות שהגישו העותרים עוד נעמוד בהרחבה בהמשך העתירה, בחלק העוסק בתיאור מיצוי ההליכים.

51. רס"ן אייל טולדנו לא מסר מידע כלשהו על מיקום השערים ומספרם; האם השערים החקלאיים הינם עונתיים הנפתחים בעונות חקלאיות מסוימות בלבד (עונות המסיק והקטיף) או שמא מדובר בשערים חקלאיים יומיים; כמה פעמים ייפתחו השערים ביום; האם מעבר החקלאים יהיה מותנה בקבלת היתר; האם ההיתר מיועד למעבר בשער מסוים בלבד; ועוד שאלות הנדרשות לנוכח משטר ההיתרים הצפוי לעותרים.

52. כמו כן, רס"ן אייל טולדנו, לא נתן את דעתו ביחס לגורלם של התושבים המתגוררים במשך עונות שלמות במערותיהם בשטח האמור. כך, העותרים הרוצים לעבד אדמותיהם שבתוך המובלעות שיווצרו צפויים לקשיים לא מועטים, בלשון המעטה, אשר ימנעו מהם בוודאות להמשיך ולעבד את אדמותיהם.

ד. תוואי הגדר הנוכחי על פי עמדת המדינה

53. במכתביו מיום 25.12.05, 14.05.06 ו- 18.03.07, מתייחס נציג יועמ"ש איו"ש לתוואי הגדר נשוא צו התפיסה שבנדון. לדבריו:

(ג) תוואי הגדר מסתמך ברובו על קו תחום איו"ש וסוטה ממנו לשם הגנה על תושבים ישראלים ביישוב מצדות יהודה באמצעות תפיסת נקודות שולטות בשטח, וכן מטעמים טופוגרפיים.

(ד) כמו כן, תוואי הגדר תוכנן כך שעיקר התוואי עובר באדמות מדינה (שלא עברו צוות קו כחול) ובאדמות סקר, כאשר רובו המכריע של התוואי עובר בתחומן של דרכים קיימות ובקרקעות טרשיות. למען הסר ספק, צו התפיסה הוצא גם ביחס לאדמות הסקר.

54. העותרים יטענו, כי התוואי המתוקן, רחוק מהקו הירוק, זאת בניגוד להחלטת הממשלה בעקבות בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, (פ"ד נח(5), 807) שכן התוואי עובר ברובו בתוך שטח הגדה המערבית ולא בצמידות לקו הירוק. יתר על כן, תוואי גדר הביטחון, תוכנן כך שתינתן הגנה – על פי המדינה - לתושבי יישוב מצדות יהודה.

55. טענה זו אין בידי העותרים לקבל, משום שהתוואי תוכנן וגם תוכנן על מנת להגן על המאחז הבלתי חוקי "חוות טליה" באותה מידה שהוא נועד להגן על היישוב מצדות יהודה. המשיבים שמו מול עיניהם את המטרה המוצהרת להגן על התנחלות מצדות יהודה תוך כדי הסוואת הכוונה להגן על מאחז שהוא בלתי חוקי בעליל.

56. נציג המדינה טען, כי האדמות שעליהן עובר התוואי הן אדמות מדינה ואדמות סקר, ובכך הוא מנסה לכאורה להמעיט בחומרת הפגיעה בקניינם הפרטי ובזכויותיהם של העותרים. העותרים יטענו כי יש בכך כדי להביע זלזול והפרת חובת המדינה לנהוג בזהירות בקניינו הפרטי של האזרח – בייחוד ככל שהדבר נוגע לאזרח בשטח כבוש, שכן יש לנהוג באדמות סקר כאדמות פרטיות עד שיוכח היפוכו של דבר. כמו כן, על המדינה החובה להתייחס לאדמותיה שלה ככאלה שנועדו לשרת את טובת כלל הציבור, ובוודאי שלא רק אלה של המתנחלים בשטח הכבוש. לכך יש להוסיף את החובה הקיימת על המדינה להחזיק בנכסים שבשטח כבוש כבמשטר נאמנות, ולא לבצע בנכסים אלו שינויים אלא היכן שהדבר דרוש לצרכים ביטחוניים. על כך עוד נעמוד בהרחבה בטיעון המשפטי.

57. בנוסף לכך, ובניגוד לטענת המדינה לפיה התוואי עובר בתחומן של דרכים קיימות ובקרקעות טרשיות, אדמות העותרים הינן חקלאיות ומעובדות והן מהוות מקור הפרנסה העיקרי שלהם. גם על פי התוואי המתוקן, הקטנת הנזק ביחס לעותרים הינה שולית, ומהווה "לעג לרש".

ה. ספקות באשר התועלת הביטחונית מהתוואי המוצע

58. בחוות דעת ביטחונית מיום 13.03.06, שנחתמה ע"י אנשי צבא בכירים לשעבר אשר בחנו את תוואי צו תפיסת ת"195/05, הוצע בין השאר תוואי חלופי - **שאינו על דעת העותרים**, המקטין את מובלעת מצדות יהודה לכדי **כמחצית מהשטח** המתוכנן על ידי המשיבים ועונה לדידם על כל הצורכס הבטחוניים והטופוגרפיים הנדרשים לשם הגנה על ההתנחלות.

59. התוואי האמור מוצג על ידי העותרים כהוכחה לכך, שהמפקד הצבאי לא שקל את כל השיקולים הרלבנטיים בעת שתכנן את התוואי וכי על-כן הפגיעה באוכלוסיה הפלסטינית אינה עומדת בדרישות המידתיות.

העתק מחוות הדעת והמפה המצורפת אליה **ומסומן ע/20**.

60. כפי שיהיה ניתן לראות להלן, עיקרי חוות הדעת מביאים בחשבון חלופה אחרת, פוגענית פחות בעותרים ובתושבי האזור, אשר היה על המפקד הצבאי לשקול אותה בטרם ייקבע התוואי, זאת בהתאם לרוח פסיקות בית המשפט הנכבד בעבר.

61. להלן עיקרי הדו"ח:

א. "לדעתנו קיים צורך ביטחוני בהגנה על מצדות יהודה ואף על הקפת הישוב וכן יש צורך בשליטה על קו השלוחה ממזרח לישוב שמשתרעת מצפון לנג. 908 ומאפשרת הגנה על הציר המרכזי המחבר את הישוב לצפון ולדרום (310) אולם אין כלל צורך ביטחוני בתפיסת מרבית השטח שממזרח לשלוחה זו. (הדגשות שלי, ק.מ.)."

ב. הנימוק הטופוגרפי שנרמז עליו בתשובת מפקדת איז"ש הינו מבחן השיפוע בתוואי הגדר שאמור לאפשר מעבר כביש שירות העומד בכללי בטיחות הדרכים הנדרשים. להערכתנו ניתן בתוואי המוצע על ידינו לסלול כביש שירות באופן דומה לתוואי צה"ל ובאותם שיפועים.

ג. פירוט:

(1) על פי עמדת צה"ל קיים צורך בתפיסת נקודות שליטה. בשטח האמור קיים רכס שכיוונו הכללי דרום מערב – צפון מזרח. על רכס זה באזור המדובר, מספר נקודות שולטות:

- ❖ משטרת לוציפר (ירדנית) השולטת על הישוב בית יתיר מדרום בגובה של כ 910 מ.
- ❖ נ.ג. 908 עליו ממוקמים מספר מיכלי מים וכן גבעה סמוכה שולטת על האזור.
- ❖ נ.ג. 912 עליו ממוקמת חוות לוציפר (חוות טליה).
- ❖ 650 מ' צפון מזרח מנג. 912 גבעה נוספת על אותו קו רכס.

(2) על פי הצעתנו נקודות 1 ו 2 הנתרות בתחום הגדר מאפשרות שליטה טובה בטווחי הנק"ל על הציר ועל הישוב – מדובר על טווח שלא יורד מ 600 מטר (טווח הנק"ל האפקטיבי 300 מ' (ומאפשר שליטה טובה באש ובתצפית על מרחב הישוב ועל הציר. בשל פני השטח החשופים אמצעי תצפית או כוח שימוקם באזור זה יוכלו לאתר על נקלה כל גורם שיבקש להתקרב לגדר הביטחון. **איננו מוצאים כל יתרון לנקודות השולטות הנוספות הנמצאות ממזרח (3 ו 4) שאינן מספקות כל יתרון קרקעי.** העובדה שצה"ל כמו במקומות אחרים יכול להמצא גם מעבר לקו הגדר בכוחות ניידים או ניידים מייתרת אף את הטענה בנחיצות המצאות בנקודות השולטות המדוברות. **(הדגשות שלי ק.מ.)**

(3) ראוי לציין כי בכל השטח מדרום לרכס המדובר אין כל ישוב ישראלי מלבד קבוץ הר עמשא הנמצא 3.5 ק"מ דרום מזרחית, כך שאין כל ערך ביטחוני עודף בהחזקת השטח האמור כשטח שולט המגן על ישובים הנמצאים בתוך ישראל.

(4) התוואי המוצע על ידינו מציע שיפוע של 1,353 מ', בירידה של גובה יחסי של 200 מ' לפי מיטב הבנתנו, השיפוע המדובר מאפשר סלילה של כביש שירות כנדרש.

(5) הצעתנו מאפשרת ליותר תושבים פלסטיניים להמשיך לעבד את אדמתם ולרעות את צאנם, ולהגיע למערותיהם המצויות בשטח שאמור להיות מסופח על פי התוואי הנוכחי, מבלי להדרש לשערים חקלאיים שייפתחו בגדר ויהוו נקודת חיכוך אזרחית שעל פי ניסיון העבר, הופכת עד מהרה לנקודת תורפה ביטחונית.

(6) השטח המסופח על פי הצעתנו עומד על 2.8 קמ"ר, שמהווים קצת יותר ממחצית השטח המתוכנן על ידי צה"ל ומאפשרת ליותר תושבים פלסטיניים לעשות שימוש בקרקע .

ד. לסיכום

להערכתנו התוואי החליפי המוצע על ידינו מאפשר הגנה על מצדות יהודה ועל הציר באופן מיטבי ללא צורך להרחיב את תוואי המכשול מזרחה. בנוסף, השליטה בכתפיים משני עברי הציר נ.ג. 908 ואזור משטרת לוציפר מאפשר שליטה מלאה על כל המרחב מדרום וממזרח לתוואי הגדר."

62. בעקבות תיקון התוואי, ניתנה אף חו"ד בטחונית משלימה הכוללת מפה בה סומן תוואי חלופי מטעם מומחי הבטחון. בחוות הדעת המשלימה נאמר כך :

א. "השינוי בתוואי המוצע, מוציא מגבול הגדר מספר שטחים חקלאיים אך לא את כולם. בנוסף, משאיר התוואי הקיים את חוות טליה (נ.ג. 912) שהינה מאחו של משפחה בודדת המוגדר כמאחו בלתי מורשה, בתחומי הגדר.

ב. חוות דעתנו הביטחונית לא השתנתה בעקבות השינוי האמור וזאת מהטעמים הבאים: שליטה על נ.ג. 908 והשלוחה הצמודה לה ממזרח, מקנה את הביטחון הנדרש לשוב מצדות יהודה ממרחק שאינו קטן מ 500 מטר. ראוי לציין שמרחק זה עולה על המרחק בין הגדר ממערב לשוב לבתים הסמוכים הקרובים אליה (270 מ'). מכאן שהנימוק לפיו השארת חוות טליה בתחומי הגדר תורמת לביטחון הישוב מצדות יהודה אינה תקפה.

ג. לאור האמור לעיל איננו רואים כל סיבה לשנות את חוות דעתנו הראשונית ואנו סוברים כי התוואי שהוצע על ידינו בחוות הדעת הראשונית מספק את הביטחון הנדרש" (הדגשות שלי ק.מ.).

העתק מחוות הדעת המשלימה והמפה המצורפת אליה מסומן ע/21

63. אשר על כן, ע"פ חוות-הדעת הביטחונית וחוות-הדעת המשלימה, את המטרה הביטחונית שהגדר מבקשת להשיג ניתן להגשים גם ללא תפיסת אדמות חקלאיות פרטיות רבות. התעלמות כוחות הצבא ומערכת הביטחון מהאמור בחוות דעת נגדיות אלו, משמעם הפרת עיקרון המידתיות ואי עמידה בתנאים שקבע בית המשפט בעבר בעתירות המתייחסות לגדר ההפרדה.

1. הגדר הינה מכשול עומק היוצר מובלעת בתוככי הגדה המערבית, ו-2 מובלעות קטנות במקטע המזרחי

64. במפת הגדר כפי שהיא מוצגת באתר מרחב התפר של משרד הבטחון עולה באופן ברור, כי אחד השינויים המהותיים היה ביטולם של מכשולי עומק ובכך צמצומן של מובלעות כפריים פלסטיניים הכלואים בין הקו הירוק לבין החומה. כך לדוגמא בוטלו קטעי הגדר שבהמשך הקצה המזרחי של הגדר הסמוכה לחיננית צפונה עד לסאלם, כשהיא מקיפה את השטח המיועד להיות אזור התעשייה שחק צפון; הגדר שנמשכה מזרחה והקיפה את ההתנחלויות חרמש ומבוא דותן עד למרחק של 12 ק"מ מהקו הירוק; גדר עומק סביב טול כרם במרחק של כ- 5 ק"מ מהקו הירוק.

65. כמו כן, במכתב מיום 5.2.06 מרחל נידק-אשכנזי, דוברת משרד הביטחון לניר חסון, כתב עיתון "הארץ" נכתב, כי "על פי החלטת הממשלה מיום 20.2.05 בוטלו כל המובלעות בגדר הביטחון וכיום אין ולו גם מובלעת פלסטינית אחת לאורך הגדר".

ראו העתק המכתב ומסומן ע/22.

66. מכאן, שהחלטה לבטל מכשולים בעומק הגדה המערבית הכולאות כפרים פלסטינים הייתה החלטה, שנבעה מן הצורך להתחשב בצרכי האוכלוסייה הפלסטינית, כפי שמורה הדין הביני"ל וכפי שכבר נקבע פעמים רבות בעבר על ידי בית המשפט הנכבד.

67. לא כך הם פני הדברים ביחס לתוואי המתוכנן, אשר יוביל ליצירת 3 מובלעות דה-פקטו, בין הגדר לבין הקו הירוק, 2 מהן במקטע המזרחי, ואחת במערבי תוך כדי כליאת אדמות, מערות מגורים ובארות מים טבעיות של העותרים בשטח זה. כפי שיפורט להלן, בפועל סביר מאוד להניח, כי העותרים לא יוכלו ליישם את הזכות לנגישות לאדמות, שתכלאנה במובלעות וכך, יאבדו את המקור העיקרי לפרנסתם.

68. לא זו אף זו, הפגיעה הקשה בחופש התנועה של העותרים ובנגישותם לאדמותיהם ולמערותיהם, לא תתוקן בזכות הקמת שערים בגדר. כל מעבר לאדמותיהם יהיה כפוף למגבלות של משטר השערים, אשר הוכיח את כישלונו לאורך קטעי המכשול שהושלמו באזורים אחרים.

69. רבות דובר על משטר המובלעות הנוצר כתוצאה מהקמת גדר ההפרדה, ועל הפגיעות האנושות שמשטר זה – כמו גם משטר ההיתרים הנלווה אליו – יוצרים עבור האוכלוסייה הפלסטינית. בעניין זה אף הוגשה בעבר עתירה לבית המשפט הנכבד, (בג"ץ 9961/03 **מוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נגד ממשלת ישראל ואח'**). נכון לכתובת שורות אלו, טרם ניתנה החלטת בית המשפט בעתירה זו.

70. המובלעות ומשטר ההיתרים יוצרים סיוט בירוקרטי עבור תושבי הגדה המערבית, יוצרות הגבלות תנועה חמורות עבור תושבי הגדה עבורם ועבור בעלי החיים המשמשים להם לפרנסה, זאת בנוסף לאלו הנוצרו בעקבות הקמת המכשול עצמו. להרחבה על סוגיית המובלעות באופן כללי, ראו: **"בין גדרות: המובלעות שיצר מכשול ההפרדה"** ("במקום" – מתכננים למען זכויות תכנון, אוקטובר 2006).

ז. השפעת הגדר על מרקם החיים של האוכלוסייה הפלסטינית

71. פגיעה בזכות הקניין, הזכות למים והזכות לדיור - המקטע המזרחי של הגדר יפריד כ-345 דונמים מאדמות העותרים לצד "הישראלי". על פי התוואי המתוקן של צו 195/05 יופרדו כ-4.2 קמ"ר ביחס לטובת הצד "הישראלי". **בניית הגדר תמנע מהעותרים להשתמש ב-3 בריכות אגירת מי הגשמים, שבבעלותם הפרטית והמהוות עבורם מקור מים יחידי**. כמו כן, הגדר תפגע בזכותם לקורת גג, כך שהיא תפריד מהעותרים 3 מערות. בנוסף לכך, מעבר תוואי החומה על אדמותיהם יהרוס את השדות והיבולים וימנע כל יכולת לעבד ולנצל את האדמה, בשטח זה לחלוטין.

72. פגיעה בפרנסה ותנאי מחייה מינימליים - האדמות החקלאיות בצד המערבי מפרנסות כ- 748 מהעותרים ובני משפחותיהם. העותרים חיים בעיקר מעיבוד האדמה ורעיית צאן. מרבית התוצרת מיועדת לצריכה עצמית ולהאכלת הצאן. החומה תפריד את העותרים משטחי המרעה שלהם. השפעת הפרדת העותרים מאדמותיהם שיישאו "בצד הישראלי" של החומה, משמעה גדיעת מקורות הפרנסה שלהם עקב הפרדתם מאדמותיהם, ופגיעה בתנאי מחייה מינימליים.

73. פגיעה בזכות העותרים לתרבות ולהמשכיות היסטורית - אורחות חייהם המיוחדים, ותרבותם העתיקה שהינה חלק מזכותם להגדרה עצמית תפגע בעקבות הגדר. כאמור במכתבו של פרופ' קרסל המובא לעיל:

"הגדר שעתידה להיות מוקמת עד מצדות יהודה תפקיע חלקות של תושבים אלה ובכך תגדע את מקור פרנסתם העיקרי. בנוסף יופקעו מהם מערותיהם בהן הם מתגוררים, מלינים צאן ומאכסנים תבואות, חרף הניסיונות להרחיקם ביד גסה, עד לזמן הזה. הגדר אף תפקיע אזורי רעייה מסורתיים. לסיכום, כתוצאה מהקמת הגדר בתוואי הנוכחי תפגע תרבות עתיקת יומין ובאורח חיים ייחודי שילך ויעלם".

פרופ' קרסל מציע מספר הצעות, ביניהן נציין:

"יש להתוות את גדר הגבול באופן שתשייר את חלקות הטלאים למעבדיהן המקומיים, בני יטא (יטאטוה) ומח'אמרה. וכי יש להשיב את חלקות טלאים שהופקעו מתושבי חבל ארץ זו לטובת מתנחלים בודדים, המעבדים אותן כעת, לאוכלוסים החיים מהן שנים רבות כן להשיב את המערות לאוכלוסים שהתגוררו בהן שנים רבות".

74. פגיעה בחופש התנועה ובקניינם של העותרים - קשיי הנגישות לאדמה והעלות הכספית הכרוכה בהם בשל קיום שערים בגדר, יהפכו, למצער, את העיסוק בחקלאות לבלתי כדאי, וכפועל יוצא, תושבים רבים לא יישמו את זכותם להגיע לאדמתם וכך יאבדו את המקור העיקרי לפרנסתם. היעדרות של שנים מאדמותיהם תגרום להם לאיבוד זכויות החזקה והבעלות בקרקע על פי הדין החל באיזור.

75. פגיעה בזכות העותרים להגנה על אוצרות הטבע בשטח כבוש- לשני המכשולים יחדיו תהיה השפעה אנושה על חסימת מסדרונות אקולוגיים ועל אוצרות הטבע של התושבים באזור. בחוות דעת בנושא "היבטים אקולוגיים של גדר ההפרדה בדרום הר חברון ומדבר יהודה" של ד"ר רון פרומקין וד"ר תמר אחירון-פרומקין מיום 22.2.06, עולים הממצאים הבאים:

ביחס לגדר ההפרדה בדרום הר חברון:

א. גדר ההפרדה קוטעת את אחד המסדרונות האקולוגיים החשובים לאורך רמת מדבר יהודה המאופיין במערכת אקולוגית בריאה יחסית של מדבר וספר מדבר, ופוגעת ברצף מזרח-מערב בין רמת המדבר לבין הרי יתיר. מיני חי וצומח רבים שמתקיימים לאורך מסדרון זה מצויים בשולי תחום תפוצתם, עניין שיש לו חשיבות אזורית ואף עולמית.

ב. החיץ יצור נתק בין אוכלוסיית בעלי חיים וצמחים שיימצאו משני עברי הגדר, והפרדה בין מערכות אקולוגיות דרומיות ממערכות צפוניות. משמעות הנתק היא פגיעה קשה ביציבותן של המערכות האקולוגיות באזור כולו, עד כדי הכחדת מינים ואוכלוסיות טבעיות, הן בתחום ישראל והן מעבר לגדר ההפרדה.

ג. הגדר צפויה לגרום לפגיעה פיזית ישירה בערכי הטבע הנמצאים בתוואי הגדר עצמה ובקרבתה המיידית.

ד. הגדר יוצרת חיץ בפני מרבית בעלי החיים היבשתיים (הלא-מעופפים) החיים במרחב כולו. בעשותה כן נפגעות המערכות האקולוגיות משני צדי הגדר פגיעה החורגת מתחום התוואי (בהיקף לא ידוע).

ה. הפגיעה בבעלי חיים פוגעת בין היתר גם ביכולת הרבייה של צמחים התלויים בהם לצורך האבקתם או להפצת זרעיהם. פגיעה זו עלולה לגרום נזק לאוכלוסיות טבעיות ולמערכות אקולוגיות הן בטווח הקצר והן בטווח הארוך.

ו. ניתן לדעת בוודאות כי הצלקת הקשה הנוצרת בנוף על ידי הגדר תישאר לדורות רבים ללא אפשרות שיקום עצמי, גם אם יושקעו מאמץ רב ומשאבים ניכרים בשיקום נופי באמצעים מלאכותיים.

מצ"ב העתק חוות הדעת מצ"ב לעתירה זו ומסומן ע/23.

VI. מיצוי הליכים

76. העותרים הגישו השגה מקדמית כנגד צו התפיסה נשוא עתירה זו ביום 05.12.2005 (מסומן כנספח ע/3). עיקר טענותיהם היו כי הינם בעלי זכויות באדמות נשוא צו התפיסה, וכי הקמת הגדר על אדמותיהם המעובדות, תביא להפרדתם מאדמותיהם, מבורות מים ומעורות מגורים שבבעלותם. עוד הובהר, כי חלקם התגוררו עד לאחרונה ואף עיבדו את אדמותיהם באזור, וכי במשך שנים סבלו רבות מהתקפות והתנכלויות חוזרות ונשנות, שגרם לחלקם לעזוב בכפיה את אדמותיהם ובתי מגוריהם, וכי חלק מהמשיגים היו אף עותרים בעתירות שוכני המערות. על כן, הגדר שתבנה הינה נדבך נוסף המהווה חלק בלתי נפרד ממדיניות צמצום מחייתם.

נטען על ידי העותרים, כי הגדר אינה חוקית ואינה עולה בקנה אחד עם הן עם פסיקת בג"ץ והן עם המשפט הבינלאומי ההומניטרי. עוד ביקשו העותרים לקבל מפה המפרטת את מעמד הקרקע-אדמת סקר, אדמות מוכרזות כאדמות מדינה ואדמות פרטיות של פלסטינים בכל איזור נשוא הצו.

77. בתאריך 11.12.05, שלחו העותרים מכתב המהווה המשך להשגה המקדמית הנ"ל, אשר בה צורפה רשימת משיגים נוספים.

מצ"ב העתק המכתב ומסומן ע/24.

78. בתאריך 19.12.05 נערך סיור חלקי לאורך תוואי הגדר, אשר כלל מצפון את ההתנחלות מצדות יהודה והמאחז הבלתי חוקי "חוות טליה", המשכה בירידה דרומית עד לנקודה 900 ועד לאזור ג'נבה, לצבא ומנהלת הגדר יחד עם ב"כ העותרים.

79. בתאריך 20.12.05, הגישו העותרים בקשה להמשך הסיור. כמו כן נתבקש, כי יקום סיור בעלים אשר לא התבצע בסיור הקודם. הובהר למדינה כי קיום "סיור בעלים בשטח טרם התחלת ביצוע החפירות הינו חלק מהזכות להליך הוגן ומימוש זכות הטיעון". בנוסף לכך, צורפה רשימת משיגים נוספים אשר הצטרפו להשגה בעקבות הסיור הראשון מתאריך 19.12.05.

מצ"ב העתק מהמכתב ומסומן ע/25.

80. ביום 25.12.2005 נדחתה ההשגה המקדמית במכתב תשובה של רס"ן אייל טולדנו (מסומן כנספח ע/4). בתשובה נטען בין היתר כי:

(א) צווי התפיסה הוצאו לשם הקמת גדר הביטחון שהינה אחד הצעדים הננקטים במסגרת התמודדות כוחות צה"ל באיו"ש עם איום הטרור, הנשקף לאזרחי מדינת ישראל, שמקורו בארגוני הטרור הפועלים בשטחי הרשות הפלסטינית.

(ב) תוכנן תוואי גדר הבטחון, באופן המאפשר להגן על התושבים הישראלים המתגוררים במצודת יהודה, תוך מניעת יציאתם של מפגעים לשטח מדינת ישראל, מחד גיסא, ותוך מניעת וצמצום פגיעה בקניין הפרט, למינימום ההכרחי, מאידך גיסא.

(ג) תוואי הגדר מסתמך ברובו על קו תחום איו"ש וסוטה ממנו לשם הגנה על תושבים ישראליים ביישוב מצדות יהודה באמצעות תפיסת נקודות שולטות בשטח, וכן מטעמים טפוגרפיים.

(ד) תוואי הגדר תוכנן כך שעיקר התוואי עובר באדמות מדינה (שלא עברו צוות קו כחול) ובאדמות סקר, כאשר רובו המכריע של התוואי עובר בתחומן של דרכים קיימות ובקרקעות טרשיות. למען הסר ספק, צו התפיסה הוצא גם ביחס לאדמות הסקר.

ה) ככל שיוותרו שטחים חקלאיים, בבעלות העותרים מעבר לגדר הבטחון, ניתן יהיה לגשת לשטחים אלו באמצעות שערים חקלאיים שיוקמו על פי צרכי התושבים, ולאחר בידוק בטחוני כנדרש.

81. בתאריך 25.12.05 נשלח מכתב בו צוינו שמות התושבים בבעלותם קרקעות, באזור הסיור שהיה אמור להתקיים למחרת.

מצ"ב העתק מכתב ומסומן ע/26

82. בתאריך 26.12.05 נערך חלקו השני של הסיור עם הצבא ומנהלת הגדר (ללא סיור בעלים), אשר התחיל מהנקודה בה הסתיים הסיור הקודם - דרומית לנקודה 900 ועד לאזור ג'נבה והמשכה מזרחה.

83. בתאריך 2.01.06, נשלח מכתב מב"כ העותרים ובו נתבקשה הבהרה וכן מידע בקשר לגבולות תוכנית 506/1 המסומנים בצבע צהוב בתצלום האוויר שנמסר על ידי רס"ן טולדנו לב"כ העותרים, כמו גם הבהרה האם מדובר בתחום שיפוט מצדות יהודה, והאם מדובר בתוכנית הרחבה של מצדות יהודה. כמו כן, נתבקש מידע לגבי תוכנית מתאר – אם ישנה - של "חוות טליה", ובקשה חוזרת לקבל מפה המפרטת את מעמד הקרקע (בחלוקה לאדמות סקר, אדמות מוכרזות כאדמות מדינה ואדמות פרטיות של פלסטינים) בכל האזור נשוא הצו.

מצ"ב העתק מהמכתב ומסומן ע/27

84. בתאריך 3.01.06, נשלח מכתב בו צוינו שמות חלק מהעותרים שרצו לסייע למלאכת המודד בסיור שערך לאורך תוואי הגדר על מנת שיוכל להכין מפת מדידה ביחס לאדמות העותרים.

מצ"ב העתק מכתב ומסומן ע/28

85. בתשובה למכתב ב"כ העותרים מתאריך 2.01.06, נשלח מכתב ביום 18.01.06. בתשובתו, טען רס"ן טולדנו את הדברים הבאים:

1. כי נפלה טעות ונכלל בתצלום האוויר קו צהוב המתייחס לתוכנית מתאר 506/1 ;
2. כי הקו הצהוב אינו מתייחס לגבולות תוכנית מתאר 506/1, או לתוכנית מתאר אחרת, וגם לא לשטח שיפוט מצדות יהודה ;
3. כי תוכנית 506/1 חסרת כל תוקף חוקי ואינה רלבנטית, אולם גבולותיה חופפים לתוכנית מתאר 506 התקפה ;
4. כי מאחז חוות טליה אינו מורשה, אולם תוואי הגדר באזור תוכנן כך שיקיף נקודות שולטות בשטח והיה מתוכנן גם אלמלא קיומה של חוות טליה.

בנוסף, צורפה מפה חלקית המפרטת את מעמד הקרקע.

מצ"ב העתק המכתב ומסומן ע/29.

86. בתאריך 22.01.06 נשלחה בקשה נוספת לקבלת הבהרה ומידע רלוונטי על תוכנית מתאר 506/1 ובקשה לקבלת כל מידע רלבנטי למעמד "חוות טליה", ובקשה חוזרת לקבלת מפה המפרטת את מעמד הקרקע בכל איזור נשוא הצו.

מצ"ב העתק המכתב ומסומן ע/30.

87. בתאריך 25.01.06, נשלחה תשובה למכתב ב"כ העותרים, בה נטען כי נציגי המשיבים פועלים לאיתור צווי ההכרזה על אדמות המדינה באזור מצדות יהודה וכן כי עם איתורם יעבירו אותם לרשות ב"כ העותרים. כמו כן, נטען שתוכנית מתאר 506/1 וחוות טליה אינם רלבנטיים לתוואי הגדר, וכי במידה והח"מ מעוניינת לקבל פרטים שאינם רלבנטיים לתוואי הגדר, באפשרותה לפנות לממונה על חופש המידע במנהל האזרחי.

מצ"ב העתק מכתב ומסומן ע/31.

88. ביום 24.01.06 הגישו 49 משפחות, ביניהן העותרים בעתירה זו, השגות פרטניות, בהם טענו, כי הינם בעלי אדמות חקלאיות וכי פרנסתם נשענת על עיבוד האדמה ועל רעיית צאן, וכי הגדר תפגע בתרבותם כשוכני מערות באופן בלתי הפיך, תפרידם מבארות מים, מערות בבעלותם הפרטית. יחד עם ההשגות הפרטניות צורפה טבלה המפרטת את שמות העותרים, מספר הנפשות במשפחה הנתמכות מעיבוד האדמה ו/או התגוררו/מתגוררות בה, פרטי מגורים בצד "הישראלי" של הגדר ופרטי האדמות הנפגעות והמופרדות לצד "הישראלי" של החומה. להשגות הפרטניות צורפה מפת מדידה של אדמות המשיגים שתוקנה במועד מאוחר יותר ונשלחה לב"כ המשיבים.

העתק המכתב והטבלה מסומנים נספח ע/5 ע/32 בהתאמה.

89. בתאריך 29.01.06, נשלח מכתב באמצעות ב"כ העותרים להבהרת חלק מהפרטים המצויינים במפה שצורפה להשגות הפרטניות.

מצ"ב העתק מהמכתב ומסומן ע/33.

90. בתאריך 6.02.06, ב"כ העותרים שלחה מכתב שביקש להבהיר מידע ביחס למפת מדידה מתוקנת שצורפה למכתב זה. המפה הייתה אמורה להשלים ולהחליף את המפה המקורית שהוגשה. כמו כן, הובהר כי במפה המתוקנת קיימות מספר בעיות, הנובעות בעיקרן מהעדר ידיעה של התושבים את תוואי הגדר במדויק, וזאת עקב אי קיום סיור בעלים עימם, כנדרש,

וכפי שהועלה מספר פעמים בהתכתבות בין הצדדים. בנוסף, נטען כי למרות שעל פי מפת המדידה עולה, כי אדמות מסויימות לא תפגענה עקב הגדר, המשיגים עצמם אינם בטוחים בכך והדבר פוגע באמינות מפת המדידה בעניינם. באותה מידה, התושבים המפורטים במכתב זה מופיעים במפה כנפגעים מהגדר אך אינם בטוחים בכך בכלל.

מצ"ב העתק מהמכתב ומפת מדידה של אדמות המשיגים ומסומנים ע/34 ו-ע' 34א
בהתאמה.

91. בתאריך 12.03.06 נשלח מכתב לסגן אדם אבידן, דובר המנהל האזרחי-בתפקידו כממונה על חוק חופש המידע, בבקשה לקבל מידע, על פי חוק חופש המידע, ביחס למעמד חוות לוציפר, תוכנית מתאר רלבנטית.

מצ"ב העתק המכתב ומסומן ע/35.

92. בתאריך 20.03.06 נשלח מכתב ליועמ"ש בו הודענו לו על הצטרפותם של מתנגדים חדשים לגדר ההפרדה, תושבי היישוב הר עמשא, וכן על הבעת חוסר אמונם בתועלת הגדר הביטחונית ועל הנזק שייגרם לפלסטינים בעקבות הגדר. כמו כן, ביקשו העותרים מהמפקד הצבאי לכלול במסגרת שיקוליו לעניין קביעת תוואי גדר ההפרדה, את מכתבם של תושבי הר עמשא.

מצ"ב העתק המכתב ומסומן ע/12.

93. בתאריך 14.05.06 נשלח מכתב תשובה מטעם המדינה, בו נדחות ההשגות הפרטניות במקטע המזרחי (נספח ע/6). במכתב זה התבשרו העותרים כי המשיבים החלו באותם ימים בעבודות מטה לתכנון מחדש של תוואי הגדר היורד מכיוון היישוב מצדות יהודה דרומה עד לקו תחום איו"ש, ועל-כן לגבי אזור זה לא הייתה בחינה של ההשגות. **אם-כן, ההשגות לגבי הקטע המזרחי של צו התפיסה נשוא עתירה זו נדחו, ואילו לגבי המקטע המערבי (שבו עוסקת עתירה זו) – החלה עבודת מטה מחודשת.**

94. בתגובה, שלחה ב"כ העותרים מכתב נוסף באותו יום (14.05.06) אל רס"ן טולדנו, המבקש סימון מפורש של גבולות הקטע עליו התבשרו במכתבו של זה האחרון, כמו גם בקשות להבהרות נוספות בנוגע לתוואי המגבש.

מצ"ב העתק מכתב ומסומן ע/36.

95. ביום 15.05.06 נשלח מכתב לנציג המדינה, בו ביקשו העותרים לדעת מהו הבסיס המשפטי לחפירות ההצלה של רשות העתיקות שהחלו ביום 10.05.06 ונמשכו לפחות עד מועד כתיבת המכתב, ליד חירבת ג'נבה, במסגרת צו התפיסה הנ"ל. העותרים תהו כיצד נערכת חפירות

כאלה- כחלק ביצועי של הקמת הגדר באזור, בשעה שטרם נסתיימו עבודות המטה להוציא צו תפיסה מתוקן באותה אדמה בדיוק. מחפירות אלו נדמה, כי המשיבים מזדרזים להתחיל עבודות בשטח, עוד טרם שהתקבלה החלטה סופית באשר לתוואי המתוקן במקטע המערבי. בכך נפגעת זכותם של המשיגים והעותרים להליך הוגן.

מצ"ב העתק מהמכתב ומסומן ע/37.

96. ביום 15.05.06 השיב נציג המדינה למכתב זה, כאשר הוא חוזר על הדברים שפורטו במכתבו מיום 14.05.06 ביחס לתיאור המקטע המזרחי של הצו. יש לציין כי הוא לא נענה לבקשתנו לסמן חלק זה במדויק על התצ"א על מנת שיוכלו העותרים למצות זכויותיהם להליך הוגן ולפנות לבג"ץ עם המידע המדויק והחיוני ביחס לתוואי מדויק וברור.

מצ"ב העתק מהמכתב ומסומן ע/38.

97. ביום 16.05.06 נשלח מכתב לנציג המדינה בבקשה לעכב את מניין הימים להגשת עתירה לבג"ץ ולהקפיא את העבודות במקטע המזרחי של הצו, עד למתן החלטה סופית ביחס לתכנון מחדש של תוואי הגדר בקטע המערבי של הצו. וכן שלא לחייב את העותרים לפצל את העתירות ביחס לאותו צו.

מצ"ב העתק מהמכתב ומסומן ע/39.

98. בתאריך 19.05.06 התקבלה תשובת המדינה, הדוחה את בקשתנו מיום 16.05.06.

מצ"ב העתק מהמכתב ומסומן ע/40.

99. ביום 4.10.06 תוקן התוואי במקטע המערבי הנוגע לעתירה זו. בעקבות זאת נערך סיור בעלים ביום 15.10.06 בנוכחות הח"מ, נציגי מנהלת הגדר, נציגות יועמ"ש איו"ש, המנהל האזרחי וחלק מהעותרים.

100. ביום 29.10.06 הוגשו השגות פרטניות יחד עם טבלאות המפרטות בין השאר מהות הפגיעה, היקפה, מספר נפשות הנסמכות על עיבוד האדמות וכו', נגד הצו המתוקן בשם של כ-36 פלסטינים הנפגעים מתוואי הגדר.

מצ"ב העתק מההשגות הפרטניות והטבלה ומסומן ע/8, ע/9 בהתאמה.

101. ביום 13.11.06 נשלח מכתב ליועמ"ש איו"ש אליו צורפה חוו"ד ביטחונית משלימה וזאת בעקבות תיקון הצו, יחד עם מפה בה סימון לתוואי חלופי שהינו על דעת מומחי הביטחון בלבד.

מצ"ב העתק מהמכתב מיום 13.11.06 ומסומן ע/41.

102. ביום 18.03.07 נדחו ההשגות הפרטניות של המקטע המערבי.

מצ"ב העתק מהמכתב מיום 18.03.07 בו נדחו ההשגות ומסומן ע/7.

103. מכאן הפנייה לבית משפט נכבד זה.

104. עמדת העותרים הייתה ועודנה כי כל גדר המוקמת בתוך שטח כבוש על-ידי המעצמה הכובשת ומבתרת את השטח הכבוש לשניים, פוגעת בחירות התנועה ובזכויות אחרות של אזרחי השטח הכבוש - נוגדת את הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי. עמדת העותרים הינה חריפה עוד יותר כאשר מדובר בגדר שמטרתה המוצהרת הגנה על התנחלות שהיא כשלעצמה יצור בלתי חוקי על-פי המשפט הבינלאומי ועל-כן בוודאי אינה יוצרת צרכים צבאיים לגיטימיים על-פי ענף משפטי זה, ובוודאי ובוודאי כאשר מדובר גם בהגנה וסיפוח של מאחז בלתי חוקי בעליל.

105. לפיכך, יטענו העותרים כי תוואי הגדר, כפי שנבחר ויושם באמצעות צו התפיסה, נוגד את עקרונות המשפט הבינלאומי בשל העובדה כי היא תיצור סיפוח דה-פקטו של האדמה שנותרת בחלק שבין תוואי הגדר ובין הקו הירוק; בשל היעדרו של צורך צבאי לגיטימי המכשיר הקמתה בחלקים מסויימים שלה; ובשל פגיעתה הלא מידתית בזכויות היסוד של אזרחים מוגנים.

106. בנוסף יטען כי צו התפיסה אינו עומד בקריטריונים שקבע בית המשפט הנכבד בעבר לאופן שבו יש לבחור בתוואי באזור המדובר.

107. על-כן, טיעונם המשפטי של העותרים יורכב מארבעה ראשי-טיעון שדי בקבלת אחד מהם בכדי לפסול את התוואי:

א. **סיפוח דה-פקטו:** התוואי, כפי שנקבע, יוצר הלכה למעשה סיפוח של שטח כבוש לתוך שטחה הריבוני של מדינת ישראל, וככזה המדובר במעשה בלתי חוקי על-פי המשפט הבינלאומי.

ב. **היעדר צורך צבאי**: תוואי הגדר נשוא עתירה זו לא נקבע על בסיס צורך צבאי לגיטימי כי אם משיקולים של כוונות **הרחבה העתידית** של ההתנחלות מצדות יהודה, וכן משקולי טובת המאחז הבלתי חוקי "חוות טליה". בשני המקרים המדובר בשיקולים שאינם בגדר צורך צבאי כמשמעות מושג זה במשפט ההומניטארי.

ג. **פגיעה בלתי מידתית בזכויות יסוד**: היעדר מידתיות בפגיעה בזכויות היסוד של העותרים ושכניהם.

ד. **פגיעה בלתי מידתית בסביבה והפרת חובות הכובש לשימור הטבע והתרבות בשטח הכבוש**.

I – תוואי הגדר המוצע מהווה למעשה סיפוח דה – פקטו של השטח

(א) מהות הטענה

108. הכלל לפיו אין השימוש בכוח יכול להוביל או לגרום להעברה או לשינוי כלשהו של ריבונות הנו אחד מעקרונות היסוד של המשפט ההומניטארי הבינלאומי.

“The foundation upon which the entire law of occupation is based is the principle of inalienability of sovereignty through the actual or threatened use of force. Effective control by foreign military force can never bring about by itself a valid transfer of sovereignty.”

Eyal Benvenisti, **The International Law of Occupation**, Princeton University Press, 1993, pp. 5-6

“An occupation, thus, suspends sovereignty insofar as it severs its ordinary link with effective control; but it does not, indeed it cannot, alter sovereignty.”

Orna Ben-Naftali, Aeyal M. Gross & Keren Michaeli, *Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory*, Berkeley Journal of International Law Vol. 23:3, 551 574

109. עיקרון זה נמנה גם על שלושת עקרונות היסוד אשר מנחים במשולב את דיני הכיבוש : (א) העיקרון לפיו אין השימוש בכוח או הכיבוש מקנים ריבונות ואינם יכולים להוביל או לגרום להעברה או לשינוי כלשהו של ריבונות של שטח מסוים ; (ב) הכוח הכובש מופקד על ניהול החיים האזרחיים והציבוריים בשטח הכבוש ; (ג) כיבוש חייב להיות זמני.

“[A]n occupation that cannot be regarded as temporary defies both the principle of trust and of self-determination. The violation of any one of these [fundamental legal] principles [of the phenomenon of occupation], therefore, unlike the violation of a specific norm that reflects them, renders an occupation illegal per se.”

Orna Ben-Naftali, Aeyal M. Gross & Keren Michaeli, *Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory*, Berkeley Journal of International Law Vol. 23:3, 551 554-5

110. ביטוי לעיקרון היסוד לפיו אין השימוש בכוח יכול להוביל או לגרום להעברה או לשינוי כלשהו של ריבונות מצוי בסעיף 47 לאמנת ג'ינבה הרביעית, אשר זו לשונו :

“ימוגנים הנמצאים בשטח כבוש, לא ישללו מהם בשום פנים ואופן את ההנאות מהאמנה הזאת, בגלל כל שינוי שהונהג, עקב הכיבוש, במוסדותיו או בממשלתו של השטח הכבוש, ולא בגלל כל הסכם שנעשה בין רשויות השטחים הכבושים ובין המעצמה הכובשת, ולא בגלל סיפוחו של השטח הכבוש - כולו או מקצתו - על ידי אותה מעצמה.”

111. ביטוי לעיקרון יסוד זה נמצא, בין היתר, גם בשורה ארוכה של החלטות של מוסדות האו"ם השונים אשר התייחסו באופן ישיר לניסיונות ישראל לספח אליה חלקים מן השטחים הכבושים ולהחיל עליהם את ריבונותה, ואשר ישראל בחרה להתעלם מהן לאורך השנים. ראו, למשל, את החלטת מועצת הביטחון מס' 478, מן ה-20 באוגוסט 1980, המתייחסת לחוק-יסוד : ירושלים בירת ישראל :

“Reaffirming again that the acquisition of territory by force is inadmissible...”

2. *Affirms that the enactment of the “basic law” by Israel constitutes a violation of international law...*

3. *Determines that the legislative and administrative measures and actions taken by Israel, the occupying Power, which have altered or purport to alter the character and status of the Holy City of Jerusalem, and in particular the recent "basic law" on Jerusalem, are null and void and must be rescinded forthwith;*"

UN Security Council Resolution 478, UNDOCS, available at:

<http://www.un.org/documents/sc/res/1980/scres80.htm>

112. ראו, גם, את החלטת מועצת הביטחון מס' 497, מן ה-17 בדצמבר 1981, המתייחסת לחוק רמת הגולן, התשמ"ב-1981, אשר החיל את המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה על שטח רמת הגולן:

"Reaffirming that the acquisition of territory by force is inadmissible, in accordance with the Charter of the United Nations, the principles of international law and relevant Security Council Resolutions

1. *Decides that the Israeli decision to impose its laws, jurisdiction and administration in the occupied Syrian Golan Heights is null and void and without international legal effect...*"

UN Security Council Resolution 478, UNDOCS, available at:

<http://www.un.org/Docs/scres/1981/scres81.htm>

113. גם בית משפט נכבד זה הכיר בעיקרון היסוד לפיו אין זה מסמכותו של המפקד הצבאי של שטח המוחזק בתפיסה לוחמתית (תוצאה של השימוש בכוח) להפעיל מערכת שיקולים שעניינה שיקולים מדיניים, סיפוח שטחים, או קביעת גבולות קבע של המדינה, קרי – שיקולים הנוגעים להקניית ריבונות או להעברה או לשינוי כלשהו של ריבונות של השטח המוחזק בתפיסה לוחמתית:

"אכן, על המפקד הצבאי של שטח המוחזק בתפיסה לוחמתית למצוא איזון בין צורכי הצבא, מזה, לבין צורכי התושבים המקומיים, מזה. במסגרת איזון עדין זה אין מקום למערכת שיקולים נוספת שעניינה שיקולים מדיניים, סיפוח שטחים או קביעת גבולות הקבע של המדינה. בית-המשפט העליון חזר והדגיש כי סמכויותיו של המפקד הצבאי הן זמניות מטבען, שכן התפיסה הלוחמתית היא זמנית מטבעה".

(סעיף 27 לפסק דינו של הנשיא ברק, בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5), 807, 830; להלן: פרשת "בית סוריק")

וראו לעניין זה גם הדברים שנאמרו בבג"ץ 7957/04 - **זהראן יונס מחמד מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**, תק-על 2005(3), 3333, 3340 (2005), בפסקה 15 לפסק דינו של הנשיא (בדימי) ברק:

"האם מוסמך המפקד הצבאי, על פי דיני התפיסה הלוחמתית, להורות על הקמת גדר הפרדה באזור יהודה והשומרון? בפרשת בית סוריק תשובתנו היתה כי המפקד הצבאי אינו מוסמך להורות על הקמת גדר ההפרדה אם הטעם המונח ביסוד הקמת הגדר הוא טעם מדיני, שעניינו "סיפוח" שטחים מהאזור למדינת ישראל וקביעת גבולה המדיני של ישראל. המפקד הצבאי מוסמך להורות על הקמת גדר ההפרדה אם הטעם המונח ביסוד הקמת הגדר הוא ביטחוני וצבאי. וכך אמרנו בפרשת בית סוריק:

"המפקד הצבאי אינו מוסמך להורות על הקמת גדר ההפרדה אם טעמיו הם מדיניים-פוליטיים. גדר ההפרדה אינה יכולה לבוא מטעמים של 'סיפוח' שטחים מהאזור למדינת ישראל. מטרתה של גדר ההפרדה אינה יכולה להיות התוויית גבול מדיני... סמכויותיו של המפקד הצבאי הן זמניות מטבען, שכן התפיסה הלוחמתית היא זמנית מטיבעה. הסדרי הקבע אינם מענייניו של המפקד הצבאי. אמת, התפיסה הלוחמתית באזור היא ארוכת שנים. לדבר זה השפעה על היקף סמכותו של המפקד הצבאי... אין בעבור הזמן כדי להרחיב את סמכותו של המפקד הצבאי ולאפשר לו לשקול שיקולים שמעבר לעצם ניהולו הראוי של האזור הנתון לתפיסה לוחמתית" (שם, עמ' 829, 830).

(ב) מן הכלל אל הפרט – תוואי הגדר מהווה סיפוח דה-פקטו של קרקעות לתוך תחום השליטה של מדינת ישראל

114. בחלק העובדתי של העתירה תוארו בהרחבה ההשלכות הכלכליות, התרבותיות, החברתיות והאחרות של חלוקה מחדש זו של השטח באופן היוצר ישות גיאוגרפית חדשה. כמו כן נטען, שהלכה למעשה יוצרת הגדר שינוי של קבע (או לכל הפחות: שינוי ארוך טווח) שמשמעותו היא סיפוח מעשי של הקרקעות שבמובלעת לקו הירוק, לתחום השליטה המוחלטת של מדינת ישראל. העותרים טוענים כי תוואי הגדר מורכב משיקולים זרים המתמקדים בהעדפת צורכי ההתנחלות "מצדות יהודה" והמאחז הבלתי חוקי "חוות טליה".

115. אינטרס הצורך הבטחוני כפי שמוצג על ידי ב"כ המשיבים, הינו הגנת ההתנחלות. כפועל יוצא תובטח התרחבות העתידית של התנחלות "מצדות יהודה" ואף יסופח הלכה למעשה מאחז בלתי חוקי. מכאן צא ולמד כי אין המדובר בשיקולים בטחוניים גרידא, אלא שיקולים פוליטיים זרים שהופכים את החלטת המפקד הצבאי לבלתי חוקית.

116. מקל וחומר אמורים הדברים ביחס לסיפוחו הלכה למעשה של מאחזו הבלתי מורשה של _____ טליה. כאמור אין כלל צורך ביטחוני בתפיסת מרבית השטח של קו השלוחה שממזרח ל"מצדות יהודה" שמשתרעת מצפון לנג. 908. במלים אחרות, אין ממש טעם בטחוני בהכללת המאחז הנ"ל.

117. עמדת המשיבים בעניין אחרון זה, לא מתיישבת עם החלטת בית משפט נכבד זה בבג"ץ 5139/05 פלאח מיצלח אחמד שאיב ואח' נ' מדינת ישראל, מיום 26.12.05, שלא להתיר למדינה לפעול לבניית מרחב הגנה בקטע המקיף את המאחז הבלתי-מורשה סמוך להתנחלויות אבני חפץ ועינב שבשומרון. החלטה זו מעידה על המעמד המשפטי של מאחזים בלתי מורשים ככאלו שאינם מבססים צורך צבאי הכרחי להקמת גדר.

118. כך גם נקבע בבג"ץ 1019/06 המועצה האזורית מטה בנימין ואח' נ' ממלא מקום ראש הממשלה ו-3 אח' מיום 1.02.06, ביחס למאחז הבלתי מורשה "עמונה":

"דרך התנהלותם של מחזיקי המבנים בעמונה תחילתה והמשכה במעשים בלתי חוקיים. ההאחזות בקרקע פרטית ובנייה עליה בלא היתרי בנייה שקולה כפגיעה בזכויות בעלי קניין בקרקע מצד אחד, והיא מהווה, בה בעת, פעולה הסותרת את עיקרי דיני התכנון והבנייה מצד שני".

119. כאמור, בחלק העובדתי, העותרים סבלו במהלך השנים ועדיין סובלים מהתקפות המתנחלים עת שהם מבקשים להגיע לאדמותיהם ולרעות צאן. ההתקפות הן בעיקר מ_____ טליה מהמאחז הבלתי מורשה הנ"ל. התקפות אלה מהוות אחת הסיבות העיקריות לעזיבתם את מגוריהם באדמה ואף הנגישות לצרכי חקלאות בלבד הפכה קשה ביותר עד בלתי אפשרית. סיפוחו הלכה למעשה, של מאחז לא חוקי, משמעה הנצחת קיום המאחז.

120. בנוסף, הליכה בתלם בו צועדת המדינה תעניק למעשה גושפנקא למאחז הבלתי חוקי "חוות טליה" ולהתנחלויות החוזרות ונשנות מצד תושב המאחז לתושבי השטח.

121. הלכה למעשה יוצרת הגדר שינוי של קבע (או לכל הפחות: שינוי ארוך טווח) שמשמעותו היא סיפוח מעשי של הקרקעות שבמובלעת לקו הירוק, לתחום השליטה המוחלטת של מדינת ישראל. משפט המובלעות שכבר חל על התושבים היהודיים של קרקעות אלה יהפוך לאבן שואבת של חקיקה ישראלית שתחול בו ומצאנו עצמנו מספחים אדמות שנתפסו בכוח הזרוע.

122. התוואי קושר את תא השטח של המובלעת למדינת ישראל באופן שחברתית, כלכלית, ומשפטית המובלעת מתחברת לישראל ומתנתקת מהגדה המערבית.

123. בכל אספקט שנבחן את תא השטח הכלול במובלעת, נגלה כי הגדר פורמת את הקשרים של שטח זה לגדה המערבית וקושרת אותו למדינת ישראל. המסחר עם הגדה נעצר, המסחר עם ישראל מתחזק, הדרכים המובילות לגדה נחסמות, הדרכים לישראל מעובות, משפט הגדה נחלש, המשפט הישראלי מיובא באמצעות החלה פרסונאלית, הדמוגרפיה מעוצבת מחדש ובכל מובן מתרחשת "ישראלזציה" של השטח.

124. בכך יוצר התוואי (באמצעות צו התפיסה) סיפוח דה-פקטו של המובלעת למדינת ישראל וברור וידוע כי סיפוח שכזה אינו חוקי על-פי עקרונות המשפט הבינלאומי ודיני הכיבוש.

125. לפיכך, התוואי המוצע וצווי התפיסה שביסודו – אינם חוקיים.

II - העדר צורך צבאי ובטחוני הכרחי להפקעת קניין פרטי ולהקמת גדר הפרדה בתוככי הגדה המערבית

(א) מהות הטענה

126. בית המשפט הנכבד הכריע כבר בעבר כי הגנה על התנחלויות נכנס לגדרי "הצורך הצבאי" הקבוע במשפט ההומניטארי כחריג לאיסור פגיעה בזכויות יסוד מסויימות של אזרחים מוגנים. לאור זאת, נבקש כאן לטעון כי לכל הפחות על בית המשפט לאמץ גישה מצמצמת הרואה רק בחלקים הבנויים ומאוכלסים של ההתנחלות נושא לגיטימי של הצורך הביטחוני כאמור.

127. נזכיר כי המשפט הבינלאומי בעצמו מפרש את מושג ה"צורך הצבאי" תוך אימוץ המטרות הלגיטימיות של שימוש בכוח הקבועות במגילת האו"ם:

*The changes in the ius ad bellum brought about by the UN Charter have added a new dimension to this principle of **military necessity**. Prior to 1945, once a state was justified in going to war it was invariably entitled to seek the complete submission of its adversary and to employ all force, subject only to constraints of humanitarian law, to achieve that goal. That is no longer permissible. Under the UN Charter, a state which is entitled to exercise the right of self-defense is **justified only in seeking to achieve the goals of defending itself and guaranteeing its future security**"*

(D. Fleck, *The handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, (OUP, 1999) paragraph 130 (2), our emphasis).

128. הנה כי-כן, "הצורך הצבאי" נגזר מהזכות להגנה עצמית של מדינות, וזה מתפרש על הגנת המדינה ואולי גם הגנת הכח הלוחם עצמו.

129. בית המשפט הנכבד פירש את המונח כמתפרש על הגנת תושבי המעצמה הכובשת החיים בשטח הכבוש (מתנחלים).

130. אלא שבמקרה זה החליטו גורמי הביטחון כי הגדר שתוקם תגן גם מאחז בלתי חוקי, ותרחיב את היקף ההגנה מעבר לגבולות הנדרשים.

(ב) מן הכלל אל הפרט

131. הגדר תחדור לתוך תחומי השטחים הכבושים באזור זה רק בכדי לכלול את ההתנחלות מצדות יהודה ובמידה זו או אחרת, תכלול את תוכנית ההרחבה של ההתנחלות. כמו כן, תוואי הגדר הנוכחי נועד לספח דה פקטו אף את המאחז הבלתי חוקי "חוות טליה". זאת בניגוד לסעי' 47 לאמנת ג'נבה הרביעית, בניגוד לאמור בדו"ח שחובר על ידי עו"ד ששון, ובניגוד לכל סדרי מינהל תקין.

132. התוואי המתוכנן, רחוק מהקו הירוק, בניגוד לפסק הדין שניתן בבג"ץ בית סוריק. התוואי המתוכנן יספח שטח גדול שבבעלות פלסטינית, המוערך בכ-4.2 קמ"ר. פעולות שכל כולן נועדו להזיז את גבולה האפקטיבי של מדינת ישראל כך שהמאחז הבלתי חוקי "חוות טליה" יהפוך מכל בחינה שהיא חלק בלתי נפרד ממדינת ישראל ויכללו עימן קרקעות, בריכות אגירת מי גשמים ומערות מגורים, כל זאת תוך פגיעה חריפה בזכויות היסוד של תושבים מוגנים, אינן חוקיות.

133. מכל מקום, קיומה של אלטרנטיבה פוגענית פחות, של הקמת גדר על הקו הירוק, הופכת את הקמת המובלעות- גם אם יש בבסיסן צורך בטחוני- לפעולה שאינה עומדת במבחני המידתיות והסבירות. בפסק דין בבג"צ 3680/05 ועד הישוב טנא נ' ראש ממשלת ישראל ואח' מיום 1.2.06 נפסק במפורש תוך כדי דחיית בקשת העותר להכללת ההתנחלות בצד "הישראלי" של תוואי גדר ההפרדה, כי "שטח הביטחון המיוחד שיוקם מסביב לשוב, על מכלול אמצעי הבטיחות שהוא כולל, נותן מענה מספק, לדעת המפקד הצבאי, לאיומים הביטחוניים הנשקפים ליישוב" (סעיף 12). על כן, לא ברור מדוע נדרש אמצעי חריף יותר בצורתה של גדר ההפרדה, כאשר אפשר להשיג הגנה על ההתנחלויות הקיימות – מצדות יהודה והמאחז הבלתי מורשה חוות טליה על ידי הקמת שבי"ם. לעניין המקטע המזרחי, אין שם התנחלויות כלל, ואין כל צורך צבאי הכרחי להיכנס לעומק הגדה המערבית.

134. תושבי הר עמשא, שבין השאר גם בשמם נוקטים המשיבים הקמת גדר שלא על הקו הירוק, מתנגדים בעצמם לתוואי הגדר, דווקא על בסיס סיבות בטחוניות. לטענתם, בטחונם יפגע דווקא עקב הסטייה מהקו הירוק. לא ברור, כיצד אמורים המשיבים לשכנע את בית

המשפט בצורך צבאי הכרחי בתוואי הנוכחי, אשר טיעונם אינו משכנע את אלו שלטובתם מוקמת הגדר בתוואי המתוכנן.

135. בפסיקת בית הדין הבינלאומי לצדק שבהאג בסוגיית חוקיות הקמת גדר ההפרדה : Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Advisory Opinion of 9th July 2004 Occupied Palestinian Territory נקבע כי " תוואי הגדר מעיד על עצמו כי הוא נועד להגן על ההתנחלויות וככזה הוא אינו משרת מטרה צבאית לגיטימית (פסקאות 118-122). בית הדין קבע כי הגדר יוצרת מציאות גיאו סוציאלית חדשה אשר הלכה למעשה מביאה לסיפוח של השטחים ממערב לגדר וגם מסיבה זו היא בלתי חוקית (פסקה 122 סיפא), אף בית הדין קיבל את הטענה לפיה כי אין בנמצא "צורך צבאי" המצדיק סטייה מהקו הירוק (פסקאות 135-136).

136. בנוסף, למרות שהמטרה המוצהרת המובאת על ידי המדינה לפיה קיים צורך לספח את מאחז חוות טליה בפועל בשל הצורך בתפיסת נקודות שליטה, הרי שעמדה זו שנויה במחלוקת ואינה מוסכמת על מומחי הביטחון כפי שעולה מחוות דעתם (ע/21-20). לדידם :

"נקודה 650 מ' צפון מזרח מנג. 912 גבעה נוספת על אותו קו רכס ונג. 912 עליה ממוקם המאחז הבלתי מורשה של ___ טליה. אינן בעלות כל יתרון ואינן מספקות כל יתרון קרקעי. העובדה שצה"ל כמו במקומות אחרים יכול להמצא גם מעבר לקו הגדר בכוחות ניידים או ניידים מייתרת אף את הטענה בנחיצות המצאות בנקודות השולטות המדוברות אין כל יתרון לנקודות השולטות הנוספות הנמצאות ממזרח...".

137. הנימוק אותו נותנים המשיבים, כנימוק הטופוגרפי אינו בגדר צורך צבאי הכרחי. אשר על כן, חובה על המשיבים למצוא אמצעים אלקטרוניים, שבמ"ים, חליפיים להשגת המטרה הבטחונית המוצהרת, בעוד תוואי הגדר לא סוטה מהקו הירוק.

138. גם מטעם זה תוואי הגדר המוצע מנוגד לעקרונות המשפט הבינ"ל, ועל כן דינו להתבטל, ביחוד לאור חוות הדעת מטעם המומחים המציגות חלופה רלוונטית אחרת, אותה היה צורך לשקול.

III – פגיעה בלתי מידתית בזכויות היסוד של מוגני השטח הכבוש- תושבי

מסאפר יטא ודרום הר חברון

(א) מהות הטענה

139. אין חולק, ולא יכול להיות חולק, שהתוואי על פי אמורה לקום הגדר בהתאם לצו התפיסה, יוצרת פגיעה אנושה בחופש התנועה, בזכות לפרנסה, לכבוד ולשוויון, ולגבי שני הכפרים הצפוניים גם בזכות לחינוך, לבריאות, ועוד.

140. המדובר בפגיעה בלתי נחוצה בזכויות יסוד המעוגנות הן במשפט הבינלאומי של דיני התפיסה הלוחמתית והן במשפט זכויות האדם הבינלאומי ולבסוף במשפט החוקתי והמינהלי הישראלי. ככזו המובלעת אינה חוקית שכן אינה מקיימת את עקרון המידתיות בשלושת מישוריו:

- (א) אין קשר רציונאלי בין הפגיעה למטרה שהיא אמורה להשיג;
- (ב) ניתן להשיג את המטרה בדרך פוגענית פחות;
- (ג) הפגיעה אינה פרופורציונית לאינטרס שעומד בבסיסה.

141. עקרון המידתיות קיים בשלושת השדות המשפטיים הנוגעים לענייננו (משפט הומניטרי בינלאומי, משפט זכויות האדם הבינלאומי ומשפט מנהלי ישראלי). אכן, אין פגיעה חוקית בזכויות יסוד (במקרים שחריגים חוקיים מאפשרים פגיעה כזו) ללא מילוי הדרישה שהפגיעה תהיה האמצעי היחיד האפשרי, שאין לו תחליף ושהפגיעה אינה עולה על הנדרש. ומבחינים אלה מקובלים לא רק במשפט ההומניטרי הבינלאומי ובמשפט זכויות האדם הבינלאומי אלא גם במשפט החוקתי של מדינות וכמובן ראו סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שלנו.

142. הפגיעה העתידית עקב הקמת הגדר במרקם החיים של תושבי מסאפר יטא היא חריפה ביותר. העותרים שוטחים בעתירה זו את הפגיעה הן בזכות הקניין, הפרנסה, חופש התנועה והנגישות לקרקע, הזכות להגדרה עצמית ותרבות המשתקפת באורחות חיים ייחודיים של שילוב בין חקלאות ורעיית צאן ומגורים במערות, הזכות למים, לקורת גג והזכות להגנה על אוצרות הטבע בשטח כבוש. פגיעות אלו הינן תוצאה ישירה של גדר ההפרדה.

143. בניית הגדר בתוואי המתוכנן וניתוק העותרים מאדמותיהם החקלאיות ממערות מגוריהם ומבארות המים שבבעלותם הפרטית תפגע בזכויות יסוד, המעוגנות בדין המקומי, במשפט הבינלאומי ההומניטארי ובדיני התפיסה הלוחמתית.

144. בראש ובראשונה תפגע זכות הקניין של העותרים. הזכות לקניין מעוגנת בסעיף 46 לתקנות האג קובע את זכותם של האזרחים המוגנים, התושבים הפלסטינים, לכבוד לחיי משפחתם ולרכושם:

"יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות הדת ומנהגי הפולחן. אין להחרים רכוש פרטי"

145. סעיף 23(ז) לתקנות האג אוסר הריסת רכוש אויב או תפיסתו למעט במקרי "צרכי מלחמה הכרחיים".

146. אחת החובות המוטלות על הכוח הכובש מתוקף המשפט הבינלאומי ההומניטארי היא שמירה, בין היתר, על הרכוש של האוכלוסייה המוגנת. כך קובעת תקנה 46 לתקנות האג, כי:

Art. 46. 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.

(הדגשות הוספו, ק.מ., מ.ס., ש.ז.)

מסגרת נורמטיבית-הומניטרית כללית זו נוסחה על ידי גאסר (Gasser), אשר טען בזו הלשון:

"Civilians who do not take part in hostilities shall be respected and protected. They are entitled to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions, and their manners and customs. Their property is also protected"

(Gasser, "Protection of the Civilian Population", In: D. Fleck, **The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts** 211 (1995))

147. בנוסף, קיימת הוראה מקבילה גם באמנת גינבה הרביעית, הקובעת כי:

Art. 53 – Prohibited Destruction:

"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".

148. כך יוצא אפוא, שאישורו של תוואי הגדר לא רק שלא ישמור על האדמות והזכויות הקנייניות של העותרים – חובה שגם כעת רשויות הצבא נמנעות מלבצע באמתלות שונות – אלא גם ימנע מהם גישה לאדמות אלו ולמימוש שאר זכויותיהם הקנייניות בעתיד הנראה לעין. ודוק: האמור בסעיף 53 לעיל בא להוסיף כמובן, ולא לגרוע, מהאמור בתקנה 46 לתקנות האג, וכפי שהגדיר זאת המלומד J.S. Pictet:

"The Extension of protection to public property and to goods owned collectively, reinforces the rule already laid down in the Hague Regulations, Articles 46 and 56 according to which private property and

the property of municipalities and of institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and science must be respected"

(J.S. Pictet: **Commentary: IV Geneva Convention**, 1958, p. 301).

149. הצורך הצבאי ההכרחי הוא התנאי בלעדיו אין לפגוע בזכויות קניין של תושבי השטח הכבוש והמשיבים לא עמדו בתנאי זה במקרה של הגדר באופן כללי ולגבי המקטע המזרחי באופן ספציפי. לכך יש להוסיף כמובן, שזכות הקניין והחיים בכבוד מעוגנת במשפט המקומי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

(ב) מן הכלל אל הפרט

150. תפיסת הקרקעות המתוכננת גוזלת מהתושבים את קניינם הפרטי. אולם הפגיעה בזכות הקניין לא מתמצית כאן- גם הגישה לאדמות החקלאיות, תמנע מרבים ותגבל לגבי אחרים- כפי שיוסבר להלן- באופן שימנע את האפשרות המעשית של התושבים להגן וליהנות מקניינם. בכך הם ייחשפו, בעל כורחם, לאובדן קניינם מתוקף דיני הקניין העותמני, המאפשרים הפקעת קרקעות בלתי מעובדות לטובת המדינה.

151. פגיעה בחופש התנועה ומשטר השערים- חופש התנועה הוא מזכויות היסוד של האדם והוכר על ידי בית המשפט הנכבד כזכות יסוד העומדת על רגליה היא (לדוגמא בג"ץ 672/87 עתאמללה נ' אלוף פיקוד הצפון, פד"י מב(4) 708), בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה פד"י נא(4)). גם המשפט הבינלאומי מגן על חופש התנועה תוך שימת דגש מיוחד על הזכות לנוע בתוך המדינה (סעי' 13(1) להכרזה האוניברסלית על זכויות האדם משנת 1948, סעי' 12 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966, סעי' 15(ד)(1) לאמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית משנת 1966).

152. משטר זה הוכיח את כשלונו לאורך קטעי המכשול שהושלמו באזורים אחרים. היטיב לתאר את הפגיעה בחקלאיים המופרדים מאדמתם, בהקשר אחרון זה, נשיא בית המשפט העליון בדימוי, אהרון ברק, בפסק הדין בפרשת בית סוריק:

"[...] מצב דברים זה פוגע קשות בחקלאים, אשר כל מעבר לאדמותיהם (בבוקר מוקדם, בצהריים ובערב) כפוף למגבלות שהן טבעיות למשטר של רישוי. משטר זה יוצר תורים ארוכים למעברי החקלאים עצמם; הוא מקשה על מעבר רכב (הדורש רישוי משלו ובדיקה), ומרחיק את החקלאי מאדמותיו (שכן לכל אורך התוואי על-פי הצו שלפנינו מתוכננים שני שערים יומיים בלבד). חייו של החקלאי משתנים ללא הכר כתוצאה מכך. אכן, תוואי גדר ההפרדה פוגע קשות בזכות הקניין שלהם ובחופש התנועה שלהם. פרנסתם נפגעת קשות. מציאות החיים הקשה ממנה הם סובלים עד כה (בין השאר לאור האבטלה הרבה השוהה במקום) תלך ותחריף."

(בג"ץ בית סוריק, פס' 60 לפסק דינו של הנשיא ברק).

153. כמו כן, תפקוד בלתי סביר של השערים בחומה נדון בעתירת האגודה לזכויות האזרח בישראל 11344/03. ראו גם דו"ח בצלם, "ואליה לא תבוא- מניעת גישתם של פלסטינים לאדמותיהם שממערב למכשול ההפרדה באיזור טולכרם- קלקיליה" (יוני 2004) http://www.btselem.org/Download/200406_Qalqiliya_Tulkarm_Barrier_Heb.doc

154. אין סיבה להניח, כי בקשותיהם של העותרים להיתרי כניסה לאדמתם יתקבלו, אם בעילה של מניעה ביטחונית ואם בטענה שבעלותם על הקרקע, או קרבת המשפחה שלהם לבעלי הקרקע, לא הוכחה לשביעות רצונן של הרשויות הישראליות. גם קבלת היתר מהמינהל האזרחי לא תהווה ערובה למעבר בשערים, שכן כאשר מוטל על השטחים "סגר מוחלט" בטלים כל ההיתרים. זאת ועוד, יתכן כי מיקומם של השערים- שלא הודע לגביהם מאומה לעותרים - יחייב את התושבים לנסוע כברת דרך ארוכה. קשיי הנגישות לאדמה והעלות הכספית הכרוכה בהם יהפכו, למצער, את העיסוק בחקלאות לבלתי כדאי, וכפועל יוצא, תושבים רבים לא יישמו את זכותם להגיע לאדמתם וכך יאבדו את המקור העיקרי לפרנסתם.

155. הגבלת חופש התנועה ומשטר השערים, שיחול על אדמות העותרים, יטיל מגבלות קשות, ובמקרים רבים אף ימנע את המעבר הסדיר והשוטף של בני אדם, כלי רכב, עדרי צאן, ושל מיטלטלין מסוגים שונים- יבולים, הנחוצים לקיומה של פעילות יצרנית, ולהבטחת תעסוקה ומקורות פרנסה. כך תיפגע זכות התושבים לפרנסה ולקיום בכבוד- זכויות הנגזרות מכבוד האדם, המעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ר' סעיף 39 לאמנת ג'נבה, סעיפים 6,7 ו-11 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות 1966. דנג"צ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ"ד(5) 330, 381, רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו פ"ד נה(3) 573, בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, טרם פורסם, 630).

156. הזכות למים ולדיור, הינן זכויות בסיסיות. כך למשל הזכות לדיור, מהווה מעידנה קידמא אחת מאבני הבסיס של הקיום האנושי והמשפחתי. על פי סעי' 11 לאמנה בדבר זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות, שישראל חתומה עליה ואישררה בשנת 1991, מדינות שהן צד לאמנה זו, מכירות בזכות כל אדם לרמת חיים נאותה עבורו ועבור משפחתו, לרבות מזון, מלבושים ודיור נאותים.

157. בבואו של המפקד הצבאי בשטח לנקוט בפעולות הפוגעות בזכויותיהם כאזרחים מוגנים, עליו לבחון את מידת הפגיעה בהם אל מול היתרון היחסי. ברם, איזון זה אינו אמור להעשות באופן קטגורי, אלא על ידי בחינה של אמות המידה באופן קונקרטי. עמד על כך בית המשפט הנכבד בפרשת דאהריה המוזכרת לעיל, באומרו:

"את מידת הפגיעה יש לבחון על רקע מאפייניה של האוכלוסיה הנפגעת. עקרון המידתיות הוא מבחן קונקרטי. הוא "אמת מידה המאזנת בין סמכותו של המפקד הצבאי באזור לבין צרכיה של האוכלוסיה המקומית" (פרשת בית סוריק, עמ' 838). המידתיות מתרכזת, אפוא, בפגיעתה של הפעולה השלטונית בקבוצה מסוימת. היא תלויה נסיבות. פגיעתה של פעולה שלטונית שונה מאדם לאדם, והיא שונה מקבוצת אוכלוסיה אחת לאחרת. לא הרי פגיעתו של מעקה הנבנה לאורך כביש באוכלוסיה עירונית, אשר משתמשת באמצעי תחבורה ממוכנים על גבי דרכים סלולות ומפותחות, כהרי פגיעתו של מעקה כזה באוכלוסיה כפרית. **טיב הפגיעה של המעקה הוא חמור לגבי העותרים נוכח תנאי חייהם ואופיים**. רבים מתושבי המקום הפלסטינים עושים שימוש בחמורים ובעלי חיים אחרים ככלי תחבורה, ורבים מהם הולכים ברגל. רבים מקרב תושבי האזור מתפרנסים מרעיית צאן."

(בג"ץ 1748/06 - ראש עיריית דאהריה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 16 לפסק הדין; הדגשות הוספו, ק.מ., מ.ס., ש.ז.)

ועוד מוסיף בית המשפט, בפסקה 17 לפסק הדין:

"דפוסי חייהם של התושבים יושפעו באופן עמוק מניתוק זה. מדובר בשינוי רחב היקף לאוכלוסיה המקומית ובהטלת קושי של ממש על יכולתה להמשיך ולהתגורר באזור זה. אין מדובר ביישובים עצמאיים. אלו הם כפרים קטנים התלויים באופן מוגבר בקשר עם יישובי הסביבה. זאת ועוד. המעקה חוצץ בין חקלאים המתגוררים מצפון לו לבין גידוליהם ושטחי המרעה הנמצאים מדרום לו. כך, הוא מפריד בין היישוב דאהריה לבין כמחצית מהאדמות החקלאיות של תושביה. מעל ל-950 מתושבי דאהריה הם בעלי זכויות של קרקע חקלאית במובלעת. הוא מפריד בין העיירה סמוע לבין 80% מאדמותיה החקלאיות, שטח של כ-22,000 דונם. אמנם אין מדובר בניתוק מלא, שכן במעקה הבטון מצויים פתחים, דרכים יכולים התושבים לעבור ולחצות את הכבישים. ואולם מדובר בהכבדה משמעותית על יכולת התנועה של החקלאים באזור, בייחוד לאור השימוש הנרחב שהם עושים בבהמות משא ובהיקף הרחב של מרעה צאן". (הדגשות הוספו, ק.מ., מ.ס., ש.ז.)

158. נראה שהדברים מדברים בעד עצמם. אולם, בעוד שבית המשפט הנכבד היה ער לייחוד המאפיין את האוכלוסייה בדרום הר חברון, וראה לנכון להדגיש את היחס המיוחד אשר על הכוח הכובש להעניק לאוכלוסיה זו – בדיוק בשל ייחוד זה, הרי שרשויות הצבא והביטחון לא הפנימו את שנאמר בפסק הדין, ומיאנו להתחשב בצרכיהם של התושבים המקומיים, בהעדיפם את צרכי תושבי המאחז הבלתי חוקי תחתיהם, או לכל הפחות שיקולים אחרים אשר אינם מאוזנים כנדרש וכמתחייב ממצב זה.

אי חוקיות הקמת המובלעות- העדר מידתיות וחוסר סבירות

159. לצד החובות הנגזרות מדיני התפיסה הלוחמתית, על המשיבים המפעילים את שיקול דעתם לנהוג על פי אמות מידה ועקרונות המשפט המנהלי הישראלי (בג"ץ 393/82 גימעת

אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד לז(4) 785, 792, בג"ץ 9293/01 תה"כ ברקה נ' שר הבטחון, פ"ד נו(2) 509, 515. לענייננו חשובים בעיקר עקרונות היסוד בדבר חובת הרשות הציבורית לפעול בסבירות ובמידתיות, תוך איזון ראוי בין חירות הפרט לצרכיו של הכלל. (בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד נו(2) 349, 364). השמירה על עקרון המידתיות מתחייבת הן מהמשפט הישראלי, והן מהמשפט הבינלאומי ההומנטרי (בג"ץ בית סוריק).

160. המובלעות אינן חוקיות שכן אינן מקיימות את עקרון המידתיות בשני מישוריו:

(א) מבחן המשנה השני: האמצעי שפגיעתו פחותה

161. החריגה ממתווה הקו הירוק יוצרת פגיעה העולה על הנדרש, שכן ניתן להשיג את המטרה הלגיטימית של הגנה על תושבי מדינת ישראל ללא פגיעה בתושבי השטח הכבוש וזאת, על ידי הצמדת הגדר לתוואי הקו הירוק. פרט לכך, ניתן להוסיף על תזוזת התוואי לקו הירוק, הקמת אמצעים אלקטרוניים נלווים לצפייה ולאיתור מעבר אפשרי.

162. גם בהתאם לחוות הדעת ביטחונית מטעם מומחים, בנושא תוואי צו תפיסת ת"ו/195/05, (ע/20-21), מוצע בין השאר תוואי חלופי (שכאמור, שאינו על דעת העותרים) המכליל **כחצי מהשטח** המתוכנן על ידי המדינה ועונה על אותו צורך בטחוני טופוגרפי. כך שהתוואי המובא על ידי מומחי הביטחון מוכיח כי ישנו תוואי אלטרנטיבי, פחות פוגעני ומקים אותו צורך בטחוני. דבר המוכיח כי המפקד הצבאי לא שקל את כל השיקולים הרלבנטיים בעת שביקש לפגוע באוכלוסייה הפלסטינית, וככזה מצביע על העדר מידתיות והעדר סבירות.

163. עולה מן האמור, כי גם מבחן המשנה השני של המידתיות אינו מתקיים בתוואי הגדר באיזור מסאפר יטא ודרום הר חברון.

(ב) מבחן המשנה השלישי: פגיעה בלתי פרופורציונאליות בזכויות העותרים

164. הפגיעה בזכויות העותרים אינה מידתית בשל היותה בלתי פרופורציונלית למטרה שהיא באה לקדם. כפי שכבר קבע בית המשפט הנכבד בפרשת בית סוריק:

"את מבחן המידתיות במובן הצר מקובל ליישם ב"ערכים מוחלטים", כלומר בהשוואה ישירה של יתרון הפעולה השלטונית לעומת הנזק הנובע ממנה. אולם ניתן גם להפעיל בחינה "יחסית" של המידתיות במובן הצר. לפי גישה זו, נבחנת הפעולה השלטונית לעומת חלופה אפשרית לה, שתועלתה תהא פחותה במידת-מה מן הפעולה השלטונית המקורית. הפעולה השלטונית המקורית תהא בלתי מידתית על פי מבחן המידתיות "במובן הצר" אם הפחתה מסוימת ביתרון המושג מן הפעולה המקורית, למשל באמצעות

נקיטה בחלופה האפשרית, תבטיח הפחתה משמעותית בנוק שנגרם מן הפעולה המקורית.".

165. העותרים יטענו כי בחינת הפגיעה בעותרים הינה טוטאלית. אורחות חייהם ישתנו באופן טוטאלי. אדמותיהם החקלאיות ולרעיית צאן, תכלאנה במובלעת יחד עם מערות מגורים ובריכות אגירת מי גשמים, נגישותם לאדמה תהיה נתונה לחסדי המינהל האזרחי ופרנסתם תוגבל באופן ניכר.

166. מכאן, שגם במבחן המשנה השלישי לא עומד התוואי וגם מטעם זה דינה של גדר שלא להיבנות כלל או להיבנות על הקו הירוק.

IV – הפרת חובות הכובש כלפי הסביבה

(א) מהות הטענה

167. הפרת חובות המשיבים ביחס לסביבה בסכסוך מזוין ובשטח כבוש- החומה תפגע אף באיזון האקולוגי תוך פגיעה בהפרת חובת המשיבים כצד לסכסוך מזוין וכמעצמה כובשת שלא זכויות האוכלוסייה הנכבשת לאוצרות הטבע שלה, על פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי.

168. על פי סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים משנת 1949:

"אסור למעצמה הכובשת להחריב נכסי מקרקעים..השייכים...לרבים...אלא אם כן היו פעולות צבאיות מחייבות לחלוטין את ההחרבה וההשמדה האלה".

169. על פי סעיף 55 לתקנות הנלוות לאמנת האג הרביעית משנת 1907 המדינה הכובשת נחשבת רק לנאמן של נכסי דלא ניידים, יערות ומפעלים חקלאיים השייכים למדינה האויבת והנמצאים במדינה הכבושה. עליו לשמור על נכסים אלו ולנהלים לפי כללי טובת ההנאה.

170. סעיף 35 לפרוטוקול הנוסף לאמנות ג'נבה משנת 1977, קובע כי:

"it is prohibited to employ methods or means of warfare which are intended, or may be expected, to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment".

לכך יש להוסיף את הנאמר בסעיף 55 לפרוטוקול זה, הקובע כי:

“1. Care shall be taken in warfare to protect the natural environment against widespread, long-term and severe damage. This protection includes a prohibition of the use of methods or means of warfare which are intended or may be expected to cause such damage to the natural environment and thereby to prejudice the health or survival of the population.

2. Attacks against the natural environment by way of reprisals are prohibited”.

171. הוראות אלו של הפרוטוקול הראשון הן הגדר משפט בינלאומי מנהגי, ועל כן מחייבות את מדינת ישראל, על כלל רשויותיה. ראו לעניין זה גם Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law – Vol. I: Rules, (ICRC, 2005), at pp. 143-161 (rules 43-45)

172. בנוסף, יש לקרוא את שתי ההוראות מהפרוטוקול הראשון המובאות לעיל כמכלול אחיד, המחייב את המעצמה הכובשת לשמור על הסביבה למען האוכלוסייה הנמצאת בשטח זה. (ראו לעניין זה גם Yoram Dinstein, “Protection of the Environment in International Armed Conflict”, Max Planck Year Book of UN Law Vol.5 J. A. Frowein and R. (Wolfrum (Eds.), 2001, pp. 523-549, at p. 531

173. סעיף 55 שלעיל אמור להתפרש על דרך ההרחבה: אין להסתפק בסכנה מיידית לחיים או לאפשרות ההישארות בחיים, אלא יש להסתכל על כך באופן רחב, ולבחון האם הפעולות הצבאיות גורמות לפגיעה בחיים ובאיכותם. וכך אומר דינשטיין במאמרו הנ"ל:

“It follows that “mere survival of the population” is not enough: when the population’s health is prejudiced, the ban is applicable” (שם, בעמ')

532

174. בכל מקרה, עקרון המשפט הבינלאומי המינהגי בדבר החובה לנקוט באמצעי לחימה העומדים בתנאי הפרופורציונליות כולל בתוכו את החובה להימנע מפגיעה בסביבה בסכסוך מזויין. לעניין זה ראו גם:

Antoine Bouvier, “Protection of the Natural Environment in time of Armed Conflict”, 285 *International Review of the Red Cross*, at pp.567-578.

175. נכסי המקרקעין כוללים את הסביבה במובנה הרחב. המפקד הצבאי בענייננו כלל לא שקל אם היו הפעולות הצבאיות מחייבות לחלוטין את ההחרבה וההשמדה של המסדרון האקולוגי הייחודי הקיים באזור דרום הר חברון, ובכך הפר את חובתו על פי סעיף זה. יצוין, כי לא יודע לעותרים האם נערך סקר נוף מטעם הרשויות סביב תוואי שטח זה.

176. המפקד הצבאי בענייננו הפר את חובתו לנהוג כנאמן סביר של אוצרות הטבע בגדה המערבית, כמשמעו על פי אמנת האג ועל פי אמנת ג'נבה.

177. הפגיעה בנגישות למקורות המים של העותרים ושל הצאן שברשותם, מהווה פגיעה בנוף תרבות ייחודי שהתפתח באזור, יחד עם פגיעה בנושא בסביבה אשר עוצבה על ידי אוכלוסיית נוף זה. פגיעה זו בגישה למקורות המים ולאספקת המזון והמים לצאן שבבעלות העותרים, יש בה לפגוע גם בבריאותם הבסיסית ובזכותם למזון ומי שתייה, כנדרש על פי המשפט הביני"ל.

178. בנוסף, גם כאשר לא מדובר בפגיעה בבהמות מהן ניזונים התושבים הפלסטינים המוגנים, עצם הפגיעה בטבע לכשעצמו מהווה הפרה של המשיבים את חובתם על פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי.

179. פגיעה בזכות העותרים לתרבות ולהמשכיות היסטורית- כאמור לעיל, לעותרים אורחות חיים ייחודיים של שילוב בין חקלאות ורעיית צאן ומגורים במערות. כתוצאה מהקמת הגדר בתוואי הנוכחי תפגע תרבות עתיקת יומין ואורח חיים ייחודי ילך לו ויכחד. זכויות תרבותיות של מיעוטים קיבלו הגנה מיוחדת בסעיף 27 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות. אמנה זו אושרה על ידי מדינת ישראל.

180. הוועדה הבינלאומית לזכויות האדם באו"ם קבעה בהערות כלליות לסעיף 27 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות כי:

“Culture manifests itself in many forms. Including a particular way of life associated with the use of land resources, especially in the case of indigenous peoples. That right may include such traditional activities as fishing, hunting and the right to live in reserves protected by law”.

(General Comment No. 23(50), UN Doc. A/L49/40, Annex V, at 109(1994).

181. העותרת מסי' 44, עמותת שומרי-משפט – רבנים למען זכויות האדם, כארגון רבנים האמון על חיזוק הקשר בין מחשבת ישראל לבין ערכי זכויות האדם באשר הוא, כולל התושב הפלסטיני בשטח כבוש, מבקשת לצרף בשולי עתירה זו חוות דעת רבנית בעניין שתי גדרות ההפרדה בדרום הר חברון. חוות הדעת כוללת עקרונות מוסריים יהודיים בנושא ומסקנתה, כי תוואי הגדרות יהווה פגיעה בגר ובקניינו, בכבודו ובביתו – דבר שאינו הולם ואינו עולה בקנה אחד עם המשפט העברי לדורותיו.

מצ"ב העתק מחו"ד הרבנית ומסומן ע/42.

אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו ביניים וצו על תנאי כמבוקש, ולאחר קבלת תגובת המשיבים להפוך הצו על תנאי להחלטי. כן מתבקש בית המשפט לחייב את המשיבים בהוצאות משפט ובשכר טרחת עורכת הדין.

שלומי זכריה, עו"ד

מיכאל ספרד, עו"ד

קמר מישרקי-אסעד, עו"ד

ב"כ העותרים

C:/ cases/ moked-yata/ 3-Bagatz final