

לעצור את הקמת גדר ההפרדה בכפר ניעלין | האגודה לזכויות האזרח בישראל

ב-14.3.04 עתרה האגודה לבג"ץ בדרישה לשנות את התוואי המתוכנן של גדר ההפרדה בכפר ניעלין. התוואי מפריד בין תושבי הכפר לבין מחצית מאדמותיהם החקלאיות. גם אנשי הצבא הבכירים בשטח מסכימים שניתן להזיז את התוואי ולהימנע מפגיעה בתושבים מבלי לוותר על היעדים הביטחוניים

בג"צ 2577/04
בבית המשפט העליון
ביושב כבית משפט גבוה לצדק

העותרים:

1. טהה אל ח'וואג'ה, ניעלין
2. ג'מיל חוסיין עמירה, ניעלין
3. מ'ח', ניעלין
4. עמי ארזי, שילת
5. האגודה לזכויות האזרח בישראל

כולם ע"י ב"כ עוה"ד אבנר פינצ'וק ו/או דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ו/או הדס תגרי ו/או עאוני בנא ו/או מיכל פינצ'וק ו/או לילה מרגלית ו/או פאטמה אלעג'ו ו/או באנה שגרי-בדארנה ו/או שרון אברהם-ויס ו/או נעה שטיין ו/או סוניה בולוס ו/או עודד פלר

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
נחלת בנימין 75, תל אביב 65154
טל': 5608185-03, פקס: 5608165-03

נגד

המשיבים:

1. ראש הממשלה
רחוב קפלן 2, ירושלים
2. שר הביטחון
רח' קפלן 37, תל-אביב 61909
3. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון
לשכת אלוף פיקוד מרכז 64, ד"צ 02367, צה"ל

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

מוגשת בזה עתירה למתן צו על תנאי, המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יתוקן תוואי גדר ההפרדה, המתוכנן באזור הכפר ניעלין, כך שלא יחוצץ בין תושבי הכפר לבין אדמותיהם החקלאיות.

בקשה דחופה לצו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיבים להימנע מביצוע עבודות להקמת גדר ההפרדה על אדמותיו של הכפר ניעלין, לרבות עבודות הכנה ותשתית, עד לגמר הדיון בעתירה.

עתירה זו יוצאת נגד כוונת המשיבים לבנות את גדר ההפרדה באזור ניעלין (lin'Ni), בתוואי העובר בתוך מטעי הכפר וחוצץ בין תושבי הכפר לבין אדמותיהם החקלאיות.

שלשום, יום ו' 12.3.2004, החלו העבודות בשטח הכפר וטרקטור החל לעקור עשרות עצי זית עתיקים חלקם בני מאות שנים. תושבי הכפר ואזרחים ישראלים, שקיימו בהפגנה בלתי אלימה כנגד החרבת המטעים נתקלו בגז מדמיע, פצצות הלם וכדורי גומי (ראו דיווח על ההפגנה בשתי כתבות שהתפרסמו באתר YNET – 1/ע-ו-2).

בניית הגדר בתוואי המתוכנן במטעו הדרומיים של יעלין תגרום לפגיעה קשה בזכויות היסוד של תושבי הכפר ובראש ובראשונה – חופש התנועה, הזכות להתקיים בכבוד ולהתפרנס זכות הקניין. פגיעות קשות אלו אינן הכרחיות: ניתן להעתיק את התוואי לקצה הרכס שממול ובכך תמנע פגיעה כה קשה בתושבים, מבלי לוותר על יעדי הגדר. גם אנשי צבא בכירים במפקדת האזור הודו, כי לדעתם ניתן לבנות את הגדר בתוואי חלופי באופן שישגי את המטרה הביטחונית גם ללא גרימת נזק כה גדול לתושבי יעלין. במהלך השבת ערכו קצינים בכירים ממפקדת האזור סיור עם נציגי הכפר ודנו עמם בתוואים חלופיים אפשריים, שיצמצמו בצורה משמעותית את הפגיעה באדמות החקלאיות של הכפר.

בעקבות אירועי יום ו' ובעקבות פנייתו של העותר 4 נאות אל"מ דני תרזה, הממונה בפיקוד מרכז על בניית הגדר, לשלוח בבוקר יום א' קצינה מטעמו, שתבדוק ותחווה בפניו את דעתה לגבי האפשרות לשנות את תוואי הגדר. יחד עם זאת, הן אל"מ תרזה והן אלוף קפלינסקי, המשיב 3, הודיעו, כי עבודת הטרקטורים ועקירת המטעים יימשכו מחר כמתוכנן.

למותר לציין, כי אין כל הגיון להמשיך לחבל במטעים ולכרות עצים עתיקים, שעה שקיים סיכוי להצילם. אין לגרום לנזק בלתי הפיך שעה שעל פניו נראה, כי גם אצל המשיבים מתחזקת ההשקפה לפיה ניתן להזיז את התוואי ולהימנע מפגיעה בלתי מידתית בזכויות היסוד של תושבי יעלין.

זאת ועוד, בשבועות האחרונים מתברר יותר ויותר, כי בנקודות רבות, בהן חודר תוואי הגדר המתוכנן אל עומק השטח הנתון בתפיסה לוחמתית תוך פגיעה לא סבירה ולא מידתית בזכויות היסוד של התושבים הפלסטינים. כך למשל, בעתירה בענין התוואי באזור הכפרים בית סוריק ובידו (בג"צ 2056/04 מועצת כפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל) נמצאו הטענות כנגד הפגיעה בזכויות היסוד של התושבים, כטענות המצדיקות, למצער, בחינה מחדש של התוואי, ולצורך כך הוציא בית המשפט הנכבד צו ביניים (החלטה מיום 29.2.2004). אלא שלמרבה הצער, בינתיים איבדו שלושה בני אדם את חייהם ועשרות אחרים נפצעו, במהלך הפגנה שקיימו תושבי הכפרים כנגד הגדר הננעצת בליבם (ראו דיווח ב"מעריב ONLINE מיום 26.2.2004 – ע/3).

לאור המתיחות שפשתה באזור עם תחילת העבודות ביום ו', המרירות והיאושו שאחזו בתושבי יעלין לנוכח החבלה באדמותיהם והפגיעה במטה לחמם, קיים חשש רב שחידוש העבודות היום, יביא להתנגשות ולפגיעות בגוף ובנפש.

ככל שהדיונים שמקיימים המשיבים, ולחלופין – הדין בבית משפט זה, יביאו בסופו של דבר להסדת תוואי הגדר, הרי שמן הראוי שהדבר יעשה בטרם יגרמו אבדות בנפש וברכוש. על כן יאה זה מן הדין ומן הצדק להשהות את העבודות ולעצור את הפגיעה המיותרת בעותרים ובזכויות האדם.

הרקע העובדתי

1. העותרים 1, 2 ו-3 הם תושבי הכפר יעלין ומראשי המשפחות הגדולות בו. העותר 1 הוא ראש עיריית יעלין והעותר 2 הוא סגנו. לעותרים ולבני משפחתם אדמות חקלאיות בכפר, לרבות באזורים נשוא עתירה זו.
2. העותר 4 הוא תושב שילת הסמוכה לכפר יעלין וכמו רבים אחרים ביישוב חי מזה שנים תוך יחסי שכנות טובה עם תושבי יעלין.
3. הכפר יעלין (lin'Ni) שוכן באזור מודיעין בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית של צה"ל. כ-60% מתושבי הכפר מתפרנסים מחקלאות. מדרום לו שוכנת ההתנחלות חשמונאים. בין יעלין לבין חשמונאים מצוי ואדי אשר במורדותיו מצויות אדמות חקלאיות של תושבי יעלין. לפני החזיקו תושבי יעלין כ-3,000 דונם נוספים של אדמה חקלאית ואולם אלו הופקעו לצורך הקמת ההתנחלויות חשמונאים, מתייתו ומודיעין עלית.
- העתק קטע מפה של אזור נחלין (מתוך מפה בהוצאת "בצלם" 1/2004) מצורף ומסומן ע/4.
4. מזה שנים רבות היה אזור יעלין שקט ותושביו נמצאים ביחסי שכנות טובה עם תושביו הישראליים של האזור.
5. בעקבות גל פעולות האיבה, שפרץ בחודש אוקטובר 2000, הלך והתגבש רעיון ההפרדה החד צדדית וכחלק ממנו – רעיון של הצבת מכשולים, ומאוחר יותר – גדר וחומה, שיחצו בין מדינת ישראל לבין שטחי הגדה המערבית, המוחזקים בתפיסה לוחמתית, וימנעו מעבר חופשי של פלסטינים חמושים ומחבלים מתאבדים לתחומי מדינת ישראל. ביום 23.6.2002 החליטה הממשלה על הקמת גדר ההפרדה, תוך שהיא מסמיכה את המשיבים 1 ו-2 להחליט על מיקומו המדויק של התוואי.
6. בהתאם לזאת נבנית בימים אלה "גדר ההפרדה" – מערכת של גדרות אלקטרוניות ובמקומות מסויימים – חומות אבן, תעלות, דרכי פטרול וטשטוש ואמצעי תצפית והתראה (קווים לדמותה של הגדר – באתר מנהלת הגדר <http://www.seamzone.mod.gov.il/Pages/Heb/default.htm>).
7. כאמור מטרתה המוצהרת של גדר ההפרדה היתה ונתרה גם היום – להגביל מעבר של מפגעים מהשטחים אל שטח מדינת ישראל, על מנת להגן על חייהם של תושבי המדינה. אלא שבמהלך הזמן נע תוואי הגדר לכיוון מזרח, תוך שהוא מעמיק את הפלישה אל תוך חבל הארץ המצוי בתפיסה לוחמתית. כך, כתוצאה מהתוואי שנבחר, משיקולים הזרים למטרתה המוצהרת, חוצה הגדר קהילות, מנתקת כפרים מאדמותיהם החקלאיות, מנתקת כפרים ממרכזי השירות המוניציפלי וכולאת בתוך לולאותיה ובינה לבין שטח ישראל מובלעות פלסטיניות, שבהן מתגוררת אוכלוסייה אזרחית, המונה עשרות אלפי נפשות, ושהפגיעה ברקמת חייה כתוצאה מהגדר היא בלתי נסבלת.
8. באזור הכפר יעלין תוחם התוואי המתוכנן את בתי הכפר מצפון ומדרום, חודר אל תוך אדמות הכפר, ומפריד בין תושבי הכפר לבין כמחצית מאדמותיהם החקלאיות. תוואי הגדר המתוכנן מסומן בצהוב במפה שצורפה וסומנה ע/4.
9. מצד צפון מתעתד תוואי הגדר לפלוש לשטח אדמות הכפר מזרחה לגבול הבינלאומי והשטח, שלפנים היה שטח הפקר. באזור זה

התוואי המתוכנן מנתק את תושבי הכפר מאדמותיהם ללא סיבה נראית לעין – אין בסביבה יעד ישראלי, שזקוק, כביכול, להגנה.

10. בדרום ניעלין, מתוכנן תוואי הגדר לנתק בין תושבי הכפר לבין אדמותיהם החקלאיות, שכאמור (בסעיף 3 לעיל) יורדות במדרון המשתפל לכיוון הואדי, שבין נעלין לבין חשמונאים, וממשיכות על צלע הגבעה, שבראשה בנויים בתיה האחרונים של חשמונאים.

העתק מפה וצו תפיסה, שהוצא לצורך בניית הגדר מדרום לכפר מצורף ומסומן ע/5.

11. לפני כחודשיים הופיע בכפר קצין בדרגת סרן בשם איציק. הוא מסר בידיהם של ראשי הכפר צווי תפיסה, סיר עמם בשתי נקודות מדרום לכפר והצביע על התוואי המתוכנן. הקצין הבהיר לראשי הכפר, כי הגדר תיבנה בתוואי המתוכנן "על אפו וחמתו של כל העולם". הוא הוסיף, שבגדר יקבע שער חקלאי אחד, שדרכו יוכלו התושבים לצאת ולעבד את אדמותיהם שיוותרו מעבר לגדר.

12. הקצין מסר לראשי הכפר, כי התושבים יוכלו להגיע אליו למשרדו בתוך שבוע ולדבר על פיצויים, אך לא דיבר מילה וחצי מילה על אפשרות של השגה על עצם התוואי המתוכנן. יצוין, כי כיום, בשל המחסומים ומגבלות התנועה החמורות, הגעה של תושב ניעלין לבית אל היא משימה קשה ביותר. כך או כך – הקצין הבהיר לראשי הכפר, כי לא יסכים לקבל משלחת של אנשי הכפר והדרך היחידה העומדת בפני התושבים היא לבוא אחד ולדון בנושא הפיצויים. עקב כך התושבים חששו לפנות לבד פן יתפרש הדבר בטעות כאילו הם מוכנים למכור את אדמותיהם.

13. לנוכח זאת ובהעדר סיוע וייעוץ חיצוניים נמנעו תושבי הכפר, והעותרים בתוכם, לנסות ולפעול כנגד רוע הגזירה. במשך הזמן הצליחו תושבי הכפר לשאוב עידוד מההתפתחויות, שחלו בנושא גדר ההפרדה. כך למשל, לפני מספר שבועות נעצרו עבודות הקמת הגדר בכפר השכן בודרוס, לאחר שהתושבים שם הקימו קול זעקה ומחו על העוול הנגרם להם. בנוסף לכך הופיעו בתקשורת עוד ועוד התבטאויות בדבר שקילה מחדש של תוואי הגדר מתוך מגמה למנוע פגיעות מהתושבים הפלסטינים. על רקע זה נוצרה בכפר תקווה וציפייה שגם במקרה שלהם ישונה תוואי הגדר באופן שלא יפגע באדמותיהם החקלאיות.

לפרסומים בדבר הכוונות לשנות את התוואי כדי למנוע פגיעה מיותרת בתושבים הפלסטינים, ראו למשל – כתבתם של דיאנה בחור ניר ואפרת וייס מיום 26.1.2004 באתר ynet: "שרון: ייתכן שנבצע תיקונים בתוואי הגדר". מצורף ומסומן ע/6.

14. אלא שכל התקוות התנפצו על סלע המציאות המרה, ביום חמישי האחרון, 11.3.2004, לאחר שמנהלת המת"ק הפלסטינית העבירה אל העותר 1 את הודעת הצבא על הכוונה להתחיל בעבודות. ואכן, בו ביום הגיע מודד לשטח ומאוחר יותר גם טרקטור והתחיל לפלס דרך בתוך כרם הזיתים.

15. למחרת היום, ביום שישי, 12.3.2004 בשעות הבוקר התחיל טרקטור לעקור עצים במטעי הזיתים שבדרום נעלין. במהלך היום נעקרו כ-200 עצי זיתים בני עשרות ומאות שנים. בנוסף לכך, נגזמו עוד כ-400 עצים כשלב הכנה לעקירתם.

16. בעקבות זאת, בשעה 00:11 לערך, הגיעו לשטח כאלף מתושבי הכפר. העותר 2 פנה אל הקצין הממונה בשטח ואמר לו, שבכוונת תושבי הכפר לערוך תפילה והפגנה בלתי אלימה. הוא הוסיף וביקש להפסיק את עקירת העצים אך נענה בסירוב. כדי שלא ישתלבה הרוחות דאגו העותרים, שצעירי הכפר ישבו בחלק האחורי של הקהל ולא יתקרבו. לאחר שקיימו תפילה במקום, התקרבו רק מספר בעלי קרקעות קשישים לכיוון הטרקטור, המחבל בעצים. או אז זרקו החיילים רימוני הלם וגז מדמיע לעבר הקהל וירו כדורי גומי. מספר אנשים נפצעו ומייד הגיעו למקום כוחות נוספים של צבא ומג"ב (ראו הידיעות שהתפרסמו – ע/1 ו-ע/2). כאילו לא די במהומה שנוצרה, הגיעו למקום מתנחלים חמושים מההתנחלות קריית ספר הסמוכה. הם החלו להכות את אחד המפגינים הישראלים, שבאו להזדהות עם התושבים, צעקו, איימו ושלחו את הרוחות מבלי שהצבא ימנע זאת מהם.

17. בשלב זה הזעיקו העותרים בטלפון את העותר 4 – השכן הישראלי משילת. העותר 4 התקשר למספר גורמים צבאיים באזור וביניהם אל מח"ט הגזרה בני מר. במהלך השיחה שמע העותר 4 את המח"ט מורה בקשר על סיום העבודות לאותו יום. המח"ט הודיע לעותר 4, כי עד ליום א' לא יתבצעו עבודות נוספות. בהמשך השיחה, סיפר לו המח"ט, שכבר לפני כשבועיים הוא המליץ על שינוי תוואי הגדר באזור ניעלין, באופן שיצמצם את הפגיעה בתושבי הכפר. יתר על כן, הזזת התוואי, כך אמר המח"ט, הוא צעד נכון מבחינה ביטחונית, משום שכך לא ימצאו אדמות הכפר מעבר לגדר, ולא יהיה צורך להקים ולתפעל שער חקלאי, שדרכו יעברו התושבים אל אדמותיהם. בסיום השיחה הבטיח המח"ט לעותר 4, כי למחרת היום יגיעו נציגי החטיבה לכפר ויקיימו סיור עם ראשו בניסיון לאתר תוואי חלופי מוסכם, שיצמצם את הפגיעה בתושבים.

18. לאחר השיחה עם המח"ט חש העותר 4 אל אזור העבודות בניעלין, ופגש במג"ד הגזרה שרון. המח"ט אף הוא סיפר, שסבר ואף המליץ על הזזת התוואי לנתיב, שיוסכם עם תושבי הכפר, כפי שנעשה לאחרונה בבית סירא ובודרוס הסמוכות, כדי לצמצם את הפגיעה במטעים ולשמור על הגזרה שקטה כבעבר. לבסוף קבע המח"ט עם העותר 2, שיבוא למחרת היום לסיור עם נציגי ניעלין לבדיקת אפשרות של תוואי חלופי.

19. ואכן, בשבת ב-00:09 בבוקר הגיע המח"ט שרון יחד עם סגן המת"ק האזורי, יותם, וביחד עם העותרים 3-1 ופרנסי ציבור נוספים בכפר סירא בשטח המטעים ודנו באפשרויות להזזת התוואי המתוכנן לנתיב מוסכם. בסוף הסיור חזר המח"ט ואמר, שלדעתו ניתן יהיה להזיז את תוואי הגדר באופן שיצמצם מאוד את הפגיעה באדמות של תושבי הכפר.

20. בינתיים הוסיף העותר 4 וניסה לדבר על ליבם של גורמים שונים בצבא, כדי לשלל הפחות ישוה את העבודות על מנת שימוצו כל הניסיונות להגיע להבנה עם תושבי ניעלין ותוואי הגדר יוסט לנתיב שלא יגרום לנזק העצום הצפוי לתושב הכפר וזאת מבלי לפגוע ביעדי הביטחוניים שלה גדר.

21. העותר 4, הוא כאמור איש צבא ותיק, המשרת עד היום בשירות מילואים פעיל בדרגת אלוף משנה. הוא שירת שנים רבות כקצין קרבי, ומאוחר יותר היה שותף לכתיבת נהלים להגנת ישובים במרחב התפר במסגרת פיקוד העורף. העותר 4 מכיר את האזור היטב והוא מסכים עם מפקדי הגזרה, כי ניתן להזיז את תוואי הגדר דרומה מעבר למרבית האדמות של תושבי ניעלין מבלי שתגרם פגיעה

22. ביום ו' קיים העותר 4 שיחה עם אל"מ דני תרזה, הממונה בפיקוד מרכז על בניית הגדר. בשיחה זו זעם אל"מ תרזה על השהיית העבודות (כאמור, העבודות הופסקו בצהרי 13:00). העותר 4 ביקש מאל"מ תרזה לעצור את העבודות לכל הפחות ליום יומיים כדי לתת שהות לאיתור תוואי חלופי, שיוסכם גם על תושבי ניעלין ולמנוע בכך עוול גדול ואולי אף שפיכות דמים. אל"מ תרזה סירב בטענה, שכל עיכוב בביצוע העבודות כרוך בהוצאות כספיות ניכרות. יחד עם זאת, לנוכח הפצרותיו של העותר 4, נאות אל"מ תרזה בסופו של דבר לשלוח ביום א' נציגה מטעמו, שתבדוק את הנושא, הגם שהטעים ואמר, שלא יהיה בסמכותה למנוע את המשך העבודות, ועקירת עצים נוספים גם אם המלצתה תהיה, שניתן לשנות את התוואי.

23. העותר 4 גם קיים ביום ו' שיחה טלפונית עם תא"ל (מיל) ברוך שפיגל, שמונה לאחרונה לעמוד בראש צוות מיוחד לפתרון בעיות הומניטאריות, שנוצרו בעקבות בניית הגדר. מר שפיגל אמר לעותר 4 שהוא מכיר את בעיית התוואי באיזור ניעלין, ומתפלא שכבר עובדים שם ו"שידאגו ולא יעבדו". סתם אך לא פירש.

24. על פניו נראה אפוא, שאפילו אנשי צבא רבים מטילים ספק רב בנחיצות של התוואי המתוכנן לגדר ההפרדה באזור ניעלין. ואכן, כאמור, מדרום יכולה הגדר להיבנות בתוואי חלופי על הרכס שמול לכפר ניעלין, באופן שלא תחצוץ בין האדמות החקלאיות לבין תושבי הכפר אלא בינן לבין חשמונאים. מצפון אין כל סיבה נראית לעין לתוואי שפוצע את המטעים ומנתק אותם מהכפר.

25. לעומת זאת, בניית הגדר בתוואי המתוכנן תפגע פגיעה קשה בזכויות היסוד של תושבי ניעלין. היא תחייב עקירה של אלפי עצי זית, רבים מהם עתיקים בני מאות שנים. היא כרוכה גם בתפיסת קרקעות, הלכה למעשה – גזלתן, ופגיעה בקניינים של התושבים. הגדר תפריד בין תושבי הכפר, שרובם מתפרנסים מחקלאות, לבין למעלה ממחצית מהאדמות החקלאיות.

26. על פי הניסיון המצטבר במקומות אחרים, שבהם כבר חוצצת גדר בין תושבים פלסטינים לבין אדמותיהם החקלאיות, משמעות הדבר היא הטלת מגבלות תנועה קשות על התושבים: לאחר סיום "שלב א'" של הגדר הכריז המשיב 3 על רצועות השטח, שנכלאו בין הגדר לבין הגבול הבינלאומי כעל "שטח צבאי סגור". מערך הוראות וצווים שמט באחת את הקרקע תחת מרקם החיים של הפלסטינים בשטח, שהפך ל"סגור", והכפיף אותו למשטר של היתרים.

27. בקשותיהם של מרבית התושבים הפלסטינים, הנזקקים לאישורי מעבר אל אדמותיהם החקלאיות שבשטח הסגור נענות בשלילה. משמעות הדבר, היא שמרבית עובדי האדמה אינם יכולים לטפל בגידוליהם החקלאיים ומטה לחמם נשבר. על האופן שבו מתנהל משטר ההיתרים, שצפוי לחול בעתיד הקרוב על מטעי תושבי ניעלין, ניתן ללמוד גם מהעתירה, שהגישה העותרת 5 – בג"צ 639/04 האגודה לזכויות האזרח נגד מפקד כוחות צה"ל באיו"ש. העתירה תלויה ועומדת בפני בית משפט הנכבד, לאחר שהתקיים בה דיון ראשוני ביום 9.2.2004.

28. אפילו התושבים המעטים, יחסית, שמצליחים לקבל היתרי כניסה לשטח הסגור, ומורשים, להלכה, להגיע לאדמותיהם שמעבר לגדר, יתקשו לעבור דרך השער האחד והיחיד, שמתוכנן להיבנות באזור ניעלין. גם כאן דיי שנלמד מניסיונם המר של מי שהגדר כבר נתקה בינם לבין אדמותיהם: השערים החקלאיים, שנבנו לאורך קטעי הגדר שכבר נבנו, סגורים רוב שעות היממה ונפתחים לפרקי זמן קצרים, בשעות שונות ומשתנות, ובאופן שאינו מאפשר לחקלאיים מעבר שוטף ויומיומי אל הגידולים החקלאיים. ההגבלה הקיצונית על יכולתם של תושבים פלסטיניים לעבור במעברים פוגעת באופן אנוש ויום-יומי בשגרת חייה של האוכלוסייה האזרחית, ובמיוחד – ביכולתה להתקיים מחקלאות. פרנסתם של אלפי משקי בית תלויה, במידה כזו או אחרת, בחקלאות בכלל ובענף הזיתים בפרט. דברים אלו מקבלים משנה תוקף, שכן ידוע לכל, כי מצבה הכלכלי-חברתי של האוכלוסייה הפלסטינית בשטחים הינו כבי רע. יכולת הקיום הכלכלית של עשרות אלפי משפחות בשטחים תלויה כיום, יותר מאי פעם בעבר, ביכולתן לעבד את אדמותיהן.

29. כנגד המצוקה הקשה שנגרמת לתושבים פלסטינים, המבקשים לעבור אל אדמותיהם שמעבר לגדר ההפרדה דרך השערים, הצביעה העותרת 5 בעתירה שהגישה – בג"צ 11344/03 סלים והאגודה לזכויות האזרח נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, השוטחת את מצוקתם של ארבעה כפרים – ג'וס, ח'רבת ג'בארה, פרעון ופלאמה. בעתירה זו התקיים דיון ראשוני ביום 19.1.2004 ובאחריתו הוציא בית המשפט (כב' השופט חשין) צו על תנאי, המורה למשיב 3 דכאן "להתייבב וליתן טעם מדוע לא יותר מעברם של תושבים, כלי-רכב, ציוד חקלאי וציוד מיכני במעברים שבמכשול קו התפר בסמוך לכפרים ג'וס, ח'רבת ג'בארה, פרעון ופלאמה, בשעות סבירות במשך היממה".

30. הלכה למעשה משטר ההיתרים, שבו מעטים מורשים לעבור ולטפל באדמותיהם החקלאיות, חובר למשטר השערים הסגורים, וכורת את מטה לחמם של התושבים הפלסטינים, שאיתרע מזלם והגדר מפרידה בינם לבין אדמותיהם החקלאיות. זה הגורל המצפה לאלפים מתושבי ניעלין, אם תיבנה הגדר בתוואי המיועד לה.

הטיעון המשפטי

31. בניית הגדר בתוואי המיועד לה סביב בתי הכפר ניעלין צפויה לגזול מתושבים רבים את קניינם. רבים אחרים יופרדו מאדמותיהם החקלאיות ובסופו של דבר הם עלולים לאבד אותן. זכותם לחופש תנועה תפגע. מטה לחמם ייכרת וזכותם להתפרנס ולהתקיים בכבוד תפגע אף היא. זכויות היסוד של העותרים 1-3 ויתר תושבי ניעלין תפגענה תוך הפרת ערכי היסוד של שיטת המשפט הישראלית ושל החובות, החלות על המשיבים מכוח דיני התפיסה הלוחמתית – הדין ההומניטרי הבינלאומי ומכוח המשפט הבינלאומי הכללי. בניית הגדר בתוואי המתוכנן מנוגדת לדין ההומניטרי, מונחית משיקולים זרים ולמצער – פוגעת פגיעה בלתי סבירה ולא מידתית בזכויות היסוד של המוגנים תושבי ניעלין. מן הדין למנוע פגיעות אלו, על דרך ביטול צווי התפיסה, שינוי התוואי המתוכנן של גדר ההפרדה והעתקתו אל מעבר לאדמות ניעלין.

32. בנוסף פגעו המשיבים בכללי הצדק הטבעי, משלא הודיעו לתושבי ניעלין על זכותם לערער ולהשיג כנגד עצם תפיסת אדמותיהם והסתפקו בזימונם בעל פה לשאת ולתת על מכירת אדמותיהם.

הפרת חובתה של המעצמה הכובשת לשמור על הסדר והחיים הציבוריים

33. על פעולות המעצמה הכובשת והמפקד הצבאי, הפועל בשטח הכבוש מטעמה, חלים הכללים, הנספחים לאמנת האג הרביעית בדבר חוקיה ונוהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907 (להלן: "אמנת האג") והוראות אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה. בהתאם לסעיף 43 לאמנת האג חבים המשיבים להבטיח עד כמה שאפשר את הסדר והחיים הציבוריים. על המפקד הצבאי באזור מוטלת האחריות לחיי התושבים ולאיוות חייהם מכל ההיבטים של חיי אדם בחברה מודרנית (ראו: בג"צ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד לז (2) 309, 197; בג"צ 202/81 טביב נ' שר הבטחון, פ"ד לו(2) 622, 629; בג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד לז (4) 785, 797). חובתה של המעצמה הכובשת להבטיח את "הסדר והחיים הציבוריים" פורשה על ידי בית משפט נכבד זה גם "כקיום משטר, השומר על זכויות האזרח ודואג לרווחתה המרבית של האוכלוסייה" (בג"צ 202/81 טביב נ' שר הבטחון, פ"ד לו(2) 622, עמ' 632א).

34. ניתוקם של תושבי ניעלין מאדמותיהם החקלאיות, הגבלת תנועתם החופשית של המוגנים, עד כדי מניעתה המוחלטת, ובעקבות זאת – הפגיעה בקניינם וזכותם להתפרנס בכבוד – כל אלו מפרים בצורה קיצונית וגסה את החובות, שבהן חבים המשיבים.

35. הפרת חובתו של הכובש כלפי האוכלוסייה האזרחית חמורה שבעתיים בשים לב למימד הזמן ולמשכו של משטר הכיבוש. "אך טבעי הוא, כי בתפיסה צבאית קצרת מועד הצרכים הצבאיים-ביטחוניים שולטים ברמה. לעומת זאת, בתפיסה צבאית ארוכת מועד צורכי האוכלוסייה המקומית מקבלים יתר תוקף" (עניין אלמעלמון הנ"ל, עמ' 800 – 801; וראו גם: בג"צ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד לז(2) 197, 314).

הפרת זכויות היסוד של המוגנים תושבי ניעלין

36. לצד החובות, הנגזרות מדיני התפיסה הלוחמתית, על המשיבים המפעילים את שיקול דעתם לנהוג על פי אמות המידה והעקרונות של המשפט המנהלי הישראלי" (בג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד לז (4) 785, 792; בג"צ 9293/01 חה"כ ברקה נ' שר הבטחון, פ"ד נו(2) 509, 515). לענייננו חשובים בעיקר עקרונות היסוד בדבר חובתה של כל רשות ציבורית לפעול בסבירות ובמידתיות, תוך איזון ראוי בין חירותו של הפרט לצרכיו של הכלל (בג"צ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד נז(2) 349, 364). בניית הגדר בתוואי המתוכנן וניתוק תושבי ניעלין מאדמותיהם החקלאיות עתיד לפגוע בשורה של זכויות יסוד, המעוגנות בדין המקומי, במשפט הבינלאומי הכללי ובדיני התפיסה הלוחמתית.

37. בראש וראשונה יפגע חופש התנועה של התושבים. זכות יסוד זו מקורה בכבוד האדם וחירותו. "חיונית היא למימוש העצמי של האדם" (בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 95ה). הפגיעה בחופש התנועה חריפה במיוחד לאור העובדה שהגבלת תנועת המוגנים נעשית במחוזות חייהם, בארצם, בתוך ביתם, וזאת בשונה מהמקרה של מניעת יציאה לחו"ל (ראו: עניין חורב, בעמ' 49; וראו: בג"צ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701, 708; בג"צ 448/85 בראנסי נ' טוב, פ"ד לז(3) 722, 724). גם המשפט הבינלאומי מגן על חופש התנועה תוך שימת דגש מיוחד על הזכות לנוע בתוך המדינה (ראו: סעיף 13(1) להכרזה האוניברסלית על זכויות האדם משנת 1948; סעיף 12 לאמנה הבינ"ל לזכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966; סעיף 15(ד)(1) לאמנה הבינ"ל בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית משנת 1966).

38. הגבלת חופש התנועה גוררת אחריה פגיעה בזכויות רבות אחרות, אשר קיומן תלוי באפשרות המעבר החופשי ממקום למקום. חקלאי, אשר אינו יכול להגיע למטעיו, אינו נהנה עוד מזכותו לפרנסה.

39. משטר ההיתרים, שיחול על האדמות החקלאיות של ניעלין, יטיל מגבלות קשות, ובמקרים רבים אף ימנע את המעבר הסדיר והשוטף של בני אדם, כלי רכב, ושל מיטלטלין מסוגים שונים – תשומות ויבולים, הנחוצים לקיומה של פעילות יצרנית, ולהבטחת תעסוקה ומקורות פרנסה.

40. מניעתם של תושבים רבים להגיע לאדמותיהם, והטלת הגבלות על תנועתם של אחרים יביא, כמו שכבר קורה במקומות אחרים, ל"יבוש" הפעילות הכלכלית ולפגיעה בחופש העיסוק ובזכות לעבוד (ראו: חוק יסוד: חופש העיסוק, סעיף 6 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966; דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330).

41. בנוסף תפגענה זכויותיהם של תושבי ניעלין לפרנסה ולקיום בכבוד. זכויות אלו נגזרות מכבוד האדם, המעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו: רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה (3) 360, 375) ומעוגנת בדיני התפיסה הלוחמתית ובמשפט הבינלאומי הכללי (ראו סעיף 39 לאמנת ג'נבה; סעיפים 6 ו-11 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966).

42. תפיסת הקרקעות המתוכננת ועקירת המטעים, שיעמדו בדרכה של הגדר גוזלים מהתושבים את רכושם. אך בכך לא תתמצה הפגיעה בזכות הקניין – גם הגישה לאדמות החקלאיות הרבות, כ-4,500 דונם, תמנע מרבים ותוגבל לגבי אחרים, באופן שימנע מהם ליהנות מקניינם ולאכול מפרי אדמתם. בנוסף תימנע האפשרות המעשית של התושבים להגן על קניינם – לגרש מסיגי גבול או להמשיך ולמלא אחר התנאים לזכותם על הקרקע. בכך הם גם ייחשפו, בעל כורחם, לאובדן קניינם מתוקף דיני הקניין העות'מאנים, המאפשרים הפקעת קרקעות בלתי מעובדות לטובת המדינה. וכזכור בעבר, גם באספקט זה טעמו המוגנים תושבי השטחים את נחת זרועם של המשיבים. מכאן שאם תבנה הגדר בתוואי המתוכנן תפגע זכות הקניין של תושבי ניעלין – זכות יסוד, המעוגנת במשפט המקומי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובמישור המשפט הבינלאומי – בכללים 23(ז) ו-46 לאמנת האג, וסעיף 53 לאמנת ג'נבה.

43. "חובתו של המפקד הצבאי לנהוג שוויון בין כל תושבי האזור אינה פגה כשהמתח הביטחוני עולה. זו חובה נמשכת, המוטלת כל העת" (בג"צ 168/91 מרכוס נ' שר הבטחון, פ"ד מה(1) 467, 471א). משטר ההיתרים שהמשיבים מטילים על השטחים, שנלאים בין גדר הפרדה לבין הגבול הבינלאומי, ושעתידי לחול על מטעי ניעלין שיוותרו מעבר לגדר, מבחין ומפלה בין יהודים לבין פלסטינים, תוך שהוא מסמן את האחרונים כ"סוג" מאובחן של בני אדם, שזכותו לנוע בארצו מותנית בקבלת היתר. משטר הפלייה והפרדה,

ההופך את ילידי הארץ לאזרחים בה, ולעומתם – את אזרחי המעצמה הכובשת לאזרחים, משטר מעין זה הוקע זה מכבר במשפט העמים, ובשלהי המאה הקודמת אף נדמה היה, כי הוא פס מן העולם.

ענישה קולקטיבית

44. הפרדת תושבי ניעלין מאדמותיהם החקלאיות תפגע בזכויותיהם של אלפי מוגנים, תנחית מכה על פרנסתם ותהפוך את חייהם לגיהנום ביורוקרטי. בכך יוטל עליהם עונש קיבוצי, האסור בדיני התפיסה הלוחמתית (סעיף 50 לאמנת האג וסעיף 33 לאמנת ג'נבה).

שיקולים זרים

45. קביעת תוואי גדר ההפרדה בעומק השטחים הנתונים לתפיסה לוחמתית של ישראל, נועד לצרף הלכה למעשה את ההתנחלויות, שהוקמו בסביבות ניעלין, לשטחה הריבוני של מדינת ישראל. התוואי, הפולש אל תוך השטח, בא לקדם את תביעותיה הטריטוריאליים של ישראל בשטחים. קידום מטרות אלו אסור שיעשה תוך פגיעה בזכויות היסוד של התושבים המקוריים של השטח, ובעניינו – של תושבי ניעלין. אכן, ישראל, ככל מעצמה המחזיקה שטח בתפיסה לוחמתית, רשאית לטעון לזכויות בו. ואולם תפקידו של המושל הצבאי וסמכויותו, כפי שאלו הוטו בדיני התפיסה הלוחמתית, אינם כוללים פעולות, שנועדו לקדם תביעות טריטוריאליים אלו, ובוודאי שעה שהדבר כרוך בפגיעה קשה בזכויות היסוד של התושבים המוגנים.

46. "צרכיה של האוכלוסייה האזרחית הנתונה לשליטתו" של המפקד הצבאי (בג"צ 393/82 אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד לז(4) 785, 1797) אינם כוללים את צרכיהם של תושבי ההתנחלויות בשטחים. על כן, הסמכויות, שהוקנו למפקד הצבאי בסעיף 43 לאמנת האג, אינן כוללות את הסמכות לקרוע מעל התושבים המוגנים את אדמתם ולכרות את מטה לחמם, רק כדי שישאלים יזכו לעיצוב מחדש של המרחב באופן שהם יוכלו לחיות בו, לכל דבר ועניין, כאילו היו תושבי השטח הריבוני של מדינת ישראל.

47. ודוקו – אין בדעת העותרים "...לחדש את הוויכוח הנצחי על תחומי השפיטה בעניינים פוליטיים" (בג"צ 606/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2), 113, 124א). בית המשפט קבע זה מכבר, כי "הכרעה שיפוטית, שאינה נוגעת לזכויות הפרט, חייבת להדחות מפני תהליך מדיני רב חשיבות ורב משמעות" (בג"צ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210, עמ' 220; וראו גם דברי השופט אור בסיפא לפסק הדין). ואולם לצד זאת הודגש והוצהר, כי במקרה של פגיעה בזכויות יסוד "קשה להאמין שביית-המשפט יקפוץ את ידו מאותו אדם, כיון שזכותו של זה עשויה לעמוד לוויכוח במשא ומתן פוליטי" (עניין אויב, שם).

העדר מידתיות וחוסר סבירות

48. "מאז סוף חודש ספטמבר 2000 מתנהלת באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה לחימה קשה... זהו סכסוך מזוין... השכול והכאב שוטפים אותנו" (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 358ג-ד). אלא ש"ביטחון המדינה אינה מילת קסם" (בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 124). גם השגת המטרה העילאית של הגנת החיים ומניעת חדירת מפגעים לתחום מדינת ישראל, אינה מצדיקה צעדים דרסטיים, הפוגעים בזכויות היסוד של המוגנים הפלסטינים מעבר למידה ההכרחית. לצד החובות, הנגזרות מדיני התפיסה הלוחמתית, "על המפקד המפעיל את שיקול דעתו לנהוג על פי אמות המידה והעקרונות של המשפט המנהלי הישראלי... פעולותיו צריכות לעמוד בעקרונות המידתיות" (בג"ץ 9293/01 חה"כ ברקה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(2) 509, 515). "הגם שאף לתכליתה של הפגיעה – שמירה על חיי אדם – חשיבות רבה, וככלל, הזכויות נסוגות מפניה אם אין מכך מנוס, הרי שאין בחשיבות זו כדי לפטור את הרשות מנטל המידתיות" (בג"צ 2753/03 קירש נ' ראש המטה הכללי, טרם פורסם – פ"ד מ-2003.1.9).

49. בהפעלת שיקול-דעתו של המפקד הצבאי "חייב שיהיה יחס סביר בין המטרה הצבאית לבין הפעולה הננקטת, והאמצעי הננקט חייב... להתאים לגודל הסכנה תוך התחשבות בסיכויי התרחשותה... למותר לומר כי עוצמת זכותו של הנפגע-בכוח תקרין על סבירות פעילותו של המפקד" (בג"ץ 2271/98 עאבד נ' שר הפנים, פ"ד נה(5) 778, 793א; וראו גם: בג"ץ 6195/98 גולדשטיין נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נג(5) 317, 335).

50. על רקע המטרה של מניעת חדירת מפגעים לתחום ישראל, תוואי הגדר הקורע מתושבי ניעלין את מטעיהם אינו עומד במבחן המידתיות (בג"צ 3477/95 בן-עטיה נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 14; בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 53ד). בפגיעה בזכות מוגנת יש לנקוט אמצעי, שמידת פגיעתו בזכות פחותה (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 384). על המשיבים לשיקול אמצעים חלופיים, שאינם כרוכים בקיפוח זכויות של המוגנים.

51. לענין המטרה של הגנה על תושבי התנחלויות היה על המשיבים לנקוט באמצעים אחרים, שלא יהיו כרוכים בפגיעה בחיי תושבי ניעלין ובזכויותיהם. כך, למשל, יכלו להקיף כל התנחלויות בגדר ובטבעת אבטחה, כפי שתכננו לעשות במערכת הביטחון לפני שהתוואי הוזז מזרחה, וכפי שנעשה בהתנחלויות, הממוקמות הרחק מקו הגבול, עד כי גם "מתחם תפר" גחמני לא יוכל להכילן. בנוסף, יכולים המשיבים לתגבר את נוכחות הכוחות בשטח הסגור.

52. לאחרונה מרבים המשיבים להעלות טענה, כאילו הם מבקשים ליצור מתחם ביטחון נוסף מעבר לתוואי הגדר, שיאפשר מרחק אחרי מי שיצליח לחצות את הגדר. לעיל כבר ראינו, ש"הגדר" אינה גדר סתם, אלא מערך של גדרות אלקטרוניות, מנגנוני התראה, תעלות, שבילי טשטוש וכיוצא באלה מנגנונים, המתפרשים על רצועה רחבה של עשרות מטרים, ושיש בהם כדי לספק ביטחון מרבי ולמנוע חדירה דרך הגדר. ככל שיש בתוואי המתוכנן וביצירת שטח מרדפים נוסף כדי להועיל לאינטרס הביטחוני, הרי שמדובר בתועלת שולית זעומה וקטנה בהשוואה לפגיעות הקשות בתושבי ניעלין.

53. יתר על כן – במקומות רבים נמנעה מהמשיבים האפשרות ליצור מתחם מרדפים ובהתאם למפורט באתר מנהלת מתחם התפר (ראו סעיף 6 לעיל), במקומות שכאלה מגביהים המשיבים את הגדר או מחליפים אותה בחומת אבן גבוהה. המשיבים לא השכילו לשקול ולבחון את מידתיות הפגיעה אל מול התועלת השולית שתתקבל – אם בכלל, בעקבות ניתוק תושבי נייעלין מאדמותיהם. כפי שראינו לעיל, במקרה דנן, אנשי צבא בכירים רבים כבר מטילים ספק רב בחיוניותו של התוואי המתוכנן וסבורים שאינטרס הביטחון לא ייזק אם הוא ישונה, ותמנע הפגיעה בתושבי נייעלין.

54. התוואי המתוכנן בנייעלין אינו עומד אפוא במבחן המידתיות. קל וחומר שאין הוא עומד במבחנים הקפדניים יותר. על המדינה "... לפעול במסגרת האפשרויות החוקיות העומדות לרשותה על פי המשפט הבינלאומי החל עליה ועל פי משפטה הפנימי שלה. כתוצאה מכך, לא כל אמצעי אפקטיבי הוא גם אמצעי חוקי... זכויות האדם אינן יכולות לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין טרור, וביטחון המדינה אינו יכול לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות אדם. נדרש איזון עדין ורגיש" (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6)352, 382-383 ד). חופש התנועה ואשכול זכויות היסוד שתלוי בו מצוי בקטגוריה הגבוהה ביותר של זכויות יסוד, קטגוריה, שפגיעה בה תעשה רק במקום שהיא האמצעי האחד והיחיד שיכול לענות על "צורך חברתי לוחץ" (5016/96 חורב נ' שר התחבורה פ"ד נא(4)1, 53-א-ב), ולמנוע ודאות קרובה לסכנה לשלום הציבור (שם, 52 ד).

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו ביניים וצו על תנאי כמבוקש בראשית העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים, לעשות את הצו להחלטי.

14 במרץ, 2004

אבנר פינצ'וק, ע"ד
ב"כ העותרים