

**המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר**

(עמותה רשומה מס': 3517-016-58)

באמצעות עו"ד אביגדור פלדמן ו/או מיכאל ספרד ו/או  
אבים יריב ו/או מירי הרט כולם מרח' סימטת בית  
השואבה 6 תל-אביב 65814, טל: 03-5608833, פקס:  
03-5607176

-- נ ג ד --

1. ממשלת ישראל
  2. ראש ממשלת ישראל – מר אריאל שרון
  3. שר הבטחון – מר שאול מופז
  4. מינהלת מרחב התפר במשרד הבטחון
  5. המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית
- באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, משרד  
המשפטים, רח' סלאח א-דין, ירושלים

**עתירה לצו על תנאי וצו ביניים**

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם, באם יחפצו, מדוע לא יבוטלו ההחלטות המפורטות להלן, הנוגעות להקמת מערכת הגדרות והחומות הידועה כ"גדר הפרדה", או "מכשול הפרדה" כלהלן:

1. למשיבים 3-1: מדוע לא תבוטל החלטת הבנייה של המכשול המשני בשבע "מובלעות" המצויות לאורך שלב א' של תוואי חומת הפרדה, המסומנות בקו מקווקו במפת חומת הפרדה המצ"ב (נספח א').
2. למשיבים 3-1: מדוע לא תבוטל החלטת הבנייה של קטע חומת הפרדה מאל-מוטילה ועד תיאסיר, באגף המזרחי של שלב ב' של תוואי הפרדה.
3. למשיבים 3-1: מדוע לא תבוטל החלטת הבנייה של קטעי החומה החורגים מהקו הירוק בתוואי שלב ג' + ד' של תוואי הפרדה.

4. למשיבים 4-5: מדוע לא יימנעו מהפקעה ומתפיסה של קרקעות וכן מבנייה, סלילה, חציבה וכל סוג של עבודות אחרות והכל בקטעי החומה והגדר המשנית, האמורים בסעיפים 1-3 לעיל.

5. למשיבים 4-5: מדוע לא יבוטלו ההכרזה בדבר סגירת שטח מס' 2/03/ס' (מרחב התפר) (יהודה ושומרון), התשס"ד-2003 (להלן: "ההכרזה") וכן מדוע לא יבוטלו הצווים בדבר הוראות ביטחון שהותקנו מכוחה בדבר היתרי כניסה למרחב התפר (להלן: "הצווים") (ההכרזה והצווים מצ"ב ומסומנים נספחים ב'1-5).

בנוסף, זוהי עתירה לצו ביניים לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים להימנע מכל פעולה של הפקעת קרקעות, תפיסתן, בנייה עליהן, חפירה בהן, סלילה שלהן או הצבת כל מתקן של קבע ו/או ביצוע כל שינוי על הקרקע במסגרת הבנייה של גדרות ההפרדה המשניות של שלב א', של קטע החומה הראשי מאל-מוטילה ועד תיאסיר של שלב ב' וכן של הקטעים החורגים מהקו הירוק בתוואי שלב ג' + ד'. בנוסף, מבוקש צו ביניים לפיו לא ייכנסו לתוקף ההכרזה והצווים האמורים בסעיף 5 לעיל.

## תוכן העניינים

4	1. פתח דבר .....
7	2. רקע עובדתי .....
7	א. הצדדים לעתירה .....
7	ב. פרויקט חומת הפרדה (או: מכשול הפרדה) .....
7	ההליכים לאישור הקמתה .....
8	מהו המכשול .....
9	משמעויותיו של פרויקט מכשול הפרדה .....
12	3. הטיעון המשפטי .....
12	א. הטיעון בקצרה .....
12	ב. אי-חוקיות הקמת המכשול בתוך תחומי השטח הכבוש – היעדר סמכות .....
13	כללי: .....
13	עקרונות כלליים: המעצמה הכובשת כגורם ניהולי ומינהלי ולא כריבון .....
16	הוראות קונקרטיות – איסור פגיעה בקניין, בתנועה בפרנסה .....
18	היעדרו של צורך צבאי .....
20	ג. אי-חוקיות הקמת המכשול – יצירת משטר המפלה באורח שיטתי ומשפטי .....
22	ג. אי-חוקיות הקמת המכשול בתוך תחומי השטח הכבוש – פגיעה בזכויות מוקנות .....
24	ד. אי-חוקיות הקמת המכשול בתוך תחומי השטח הכבוש – סיפוח דה-פקטו .....

## 1. פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו בחוקיות ההחלטה כי תוואי חומת הפרדה (או: "מכשול הפרדה") יפלוש אל תוך השטחים הכבושים בידי ישראל מאז מלחמת יוני 1967 וכי החומה המוקמת על-ידי המעצמה הכובשת, תיבנה על אדמות פרטיות ואדמות מדינה של שטח המצוי בתפיסה לוחמתית.
2. יאמר כבר עתה כי עתירה זו - אף שהיא עוסקת בקטעי חומה ספיציפיים ומוגבלים שטרם נבנו בשלבים א' - ג' של פרויקט הקמתה והחורגים מתחומי הקו הירוק (להלן: "הקטעים החורגים") - מעלה שאלה עקרונית שהשלכותיה תתפרשנה גם על ההחלטות בדבר תוואי השלבים הבאים של פרויקט אדיר מימדים זה.
3. כי זו טענת העותרת שהיא טענה עקרונית: שפרוייקט בנייה עצום כגון זה של חומת הפרדה, שהשלכותיו על האוכלוסייה האזרחית הנכבשת, על כלכלת השטח הכבוש ועל כל מישורי החיים האזרחיים המתנהלים בו, היא השפעה מרחיקת לכת וארוכת טווח עד שנאמר עליה כי היא קבועה - מנוגדת לעקרונות המשפט הבינלאומי ואסורה באופן מוחלט על-פי דיני התפיסה הלוחמתית, ככל שהתוואי שלה עובר בתוך השטח הכבוש ומשנה באופן מהותי את רקמת החיים האזרחיים בשטח הכבוש ולמעשה מבודד חטיבות נכבדות של אוכלוסיית השטח הכבוש, יוצר מובלעות הרמטיות ומהווה סיפוח דה פקטו של חבלי ארץ מן השטח הכבוש.
4. אין חולק שמדינת ישראל זכאית להגן על שטחה מפני סיכונים ממשיים הנובעים מן השטח הכבוש. ואם החליטה ממשלת ישראל כי הגנה זו תתבצע באמצעות הקמת חומת ביטחון הרי שזו החלטה סבירה במסגרת סמכותה השירורית, אך משהחליטה הממשלה כי החומה תחדור אל השטח הכבוש, תנגוס ממנו על ימין ועל שמאל, תתעקל בתוכו ותיצור מובלעות מבודדות של ארץ ותושבים, חרגה ממשלת ישראל מסמכותה ופגעה במשפט הבינלאומי המינהגי שהינו חלק בלתי נפרד ממשפט הארץ. הגנה ביטחונית על תושבי מדינת ישראל אינה עילה להפקעת קרקעות, בניית חומות, סלילת כבישים, עקירת פרדסים וביצוע שינויים קבועים וארוכי טווח בשטח הכבוש. חומת הפרדה, על שלל שמותיה, אמורה להפריד בין השטח עליו חל המשפט, השלטון והמינהל הישראליים לבין השטחים הכבושים שהם מהות מדינית ומשפטית שונה לחלוטין. מהילת השטחים הכבושים בתחומי מדינת ישראל באמצעות חומת הפרדה היא פסולה - יש בה הפרת חובות רציניות של מדינת ישראל כלפי השטחים הללו.
5. לא תהיה זו חשיפת סוד כמוס אם נאמר כי כל חריגה של תוואי החומה מהקו הירוק (למעט סוגיית עוטף ירושלים שהיא מסובכת יותר משפטית בשל סיפוח מזרח העיר ועל-כן אין העתירה עוסקת בחלק זה של פרויקט חומת הפרדה), נועדה לכנס התנחלויות יהודיות המצויות בעומק השטח הכבוש אל השטח המגודר בחומת הפרדה וכך להפוך אותן חלק בלתי נפרד ממדינת ישראל, כאשר יחד עם ההתנחלויות נסחפים אל תחומי

המדינה שטחי קרקע ואוכלוסייה של השטח הכבוש, אך כדי למנוע סכנות הנשקפות מהם, מקיפה החומה המתפתלת כנחש טבעות את שטחי מחייתם של תושבי השטחים, מבודדת אותם מתחומי מדינת ישראל מחד ומן השטחים מצד שני וכאמור, הכל כדי לפרוש את כנפי החומה על התנחלויות שמלכתחילה הקמתן הייתה לכל הפחות בעייתית ומוקשה על פי כללי המשפט הבינלאומי. כך נוצר מצב אבסורדי שהפרייקט העצום הזה, שעלותו מיליארדי שקלים חדשים, מותיר מצידו המערבי אלפי תושבים פלסטינים שהחומה אמורה הייתה לחצוץ בינם לבין מדינת ישראל.

6. בנוסף ולא פחות חשוב, הפגיעה הקשה שהחומה, בחלקיה החורגים מהקו הירוק, פוגעת בזכויות יסוד של אזרחים מוגנים – המוצאים עצמם בתוך מובלעות מוקפות חומה, הנדרשים לאישורים מסוגים שונים על-מנת להיכנס ולצאת ממקומות היישוב בהם הם חיים, המופרדים מאדמותיהם וממקורות פרנסתם, המאבדים כליל את חופש התנועה שלהם ואת קשריהם עם מקומות היישוב המעניקים להם שירותי רפואה, חינוך ומסחר – הופכת את הסטיות הללו מתוואי הקו הירוק לפרייקט שהלכה למעשה מהווה ענישה קולקטיבית, בלתי חוקית ובלתי מוסרית. וגם מכוח הפגיעה הזו בזכויות אדם של מי שמוצאים עצמם בין הגדר לבין הקו הירוק, מדובר בהפרה של המשפט הבינלאומי בשדה דיני התפיסה הלוחמתית שלו.

7. וטענה נוספת, שלישית, בפינו והיא שהלכה למעשה כל סטייה מהקו הירוק של חומת ההפרדה, בשים לב למימדי העבודות המבוצעות במסגרת הפרייקט (החפירות, הסלילות, הבנייה וההצבה של מבני קבע) – מהווה סיפוח דה-פקטו של השטח שממערב לחומה לתחומי מדינת ישראל. כמובן, והדבר הוא עקרון בסיס של דיני המלחמה, שסיפוח שכזה הנעשה בכוח הזרוע הינו בלתי חוקי ומהווה אף הוא הפרה של המשפט הבינלאומי.

8. על-כן ומכל הטעמים הללו, עתירה זו מכוונת לאותם הקטעים של חומת ההפרדה שבנייתם אושרה על-ידי הגורמים הרלבנטיים אך הם טרם נבנו, והם חורגים מגבולות הקו הירוק. יחד עם-זאת, העתירה רואה באופק את הכוונות לאשר תוואים פולשניים עוד יותר מאלו המצויינים במפת שלבים א' ב' ו-ג' המצורפת (כנספח א') וזאת עבור השלבים הבאים של חומת ההפרדה. מן הסתם ההכרעה בעתירה זו בנוגע לקטעי החומה הספיציפיים, שהצו המבוקש בעתירה מתייחס אליהם, תחייב ותנחה גם לגבי השלבים שטרם אושרו.

9. ולבסוף, הפגיעה הפיזית בתושבי המובלעות הולכת יד ביד עם השחתה של המשפט אשר עוצב כדי לנהל את מרחב התפר ואשר יוצר הלכה למעשה תושבים משני סוגים במרחב זה: "ישראלים" המוגדרים בהכרזה על סגירת שטח כמי שהם אזרחי ישראל, תושבי ישראל ומי שזכאים לאזרחות לפי חוק השבות(!), ואשר עליהם לא חלה ההכרזה והם חופשיים לנוע במרחב, ממנו ולתוכו; ואחרים (למעשה: פלסטינים) אשר עליהם חלה ההכרזה והם חייבים בהיתרים מסוגים שונים כדי להיכנס למרחב, לעבוד בו, ללון בו ולצאת ממנו.

10. הבה נגדיר נכונה את המבנה המשפטי שמתואר בשמו המלא: רשת ההכרזה והצווים טוויס במרחב התפר אפרטהייד משפטי בלתי נסבל, בלתי חוקי ובלתי מוסרי. הנה כי כן המבנה הטופוגרפי המפלה והמעיק ניצב על פני תשתית נורמטיבית מבישה שאין לה אח ורע במשפט הישראלי.

## 2. רקע עובדתי

### **א. הצדדים לעתירה**

11. העותרת, עמותת המוקד להגנת הפרט, הינה ארגון לא ממשלתי הפועל "לספק סיוע לאנשים שנפלו קורבן למעשי אלימות, התעמרות או קיפוח זכויות בסיסיות מצד רשויות המדינה ... וכן להגן על הזכויות הבסיסיות בכל דרך נוספת, כולל פנייה לערכאות, ובכלל זה – עתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בין בשמו של אדם הטוען כי זכות בסיסית שלו נפגעה ובין כעותר ציבורי עצמאי".
12. המשיבה מספר 1 היא ממשלת ישראל אשר ביוני 2002 החליטה להקים מכשול הפרדה בין ישראל לגדה המערבית ואשר הסמיכה את המשיבים 2 ו-3, ראש הממשלה ושר הביטחון, לקבוע את התוואי המדוייק של המכשול, בין בעצמם ובין בקבינט הביטחוני.
13. המשיב מספר 4, מינהלת מרחב התפר, הינו גוף ממשלתי בינמשרדי מקצועי, אשר הוקם בהחלטת הקבינט הביטחוני-מדיני בישיבתו בחודש אפריל 2002, ואשר בראשו עומד מנכ"ל משרד הביטחון. תפקיד המשיב מס' 4 הוא לבצע את החלטת הממשלה לפי התוואי שמאושר על-ידי משיבים 2 ו-3 או הקבינט הבטחוני.
14. המשיב מספר 5 הינו המפקד הצבאי בגדה המערבית, האחראי הן על הביטחון והן על מרקם החיים האזרחיים בשטחים הכבושים.

### **ב. פרויקט חומת ההפרדה (או: מכשול ההפרדה)**

#### **ההליכים לאישור הקמתה**

15. הרקע להחלטה על הקמת המכשול הן החלטות שונות של ממשלת ישראל על יצירת חיץ – בדרגות שונות של אפקטיביות - שלא יאפשר לפלסטינים מעבר בלתי מבוקר לתחומי מדינת ישראל. כך במרץ 1996 החליטה ממשלת ישראל על הקמת מחסומים קבועים לאורך מרחב התפר תוך חסימה של דרכי מעבר חלופיות. כך הוחלט בשנת 1997 על פריסת כוחות מג"ב לאורך מרחב התפר וכך הוחלט בנובמבר 2000 על הקמת "מכשול נגד כלי רכב".
16. ביוני 2001 הורה המשיב מס' 2 על הקמת צוות היגוי בראשותו של ראש המועצה לביטחון לאומי, האלוף עוזי דיין, שתפקידו לגבש תכנית חדשה למניעת חדירה של פלסטינים דרך מרחב התפר פנימה לתוככי הקו הירוק.
17. ביום 18.7.2001 הוגשו המלצות צוות ההיגוי לקבינט הביטחוני אשר אימץ אותן. בין ההמלצות נכללה המלצה על הקמת "מכשול" נגד בני-אדם בקטעים נבחרים של מרחב התפר בהם רמת הסיכון גבוהה (ראו: מבקר המדינה, דו"ח ביקורת בנושא מרחב התפר, דו"ח מספר 2 (ירושלים, יולי 2002), עמ' 10-12, מצ"ב ומסומן נספח ג').

18. ביום 14.4.2002 התכנס הקבינט שנית בכדי לדון בהמלצה על הקמת מכשול נגד בני-אדם, שדבר לא נעשה עד אז כדי ליישמה. הקבינט החליט באותו יום על הקמת מכשול קבוע נגד בני-אדם במרחב התפר. באותה החלטה נכללה גם הקמתה של מינהלת מרחב התפר – היא המשיבה מס' 4.
19. בחודש יוני 2002 הובאה בפני ממשלת ישראל הצעה מפורטת להקמת מכשול קבוע נגד בני אדם מהקצה הצפון-מערבי של הקו הירוק (סמוך לכפר סאלם) ועד להתנחלות אלקנה בדרום (להלן: "שלב א'"), וכן הצעה מפורטת ביחס לתוואי המכשול באזור ירושלים (להלן: "עוטף ירושלים").
20. ביום 23.6.2002 אישרה ממשלת ישראל את הצעת מינהלת מרחב התפר באופן עקרוני, תוך הסמכת המשיבים 2 ו-3 לקבוע את התוואי המדוייק. עוד נקבע בהחלטת הממשלה כי במידה ויתגלעו חילוקי דיעות בין משיבים אלה, יועבר הנושא להכרעת הקבינט הביטחוני (החלטת ממשלה מס' 2077, מצ"ב ומסומנת נספח ד').
21. ביום 14.8.2002 אישר הקבינט את התוואי הסופי לשלב א', שכלל 96 ק"מ בין סאלם לאלקנה ועוד 20 ק"מ במסגרת עוטף ירושלים.
22. בתחילת דצמבר 2002 אישר הקבינט את תוואי שלב ב', אשר משתרע מסאלם מזרחה לאורך הקו הירוק ואז דרומה מאל-מוטילה ועד תיאסיר.
23. בחודש יולי 2003 הסתיימו ברוב האזורים העבודות להקמת המכשול בשלב א' שלו, למעט בניית המכשולים המשניים (המסומנים בקו מקווקו במפה נספח א').
24. למיטב ידיעת העותרת טרם הופקעו הקרקעות הדרושות להקמת המכשול בקטע אל-מוטילה-תיאסיר וכן טרם הוחל בעבודות בנייה לצורך הקמת המכשול המשני של שלב א', למעט ממערב לבקת א-שרקיייה ונזלת עיסא, בו החלו כבר העבודות.

#### מהו המכשול

25. על טיבו של המכשול אפשר לעמוד מקריאה באתר האינטרנט של מינהלת מרחב התפר (משיבה מס' 4) - <http://www.seamzone.mod.gov.il/Pages/Heb/mahut.htm>. על-פי השרטוט המופיע באתר, המכשול מורכב מגדר אלקטרוני במרכזו עטופה משני צידיה במערך של כבישי פטרול, דרכי טשטוש, גדרי תיל ותעלות. סה"כ רוחב המכשול נע בין 50 ל-60 מטרים. עם זאת, במקומות מסויימים עלול המכשול להגיע לרוחב של 100 מטרים (כך לפי תשובת המדינה בבג"צ 7784/02, סאאל עווני עבד אל האדי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בפיסקה 23).

תרשים המכשול הלקוח מאתר המשיבה 4, מצ"ב ומסומן נספח ה'.



26. באזורים מסויימים נבנה, כחלק ממכשול ההפרדה, קיר גבוה נגד ירי (באיזור קלקיליה ובאזור טול-כרם למשל).

27. בנוסף, תכנית מכשול ההפרדה כוללת מכשולים משניים שהם מכשולי "עומק" הכוללים תעלות וגדרי תיל ואשר מקיפים ישובים פלסטיניים (ראו בטול-כרם ושלושה יישובים ממזרח לאום אל פחם כדוגמא) על-מנת לנתב את התנועה האנושית אל ומהיישובים הללו למעבר מבוקר – **גם כשמדובר בתנועה מזרחה לעומק השטחים הכבושים**.

28. ביום 8.9.2003, שיגרו הח"מ, בשם העותרת, מכתב למשיבים 2 ו-3 וליועץ המשפטי לממשלה בדרישה שלא לאשר תוואי החורג מהקו הירוק. עד להגשת העתירה נתקבלו רק אישורים מהנמענים על קבלת המכתבים אך לא נתקבל מענה לגופו של עניין.

עותק של המכתב ושל אישורי הקבלה מצ"ב ומסומן **נספח ו' 1 – 5'**.

29. ביום 1.10.03 אישרה הממשלה את תוואי שלב ג' ו-ד'.

#### **משמעויותיו של פרויקט מכשול ההפרדה**

30. עבור מדינת ישראל, פרויקט מכשול ההפרדה הינו מפעל אדיר מימדים שעלותו - בימים שהם ימים קשים לכלכלה - מיליוני שקלים לכל קילומטר ומיליארדי שקלים חדשים בסך-הכל.

31. בנוסף להשלכות הכלכליות, הקטעים החורגים של המכשול מקטינים את האפקטיביות הביטחונית שלו באשר הם יוצרים מצב שבו עשרות מקומות ישוב פלסטיניים נותרים ממערב למכשול. אמור מעתה: "מכשול ההפרדה החלקית".

32. היות והתוואי של מכשול ההפרדה, כפי שאושר, אינו צמוד לקו הירוק אלא פולש לתוך השטחים הכבושים במספר רב של נקודות, הפרוייקט פוגע באופן בלתי הפיך בזכויותיהם של מאות אלפי פלסטינים אשר אדמותיהם הופקעו או יופקעו, שהגדר תחצוץ בינם לבין אדמותיהם, שיישובם יהפוך למתקן כליאה ממנו אין יוצא ואליו אין בא ללא אישור הצבא, וכאלו שיישובם נכלא בין החומה לבין הקו הירוק.

33. על-פי הערכת ארגון זכויות האדם "בצלם", **שלב א' לבדו** פוגע בלמעלה מ-210,000 תושבים פלסטינים, המתגוררים ב-67 יישובים, באופן הבא:

- 13 יישובים (בהם מתגוררים כ-11,700 תושבים), יהפכו למובלעות שיהיו כלואות בין המכשול לבין הקו הירוק (כלומר: הגדר תעבור ממזרח ליישובים).
- 19 יישובים, בהם מתגוררים 128,500 תושבים פלסטינים, ייקלעו בין המכשול לבין המכשול המשני ויהפכו למובלעות מבודדות.

- 36 יישובים נוספים ממזרח למכשול ההפרדה או למכשול המשני, בהם מתגוררים 72,200 תושבים, יופרדו מחלק משמעותי מאדמותיהם החקלאיות, שיוותרו ממערב לאותם מכשולים.

כל האמור, כתוצאה מהקמת הגדר בשלב א' בלבד.

דו"ח בצלם "הגדר הרעה: הפרת זכויות אדם כתוצאה ממכשול ההפרדה", אפריל 2003  
מצ"ב ומסומן נספח ז'.

34. מעבר למשמעויות הברורות מבחינת זכויות הקניין והפגיעה בחופש התנועה שישפיעו מיידית על האוכלוסייה הפלסטינית, **כתוצאה מחדירת המכשול לתוך הקו הירוק ולא כתוצאה מעצם הקמת המכשול**, יוצר מכשול ההפרדה פגיעה בכל תחומי החיים האזרחיים, שכן הוא מפריד בין מורים לבתי הספר בהם הם מלמדים, בין צוותים רפואיים למרפאות המקומיות, ובין אזרחים כפריים לערים המעניקות להם שירותים ופעמים רבות בין בני משפחה לבין עצמם.

35. המכשול המשני יוצר מחנות הסגר דה פקטו אשר בינם לבין המכשול העיקרי יצטופפו תושבי הערים והכפרים שמכשולים אלו מקיפים אותם וינתקו אותם מיתר חלקי הגדה.

36. על המשמעויות האזרחיות, הכלכליות והאחרות של חדירת המכשול לתוך תחומי הגדה המערבית נכתבו מספר דוחות של ארגונים בינלאומיים ושל ארגוני זכויות אדם ישראלים ופלסטיניים. אנו מצרפים חלק קטן מהם לעתירה זו:

- דו"ח UNRWA (סוכנות הסיוע לפליטים הפלסטינים של האו"ם) – Impact of the First Phase of the Security Barrier on the Qalquliya, Tulkarm and Jenin districts, מצ"ב ומסומן נספח ח'.

- דו"ח OCHA (משרד האו"ם לתיאום של עניינים הומניטריים – UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs) על חומת ההפרדה, מחודש יולי 2003, מצ"ב ומסומן נספח ט'.

- דו"ח מעדכן של ה-OCHA מחודש אוגוסט 2003, מצ"ב ומסומן נספח י'.

37. בניית המכשול מצריכה תפיסת קרקעות והריסת מטעים, פרדסים ושדות בהיקף עצום. ע"פ הערכת בצלם (ראו בנספח ז', עמ' 16) וארגון זכויות האדם הבינלאומי אמנסטי, 11,500 דונמים כבר נתפסו ונהרסו – ראו באתר האינטרנט של הארגון דו"ח שכותרתו: Surviving Under Siege: The Impact of movement Restrictions on the right to work

<http://web.amnesty.org/library/index/engmde150012003>

38. תפיסות הקרקע בוצעו על-ידי צווי תפיסה לצרכים צבאיים שתוקפם עד דצמבר 2005 (תוך כוונה מוצהרת להאריך את תוקפם).
39. בנוסף להשלכות הקשות על חיי התושבים הפלסטינים ועל זכויותיהם, המכשול יוצר סיפוח דה פקטו של השטחים המצויים ממערבו, בינו לבין הקו הירוק, לשטחה של מדינת ישראל.
40. הלכה למעשה, יוצר המכשול קו גבול. המכשול מפצל את מדינת ישראל והשטחים הכבושים מחדש לשני חבלי ארץ נפרדים שלכל אחד מהם מרחב פנימי רציף – מבקעת הירדן וצפון ים המלח במזרח ועד למכשול ומהמכשול עד לים התיכון.
41. הגדר יוצרת על כן שטחי קרקע ואוכלוסייה שיצטופפו במחנות ההסגר מוקפי הגדר כאשר הם צופים בשכניהם תושבי ההתנחלויות, הנהנים מחירות תנועה בלתי מוגבלת וזכויות אזרחיות ומשפטיות השוות לחלוטין לזכויות תושב ואזרח במדינת ישראל. המשמעות הערכית של יצירת מובלעות אלה היא חמורה ביותר - מדובר בהנהגת משטר אפליה מן הסוג הגרוע ביותר, שבו יישוב אחד הוא בבחינת מחנה הסגר של תושבים חסרי אוניס ועל ידו התנחלות מיושבת אנשים חופשיים ועצמאיים. לא קשה גם לנחש כי תוך זמן קצר יהפכו תושבי המובלעות לכורתי עצים ושואבי מים לשכניהם המתנחלים.

### 3. הטיעון המשפטי

#### *א. הטיעון בקצרה*

42. נקודת המוצא לבחינת חוקיות המכשול בקטעיו החורגים מהקו הירוק, היא כי אין חולק על זכותה של מדינה להקים גדר גבול, וזכותה להקיפו באמצעים שונים ומגוונים שנועדו למנוע מכלי רכב ומבני אדם לעבור באורח לא חוקי ולהסתנן לתוכה.
43. אלא שגדר הפרדה לגיטימית ורצויה הפכה לגדר חסרת רסן, החודרת אל עומק השטחים הכבושים מפקיעה, מבודדת, מנשלת ופוגעת בזכויות התושבים שם ויוצרת משטר משפטי של הפרדה על בסיס מוצא לאומי.
44. טענת העותרת הינה כי מכיוון שתכליתה המוצהרת של הגדר, באיזורים בהם היא פולשת אל תוך השטחים הכבושים, היא לתת מענה ביטחוני לחשש מפני חדירת גורמים עוינים **להתנחלויות יהודיות הנמצאות אף הן בשטח הכבוש**, ולשם כך היא פורשת את כנפיה עליהן וכונסת אותן למעשה לתחומי מדינת ישראל – הרי שהיא בלתי חוקית, מנוגדת לעקרונות הבסיסיים ביותר של המשפט הבינלאומי וקונקרטיית להוראות דיני התפיסה הלוחמתית, ובנוסף מהווה סיפוח דה פקטו שהינו אסור בתכלית.
45. בנוסף ולחילופין, תטען העותרת כי גם מבלי שהאיסור על בניית המכשול ינבע ישירות מדיני הכיבוש והמלחמה, בבחינת חריגה מסמכות הניהול של שטח כבוש על-ידי המעצמה הכובשת, הרי שהפרוייקט הינו בלתי חוקי ומפר את דיני התפיסה הלוחמתית בשל משמעויותיו הפוגעניות בזכויות של אזרחים מוגנים.
46. לבסוף, אך לא פחות חשוב, נביא טיעון כנגד המשטר המשפטי המתלווה להקמת החומה, אשר מבקש לבצע אבחנה על רקע מוצא לאומי ויוצר אפרטהייד בלתי חוקי ובלתי מוסרי אשר בית המשפט הנכבד מתבקש לפוסלו באופן מוחלט.
47. להלן נביא ניתוח משפטי של הסמכויות מכוחן יכולים המשיבים לטעון כי הם פועלים ותשובתנו לטענות אלו.
48. טיעוננו יתבסס, כאמור, על הוראות המשפט הבינלאומי הנוגעות לתפיסה לוחמתית. במידה ובית המשפט יסבור שהדבר נחוץ, אנו מתחייבים לספק טיעון מפורט לסוגיית היות אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בעיתות מלחמה משנת 1949 וחלקים נרחבים של הפרוטוקולים שלה שנחתמו ב-1977, במעמד של משפט בינלאומי מינהגי אכיף. איננו מצרפים טיעון זה לכתב עתירה זה, מכיוון שלהבנתנו, אין חילוקי דיעות בדבר תחולתן של ההוראות הרלבנטיות לעתירה זו מתוך המסמכים המוזכרים.
49. נפנה אם-כן, לטיעון המשפטי המניח את מינהגיותם של האמנה והפרוטוקולים.

#### **ב. אי-חוקיות הקמת המכשול בתוך תחומי השטח הכבוש – היעדר סמכות**

## כללי:

50. חדירת חומת הפרדה אל תוך תחומי השטח הכבוש הינה בלתי חוקית משלושה טעמים עצמאיים, שעניינם היעדר סמכות וחריגה מסמכות:

- ראשית, מדובר בפרוייקט שייעודו שינוי קבוע (או לכל הפחות: ארוך טווח) של הסדרים הנהוגים בשטח כבוש בניגוד לסמכויות הניהוליות המוקנות למעצמה הכובשת;
- שנית, הפרוייקט מחייב הפקעה של אלפי דונמים של קרקע פרטית ושימוש באלפי דונמים נוספים של אדמות מדינה וכן הריסה של מבנים ועקירה של שדות, מטעים ופרדסים, וכל זאת שלא לצרכי ביטחון הכח הכובש או המעצמה הכובשת אלא לצרכי ביטחון המתנחלים, בניגוד לעילות המאפשרות הפקעה והריסה;
- שלישית, הפרוייקט, בחלקו החורגים כאמור, יוצר הלכה למעשה סיפוח אסור של שטח כבוש וגם מטעם זה הוא בלתי חוקי.

51. שלושה טיעונים אלו מתבססים על העקרונות הכלליים של המשפט הבינלאומי בשדות הרלבנטיים ועל ההוראות הקונקרטיות שמצויות בכללים הנספחים לאמנת האג הרביעית בדבר חוקיה ונהגיה של הלוחמה ביבשה משנת 1907, אמנת ג'נבה הרביעית והפרוטוקולים הנספחים לה.

52. נזכיר רק שעקרונות כלליים של המשפט הבינלאומי הם מקור משפטי מרכזי בחשיבותו של המשפט הבינלאומי (ראו סעיף 38 לחוקת בית המשפט הבינלאומי לצדק (ICJ), הקובע במפורש כי עקרונות כלליים הם מקור משפטי של המשפט הבינלאומי).

53. בנוסף תטען העותרת כאמור לעיל כי המשטר המשפטי שהוחל על האיזור שבין החומה והקו הירוק – סגירת השטח באמצעות הכרזה ויצירת משטר של היתרים שרק פלסטינים חייבים בהם – מהווה משטר אפרטהייד פסול.

### עקרונות כלליים: המעצמה הכובשת כגורם ניהולי ומינהלי ולא כריבון

54. המשפט הבינלאומי בחלקו העוסק בדיני התפיסה הלוחמתית, מושתת על שני עקרונות בסיסיים המאזנים זה את זה ומהווים עקרונות-על המשרטטים את דמותם של הכובש והנכבש והקובעים את מערך החובות והזכויות החל ביניהם: **העקרון הראשון** קובע כי המעצמה הכובשת היא האחראית לסדר ולביטחון (ולא ניכנס לוויכוח שנולד עקב הביטוי *vie public* המצוי בגירסה הצרפתית של כלל מספר 43 לכללי האג ואשר מרחיב את אחריות המעצמה הכובשת למישורים נוספים של החיים האזרחיים, אלא נניח כי כך הדבר); **העקרון השני** קובע כי אין בתפיסה לוחמתית משום הפיכת המעצמה הכובשת

לריבון בשטח הכבוש שכן אין קונים זכויות משפטיות בשטח על דרך של כיבוש צבאי. ידועה בהקשר זה אימרתו של המלומד Oppenheim לפיה בתפיסה לוחמתית "אין אטום אחד של ריבונות" -

("The Legal Relations Between an Occupying Power and the Inhabitants", 33 L.Q.R., 363, 364 (1917).

55. המשפט הבינלאומי של דיני התפיסה הלוחמתית יצר, אם-כן, מוסד משפטי ייחודי אשר הרציונאלים העומדים בבסיסו מבקשים להתמודד עם המציאות ועם מצבם של נכבשים חסרי-זכויות על דרך של הענקת סמכויות ביטחוניות ומינהליות למעצמה הכובשת מחד, ומניעת סיפוח זוחל על-ידי הבחנה חדה וברורה בין מעמדו של כובש למעמדו של ריבון, מאידך.

56. בהתאם לעקרונות-על אלו, אמנת ג'נבה, כללי האג ודיני הכיבוש בכללם יצרו מעשה מרכבה עדין של ממשל צבאי אשר מחוייב לדאוג לצורכי האוכלוסייה הנכבשת בכל התחומים האזרחיים מחד, והינו בר הסמכא הביטחוני אשר בידו הכח לשפוט ולהעניש אזרחים הפוגעים בביטחון ופועלים כנגד חיילי המדינה הכובשת ואזרחיה, מאידך.

57. בהתאם לקווי המתאר של שני עקרונות-על אלו, תקנות אמנת האג סובבות סביב שני צירים של הפעלת סמכות: מימוש האינטרסים הביטחוניים של המעצמה הכובשת ומימוש האינטרסים האזרחיים של האוכלוסייה בשטח המוחזק (ראה בג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לז(4), בעמ' 794), או כהגדרתו של פרופ' דינשטיין - "שני קטבים מגנטיים של צורך צבאי מחד גיסא ושיקולים הומניטריים מאידך גיסא" (י' דינשטיין, "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים" **עיוני משפט** (תשל"ב-ל"ג) 505, בעמ' 509). שני צירים או קטבים אלו, באים לידי ביטוי בנורמת "על" כללית של תקנות האג, כפי שכינה אותה כב' השופט ברק (כתוארו אז) בבג"צ 393/82 הנ"ל (עמ' 797 מול האות א'), והיא תקנה 43 לתקנות האג האומרת:

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

(הנוסח העברי של פרופ' דינשטיין ממאמרו הנ"ל בעמ' 506, התקבל ואומץ בבג"צ 202/81 סביב ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לו (2) 622 בעמ' 629).

58. הפרשנות שנתקבלה בפסיקה לתקנה זו, קובעת שהסמכות להבטיח את "הסדר והחיים הציבוריים" טומנת בחובה הן את צורכי הביטחון של הממשל הצבאי והן את צרכיה של האוכלוסייה האזרחית המקומית (בג"צ 393/82 הנ"ל בעמ' 797).

59. בבג"צ 393/82, בו נדונה תכנית לסלילת כבישים מהירים שאישרה ועדת התכנון העליונה, סיכם כב' השופט ברק את ההלכות בדבר השיקולים שחייב הממשל הצבאי לשקול בבואו לבצע פעולות שלטוניות בשטח המוחזק על-ידו. בין היתר קבע כב' השופט ברק כי:

*"אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרסים של האוכלוסייה המקומית... אזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אינו שדה פתוח לניצול כלכלי או אחר... אין תכנון וביצוע אלה יכולים להעשות אך כדי לשרת את המדינה המחזיקה"*

(עמ' 794-795).

60. הדברים המצוטטים נאמרו בהקשר של תכנית שאמורה היתה לחול על אדמות פרטיות, אולם תקנה 55 לתקנות האג, המצויה אף היא בפרק השלישי לתקנות שכותרתו: "Military Authority Over the Territory of the Hostile State" ושפותח בתקנה 43 הנ"ל, שהיא כאמור נורמת "על" כללית, מוסיפה את אדמות המדינה לרשימת הנכסים שניהולם ייעשה ע"י הממשל הצבאי תחת ההגבלות האמורות.

61. פסיקתו של בית משפט נכבד זה הדגישה ללא יוצא מן הכלל כי בצד סמכויות המשיבים לנהל את החיים הציבוריים בשטחים הכבושים, הרי שאך ורק הנימוק הביטחוני מתיר הפעלת סמכויות המשיבים מן הסוג שהוא נשוא העתירה דנן. כשלו הנימוק הביטחוני הביא לביטול החלטה בדבר הקמת ההתנחלות אילון מורה. (ראה בג"צ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (1) 1).

העותרת תטען כי החלטות המשיבים בוודאי אינן יכולות להסתמך על ציר הסמכות השני שהתווה כב' השופט ברק בבג"צ 393/82 הנ"ל, והוא הסמכות הכללית לנהל את הסדר והחיים הציבוריים באזור וזאת שכן פרויקט הקמת החומה נועד לשרת את המעצמה הכובשת ולא את האזרחים המוגנים של השטח הנכבש, אשר למענם קיימת הסמכות לפעול בצידה המסדיר את החיים האזרחיים.

בנוסף ובאותו הקשר ייאמר שאמנת האג הרביעית ותקנוניה ביקשו לעגן את סמכות הממשל הצבאי על האוכלוסייה הנכבשת ולהגן עליה מפני שרירות פעולותיו. על-כן יש להתייחס בצמצום יחסי לעוצמה שבה מותר לממשל זה לשרת את האינטרסים של גורמים זרים לשטח המוחזק, כגון אזרחי ארץ הדגל של הממשל. אין זאת-אומרת שעליו להותיר אוכלוסייה אחרונה זו לאנחות, כמובן, אך בוודאי לא להעדיפה באופן מוחלט על האוכלוסייה המקורית של השטח הכבוש ולנקוט אמצעים שיש בהם פגיעה קיצונית באוכלוסייה המקומית בתואנה של הגנה על אוכלוסיית המדינה הכובשת. תואנה כזו מעוררת חשד כבד של אפליה פסולה ושל דחיקת רגלי האוכלוסייה המקומית בפני מי שמקורב באו בברכת הכובש. במקרה דנן אין המשיבים מצליחים לפזר חשד כבד זה.

היפוכו של דבר, הכל מלמד כי בפנינו יצירת משטר הפרדה והעדפה, משטר אפרטהייד המסווה עצמו בתואנות ביטחוניות.

### הוראות קונקרטיות – איסור פגיעה בקניין, בתנועה בפרנסה

62. על רקע עקרונות היסוד בדבר סמכויותיה של מעצמה כובשת על השטח התפוס על-ידה בתפיסה לוחמתית ואשר פורטו לעיל, נקבעו בדיני הכיבוש מספר הוראות קונקרטיות המגבילות את יכולתה של המעצמה הכובשת לפגוע בזכויות של האזרחים המוגנים.

63. בענייננו, כפי שנאמר בפרק הקודם, הקטעים החורגים של מכשול ההפרדה פוגעים בזכויותיהם של מאות אלפי אזרחים מוגנים בכל התחומים, וביניהם בזכויות הקניין, בחופש התנועה וביכולת הפרנסה.

64. זכויות היסוד הליברליות הקלאסיות לא פסחו על דיני התפיסה הלוחמתית ועל-כן גם לא נשללו מאזרחי השטח התפוס. דיני הכיבוש הבינלאומיים המודרניים שינו באורח מוחלט את מערך הזכויות והחובות שביחסים בין כובש לאוכלוסייה נכבשת, כפי שאלה היו עד המאה ה-19 וניסוח כללי האג (שהדעה המקובלת היא כי הם העלו על הכתב משפט בינלאומי מינהגי שכבר היה קיים). הם נועדו בראש ובראשונה להגנת האזרחים הנכבשים תוך הענקה של זכויות רבות אשר מקורן בפילוסופיית זכויות האדם שהתפתחה במקביל:

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

...

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



*territory and limits the authority of the occupying power”*

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

65. “מגילת הזכויות” של האזרחים המוגנים כוללת, אם-כן, זכויות רבות כשהמרכזית שבהן היא הזכות לחיים ולכבוד המצויינים בסעיפים 27 לאמנת ג'נבה הרביעית ו-75 לפרוטוקול הראשון.

66. גם משפט זכויות האדם הבינלאומי מגן על זכויותיהם של מי שמצאו עצמם תחת כיבוש זר (על תחולתו של ענף זה בענייננו – בהמשך).

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

*“Family honour and rights’ the lives of persons **and private property**, as well as religious convictions and practice, **must be respected.**”*

**Private property cannot be confiscated”**

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

68. סעיף 23 (ז) של תקנות האג אוסר הריסת רכוש אויב או תפיסתו למעט במקרה של “צרכי מלחמה הכרחיים” (“imperatively demanded by the necessities of war”).

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

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

70. עינינו הרואות, הצורך הצבאי הוא התנאי בלעדיו אין לפגיעה בזכויות הקניין של תושבי השטח הכבוש וגם בהתקיימו אסורה ההפקעה באורח מוחלט וללא חריגים.

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

72. חופש התנועה והזכות להתפרנס בכבוד נגזרים אם-כן סימולטנית מחובת השבת הסדר והביטחון, מחובת הדאגה לצרכים הבסיסיים של התושבים ומהזכות לכבוד – שכמו במשפט הישראלי החוקתי כך גם בדיני התפיסה הלוחמתית – היא אם הזכויות וממנה נגזרות זכויות יסוד רבות נוספות.

#### היעדרו של צורך צבאי

73. טענת העותרת תהיה כי אינטרס "הצורך הצבאי" (או "הצורך הביטחוני"), המוכר במשפט ההומניטרי ובדיני הכיבוש כמאפשר פגיעה פרופורציונאלית בזכויות של אזרחים, כולל אינטרסים ביטחוניים של המעצמה הכובשת ושל הכח הכובש אולם לא של אזרחי המעצמה הכובשת שהחליטו להגר ולהתנחל בתוך השטח הכבוש. האינטרסים של אלו באים לידי ביטוי בסמכויות הניהול והשבת הסדר והביטחון בלבד, אשר כשלעצמם אינם יכולים לשמש מקור הסמכה לפגיעה בזכויות כה רבות של התושבים.

74. מבלי להיכנס לשאלה המאוד חשובה בדבר חוקיות התנחלויות של אזרחי מעצמה כובשת בשטח הכבוש (ועמדתנו החד משמעית היא כי מדובר בהפרה בוטה של המשפט המינהגי הבינלאומי – ראו: סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית), בידוענו שבית משפט נכבד זה סבר ועדיין סובר כי מדובר בשאלה בלתי שפיטה (ראו: בג"צ 4481/91 ברגיל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז (4) 210; בג"צ 3125/98 עבד אלעזיז מוחמד עיאד ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון ואח', פ"ד נה (1) 913), הרי שהעמדה המשפטית של בית משפט נכבד זה היתה מאז ומעולם כי ההצדקה היחידה לתפיסת שטח היא "צורך צבאי" וזו הופכת את התפיסה לחוקית גם אם קיימת מטרה נוספת, בלתי כשרה, בצידה:

*"העיקר הוא שמבחינת השיקול הביטחוני הטהור אין לפקפק בכך שנוכחותם בשטח מוחזק של ישובים – אפילו "אזרחיים" – של אזרחי המעצמה המחזיקה תורמת תרומה נכבדה למצב הביטחוני שבאותו שטח ומקילה על הצבא את מילוי תפקידו"*

(בג"צ 606/78 סלימאן תופיק אויב ו-11 אח' נ' שר הבטחון ו-2 אח', פ"ד לג (2) 113).

75. כמה שונים נראים הדברים היום. מאז נכתבו דברים אלו אין אדם אחד הסבור כי נוכחותן של התנחלויות יהודיות "תורמת תרומה נכבדה למצב הביטחוני" ובוודאי שהיא אינה "מקילה על הצבא במילוי תפקידו". הכל יודעים כי היפוכו של דבר - ההתנחלויות הן מעמסה בלתי נסבלת על הביטחון, ההגנה על ההתנחלויות מטילה על כוחות הביטחון נטל כבד ביותר ומקרה חומת הפרדה מהווה שיאה של הכבדה זו, כאשר מיקומן של ההתנחלויות מחייב הארכה בלתי סבירה לחלוטין של החומה ולרעתם ולמצוקתם של תושבי השטחים.

76. אולם כפי שאמרנו, איננו מבקשים מבית המשפט לקבוע בעתירה זו מסמרות בעניין חוקיותן או אי-חוקיותן של ההתנחלויות. בקשתנו היא כי ייקבע שפעולות של תפיסת שטחים והקמת מבנים והריסת רכוש, שכל כולן נועדו להזיז את גבולה האפקטיבי של מדינת ישראל כך שההתנחלויות יהפכו מכל בחינה שהיא חלק בלתי נפרד ממדינת ישראל ויגוררו עימן נתחי קרקע ואוכלוסייה מקומית, ההולכים אחריהם חסרי רצון ומשוללי זכויות לחיות לצידם במחנות הסגר, הן לא חוקיות וממשות את כל האסור משפטית אך גם מוסרית בהעברת תושבי המדינה הכובשת אל השטח הנכבש. יש בהן הדגמה קיצונית בחומרתה של ההשפעה המשחיתה שיש להקמת ריכוזי אוכלוסייה כובשת בליבה של האוכלוסייה הנכבשת. את הזכויות ואמצעי המיגון של הכובשים משלמים הנכבשים באובדן זכויות, בסגר, בהגבלות תנועה חמורות ובחיסול כלכלי מוחלט. כל מה שרע בהתנחלויות מן הבחינה המשפטית, דיני המלחמה ודיני זכויות האדם, החומה הפולשנית מעצימה עשרות מונים.

77. החומה המתפתלת, הפולשת והמנשלת אינה משרתת צורך צבאי. המשפט הבינלאומי מפרש את מושג ה"צורך הצבאי" תוך אימוץ המטרות הלגיטימיות של שימוש בכח 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-defence 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).

78. הנה כי-כן, "הצורך הצבאי" נגזר מהזכות להגנה עצמית של מדינות, וזה מתפרש על הגנת המדינה ומן הסתם גם הגנת הכח הלוחם עצמו. צורך צבאי אינו יכול להתפרש על הגנת תושבים החיים בשטח הכבוש כיוון שבעניינם קיימת הסמכות לנהל את ה"סדר" וה"חיים הציבוריים" בלבד. צורך צבאי גם אינו יכול לשמש, ובוודאי שלא באותה מידה של עוצמה, להגנה על גורמים זרים לשטח הכבוש, כגון מתנחלים, אשר להם בוודאי אין זכות קנויה על-פי המשפט הבינלאומי להתיישב בשטח הכבוש.

#### ג. אי-חוקיות הקמת המכשול – יצירת משטר המפלה באורח שיטתי ומשפטי

79. וגם זאת היא סיבה לפסול את החלטות הממשלה בדבר הקטעים החורגים ואת ההכרזה בדבר סגירת שטח והצווים הקשורים אליה שהוציא המשיב מס' 5 (נספחים ב'1–ב'4) - שהמשטר המשפטי שנבחר לקיים את מרחב התפר הוא משטר שמלכתחילה מוגדר כמתייחס באופן שונה ליהודים ולפלסטינים ויוצר הלכה למעשה משטר של אפרטהייד, שלא היה לו דוגמא ורע במשפט הישראלי על גלגוליו וטווח התפרשותו בישראל ובשטחים.

80. ההכרזה בדבר שטח צבאי קובעת כי לא תחול על "ישראלי". "ישראלי" מוגדר כמי שהינו אזרח ישראל, תושב ישראל וכן מי שזכאי לאזרחות ע"פ חוק השבות.

81. ההכרזה אוסרת על כל מי שאינו "ישראלי" להימצא במרחב התפר ללא היתר שהייה ומחייבת את תושבי המרחב הפלסטינים להגיש בקשה להיתר שהייה לתושב, לעובדים במרחב להגיש בקשה להיתר שהייה למורה / חקלאי / עובד רפואה / עובד ארגון בינלאומי וכד'. הפלסטינים בעלי אשרות שהייה השונות מורשים להיכנס ולצאת את מרחב התפר אך ורק דרך השערים המוגדרים בהכרזה.

82. משמעותם של ההכרזה והצווים היא כי המרחב הופך לשטח צבאי סגור עבור פלסטינים החיים שם מאות שנים, ואילו שטח פתוח שאין בו כל הגבלה על חופש התנועה עבור כל יהודי, לרבות יהודי התפוצות. מצב בלתי נסבל זה שמשמעותו היא גם כי למשל תושבי המרחב הפלסטינים אינם יכולים לקיים אירועים משפחתיים בביתם (שהרי אורחים וקרובים מחוץ למרחב לא יוכלו להגיע) – הופך את תושבי המרחב הפלסטינים לכלואים בסבך של דרישות וצורך בהיתרים לכל תנועה, בעוד שתושבי המרחב היהודים זכאים לנוע אליו וממנו כאוות נפשם וללא כל מגבלה.

83. בכך מצטרפת מדינת ישראל למשפחת המשטרים המוקצים בקהילה הבינלאומית שהפרידו והבחינו בין תושבים על-פי מוצאם הלאומי, ורק נאמר שמשטר זה הוא בלתי חוקי בעליל ומהווה בפני עצמו פשע בינלאומי.

84. וראו כמה איבד מנסח הצווים וההכרזה כל בוושה: בוים צאת ההכרזה והצווים אשר מחייבים את תושבי "מרחב התפר" (האיזור שבין החומה לקו הירוק) להגיש בקשה להיתר שהייה, חתם המשויב 5 גם על "צו בדבר הוראות בטחון (יהודה ושומרון) (מספר 378), התש"ל-1970, היתר כללי לכניסה למרחב התפר ושהייה בו". על-פי היתר כללי זה שלושה סוגים של בני אדם (מלבד אלה המוגדרים "ישראלים") רשאים להיכנס ולשהות במרחב כאוות נפשם מבלי לבקש היתר והם: תיירים, פלסטינים העובדים בהתנחלויות במרחב התפר, ופלסטינים בעלי אישור כניסה לישראל.

85. וכך, פלסטינים החיים את חייהם דורות על גבי דורות באדמתם שהפכה ל"מרחב התפר", שמעבדים את האדמה בזיעת אפם, שילדו וגידלו את ילדיהם במקום – אלו מחוייבים לגשת למשרדי המינהל האזרחי ולמלא טפסים ולבקש היתר שהייה באדמתם ובביתם ועולה החשש שאם ימצא כי מי מהם הוא בעל עבר בטחוני, תיחסס בפניו האפשרות להמשיך ולחיות על אדמתו ופתחנו בתהליך של טרנספר זוחל באמתלות ביטחוניות. ואילו תיירים שהגיעו מקצוות תבל, שזו להם אולי הפעם הראשונה שכף רגלם דורכת במזרח התיכון – הם מקבלים היתר אוטומטי, לא נדרשים לעמוד בתור בשעות הקבלה של המינהל האזרחי, זכותם לשהות על אדמת התושבים ברורה למשיב מס' 5. ולבסוף ניצבים חוטבי העצים ושואבי המים של ההתנחלויות, אותם פלסטינים המנוצלים על-ידי חומסי אדמתם בעבור שכר זעום, שכמיטב המסורת של משטרי הפרדה גזעית המאפשרים למשרתים להגיע אל אדוניהם, גם כניסתם שלהם אינה מעוכבת לבל ימצאו המתנחלים את עצמם ללא מי שינקה את מחראותיהם.

86. מי שמקים מערך של חומות ותעלות האמורות לחסום סוג אחד של אנשים ולהיות שקופים עבור סוג אחר, סופו, כפי שכאן אירע, בטוויית רשת פושעת ונבזית של צווים והכרזות אשר מבדילים בין בני אדם על בסיס מוצא ולאום ויוצר עולם של משרתים ואדונים, של בעלי זכויות וחסרי זכויות, ובכדי להשלים את המבנה הפיאודלי הוא בורר לעצמו מבין חסרי הזכויות את אלו שיעשו עבורו את עבודות הכפיים הבלתי נעימות. כך בדיוק עשה המשויב מס' 5 אשר לא עצר לרגע להביט במסמכים שהגישו לו יועציו המשפטיים ולא הבחין במפלצתיות הטמונה בהם.

87. קשה שלא להזכיר בהקשר זה את האמנה הבינלאומית בדבר דיכוי ושפיטה של פשע האפרטהייד מ-30 בנובמבר 1973, המגדירה בסעיף II (c) ו-(d) שלה כפשע אפרטהייד הפעלת אמצעים חקיקתיים שונים על קבוצות גזע שונות תוך פגיעה בזכויות של אחת.

88. ונצטט מתוך אמנת רומא שהיא חוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי, אמנה עליה חתמה מדינת ישראל אך לא אישררה. אמנה זו קובעת בסעיף 7(1)(h) כי פגיעה בזכויות אדם על-פי מפתח אתני מהווה פשע נגד האנושות:

*Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as*

*defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court;*

ו – Persecution מוגדר בסעיף 7(2)(g) כך :

*"Persecution" means the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity;*

89. הנה, פגיעה בזכויות יסוד על רקע זהות (בין היתר אתנית או לאומית) הינה מוגדרת כרדיפה, ורדיפה כזו הינה פשע נגד האנושות. אין ספק שרשת הצווים וההכרזה אכן פוגעים קשות בזכויות יסוד (לחופש תנועה, לקניין, לפרנסה, לחינוך, לבריאות ובעיקר לכבוד) ואין גם חולק שהן מופנות וחלות רק על מי שאיננו יהודי או תייר – קרי על פלסטינים.

90. בית המשפט אם-כן מתבקש בעניין זה לעמוד בפרץ ולחסום את ההתדרדרות הקשה בסטנדרטים המשפטיים והמוסריים של תחיקת הביטחון וההסדרים שאנו כמעצמה כובשת מחילים על תושבי השטח הכבוש.

91. גם אמנת ג'נבה, מכוחה מוסמך מלכתחילה המפקד הצבאי לחוקק בשטח הכבוש, אוסרת אפליה בין אזרחים בשטח הכבוש :

*"Whitout prejudice to the provisions relating to their state of health, age and sex, all protected persons shall be treated with the same consideration by the party to the conflict in whose power they are, **without any adverse distinction based, in particular, on race, religion or political opinion.**"*

(סעיף 27 פסקה שלישית; מן הראוי להדגיש שהסעיף מתייחס לאפליה פסולה בין אזרחים מוגנים וספק רב אם המתנחלים זכאים לסטטוס זה, מכל מקום האיסור לגבי אפליה בין תושבי השטח הכבוש לאזרחי המעצמה הכובשת שהתיישבו בו נגזר מסעיף זה ביחס של קל וחומר).

92. בית המשפט מתבקש אם כן להכריז כי הצווים וההכרזה נגועים באפליה פסולה ועל-כן בלתי תקפים.

ג. אי-חוקיות הקמת המכשול בתוך תחומי השטח הכבוש – פגיעה בזכויות מוקנות

93. העותרת סבורה כי הקמת חומת הפרדה בתוך תחומי השטחים הכבושים, במתכונת בו היא מוקמת, יוצרת פגיעה אנושה בחופש התנועה, בזכות לפרנסה ובמערכות החיים האחרות באופן שהופך את הפרוייקט כולו לבלתי חוקי באשר הוא מהווה:

א. ענישה קולקטיבית האסורה בדיני התפיסה הלוחמתית.

ב. פגיעה בלתי נחוצה בזכויות יסוד המעוגנות הן במשפט הבינלאומי של דיני התפיסה הלוחמתית והן במשפט זכויות האדם הבינלאומי ולבסוף במשפט המינהלי הישראלי.

94. את עקרונות האיסור על ענישה קולקטיבית, שאין ספק שהיא חלק מעקרונות היסוד של כל שיטת משפט אנושית וכל קוד מוסרי, מקיימים גם דיני המלחמה:

*Art. 33*

*No protected person may be punished for an offence he or she has not personally committed. Collective penalties and likewise all measures of intimidation or of terrorism are prohibited.*

(מתוך אמנת ג'נבה).

*Art. 50*

*No general penalty, pecuniary or otherwise, shall be inflicted upon the population on account of the acts of individuals for which they cannot be regarded as jointly and severally responsible.*

(מתוך הכללים הנספחים לאמנת האג).

95. בנוסף, הפגיעה שהחומה בחלקיה החורגים פוגעת בזכויותיהם של התושבים, אינה עומדת במבחנים שנקבעו במשפט זכויות האדם הבינלאומי לפגיעה לגיטימית בזכויות. הסיבה לכך היא כי אין פגיעה חוקית בזכויות יסוד ללא מילוי דרישה שהפגיעה תהיה האמצעי היחיד האפשרי, שאין לו תחליף ושהפגיעה אינה עולה על הנדרש (ומבחנים אלה מקובלים לא רק במשפט הבינלאומי אלא גם במשפט החוקתי של מדינות וכמובן ראו סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שלנו). במקרה שלפנינו, החרیגה של הגדר ממתווה הקו הירוק יוצרת פגיעה העולה על הנדרש, שכן ניתן להשיג את המטרה הלגיטימית של הגנה על מדינת ישראל ללא פגיעה בתושבי השטח הכבוש (או: פגיעה פחותה בהרבה) וזאת, כאמור, על-ידי הצמדת הגדר לתוואי הקו הירוק ואפשר עם

שינויים טכניים גרידא, הנובעים מתוואי קרקע, ולא דווקא אל תחומי השטח הכבוש אלא לעתים בהסגת הגדר אל תחומי מדינת ישראל.

**ד. אי-חוקיות הקמת המכשול בתוך תחומי השטח הכבוש – סיפוח דה-פקטו**

96. כפי שאמרנו לעיל, הקטעים החורגים יוצרים הלכה למעשה חלוקה מחדש של השטח שבין הים לנהר הירדן באופן שמתקיים מרחב רציף, נעדר מכשול / חומה / גדר, מהירדן ועד המכשול ומרחב רציף נוסף מהמכשול ועד לים.

97. להצבת המכשול יש השלכות כלכליות, תרבותיות, חברתיות ואחרות עמוקות מאוד. ניתוק הזיקה שבין התושבים ממערב לגדר לאלה שממזרחה יוצר ישות פוליטית חדשה.

98. מכאן שהלכה למעשה יוצר המכשול שינוי של קבע (או לכל הפחות: שינוי ארוך טווח) שמשמעותו היא סיפוח מעשי של הקרקעות המצויות בין המכשול לקו הירוק, לתחום השליטה המוחלטת של מדינת ישראל. משפט המובלעות שכבר חל באיזורים היהודיים של קרקעות אלה יהפוך לאבן שואבת של חקיקה ישראלית שתחול בו ומצאנו עצמנו מספחים אדמות שנתפסו בכח הזרוע.

99. ציטטנו לעיל מדבריו של המלומד אופנהיים על כך שאפילו "אטום של ריבונות" אין בתפיסה לוחמתית, ולא נראה לנו כי יש צורך בהעמסת ציטטות נוספות על עקרון זה, שהוא יסוד מוסד של דיני המלחמה המודרניים.

100. גם מטעם זה, פרויקט המכשול, בחלקיו החורגים, מנוגד לעקרונות המשפט הבינלאומי ודינו להתבטל.



## ואלה הטעמים לבקשה לצו ביניים:

101. פרוייקט הקמת המכשול הינו פרוייקט בלתי הפיך ברוב חלקיו. עץ זית שנעקר לא יישתל שוב, פרדס שנעקר לא ישיב את תנובתו אם יתברר כי העתירה היתה צודקת. הפרוייקט מחייב הריסה והפקעה וסלילה וחפירה וכל אלו משנים את הקרקע נשוא העתירה עד בלי הכר.

102. מן הראוי שעתירה זו תידון במהירות על-מנת שגם קובעי המדיניות יידעו מה מותר ומה אסור במסגרת פרוייקט זה ועד שדבר זה יקרה נכון יהיה להקפיא את המצב הקיים ולא לאפשר פגיעה באדמות ובנכסים. על-כן מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא תחת ידיו צו ביניים כאמור בראשית כתב העתירה ולקבוע את התיק לדיון מוקדם ככל הניתן.

אשר על-כן מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית העתירה ולאחר דיון להופכו למוחלט.

---

אביגדור פלדמן, עו"ד

---

מיכאל ספרד, עו"ד

ב"כ העותרת

moked7