

1. ידידי כדור הארץ – המזרח התיכון, EcoPeace Middle
East Environmental NGO Forum, (ח.פ. - 56-001370)
(8

2. ד"ר יהודה צפתי,

3. תמר דורון,

4. גד דורון,

5. תמר גרידינגר,

6. גילת ברתנא,

7. צביה חורש,

העותרים

באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או שלומי זכריה ו/או אמילי שפר
ו/או אדר גרייבסקי, כולם מרחי יהודה הלוי 45, תל-אביב 65157;
טל: 03-6206947/8/9, פקס: 03-6206950

-- נ ג ד --

1. ממשלת ישראל

2. שר הביטחון, אהוד ברק

3. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלוף ניצן אלון

המשיבים 1-3 באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, רחי סלאח א-דין, ירושלים

4. רשות הגנים הלאומיים, מרחי עם ועולמו 3, גבעת שאול,
ירושלים, טל' 02.6232936, פקס': 02.6259783

המשיבים

עתירה לצו על תנאי ולצו ביניים

ובקשה לאיחוד העתירה עם העתירה בבג"ץ 7612/12

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

(א) מדוע לא ימנעו מבניית מכשול גדר ההפרדה בתוואי המתוכנן על גבי הפקעות מקרקעין לפי סעיפים 5 ו-7 לפקודת ההפקעה שנחתמו ע"י שר האוצר ביום 19.9.2011 וע"ג צו תפיסה 85/05 שנחתם ע"י המשיב 3, שניהם באדמות הכפר בתיר ובסמוך להן ;

(ב) מדוע לא ימנעו מכל בניה של תוואי הגדר, בכל תוואי שהוא, אשר תביא לפגיעה באתר המורשת, המצוי ברשימה הטנטטיבית להכרה כאתר מורשת עולמית, באדמות הכפר בתיר ובסמוך להן ;

כמו כן, זוהי עתירה למתן צו ביניים המורה למשיבים להימנע מביצוע כל עבודת בנייה כלשהיא בשטח אליו מתייחסת העתירה, וזאת עד למתן הכרעה בעתירה לגופו של עניין. הנימוקים למתן צו הביניים יובאו בסוף העתירה (עמ' 47-48).

בנוסף, לעתירה זו מצורפת בקשה לאיחוד העתירה הנוכחית עם העתירה בבג"ץ 7612/12 מועצת הכפר בתיר ואח' נגד המפקד הצבאי בגדה המערבית ואח', אשר הוגשה ביום 22.10.12 ודיון קבוע בה ליום 12.12.12 (בפני ההרכב: הנשיא, כב' השופט א' גרוניס, וכב' השופטים נ' הנדל וע' פוגלמן). בקשה זו ונימוקיה מצויה בעמ' 49.

1. בעתירה זו יתבקש בית המשפט למנוע מהמשיבים לפגוע באופן אנוש ובלתי הפיך באתר טבע-נוף-תרבות שהינו **אתר מורשת** כמשמעות מונח זה בדיני הסביבה הבינלאומיים ואשר מצוי ברשימה הטנטטיבית של **אתרי מורשת עולמיים** וככל הנראה עתיד להיות מוכרז ככזה במהלך הבחודשים הקרובים. האתר המצוי על אדמות הכפר בתיר ובסמוך להן, בחלקו בשטח הגדה המערבית הכבושה, ובחלקו בשטח ההפקר שנוצר בין הגדה המערבית ובין ישראל בעקבות הסכמי רודוס משנת 1949 אשר בהן נקבעו קווי שביתת הנשק (להלן: "האתר").

צילום אוויר ועליו סימון גבולות האתר, מצ"ב ומסומן נספח 1

2. בעתירה זו, יבקש העותר, תוך הפנייה להיסטוריה הייחודית של האתר, לשכנע את בית המשפט הנכבד כי חובת המשיבים 1-3 לשמור על אתרי מורשת מסוג של אתר טבע-נוף-תרבות, בין אם על פי דיני הסביבה הבינלאומיים ובין אם על פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי המנהגי, הופכים את בניית גדר הפרדה בתוואי שנבחר על-ידם לבלתי חוקי. העותרים יסתמכו כאמור על השדות המשפטיים הרלבנטיים של המשפט הבינלאומי העוסקים בשטח כבוש ובדיני הגנת הסביבה, ובעיקר יפנו לאמנת האג בדבר הגנת נכסי תרבות בעת סכסוך מזוין משנת 1954 (ובלע"ז: Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict), וכן לאמנה המכוננת של הגוף המוסמך מטעם האו"ם בענייני חינוך מדע ותרבות של האו"ם, הוא UNESCO ולהחלטותיו (שמה המלא של האמנה הוא, האמנה בדבר הגנת המורשת הטבעית והתרבותית העולמית, 1972, ובלע"ז - Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage).

3. כפי שיתואר בפרוטרוט בכתב העתירה, האתר נשוא עתירה זו, שעומד בקריטריונים להיחשב "אתר מורשת" כמשמעות מונח זה באמנת UNESCO, אף זכה לאחרונה להיכלל ברשימה הטנטטיבית שהוגשה לסוכנות האו"ם הרלבנטית, והוא צפוי לזכות למעמד הנדיר של "אתר מורשת עולמית". על המשמעויות המשפטיות של סטאטוס זה נעמוד בהמשך בפרוטרוט.

4. האתר נשוא עתירה זו מצוי בתווך שבין הכפר הפלסטיני בתיר ובין שטח ההפקר שמדרום לירושלים, וסמוך ליישוב צור הדסה. תוואי גדר הפרדה המתוכנן, מיועד להיות בחלקו בשטח המצוי בגדה המערבית; בחלקו בשטח ההפקר; ובחלקו בשטח מדינת ישראל.

5. עמדת העותרים, על קצה המזלג, הינה כי הפגיעה באתר טבע-נוף-תרבות זה מהווה הפרה חמורה של מספר חובות אשר הוטלו במשפט הבינלאומי על מדינות שבשטחן אתר מורשת כאמור, ובאופן מוגבר על מעצמה כובשת שבשטחי כיבושה מצויים אתרים בעלי משמעויות כאמור. המדובר באגד של חובות אשר נובעות משלושה שדות משפטיים עצמאיים ומשולבים: המשפט ההומניטארי הבינלאומי (או: "דיני העימות המזוין"); דיני הסביבה הבינלאומיים, ומשפט זכויות האדם הבינלאומי. כל הענפים האלו חלים ביחסים שבין צה"ל שהוא כוח כובש, לפלסטינים שהם אזרחים מוגנים, וכן בין מדינת ישראל ורשויותיה השונות והקהילייה הבינלאומית אשר לה אינטרס לגיטימי מוכר בשימור של אתרי מורשת מהסוג שיפורט להלן.

6. עמדת העותרים היא כי בניית גדר ההפרדה במתכונת המתוכננת על ידי המשיבים, תפגע אנושות ובאופן בלתי הפיך במתחם אשר הוכר על ידי שלל גורמים בינלאומיים וגורמים מתמחים רשמיים מקרב המשיבים עצמם כאתר מורשת תרבות ייחודי, מהסוג המשלב מורשת תרבות, מורשת טבע ומורשת נוף.
7. עמדה זו נתמכת על ידי שלל חוות דעת של מומחים שונים, לרבות מטעם המשיבים, הקובעים כי מימוש המכשול הפיסי באזור יהווה "מכת מוות" לאזור וימנע כל אפשרות של שימורו. חרף קיומן של חוות דעת אלה בפני המשיבים, בחרו אלה לקדם את סלילת התוואי תוך גזירת כליה על האזור, על האתר, ועל פרנסת תושביו.
8. על כן, יתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים להימנע מביצוע העבודות בתוואי המתוכנן, ובכל תוואי חלופי שיגרום לפגיעה כאמור באתר.

ב. הרקע העובדתי

I – הצגת הצדדים

9. העותר מס' 1 הינו ארגון סביבתי ישראלי-ירדני-פלסטיני. העותר חבר ברשת בינלאומית של ארגוני סביבה, הפעילים בכ-70 מדינות ונמצא תחת הנהלה משותפת (משולשת). פעילות הארגון מתבצעת משלושה משרדים שונים: תל אביב, עמאן ובית לחם.
10. העותר מס' 1, ידידי כדור הארץ – המזרח התיכון, הנו בעל מעמד של חבר בוועד הלאומי הישראלי של אונסק"ו וכן הוא יועץ בעל מעמד מיוחד לוועדה הכלכלית חברתית של האו"ם (ECOSOC).
11. פעילות מרכזית של העותר מס' 1 היא בשימור והגנה על הסביבה של המשאבים המשותפים לישראל, לרשות הפלסטינית ולירדן, וזאת מתוך הכרה ותפיסה כי רק באמצעות שיתוף פעולה יהיה ניתן לשמור על משאבי הסביבה ולשמר אתרי מורשת תרבות, טבע וסביבה, אשר מטבע הדברים האתרים עצמם ובוודאי גורמי ההשפעה עליהם חוצים גבולות מדיניים.
12. העותרים 7-2, הינם ישראלים, תושבי היישובים צור הדסה ומטע, אשר גובלים ממזרח ומדרום לשטח נשוא עתירה זו. העותרים הינם פעילים אצל העותר מס' 1, יחד עם תושבי הכפר בתיר בפרויקט אותו יזם העותר ומתקרא "מים ושכנות טובה". העותרים חרדים למשמעויות וההשלכות של בניית גדר ההפרדה באזור זה ומתנגדים לו.
13. המשיבה מס' 1, ממשלת ישראל, הינה הגוף אשר קיבל את ההחלטה על הקמת גדר ההפרדה שתחצוץ בין ישראל ובין חלקים של הגדה המערבית. בשל שיקולים שונים, תוואי גדר זה מפותל וארוך עד מאד, לעיתים נוגס הוא בחלקים מהגדה המערבית, ומותיר שטחי גדה רבים בצד המערבי של הגדר; לעיתים הוא חופף לגבול הבינלאומי המוכר כפי שהתקיים עובר לכיבוש הגדה בשנת 1967; ולעיתים (נדירות ביותר) הוא עובר בשטחי מדינת ישראל.

14. המשיב מס' 2, שר הביטחון, הינו חבר במשיבה מס' 1 ואחראי על יישומה של החלטת המשיבה מס' 1 לבנות את גדר ההפרדה.

15. המשיב מס' 3, מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, הינו חליפו של הריבון בשטחי הגדה המערבית, שטח המצוי בתפיסה לוחמתית. מתוקף סמכויותיו כחליף הריבון, מוסמך המשיב מס' 3 ליישם את החלטות והוראות המשיבים מס' 1-2 בכל הנוגע להקמתה של גדר ההפרדה בשטחי הגדה המערבית. משיב זה כפוף לדין ההומניטארי הרלוונטי העוסק בדיני הכיבוש.

16. המשיבה מס' 4, רשות הטבע והגנים הלאומיים, [להלן – "רט"ג או הרשות או רשות הטבע והגנים"], הינה רשות סטטוטורית הפועלת מכוח חוק גנים לאומיים, שמורות טבע, אתרים לאומיים ואתרי הנצחה, התשנ"ח-1998 [להלן – "חוק גנים לאומיים"]. חוק הגנים הלאומיים מינה והסמיק את רט"ג לטפל "בכל ענייני שמורות הטבע והגנים הלאומיים" (סעיף 6 לחוק גנים לאומיים), ובכלל זה לפקח על שמירתם, לטפחם, להקיםם, לנהלם, להפעילם, לתת שירותים למבקרים בהם, ולהפעיל סמכויות נוספות רבות הנוגעות לגנים שהוכרו כגנים לאומיים. המשיבה 1 הוקמה כתוצאה מאיחוד פעולתם של שני גופים סטטוטוריים שפעלו בעבר: "רשות שמורות הטבע" ו"רשות הגנים הלאומיים".

17. המשיבה מס' 4 היא הגוף הציבורי המקצועי האמון על סוגיות של שימור אתרי טבע ותרבות, ומכאן חשיבותה בהקשר העתירה הנוכחית.

18. כפי שיפורט בהמשך עתירה זו, עמדתה של המשיבה מס' 4 היא כי העברת המכשול של קו התפר כפי שמתוכנן על ידי המשיבים, תהווה מכת מוות לחקלאות האזור ולאפשרות שימורו כאתר מורשת תרבות-טבע-נוף, חרף העובדה כי הוא ראוי ואמור להיות מוכרז כאמור. כפי שיוצג בהמשך, עמדתה הברורה של המשיבה הינה כי דרושה, " **הימנעות מהצבת מכשול פיזי, כיוון שמכשול פיזי ייגרום לנזק רב ובלתי הפיך לטבע ולנוף.**" עוד קבעה המשיבה, במסמך שחובר מטעמה בנוגע לאתר נשוא עתירה זו, כי "**להמשך הקמת המכשול במתכונתו הנוכחית בקטע זה תהייה השפעה הרסנית על נוסף התרבות שהוא המורשת החקלאית הקדומה של הרי ירושלים.**" כאמור, פירוט והפניות לעמדת המשיבה תובאנה בהמשך כתב עתירה זה.

II – תוואי גדר ההפרדה באדמות בתיר ובסמוך להם – ההיסטוריה של הכפר בתיר, האתר נשוא העתירה והסכנה שהמכשול יפגע בו באופן בלתי הפיך

19. הכפר בתיר הינו אחד הכפרים העתיקים והוותיקים ביותר בגדה המערבית. הכפר מצוי כ- 10 ק"מ דרום-מערבית לירושלים, במדרון שמעל לנחל רפאים.

20. על אדמות הכפר, לאורך שיפוליו המערביים של העמק שבו מצויים הטראסות הייחודיות שלו, מבקשים המשיבים להקים את תוואי גדר ההפרדה שאמורה לעבור בצמידות לקו פסי הרכבת שמצוי בו, וככל שידיעת העותר מגעת – המטרה העיקרית העומדת בבסיס התוואי שנבחר לצורך הקמת המכשול, היא להגן על תוואי זה רכבת זה.

21. הכפר מתאפיין בחקלאות שלחין, המוגדרת כאחת מהגדולות שבערי ירושלים ומהעתיקות בעולם. מערכת מדרגות השלחין של הכפר קיימת אלפי שנים, עוד מימי בית שני, ועל פי מספר מחקרים שבחנו אזור ייחודי זה, ספק אם השתנתה מאז באופן ניכר. כפי שאחד המחקרים קובע, "אין ספק כי מערכת זו של מדרגות השלחין, על מתקניה הראשונים, נוצלה כמות שהיא במשך דורות רבים מאז עוצבה אי אז לפני המאה הראשונה לספירה." (ראו: צבי רון, "בתיר: הכפר ומערכות מדרגות השלחין", טבע וארץ חוברת ב' (כרך י'), ינואר 1968, עמ' 112-129; העתק המאמר מצ"ב ומסומן כנספח 2).

22. לאחר מלחמת העצמאות ובעקבות הסכמי שביתת הנשק משנת 1949 (הידועים גם בשם האי שבו נחתמו - "הסכמי רודוס"), נותר הכפר בתיר מצידו הירדני של קו שביתת הנשק ואילו מירב אדמותיו החקלאיות של הכפר, לרבות חלק ממדרגות השלחין, בצידו המערבי של קו שביתת הנשק, בתחומי שטח ההפקר שבין ישראל וירדן.

23. יחד עם זאת, באופן חריג ויוצא דופן, ומתוך הכרה עמוקה בחשיבות האזור ובחשיבות שימורו, כמו גם ההפנמה כי שימורו ייתכן אך ורק באמצעות המשך העיבוד החקלאי המסורתי והייחודי שהתפתח באזור, התיר אז משה דיין, אשר ייצג את ישראל בשיחות הסכמי שביתת הנשק, לתושבי הכפר בתיר להמשיך ולעבד את אדמותיהם. למרות שבתקופה זו בוצעו גבול ישראל והגדה המערבית סבל מפעולות מזוינות עוינות רבות, ההסכמה ביחס לאפשרות של תושבי בתיר לעבד בדרכי שלום את הטרסות הייחודיות שלהן המצויות מעבר לקווי שביתת הנשק, נשמרה, הן ע"י צה"ל והן ע"י תושבי הכפר.

"ערכיותו" הסביבתית - מורשתית של האתר

24. ובכן, מה כל כך מייחד את האזור, אשר אחד מגדולי המצביאים של מדינת ישראל, וגם בשעותיה הקשות ביותר, הסכים – ועיגן הסכמה זו בהסכם בינלאומי – להתיר לתושבי הכפר להמשיך לעבד את אדמותיו? מה כל כך מייחד את האזור של הכפר בתיר על פני אזורים אחרים בהם הוקמה גדר הפרדה?

25. אזור ואדי בתיר ומורדות נחל רפאים מהווים **תבנית נוף תרבות** ייחודית, אשר השתמרה במהלך אלפי שנים, למרות התהפוכות הפוליטיות והצבאיות שהאזור עבר. במונח "**נוף תרבות**" הכוונה היא ל-"**יצירה המשולבת של אדם ושל טבע**". שילוב זה נוצר כתוצאה מהתאמה ודיפוזיה בין פעילות האדם ובין תצורות הטבע השונות המקיפות אותו, לכדי **יצירה תרבותית-היסטורית הרמונית ומשולבת**.

26. במקרה של בתיר, האתר מורכב מטרסות, מדרגות חקלאיות שהן שילוב של תצורת טבע ומעשה ידי אדם, בנות אלפי שנים, שהחקלאות בהן מבוססת על מים הנובעים בוואדי ומובלים מבריכות אגירה באמצעות מתקני הובלת מים עתיקים.

27. התוצאה של פעילות חקלאית בלתי מופרעת באתר, בשיטות שעוצבו לפני אלפי שנים, היא אתר המשלב **נוף עם טבע ותרבות** אנושית.

28. עניינה של עתירה זו בהחלטת המשיבים 1-3, להקים את גדר ההפרדה בתוואי העובר באתר.
29. לצורך כך הוצאו צווי הפקעה מכוח פקודת ההפקעה שנחתמו ע"י שר האוצר בהתאם לסמכותו, לחלקי התוואי העוברים לאורך מסילת הרכבת לירושלים, וכן הוצא צו תפיסה ע"י המשיב 3 לחלקי התוואי העוברים בתחום תחום איו"ש (בגדה המערבית) בתחומי הכפר בתיר.
30. מבלי להכניס עצמנו לויכוח הקיים האם שטח ההפקר (שבו עובר התוואי שלגביו הוצא צו ההפקעה של שר האוצר) הוא שטח הריבוני של מדינת ישראל אם לאו, נצא בעתירה זו מהנחה שכך הדבר, וכי החוק הישראלי הוא שחל באותו מקטע של התוואי המתוכנן של גדר ההפרדה שלאורך מסילת הרכבתו באדמות בתיר. זאת, למרות קיומן של דעות חלוקות בעניין וחרף העדר קביעה שיפוטית ברורה וחד-משמעית בעניין.
31. עוד נבקש להבהיר, כי תוואי הגדר, הגם שחלקו עובר כאמור בשטח ההפקר שישראל רואה כשטח הריבוני, משפיע השפעה ישירה על האתר כולו, כלומר על אתר שרובו מצוי בתוך תחומי השטח הכבוש וממזרח לקו תיחום איו"ש.
32. מכל מקום, הכוונה של המשיבים היא להקים חומת בטון לאורך רובה של מסילת הברזל – ובכך להחריב את רציפות ושלמות הנוף-תרבות הייחודי שנוצר באתר, וגדר ביתרת האתר. העבודות, כפי שיפורט להלן בחוות דעת מומחים, עומדות לפגוע קשות באתר הן בשל העבודות עצמן על הכלים הכבדים והפגיעה בטרסות שבתוואי, והן בשל תוצאתן – מכשול שמנתץ את שלמות האתר.
33. כפי ששלה חוות הדעת שיפורטו להלן מציגות, כל אחת מנקודת מבטה ומנקודת המומחיות של כותביה, האזור כולו מהווה **נוף תרבות** ייחודי, המחייב הגנה מיוחדת ומוגברת על פי המשפט הבינלאומי בכלל ועל פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי בפרט.
34. נפנה כעת לבחון את חוות הדעת הקיימות בנושא, אשר חלקן חוברו במיוחד לצורך התמודדות עם בניית מכשול קו התפר נשוא העתירה.

א. חוות הדעת מטעם ארגון IUCN (International Union for Conservation of Nature and Natural Resources) (האיחוד הבינלאומי לשימור הטבע ומשאבי טבע)

35. בחודש נובמבר 2012 הוכנה לבקשת העותר חוות דעת על ידי מר יואב שגיא ודן פרי, חברי הוועדה הישראלית של ארגון IUCN, חוות דעת המתייחסת לנוף ולטבע הייחודיים המתקיימים באזור המקטע נשוא העתירה. חוות הדעת קובעת בין היתר את הדברים הבאים:

"השטח שמכשול התפר מתוכנן לעבור בו הינו שטח ייחודי מבחינת ערכי טבע ונוף. הוא תואם את ההגדרות של IUCN לשטח מוגן על פי הקטגוריית המקצועיות הקפדניות של הארגון, הן מבחינת החשיבות האקולוגית שלו, הן

מבחינת החשיבות הנופית ומורשת התרבות הייחודית הגלומים בנופיו והן ובעיקר בשל השילוב יוצא הדופן שיש בו בין ערכי הטבע ותרבות האדם.

"תרבות הטראסות שהתפתחה בהרי ירושלים במהלך אלפי שנים מאז ימי התנחלות שבטי ישראל בהר, היא בעלת ייחוד הן ברמה המקומית והן ברמה הגלובלית. כך כשלעצמה בשל התנאים של האזור המשלב נתונים גיאומורפולוגיים שיצרו בסיס טבעי לנוף הטראסות ותרבות חקלאית ייחודית שהתפתחה עליהן, וכך בשל ההקשר לירושלים ולכתבי הקודש וההיסטוריה המיטיבים לתאר את הנופים ואת התרבות האנושית שנוצרה כאן. השינויים הדמוגרפיים והפיתוח הנמרץ שהתחולל וממשיך להתחולל באזור כולו, כילה כבר את רוב רובה של התרבות הייחודית הזו. האזור המצומצם בו מדובר הינו שריד אחרון לנופים הקדומים אשר נשמרים כאן באופן דומה להפליא מימי התנ"ך ועד ימינו ולמורשת התרבות החקלאית שנהגה בהם. בשטח בו מדובר ממשיכה התרבות החקלאית הזו להתנהל בצורה דומה בכפר בתיר (ביתר הקדומה) ובחלקות החקלאיות שמכשול התפר אמור לחצות אותן.

"מסיבות אלה הוגדר השטח בו מדובר כבעל ערכיות נופית, תרבותית ואקולוגית גבוהות ביותר. השטח מוגדר כאזור רגישות סביבתית-נופית גבוהה במסמכי תמ"א 35, הוא מהווה חלק חשוב במפת המסדרונות האקולוגיים (שקדי, שדות 2000) שיש לשמור עליהן לצורך שמירה על המגוון הביולוגי. בהתאמה לממצאים אלה ובמגמה לשמור על השטח, אופיו וערכיו, הוגדרו שטחים באזור בו עסקינן במסמכי התכנון השונים כגן לאומי המיועד לשימור בתכניות הבאות: תכנית המתאר הארצית לשמורות טבע וגנים לאומיים (תמ"א 8), תכנית המתאר המחוזית (תמ"מ 1), תכנית המתאר המפורטת 12222 לפארק סובב ירושלים וכגן לאומי מוכרז מתוקף חוק גנים לאומיים ושמורות טבע על פי תכנית יג/116. בנוסף, בשל ערכו העולמי, מתנהלים היום מהלכים להגשת השטח לוועדה למורשת עולמית של אונסקו לצורך הכרה בו כשטח מורשת עולמית."

ובהמשך חוות הדעת נקבעו הדברים הבאים (הדגשות **במקור**):

כלל ידוע ומקובל במדע שמירת הטבע (Conservation Biology) קובע כי **היכולת לשמור על המגוון הביולוגי ושירותי המערכת האקולוגית, החיוניים לעצם קיומנו ולרווחתנו, ועל ערכיו ותפקודו האקולוגי והנופי והאותנטיות של מאפייניו של שטח מותנה בהיקפו וברציפותו.** צמצום השטחים הטבעיים וקיטוע (פרגמנטציה) שלהם הינם הגורם הראשון לאובדן הקיצוני של המגוון הביולוגי והמערכות האקולוגיות המתרחש בימינו בקצב מפחיד אשר להערכת מומחים עלול להכחיד למעלה ממחצית מיני בעלי החיים

והצמחים. תלות זו בהיקף השטחים וברציפותם מתקיימת בכל שטח והשמירה על היקף ורציפות שאיננה מופרת מהווה, לכן, כלל מפתח בהגדרות IUCN לשטחים מוגנים. השטח בו עסקינן, אשר משמר עדיין את מאפייני הנוף והטבע שהתקיימו בעבר בכל הרי ירושלים, הינו מצומצם ביותר ונמצא כבר עתה על סף יכולת התפקוד שלו כשטח מוגן שיאפשר שמירה על ערכי הטבע והנוף שבו. כל פיתוח מודרני נוסף וכל פגיעה שתצמצם עוד יותר את השטח, תפגע אנושות בנופי התרבות שעדיין נשמרים בו ובתפקודו האקולוגי. מכשול התפר, המתוכנן לעבור בלב השטח המדובר, הינו מתקן הנדסי רב ממדים ועוצמה אשר עומד בסתירה בוטה לאופי השטח ולערכיו. הכשרת השטח להקמת הגדר נעשית באמצעות כלים מכניים כבדים אשר יחצבו בסלע, יחשפו את הקרקע ויזרעו הרס מוחלט, שלא ניתן יהיה לתקנו, בנופי המדרגות. כביש, תעלות וגדר גדולת מימדים יחצו את נוף הטראסות. המכשול יפגע אנושות בשירותי המערכת האקולוגית שהשטח מספק לרווחת האדם. הוא יפצע את המסלע ואת הקרקע ויפגע במגוון הביולוגי על הצמחייה ועולם החי המתקיימים בשטח. הוא ייצור מחסום אקולוגי שיקטע את רציפותו המצומצמת של השטח וימנע מעבר בעלי חיים. הוא יפגע אנושות בנוף הטראסות שנבנו, תוחזקו ושרדו כאן משחר ההיסטוריה ובערכי התרבות והמורשת רבת המשמעות הגלומים בנוף ויגזור כליה על האותנטיות וההרמוניה הנובעות מהשילוב הייחודי שעדיין מתקיים כאן בין ערכי הטבע, הנוף ומורשת התרבות. ”

36. על כן, קובעים מחברי חוות הדעת בסופה, כי "ככלל, מכשול התפר, אם יוקם כאן, ישים לאל את הייעוד של השטח כגן לאומי ושטח מוגן שנועד לשמור על ערכים אלה."

העתק מחוות הדעת של ארגון IUCN מיום 6.11.2012 מצ"ב ומסומנת כנספח 4.

ב. חוות דעתו של פרופ' מייק טרנר, ראש הקתדרה ללימודי עיצוב אורבני ושימור של UNESCO, בצלאל האקדמיה לאמנות ועיצוב

37. פרופסור מייק טרנר, מומחה בינלאומי לעיצוב אורבני ושימור המחזיק כיום בקתדרה של סוכנות החינוך, מדע ותרבות של האו"ם (UNESCO) באקדמיה לאמנות ועיצוב בצלאל, הכין **לבקשת העותר** חוות-דעת בנוגע להשלכות של בניית גדר ההפרדה (וחומה) באתר התרסות בביתר.

חוות דעתו של פרופ' טרנר מצ"ב ומסומנת כנספח 5

38. פרופ' טרנר מסביר בחוות-דעתו כי בהתאם למתודולוגיית ההערכה שפותחה באיחוד הבינלאומי לשימור טבע ומשאבי טבע (IUCN), והגדרות אמנת המורשת העולמית לנופי

תרבות, האתר נבחן בהתאם למדדי אותנטיות ושלמות של נוף התרבות. במקרה של בתיר, אומר פרופ' טרנר:

"אזור בתיר/ביתר מתייחד בהכילו רצף של שכבות היסטוריה בת אלפי שנים, אשר בתהליך התפתחותו מתמשך מעצבות נוף תרבות, המהווה סימביוזה בין ההתיישבות האנושית והמרקם הגיאוגרפי והטבעי..."

באזור בתיר/ביתר מתקיים תנאי ההמשכיות או הקיימות (provision of sustainability), שלהן, התרבות, הודות לקשר המתמיד, הרוחם לאורך הדורות את משאבי המים, האדמה והאקלים ליצירת מקור מחייה עבור היישוב המקומי ובכך משמר את ערכי נוף התרבות הייחודיים בביתר/ביתר כנוף חי (evolving cultural landscape)...

[האתר] מייצג סימביוזה בת 3000 שנים של ציוויליזציה וטבע ומהווה עדות מדהימה לאבולוציה של האיזור"

39. פרופ' טרנר קובע כי בניית גדר ההפרדה בתוואי נשוא עתירה זו תגרום לנזק בלתי הפיך בערכיות נוף-התרבות של האתר (ההדגשה שלנו, האותיות הנטויות במקור):

"סביבה זו, אשר נוצרה לאורך מאות דורות עשויה להיהרס בהרף עין בשל התערבות מזיקה. למרבה החשש, משמעותה הינה בהסבת נזק בלתי הפיך."

ע"פ חוות-דעתי המקצועית, פיתוח פיסה החותך בליבו של המרחב הנופי של בתיר / ביתר בעמק רפאים בדמות שימוש בכלי עבודה כבדים ו/או שימוש בבטון כיסוד לגדר או כקיר יצוק ו/או סלילת כביש או דרך על גבי אחת משכבות הטרסות, מהווה התערבות באוטנטיות האזור וגדיעת שלימותו באופן אשר יכחיד למעשה את ערכיו הייחודיים וימנע מקיום של המרחב הטבעי של עמק רפאים."

ג. חוות הדעת של החברה להגנת הטבע – אגף שימור סביבה וטבע: "נוף מורשת תרבותית בנחל רפאים והפגיעה הצפויה בו מהקמת מכשול קו התפר במדרונות סביב הכפר בתיר בנחל רפאים ובשולי נחל המעינות"

40. ביום 25.1.12 חיברו המומחים הגיאוגרף אברהם שקד והמתכנן הסביבתי אורי רמון את חוות הדעת עבור החברה להגנת הטבע, בנוגע להשפעה הנופית של בניית מכשול קו התפר במורדות הקכפר בתיר ועל מורדות נחל המעינות ממערב לכפר. חוות דעת זו נערכה עבור העותר (כמו גם עבור העותרים בעתירה בבג"ץ 7612/12).

41. בפתח חוות הדעת בוחנים מחבריה את הנחיות הגופים המוסמכים (UNESCO) בנוגע לשימור נופי תרבות ולהגנתם, כפי שהם מופיעים ב-The Operational Guidelines for the

Implementation of the World Heritage Convention (הנחיות אלה משנת 2005 אף מופיעות בעברית בקישור הבא : <http://whc.unesco.org/archive/opguide05-he.pdf>).

42. לאחר מכן קובעים המומחים, לאחר בחינה של שלוש הקטגוריות המרכזיות של נופי תרבות, כי בין נופי התרבות שאותרו על ידי גופים שונים במהלך השנים, לרבות המשיבה מס' 4, מצוי גם אתר נוף התרבות "חקלאות מדרגות בהרי יהודה".

43. ביחס לאתר זה קובעים מחברי חוות הדעת כי "הנוף התרבותי של הרי יהודה הוא שילוב של נוף טבעי והררי, החרוץ באפיקי נחלים עמוקים ומפותלים, ובו טביעת חותמם של האדם ותרבותו במשך אלפי שנים, מימי קדם ועד ימינו". על פי חוות הדעת, הנוף באזור, אשר החל להתפתח לפני כ- 3000 שנים, יצר חקלאות נופית ייחודית, נוף שהוא בעל ערך תרבותי ואסתטי רב ובו גם אתרים ארכיאולוגיים רבי חשיבות ביותר. אולם, ממשיכה חוות הדעת וקובעת כי :

"לא מדובר רק באתרי עתירות נקודתיים אלא במערכת נופית רחבה ורגישה. חשיבותו כמכלול רבה יותר מחשיבות כל אחד ממרכיביו וחשוב עוד יותר בהיותו נוף מורשת משמעותי ביותר לכל מי שארץ ישראל ועברה יקרים לליבו, בהיותו משקף את תרבות החיים המסורתית בהר ששימורה כמכלול מורשת הוא חיוני."

44. באופן נקודתי ביחס למתחם נשוא העתירה, קובעת חוות הדעת כי :

"שלא כנרוב שטחים של הרי יהודה, מורדות הגבעות מצידו הדרומי של נחל רפאים, לאורך כ- 10 ק"מ בין נחל גילה והכפר וולאג'ה לנחל המעינות והכפר בתיר, משמרים במלוא חיוניותו את הנוף התרבותי המסורתי של הרי יהודה. ההמשכיות המאפיינת העיבוד החקלאי במדרגות החקלאיות שחודשו שוב ושוב, הגידולים המסורתיים (ירקות, עצי זית וגפנים) (והשימוש בשיטות ההשקיה מסורתיות תוך התבססות על מעיינות הנקבה הרבים, מצדיקה את הגדרת הנוף כ"נוף אורגני מתמשך". חפירות הצלה בתוואי מכשול קו התפר ליד הכפר וולאג'ה חשפו בשנה האחרונה שרידים מרשימים של אתרים ומתקנים חקלאיים עתיקים הפזורים בשטח, ויש להניח כי כמוהם קיימים למכביר גם ליד בתיר ושרידי היישוב ההיסטורי ביתר הסמוך לכפר. אך כאמור המכלול חשוב ויקר מכל מרכיביו."

45. וביחס לפגיעה הצפויה בעקבות מכשול קו התפר, עמדת המומחים כפי שהיא מובאת בחוות הדעת, גורסת – באופן חד-משמעי ובהסתמך על ניסיון העבר ביחס למקטעים סמוכים של גדר ההפרדה – כי (הדגשות **במקור**) :

"לאחר הפגיעה הקשה ובלתי ניתנת לשיקום של עבודות מכשול ההפרדה בנוף המדרגות החקלאיות בקטע נחל גילה ומורדות הכפר וולאג'ה, הרצף של נחל המעינות, מדרונות הכפר בתיר וכרמי נחל רפאים הם המכלול

**המיוחד והחשוב ביותר של נוף תרבות המדרגות החקלאיות שנשמר עדיין
במרחב נחל רפאים. לדעתנו יש לעשות כל מאמץ כדי לשמור עליו ללא פגע
ולהכריזו כ"מורשת עולמית".**

46. את עמדתם ביחס למכשול זה, מסכמים המומחים במילים הבאות, אשר אינן מותרות כל מקום לספק:

"לאור רגישותם הסביבתית-נופית הרבה של מורדות נחל רפאים ולאור רציפותו, ייחודו האסתטי וחיוניותו הרבה של מכלול נוף המדרגות החקלאיות בביתר, ולאור פגיעתו הקשה הצפויה של תוואי המכשול המתוכנן בהם, אנו סבורים כי על מערכת הביטחון לשקול שוב את אמצעי הביטחון הרצויים והאפשריים בגזרת בתיר, תוך שימת דגש על חלופה של ויתור על מכשול פיסי מסיבי כמתוכנן והסתמכות על מערכת תצפיות והתרעה אלקטרונית משוכללת בחזית זו."

העתק מחוות הדעת של החברה להגנת הטבע כפי שחברה על ידי אברהם שקד ואורי רמון מיום 25.1.2012 מצ"ב ומסומן כנספח 6.

47. הנה כי כן, חוות הדעת של החברה להגנת הטבע, מבטאת במפורש ובאופן מדויק את חששות העותר: המכשול הפיסי שעתיד לקום בשטח נשוא עתירה זו, הינו בעל השפעה הרסנית על הסביבה ועל הנוף הייחודי שנוצר בשטח. נוף זה. נוף זה הינו שילוב בין תופעות טבע ובין חקלאות אנושית המתבססת על תופעות טבע זו ויוצרת נופך נופי נוסף, באופן המהווה תרבות נוף ייחודית בת אלפי שנים. תבנית נוף זו עתידה להיות מחולקת למקטעים נפרדים חסרי רציפות המוביל לתוצאה של קיטוע מסדרונות אקולוגיים בעלי חשיבות אדירה ונזק משמעותי לשמירת הטבע, נזק שממדיו יתבררו רק בעוד עשרות שנים.

ד. עמדת רשות הטבע והגנים – מכשול קו התפר בקטע בתיר-מחסום הל"ה מחודש

אוגוסט 2012

48. כפי שהוזכר לעיל, גם המשיבה מס' 4, רשות הטבע והגנים, אווזת בעמדה הזוהי לאלה שהוצגו לעיל ולעמדת העותר, כי המכשול הפיסי שעתיד להיות מוקם בשטח הינו בעל תוצאות הרסניות ובלתי הפיכות ביחס לתא השטח הנדון. חוות דעת זו מצורפת לעתירה זו והיא מסומנת כנספח 7.

49. גם חוות דעת זו בוחנת את נוף מורשת החקלאות הקדומה של הרי ירושלים, כפי שהיא באה לידי ביטוי בשיאה באזור נוף המדרגות של הכפר בתיר. השטח עצמו, משופע במעיינות עתיקים אשר נבנו לפני שנים, ולשם ניצולו המרבי של הקרקע והמים באזור ייחודי זה, נבנו המדרגות החקלאיות, והן מהוות, כלשונה של חוות הדעת של המשיבה, "מפעל בניה חקלאי

בן אלפי שנים". וכך קובעת המשיבה בחוות דעתה בכל הנוגע לייחודו וחשיבות השימור של האזור:

"חקלאות ההר בשיטה זו התקיימה ונבנתה במשך אלפי שנים. עיבוד הקרקע בשיטות הקדומות הולך ונינטש, במקומות בהם ננטשה החקלאות, המדרגות הולכות ומתפוררות, עצי חורש משתלטים על הבוסתן והנוף המיוחד הולך ונעלם. אחד האזורים היחידים שבו ממשיכים לעבד את הקרקע גם בימים אלו בשיטות הקדומות הכוללות גם השקיית שלחין ממי המעיינות, הינו האזור הזה שבין הכפר בתיר לוואדי פוכין. במסמך "נופי תרבות בישראל" (הוצאת רט"ג 2009) אנו מצביעים על אזור זה כאחד מנופי התרבות (המורשת) החשובים לשימור".

(חוות הדעת של רשות הטבע והגנים, נספח 7, בעמ' 5)

50. התכסית שנוצרה באתר היא נוף המייצג תרבות של מסורת ואורחות חיים שהתפתחו באופן אורגני לאורך זמן, תוך השתלבות בסביבה הטבעית שבה נוצר הנוף. יחסים סימביוטיים אלה, משקפים נוף אורגני מתמשך, כפי שהדבר מוגדר בחוות הדעת (עי 6), במקרים מסוג זה קיימת חשיבות לעידוד הקהילות המקיימות את הנוף להמשיך ולפעול בו באופן מסורתי. על כן, קובעת חוות הדעת, כי "אין ספק שאזור זה היה ראוי להיות מוכר כאתר מורשת עולמי לשימור ובתנאים מדיניים שונים הדבר היה מתממש ללא דיחוי".

51. המשיבה מציינת במפורש כי תוואי מכשול ההפרדה שעתידי להיות מוקם בשטח, עתיד לגזור כליה על השטח ועל התרבות המתמשכת אשר נוצרה בו:

"הפגיעה הצפויה בנוף מורשת החקלאות הקדומה של הרי ירושלים
התוואי ככל שיהיה צר ומתחשב, יעבור כמפעל הנדסי זר בלבם של המדרגות החקלאיות. המכשול יפריד בין הכפר לאדמותיו שביניהם גם חלקות השלחין המושקות מימי המעיין. החקלאות באזור מתנהלת בקצב משלה. בתצפית במקום ניתן לראות את החקלאים, לפעמים זו יכולה להיות נערה צעירה הרצה עם טוריה במורד האמה להשקיית החלקות. חלקות של מספר מטרים רבועים, עליהם מגדלים כמות זעירה של ירקות. חלקות המתוכננות להיות מחר תשתית למכשול. קצב החיים סביב החקלאות בכפר, כבר אינו קיים בעולמנו המודרני וכפי שצינו המשך קיומה של החקלאות המסורתית לטווח ארוך, תלוי בצעדים לעידוד הקהילה להמשיך ולקיימה. אין ספק שהמעבר בשערים חקלאים המחייבים אישורי מעבר, אישורים שיש לחדשם מעת לעת, שערים המחייבים בקרה של העוברים, שערים שיאוישו לפי שעות שהצבא יקבע, לא יהוו עידוד להמשך קיומה של החקלאות. סביר יותר להניח שהעברת המכשול תהווה מכת מוות להמשך קיומה של החקלאות המסורתית באזור. באזורים רבים בהם הוקם המכשול

וויתרו חלק מהחקלאים על המאמץ והפסיקו לעבד את אדמתם וסביר להניח שכך יקרה גם כאן בוודאי לגבי חקלאות השלחין שדורשת טיפול יום יומי. (שם, עמ' 7).

52. בנוסף לדברים אלה, מציינת חוות הדעת את המשמעות המדינית-ביטחונית של הפרת הסכם - רודוס כפי שתושבי הכפר בתיר רואים אותו, וההשלכות הביטחוניות של הפרה זו (עמ' 7-8), וכן את ההיבטים הביולוגיים והאקולוגיים הנובעים ממכשול קו התפר, ובפרט חשיבותו של הרי יהודה, המהווה את המסדרון האקולוגי החשוב שבין שמש ובין ירושלים (עמ' 10-11).

53. בסיכום חוות הדעת (עמ' 12), מוסרת המשיבה מס' 4, את הדברים הבאים:

"להמשך הקמת המכשול במתכונתו הנוכחית בקטע זה תהייה השפעה הרסנית על נוף תרבות שהוא המורשת החקלאית הקדומה של הרי ירושלים. המכשול יהווה פצע בנוף הקדום ופגיעתו הקשה יותר תהייה בניתוק שבין החקלאי לאדמתו. פגיעה שתביא לחיסולה של התרבות החקלאית הקדומה. מורשת זו נוגעת בליבו של סיפור הקשר שיש לנו עם האדמה הזו, עם הנוף, המעיין אשר פועם בהר, עצי השקד, עצי הזית סוכת הגפן וצל התאנה. לכבודנו יהיה שנדע לשמור על שלנו. אי השמירה מעמידה אותנו כזרים לארץ. מאבקים של שכנו באונסק"ו לקביעת האזור כאתר מורשת עולמי מעמיד אותנו במקום מביך ומן הראוי שיחד איתם נפעל לשימור הנוף."

54. כאמור, חוות דעת זו חוברה על ידי המשיבה מס' 4, רשות ממשלתית מוסמכת אצל המשיבים בכל הנוגע לנושאי טבע ותרבות לאומיים. חוות דעת זו ועיקריה שומטים את הקרקע (תרתית משמע) מכל נימוק של המשיבים אשר תומך בבניית המכשול בשטח זה.

עוד על הפגיעה באתר

55. הפגיעה באתר מבניית גדר ההפרדה (שחלקה מתוכנן להיות חומת בטון) נובעת הן מהעבודות הצפויות להקמה והשלכות הפעלת כלים כבדים במקום, והן מהתוצאה הסופית של גדיעת הערך של ההמשכיות הנופית שהיא חלק מרכזי של ייחודו כאתר מורשת נוף-תרבות.

56. כדי להמחיש את הפגיעה הצפויה באלמנט של נוף-התרבות של האתר, הכין העותר, בעזרת מומחים, הדמיה של התוצאה הסופית של בניית הגדר והחומה באתר.

צילומי צבע של האתר כפי שהוא כיום והדמיית אתר כפי שהוא צפוי להיות באם תוקם בו גדר ההפרדה והחומה, מצ"ב ומסומן נספח 8

57. כפי שניתן לראות, המדובר בחיסול מוחלט של האתר כאתר נוף תרבות, קטימת שלמותו והמשכיותו כאתר שבו משולבים נוף-טבע-ותרבות אנושית.

חלופה אפשרית

58. כאמור לעיל, התוואי שנבחר אמור להגן על תוואי הרכבת העובר בשיפולי הגבעות המערביות המקיפות את הואדי.

59. תוואי רכבת זה אמור לשרת את הגישה הרכבתית לירושלים למשך מספר שנים בודדות בלבד שכן בימים אלה נשלמת בנייתה של הרכבת המהירה לירושלים שלא תעבור דרך אזור זה (אלא במקביל לכביש 443). המשמעות היא כי מסילת הרכבת שהיא הסיבה וההצדקה היחידה לתוואי הגדר נשוא עתירה זו, עומד להפוך לבלתי שמיש בעוד כארבע עד חמש שנים (ראו מועד סיום משוער לבניית קו הרכבת המהירה לירושלים ב-2017, באתר רכבת ישראל: <http://www.rail.co.il/HE/Development/Executed/Pages/A1.aspx>

60. כלומר, התוואי הנוכחי עומד להחריב אתר רגיש מאין כמוהו הקיים אלפי שנים, וזאת כדי לשרת קו רכבת העומד לצאת מכלל פעולה בעוד שנים ספורות.

61. במסגרת ההכנות להגשת עתירה זו, פנה העותר למומחים העוסקים בתכנון והקמה של תוואי רכבות ומנהור, וביקש חוות-דעת לגבי אפשרות של הסתת תוואי הרכבת באופן שתעבור במנהרה שתיחפר לצורך כך.

62. ע"פ חוות-דעתם של המהנדס, אינג' אלכנסדר קורן, חלופת מנהור כאמור אפשרית, בעלות של 40 מלש"ח. העתק מחוות הדעת של המהנדס ד"ר קורן, כפי שבא לידי ביטוי במכתבו, מצ"ב ומסומנת כנספח 9.

63. העותר מודע לכך שהמדובר בפרויקט יקר, אולם, הגנה על אתרי מורשת מחייבים השקעה של הכספים הנדרשים, ולראייתנו, ככל שהמשיבים סבורים שאין מנוס מבניית מכשול הפרדה בנקודה ספציפית זו, וזאת בשל תוואי הרכבת (בלבד) – הרי שהעלות המוזכרת לעיל איננה בגדר דרישה מופרזת למימוש חובותיה של ישראל כלפי האנושות כולה, ובעיקר בשים לב לעלות הכוללת של פרויקט גדר ההפרדה בכללותו העומד על מליארדי שקלים חדשים.

III – הליכים באונסק"ו

64. ביום 31 לחודש אוקטובר קיבלה סוכנות התרבות, המדע והחינוך של ארגון האומות המאוחדות (UNESCO) את בקשת הרשות הפלסטינית להצטרף כמדינה חברה בארגון. בכך קיבלו הפלסטינים לראשונה מעמד של מדינה בארגון בינלאומי. מתוקף מעמד זה, הוגשו מספר בקשות להכרה באזורים שונים ככאלה הראויים להיות מוגדרים כבעלי חשיבות תרבותית עולמית.

65. באמרת אגב בלבד נזכיר כי בין לבין, ימים ספורים לפני הגשת עתירה זו, הצביעה עצרת האומות המאוחדות על צירופה של פלסטין כמדינה משקיפה בארגון. ההצעה עברה ברוב מוחץ של חברות האו"ם. חשיבותה המשפטית של החלטה זו של העצרת הכללית היא הכרה

זה יורה בקיומה של מדינה פלסטינית, אשר יחד עם התנאים האחרים המוכרים במשפט הבינלאומי לקיומה של מדינה (טריטוריה, אוכלוסייה קבועה ואדמיניסטרציה / שלטון אפקטיבי), עשויים במידה גבוהה של וודאות לאפשר קבלת פלסטין כחברה מן המניין בארגונים בינלאומיים נוספים.

66. כפי שנפרט בחלק המשפטי, האמנה להגנה על המורשת התרבותית והטבעית של העולם, 1972 (המכונה על-ידינו כאן "אמנת אונסק"ו"), מגדירה מהם אתרי מורשת טבע ומהם אתרי מורשת תרבות (סעיף 1 לאמנה). האמנה מחייבת זיהוי, הגנה, שימור והצגה של אתרים אלה ע"י המדינות החברות באמנה (סעיף 4) ואוסרת על פגיעה באתרי מורשת של מדינות שכנות (סעיף 6(ג)).

67. בנוסף, אמנת אונסק"ו קובעת שוועדה בין ממשלתית שפעילותה נקבעה בה תנהל רשימה של אתרי מורשת עולמיים וזאת מתוך רשימה של אתרים טנטטיביים שכל מדינה החברה באמנה תגיש לה. אתר המצוי ברשימת אתרי מורשת עולמיים הוא ללא ספק אתר מורשת, אך אתר שאינו מצוי ברשימה עדיין יכול להיחשב לאתר מורשת (תרבות או טבע) בהתאם להגדרה המהותית המצויה בסעיף הראשון של האמנה.

68. בין האתרים לגביהם הוגשה הבקשה, מצוי גם המדרונות הדרומיים של הרי ירושלים, אזור בו נכלל גם הכפר בתיר והמתחם נשוא העתירה. ביחס לאתר זה הבקשה הוגשה בחודש מאי 2012 (25.5.2012).

69. כחודש לאחר מכן, נמסרה עמדתו של מנהל המרכז העולמי למורשת תרבות אל נציגם הקבוע של הפלסטינים לאונסק"ו, כי האתר המבוקש הוכנס במסגרת הרשימה הטנטטיבית של הארגון לקראת הכרזתו כאתר מורשת מטעם הפלסטינים.

העתק ממכתב נציג אונסק"ו מיום 18.6.2012 אל שגריר המשלחת הפלסטינית הקבועה למוסדות אונסק"ו מצ"ב ומסומן כנספח 10.

העתק העמוד הרלוונטי מאתר האינטרנט של אונסק"ו המתאר את אתר מורדות הרי ירושלים הדרומיים כאתר המצוי ברשימה הטנטטיבית של אונסק"ו כראוי להכרזה כאתר מורשת עולמית, מצ"ב ומסומן כנספח 11. עמוד זה זמין גם באתר - <http://whc.unesco.org/en/tentativelists/5748>

בעמוד זה מצויינות גם הסיבות והנימוקים לכלול את האזור כחלק מאתר מורשת עולמית, הכל כפי שתואר לעיל.

70. לפני מספר ימים, ב-27 בנובמבר 2012, שיגר ראש משרד אונסק"ו ברממאללה מכתב לשר החוץ הפלסטיני, ריאד אל מלכי, ובו בישר לו שאונסק"ו החלה בהליכים דחופים להכרה באתר בתיר כאתר מורשת עולמית, שהוקצב לכך התקציב הנדרש ושגויס מומחה בעל שם עולמי להכין את תיק ההכרה לקראת ההצבעה באונסק"ו.

עותק של מכתבו של ראש משרד אונסק"ו ברממאללה לשר החוץ כאמור מיום 27.11.2012, מצ"ב ומסומן כנספח 12

71. יוער, כי אזור בתיר זכה בשנת 2011 בפרס מיוחד מטעם ארגון אונסק"ו, פרס מלינה מרקורי לשמירה וניהול אתרי נוף תרבות. בין נימוקי חבר השופטים אשר בחר את האתר (יחד עם אתר אחר) לפרס היוקרתי, ניתן למנות את הדברים הבאים:

"The site is recognized for its great aesthetic and symbolic value. The jury particularly emphasized action undertaken to stabilize the traditional agricultural use of the landscape in cooperation with local farmers and the adoption of protection legislation and a sound management plan."

העתק מהעמוד הרלוונטי באתר האינטרנט של אונסקו מצוי בקישור הבא, וכן מצורף כנספח 13 לעתירה.

http://www.unesco.org/new/en/media-services/single-view/news/armenian_and_palestinian_sites_share_2011_cultural_landscape_prize/

72. ההחלטה במלואה המצהירה על השטח כזוכה בפרס, על נימוקיה, מצ"ב ומסומנת כנספח 14.

73. יצוין, כי פנייה מאת לשכת יו"ר מחלקת השימור באונסק"ו אל שגריר ישראל לאונסק"ו, מר נמרוד ברקן, בה צוין האיום הקיים על חבל בתיר בשל בניית מכשול הפרדה, בוצעה עוד בראשית חודש יוני 2012. בפנייה זו, בה הובאו חלק מדברי יו"ר הסוכנות הבינלאומית במעמד הענקת הפרס המוזכר לעיל, צויינה החשיבות לאנושות כולה של השמירה על תרבויות נוף נדירות ועתיקות דוגמת זו המתקיימת בבתיר. העתק מפנייה זו מצ"ב ומסומנת כנספח 15.

IV – מיצוי הליכים

74. ביום 15.6.2012 פנה העותר, יחד עם ארגוני סביבה ושימור מורשת אחרים אל המשיב מס' 2, בבקשה להצלת אזור הטראסות העתיק באזור הרי יהודה.

75. במכתב זה שטחו נציגי ארגונים העוסקים בהגנה על הסביבה, ביניהם העותר, את טענותיהם בפני המשיב, וביקשו לשקול שנית את אופן ביצוע העבודות להקמת גדר הפרדה והתוואי באזור הכפר בתיר. כפי שנכתב במכתב זה, העותר והארגונים האחרים סבורים כי העבודות באזור עלולות להביא לפגיעה אנושה ובלתי הפיכה במערכת המתקיימת באזור מזה אלפי שנים, (כפי שתוארה לעיל), ומכילה צמחייה, בעלי חיים ומקורות מים בעלי חשיבות היסטורית ותרבותית לכלל תושבי האזור, כמו גם הממצאים הארכיאולוגיים הקיימים באזור בעלי חשיבות מתקופות שונות.

76. כפי שנכתב במכתב זה, התכניות המוצעות כוללות את הקמתה של גדר הפרדה בלב האזור באופן שיביא לערעור בלתי הפיך במאפייניו הייחודיים ותוביל למעשה להריסת אזור הטראסות ולגדיעת מאמצי שימור נרחבים שמקדמים באזור פלסטינים וישראלים יחדיו.

77. זאת, לצד הפגיעה האנושה לאורחות החיים של תושבי האזור ולתרבות הייחודית שנוצרה באזור זה של הכפר בתיר, עקב ההרס שייגרם בשטח ומניעת גישתם של העותרים לעיבוד המסורתי של אדמות בבעלותם, אשר יישארו ממערב למכשול המתוכנן.

78. במכתב זה הזכירו המשיבים גם את הסכם רודוס וההסכמות הנובעות ממנו, כמו גם הנוסחה הייחודית שחברה ויושמה על ידי משה דיין בשעתו, (יוזמה שבוצעה כזכור בתקופות לא פחות מתוחות מהתקופה הנוכחית, אם לא יותר מכך).

79. על כן, דרש העותר כי המשיב מס' 2, והכפופים לו (לרבות המשיב מס' 3) ישקלו מחדש את אמצעי הביטחון הננקטים באזור ובחינת חלופות רלוונטיות אחרות.

העתק ממכתבו זה של העותר וארגוני הסביבה האחרים מיום 15.6.2012 מצ"ב ומסומן כנספח 16.

80. ביום 25.6.2012 התקבלה תשובת המשיב מס' 2, המפנה להתייחסות הגורמים הרלוונטיים ממנהלת קו התפר ומנהלת תכנית "קשת צבעים".

העתק מתשובה זו מצ"ב ומסומן כנספח 17.

81. בתשובה זו נמסר בלאקוניות כי "הקמת תוואי גדר הביטחון במרחב בתיר לא צפויה לגרום לפגיע מהותית בנוף הטראסות ובשיטות ההשקיה הקיימות. במהלך עבודת המטה לתכנון התוואי באזור, ניתן משקל רב להשפעת התוואי על הסביבה שבה הוא מוקם, ונמצאו מספר פתרונות ייחודיים שמטרתם להבטיח כי הפגיעה במרחב תהיה מזערית".

82. בהקשר זה מונים המשיבים כי התוואי הועתק למקום בו השפעתו על הטראסות ועל הנוף תהיה פחותה; את צמצום התוואי; וכן ויתור על מרכיבי בטחון מסויימים במטרה למזער את הפגיעה במרקם החיים ובנוף במרחב. כמו כן צוין, כי הקמת התוואי לא תמנע כל עיבוד של אדמות באזור הכפר, לרבות אדמות של חקלאים בודדים.

83. עוד צוין כי עבודות ההקמה תתבצענה בשיתוף ובתיאום נציגי המשיבה מס' 4 ויועצי נוף.

על כן, עמדת המשיבים 1-3, היא כי "נראה שאין ממש בטענות לפיהן הפגיעה הצפויה בטרסות ובנוף מצדיקה הימנעות מהקמתו של מכשול פיסי באזור הכפר בתיר".

84. זמן קצר לאחר מכן, ביום 4.9.2012, פנה העותר, יחד עם ארגוני הסביבה האחרים, פעם נוספת אל המשיב מס' 2, ובו נדרשו שוב להסביר מדוע אזור הכפר בתיר ומתחם בו עתידה לקום מערכת ההפרדה והמכשולים הפיסיים הנלווים אליה, אינם בגדר "נוף" במשמעותו האסתטית בלבד, אלא ככזה המשקף תופעה בעלת ערכיות יוצאת דופן המבססת את האזור כמתאפיין במורשת תרבותית-היסטורית של עם ישראל ויתר עמי האזור והעולם, המתקיימת אלפי שנים (כ- 2,500 שנה).

85. כפי שנכתב במכתב זה, מכלול זה של נוף וערכי טבע, מעיינות, מערכות השקיה, שרידי יישובים ומתקנים חקלאיים ומדרגות חקלאיות, הנפרש בנחל רפאים משני עברי התוואי המיועד לגדר, מהווה "נוף תרבות אורגני מתמשך", ע"פ הגדרות ארגון אונסק"ו לנופי תרבות והוא ראוי להיות מוכרז ונשמר כ"מורשת עולמית".

86. כפי שנכתב בפנייה זו, תשובתם של המשיבים מיום 25.6.2012, אינה מנומקת ואינה מתייחסת לנושאים המורכבים המפורטים לעיל, וכי אין אלא לראות במכתב זה סירוב גורף שאינו מנומק דיו, לבקשה לשקול מחדש את הקמת המכשול באתר ובתוואי המדובר.

87. פנייה זו נעשתה לאחר שכבר הייתה ברורה עמדת המשיבה מס' 4 כפי שהוצגה לעיל וחוות הדעת מטעמה כבר חוברה (כאמור בחודש אוגוסט 2012). על כן, טען העותר, כי נוכחות המשיבה מס' 4 בעבודות הבנייה אינה יכולה לתת מזור לבעיה העקרונית הכרוכה במכשול הפיסי, בעיה שגם המשיבה מכירה בה.

88. עוד נטען, כי הבטחות והתחייבויות המשיבים כפי שפורטו במכתבם, אינם עומדים במבחן המציאות, כפי שניתן להבחין במקרים דומים בעבר ובסמוך, דוגמת הכפר וולאגיה. כפי שצויין במכתב זה, בגזרת הכפר הסמוך, עבודות העפר והבנייה פגעו פגיעה קשה ברציפות מכלול הנוף ואיכויותיו האסתטיות, כמו גם בשרידי יישוב וחקלאות קדומים לאורך התוואי.

89. על כן, (ועל סמך חוות הדעת של המשיבה מס' 4, שכבר חוברה נכון לכתיבת מכתב זה), ביקש העותר וארגוני הסביבה האחרים מהמשיב מס' 2 לבחון שוב את הקמת המכשול בתוואי האמור ובאופן האמור, ולשקול מחדש כל דרך חלופית שאין בה כדי לפגוע בנוף המורשת.

העתק ממכתבו השני של העותר וארגוני הסביבה האחרים אל המשיב מס' 2 מיום

4.9.2012 מצ"ב ומסומן כנספח 18.

90. בתגובה למכתב זה, הוזמנו העותר וארגוני הסביבה האחרים ביום 23.10.2012 לפגישה עם אל"מ עופר הינדי, העומד בראש מנהלת "קשת צבעים", האחראית מטעם המשיבים 1-3 על בניית מכשול הפרדה. בפגישה זו ניתנו הסברים ביחס לאופן הצבת מכשול הפרדה המיועד, וכי הבנייה – שנועדה להגן על תוואי הרכבת – תפגע ככל הנראה בקו טראסות אחד, שתידרש הסרתו. ניסיונות העותר להסביר על הפגיעה הרחבה כמו גם על המשמעות הסביבתית-אקולוגית-נופית של הפגיעה, לא זכו למענה ענייני כלשהו, וממילא פנייתם המפורטת של העותר וארגוני הסביבה לא זכתה לכל מענה ענייני.

91. בנוסף, ביום 6.6.12 פנה העותר אל המשיבה מס' 4, בבקשה לקיים דיון בנושא שימור הטראסות העתיקות באזור הרי ירושלים, וזאת לאור תכנית מערכת הביטחון להקמת תוואי הגדר בלב אזור זה. כפי שנמסר במכתב זה, הטראסות המתקיימות בשטח מהוות מערכת אקולוגית-תרבותית משולבת, עתיקה וייחודית במינה, המתקיימת אלפי שנים ומכילה צמחייה בעלי חיים ומקורות מים בעלי חשיבות היסטורית לכלל תושבי האזור (ולאנושות כולה).

92. כפי שצויין במכתב זה, האזור מכיל אתרים ארכיאולוגיים קדומים בעלי חשיבות עליונה מהתקופות הרומאיות, הביזנטיות והכנעניות, המעניקים תיעוד ייחודי להתפתחויות החקלאות והתרבות המתקיימת באזור זה.

93. במסגרת פנייה זו, ביקש העותר להציג את עמדתו בפני המשיבה על מנת שזו תהיה מודעת לנזק העתיד להתקיים וכן לחלופות הקיימות בהקשר זה.

העתק ממכתבו של העותר אל יו"ר המשיבה מס' 4 מיום 6.6.12 מצ"ב ומסומן כנספח 19.

94. זמן קצר לאחר שליחת המכתב ניתנה חוות הדעת של המשיבה מס' 4, אשר למעשה תומכת בעמדת העותר כפי שהוצגה במכתבו.

95. יצוין, כי פנייה מקבילה אף בוצעה ביום 3.6.12 לאדריכל אריה רחמימוב, יו"ר וועדת המורשת העולמית של אונסק"ו-ישראל. העתק מפנייה זו מצ"ב ומסומן כנספח 20.

96. מכאן, ובלית ברירה, עתירה זו.

I – הטיעון בקצרה

97. עמדת העותרים היא כי בניית מכשול גדר ההפרדה במרכיביו הפיסיים בשטח המשתרע למרגלות הכפר בתיר, ואשר נכלל במסגרת המתחם של מדרונות הרי יהודה (ועל כן ברשימה הטנטטיבית של אונסק"ו), במרכיביו הנוכחיים ובתוואי המוצע על ידי המשיבים, פוגע פגיעה אנושה באתר שהוא "אתר מורשת" כמשמעות מונח זה באמנת אונסק"ו, בנוף, בטבע ובתרבות המיוחדת שהשתרשה באזור זה.

98. העותרים יטענו כי האתר נשוא עתירה זו זכה למעמד משפטי מיוחד כאתר נוף-תרבות ייחודי המהווה אתר מורשת ולפיכך המשפט הבינלאומי בענפיו השונים אסורים באיסור חמור פגיעה בו. עוד ייטען שכאתר המצוי ברשימה הטנטטיבית כמועמד להכרה על ידי האו"ם כאתר מורשת **עולמית**, חלה חובה מוגברת לשמר אותו ולהגן עליו מפני פגיעה.

99. על כן, עמדת העותרים היא כי יישום תכנית בניית הגדר בתוואי צו התפיסה, משמעותו שהמשיבים עומדים להפר את המשפט הבינלאומי, ובפרט את הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי, דיני הסביבה הבינלאומיים ודיני זכויות האדם.

100. עמדת העותרים נובעת מכל הטיעונים הללו, כאשר כל אחד מהם בנפרד מצדיק את ביטולה של תכנית המשיבים, ובוודאי כאשר הם מצטברים:

(א) כי התכנית לבנות את מתחם גדר ההפרדה בשטח נשוא העתירה מהווה הפרה של המשפט הבינלאומי ההומניטארי;

(ב) כי בניית גדר ההפרדה מהווה הפרה של דיני הסביבה הבינלאומיים ובפרט כי בניית גדר ההפרדה מהווה הפרה של חובות מדינת ישראל על פי האמנה בדבר נכסי תרבות;

(ג) כי בניית גדר ההפרדה מהווה הפרה של דיני זכויות האדם הבינלאומיים, בכך שהיא פוגעת בזכות לתרבות ולפרנסה;

101. על כן, ולאור אי החוקיות אשר עשויה לנבוע מפעולות המשיבים, ובדגש על אי-ההפיכות של פעולות אלה, עמדת העותרים היא כי הפעילות הינה בלתי חוקית, ובלתי סבירה בעליל, ועל כן, דינה בטלות ולא לתר.

102. נבקש כבר בשלב זה להבהיר כדלקמן: אמנם רובו של התוואי עובר בשטח ההפקר שבו ישראל טוענת לריבונות, ולכן לכאורה חל עליו רק המשפט הישראלי ואותו חלק של המשפט הבינלאומי המטיל חובות על המדינה בגבולותיה (כגון דיני הסביבה הבינלאומיים), אבל, וכפי שאמרנו בפתח דברינו, גם חלקו של תוואי הגדר העובר כאמור בשטח ההפקר שישראל רואה כשטח הריבוני ושמצוי מטרים ספורים מקו תיחום איו"ש ומהווה חלק מאתר שכמעט כולו בצד ה"פלסטיני" של קווי שביתת הנשק ('הקו הירוק'), משפיע השפעה ישירה ודרמטית על האתר כולו, כלומר על אתר שרובו מצוי (ללא ספק) בתוך תחומי השטח

הכבוש וממזרח לקו תיחום איו"ש. היות שכך, המשפט ההומניטארי הבינלאומי חל גם על הנעשה מטרים ספורים מהשטח הכבוש, במיוחד כאשר הפעולה היא פעולת לחימה (והרי גדר הפרדה מוקמת מטעמי ביטחון וככזו הקמתה מוסדרת בדיני הלחימה).

103. אם כן, ההילך בפרק המשפטי יהיה כדלקמן:

ראשית, נסקור את הסמכויות המסורות למשיבים והמגבלות המוטלות עליהם בכל הנוגע להקמת גדר הפרדה בשטח הכבוש;

שנית, תיבחנה ההגדרות המשפטיות של "אתר מורשת" ובאופן ספיציפי "אתר נוף תרבות" כפי שהן מעוגנות במסמכים המשפטיים הבינלאומיים, ונבהיר מדוע האתר נשוא עתירה זו נופל במסגרת המעמד המשפטי הייחודי של **אתר נוף תרבות**;

שלישית, ייבחנו הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי החלות בסכסוך זה והמקורות השונים הקבועים בשיטה משפטית זו המחייבת את מדינת ישראל לשמירה על נכסי תרבות בכלל ונכסי נוף תרבות בכלל;

רביעית, תבחנה הוראות מתחומי המשפט של דיני הסביבה הבינלאומיים;

חמישית, העתירה תבחן את ההוראות הרלוונטיות מתחום זכויות האדם ודיני איכות הסביבה, ובפרט הדינים הרלוונטיים ביחס לחובת השמירה על נכסי תרבות ונכסי נוף, כפי שהיא מופיעה באמנה בדבר הגנת המורשת הטבעית והתרבותית העולמית (Convention Concerning the Protection of World Cultural and Natural Heritage), מיום 16.11.1972.

שישית, נסביר מדוע לדעתנו אין צורך צבאי בהקמת הגדר בתוואי שנבחר וכן נטען כי החלטת המשיבים נעדרת מידתיות.

II – הסמכות להקמת גדר הפרדה בשטח כבוש

104. בשורה של פסקי דין קבע בית המשפט העליון כי למשיבים, ובפרט למשיב מס' 3 ולמשיבה מס' 1 קיימת הסמכות להורות על הקמת גדר הפרדה (וראו לעניין זה: בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל ואח [2004]; בג"ץ 8414/05, ראש מועצת הכפר בלעין ואח' נגד ממשלת ישראל ואח' [2007]; בג"ץ 1882/08 עבד אלרחמן שעייב רגב נאצר, ראש מועצת הכפר צפא ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' [2010]; בג"ץ 7957/04 מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח' [2005]).

105. יחד עם סמכותו זו של המפקד הצבאי, אשר נובעת מהסמכויות הכלליות המסורות לו במסגרת המשפט הבינלאומי ההומניטארי, מוטלות על המפקד הצבאי מגבלות שונות הנובעות מאופייה של התפיסה הצבאית כשלטון זמני של צבא זר על אזרחים.

106. בהתאם לפסיקה רבת השנים של בית משפט נכבד זה, סמכויותיו של המפקד הצבאי נגזרות משתי קבוצות של שיקולים לגיטימיים והם: טובת האוכלוסייה הנכבשת ושיקולי ביטחון

המעצמה הכובשת. כל שיקול אחר שישקול המפקד הצבאי, נקבע, הינו שיקול זר ופסול (ראו בג"צ 393/82 ג'מעייית אסכאן נ' המפקד הצבאי, פ"ד לז (4) 785.

107. בהתאם לעקרון יסודי זה, קבע בית משפט נכבד זה כמה פעמים, כי המשיבים אינם רשאים להקים בגדה המערבית גדה הפרדה שמטרתה מדינית, כגון הרחבת התנחלויות (ראו לדוגמה: בג"ץ 2056/04 בעניין **בית סוריק** ובג"צ 8414/05 בעניין **בלעין** שהוזכרו לעיל).

108. בנוסף, המשפט הבינלאומי ההומניטארי מטיל מגבלות על פגיעה בזכויות יסוד של אזרחים מוגנים גם כאשר המניע הוא לגיטימי (שיקולי ביטחון). תקנות האג ואמנת ג'נבה מכילים איסורים שונים על פגיעה בזכויות יסוד (לעיתים אלו מנוסחות בלשון חיובית הדורשת הגנה על הזכויות, ראו למשל תקנה 27 לתקנות האג) אשר רובם אינם מוחלטים וכוללים נוסחת איזון המאפשרת במקרים קיצוניים פגיעה כאמור לצרכי ביטחון.

109. חלק מהמגבלות המוטלות על הקמת גדר הפרדה נובעות מהעובדה כי לתוואי הגדר השלכות על הסביבה. להלן נפרט את ההגנה שמעניק המשפט ההומניטארי לסביבה ואת האיסורים והחובות הנובעים מדיני הסביבה הבינלאומיים.

110. העותר יטען כי בשים לב לנורמות הקבועות כאמור הן במשפט ההומניטארי והן בדיני הסביבה הבינלאומיים, כמו גם ההוראות הקבועות בדיני זכויות האדם הבינלאומיים אשר חלים גם הם בשטח – מימוש צו התפיסה נשוא עתירה זו על דרך של הקמת גדר וחומה כמתוכנן ע"י המשיבים מהווים הפרה חמורה של הדין הבינלאומי.

III – הגדרות של אתר מורשת תרבות ושל אתר מורשת טבע, סוגים של אתרי מורשת עולמית

111. כפי שהוסבר בחלק העובדתי, שלל חוות דעת של מומחים ראשונים במעלה, מצאו לציין כי האתר נשוא עתירה זו הינו בעל חשיבות מיוחדת בשל השילוב הנדיר של ערכיות נופית (טבעית), תרבותית (כלומר אנושית) ומורשתית (כלומר היסטורית) הטמון בו.

112. ייחודו של האתר נובע כאמור מהשילוב הנדיר של אתר תרבות הניזון מהנוף הטבעי המיוחד המתקיים בשטח, מהסימביוזה שבין התרבות האנושית הייחודית שהתפתחה במקום באלפי השנים שחלפו לבין הנוף הייחודי שהתעצב על ידי תרבות זו. הפעילות התרבותית במקום מזינה את התהליך הטבעי-נופי שלו, דבר המשפיע על התרבות במקום, וחוזר חלילה. המדובר בשטח בעל ערכיות **נופית, תרבותית ואקולוגית** מהמעלה הראשונה, וככזה זוכה להגנה של אמנת אונסק"ו משנת 1972, שישראל הינה צד לה. לא בכדי, מצא הגוף המוסמך של האו"ם להעניק פרס ייחודי לאתר זה, ולכלול אותו במסגרת הרשימה הטנטטיבית העתידית במסגרת אתרי המורשת העולמיים.

113. כאמור, האמנה להגנה על המורשת התרבותית והטבעית של העולם, 1972 (המכונה על-דינו כאן "אמנת אונסק"ו"), מגדירה מהם **אתרי מורשת טבע** ומהם **אתרי מורשת תרבות**

(סעיף 1 לאמנה). האמנה מחייבת זיהוי, הגנה, שימור והצגה של אתרים אלה ע"י המדינות החברות באמנה (סעיף 4) ואוסרת על פגיעה באתרי מורשת של מדינות שכנות (סעיף 6ג).

114. 189 מדינות חתומות על אמנת אונסק"ו, והיא משקפת מחויבות אוניברסאלית לזהות, להגן, לשמר ולהציג נכסי מורשת תרבות וטבע שבתחומי המדינה, ולהימנע מפגיעה באתרי מורשת תרבות וטבע שמעבר לגבולה, והכל מתוך הכרה שמורשת זו היא מורשת אוניברסאלית של כלל האנושות. אוניברסאליות זו משתקפת בנכונות של כלל המדינות להצטרף לאמנה ולקחת חלק פעיל בהוראותיה השונות (וראו לעניין זה גם: Francesco Francioni, "The Human Dimension of International Cultural Heritage Law: An Introduction", 22(1) *Eur J Int Law* 9-16 (2011) at p. 11).

115. מדינת ישראל הצטרפה לאמנה בשנת 1999 ומאז היא נוטלת חלק פעיל באמנה, ובמוסדות הקיימים על פיה. כמו כן, למדינת ישראל שגריר קבוע למוסדות אונסק"ו, הממוקמים בפריס.

116. וכאן ראוי להתעכב על ההבדל שבין אתר מורשת לאתר מורשת עלמית: הגדרת "אתר מורשת" באמנת אונסק"ו היא הגדרה מהותית. אתר אינו צריך להיות מוכרז כאתר מורשת כדי שהוא יהיה כזה. די שיש לו את ה"ערכיות" המיוחדת המאפיינת אתרי מורשת כדי שהוא יהיה אתר מורשת.

האמנה מדברת על "ערך אוניברסלי יוצא מן הכלל". ומרגע שאתר הוא אתר מורשת חלה על המדינה שבשטחה או בשליטתה האתר נמצא – החובה לזהותו, להגן עליו, לשמר ולהציגו לציבור. קל וחומר שנאסר עליה לפגוע בו, כפי שנראה להלן.

117. במקביל מנהלת ועדה בין ממשלתית של אונסק"ו, הפועלת מכוח אמנת אונסק"ו, **רשימה של אתרי מורשת עולמיים**. הרשימה כוללת חלק בלבד מאתרי המורשת הקיימים בעולם, והשייכות לסטטוס זה היא פרוצדוראלית ולא מהותית, קרי – הכרזה (בחירה) להכללה ברשימה. כאמור, אתר בתיר מצוי בשלב מתקדם ביותר להכללה ברשימת אתרי מורשת עולמיים, ובכל מקרה המומחים מסכימים כולם שמדובר באתר מורשת שהוא נכס תרבות של האנושות. מעניין לציין כי כיום מצויים ברשימה 890 אתרים, מהם 689 אתרים בעלי חשיבות תרבותית ועוד 176 בעלי חשיבות טבעית. **רק 25 אתרים הם מעורבים תרבות וטבע, וכזה הוא אתר מורדות בתיר**.

118. חשוב לחזור ולהדגיש, שלא כל אתרי המורשת נכללים ברשימה. כפי שנקבע בסעיף 11 (ב) לאמנה, הקובע את חובת הוועדה הבין ממשלתית לעדכן את הרשימה ולפרסמה את לשנתיים, הרשימה היא "חלק" מהמורשת התרבותית והטבעית:

על סמך הרשימות הטנטטיביות שגיגשו המדינות כאמור (סעיף 11 א' לעיל),
הוועדה תקים, תעדכן ותפרסם תחת הכותרת "רשימת מורשת עולמית"
רשימת אתרים שהם חלק מהמורשת התרבותית והטבעית, כמוגדר בסעיפים
11-2 של אמנה זו

119. הגדרות נכסי תרבות עולמיים מוגדרים בשני הסעיפים הראשונים של אמנת אונסק"ו משנת 1972 (הנוסח העברי של האמנה, כפי שתורגם על ידי הוועד הישראלי לאונסק"ו, מצוי בקישורית הבאה: <http://whc.unesco.org/archive/convention-he.pdf>). למען הנוחות, ההגדרות הובאו בעברית (לנוסח האנגלי, ראו בקישורית הבאה: <http://whc.unesco.org/archive/convention-en.pdf>).

120. סעיף 1 לאמנה זו קובע את ההוראות הבאות המתייחסות ל- "מורשת תרבותית" (ההדגשה שלנו):

סעיף 1. "מורשת תרבותית":

מונומנטים: עבודות ארכיטקטוניות, עבודות מונומנטליות של פיסול וציור, רכיבים או מבנים בעלי אופי ארכאולוגי, כתובות, מגורי מערות וצירופים של מאפיינים שהם בעלי ערך אוניברסלי יוצא מן הכלל מבחינה היסטורית, אמנותית ומדעית.

קבוצות מבנים: קבוצות של מבנים, נפרדים או מחוברים, אשר בזכות הארכיטקטורה וההומוגניות שלהם או מקומם בנוף הם בעלי ערך אוניברסלי יוצא מן הכלל מבחינה היסטורית, אמנותית ומדעית.

אתרים: עבודות מעשי ידי אדם או שילוב של עבודות הטבע ומעשי אדם, ואזורים בהם אתרים ארכאולוגיים, שהם בעלי ערך אוניברסלי יוצא מן הכלל מבחינה היסטורית, אסתטית, אתנולוגית ואנתרופולוגית.

121. הנה כי כן, אמנת אונסק"ו משנת 1972 מוצאת לנכון לציין במפורש, תחת סעיף הגדרת "אתרים" כי אתרים המשלבים עבודות טבע ומעשי אדם, שהם בעלי ערך אוניברסלי יוצא מן הכלל, בעלי חשיבות היסטורית, אסתטית, אתנולוגית ואנתרופולוגית, ראויים להיכלל תחת ההגדרה של מורשת תרבותית.

122. אזור הכפר בתיר שבו מתוכנן תוואי הגדר נשוא עתירה זו עונה, אם-כן, להגדרה החלופית השלישית של **מורשת תרבות** – מעשה משולב של אדם וטבע. חלופה זו מבקשת להבטיח שימור אתרים המייצגים את התפתחות החברה האנושית וההתיישבות של קהילות לאורך זמן וכן את ההשפעות שיש לסביבה הפיסית על התפתחות זו (קובץ הנחיות לאמנת מורשת תרבות וטבע סעיף 47).

123. המתחם נשוא העתירה עונה להגדרות שפורטו בהנחיות האופרטיביות של ועדת המורשת העולמית לעניין מפגש תרבות ונוף, באשר מדובר ב**אתר נוף אורגאני** – אתר בו נוף המייצג תרבות, מסורת ואורחות חיים שהתפתחו באופן אורגאני לאורך זמן כתוצאה מיזמה כלכלית, מנהלית או דתית והשתלב בסביבה הטבעית בתוכה נוצר (**organically evolved landscape**). בקטגוריה זו נכללות שתי קבוצות: שרידי נוף אורגאני ונוף אורגאני המשכי.

124. הנוף והתרבות באזור הכפר בתיר הוא מהסוג הנדיר יותר - **מדובר בנוף אורגאני מתמשך** שהתרבות בו קיימת גם היום באופן דומה לימי קדם.

125. בנוסף לסעיף המגדיר מהי מורשת תרבותית, סעיף 2 לאמנה קובע מהו אתר "מורשת טבעית" (ההדגשה שלנו):

סעיף 2. "מורשת טבעית":

מאפייני טבע הכוללים תצורות פיזיקליות או ביולוגיות או קבוצות של תצורות אלו, שהם בעלי ערך אוניברסלי יוצא מן הכלל מבחינה אסתטית ומדעית.

תצורות גאולוגיות או פיזיוגרפיות ואזורים מוגדרים שהם בית-הגידול (הביטאט) לבעלי חיים או לצמחים הנתונים בסכנת הכחדה, בעלי ערך אוניברסלי יוצא מן הכלל מבחינה מדעית ושימור.

אתרי טבע או אזורי טבע בעלי גבולות מוגדרים, שהם בעלי ערך אוניברסלי יוצא מן הכלל מבחינה מדעית, השימור והיופי הטבעי.

126. הנה כי כן, סעיף 2 קובע מספר חלופות הרלוונטיות לענייננו: ראשית, החלופה המתאימה לתצורות גאולוגיות או פיזיוגרפיות: כפי שנאמר בחוות הדעת שציטטנו מהם לעיל, כמו גם בהחלטות המוסדות הבינלאומיים הרלוונטיים, בראש ובראשונה ארגון אונסק"ו האחראי על יישום האמנה, שיפולי הכפר בתיר, הכוללים גם את התוואי נשוא העתירה, ראויים להכלל תחת הגדרת אזור מורשת התרבות, כפי שהוא מופיע בסעיף 1 לאמנה.

127. זאת, מעבר להיות האזור כזה המכיל מורשת טבעית, כפי שגם סעיף 2 לאמנה קובע, וכפי שגם מוסדות אונסק"ו מצאו לנכון להגדירו.

128. כעת, משברור כי האזור נשוא העתירה עונה להגדרה של אתרי מורשת תרבות ומורשת טבע, כפי שמורה האמנה הרלוונטית בעניין, נפנה לבחון את ההוראות השונות המחייבות על שמירה, שימור והעדר פגיעה באתרי מורשת תרבות, אתר מורשת נוף ואתר מורשת טבע עולמיים.

IV – החובות הקבועות במשפט הבינלאומי ההומניטארי וההפרה הנובעת מבניית

מכשול ההפרדה בשטח הכפר בתיר נשוא העתירה

129. לשיטת העותר, קיימים לפחות שלושה כללים של המשפט ההומניטארי המינהגי האוסרים על המשיבים לפגוע באופן בלתי הפיך בסביבה. נפנה כעת לפרוט אותם אחד לאחד:

(א) הכלל האוסר על שימוש בשיטות או אמצעים של לחימה אשר עלולים לגרום לפגיעה נרחבת, חמורה וארוכת טווח בסביבה הטבעית והכלל המחייב שמירה על הסביבה בעת לחימה ומחייב במקביל נקיטה באמצעי זהירות בבחירת אמצעי ושיטות הלחימה כדי שאלו לא יפגעו בסביבה

130. כלל זה הינו עקרון מנהגי הקבוע בשני סעיפים בפרוטוקול הראשון הנלווה לאמנות ג'נבה, משנת 1977. הסעיף הראשון הינו סעיף 35, המצוי בתחילת פרק העוסק בשיטות ואמצעי מלחמה, והוא מונה את הכללים הבסיסיים אשר ניתן להפעיל בעת סכסוך מזוין, תוך שבראשיתו הוא מציין כי כללים אלה אינם בלתי מוגבלים. בשל חשיבות הסעיף נביאו כלשונו:

Art 35. Basic rules

- 1. In any armed conflict, the right of the Parties to the conflict to choose methods or means of warfare is not unlimited.*
- 2. It is prohibited to employ weapons, projectiles and material and methods of warfare of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering.*
- 3. 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.*

131. כפי שניתן לראות, תת-סעיף (3) קובע במפורש כי אין לעשות שימוש בכלי נשק או שיטות לחימה, אשר ניתן לצפות כי יגרמו נזק נרחב, ארוך וחמור לסביבה הטבעית. ונזכיר כי כותרת הסעיף כוללת את ההוראה כי המדובר בכללים הבסיסיים של שיטות ואמצעי לחימה.

132. בהקשר זה, יוער, כי בית המשפט העליון קבע בעבר כי הסמכות לתפוס מקרקעין לצורך בניית גדר הפרדה, כמו גם כל הפעולות הקשורות בבניית גדר הפרדה, נובעות מתקנה 23(g) לתקנות האג הנספחות לאמנה בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה משנת 1907, הינן אלה המצויות בפרק העוסק בניהול הלחימה עצמה, ומכאן שבניית גדר הפרדה הינה מעשה צבאי-ביטחוני וככזה הוא "שיטת לחימה" (ראו פרשת **בית סוריק** לעיל).

133. בנוסף על ההוראה הקבועה בסעיף 35, גם סעיף 55 המצוי בחלק העוסק באוכלוסיה אזרחית ובתת הפרק המתייחס לאובייקטים אזרחיים, קובע הוראה דומה, הנושאת את הכותרת "הגנה על הסביבה הטבעית". וזו לשון הסעיף:

Art 55. Protection of the natural environment

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.*

134. כפילות זו של ההוראה על ההגנה על הסביבה, הן בעת לחימה והן בעת כיבוש, הן בתור כלל בסיסי-כללי והן בתור כלל ספציפי, מלמד על החשיבות המיוחדת שמייחס המשפט ההומניטארי לשמירה על הסביבה הטבעית ועל ההגנה הניתנת לסביבה זו.

135. אוגדן הצלב האדום המרכז את הכללים המנהיגים של המשפט הבינלאומי ההומניטארי ("אוגדן הצלב האדום") קובע כי כללים אלה של ההגנה על הסביבה כפי שהם מעוגנים בסעיפים שלעיל, וכפי שהפרקטיקה של המדינות הכירה בכך במהלך השנים, מהווים משפט בינלאומי מנהגי המחייב את המשיבים. וכך מורים אותנו כללים אלה, המעוגנים במסגרת כללים 44 ו-45 לאוגדן הצלב האדום:

Rule 44. Methods and means of warfare must be employed with due regard to the protection and preservation of the natural environment. In the conduct of military operations, all feasible precautions must be taken to avoid, and in any event to minimize, incidental damage to the environment. Lack of scientific certainty as to the effects on the environment of certain military operations does not absolve a party to the conflict from taking such precautions.

Rule 45. The use of methods or means of warfare that are intended, or may be expected, to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment is prohibited. Destruction of the natural environment may not be used as a weapon.

J.M Henckaerts and L. Doswald-Beck, **Customary International Humanitarian Law**, Volume I: Rules (Cambridge University Press and ICRC, 2005)

136. הוראות מינהגיות אלה קובעות לא רק חובה להגן (במובן של לא לפגוע) אלא גם חובה אקטיבית, המטילה חובות לשמור ולשמר הגנה על הסביבה, ולצורך כך, לנקוט באמצעים אקטיביים על מנת להגשים חובות אלה. וראו לעניין זה את המדריך של הצלב האדום בעניין זה משנת 1994, אשר קובע כי:

(5) International environmental agreements and relevant rules of customary law may continue to be applicable in times of armed conflict to the extent that they are not inconsistent with the applicable law of armed conflict. Obligations concerning the protection of the environment that are binding on States not party to an armed conflict (e.g. neighbouring States) and that relate to areas beyond the limits of national jurisdiction (e.g. the high seas) are not affected by the existence of the armed conflict to the extent that those obligations are not inconsistent with the applicable law of armed conflict.

...

(11) Care shall be taken in warfare to protect and preserve the natural environment.

"Guidelines for Military Manuals and Instructions on the Protection of the Environment in Times of Armed Conflict", 331 **International Review of the Red Cross**, [1996]

137. כמו כן, ראו את הצהרת האו"ם בכל הנוגע לחובות השמירה וההגנה על הסביבה, כפי שהתגבשו במסגרת הצהרת ריו משנת 1992, המתייחסות גם הן, במסגרת עקרונות 23 ו-24, לחובות ההגנה על הסביבה במסגרת מצבי לחימה וכיבוש (על הצהרת ריו ומשמעותה נרחיב עוד בפרקים הבאים):

Principle 23

The environment and natural resources of people under oppression, domination and occupation shall be protected.

Principle 24

Warfare is inherently destructive of sustainable development. States shall therefore respect international law providing protection for the environment in times of armed conflict and cooperate in its further development, as necessary.

Rio Declaration on Environment and Development, [1992], available at:

http://www.unesco.org/education/information/nfsunesco/pdf/RIO_E.PDF

138. גם בית הדין הבינלאומי לצדק בהאג, מצא לנכון לקבוע בעבר את גבולות וחובות המדינות ביחס להגנה על הסביבה. כך למשל, בפסק הדין בסכסוך שהובא לפניו בין סלובקיה להונגריה, מצא בית הדין לנכון לקבוע את הדברים הבאים, בעודו נשען על קביעות הוועדה למשפט בינלאומי (ILC) בעניין זה:

“[a] grave danger to ... the ecological preservation of all or some of [the] territory [of a State]”

“[I]t is primarily in the last two decades that safeguarding the ecological balance has come to be considered an ‘essential interest’ of all States”.

CASE CONCERNING THE GABCIKOVO-NAGYMAROS PROJECT

(HUNGARY-SLOVAKIA), JUDGMENT OF 25 SEPTEMBER 1997

139. ובמקום אחר, בפרשת חוקיות הנשק הגרעיני, קבעה חוות הדעת של בית הדין הבינלאומי בהאג, את הדברים הבאים:

"The environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment."

(Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, pp.241 -242, para. 29.)

וביחס להוראות סעיפים 35 ו-55 לפרוטוקול הראשון הנוסף, מצא בית הדין לציין את הדברים הבאים במסגרת חוות הדעת הנזכרת (הדגשות הוספו, מ.ס., ש.ז.):

"31.The Court notes furthermore that Articles 35, paragraph 3, and 55 of Additional Protocol 1 provide additional protection for the environment. Taken together, these provisions embody a general obligation to protect the natural environment against widespread, long-term and severe environmental damage; the prohibition of methods and means of warfare which are intended, or may be expected, to cause such damage; and the prohibition of attacks against the natural environment by way of reprisals."

These are powerful constraints for all the States having subscribed to these provisions."

140. יוער בנקודה זו, כי בית המשפט העליון של מדינת ישראל כבר קבע בעבר כי בית הדין הבינלאומי לצדק, פסקי הדין וחוות הדעת שניתנו על ידיו מהוות פרשנות של המשפט הבינלאומי "הנעשית על ידי הגורם השיפוטי העליון במשפט הבינלאומי", ולפיכך, "לפירוש שנותן בית הדין למשפט הבינלאומי יש ליתן את מלוא המשקל הראוי" (ראו בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005), פסקה 56 לפסק הדין של הנשיא א' ברק).

141. יצוין, כי גם אמנת רומא המכוננת את חוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי מצאה לנכון לקבוע כי פגיעה בסביבה עשויה להיחשב פשע מלחמה. וכך מורה אותנו סעיף 8(b)(iv), המצוי בפרק "פשעי מלחמה":

2. For the purpose of this Statute, "war crimes" means:

[...]

(b) Other serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflict, within the established framework of international law, namely, any of the following acts:

[...]

(iv) Intentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause incidental loss of life or injury to civilians or damage to civilian objects or **widespread, long-term and severe damage to the natural environment** which would be clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated;

142. אלו אם כן הכללים וההוראות במשפט הבינלאומי ההומניטארי (והפלילי) האוסרים על פגיעה בסביבה, בין אם במסגרת דיני הלחימה ובין אם במסגרת דיני הכיבוש (שהוא ענף של דיני הלחימה). כללים עתיקים אלה נטועים היטב במשפט הבינלאומי ההומניטארי המנהגי, המחייב את מדינת ישראל ורשויותיה, לרבות ובעיקר המשיבים.

ב. הכלל האוסר השמדה של רכוש פרטי וציבורי

143. לצד הכללים הספציפיים האוסרים על פגיעה בסביבה, קיימים הכללים הנוספים, האוסרים על השמדה ופגיעה ברכוש פרטי וציבורי.

144. כללים אלה מעוגנים במספר הוראות מהמשפט הבינלאומי ההומניטארי, בראש ובראשונה תקנה 23(g) לתקנות הנספחות לאמנות האג, האוסרות על פגיעה בקניין הציבורי או הפרטי, למעט אם זו נדרשת לצרכים הכרחיים של לחימה, וכן תקנה 55 המתייחסת לרכוש ציבורי, ובכלל זה יערות, כאשר הרכוש הציבורי מופקד בידי המעצמה הכובשת רק כנאמן, ועליה לנהל אותו על פי כללי טובת ההנאה.

145. יוער, כי על פי פסיקתו הענפה של בית המשפט הנכבד, הוראותיה של אמנת האג והתקנות הנובעות ממנה מהוות משפט בינלאומי מנהגי, המחייב את מדינת ישראל, מוסדותיה ורשויותיה, לרבות המשיבים.

146. לכך יש להוסיף את הכלל הקבוע בסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר ההגנה על אזרחים בעת סכסוך מזוין משנת 1949, הקובעת את הדברים הבאים:

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”.

147. החובה המוטלת על הגורם הצבאי בשטח, ובמקרה דנן – המשיבים – ככל שהדבר נוגע לדין ההומניטארי, טומנת בחובה גם את החובה להגן על רכושו של הפרט, או הקולקטיב, המוגן בשטח הכבוש. וכפי שביטא זאת בית המשפט הנכבד בעבר:

“חובתו של המפקד הצבאי על פי הכלל הבסיסי היא כפולה. ראשית, עליו להימנע מפעולות אשר פוגעות בתושבים המקומיים. זוהי חובתו ה”שליטית”; שנית, עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא יפגעו. זו חובתו ה”חיובית”. (בג”ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם ואח’ נ’ מפקד כוחות צה”ל בעזה, פ”ד נח(5), 385 עמ’ 394-393)

– וגם

“במסגרת הפנמתם של הדינים ההומניטאריים מן הראוי הוא כי יודגש, כי חובתו של המפקד הצבאי אינה מתמצית בהימנעות הצבא מפגיעה בחייהם ובכבודם של התושבים המקומיים (החובה ה”שליטית”). חובתו היא גם ”חיובית”. עליו להגן על חייהם וכבודם של התושבים המקומיים” (שם, בעמ’ 408).

148. אכן, זכות קניינית זו הינה זכות יחסית, אולם עמדת העותר היא כי במקרה דנן לא ניתן לבחון את הפגיעה בקניין על פי אמנת המידה המקובלות במקרים אלה, והפגיעה בקניין הינה

רחבת היקף באופן ספציפי. לפיכך, עמדת העותר היא כי בניית הגדר בתוואי זה, הינה בלתי מידתית באופן חסר פרופורציות.

ג. הכלל המחייב הגנה ושימור של נכסי תרבות בעת לחימה

149. נוסף על ההוראות שלעיל, קיימות מספר הוראות במשפט הבינלאומי המנהגי, המטילות חובות ואחריות מוגברת על מדינות לשמור על נכסי תרבות במסגרת סכסוך מזוין.
150. המשפט ההומניטארי, כידוע, הוא ענף ותיק יחסית של המשפט הבינלאומי, וההגדרות בו העוסקות בנכסי תרבות הן כלליות. העותרים יטענו כי על בית המשפט לאמץ את ההגדרות המפורטות יותר המצויות בדיני הסביבה הבינלאומיים, ולעשות בהם שימוש גם במסגרת דיני העימות המזויין כשזה מתייחס לאתר תרבות.
151. מכל מקום החובה לשמור על נכסי תרבות במסגרת סכסוך מזוין מוטלת בראש ובראשונה מתוקף המשפט ההומניטארי החל באזור, ומוצאת את ביטויה בסעיפים 5(1)-(2) לאמנת האג להגנה לנכסי תרבות בעת סכסוך מזוין משנת 1954 והפרוטוקול הראשון הנסמך לאותה אמנה מאותה השנה. (**Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention 1954**) (14.5.1954). ישראל חתמה והצטרפה לאמנה זו כצד בשנת 1957, כמו גם לפרוטוקול הראשון הנסמך לאמנה.
152. בד בבד עם היותה של מדינת ישראל חלק ממשפחת העמים החתומה על אמנה זו, אין כל חולק כי חלק גדול מהוראותיה של אמנה זו הינם מינהגיות, והן חלות הן בעת סכסוך מזוין והן בעת מצבי כיבוש הנלווים או שהם תוצאה של סכסוך מזוין. (ראו לעניין זה: David E. Meyer, Note, "The 1954 Hague Cultural Property Convention and Its Emergence into Customary International Law", 11 B.U. INT'L L.J. 349 (1993)
153. סעיף 1 לאמנה מגדיר מהו נכסי תרבות הזכאים להגנה במסגרת אמנה זו (הדגשות הוספו, מ.ס., ש.ז.):

Article 1. Definition of cultural property

For the purposes of the present Convention, the term 'cultural property' shall cover, irrespective of origin or ownership:

*(a) movable or immovable **property of great importance to the cultural heritage of every people**, such as monuments of architecture, art or history, whether religious or secular; archaeological sites; groups of buildings which, as a whole, are of historical or artistic interest; works*

of art; manuscripts, books and other objects of artistic, historical or archaeological interest; as well as scientific collections and important collections of books or archives or of reproductions of the property defined above;

154. האיסור על פגיעה, גניבה, יחס לא נאות או ונדליזם ביחס לאוצרות תרבות, מופיע בסעיף 4 לאמנת האג משנת 1954, הקובע בזו הלשון:

Article 4. Respect for cultural property

1. *The High Contracting Parties undertake to respect cultural property situated within their own territory as well as within the territory of other High Contracting Parties by **refraining from any use of the property and its immediate surroundings** or of the appliances in use for its protection **for purposes which are likely to expose it to destruction or damage** in the event of armed conflict; and by refraining from any act of hostility, directed against such property.*
2. *The obligations mentioned in paragraph 1 of the present Article may be waived only in cases where military necessity imperatively requires such a waiver.*
3. *The High Contracting Parties further undertake to prohibit, prevent and, if necessary, put a stop to any form of theft, pillage or misappropriation of, and any acts of vandalism directed against, cultural property. They shall refrain from requisitioning movable cultural property situated in the territory of another High Contracting Party.*
4. *They shall refrain from any act directed by way of reprisals against cultural property.*
5. *No High Contracting Party may evade the obligations incumbent upon it under the present Article, in respect of another High Contracting Party, by reason of the fact that the latter has not applied the measures of safeguard referred to in Article 3.*

155. כפי שניתן לראות מפסקה 3 לסעיף 4 לאמנה, הרי שעל הצדדים לסכסוך (ומטבע הדברים גם כוחות כובשים כתוצאה מסכסוך), החובה לנקוט באמצעים אקטיביים על מנת להגן על נכסי תרבות ולמנוע כל פגיעה בהם.

156. בנוסף להוראה זו, סעיף 5 מתייחס במפורש למצב של כיבוש, וקובע את ההוראות הבאות, החלות בענייננו:

Article 5. Occupation

1. *Any High Contracting Party in occupation of the whole or part of the territory of another High Contracting Party shall as far as possible support the competent national authorities of the occupied country in safeguarding and preserving its cultural property.*

[...]

157. הנה כי כן, סעיף זו קובע כי על המעצמה הכובשת, לשתף פעולה ככל שניתן עם הגורמים המקומיים בשטח הכבוש, לצורך שמירה ושימור על אוצרות התרבות.

158. בנוסף לאמנה הקונקרטית משנת 1954, גם הפרוטוקול הראשון הנוסף לאמנות גינבה משנת 1977, קובע הוראות מיוחדות ביחס להגנת אובייקטים תרבותיים ומקומות פולחן. כך למשל, קובעות הוראות סעיף 53 לפרוטוקול הראשון:

Art 53. Protection of cultural objects and of places of worship

Without prejudice to the provisions of the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict of 14 May 1954, and of other relevant international instruments, it is prohibited:

- (a) [t]o commit any acts of hostility directed against the historic monuments, works of art or places of worship which constitute the cultural or spiritual heritage of peoples;*
- (b) [t]o use such objects in support of the military effort;*
- (c) [t]o make such objects the object of reprisals.*

159. כפי שניתן לראות, הוראת סעיף זה באה להוסיף ולא לגרוע מההגנות הקבועות באמנה משנת 1954.

160. הגנות אלה אף הוכרו ועוגנו כחלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי המחייב את המשיבים, במסגרת המחקר שבוצע על ידי הצלב האדום.

Rule 40. Respect for Cultural Property

Each party to the conflict must protect cultural property:

- A. *All seizure of or destruction or willful damage done to institutions dedicated to religion, charity, education, the arts and sciences, historic monuments and works of art and science is prohibited.*
- B. *Any form of theft, pillage or misappropriation of, and any acts of vandalism directed against, property of great importance to the cultural heritage of every people is prohibited.*

Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Vol. I: Rules (Cambridge University Press 2005, at p. 132-134

162. עוד יוער בהקשר זה, כי בית הדין הבינלאומי לפשעי מלחמה שבוצעו ביוגוסלביה לשעבר קבע זה לא מכבר כי השחתה והשמדה של נכסי תרבות (כמו גם אי השמירה עליהם) במסגרת סכסוך מזוין, בין שהוא בינלאומי ובין שאינו בינלאומי, עשויה להיחשב כעבירה פלילית בינלאומית (וראו בעניין זה: *Prosecutor Vs. Pavle Strugar IT-01-42-T Judgment from 31 January 2005*, available at: <http://www.icty.org/x/cases/strugar/tjug/en/str-tj050131e.pdf>)

163. גם בית המשפט העליון של מדינת ישראל כבר קבע בעבר ביחס לחובות המשיבים לשמור על נכסי ואוצרות תרבות, לרבות נכסים וממצאים בעלי ערך ארכיאולוגי, בפסק הדין בעניין **הס נ' שר הביטחון** כמצוטט להלן :

"על מפקד האיזור חלה חובה מכח כללי המשפט הבינלאומי, ובתוכם אמנת האג להגנת נכסי תרבות בשעת סכסוך מזוין, 1954, לשמור על אוצרות תרבות בשטח כבוש, ובכללם נכסים בעלי ערך ארכיאולוגי. עליו לפעול בענין זה על פי עקרונות היסוד של המשפט המינהלי."

בג"צ 10356/02 יואב הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נח (3), 443, 463-464 (2004)

164. על כן, ולאור מגוון מקורות במשפט הבינלאומי ההומניטארי, וכן לאור פסיקות בתי המשפט בישראל ובעולם, מוטלת על המשיבים החובה לשמור ולהימנע מפגיעה ביחס לאוצרות ונכסי תרבות, כפי שהם מוגדרים באמנת האג משנת 1954.

המשפט הבינלאומי ההומניטארי – סיכום ביניים

165. כל אחד מהמקורות האמורים, מחייב עצמאית את מדינת ישראל ואת הרשויות הפועלות במסגרתה, לרבות המשיבים, להימנע משימוש בשיטות ואמצעים אשר פוגעים בסביבה ובנכסי התרבות המצויים בסביבה. הדבר נכון הן לפעולות לחימה והן לשימור העבודה בשטח כבוש.

166. ונזכיר את הברור מאליו, כי גדר ההפרדה היא כלי לחימה. העובדה כי היא נתפסת בידי מתכנניה כאובייקט הגנתי אינה מורידה ממנה את מעמדה ככלי לחימה אשר חייב לעמוד בסטנדרטים שמציב המשפט הבינלאומי בכדי שאמצעי לחימה ייחשב חוקי.

167. עוד נבקש לציין כי המשפט ההומניטארי הבינלאומי אוסר על פגיעה בסביבה מבלי להגדיר בעצמו את המושגים "סביבה" "נכס תרבות" וכדומה. יש תמימות דעים בין המלומדים כי (לכל הפחות) יש למלא מושגים בתוכן על-ידי פנייה אל דיני הסביבה הבינלאומיים.

168. היות וראינו כי האתר בו עסקינן עומד בקריטריונים להגדרה "נכס תרבות" וכן "נכס טבעי", כפי שגם שלל חוות הדעת - לרבות אלה של המשיבים - והיות והוא אף מהווה שילוב בין השניים, הרי שהוא אובייקט להגנה של המשפט ההומניטארי הבינלאומי. מכאן שהכללים שאוזכרו לעיל, נוגעים לו ישירות ופגיעה בו היא הפרה של הכללים.

169. חומרה מיוחדת יש להפרות האמורות בשל העובדה שהן פוגעות באתר המצוי בשטח כבוש. מעמדו של צה"ל בשטח, ככוח כובש, מגביר את חובותיו כלפי האנשים והסביבה שתחת שליטתו. המשפט ההומניטארי העניק לכוח הכובש כוחות ניהול ושליטה אשר היו בידי השלטון שניגף. לכוחות אלו מתלוות חובות. הוא אחראי מבחינת המשפט הבינלאומי לשלומם ורווחתם של האזרחים שתחת שליטתו, והוא האחראי לשלמות הרכוש הפרטי והציבורי שבשטח הכבוש (תקנה 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג).

V – החובות הקבועות בדיני הסביבה הבינלאומיים וההפרה הנובעת מבניית מכשול

ההפרדה בשטח הכפר בתיר נשוא העתירה

170. כפי שצוין לעיל משפט הסביבה הבינלאומי מחלחל אל דיני הלחימה דרך מושגי-סביבה שונים המפוזרים לאורכם ולרוחבם. יחד עם זאת לדיני הסביבה הבינלאומיים יש גם תחולה ישירה על פעילות המשיבים בגדה.

171. ונזכור כי אין במקרה זה תחולה לטענה בדבר "סמכות ריבון" שלעיתים נטענת כדי להדוף תחולה של אמנה בינלאומית על יחסים שבין מדינה לנתיניה-שלה. הסיבה לכך כפולה: ראשית, דיני הסביבה הבינלאומיים חשדניים ואף עויינים טענות מסוג זה היות והם מסדירים סוגייה שעל-פי טיבה נוגעת לאנושות כולה ובהצהרה וכוונת מכוון מטילה חובות לגבי מדינות הן לגבי פעולות המשפיעות על סביבה במדינות שכנות (או שטחים כבושים) והן על הסביבה הפנימית שלהן. שנית, אזור הכפר בתיר הינו שטח כבוש, המצוי בשטח C, ועל-כן אין אפשרות לטעון כי בניית גדר וחומה, גם אם בתחומי מדינת ישראל (וכאמור, איננו מביעים עמדה אם כך הדבר), אבל שתשפיע ישירות על אתר המצוי ברובו בשטח הכבוש, הינו עניינה "הפנימי" של מדינת ישראל.

172. מכל מקום, האיסורים המוטלים על המשיבים מכוח דיני הסביבה אוסרים עליו לפגוע בנכס תרבות או נכס טבע. ארבעה מקורות (לפחות) לאיסורים אלה:

א. הצהרת שטוקהולם (הצהרת ועידת האו"ם בדבר הסביבה האנושית משנת 1972):
הצהרה, אשר ישראל שותפה לה, מחייבת את המדינות להימנע מפגיעה בסביבה (ואף להגן עליה) ולהימנע משימוש בשיטות לחימה אשר פוגעות בסביבה.

ב. הצהרת ריו (הצהרת ועידת האו"ם בדבר סביבה ופיתוח משנת 1992): חוזרת על העקרון שהתקבל בהצהרת שטוקהולם ומוסיפה חובה לבצע בדיקה של ההשפעות הסביבתיות שיהיו לפעולה כלשהי אשר עשויה לפגוע בסביבה (כלל 17). הצהרת ריו מדגישה את חובת המדינות להגן על תרבות מקומית שהשתמרה (כלל 22). זאת, מעבר לכללים המתייחסים לסכסוך מזויין מהם הבאנו לעיל (כללים 23-24 לעיל).

ג. אמנת מורשת תרבות וטבע (אמנת אונסק"ו משנת 1972, להלן: "אמנת אונסק"ו") – אשר הפנינו אליה קודם לכן, קובעת חובות ואיסורים ברורים ונחרצים (ראו סעיף 4 לאמנה; על אמנה זו עוד נרחיב להלן, בחלק שיוקדש לאמנה זו).

173. הפגיעה הצפויה, אם-כן, באזור הכפר בתיר מבניית גדר ההפרדה, הינה הפרה של חובות מדינת ישראל בהתאם למשפט הסביבה הבינלאומי.

ההגנה המשפטית המוענקת לאתר נופי, טבעי או תרבותי ייחודי – אמנת אונסק"ו

174. כל מדינה השותפה לאמנת אונסק"ו מקבלת עליה שלא "לנקוט צעדים מכוונים אשר עלולים לגרום נזק, במישרין או בעקיפין, למורשת תרבות וטבע... הנמצאים בשטחה של מדינה אחרת השותפה לאמנה" (סעיף 3)6 לאמנה).

175. ודוק: אין צורך שהאתר יהיה כלול ברשימת אתרי מורשת עולמיים, כדי שתחול החובה האמורה. די בכך שהאתר עומד בקריטריונים **המהותיים** שמציגות הגדרות המשנה השונות של "אתר מורשת" (מורשת תרבות, מורשת טבע), כדי שתחול החובה האמורה.

176. הכללה ברשימה של אתרי מורשת עולמיים הופכת את החובה למוגברת משום שהמשמעות המשפטית היא שאין ולא יכולה להיות מחלוקת שמדובר באתר מורשת.

177. להבנתנו גם הכללה ברשימה הטנטטיבית יוצרת לכל הפחות חזקה שמדובר באתר מורשת ולפיכך החובה להגן והאיסור על פגיעה הוא מוגבר גם לגבי אתרים המצויים ברשימה הטנטטיבית וטרם הוכללו ברשימת אתרי מורשת עולמיים.

178. אם-כן, על פי הוראות האמנה, כמו גם על פי החלטות הגורמים הבינלאומיים המוסמכים אשר מצאו לנכון לכלול את האתר במסגרת הרשימה הטנטטיבית לאתרי מורשת עולמיים, אין ולא יכולה להיות כל מחלוקת כי האזור מהווה אתר ראוי להיכלל באתר מורשת.

179. השרידים הארכיאולוגיים שנמצאים בכפר מעידים כי מערכות חקלאות השלחין המסורתיות, אשר שכמותן מתועדות מתקופת התלמוד והמשנה ואף קודם, הן תוצר של דורות רבים של אינטראקציות בין האנושות לסביבה הטבעית, ומשקפים "טכניקות ספציפיות של שימוש קרקע בר-קיימא", בהתאם להגדרת ועדת המורשת העולמית.

180. אין ספק שניתן לכלול את אזור הכפר בתיר בקטגוריית נוף אורגני המשכי המוגדר כ: "נוף הממלא תפקיד חברתי פעיל בחברה מודרנית הקשורה הדוקות אל דרך החיים המסורתית, והתהליך האבולוציוני בה עדיין בהתפתחות. נוף זה מציג עדות חומרית משמעותית להתפתחותו לאורך הזמן" –

"[C]ontinuing landscape is one which retains an active social role in contemporary society closely associated with the traditional way of life, and in which the evolutionary process is still in progress. At the same time it exhibits significant material evidence of its evolution over time"

(הנחיות אופרטיביות (2005, נספח 3).

Annex 3 to the Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage annex Convention, 2 February, 2005 (Guidelines on the inscription of specific types of properties on the World Heritage List). Available at: <http://whc.unesco.org/archive/opguide05-en.pdf>

181. הטרסות החקלאיות באזור הכפר ביתר, המושקות במי מעיינות, מהוות דוגמה יוצאת מן הכלל של שימוש מסורתי בקרקע המייצג אינטראקציה מעשה ידי אדם עם הסביבה הטבעית ובכך מתאים לחלוטין לקריטריון V. שימוש מסורתי זה רגיש באופן בלתי-הפיך, לפגיעה בספיקת המעיינות ולשינויים משמעותיים באגן ההיקוות שלהם.

182. המכלול הנופי של אזור הכפר בתיר מבטא עדות יוצאת דופן למסורת תרבותית בת אלפי השנים של חקלאות שלחין בהרי יהודה ובכך הוא מתאים לחלוטין לקריטריון III. בניגוד למעיינות הרי יהודה וטרסות השלחין שבתחומי מדינת ישראל המהווים שרידים של נוף אורגני (ברמה כזו או אחרת של שימור) הרי שאזור הכפר בתיר מהווה מערכת מושלמת של נוף אורגני המשכי.

183. העובדה שהמסורת החקלאית באזור בתיר מהווה את מרכז המשענת הכלכלית של תושבי הכפר, הופכת אותו לנדיר במיוחד. בכל חורף תושבי הכפר מתקנים את הנזקים שנגרמו, אם נגרמו, לתעלות המים. כמו כן הם מטפלים במערכות הביוב של הכפר כדי למנוע זיהום מי המעיינות. הם מבצעים שיפורים שמטרתם למנוע התאדות וזיהום מי ההשקיה. בכך מתאים הכפר בתיר והטראסות המשתפלות ממנו לחלוטין לקריטריון של תהליך אבולוציוני מתמשך.

184. ניקבות המעיינות, בריכות המים ושולי תעלות ההשקיה מכילים את בתי-הגידול (הביטאט) הטבעיים החשובים והמשמעותיים (in-situ) של מגוון ביולוגי באתר, כולל מינים נדירים ומינים בסכנת הכחדה, ובכך מתאימות מערכות המים של האזור גם לקריטריון IV.B (180) של אתרי מורשת (ראו Implementation of Operational Guidelines for the World Heritage annex Convention, 2 February, 2005 (Available at: the <http://whc.unesco.org/archive/opguide05-en.pdf>).

185. אם נסכם, האתר נשוא עתירה זו הוא אתר מורשת תרבותית ואתר מורשת טבעית. אמנת אונסק"ו מחייבת את החברות בה "לזהות ולקבוע את האתרים... בהתאם [להגדרות]" (סעיף 3 לאמנה) ואוסרת "לנקוט צעדים אשר עלולים לגרום נזק, במישרין או בעקיפין, לאתרי המורשת התרבותית והטבעית".

186. הקמת גדר ההפרדה בתוואי המתוכנן בביתר תהווה הפרה של איסור וחיוב זה הקבוע באמנת אונסק"ו.

VI. הפרת המשפט הבינלאומי של זכויות האדם

187. הפגיעה באזור הכפר בתיר אינה רק פגיעה בסביבה. היא פגיעה בבני האדם החיים בו והמתפרנסים ממנו.

תחולה

188. משפט זכויות האדם הבינלאומי כולל בין היתר גם את אמנת האו"ם הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות (1966) ואמנת האו"ם בדבר זכויות כלכליות וחברתיות (1966), אמנות שמדינת ישראל חתמה עליהן ואשררה אותן בשנת 1991. בעבר, הביעה מדינת ישראל את עמדתה בפני גורמים בינלאומיים, וגם בבית משפט נכבד זה, כי שדה משפטי זה חל רק בתוך תחומי המדינה ורק בימי שלום.

189. העותר אינו מקבלים עמדה זו שאינה עולה בקנה אחד עם המטרה והתכלית של אמנות בדבר זכויות אדם ("מטרה ותכלית" היא עקרון פרשני ראשון במעלה של המשפט הבינלאומי – ראו סעיף 31 לאמנת האמנות, אמנת וינה בדבר דיני אמנות, 1969). הקהילה המשפטית הבינלאומית גם היא אינה מקבלת עמדה זו של מדינת ישראל, וכל גופי האו"ם הפועלים לאכיפת אמנות זכויות אדם חוזרים על עמדה זו פעם אחר פעם בדוחותיהם.

190. גם בית המשפט הבינלאומי לצדק שמושב בהאג, אותו בית דין שבית משפט נכבד זה כבר קבע בעבר כי הוא הגורם השיפוטי העליון במשפט הבינלאומי – ועל כן יש לתת את מלוא המשקל הראוי לפרשנותו את משפט זה וכלליו (ראו בג"ץ 7957/04 **זהראן יונס מחמד מראעבה ואח' נגד ראש ממשלת ישראל ואח'** [פסק הדין מיום 15.9.2005, פסקה 56 לפסק דינו של הנשיא (בדימו') ברק] – קבע בשתי חוות דעת מייעצות (Advisory Opinions), כי יש תחולה של דיני זכויות האדם גם במסגרת דיני העימות המזוין בכלל ובפרט דיני הכיבוש:

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory ADVISORY OPINION OF 9 JULY 2004, **I. C. J. Reports 2004**, p. 136, at pp. 177-181.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996, **I.C.J. Reports 1996**, p. 226, at p. 240.

191. חוות דעת אלו קבעו, למעלה מכל ספק, כי דיני זכויות האדם אינם מושעים בשל קיומו של מצב לחימה, אלא הם חלים במלוא עוזם, במגבלות הקיימות. חוות הדעת של בית הדין הבינלאומי בעניין גדר ההפרדה בחנה באופן פרטיקולרי את תחולת האמנות בשטחי הגדה המערבית וחובות מדינת ישראל לאור התחייבויותיה הבינלאומיות, והגיעה למסקנה, המתבקשת, כי ישראל – בהיותה הגורם הריבוני היחיד הקיים באזור – מחויבת בשמירה על זכויות האדם הבינלאומיות של התושבים הפלסטינים ובודאי שאינה רשאית להפר אותן בעצמה בלא כל הצדקה ובלא כל סמכות לכך.

192. קביעה חד-משמעית זו מצטרפת גם לשורת החלטות בית המשפט האירופי לזכויות אדם שקבע את מבחן "השליטה האפקטיבית" כמכריע בדבר הגבולות הגיאוגרפיים של תחולת האמנה האירופאית בדבר זכויות האדם וחירויותיו הבסיסיות, מבחינתה של חברה חתומה. בין החלטות אלו ניתן למנות, למשל:

Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections), Decision of the 23rd of February 1995, Paragraph 62.

Behrami v France, Saramati v France, Germany and Norway (Application Nos 71412/01 and 78166/01 (unreported), 2 May 2007)

193. ולכל אלו יש להוסיף את פסקי הדין שניתנו זה לא מכבר על ידי בית הלורדים הבריטי, אשר קבע גם הוא כי דיני זכויות האדם הבינלאומיים להם מחויבת בריטניה, חלים גם בתחומי שטח כבוש הנתון לשליטתה ולשליטת חייליה, כמו בעירק:

R (Al-Skeini) v Secretary of State for Defence UKHL 26, [2007] 3 WLR 33 [13.6.2007] available at:

<http://www.parliament.the-stationery-office.com/pa/ld200607/ldjudgmt/jd070613/skeini-1.pdf>

R (on the application of Al-Jedda) (FC) v Secretary of State for Defence UKHL 58, [12.12.2007], available at:

<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldjudgmt/jd071212/jedda.pdf>

194. מכל האמור עולה כי משפט זכויות האדם הבינלאומי גם הוא חל על עתירה זו והאיסורים על פגיעה בזכויות היסוד של הפלסטינים, כמו גם חובות השלטון להגן על זכויות אלו, נובעים גם ממנו.

195. יצוין, כי לא אחת הכיר בית משפט זה בתחולתן של זכויות יסוד מכוח משפט זכויות האדם הבינלאומי בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. לא אחת נקבע כי זכויות יסוד של אדם או של קבוצת בני אדם חלות גם בעת מלחמה (וראו למשל דברי השופטת אי

פרוקציה, בפסק הדין בבג"ץ 10356/02 יואב הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם פורסם); פסק הדין מיום 4.3.2004, אשר קובעת בפסקה 17 לפסק הדין כי "זכות הקניין של הפרט אינה פוקעת גם בעת מלחמה"; וכן את קביעותיה של כבי השופטת (כתארה אז) ד' בייניש, בפסק הדין בבג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם ו-21 אח' נגד מדינת ישראל ואח, (תק-על 1/2005), 1114 (2005), המתייחסת לתחולת הזכות לחופש תנועה כזכות שמקורה במשפט הבינלאומי המנהגי של זכויות האדם אשר חלה בענייננו. לפסקי דין אלו ולאמור בהם עוד נשוב לכשנבחן את הזכויות הנפגעות בענייננו, באופן פרטיקולארי.

196. ואילו בפסק דין שניתן האחרונים זה לא מכבר, הוא פסק הדין בבג"ץ 3969/06 ראש מועצת הכפר דיר סאמט, מוחמד עבד מחמוד אלחרוב ואח' נגד מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח' (טרם פורסם); פסק הדין מיום 22.10.2009; להלן יכונה "פרשת דיר סאמט" נקבע ע"י כבי הנשיאה בייניש (יחד עם המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופטת א' פרוקציה), הדברים החד-משמעיים הבאים:

"[...]סמכויותיו של המפקד הצבאי יונקות מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי החלים על תפיסה לוחמתית.

כללים אלה מעוגנים, בעיקרם, באמנת האג הרביעית [...] ובתקנות הנספחות לה, אשר להוראותיהן מעמד של משפט בינלאומי מנהגי; באמנת גינבה הרביעית [...], אשר הוראותיה המנהגיות מהוות חלק ממשפטה של מדינת ישראל, ובית משפט זה כבר נזקק בעבר לפרשנותן של הוראותיה השונות בפסקי-דינו [...]; ובפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות גינבה, [...] אשר ישראל אינה צד לו, אולם הוראותיו המנהגיות מהוות אף הן חלק ממשפטה של ישראל [...]. ניתן, לעיתים, להשלים את ההוראות ההומניטריות מתוך

משפט זכויות האדם הבינלאומי (ה- Human Rights Law)

(בג"ץ דיר סאמט, שם, פסקה 10 לפסק דינה של כבי הנשיאה בייניש; הדגשות הוספו, מ.ס., ש.ז.).

וכן בהמשך פסק הדין, בפסקה 17 לפסק דינה של כבי הנשיאה בייניש:

"17. באשר לזכויות האדם של האוכלוסייה המקומית, אין חולק כי על המפקד הצבאי לכבד, להגן ולאפשר את מימושן של מגוון זכויות האדם המוקנות לתושבים המקומיים, בכפיפות לצרכי ביטחון חיוניים (ראו, למשל, סעיף 27 לאמנת גינבה הרביעית; תקנה 46 לתקנות האג. כן ראו העקרונות המנחים את פסיקתנו על-פי האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (International Covenant on Civil and Political Rights, 1966, להלן: האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות))."

197. מעבר לכך, אין ולא יכול להיות ספק שלישאל שליטה אפקטיבית **ייחודית** ובלעדית בשטחי C, שבהן ממוקם הכפר בתיר ותוואי הגדר המתוכנן.

(א) הזכות לתרבות:

198. משפט זכויות האדם הבינלאומי מכיר בזכות הקבוצתית לתרבות ואף דורש מהמדינות להגן עליה. כך למשל באמנת האו"ם בדבר זכויות חברתיות כלכליות ותרבותיות (1966) שאושרה על-ידי ישראל בשנת 1991 נקבעה חובת המדינות לאפשר לאנשים המצויים בשליטתה לקיים את אורחות חייהם ותרבותם (סעיף 15).
199. הוראה דומה קיימת אף באמנת האו"ם בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966) אשר אושרה אף היא ע"י ישראל בשנת 1991 והקובעת בסעיף 27 כי המדינות יגנו על זכותם של קבוצות להשתתף ולקיים את תרבותם.
200. התרבות הייחודית שהתפתחה באדמות הכפר בתיר, המורכבת מאורח חיים הסובב את הוואדי ואת המעיינות שבו, את עבודת החקלאות המבוצעת בשיטות מסורתיות ואת חיי הקהילה המתלווים לכל אלה, עונה להגדרה של "תרבות" המוגנת כאמור על-ידי האמנות.
201. מימוש תוואי הגדר באתר נשוא העתירה יפגע עד כדי חיסול התרבות הייחודית שהתפתחה במקום.

(ב) הזכות לפרנסה והזכות הקבוצתית ליהנות ממשאבים טבעיים:

202. הגנה על הזכות לפרנסה קבועה בסעיפים 1,6,7 ו-11 לאמנת האו"ם בדבר זכויות חברתיות כלכליות ותרבותיות.
203. בסעיף הראשון המשותף לשתי אמנות האו"ם המרכזיות בדבר זכויות האדם, קבועה זכותם הקבוצתית של עמים להנאה מהמשאבים הטבעיים השייכים להם באופן קולקטיבי (ס' 21), שזהו נוסחה:

"כל העמים רשאים, למטרותיהם שלהם, להחזיק באורח חופשי בעושרם ובמשאביהם הטבעיים...".

204. הזכות האמורה ידועה כ"זכות לריבונות קבועה על משאבי הטבע" והיא חלה גם בעיתות כיבוש ושלטון זר.
205. הבנייה המדוברת תפגע קשות בזכות לפרנסה של תושבי בתיר אשר האתר משמש להם מקור פרנסה עיקרי. היא תפגע גם בזכותם כחלק מהעם הפלסטיני לריבונות על משאבי הטבע שלהם, וגם מטעם זה היא אינה חוקית.

VII – העדרו של צורך צבאי והעדר מידתיות בפעולות המשיבים

206. עמדת העותר היא כי הקמת גדר ההפרדה בתוואי העובר באתר באופן המתוכנן, פוגעת כאמור לעיל בזכויות יסוד מבלי שיש צורך צבאי ולחלופין גם אם קיים כזה, הפגיעה בזכויות היסוד אינה מידתית.

I. היעדרו של צורך צבאי

207. טענה שעשויה להטען כנגד כל הסוגיות שהעלנו הינה כי כל הזכויות שיופרו בשל הבנייה של גדר ההפרדה מחוייבים מקיומו של צורך צבאי דחוף. שגדר ההפרדה נהנית מחריג לאיסור הפגיעה בזכויות – הוא חריג הצורך הצבאי.

208. ובכן, להבנתנו, הצורך הצבאי לגדר המדוברת באזור זה אינו משמעותי ונעדר חשיבות מספיקה בכדי לגבור על הפגיעות הרבות שתיארנו. גוש עציון מתוכנן להיות מוקף בגדר מעברו המזרחי, ולמעשה הגדר המדוברת היא גדר שניה שנועדה ליצור חיץ בין מובלעת גוש עציון לבין מדינת ישראל גופה. ברי, כי כל מי שיכנס למובלעת גוש עציון יעבור בידוק ולפיכך הגוש יהווה אזור הדומה, מהבחינה הביטחונית למרחב התפר (שבין הגדר והקו הירוק). ובדיוק כשם שלא מקימים גדר בין מובלעת אלפי מנשה (שבה מתגוררים מספר מאות תושבים פלסטינים) לבין מדינת ישראל, כך גם הגדר המתוכננת לסגור את גוש עציון ממערב איננה בעלת חשיבות ביטחונית גדולה.

209. ההתנחלות ביתר עלית בה מתגוררים כ 25,000 איש, בנויה לאורכן של שתי שלוחות מזרחית לכפר בתיר וחולשת בתצפית על העמק כולו כמו גם על המעבר מהעמק אל תוך תחומי הקו הירוק. מגבעות ההתנחלות ניתן בהשקעה מינימאלית לעקוב, גם ללא אמצעי תצפית, אחר כלל תוואי הגדר באזור הכפר העובר מאות מטרים בלבד מגבעות ההתנחלות. גם היישוב צור הדסה השוכן בתחומי הקו הירוק מערבית לכפר בתיר תחום בגדר היקפית. ביישובים הסמוכים, הצבא מפעיל אמצעים אלקטרוניים מיוחדים, הצופים ומנטרים את התנועות באזור.

210. לכל זאת יש להוסיף את העובדה ההיסטורית, שאינה שנויה במחלוקת ויש בה כדי להשליך על עתירה זו: גם בעבר, בתקופות קשות הרבה יותר למדינת ישראל, ובפרט לנוכח התקפות רבות עליה ומלחמות של ממש שארעו, הותר לאנשי בתיר להגיע לאדמותיהם על מנת לשמר את האזור בכללותו. הרי גם ההכרה של שר הביטחון משה דיין בשנות החמישים ואף במסגרת הסכמי רודוס, כי האזור הינו ייחודי וחיוני לצורך שימור תופעות טבע, נוף ותרבות כי נדירות, חייבו הערכות ביטחונית שונה מזו שננקטה על ידי מדינת ישראל בגבולותיה האחרים.

211. כל האמור מראה כי אין בנמצא צורך צבאי הכרחי, ובטח לא כזה שמצדיק את הפגיעות החמורות המתוארות בהשגה זו.

II היעדר מידתיות

212. במקביל להעדרו של הצורך הצבאי, עמדת העותר היא כי הפגיעה שתפגע הגדר בתושבי הכפר בתיר ובאנושות כולה, כמו גם הפגיעה בנכסי הטבע והתרבות הקיימים

באזור, עומדת להיות פגיעה חמורה וקשה ביותר. הפגיעה כוללת, כמובן, את הפגיעה הפיזית באדמות הכפר, במעיינות וביכולת הפרנסה של התושבים במקום אך היא כוללת גם את אובדן התרבות הייחודית שצמחה במקום והתקיימה בו במשך מאות ואלפי שנים. פגיעה זו אינה רק פגיעה ביחידים המתגוררים במקום אלא באזור כולו ונכס השייך לאנושות כולה.

213. פגיעה רב-מימדית זו תיווצר בשל התוואי הספציפי שנקבע לגדר באזור זה ובשל העובדה שמתכנני התוואי לא שקלו שיקולי סביבה ושיקולי הגנה על אתרי מורשת.

214. הפגיעה בסביבה, בתרבות, בנוף, בטבע ובפרנסה – הן כולן פגיעות בלתי הפיכות שאין דרך להתמודד עימן. בתחרות שכזו, ברור כי ידה של הפגיעה מהקמת הגדר בכל הערכים שהוזכרו עולה על הפגיעה (אם בכלל) בביטחון מאי-הקמתה במקום זה.

215. כידוע, קיימים שלושה מבחני מיידיות. במבחן הראשון נבדק האם קיים קשר רציונאלי בין המטרה לבין האמצעי. לפי המבחן השני, מבין קשת האמצעים שעשויים להגשים את המטרה, יש לבחור באמצעי שפגיעתו הפחותה ביותר. המבחן השלישי (המידתיות במובנה הצר) דורש כי הנזק שייגרם כתוצאה מהאמצעי שנקט יעמוד ביחס ראוי לתועלת שצומחת ממנו (ראו פסקי הדין בעניין בית סוריק, מרעאבה ויאסין שהוזכרו לעיל).

216. בכל הנוגע למבחן המשנה הראשון, אנו מפנים לדברים שאמרנו בקשר לקיומו (או היעדרו) של צורך צבאי. להבנתנו הביטחון שבשמו מבקשים להקים את הגדר בתוואי האמור, מושג באופן מספיק כתוצאה מהקמת הגדר סביב גוש עציון ויצירת מערך בידוק בשעריו.

217. בכל הנוגע למבחן המשנה השני, מבחן האמצעי שפגיעתו הפחותה ביותר, עמדת העותר היא כי התוואי שנבחן ואופן יישומו העתידי של תוואי זה הינו הפוגעני ביותר שבנמצא. כפי שההדמיה שצורפה ממחישה (נספח 8), המכשול הפיסי יגזור כליה על הרציפות האורגאנית הקיימת בשטח ייחודי זה; מכשול זה יבתר את האזור כולו ויפגע אנושות בכלל אתרי המורשת, הנוף והתרבות הייחודיים שצמחו באזור.

218. העותר גם הציע, כאמור לעיל, בחינה של האפשרות לחפור מנהרה ולהסיח את תוואי הרכבת בהתאם. פתרון זה, הוא אמצעי שאינו פוגע בערכיות הנוף ובפרנסת תושבי בתיר, ככל שהוא מתוכנן באופן ראוי.

219. על כן, עמדת העותר היא כי האמצעי הנקט על ידי המשיבים אינו עומד במבחן המשנה השני של המידתיות. זאת, היכן שניתן לנקוט ולעשות שימוש באמצעים שאינם מחייבים הצבת מכשול פיסי באזור זה.

220. בכל הנוגע למבחן המשנה השלישי, העוסק במידתיות במובנה הצר, כלומר, כי הנזק שייגרם כתוצאה מהאמצעי שנקט יעמוד ביחס ראוי ליתרון המושג ממימושו, עמדת העותר היא כי התוואי, כפי המשיבים מתכוונים לבצעו, אינו עומד במבחן משנה זה.

221. ראוי לשוב ולהזכיר, כי מערכת נופית-תרבותית ייחודית המתקיימת בכפר בתיר, המהווה מורשת תרבות ומורשת נוף על פי הגורמים הבינלאומיים המוסמכים לכך, הינה שריד לפעילות בת אלפי שנים. כל שינוי עדין ביותר במערכת אקולוגית ייחודית זו, הינו בעל פוטנציאל הרסני ביותר על המערכת.

222. הפגיעה שתגרם אם כן, לסביבה, לנוף, לתרבות, ולבני האדם המתקיימים ממנה הינה בלתי הפיכה וחסרת כל קשר מידתי לתועלת שתעלה מהקמת הגדר, בוודאי לנוכח ההיסטוריה הארוכה והקצרה של אזור זה. הפגיעה – הבלתי הפיכה – שתגרם לאנושות כולה הינה משמעותית הרבה יותר.

ד. סוף דבר

223. הכפר בתיר ומורדותיו הינם שריד להיסטוריה רחבת היקף בת מאות ואלפי שנים. היסטוריה זו אוצרת בתוכה את סיפורה של תרבות שלמה, שנוצרה במסגרת תבנית נופית ייחודית, אשר השתמרה יחד עם התרבות האנושית הנלווית אליה.

224. כך האתר בבתיר שייך להיסטוריה אנושית בת אלפי שנים, ואילו אנו כולנו כאן אורחים לרגע.

225. וברגע הזה, במשמרת הזו שלנו, המערכת האקולוגית העדינה, המשקפת את היחסים העדינים והרגישים ביותר בין אדם לסביבה ולהפך, עומדת בפני כליה.

226. באם יאשר בית המשפט את תוואי הגדר כפי שהוא מתוכנן ומיועד לביצוע על ידי המשיבים, יוכח אתר ייחודי זה, אשר השתמר במשך השנים, חרף המלחמות וההיסטוריה העקובה מדם של האזור כולו.

227. עמדת העותר היא כי התוואי עצמו אינו חוקי בשל היותו סותר מושכלות יסוד של המשפט ההומניטארי המחייבים הגנה על הסביבה ועל נכסי תרבות ואתרי מורשת עולמיים; כי הוא אינו עומד בתנאים הקבועים בדיני הסביבה הבינלאומיים; כי הוא סותר חזיתית את דיני זכויות האדם הבינלאומיים וכי הוא חותר תחת האמנה בדבר ההגנה על מורשת תרבותית וטבעית משנת 1972, המחייבת את מדינת ישראל על כלל רשויותיה.

228. בהינתן כל אלה, עמדת העותר היא כי יש לקבל את העתירה, להורות על בטלות החלטת המשיבים להקים את גדר ההפרדה באמצעות המכשול הפיסי באדמות הכפר בתיר.

229. העובדות המופיעות בעתירה זו נתמכות בתצהירו של מר גדעון ברומברג, מנכ"ל העותר.

ה. הבקשה לצו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו ביניים בעתירה זו, המורה למשיבים להימנע מבנייה ו/או תכנון ו/או סלילה של כל רכיב במערך הקמת גדר ההפרדה באזור הכפר בתיר וזאת על לקבלת פסק דין סופי בעתירה זו, וזאת מהטעמים שיובאו להלן:

א. כפי שתואר בהרחבה בחלק העובדתי של עתירה, אזור הכפר בתיר, מצוי ברשימה הטנטטיבית של סוכנות התרבות, המדע והחינוך של האו"ם (אונסק"ו), וסיכויו להיכלל ברשימת אתר מורשת עולמית טובים (זאת בהתאם לשלל חוות הדעת הקיימות בסוגיה, לרבות חוות הדעת של המשיבים עצמם, הקובעות כי המדובר בשטח המהווה שילוב נדיר וייחודי של אתר מורשת תרבות ונוף, המהווה שימור של תרבות היסטורית בת אלפי שנים).

ב. התחלה של בניית גדר ההפרדה והמכשול הפיסי הנלווה אליה באזור תהיה בעלת השפעה אנושה ובעיקר בלתי הפיכה על האזור, אשר נהנה ממעמד ייחודי, מבחינה מקומית ובינלאומית כאחד.

ג. כפי שהוצג בעתירה, קיימים מספר משטרים משפטיים אשר חולשים על הסוגיה נשוא העתירה, כל אחד מהם מהווה טיעון בעל משקל נכבד שלא לאשר את הקמת הגדר, ולהימנע מהשלכות הסביבתיות, תרבותיות, אנושיות ונופיות של החלטה כאמור.

ד. לכך יש להוסיף את ההשלכות המשפטיות הרבות שתהיה לפעולה מסוג זה, השלכות מתחום דיני המשפט הבינלאומי ההומניטארי; המשפט הבינלאומי של דיני הסביבה והתרבות; המשפט הבינלאומי של דיני זכויות האדם; והמשפט הבינלאומי הפלילי – כל התחומים הללו, כל אחד בנפרד וכולם ביחד – מהווים משקל נגד משפטי מוצק להימנע מהבנייה או לפחות להמתין עמה עד להכרעה בעתירה זו.

ה. כידוע, על מנת לעמוד בקריטריונים למתן צו ביניים, יש לעמוד בשני תנאים מצטברים: סיכויי העתירה ומאזן הנוחות.

ו. בכל הנוגע לסיכויי העתירה, עמדת העותר היא ששלל ההוראות המשפטיות החולשות על הסיטואציה המורכבת שהוצגה בעתירה, ובפרט ההוראות מתחום דיני המשפט ההומניטארי הבינלאומי ומשפט הסביבה הבינלאומיים, מגבשות סיכוי טוב מאד לעתירה, והן מעלות שאלות כבדות משקל שעל בית המשפט להידרש אליהם.

ז. כפי שהובהר בעתירה, אין המדובר במקרה רגיל, אלא מקרה בעל רגישות מיוחדת, וחוקיות פעולות המשיבים אמורה להבחן לאורם הייחודי של המסמכים וההוראות המשפטיות הרלוונטיות, כמו גם על בסיס העובדה כי המדובר, ללא ספק באתר מורשת תרבות וטבע וכי אף יש אפשרות ממשית שהאזור יוכרז כאתר מורשת עולמית על ידי הגופים הבינלאומיים המוסמכים לכך.

ח. לכך יש להוסיף כי מעבר לחוות הדעת העצמאיות שהוצגו על ידי העותר בעתירה, הרי גם חוות הדעת של המשיבה מס' 4 תומכת בעמדתם, ומשכך אין המדובר בעתירה שהרקע העובדתי או המשפטי שלה אינו מבוסס.

- ט. על כן, עמדת העותרים היא כי סיכוייה של עתירה זו לא רק שהם אינם קטנים אלא שהם גבוהים באופן מיוחד.
- י. בכל הנוגע למאזן הנוחות, הרי שהמקרה נשוא עתירה זו הינו מקרה מובהק שבו הנזק שייגרם לאזור המיוחד של הכפר בתיר בו עתידה לקום גדר ההפרדה ושאר המכשולים הפיסיים הנלווים אליה, גובר על כל תועלת אחרת שתגרם אם לא יינתן צו הביניים.
- יא. המציאות המיוחדת המשלבת את נושאי המורשת התרבותית והטבעית שנוצרה סביב הכפר בתיר, כמו גם העובדה כי מציאות זו הינה תוצר בן אלפי שנים של תרבות ייחודית ומרתקת, מחייבים שמירה על הסטאטוס קוו, לכל הפחות עד למתן הכרעה בעתירה זו.
- יב. במידה ובית המשפט לא ייעתר לבקשה לצו הביניים, הרי שכל עבודות הבנייה, גם בשלביה הראשוניים, עשויות לפגוע ברמה גבוהה ביותר באותן הטראסות בשטח ובמערכת האקולוגית הייחודית שהכפר בתיר מצוי בטבורה. פגיעות אלה, אינן הפיכות ואף אינן בנות פיצוי כלכלי במידה ויתבצעו.
- יג. לפיכך, עמדת העותר היא כי מקרה זה הינו מקרה מובהק אשר מתחייבת הוצאת צו הביניים, שאם לא כן יעמוד העותר, והאנושות כולה, מול מעשה עשוי של השחתת אתר מורשת תרבות עולמי.
- יד. עוד יבקש העותר לציין כי צו ארעי הוצא כבר על ידי בית המשפט הנכבד בכל הנוגע לעתירה בבג"ץ 7612/12 (כב' השופט פוגלמן; החלטה מיום 22.10.2012). הואיל ובית המשפט הנכבד כבר מצא לנכון להקפיא את העבודות, אין כל מניעה, כד נדמה, כי גם בעתירה זו יוצא צו ביניים, המונע את המשך העבודות בשטח.

ו. הבקשה לאיחוד העתירה עם העתירה בבג"ץ 7612/12 מועצת הכפר בתיר ואח' נגד המפקד הצבאי בגדה המערבית ואח'

העותר יבקש מבית המשפט לאחד את העתירה הנוכחית עם העתירה שבבג"ץ 7612/12, וזאת מהטעמים שיובאו להלן:

א. ביום 22.10.2012 הגישה מועצת הכפר בתיר ועמה 87 תושבים מהכפר בתיר עתירה לבית המשפט העליון בבקשה כי ייצא צו על תנאי המורה על ביטול התפיסות וההפקעות שהוצאו לאדמות הכפר בתיר לצורך בניית גדר ההפרדה על פי צו ת/ 86/05, וסוגיות נוספות הכרוכות בתוואי זה.

ב. ביום הגשתה של עתירה זו הוצא צו ארעי בעתירה (החלטת כב' השופט פוגלמן מיום 22.10.2012), ומאוחר יותר נקבע כי העתירה לצו ביניים ולצו על תנאי תשמע עד לסוף חודש דצמבר שנה זו (החלטה מיום 12.11.2012). דיון כאמור נקבע ליום 12.12.2012 (בפני הרכב השופטים: הנשיא א' גרוניס והשופטים נ' הנדל וע' פוגלמן).

ג. עתירה כבדת משקל ונכבדת זו עוסקת באותו התוואי של גדר ההפרדה שבה עוסקת העתירה דנן, אם כי טיעוני העתירה דשם והתמקדותם, שונה במקצת, מטבע הדברים ובשל האינטרסים השונים של העותרים שם והעותר כאן (שהינו עותר ציבורי – סביבתי).

ד. במצב דברים זה, כשנושא העתירות זהה, נכון – הן מבחינת יעילות משפטית והן בשל החשש להכרעות סותרות, לאחד את התיקים ולשמוע אותם ביחד.

ה. באופן זה, תתפרש בפני בית המשפט תמונה – עובדתית ומשפטית כאחד – רחבה ומלאה, וכן ייחסך זמן שיפוטי יקר לבית המשפט ולמשיבים.

ו. משכך, עמדת העותר היא כי יש לאחד את הדיון בשתי העתירות.

ז. עו"ד נאסר, ב"כ העותרים בעתירה בבג"ץ 7612/12, מסכים לבקשה.

תאריך: 2.12.2012

שלומי זכריה, עו"ד

מיכאל ספרד, עו"ד

ב"כ העותרים