

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2577/04

- בפני :
כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
- העותרים :
1. טהה אל ח'וואג'יה
2. ג'מיל חוסיין עמירה
3. מוסא חבאזי
4. עמי ארז
5. האגודה לזכויות האזרח בישראל

נגד

- המשיבים :
1. ראש הממשלה
2. שר הביטחון
3. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון
4. ועד מקומי חשמונאים
5. פילנדנדרום 12 בע"מ

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה : ל' בשבט התשס"ז (18.02.2007)

בשם העותרים : עו"ד אבנר פינצ'וק ; עו"ד דן יקיר

בשם המשיבים 1-3 : עו"ד יובל רויטמן

בשם המשיב 4 : עו"ד ד"ר אבי וינרוט ; עו"ד ד"ר גרשון גונטובניק

בשם המשיבה 5 : עו"ד יחיאל שמיר

פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש:

העתירה מופנית כנגד צו תפיסת מקרקעין מס' 59/04/ת', אשר הוצא על ידי המפקד הצבאי בחודש מאי 2004 לצורך הקמת גדר הביטחון על אדמות הכפר נעלין, מצפון ליישוב חשמונאים שבגוש מודיעין, באזור יהודה ושומרון.

רקע

1. הגדר במקטע נשוא העתירה היא חלק מגדר הביטחון שמקימה ישראל מסביב לאזור יהודה ושומרון, במטרה למנוע חדירת מחבלים לשטחה ולהגנה על אזרחי המדינה מפני טרור שמקורו ביהודה ושומרון. הגדר במקטע הנדון מפרידה בין היישובים חשמונאים ומודיעין עלית, הנמנים על יישובי גוש מודיעין, לבין הכפר הפלסטיני נעלין. היישובים מודיעין עלית וחשמונאים מצויים מעבר לקו תחום איו"ש, מצפון לכביש 443. שני היישובים הוקמו על קרקעות פרטיות, שנרכשו מתושבים פלסטינים במהלך השנים. היישוב חשמונאים שוכן על רכס ממערב לכביש 466. צפונית לחשמונאים, על רכס המתרומם מול חשמונאים במרחק של כקילומטר, שוכן הכפר הפלסטיני נעלין, בו חיים כ-5,000 תושבים. תוואי הגדר עובר מדרום לנעלין, על אדמות הכפר, בוואדי המשתרע בין נעלין לחשמונאים. במורדותיו של הוואדי אדמות חקלאיות של תושבי נעלין, ובהם מטעי זית, גידולים עונתיים ופלחה. על מיקומה של הגדר בין שני הרכסים נסובה העתירה שלפנינו.

2. תוואי הגדר באדמות נעלין הותווה לראשונה בסוף שנת 2003. מאז שינו המשיבים 1-3 (להלן המשיבים) את התוואי שלוש פעמים, עד לקביעה סופית של התוואי במרץ 2005. במשך תקופה זו הותווה המשיב 3, מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, שלוש חלופות להקמת הגדר באדמות נעלין. החלופה האחת היא חלופה צפונית שנקבעה בצו תפיסה מס' 114/03/ת' מיום 31.12.2003 (תוואי זה סומן במפה שהוצגה לנו בצבע סגול). חלופה שנייה היא חלופה דרומית שנקבעה בעקבות פסק הדין בבג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (להלן – פרשת בית סוריק) שהביא לבחינה מחודשת של התוואי. החלופה הדרומית הרחיקה את הגדר מנעלין וקרבה אותה לחשמונאים (תוואי זה סומן במפה שהוצגה לנו בצבע אדום). החלופה הדרומית הוצגה בתצלום אוויר שהוציאו המשיבים בספטמבר

2004. צידה המזרחי של החלופה הדרומית עוגן בצו תפיסה 83/04/ת' שהוצא בנובמבר 2004. חלופה שלישית היא חלופת ביניים העוברת בין שתי החלופות הנזכרות. היא נקבעה לראשונה במאי 2004 בצו תפיסה 59/04/ת' (תוואי זה סומן במפה שהוצגה לנו בצבע כחול). במרץ 2005 החליטו המשיבים לזנוח את החלופה הדרומית ולהשיב על כנה את חלופת הביניים.

3. התוואי העדכני הנתון לבחינה בעתירה שלפנינו הוא איפוא התוואי לפי חלופת הביניים. תוואי זה עובר ממערב למזרח, באדמות נעלין. אורכו כ-3 ק"מ. תחילתו מצפון למערב לחשמונאים, בגבול אדמות הכפרים נעלין ואל-מדיה. משם נמתח התוואי לכיוון מזרח, במרחק ממוצע של כ-250 עד 300 מטרים מהבתים הצפוניים של חשמונאים. לצורך הקמת הגדר לפי חלופת הביניים ייתפסו כ-326 דונמים. שטח זה מעובד באופן חלקי ונטוע עצי זית. כן תביא הקמת הגדר לסתימת שני בורות מים ולחסימת דרכים חקלאיות. המשיבים מסרו כי סך כל אדמות נעלין משתרע על 13,260 דונם. על פי חלופת הביניים, 3,490 דונם מתוכם יימצאו במרחב התפר. מתוך שטח זה כ-2,135 דונם הינם "אדמות מדינה" ו-1,355 דונמים הינם בבעלות פרטית. מתוך השטחים בבעלות פרטית כ-845 דונמים מעובדים וכ-510 דונמים טרשיים.

4. המשיבים מסרו כי על תוואי הגדר באזור תמוקם נקודת ביקורת שתהא מאוישת תמיד, ותאפשר את מעברם של התושבים לאדמתם במהלך כל שעות היממה. נקודת הביקורת תמצא מרחק קצר מאזור נעלין. כן יוצב מדרום לכפר שער חקלאי, שיאפשר מעבר של תושבים לאדמות שיימצאו מדרום לגדר. את מיקום השער ניתן יהיה לקבוע בהתאם לבקשות התושבים ושעות הפתיחה תיקבענה בתיאום עם התושבים. חקלאים בעלי זכויות במקרקעין יהיו זכאים להיתרי כניסה דו שנתיים למרחב התפר. היתרים אלו יאפשרו מעבר של כלי רכב חקלאיים בהתאם לצורכי החקלאים. חקלאים שיבקשו להיעזר בעובדים לצורך עיבוד אדמותיהם יהיו רשאים לקבל היתרי כניסה עבור עובדיהם, שמשכם בהתאם למשך העונה החקלאית. עוד מסרו המשיבים כי עצי הזית שעקירתם תידרש לצורך הקמת הגדר יועתקו ממקומם, בתיאום עם בעליהם. בעלי מקרקעין שקרקעותיהם ייתפסו יהיו זכאים לקבל דמי שימוש ופיצויים בגין נזקיהם. המשיבים התחייבו להקים בורות מים חלופיים בתיאום עם בעלי הקרקעות. באשר לדרכים החקלאיות, נמסר כי על דרך חקלאית אחת ימוקם שער חקלאי. כן ניתן יהיה להכשיר דרך נוספת מדרום לגדר, שתחבר בין השער לדרכים האחרות על מנת להקל את המעבר לשטחים החקלאיים.

5. בסמוך לתוואי הגדר באדמות נעלין מצויים שטחים לגביהם קיימות תוכניות מתאר להרחבת מודיעין עלית. המדובר בתוכניות בשלבי תכנון שונים, אשר טרם זכו לאישור, ואשר מבוססות על תוכנית אב למרחב מודיעין עלית משנת 1998. התכנית המרכזית הנוגעת לעתירה היא תכנית מס' 208/3 לבניית שכונת מגורים על גבי אוכף שנמצא מדרום-מערב לנעלין, בסמוך לכפר אל-מדיה (להלן – האוכף). על פי תכנית 208/03 מתוכננת הקמת שכונת מגורים בשם "גני מודיעין עלית" בחטיבת קרקע בת 147 דונם על גבי האוכף. לדברי משיבה 5, חטיבת הקרקע, המהווה חלק מחלקה 5 בגוש 5 בתחום המועצה המקומית מודיעין עלית, נרכשה על ידי כיום פרטי בשנת 1999 מכונסי נכסים של חברה ישראלית שנכנסה להליכי פירוק. חטיבת הקרקע מצויה בתחום תכנית האב למרחב מודיעין עלית ובמסגרתה היא מיועדת לבניוי עירוני. על בסיס תוכנית האב הכינה משיבה 5 בשנת 1999 תכנית מפורטת מס' 208/3 לשכונה של 250 יחידות דיור. התכנית אושרה על ידי הוועדה המקומית לתכנון ולבניה מודיעין עלית בשנת 2000, ובשנת 2001 הומלצה על ידי משרד הביטחון להפקדה. בפברואר 2004 היא הובאה לדיון והפקדה בוועדה העליונה. בוועדה הוחלט כי מאחר ובתחום התכנית צפוי תוואי גדר הפרדה, לא יתאפשר דיון בתכנית וכי עד לקבלת הצו הסופי בדבר תוואי הגדר לא ניתן יהיה להפקידה. יצוין כי לפי החלופה הצפונית ולפי חלופת הביניים לתוואי הגדר, הגדר תקיף מצפון את האוכף בו מתוכננת הקמתה של שכונת "גני מודיעין עלית", כך שהקרקע תימצא מעברה "הישראלית" של הגדר. לעומת זאת, לפי החלופה הדרומית, האוכף כולו יותר מעברה "האיש" של גדר הביטחון. תכניות נוספות הנוגעות לעניין הן תכנית 208/2 להקמת שכונת מגורים מדרום לאוכף, קרוב יותר לחשמונאים, ותוכנית להקמת שכונה מצפון מזרח לחשמונאים, בצמוד לכביש 466.

ההליכים לקביעת תוואי הגדר

6. תוואי הגדר באדמות נעלין הותווה, כאמור, לראשונה בסוף שנת 2003. התוואי המקורי שנבקע היה החלופה הצפונית. הוא עוגן בצו תפיסה מס' 114/03/ת' (מיום 31.12.2003). תוואי זה עבר במרחק של כשני ק"מ מקו תחום איו"ש, על קו הרכס עליו שוכן הכפר נעלין. הוא עבר בסמיכות לבתי הכפר נעלין, עד למרחק של כ-100 מטרים מן הבתים הדרומיים בכפר. בחלוף כחודשים, ביום 11.3.2004, החלו העבודות להקמת הגדר. עם התחלת העבודות ובעקבות פניות שונות למשיבים התקיים ביום 14.3.2004 סיור באזור בהשתתפות נציגים של פיקוד המרכז. בעקבות הסיור, הוחלט לשוב ולבחון את תוואי הגדר ועבודות ההקמה הופסקו. בד בבד הוגשה (ביום 14.3.2004) העתירה שלפנינו. סיור נוסף בשטח נערך (ביום 19.3.2004) עם באי כוח העותרים.

7. לאחר בחינה מחודשת של תוואי הגדר החליט המשיב 3 לתקן את התוואי באדמות נעלין. לשם כך הוצא (ביום 31.5.2004) צו תפיסה 59/04 ת', שהתווה את חלופת הביניים. לפי חלופת הביניים מוקמת הגדר במורדותיו הדרומיים של הרכס עליו שוכן הכפר נעלין, לאורך "מדרגה" שאינה נטועה עצי זית בצפיפות. בצד המזרחי הוסט התוואי כ-300 מטרים דרומה במורד הוואדי, כך שהגדר מרוחקת כ-400 מטרים מבתי נעלין וכ-500 עד 600 מטרים מבתי חשמונאים. בקטע המערבי (בו מצוי האוכף) הוסט התוואי עד כ-60 מטרים דרומה.

8. לאחר פסק הדין בפרשת בית סוריק שב המשיב 3 ובחן את תוואי הגדר. הבחינה המחודשת הביאה, בשנית, לשינוי תוואי הגדר. בספטמבר 2004 הוציאו המשיבים תצלום אויר עליו משורטט תוואי חדש באדמות נעלין, הוא תוואי החלופה הדרומית. התוואי החדש מוריד את הגדר "מדרגה" נוספת במורדות הדרומיים של הרכס החולש על חשמונאים, תוך צמצום היקף השטחים החקלאיים שיימצאו במרחב התפר. בצד המזרחי הוסט התוואי כ-100 עד 250 מטרים נוספים דרומה במורד הוואדי. בצד המערבי מקיף התוואי החדש את האוכף מדרום ומותירו מעברה "האיוש" של הגדר. דבר השינוי והוצאתו של האוכף מן הצד "הישראלי" של הגדר נמסרו למשיבה 5, כפי שעולה ממכתבו של אל"מ דן תרזה, ראש מינהלת "קשת צבעים" (העוסקת בתכנון תוואי המכשול) למשיבה 5 (מיום 30.8.2004) בו נאמר:

1. לאור פסק הדין בבג"ץ בית-סוריק נערכה בחינה מחודשת של תוואי הגדר בהתאם לאמות המידה שנפסקו על ידי בית המשפט העליון.

2. מתוך רצון לצמצם את הפגיעה בקנין הפרט של הפלסטינים והישראלים נבחנה בשנית תוכנית 'גני מודיעין' שמצפון לחשמונאים. לאחר בחינה זו סוכם כי תוואי הגדר יעבור מדרום למטע הזיתים של נעלין המצוי מדרום לתוכנית, וזאת מכיוון שלא ניתן לאשר את הפקדת התוכנית במרחק קצר מאוד מגדר הביטחון.

3. על אף אישור התוואי המתוקן פנה היזם בבקשה לאפשר לו לרכוש את החלקה הנ"ל ולחזור לתוואי הגדר שתוכנן באזור וכן להגביל את הבניה באתר על פי הצורך הביטחוני (כ-150 מ' מקו הגדר).

4. אין לנו התנגדות להצעה הנ"ל ובתנאי שהרכישה תבוצע כדין ותאושר ככזו על ידי המנהל האזרחי.

5. בשל לוח הזמנים הקצר אנו נמשיך בעמ"ט להוצאת צו התפיסה המתוקן, אלא אם יובאו בפנינו עובדות חדשות כאמור לעיל".

9. ההליכים לתפיסת מקרקעין להקמת התוואי בחלופה הדרומית ארכו מספר חודשים. בטרם הוצאת צווי תפיסה קיים המשיב 3 הליכי שימוע מוקדם. במסגרת זו נשמעו התנגדויותיהם של תושבי נעלין ושל משיבה 5 לחלופה הדרומית. בד בבד פעלה משיבה 5 בניסיון לרכוש את החלקות שבקרבת תכנית 208/3, השייכות לתושבי נעלין, מתוך הבנה שהדבר יאפשר חזרה לתוואי המקיף את האוכף מצפון. על רקע זה, הליכי תפיסת המקרקעין להקמת החלופה הדרומית פוצלו בין הצד המזרחי לבין הצד המערבי, בו מצוי האוכף. בעניין הצד המערבי הועלו בפני המשיבים טענותיה של משיבה 5, המבקשת לממש באוכף את תכנית 208/03 ("גני מודיעין ג"). מחילופי מכתבים בין משיבה 5 לבין מפקדת פיקוד המרכז עולה כי תפיסת המקרקעין בצד המערבי עוכבה כדי לאפשר למשיבה 5 להגיע להסכמה עם בעלי הקרקע הפלסטינים, שיפגעו מהותרת האוכף והאדמות הסמוכות לו בצד "הישראלי" של הגדר. כך, במכתב (מיום 4.11.2004) כתב ראש מינהלת "קשת צבעים" למשיבה 5 את הדברים הבאים:

"1. ב-4 בנובמבר התקיים מפגש בין ר' קש"ץ למר בני עשור [מטעם משיבה 5], רמ"ד ביטחון ופלילי ביועמ"ש ואהרון צברי.

2. מר בני עשור מבקש להכליל את התוכנית של גני מודיעין, על פי הקו הכחול שהוסכם, גם אם היא מאפשרת בניה רק 150 מ' מקו הגדר.

3. הבהרנו ליזם כי ניתן יהיה לתקן את הקו, לקו המבצעי שהוצע, אך ורק אם יגיע להסכמה עם בעלי הקרקע, שיפגעו כתוצאה מהשינוי (השטח המשולש) שהם לא יתנגדו לתיקון.

4. באם לא נקבל את הסכמת בעלי הקרקעות הנ"ל, או בא כוחם אנו נוציא את הצו ב-1 בדצמבר 04.

5. הצו החדש יוצא השבוע מחתך 31875 ומזרחה בלבד".

(ראו גם מכתבו של רמ"ד ביטחון ופלילי מלשכת היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון למשיבה 5 מיום 13.1.2005).

10. ביום 11.11.2004 הוציא משיב 3 צו 83/04 ת' שעניינו תפיסת מקרקעין להקמת הגדר בצד המזרחי של החלופה הדרומית. לאחר הוצאת הצו נשמעו פעם נוספת התנגדויותיהם של תושבי נעלין. ההתנגדויות נדחו על-ידי משיב 3, וביום 21.12.2004 נמסר לתושבים כי לאחר בחינת החלופות השונות העומדות על הפרק החליט משיב 3 לפעול להקמת הגדר בהתאם לתוואי הקבוע בצו 83/04 ת'.

11. בד בבד נמשכו ההליכים המקדמיים בעניין הצד המערבי של החלופה הדרומית. העותרים נדרשו להציג את זהות התושבים אשר ייפגעו מהקמת הגדר לפי התכנון המקורי. בפנייה (ביום 15.12.2004) מטעם לשכת היועץ המשפטי לאזור יהודה שומרון צוין בפני העותרים:

"באשר לקטע הדרום-מערבי של אדמות הכפר נעלין, התקבלה במשרדנו – במסגרת הליך השימוע המוקדם שקיימנו – התנגדות מטעם חברת פילנדנדרום 12 בע"מ, שבבעלותה חטיבת קרקע, אשר עתידה להימצא מצפון לתוואי גדר... במסגרת ההתנגדות האמורה נטען כי הקמת הגדר בתוואי החדש שתוכנן תביא לפגיעה קשה בבעליה של חטיבת הקרקע האמורה. בהתאם, בקשתה של חברת פילנדנדרום 12 בע"מ הינה כי הגדר תוקם בתוואי המקורי, אשר תוכנן במקום. לצורך בחירה בין החלופות העומדות על הפרק (התוואי המקורי והתוואי החדש), שומה עלינו לנהוג בהתאם לעקרונות שנקבעו – אך לאחרונה – בפסק-דינו של בית-המשפט העליון כבג"ץ 940/04 אבו-טיר נ' המפקד הצבאי באיו"ש (טרם פורסם)...

לאור האמור לעיל, נבקש כי תודיענו את זהות התושבים אשר ייפגעו מהקמת הגדר – בקטע הדרום-מערבי של אדמות נעלין – כתוצאה מהקמת הגדר בתוואי המקורי, בשונה מהתוואי המתוקן, וזאת על-מנת שנוכל לשקלל את הנתונים האמורים אל מול הפגיעה בחברת פילנדנדרום 12 בע"מ, הנובעת מהקמת הגדר בתוואי החדש".

בהתאם לדרישה, פירט בא-כוח העותרים בפני המשיבים את שמות התושבים שייפגעו כתוצאה מחזרה לתוואי המקורי. המשיבים, שהעבירו את רשימת התושבים למשיבה 5, שבו והבהירו לה כי ניתן יהיה לקבל את בקשתה לתיקון תוואי הגדר אך ורק אם תגיע להסכמה עם בעלי הקרקע שייפגעו כתוצאה מהשינוי (מכתבו של רמ"ד ביטחון ופלילי

מלשכת היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון למשיבה 5 מיום 13.1.2005). ואולם, חרף ניסיונותיה של המשיבה 5 להציע לתושבים פיצוי בגין הפגיעה בקרקעות תמורת הסכמתם לתיקון התוואי, לא הושגה כל הסכמה בעניין.

12. ביני לביני, ביום 20.1.2005, פנה גם המשיב 4 - הוועד המקומי חשמונאים - למשיב 3 וביקש כי תינתן גם לו זכות טיעון ביחס לתוואי הגדר באדמות נעלין. בפגישה של נציגי המשיב 4 בפיקוד המרכז ביקשו הנציגים כי הגדר תיבנה בהתאם לחלופה הצפונית. בפגישה השתתף גם האלוף (מיל') ד"ר יום-טוב סמיה, מטעם משיב 4, אשר הציג חוות דעת ביטחונית לפיה שיקולי ביטחון מחייבים הקמת הגדר לפי החלופה הצפונית. לבסוף, בחודש מרץ 2005, בתום שקילה נוספת של עמדות הגורמים השונים, הורה המשיב 3 בשלישית על שינוי תוואי הגדר. משיב 3 החליט להשיב את התוואי לחלופת הביניים, שנקבעה בצו תפיסה 59/04 ת'. בנימוקי ההחלטה נאמר כי התוואי שנבחר מאזן נכונה בין הצורך בהגנה על תושבי חשמונאים לבין הפגיעה בתושבי נעלין. בין היתר נכתב בהחלטה:

“התוואי שנבחר אינו אופטימלי מבחינה מבצעית, אך - לדעת אלוף פיקוד המרכז - הוא מאזן נכונה בין הצורך הצבאי בהגנה על תושבי הישוב חשמונאים לבין הפגיעה בתושבי הכפר נעלין. לדעת אלוף פיקוד המרכז, לאחר ששמע את טענות הישוב חשמונאים ובחן את חוות-דעת האלוף (מיל.) סמיה, הקמת הגדר בתוואי שנקבע בצו תפיסה 83/04 ת' לא תקנה הגנה ביטחונית מספקת לתושבי חשמונאים. אלוף פיקוד המרכז החליט שלא לקבל את בקשת הישוב חשמונאים להקים את הגדר בתוואי שנקבע בצו תפיסה 106/03 ת', וזאת לאור הפגיעה שהיתה נגרמת לתושבי הכפר נעלין” (מכתבו של רמ"ד ביטחון ופלילי בשם היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון למשיבה 5 מיום 9.3.2005).

בהתאם להחלטת המשיב 3, תוואי הגדר המתוכנן שב להקיף את האוכף מצפון כך שהוא נכלל בצידה “הישראלי” של הגדר. גם בקטע המזרחי הוסט תוואי הגדר בחזרה צפונה, לכיוון נעלין. אשר לתכנית “גני מודיעין ג”, למשיבה 5 נמסר ממנהלת “קשת צבעים” כי אין מניעה “לקידום הליכי התיכנון בהתאם למגבלות הביטחונית הבאות: א. השטחים הנמצאים במרחק של 150 מ' מגדר הביטחון כלפי פנים, שטח הגדר הביטחונית והשטחים הכלולים בתוכנית אשר מעבר לגדר יוגדרו כשטח לתכנון עתידי...” (מכתבו של ראש המנהלת מיום 13.9.2005).

העתירה והטיפול בה

13. העתירה המקורית בעניין תוואי הגדר באדמות נעלין הוגשה ביום 14.3.2004. היא הופנתה כנגד החלופה הצפונית. בצד העתירה הוגשה בקשה לצו ביניים, כי יימנע המשך העבודות שכבר החלו להקמת הגדר באדמות הכפר. העותרים בעתירה הם ראש מועצת הכפר נעלין, סגנו, ותושב נוסף. לשלושת העותרים ומשפחותיהם אדמות חקלאיות באזורים נשוא העתירה. עותר 4 הוא תושב שילת הסמוכה לנעלין, המבקש לשמר את יחסי השכנות הטובה עם תושבי הכפר. העותרת 5 היא האגודה לזכויות האזרח בישראל. העתירה המקורית נשמעה בפני הרכב הנשיא א' ברק, המשנה לנשיא ת' אור והשופט א' מצא, סמוך למועד הגשתה (ביום 17.3.2004). באותו דיון הודיע בא-כוח המשיבים כי תוואי הגדר באזור נעלין נתון לבחינה מחודשת, וכי בינתיים לא יימשכו העבודות על אדמות הכפר במסגרת צווי התפיסה 106/03 ת' ו-114/03 ת'. מאז מיקדו העותרים את טענותיהם נגד תוואי הגדר באזור עליו חל צו תפיסה 114/03 ת', המצוי מדרום לכפר נעלין. משיב 4, ועד הישוב חשמונאים, צורף לבקשתו (ביום 31.3.2004) כמשיב לעתירה. בתשובתו לעתירה הודיע משיב 4 כי הוא מתנגד לכל סטייה מהחלופה הצפונית.

14. המועצה לשלום וביטחון ביקשה (ביום 3.5.2004) להצטרף להליך כ"ידיד בית משפט". לבקשה צורפה "חוות דעת מומחה מטעם המועצה לשלום וביטחון" בה החוו חברי המועצה ניצב (גימ') ש' גבעולי, אלוף (במיל') נ' שרוני ותא"ל (במיל') י' גולן דעתם כי התוואי שקבע משיב 3 (חלופת הביניים) גרוע מבחינה בטחונית ויסכן כוחות שיתפקדו לאורכו. התוואי עובר בלב מטעי זיתים, עולה ויורד ללא יכולת שליטה קלה ופשוטה באש ובראיה, ומותיר שטח גדול של עיבוד חקלאי מנותק מבתי הכפר. גם החלופה הצפונית, העוברת בסמיכות לבתי נעלין, מנוגדת לצרכי הביטחון. היא נושאת בחובה סכנות וקשיים, ובכללם הארכת המכשול והצבתו בתנאים טופוגרפיים קשים, הכרח בקביעת שערים לצורך מעבר פלסטינים לעיבוד אדמותיהם, קושי בפיקוח על מרחב המכשול, אפשרות של ריבוי אזעקות שווא, מארבים והטמנת מטעני חבלה שיסכנו את הכוחות שיאבטחו את המכשול. תפיסת אדמות מרובות תפגע במרקם החיים הפלסטיני ובכך היא עלולה להגביר חיכוך ותסיסה. חברי המועצה לשלום וביטחון הציעו תוואי חלופי, המתקרב לבתי חשמונאים ומותיר את האוכף מצידה "הפלסטיני" של הגדר. לפי ההצעה תועתק הגדר דרומה אל מחוץ למטעי הזיתים, בשליש המדרון שמצפון לוואדי החוצץ בין נעלין לחשמונאים, כאשר בחלקו המזרחי היא תעבור על

שלוחה 266. יצוין כי התוואי שהוצע עובר, למעשה, בסמיכות לחלופה הדרומית שהתווה המשיב 3 בשלב מאוחר יותר, לאחר פרשת בית סוריק.

15. נוכח השינויים העובדתיים והנורמטיביים הרבים שחלו מאז הגשת העתירה, הורשו העותרים להגיש עתירה מתוקנת, שתתייחס למצב העדכני (חלופת הביניים). העתירה המתוקנת הוגשה ביום 2.6.2005. גם בעתירה זו נתבקש בית המשפט להורות שתוואי הגדר לא יעבור באדמות הכפר נעלין, ולא יחצוץ בין תושביו לאדמותיהם. העותרים מציגים תוואי חלופי, שאינו פוגע לטענתם במטעי הזיתים של נעלין. התוואי המוצע ממוקם על גדר הביטחון הקיימת של חשמונאים. בתגובתם לעתירה המתוקנת ביקשו המשיבים לדחות את הדיון בגוף העתירה עד לאחר מתן פסק דין בעתירות אחרות בעניין חוקיות הגדר, אשר נדונו בפני הרכב שופטים מורחב. יחד עם זאת ביקשו המשיבים כי בית המשפט ישחררם מההתחייבות שנטלו על עצמם שלא להמשיך בבניית הגדר באזור, ויתיר להם לממש את צו התפיסה 59/04 ת'.

16. טיעוני הצדדים בעניין המשך העבודות להקמת הגדר נשמעו בפני הנשיא א' ברק והשופטים ד' ביניש וא' ריבלין (ביום 24.7.2005). במסגרת הדיון הוצגה גם חוות הדעת של המועצה לשלום וביטחון, הגורסת כי מבחינה ביטחונית עדיפה החלופה הדרומית על איזו משתי החלופות שקדמו לה. בתום הדיון הורה בית המשפט על מתן צו ביניים, לפיו רשאים המשיבים לפעול לבניית הגדר על-פי חלופת הביניים, אך זאת רק באותם מקטעים בהם היא חופפת בעיקרה לחלופה הדרומית. עם מתן פסק הדין בפרשת אלפי מנשה (בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם)) התבקשו בעלי הדין להגיש עמדותיהם העדכניות בעתירה. לבקשת העותרים, צורפה חברת פילנדנדרום 12 בע"מ כמשיבה 5 בעתירה.

17. העתירה המתוקנת נדונה ביום 1.3.2006 בפני הנשיא א' ברק והשופטים א' ריבלין וא' חיות. בדיון הופיעו בפני בית המשפט, לצד באי כוח בעלי הדין, גם שורה של מומחים. אלוף-משנה (במיל') דן תירזה שעמד בראש מנהלת "קשת צבעים" סרק את תוואי הגדר, את המבנה הטופוגרפי של השטח ואת השיקולים שעמדו בפני מתכנני הגדר. האלוף (במיל') ד"ר יום טוב סמיה, שהופיע מטעם משיב 4, טען כי שיקולים ביטחוניים של הגנה על תושבי חשמונאים מחייבים בניית הגדר בחלופה הצפונית. לדבריו, קירוב הגדר לחשמונאים והעברתה במורד הוואדי מסכן את תושבי היישוב. ניצב (גימ') שאול גבעולי, שהופיע מטעם המועצה לשלום וביטחון, טען מנגד כי דווקא שיקולי הביטחון הם שמחייבים הקמת הגדר בחלופה הדרומית. לדבריו, החלופה הצפונית אינה ראויה מבחינה בטחונית בשל קרבתה הרבה לבתי הכפר נעלין.

הוא הוסיף כי גם חלופת הביניים אינה טובה בשל הנחיתות הטופוגרפית של התוואי, המסכנת את הכוחות הפועלים לאורכו.

18. ביום 2.7.2006 הוציא בית המשפט צו-על-תנאי. המשיבים ביקשו את דחייתו של הדיון המסכם בעתירה, שנקבע ליום 8.8.2006, על מנת לאפשר לשר הביטחון להידרש לטענות העולות בעתירה. בהודעה מעדכנת מטעם המשיבים (מיום 18.1.2007) נמסר כי שר הביטחון בחן את התוואי והשיקולים שעמדו בבסיס קביעתו והחליט לאשרו. בהודעתם הוסיפו ועדכנו המשיבים כי בפני ממשלת ישראל עתידה להיות מוצגת הצעה לתיקון תוואי הגדר באזור, לפיה יכללו בתחום הגדר הישובים הישראליים נילי ונעלה וקטע הכביש המחבר בין צומת נילי-נעלה לאזור מודיעין עלית. בהתאם להצעה, יורחב כביש 466 באופן היוצר שתי דרכים נפרדות עם מכשול ביניהן, כאשר המעבר בין שתי הדרכים יתאפשר באמצעות נקודת ביקורת. אם תקבל ההצעה לשינוי התוואי עשוי מיקומה של נקודת הביקורת שעל כביש 466 (שהובטח כי תשמש את תושבי נעלין בכל שעות היממה במעבר למרחב התפר) לעבור כמה מאות מטרים צפונה.

19. ביום 18.2.2007 קיימנו דיון מסכם בעתירה. בדיון שטחו בפנינו באי כוח בעלי הדין פעם נוספת את טענותיהם והשגותיהם בעניין חלופת הביניים. בדיון הופיע בפנינו גם אל"מ עופר הינדי, העומד כיום בראש מנהלת "קשת צבעים". בא-כוח המשיבים הסביר בדיון את השינוי בעמדת המשיבים. נטען כי לאחר שימוע שנערך לתושבים הישראליים והמקומיים הגיעו המשיבים למסקנה כי החלופה הדרומית קרובה מדי לשוב חשמונאים. ההבדל בין החלופות מבחינת הפגיעה בתושבים הפלסטינים אינו גדול ולכן נבחרה לבסוף חלופת הביניים. מנגד טען בא-כוח העותרים כי מבין שלוש החלופות שהתווה המשיב 3, החלופה הדרומית היא המועדפת על תושבי נעלין מבחינת הפגיעה בזכויותיהם ובמרקם חייהם, הגם שהעותרים סבורים כי ככל שיש מקום להקמת גדר, עליה לקום לאורך גדר הביטחון הקיימת של חשמונאים באופן שלא תחצוץ בין העותרים לאדמותיהם.

עמדת העותרים

20. העותרים טוענים לאי-חוקיות של תוואי הגדר באדמות נעלין. לטענתם, התוואי שנבחר על ידי המשיב 3 עובר באדמות הכפר על מנת ליצור רצף טריטוריאלי בין ההתנחלויות בגוש מודיעין לבין מדינת ישראל. יתרה מכך, תוואי הגדר נועד לאפשר הרחבה של ההתנחלויות, תוך החמרת הפגיעה בתושבים המוגנים. העותרים הגישו

תצהיר של עמותת "במקום – מתכננים למען זכויות תכנון", המצביע על כך שתוואי הגדר המתוכנן מותאם לתכניות לבניית שלוש השכונות החדשות באזור, ואת תכנית האב למרחב מודיעין עלית, כך ששטחי הבנייה המתוכננים נכללים בצידה "הישראלי" של הגדר. אינטרסים אלה אינם מהווים "צורך צבאי" שעשוי להצדיק פגיעה בזכויותיהם של תושבי נעלין. לטענת העותרים, בקביעת תוואי הגדר, המפר את זכויות התושבים ללא הצדקה, חרג המשיב 3 מסמכותו לפי דיני המשפט הבינלאומי.

21. העותרים סבורים כי החלטת המשיב 3 לחזור בו מהחלופה הדרומית לחלופת הביניים באה בעקבות טענותיה של משיבה 5 כי יש לאפשר לה להקים את שכונת "גני מודיעין ג". העותרים סבורים כי על המשיב 3 להימנע מלשקול את האינטרסים הקנייניים של המשיבה 5. התאמת התוואי לציפיות כלכליות של יזם ישראלי הוא שיקול זר למערכת השיקולים שצריכה לעמוד לנגד עיניו של המפקד הצבאי בבואו לקבוע את תוואי הגדר. לחלופין נטען בעתירה כי תוואי הגדר צריך להיקבע על יסוד איזון מידתי בין זכויות התושבים המוגנים לבין האינטרסים הלגיטימיים, שעליהם מוסמך המפקד הצבאי להגן בהתאם לדיני התפיסה הלוחמתית. איזון זה מוביל למסקנה כי אין להקים מכשול בתוך אדמות נעלין. לטענת העותרים, בניית הגדר בצמוד לבתיו הקיצוניים של הישוב חשמונאים, יש בה כדי לקיים את צרכי הביטחון, תוך צמצום הפגיעה בתושבי נעלין. העותרים סבורים כי הסתייגותם של המשיבים מהחלופה הדרומית בשל קרבתה לבתי חשמונאים אינה מתיישבת עם האמור במכתבו של ראש מינהלת "קשת צבעים" למשיבה 5, לפיה תוכל לבנות שכונה שבתיה יהיו במרחק של 150 מטרים בלבד מתוואי המכשול.

22. העותרים פירטו בפנינו את פגיעתה הרעה של הגדר בתושבי הכפר. לדבריהם, אם תוקם הגדר לפי חלופת הביניים, ייתפסו כ-320 דונם של אדמה חקלאית ויעקרו כ-700 עצי זית. בנוסף ייסתמו שני בורות מים ותחסמנה שש דרכים חקלאיות באזור. הגדר תפריד את נעלין מכ-1,080 דונם של אדמה חקלאית. בכך תימנע גישת התושבים אל כ-2,500 עצי זית, אל שטחי גידול עונתי ומרעה ואל בורות מים, המשמשים להשקיית גידולים וצאן. הגדר המתוכננת עתידה להפריד יותר מ-70 משפחות, עליהן נמנים למעלה מ-1,000 בני אדם, מאדמותיהם החקלאיות. מדובר בהפרדה ממקור פרנסה מרכזי, ולעיתים אף יחידי. מעבר לפגיעות הכלכליות הקשות, באובדן האדמות כרוכה גם פגיעה רגישת קשה בתושבים. נטען, אפוא, כי הקמת הגדר פוגעת קשות בזכות הקניין של התושבים, בחופש העיסוק, בחופש תנועתם ובכבודם.

23. העותרים עמדו גם על טענותיהם העקרוניות כי הקמת הגדר בשטחי יהודה ושומרון אינה חוקית ומהווה הפרה של המשפט הבינלאומי הפומבי. כך נטען כי הגדר באדמות נעלין מוקמת בחוסר סמכות, תוך הפרה של הדין הבינלאומי והישראלי. תוואי הגדר יוצר שינוי של קבע בשטח הכבוש, ועולה כדי סיפוח דה-פקטו של השטח. הוא מפר את חובת המפקד הצבאי לאפשר לתושבים המוגנים לקיים אורח חיים תקין. כל אלה טענות שנדחו כבר על ידי בית משפט זה, בשורה של פסקי דין. העותרים מוסיפים וטוענים כי תוואי הגדר באדמות נעלין נקבע על יסוד שיקולים זרים שאין בינם לבין צרכים צבאיים דבר וחצי דבר. לבסוף נטען כי התוואי נגוע בחוסר מידתיות והוא אינו עומד באמות המידה שנקבעו בפרשת בית סוריק ובפרשת אלפי מנשה.

עמדת המשיבים

24. המשיבים מבקשים כי נדחה את העתירה. המשיבים סבורים כי תוואי הגדר לפי חלופת הביניים הינו סביר ומידתי. התוואי מאזן כראוי בין האינטרס החיוני של הגנה על תושבי חשמונאים לבין שמירה על זכויותיהם של העותרים ושל תושבי הכפר נעלין. חלופת הביניים הרחיקה את הגדר מהכפר וצמצמה במידה רבה את היקף הקרקעות בבעלות פלסטינית שיימצאו מדרום לגדר ואת מספר עצי הזית שתידרש העתקתם. עמדת העותרים כי יש להקים את הגדר בסמוך לחשמונאים על גדר הביטחון הקיימת של הישוב נדחתה על ידי משיב 3, אשר סבור כי הדבר לא יספק בטחון לתושבי חשמונאים וכי יש צורך לשמור על מרחב ביטחוני בין הגדר לבין בתי היישובים הישראליים. זאת לשם מניעת ירי אפקטיבי אל הבתים ובכדי לאפשר מרדף אחרי מחבלים אשר יצליחו לחצות את הגדר.

25. המשיבים ביקשו להבהיר כי תוואי הגדר נקבע על יסוד שיקולים ביטחוניים בלבד ולא לקח בחשבון את האינטרסים של משיבה 5. תוואי הגדר נקבע על יסוד המבנה הטופוגרפי של האזור, על יסוד המרחק של התוואי מהבתים הקיצוניים של חשמונאים ונוכח הסיכון הביטחוני שישקף להם כתוצאה מהקמת גדר ביטחון בתוואי שמבקשים העותרים – צמוד לבתי הישוב חשמונאים. ממילא, אין מקום לשיטתם של המשיבים להידרש לעניינה של משיבה 5. המשיבים מדגישים כי לא התחשבו בתכנון התוואי בתוכניות מתאר שאינן מאושרות. כל התוכניות שהוזכרו אינן בעלות תוקף. גם לתכנית האב למרחב מודיעין עלית אין כל השפעה על תוואי הגדר.

26. המשיבים מתנגדים לתוואי החלופי המוצע על ידי העותרים. לטענתם, תוואי שיעבור בצמוד לבתי חשמונאים לא יותיר מרחב התרעה מינימלי ולא ייתן כל מענה לצרכי הביטחון. גם התוואי המוצע על ידי המועצה לשלום וביטחון אינו נותן מענה למכלול האינטרסים הרלוונטיים ואינו מאזן כראוי בין השיקולים השונים הצריכים לעניין. בנקודת מסוימת הוא מתקרב עד למרחק של כ-240 מטרים מחשמונאים. ואילו חלופת הביניים מצויה באותן נקודות במרחק של כ-500 עד 600 מטרים מבתי הישוב, באופן שמקנה הגנה משמעותית הרבה יותר לתושבי חשמונאים. התוואי גם מצוי בגובה רב יותר, דבר המקשה על ירי מנשק קל בכיוון ישיר לעבר חשמונאים. בד בבד, הפער בין שתי החלופות בכל הנוגע לפגיעה בתושבים הפלסטינים הינו מצומצם. כראיה למידתיות חלופת הביניים מדגישים המשיבים את ההחלטה לבטל את החלופה הצפונית. זו אמנם נתנה מענה הולם להגנה על חשמונאים, שכן היא עברה לאורך קו הרכס השולט על הישוב מצפון. אך היא חייבה פגיעה במטעים רבים שהיו מצויים בתוואי והביאה להותרת שטחים רבים הנטועים בעצי זית במרחב התפר.

עמדת הוועד המקומי חשמונאים

27. משיב 4 מבקש גם הוא את דחיית העתירה. הוא טוען כי החלופה הדרומית פוגעת פגיעה קשה ביותר בביטחון תושבי חשמונאים. ואילו מבחינת הפגיעה ההומניטרית בתושבים המקומיים, הפער קטן ביותר. בצד המערבי, רוב רובו של השטח המצוי בין חלופת הביניים לחלופה הדרומית הוא ממילא גבעת טרשים קרחת, ריקה לחלוטין מצמחיה ומעצי זית. קיים אמנם ריכוז של עשרות עצי זית מדרום לאוכף, אך אין המדובר בכמות גדולה של עצים. בעוד שחלופת הביניים תפגע בנגישות למספר קטן של עצי זית, הרי שהחלופה הדרומית תחייב עקירה של העצים הקיימים במקום. קירוב הגדר לבתי חשמונאים לא יביא עמו רווחה משמעותית לתושבי נעלין, ויתכן כי אף יפגע בהם. הוא הדין לגבי הצד המזרחי. גם בצד המזרחי ספורים עצי הזית המצויים בין שתי החלופות. משיב 4 מדגיש את הסכנה שבקירוב הגדר לחשמונאים נוכח העובדה כי בגבולו הצפוני של הישוב מצוי מגרש משחקים לילדים, גן ילדים ומרכז קניות. חשיפתם של מתקנים אלה לירי מנשק קל מסוכנת ביותר. קירוב הגדר אל הישוב יותיר את הגבעות החולשות על הישוב פתוחות באין מפריע לשימוש מפגעים.

28. לתשובת משיב 4 צורפה חוות דעת של האלוף (במיל') ד"ר סמיה. חוות הדעת מתמקדת בשתי סכנות שעולות, לדבריו, מקרובה של הגדר אל חשמונאים. הסיכון האחד הוא צמצום זמן ההתראה הנדרש בגין חדירה של הגדר. הסיכון השני הוא ירי שטוח מסלול אל עבר בתי היישוב. מסיבה זו מבכרת חוות דעתו של האלוף (במיל') סמיה את החלופה הצפונית. ברם, אף לשיטתו של משיב 4, תוואי זה אינו הולם את ההלכה שנקבעה על ידי בית משפט זה בפרשת בית סוריק ובפרשת אלפי מנשה. לכן, לדברי משיב 4, הבחירה בחלופת הביניים היא בבחינת הרע במיעוטו. בחירה בתוואי אחר, הקרוב יותר אל בתי היישוב, מהווה סיכון בולט וחמור לתושבי חשמונאים, ומנגד אינה משיגה שיפור משמעותי במצבם של תושבי נעלין. הפגיעה ההומניטארית הגלומה בחלופת הביניים היא כשלעצמה קטנה ומכל מקום מוצדקת לאור היתרון הביטחוני הבולט אשר מושג באמצעות תוואי זה.

עמדת משיבה 5

29. משיבה 5, היוזמת הקמתה של שכונת "גני מודיעין ג", מבקשת גם היא כי נדחה את העתירה. לדבריה, היא תיפגע קשות אם תתקבל העתירה. החלופה הדרומית מתווה תוואי פוגעני, אשר יאיין את זכויות הקניין של משיבה 7 בחטיבת קרקע פרטית הנמצאת בעלותה ויביא לאובדן כספי בסך של למעלה מ-6 מיליון דולר. הפגיעה במשיבה 5 חמורה ואנושה גם ביחס למידת הפגיעה בעותרים, אם תיבנה הגדר בחלופת הביניים. משיבה 5 מציינת כי גם לפי חלופת הביניים נפגעת קשות זכותה הקניינית. התוואי פוגע באופן משמעותי בתכנית המתאר שתוכננה. משיבה 5 מדגישה כי לא הייתה לה כל השפעה על גורמי הביטחון, חרף חובתו של המפקד הצבאי לשקול גם את הפגיעה בה. לטענת משיבה 5, על המפקד הצבאי לבחון, במסגרת השיקולים ההומניטריים, גם את הפגיעה בבעלי מקרקעין פרטיים כדוגמתה. למשיבה 5 זכות קניין מלאה בחטיבת הקרקע. הזכות מוגנת לפי המשפט הישראלי, חרף העובדה שמשיבה 5 אינה "אדם מוגן" לפי המשפט הבינלאומי הפרטי. חלופת הביניים שנבחרה בסופו של דבר על ידי המשיב 3 פוגעת בקניינה ברמה נסבלת, המוצדקת משיקולי ביטחון. אך הצבת הגדר על פי החלופה הדרומית עתידה לפגוע בה באופן בלתי מידתי. פגיעה זו תהיה חמורה עשרות מונים, לדברי המשיב 5, מהפגיעה בעותרים אם תיבנה הגדר בחלופת הביניים.

30. ההכרעה בחוקיותה של גדר ביטחון המוקמת באזור יהודה ושומרון מתבצעת על יסוד בחינה דו-שלבית. בשלב ראשון נבחנת סמכותו של המפקד הצבאי להקים גדר ביטחון. בשלב שני נבחן שיקול דעתו בהפעלת הסמכות (בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל-משרד הביטחון (טרם פורסם), פסקה 8). סמכויותיו של המפקד הצבאי יונקות מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי שעניינם תפיסה לוחמתית. אלה מעוגנים בעיקר בתקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907 הנספחות להסכם האג הרביעי מ-1907 (להלן – תקנות האג). תקנות אלה משקפות משפט בינלאומי מינהגי. כן מעוגנת סמכותו של המפקד הצבאי באמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן – אמנת ג'נבה הרביעית). בהתאם לדיני התפיסה הלוחמתית, מוסמך המפקד הצבאי להורות, משיקולים ביטחוניים-צבאיים, על הקמת גדר ביטחון באזור יהודה ושומרון (פרשת בית סוריק; פרשת אלפי מנשה; בג"ץ 5488/04 מועצה מקומית אלדאם נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם), להלן – פרשת אלדאם). הוא מוסמך לתפוס לשם כך חזקה במקרקעין, לרבות מקרקעין בבעלות פרטית.

31. סמכותו של המפקד הצבאי קמה רק כאשר הטעם המונח ביסוד הקמת הגדר הינו בטחוני-צבאי. "המפקד הצבאי אינו מוסמך להורות על הקמת גדר הביטחון אם טעמיו הם מדיניים-פוליטיים. גדר הביטחון אינה יכולה לבוא מטעמים של 'סיפוח' שטחים מהאזור למדינת ישראל. מטרתה של גדר ההפרדה אינה יכולה להיות התווית גבול מדיני" (פרשת בית סוריק, עמ' 828; ראו גם פרשת אלפי מנשה, פסקה 15). על-פי תקנה 52 לתקנות האג נדרש שהתפיסה תהיה לצורכי הצבא (needs of the army of occupation). על-פי סעיף 53 לאמנת ג'נבה, נדרש שהתפיסה תהיה לצורכי צבא נחוצים בהחלט (absolutely necessary by military operation). סמכותו של המפקד הצבאי להקים גדר הפרדה כוללת גם סמכות להקים גדר להגנה על חייהם וביטחונם של ישראלים המתגוררים בישובים ישראלים באזור יהודה ושומרון, אף שהישראלים הגרים באזור אינם בגדר "אנשים מוגנים" (protected persons), כמשמעות ביטוי זה בסעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית (ראו פרשת אלפי מנשה, פסקאות 18-22; בג"ץ 3680/05 ועד הישוב טנא נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם) פסקאות 8-10, להלן – פרשת טנא; בג"ץ 1998/06 מועצה מקומית בית אריה נ' שר הביטחון (טרם פורסם), להלן – פרשת בית אריה; בג"ץ 1348/05 ראש עיריית סלפית נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), פסקה 20, להלן – פרשת סלפית). שאלת חוקיותה של ההתיישבות הישראלית באזור

אינה משליכה על חובתו וסמכותו של המפקד הצבאי להגן על חייהם וביטחונם של המתיישבים הישראלים (פרשת אלפי מנשה, פסקה 20). סמכות זו נובעת משני מקורות. האחד, סמכותו של המפקד הצבאי לפי תקנה 43 לתקנות האג להבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים. סמכות זו אינה מוגבלת אך לאנשים המוגנים על-פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. זוהי סמכות כללית, המשתרעת על כל אדם המצוי בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית (ראו פרשת אלפי מנשה, פסקה 18; בג"ץ 4289/05 מועצה מקומית ביר נבאלה נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם), פסקה 23, להלן – פרשת ביר נבאלה). השני, חובתה של מדינת ישראל, המעוגנת במשפט הישראלי הפנימי, להגן על חייהם, ביטחונם ושלומם של האזרחים הישראלים המתגוררים באזור (ראו פרשת אלפי מנשה, פסקה 21, 23; פרשת ביר נבאלה, פסקה 32).

32. שלב שני בבחינת חוקיות הגדר הוא בחינת שיקול הדעת. הוא בודק האם שיקול הדעת של המפקד הצבאי בקביעת תוואי הגדר איזן כראוי בין הערכים המתמודדים, על פי יחסיות משקלם וחיבותם. המפקד הצבאי אינו חופשי לקבל כל החלטה המגשימה צרכי ביטחון לגיטימיים. בבואו לקבוע את תוואי הגדר, עליו לשקול ולאזן בין מספר שיקולים. השיקול הראשון הוא השיקול הביטחוני-צבאי. מכוחו רשאי המפקד הצבאי לשקול שיקולים שעניינם ההגנה על ביטחון המדינה וביטחון הצבא. שיקולים אלה הם שיקולים שבמומחיות צבאית וביטחונית. לגביהם נתון למפקד הצבאי שיקול דעת רחב. הוא שמופקד על שמירת הביטחון. הוא בעל המומחיות, הידע והאחריות הביטחוניים. בית המשפט מייחס לעמדתו משקל רב (ראו פרשת בית טוריק, פסקה 46; בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90, 92; בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 25). אכן, "אין אנו עושים עצמנו למומחים בענייני ביטחון. אין אנו ממירים את השיקול הביטחוני של המפקד הצבאי בשיקול הביטחוני שלנו. אין אנו נוקטים כל עמדה באשר לאופן ניהול ענייני הביטחון. תפקידנו הוא בשמירת הגבולות ובהבטחת קיומם של התנאים התוחמים את שיקול-הדעת של המפקד הצבאי" (פרשת בית טוריק, עמ' 3-842).

33. השיקול השני אותו על המפקד הצבאי לשקול הוא טובתם של בני האוכלוסייה המקומית שהנם "תושבים מוגנים". על המפקד הצבאי להגן על זכויות האדם המקובלות במשפט הבינלאומי של בני האוכלוסייה המקומית (ראו פרשת אלפי מנשה, פסקה 24; פרשת טנא, פסקה 10; פרשת בית אריה, פסקה 8). השיקול השלישי הוא הגנה על זכויות האדם של ישראלים הגרים באזור (ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(2) 481, פסקה 80 לפסק דין הרוב (להלן – פרשת המועצה האזורית חוף עזה); פרשת אלפי-מנשה, פסקאות 18-22; פרשת טנא,

פיסקאות 8-10; פרשת בית אריה, פסקה 8). חובה זו ניזונה מכללי המשפט הבינלאומי ומכללי המשפט הישראלי. בקביעת מהותן של הזכויות שיש לישראלים המתגוררים באזור, יש להתחשב באופיו של האזור הנתון למשטר של תפיסה לוחמתית ובכוחותיו של המפקד הצבאי (לעניין היקפן של זכויות הישראלים הגרים באזור ראו פרשת המועצה האזורית חוף עזה, פסקה 8 לפסק דין הרוב).

34. זכויות האדם של "התושבים המוגנים" ושל הישראלים באזור אינן מוחלטות. ככל זכויות האדם הן יחסיות. ניתן להגבילן. חלקן של ההגבלות נובע מהצורך להתחשב בזכויות של אחרים. חלקן נובע מהאינטרס הביטחוני. על המפקד הצבאי לאזן בין השיקולים השונים, המתנגשים אלה באלה. אמת מידה מרכזית באיזון זה היא ה"מידתיות", הנבחנת במבחן משולש. המבחן הראשון קובע כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לאמצעי. המבחן השני קובע כי מבין מגוון האמצעים שניתן לנקוט להגשמת המטרה יש לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה. המבחן השלישי קובע כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי הננקט צריך לעמוד ביחס ראוי לתועלת הצומחת ממנו. ודוק: האחריות והסמכות לאזן בין השיקולים המתנגשים הם בידי המפקד הצבאי. אך שיקול דעתו איננו מוחלט. הוא נתון לביקורת שיפוטית. עם זאת, בית המשפט אינו מבקש להחליף את שיקול דעתו הצבאי-ביטחוני של המפקד הצבאי בשיקול דעתו שלו.

מן הכלל אל הפרט

35. נפתח בשאלת הסמכות. העותרים טוענים כי ביסוד הקמת הגדר באזור מודיעין עומד שיקול פוליטי של סיפוח התנחלויות. לא שוכנענו בצדקתה של טענה זו. ההחלטה על הקמת הגדר לא עלתה כרעיון פוליטי בדבר סיפוח שטחים, אלא נבעה מצרכים צבאיים-ביטחוניים. ההחלטה על הקמת הגדר נפלה על רקע מציאות הטרור הקשה שפקדה את ישראל מאז ספטמבר 2000. במציאות זו נוצר צורך ביטחוני חיוני לנקוט אמצעים לשמירה על חייהם ועל שלומם של אזרחי ישראל. לצורך כך, החליטה הממשלה על הקמת גדר ביטחון שמטרתה לשבש ולמנוע חדירת פעילות חבלנית מתחומי יהודה ושומרון לתחומי ישראל. הגדר באזור מודיעין מוקמת כחלק מתכניתם הכוללת של המשיבים להקמת מכשול בין ישראל לבין אזור יהודה ושומרון והיא נועדה להגן על ישובי גוש מודיעין מפני מפגעי טרור. לא מצאנו סיבה להניח כי הגדר נועדה לשם "סיפוח" שטחים.

36. העותרים גם לא הרימו את הנטל להוכיח כי שיקוליו של מפקד האזור בקביעת התוואי אינם שיקולים צבאיים. להבהרת השיקולים בקביעת תוואי הגדר הופיע בפנינו ראש מינהלת "קשת צבעים". הוא פירט בהרחבה את השיקולים שעמדו ביסוד הבחירה בחלופת הביניים. השיקולים שהציג בפנינו הם שיקולים ביטחוניים ושיקולים שעניינם צמצום הפגיעה במרקם חייהם של תושבי נעלין. אין לנו כל יסוד שלא לתת לדברים אלה את מלוא משקלם, ואין לנו כל יסוד שלא להאמין בכנותם. על פי החומר העומד לרשותנו, הגענו אפוא לכלל מסקנה כי התוואי נקבע על יסוד שיקולים הקשורים בביטחון ובטובתה של האוכלוסייה המקומית. המפקד הצבאי מוסמך היה לשקלם. הקמת הגדר נעשית, אפוא, במסגרת הסמכות הנתונה למפקד הצבאי. נעבור עתה לבחינת השאלה האם הסמכות הופעלה באופן מידתי. נבחן האם חלופת הביניים קובעת תוואי מידתי לגדר.

37. נראה כי הגדר מקיימת את מבחן הקשר הרציונלי. הגדר מגשימה את התכלית הביטחונית המונחת ביסוד הקמתה, שהינה יצירת חיץ בין הישובים הישראליים לבין הישובים הפלסטינים באזור יהודה ושומרון, והגנה על התושבים הישראליים מפני מעשי טרור. תוואי הגדר בחלופת הביניים אכן יקשה על הגעת מפגעים אל קרבת הישובים הישראליים בגוש מודיעין ואל שטחי ישראל. האם מתווה הגדר מקיים את מבחן המשנה השני – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה? לטענת העותרים, ניתן להשיג את התכלית הביטחונית באמצעות תוואי חלופי שיעבור סמוך לבתי חשמונאים, על הגדר הקיימת של היישוב. ביחס לתוואי המוצע על ידי העותרים, עמדתו של המפקד הצבאי היא כי תוואי זה אינו עונה על התכלית הביטחונית של הגדר. ביחס לחלופה הדרומית, אשר נבחנה אף היא כחלופה אפשרית לחלופת הביניים, העמדה אותה הציגו בדיון לפנינו המשיבים, היתה כי חלופה זו מעניקה פחות ביטחון מחלופת הביניים. עם זאת אין להתעלם מכך שמשך חודשים ארוכים תכננו המשיבים להקים את הגדר לפי החלופה הדרומית, וחלקה המזרחי אף עוגן בצו תפיסה 83/04 ת'. מהבהרותיהם למשיבה 5 עולה כי סברו כי יהיה מקום לסטות מן החלופה הדרומית אך ורק אם משיבה 5 תגיע להסכמה עם בעלי הקרקע הפלסטינים שיפגעו כתוצאה מהשינוי. המשיבים היו סבורים אותה עת כי יוכלו לממש את אחריותם לביטחון התושבים גם אם הגדר תיבנה בהתאם לחלופה הדרומית. אין חולק כי חלופת הביניים יוצרת מרחב בטחוני רחב יותר בין הגדר לבין חשמונאים, בהשוואה לחלופה הדרומית. מרבית התוואי עובר במרחק של 500-600 מטרים מבתי חשמונאים. החלופה הדרומית עוברת כ-300-350 מטרים מחשמונאים. עם זאת, במשך חודשים ארוכים סבר המשיב 3 כי די במרחק זה כדי לספק מרחב התרעה ומרדף אחר מפגעים שיצליחו לחדור את הגדר וכי אין הצדקה להחמרת

הפגיעה בתושבים הפלסטינים. והנה, לאחר פנייתו של משיב 4, חל שינוי בעמדה זו. הנימוקים המדויקים שהביאו לשינוי בעמדתו הביטחונית של המפקד הצבאי לא הוצגו בפנינו. לא צוין כי התגלו עובדות חדשות או כי חל שינוי בתפיסה הביטחונית העקרונית בעניין הקמת גדר הביטחון. כל שנאמר הוא שהמשיב 3 סבור כי חלופת הביניים היא סבירה ומידתית וכי היא מאפשרת לאזן כראוי בין השיקולים השונים הצריכים לעניין. התמיהות בנוגע לשינוי בעמדה הביטחונית גוברות לאור העובדה כי משיבה 5 קיבלה אישור עקרוני לתכנון שכונת "גני מודיעין ג" באופן שבתי השכונה יבנו במרחק של 150 מטרים מגדר הביטחון. לא הוברר לנו כיצד הדבר מתיישב עם תפיסת הביטחון בדבר הצורך במרחב התרעה ומרדף של מאות מטרים מבתי תושבים ישראלים. יש לזכור בהקשר זה כי גם לאחר הקמת גדר הביטחון ימשיכו כוחות הביטחון לשלוט על איזור יהודה ושומרון, ועל איזור נעלין בפרט.

38. בבואנו להכריע בשאלת התוואי הראוי לנו נתנים משקל מיוחד למומחיות הצבאית של המפקד הצבאי, אשר לא שלל את האפשרות כי החלופה הדרומית עשויה לספק את המענה הביטחוני הנדרש. אכן, בפסיקה עקבית קבענו כי כאשר קיימת מחלוקת מקצועית בין המפקד הצבאי לבין מומחים ביטחוניים אחרים, יש להעניק משקל כבד לעמדתו המקצועית של המפקד הצבאי באזור, עליו מוטלת האחריות לביטחון. על כן, המבקש כי בית המשפט יעדיף עמדה מקצועית של מומחה אחר על פני עמדתו של המפקד הצבאי, מוטל עליו נטל כבד. העותרים לא הרימו נטל זה. ביסוד בחינת המידתיות עומדת, אפוא, עמדת המפקד הצבאי כי גם אם חלופת הביניים עדיפה במידה מסויימת מבחינה ביטחונית על פני החלופה הדרומית, ועל פני ההצעה של המועצה לשלום וביטחון העוברת בסמיכות לה, אין לשלול את החלופה הדרומית כחלופה אפשרית, המספקת את התכלית הביטחונית. התוואי הדרומי הינו תוואי חלופי מקיים את דרישות הביטחון, תוך שפגיעתו בתושבים קטנה יותר. מכאן שתוואי הגדר בחלופת הביניים מפר את מבחן המשנה השני של המידתיות.

39. בכך מגיעים לנו למבחן המידתיות במובן הצר. השאלה היא האם פגיעתו של תוואי הגדר בעותרים וביתר תושבי נעלין עומדת ביחס ראוי לתועלת הגלומה בהקמת הגדר בתוואי שנקבע. בדיקה "יחסית" של מבחן המידתיות במובן הצר תמצא את תוואי הגדר בלתי מידתי, אם ימצא תוואי חלופי, אשר גלומה בו הפחתה מסויימת בהשגת התכלית הביטחונית, ובצידה הפחתה משמעותית בפגיעה בזכויות העותרים (ראה פרשת בית סוריק, עמ' 841). לאחר שמיעת טענות הצדדים והמומחים השונים ולאחר שעיינו בחומר שהונח לפנינו, לא ראינו מנוס מן המסקנה כי תוואי הגדר אינו מקיים את דרישת המידתיות. חלופת הביניים פוגעת פגיעה קשה בתושבי נעלין. הפגיעה נגרמת כתוצאה

מתפיסת קרקעות לשם הקמת הגדר, עקירת עצים המצויים בתוואי, וכליאת שטחים חקלאיים מעובדים מצידה "הישראלי" של הגדר. תוואי הגדר תופס 326 דונם, כולם קרקעות פרטיות. בנוסף, התוואי מנתק בין תושבי נעלין לבין למעלה כאלף דונם של אדמות פרטיות וקרקעות חקלאיות מעובדות. אדמות אלה נטועות עצי זית, ומשמשות לגידולים עונתיים ולמרעה. הגישה לאדמות אלה תוגבל למעבר בנקודת ביקורת ושער חקלאי לבעלי היתרים, על כל הקשיים הכרוכים בכך. יצוין עוד כי נוכח כוונת המשיבים לשנות את תוואי הגדר בסמוך לכביש 466, לא הובררו עד תום הסדרי המעבר העתידיים עבור תושבי נעלין בנקודת הביקורת. חלופת הביניים מחריפה את הפגיעה, הקשה ממילא, בתושבי נעלין כתוצאה מהקמת הגדר. חלופת הביניים מאריכה את הגדר בלמעלה מ-500 מטרים. היא מחייבת תפיסתם של 45 דונם נוספים, מרביתם שטחים חקלאיים. חלופת הביניים מגדילה את מרחב התפר בכ-200 דונם, רובם ככולם אדמות פרטיות. מחציתם שטחים חקלאיים.

40. המשיבים אינם מתכחשים לפגיעה בתושבי נעלין, אך סבורים כי הפגיעה היא סבירה ומידתית. עמדה זו אין בידנו לקבל. חלופת הביניים חורגת מן האיזון שבין צורכי הביטחון לבין צורכיהם ורווחתם של התושבים המקומיים. מקובלת עלינו עמדת המשיבים כי התוואי המוצע על ידי העותרים בדבר הקמת גדר סמוך לבתי חשמונאים אינה נותן מענה בטחוני הולם. עם זאת, ניתן להפחית את הפגיעות בתושבים המקומיים על ידי תוואי חלופי אחר, בין זה שהציגה המועצה לשלום וביטחון ובין זה שהתווה המפקד הצבאי עצמו לאחר פרשת בית סוריק, ובין תוואי אחר שיקבע המפקד הצבאי. מה גם שהמשיבים עצמם גילו דעתם כי קיים תוואי אחר, המספק הגנה לתושבי חשמונאים.

41. נוכח דברים אלה הגענו למסקנה כי תוספת הביטחון במעבר לחלופת הביניים אינה מידתית ביחס לתוספת הנזק הנגרמת לתושבים הפלסטינים. גם אם החלופה הדרומית נחותה משהו מבחינה ביטחונית, נראה כי יש בה כדי לספק הגנה סבירה לתושבי חשמונאים. קירוב הגדר לכיוונו של הכפר נעלין כרוך בפגיעות קשות בתושבים הפלסטינים. משהגיע המפקד הצבאי בזמנו למסקנה כי הוא יכול לספק הגנה סבירה לחשמונאים באמצעות הקמת הגדר בחלופה הדרומית, לא שוכנענו כי יש הצדקה לתוואי פוגעני יותר באוכלוסייה המקומית. בנסיבות העניין לא שוכנענו כי צורכי הביטחון מובטחים במידה משמעותית ורבה יותר לפי חלופת הביניים בהשוואה לחלופה הדרומית או תוואי המועצה לשלום וביטחון.

42. אשר לטענותיה של משיבה 5 כי תיפגע מהקמת גדר מדרום לאוכף, אין בטענותיה כדי לשנות מן המסקנה כי חלופת הביניים אינה מידתית. טענותיה מתבססות על פגיעה בקניינה וביכולתה לממש את התכנית להקים שכונת מגורים באוכף. לעניין מימוש תוכנית הבניה, תכנון תוואי גדר הביטחון אינו צריך להתבסס על הרצון לכלול בצידה ה"ישראלי" של הגדר שטחים להרחבת יישובים, בפרט כאשר מדובר בתוכניות מתאר שכלל אינן תקפות (ראו, בג"ץ 2732/05 ראש מועצת עיריית עזון נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם); בג"ץ 2645/04 נאסר נ' ראש הממשלה (טרם פורסם) פסקה 36; להלן – פרשת דיר קדיס). יתרה מכך, ככל שתוכנית מתאר להרחבת ישוב מהווה נימוק יחיד או נימוק דומיננטי לתוואי שקובע המפקד הצבאי, הדבר אינו חוקי (ראו, פרשת סלפית, פסקה 29). יש לזכור כי בהיבט התכנוני הקמת הגדר אינה יוצרת פגיעה מיידית וישירה במשיבה 5. כידוע, "הגדר היא מטבעה זמנית. צווי התפיסה המוצאים לצורך הקמת הגדר מוגבלים לתקופה קצובה של מספר שנים. כך עולה מהחלטות הממשלה שאין לנו יסוד לפקפק באמינותן..." (פרשת אלפי מנשה, פסקה 100). בהתחשב בטבעה הזמני של הגדר, לשיקול בדבר מימוש עתידי של תוכניות בניה שטרם קיבלו תוקף משקל מוגבל.

43. גם ההיבט הקנייני בעניינה של משיבה 5 אינו משנה מן המסקנה כי חלופת הביניים אינה מידתית. כשם שצורכי הביטחון עשויים לחייב פגיעה באדמותיהם של התושבים המקומיים וביכולת השימוש בהן, כך הם עשויים לחייב פגיעה גם באדמותיהם של ישראלים וביכולת השימוש בהם (ראו, פרשת דיר קדיס, פסקה 38) כללי המידתיות בתכנון תוואי הגדר עשויים להביא גם לכך שתושבים ישראלים ונכסים ישראלים נותרים מצידה "הפלסטיני" של הגדר (ראו, בין היתר, פרשת טנא; בג"ץ 399/06 סוסיא - אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות קהילתית בע"מ נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם); פרשת אלראם; פרשת ביר נבאלה; בג"ץ 1844/06 רינאווי נ' ראש הממשלה (טרם פורסם)). משיבה 5 חוששת בעיקרו של דבר מן הפגיעה הכלכלית שתיגרם לה אם תיבנה הגדר לפי החלופה הדרומית. אכן, יש להניח כי הקמת הגדר באופן שיותר את האוכף בצד ה"איוש"י" יפגע באינטרסים הכלכליים של משיבה 5. אולם בכך לא די. לשיקולים כספיים אלה משקל מוגבל במכלול השיקולים שעל המפקד הצבאי לשקול ולאזן בנסיבות העניין. ראשית, הפגיעה לה טוענת משיבה 5 אינה בעצם התפיסה של שטחים לצורכי בניית הגדר אלא בכך שהקרקע נותרת "מחוק" לגדר. עצם הבעלות בחטיבת הקרקע אינה נשללת. הגדר אינה משנה את מערך הזכויות הקנייניות. שנית, תכנית 208/3 אינה בתוקף. הפגיעה במשיבה 5 מוגבלת לפגיעה בציפיות הכלכליות באשר לאישור עתידי של תוכנית הבנייה ומימושה בעתיד. זו פגיעה לעתיד בלבד. בהתחשב בטבעה הזמני של הגדר, הפגיעה בזכויות הקניין ובציפיות הכלכליות

של משיבה 5 היא פגיעה מצומצמת. בנסיבות העניין, אין מקום להעניק לה משקל ממשי בתכנון התוואי.

44. סיכומו של דבר, בנסיבות אלה, הגענו למסקנה כי האיזון שערכו המשיבים בין שיקולי הביטחון והזכויות המתנגשות של תושבי נעלין וחשמונאים אינו יכול לעמוד. תוספת הביטחון במעבר לחלופת הביניים אינה מידתית ביחס לתוספת הנזק הנגרמת לתושבים הפלסטינים. היתרון הביטחוני המתקבל מהתוואי שנקבע על ידי המפקד הצבאי בהשוואה לתוואי אפשרי אחר אינו עומד ביחס סביר למידת הפגיעה בתושבים המקומיים שתוואי זה גורם. בנסיבות העניין לא שוכנענו כי צרכי הביטחון מובטחים במידה משמעותית ורבה יותר לפי חלופת הביניים בהשוואה לחלופת הדרומית בה בחר המפקד הצבאי עצמו בשלב קודם, או תוואי המועצה לשלום וביטחון. אין מנוס איפוא מבחינה מחודשת של תוואי הגדר בין חשמונאים לנעלין.

בתקופה שעד לקביעת התוואי החדש, רשאים, כמובן, המשיבים להקים גדר זמנית לאורך התוואי של החלופה הדרומית, או באופן אחר הממעיט מהפגיעה של התוואי שנקבע בצו 59/04/ת'.

התוצאה היא שאנו עושים את הצו למוחלט. אנו קובעים כי צו 59/04/ת' בטל.

ה נ ש י א ה

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

אני מסכים.

המשנה לנשיאה

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש.

ניתן היום, ד' באב התשס"ז (19.07.2007).

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה