



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 281/11

בפני :
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ע' פוגלמן

העותרים :
1. ראש מועצת בית איכסא
2. מחמד עבד אלמגיד עבד אלרחמן חסן חבאבה
3. אברהים עבד אלראזק עלי גית
4. אימאן מחמוד מחמוד חסאן אחמד עואד

נגד

המשיבים :
1. שר הביטחון
2. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
3. ראש המינהל האזרחי
4. חברת רכבת ישראל
5. שר התחבורה

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה : ט"ו באייר התשע"א (19.05.11)

בשם העותרים : עו"ד חוסאם יונס, עו"ד נאטור קאמר

בשם המשיבים 1-3 ו-5 : עו"ד יצחק ברט, עו"ד עינב גולומב

בשם המשיבה 4 : עו"ד גל סומך, עו"ד דניאל רייזנר, עו"ד רענן שגיא

פסק-דין

השופט ע' פוגלמן:

עניינה של העתירה שלפנינו בבקשת העותרים כי נורה על ביטול צו רכישה לצורכי ציבור מס' 02/10 שהוצא ביום 3.11.2010 על-ידי ראש המינהל האזרחי באזור יהודה ושומרון. צו זה מביא לידי מימוש תכנון סטטוטורי שאושר קודם לכן, ומכוחו הופקעו שטחים לצורך מסילת הרכבת החדשה המתוכננת בין תל-אביב לירושלים המצויים באזור יהודה ושומרון (להלן: איו"ש או האזור).

1. מזה שנים פועלות הרשויות לתכנון ולהקמת קו רכבת מהיר שיחבר בין ירושלים לבין תל אביב. מדובר בפרויקט עתיר מימדים המאופייין במורכבות תכנונית וביצועית ניכרת, ועלותו הכוללת מוערכת בסך של 7 מיליארדי שקלים. החל משנות ה-90 של המאה הקודמת נבחנו מספר תוואים אפשריים להנחת מסילת הרכבת. בסופו של יום, נבחרה חלופה המכונה A1 המבוססת על תוואי כביש מס' 1. חלופה זו תאפשר – לדברי המשיבים – להגיע מתל אביב לירושלים בתוך פרק זמן של כ- 28 דקות. בעקבות ההחלטה על תוואי קו הרכבת המהיר, אישרה המועצה הארצית לתכנון ולבנייה (להלן: המועצה הארצית) תיקון לתכנית מתאר ארצית למסילות ברזל מספר 16/23, וזה אושר בממשלה ביום 25.3.2001. בהמשך לכך, הנחה ראש הממשלה את שר התחבורה להתחיל בתכנון תוכניות מפורטות ברמה של תוכנית מתאר ארצית ובביצוע הקו בפועל. בהתאם לאמור, אישרו גורמי התכנון במהלך העשור האחרון תוכניות מתאר כאמור, ואלה אושרו בהמשך על-ידי הממשלה. המשיבה 4 מצדה (להלן: רכבת ישראל או הרכבת) נערכה לביצוע הפרויקט באמצעות שורה של מכרזים והתקשרויות חוזיות עם קבלנים, ובמקטעים שונים של הקו מצויות העבודות בעיצומן והושקע בהן ממון ניכר.

2. חלק מן התוואי האמור של קו הרכבת המהיר, באורך כולל של 6.7 ק"מ, עובר בשטח איו"ש, וזאת בשני מקטעים: האחד – באזור לטרון; והשני, נושא העתירה שלפנינו, באזור הישוב בית איפסא. תוואי הקו נקבע בתכנית מתאר מפורטת מס' 54/1 (להלן: תכנית 54/1), שאושרה למתן תוקף בחודש יוני 2005 על-ידי רשויות התכנון באיו"ש לאחר בחינת חלופות שונות ובתום הליך של התנגדויות, ופורסמה בחודש דצמבר אותה שנה. בהחלטתה באחת ההתנגדויות שהוגשה לתוכנית, שבה נטען, בין היתר, כי היא עומדת בניגוד לדין הבינלאומי, ציינה ועדת המשנה להתנגדויות, כי –

"יש לראות את מסילת הרכבת ירושלים-לוד, אשר קטעים קטנים ממנה עוברים בתחום איו"ש, כמרכיב אחד של מכלול התחבורה היבשתית (...) בחבל ארץ צר מידות, הכולל את מדינת ישראל ואת שטחי איו"ש (...) מדובר במערכת תחבורתית שלובה, שכל קטע של המערכת משפיע על משנהו בכלים שלובים (...) יש לראות את קו הרכבת בו משתלבים הקטעים המפורטים בתוכנית, כמקטע אחד ממערך תחבורתי שלם, במרחב הכולל של מדינת ישראל ואיו"ש, המשרת את תושבי כל המרחב. כך, הפרויקט עתיד לתרום גם לרווחת תושבי איו"ש".

3. במהלך הליכי התכנון והביצוע של תכנית 54/1, התברר כי יש צורך להכין תוכניות משלימות לשם היערכות לביצוע התוואי העיקרי של הרכבת. על רקע זה הוגשה לגופי התכנון תוכנית 54/1/2 (להלן: התכנית המשנית) שנועדה לאפשר לגופים הפועלים בשטח ובכלל זה למפעילי הכלים הכבדים, דרכי גישה ושטחי התארגנות זמניים לתקופת ביצוע העבודות. הצורך בדרכים זמניות אלו מקורו – לדברי המשיבים – במורכבות התוואי והקשיים המיוחדים שמתעוררים בעבודות הנחת המסילה, ובראשם כריית מנהרה באורך של 11.6 ק"מ, שפתחה מצוי על צלע הר (להלן: מנהרה 3). תכלית נוספת של התוכנית היא הקמת דרך גישה קבועה לפתחה של מנהרה 3, שתשמש דרך מילוט למקרי חירום (להלן: דרך המילוט). לדברי הרכבת, הצורך בדרך המילוט מקורו באורכה החריג של מנהרה 3 ובעובדה שאחד מפתחיה מצוי על גבי גשר המוביל למנהרה נוספת. במצב דברים זה, אין מנוס מהקמת דרך חלופית שתוביל ישירות לפתח המנהרה ותאפשר חילוץ והצלה בשעת חירום. התוכנית המשנית ששטחה הכולל עומד על 50 דונם, אושרה להפקדה ביום 18.4.2007 על-ידי ועדת המשנה לדרכים בתום בחינת חלופות שונות, ובהמשך לכך – במהלך חודש דצמבר 2008 – פורסמה לידיעת הציבור הישראלי והפלסטיני בעיתונים בשפה העברית והערבית. ביום 9.2.2009 הוגשו לתוכנית המשנית שתי התנגדויות, האחת בשם תנועת "שלום עכשיו" והשנייה בשם תושבי הכפר בית איכסא. ועדת המשנה להתנגדויות מצאה כי התכנון המוצע לא התעלם מן העובדה שמדובר במקרקעין פרטיים שעליהם עיבודים חקלאיים, ומן הרגישות הסביבתית של האזור. תוואי התכנית נקבע באופן המצמצם את הפגיעה בטרסות חקלאיות ובסביבה ולאחר בחינה יסודית של חלופות. בהתייחס להתנגדויות במישור המשפט הבינלאומי צוין כי תכנית המשנה היא רק נדבך מן התכנית העיקרית וכי היא חלק מהתכנון הכולל של התחבורה היבשתית באיו"ש ובמדינת ישראל. מערך תחבורה זה עתיד לשמש את כלל הציבור, לרבות תושבי האזור. ההתנגדויות לתוכנית המשנית נדחו, אפוא, ולאחר שזו פורסמה למתן תוקף ביום 17.3.2010, החליטה ועדת המשנה לדרכים ביום 16.6.2010 ליתן היתר תכנוני לביצועה בכפוף לסייגים שנקבעו.

4. בהמשך לאמור, בוצעה עבודת מטה לקראת הפקעת המקרקעין הנגזרת מהוראות התוכנית המשנית, ובסופה הוצא ביום 3.11.2010 צו רכישה לצרכי ציבור מס' ה'2/10, הוא הצו נושא העתירה (להלן: צו ההפקעה). לדברי המדינה, רק כ-11.5 מתוך 50 הדונמים הכלולים בתוכנית המשנית הן אדמות פרטיות; רוב השטח הפרטי שיופקע מיועד להפקעה זמנית לתקופת העבודות בלבד; וההפקעה תוגבל רק לזכות ההחזקה והשימוש בקרקע. בצד זה, רק 4.5 דונמים של שטח פרטי – ולהערכת גורמי המקצוע של הרכבת אף 1.8 דונם בלבד – יופקעו באופן קבוע לצורך הקמת דרך המילוט. ביום 21.11.2010 הגיש ב"כ העותרים, עו"ד חוסאם יונס, השגה נגד צו

ההפקעה בטענה כי זה נוגד את הדין הבינלאומי וכן כי לא נערך לבעלי המקרקעין שימוע בטרם נתינתו. השגה זו נדחתה על-ידי נציג היועץ המשפטי לאיו"ש הן מחמת שיהוי בהגשתה, הן משנקבע כי אותן טענות הועלו במסגרת התנגדויות שהוגשו לתוכנית ונדחו על-ידי ועדת המשנה להתנגדויות. בתום התכתבות נוספת בין הצדדים הגישו העותרים ביום 11.1.2011 את העתירה שלפנינו. בהחלטתי מיום 16.2.2011, דחיתי את בקשת העותרים למתן צו ביניים, והרכבת החלה בביצוע עבודות במקרקעין נושא העתירה. במסגרת זאת, הועתקו 7 עצי זית מן השטח המופקע, וצפויה העתקתם של 14 נוספים.

טענות העותרים

5. לטענת העותרים, הוצאת צו ההפקעה מנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטארי, מונחית משיקולים זרים ופוגעת בהם בצורה בלתי הפיכה, בלתי סבירה ובלתי מידתית. לדבריהם, נוכח הפגיעה בהם הנובעת מהוראותיה של התוכנית המשנית, היה על המשיבים לידע אותם מבעוד מועד על דבר קיומה כך שתינתן להם אפשרות להגיש לה התנגדות ולפעול לביטולה, כפי שאמנם עשו מייד כשנדע להם על הוצאת הצו. לגישתם, המשיבים פגעו בכללי הצדק הטבעי שעה שלא נתנו לכל הנפגעים זכות שימוע הוגנת ואפקטיבית. על זו היה לכולל, בנסיבות העניין, גם הדרכה בדבר אופן הגשת התנגדות והפגיייה ליעוץ משפטי. עוד הם גורסים כי גם בעובדה שהצו אינו מפרט את מלוא המידע למי שמבקש לתקוף אותו, וקובע כי תפיסת המקרקעין תיעשה מיידית, יש כדי לפגוע ביכולתם להתנגד לו באופן מעשי. לגופו של צו ההפקעה מציינים העותרים כי התוואי המקורי של פסי הרכבת לא עבר באדמותיהם אלא באזור משרת ציון, ורק בשל התנגדות התושבים שם שטענו למטרד רעש, הועבר התוואי לשטח בית איכסא שבו מצויות אדמותיהם הפרטיות. לטענת העותרים, מטרה זו שלשמה הועתק תוואי הרכבת אל תוך שטחי איו"ש אינה ראויה, ונוכח החלופות הקיימות – היא פוגעת בזכויותיהם באופן בלתי מידתי. עוד גורסים הם כי קו הרכבת נושא הצו אינו משרת את טובת תושבי איו"ש הפלסטיניים אלא רק את תושבי ישראל העושים את דרכם מתל אביב לירושלים. בכך סותר צו ההפקעה את חובתה של המדינה כמעצמה כובשת מכוח אמנת האג בדבר חוקיה ונוהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907 ואמנת ז'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, להבטיח את זכויות התושבים המוגנים – לרבות זכות הקניין – ואת רווחתם המרבית. דברים אלה זוכים למשנה תוקף בשים לב למשך הזמן שבו מתקיים הכיבוש. עוד סותר צו ההפקעה את הדין המקומי ואת זכויותיהם החוקתיות, והוא מספח את השטח המופקע, הלכה למעשה, לשטחי המדינה. לדבריהם, טענת המשיבים כי קו הרכבת עשוי לשרת בעתיד

את התושבים הפלסטיניים החיים באיו"ש אינה אלא אמתלה המבקשת להכשיר את אי החוקיות הגלומה בתוואי שנקבע. משהקו נועד לשרת את תושבי מדינת ישראל בלבד, יש לקבוע כי הוא הוצא בחוסר סמכות, ודינו – בטלות.

טענות המדינה

6. המדינה טוענת מצדה, כי יש לדחות את העתירה על הסף וגם לגופה. על הסף – בשל שיהוי כבד שבו היא לוקה. לגישת המדינה, את הטענה כי לפי הדין הבינלאומי לא ניתן לעשות שימוש במקרקעין באזור להקמת קו רכבת היה מקום להעלות בדרך של הגשת התנגדויות בשלב שבו נידונו החלופות השונות והוחלט על הקמת הקו במקום לפני כעשור, ולא שנים לאחר שהושלם הליך התכנון והוחל בביצוע הפרויקט אגב הוצאות נכבדות. לדברי המדינה, צו ההפקעה הוא פעולה נקודתית שהיא חלק ממהלך רחב למימוש תוואי המסילה, ואם רצו בכך, היה על העותרים להעלות טענותיהם נגדו בעת אישור תכנית 54 / 1 בשנת 2005, ולמצער – לאחר אישור התוכנית המשנית בשנת 2010. משלא עשו כן ובחרו להמתין עד לאחר שהמשיבים פעלו לממש את התוכנית, אין מנוס מדחיית עתירתם. המדינה מציינת כי לגבי המקרקעין הספציפיים נושא העתירה, פורסמה התוכנית להפקדה בחודש דצמבר 2008, והוגשו לה התנגדויות – ביניהן של תושבי הכפר בית איכסא – אשר נדונו לגופן ונדחו. לדבריה, העתירה שלפנינו הוגשה רק כשנה וחודשיים לאחר דחיית התנגדותם של תושבי בית איכסא וכעשרה חודשים לאחר פרסומה למתן תוקף. זאת הגם שהעותרים ידעו על הכוונה להקים תשתיות במקרקעין, כפי שמשקף מן ההתנגדות לתוכנית שהגישו תושבי בית איכסא. לגישתה, השיהוי שבו לוקה העתירה הוא סובייקטיבי ואובייקטיבי כאחד שכן על העותרים היה להעלות טענותיהם בשלבים מוקדמים בהרכה, והימנעותם מלעשות כן הביאה לכך שקבלת עתירתם עתה תוריד לטמיון את ההשקעות הניכרות שהושקעו בפרויקט תוך פגיעה באינטרס הציבורי. עוד גורסת המדינה כי דחיית העתירה מחמת שיהוי אינה צפויה לפגוע בשלטון החוק שכן תוואי הקו נבחן על-ידי גורמים משפטיים בכירים ונמצא חוקי, ובנוסף – השטח המופקע מצומצם בהיקפו וניתן לרפא את הפגיעה בעותרים בדרך של פיצוי כספי.

7. לגופה של עתירה נטען כי אין ממש בטענת העותרים שלפיה צו ההפקעה הוצא בחוסר סמכות. המדינה אמנם אינה חולקת על כך שסמכותו של המפקד הצבאי להפקיע מקרקעין פרטיים כפופה לכך שההפקעה משרתת את האוכלוסייה באזור. דא עקא שלדבריה, לשם בחינת התועלת הגלומה בקו הרכבת נושא העתירה יש לאמץ פרספקטיבה רחבה הרואה בקו מרכיב אחד בתוך תכנון כולל של תשתית מסילות ברזל

במרחב האזורי, ובכלל זה כאלה שיאפשרו את חיבור שטחי איו"ש לתשתית הרכבת בתוך ישראל ואחרות שיאפשרו בעתיד חיבור בין איו"ש לבין רצועת עזה – הכול כפי שמקובל בתחבורה מסילתית באזורים אחרים בעולם. המדינה מדגישה כי כבר בימים אלה מצויות בדיון תוכניות שונות שתכליתן הקמת מסילות ברזל שיעברו בערי איו"ש הפלסטיניות. אלה עתידות ליצור תשתית תכנונית שתאפשר את חיבור תשתית הרכבת באיו"ש לתשתית הרכבת בישראל, כמו גם חיבור מסילתי בין איו"ש לבין רצועת עזה כאשר יבשילו התנאים המדיניים והביטחוניים לכך.

המדינה מדגישה כי כשעסקינן בתוכניות כדוגמת אלו העתידות להתבצע באיו"ש, הכרוכות במורכבות תכנונית, יש להקדים ולבצע מהלכים תכנוניים אף בטרם גיבושה המעשי של התוכנית ולהבטיח מבעוד מועד קיומן של עתודות קרקע מתאימות לשם ביצוען. בהקשר זה מציינת היא כי המימון הנדרש לשם קידום תוכניות אלה – שנועדו כולן לרווחת תושבי האזור – מקורו בתקציב הרכבת, אשר משקיעה ועתידה להמשיך להשקיע ממון רב בתכנון הפרויקט וביצועו. כך, מתחייבים המינהל האזרחי באיו"ש ורכבת ישראל לשאת בעלות המסילה בתכנית 54/6 (ממבשרת ציון לרמאללה) וכן להפקיד בקרן ייעודית סכומים המיועדים לתכנון מסילות ברזל באיו"ש. עם חתימת ההסכם תפקיד הרכבת סך של 2.5 מיליוני ש"ח עם אפשרות להגדלת הסכום עד 10 מיליוני ש"ח. עוד הוחלט כי חומרי הכרייה שיתקבלו כתוצאה מהמנהרות בתחומי איו"ש יוטמנו בתחומי האזור, ואם ניתן יהיה לעשות בהם שימוש – ישולמו עבורם תמלוגים למינהל האזרחי. על יסוד מכלול טענות אלה, סבורה המדינה כי אין ממש בטענת העותרים שלפיה אין בצו ההפקעה ובקו הרכבת העובר בשטח כדי לשרת גם את תועלתם של תושבי האזור הפלסטינים.

המדינה מוסיפה בהקשר זה כי השטח המופקע הוא בהיקף מצומצם, ועל רקע ייעודו כדרך מילוט – מטרתו היא לשמור על חייהם של הנוסעים ברכבת ועל שלומם, בין היתר בעת שהם מצויים בשטחי איו"ש, בהתאם לסמכותו של המפקד הצבאי.

אשר למישור שיקול הדעת, טוענת המדינה כי נוכח ההיקף המצומצם של השטח שלגביו חל צו ההפקעה; הפקעת חלק ניכר ממנו באופן זמני בלבד; העובדה כי לצורך ביצוע העבודות נדרשה העתקם אך של עצי זית ספורים; וכן נוכח התועלת המובהקת שתניב הקמת הקו ובחירת תוואי השטח לאחר שנדחו חלופות שונות תוך מזעור הפגיעה הסביבתית – אין לומר כי התוואי שנבחר אינו מידתי.

8. נוכח טענת העותרים בדבר פגם בפרסום התכניות להפקדה, צירפה המדינה לתשובתה לעתירה, בהתאם להחלטתנו, תצהיר משלים מטעמו של מר דניאל חלימי המכהן כסגן מנהל לשכת התכנון במינהל האזרחי באיו"ש. בתצהיר נאמר כי לפי הוראות הדין הרלוונטי והפרקטיקה המקובלת, פורסמו תכנית מתאר מפורטת והתוכנית המשנית בשני עיתונים בשפה העברית ובשני עיתונים בשפה הערבית. לדבריו, אין יסוד לטענה כי העיתונים שבהם מדובר אינם מופצים בשטחי איו"ש, שלא נתמכה בתשתית כלשהי ואינה מתיישבת עם נתונים אובייקטיביים הנוגעים לנושא. ממילא, נמנע מן המדינה לפרסם הודעה על אודות התוכניות בעיתונים נוספים בשפה הערבית שאליהם פנתה בשל סירובם של האחרונים לאפשר את הפרסום אצלם. עוד מציינת המדינה בהקשר זה כי טענת העותרים בדבר פרסום בלתי מספק של התוכניות אינה מתיישבת עם העובדה שלתכנית 54/1 הוגשו התנגדויות, בין היתר מטעם תושבי כפר המצוי בתחום איו"ש, וביחס לתוכנית המשנית – גם מצד תושבים שונים המתגוררים בכפר בית איכסא שבו מתגוררים גם העותרים. מכל מקום מדגישה המדינה כי אפילו לא ידעו העותרים על דבר הפקדת התוכנית המשנית, אין באי ידיעתם הסובייקטיבית כדי להשליך על חוקיות ההליך התכנוני.

9. העותרים הגיבו לאמור בתצהיר זה בתצהיר משלהם מטעמו של ראש מועצת בית איכסא, עומר חמדאן. לדברי חמדאן, העיתונים "אל-קודס" ו"כל אל-ערב" שבהם – לפי הנטען – פורסם דבר קיומה של התוכנית הם עיתונים ישראליים אשר אינם מופצים באזורים כפריים כדוגמת הכפר בית איכסא. לדבריו, עצם פנייתם של המשיבים לעיתונים נוספים היוצאים באיו"ש כדי שאלה יפרסמו את ההודעה מלמדת כי הם עצמם לא סברו שהפרסום שנעשה מספק. עוד דוחה חמדאן את הטענה כי לא ניתן היה לפרסם את ההודעה בעיתונים המופצים באיו"ש, ומצביע על העיתון "אל-חיאית אל-ג'דידה" היוצא לאור ברמאללה שבו – כפי שציינו המשיבים – פורסמה הודעה על מתן תוקף של התוכנית המשנית.

טענות רכבת ישראל

9. גם רכבת ישראל סבורה כי דין העתירה להידחות על הסף ואף לגופו של עניין. בצד חזרתה על טענת השיהוי שעליה עמדה גם המדינה, סבורה הרכבת כי יש לדחות את העתירה על הסף גם מחמת אי ניקיון כפיים מצד העותרים, שהתבטא בכך שהם לא גילו בעתירתם את כל העובדות הדרושות לשם הכרעה בה. בין היתר טוענת הרכבת כי גרסתם העובדתית של העותרים שלפיה לא פחות מ-500 עצי זית המשמשים לפרנסתם ייכרתו כתוצאה מן ההפקעה, אינה נכונה שכן על גבי המקרקעין מצויים רק 14 עצים

שיועתקו מן השטח, ואף הם נטושים, לא מעובדים ואינם משמשים לפרנסה. בצד זה מוסיפה הרכבת כי מן העתירה נשמט דבר המאמצים שעשו המשיבים בשיתוף פעולה עם העותרים לצמצם את היקף השטח שנתפס; החלופות שנסקרו לפנייהם והפיצוי שהוצע כנגד ההפקעה. עוד טוענת רכבת ישראל כי יש למחוק את העתירה על הסף אף על רקע העובדה שהעותרים לא פעלו בשקידה ראויה למצות את כל ההליכים קודם להגשתה. בין היתר נטען כי משנמנעו העותרים מהגשת התנגדות לתוכנית המשנית וממילא לא ערערו על החלטה בנוגע לכך, אין הם יכולים להיבנות מכך שתושבים אחרים של בית איכסא הגישו התנגדות לתכנית זו.

10. בהתייחס לחוקיות התוואי העובר באזור, טוענת הרכבת כי התוואי שנקבע תואם מוסכמות מקצועיות מקובלות בין מדינות העולם שכן מדובר במקטע קצר שצפוי לעבור ברובו במנהרה תת קרקעית בעומק רב מתחת לפני הקרקע, באופן שלא יגרע מהאפשרות לנצל את פני הקרקע לשימושים אחרים. עוד גורסת הרכבת כי הפרקטיקה הבינלאומית מכירה במגבלות ההנדסיות הקשיחות הניצבות בעת קביעת מסלולן של מסילות רכבת, המביאות לעיתים למצב שבו מן ההכרח לחצות גבול לאומי. לגישת הרכבת, דברים אלה יפים גם כשמדובר בשטח כבוש, בהתאם למוסד ה-usufruct שבמשפט הבינלאומי שלפיו מחזיק רשאי לעשות בנכס שאינו בבעלותו שימוש ואף ליהנות מפירותיו כל עוד אין הוא פוגע בנכס עצמו והדבר מניב תועלת לתושבי האזור הכבוש. בעניין אחרון זה, שבה הרכבת על טענות המדינה בדבר התועלת שתצמח לתושבים בעקבות סלילת הקו. לדבריה, לא נפל פגם בשיקול דעתה בעת התווית הקו שכן זה נקבע לאחר שנבחנו חלופות, נשקלו השיקולים הרלבנטיים ונערך ביניהם איזון. לבסוף, טוענת הרכבת כי אין יסוד לטענה שלפיה צו ההפקעה אינו מידתי.

דיון

11. לאחר שעמדתי על טענות הצדדים בעתירה, ובחנתי את המסמכים השונים שהוגשו לעיוננו, מסקנתי היא כי אין מנוס מדחייתה מחמת שיהוי בהגשתה.

דוקטרינת השיהוי – כללי

12. פרט המבקש להביא את טענותיו לביקורת שיפוטית של בית המשפט הגבוה לצדק, צריך להגיש עתירה בעניין ללא שיהוי. הוגשה העתירה באיחור – עשוי בית המשפט לדחותה על הסף אם מצא כי הדבר גרם נזק או הביא לשינוי במערך האינטרסים של היחיד או של הכלל (בג"ץ 453/84 איתורית שירותי תקשורת בע"מ נ' שר

התקשורת, פ"ד לח(4) 617, 621 (1985)). לא חלוף הזמן כשלעצמו הוא, אפוא, הבסיס לדחיית העתירה מחמת שיהוי, אלא האיזון בין מידת הפגיעה באינטרסים של בעלי הדין השונים בעקבות קבלת העתירה או דחייתה בנקודת הזמן הנבחנת (ראו בג"ץ 7053/96 אמקור בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד נג(1) 193, 202 (1999)). בהתאם לרציונאל זה, עשויה עתירה להיות מוגשת באיחור ניכר ולא להיחשב לכזו שהוגשה תוך שיהוי, בעוד אחרת שהוגשה תוך פרק זמן קצר יותר מגמר הפעולה המינהלית, תידחה על הסף בעילה זו. מדובר בשאלה נסיבתית שתוכרע לפי עובדותיו המשתנות של כל מקרה וכנגזרת של האינטרסים העומדים על הפרק (ראו למשל בג"ץ 4841/90 עמותת נפגעי משכנתאות נ' נגיד בנק ישראל, פ"ד מה(2) 227, 229 (1991)).

13. אילו אינטרסים יבואו בגדרו של האיזון האמור? מן הצד האחד עומד האינטרס של העותר בבירור הסכסוך שעמד ביסוד הגשת העתירה. מול אינטרס זה ניצבים האינטרסים של הרשות המינהלית, שאפשר שכבר החלה בביצוע פעולות בהסתמך על ההחלטה הנתקפת, או של צדדים שלישיים, שחלוף הזמן והמצג האובייקטיבי שהוא יצר הביאו גם אותם לבצע פעולות שונות על יסוד ההנחה שהחלטת הרשות תוסיף לעמוד. אינטרס שלישי שיש לשקול בעת בחינת טענה לשיהוי הוא האינטרס הציבורי הרחב. היבט אחד של אינטרס זה עניינו בשלטון החוק ובשאלה עד כמה עלול זה להיפגע אם תתקבל טענת השיהוי והעתירה תידחה. היבט אחר של אינטרס הציבור מתמקד בתכלית בדבר זירוז ההליכים שבבסיסה הרצון להגיע להכרעה מהירה במחלוקת שבין האזרח לבין הרשות המינהלית, לפזר את הערפל המשפטי ולהשיג ודאות (ראו בג"ץ 2632/94 דגניה א' נ' שר התקשורת, פ"ד נ(2) 715, 742 (1996); בג"ץ 1135/04 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' "הצוות המלווה" לעניין תמ"א 18/א/31, פ"ד נט(4) 784, 789 (2005); אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי – עילות הסף 193-197 (2008) (להלן: שרגא ושחר)).

14. כדי לאפשר בחינה שיטתית ואנליטית של האיזון בין האינטרסים השונים, נהוג לפרק את השיהוי לשלושה יסודות: שיהוי סובייקטיבי, שיהוי אובייקטיבי ומידת הפגיעה בעקרון שלטון החוק. בחינת השיהוי הסובייקטיבי – הוא ההיבט הראייתי של השיהוי – מתמקדת בהתנהגות העותר בפועל. השאלה הנשאלת היא אם יש באיחור הניכר בהגשת העתירה כדי ליצור חזקה ראייתית לזכותו מצד העותר על זכותו לפנות לערכאות. אפילו נוצרה חזקה ראייתית כאמור – אין מדובר בחזקה חלוטה, וכידי העותר לסתור את המצג האובייקטיבי בדבר ויתור שנוצר בעקבות השיהוי בהגשת העתירה אם יביא ראיות שיספקו הסבר או הצדקה לשיהוי (ראו והשוו: בג"ץ 3421/05 מחול נ' שר האוצר, פסקה 17 (לא פורסם, 18.6.2009) (להלן: עניין מחול)). לעומת

השיהוי הסובייקטיבי, מתמקדת בחינתו של השיהוי האובייקטיבי באפשרות הפגיעה באינטרסים של הרשות המינהלית ושל צדדים שלישיים הנוגעים בדבר כתוצאה מהתערבות שיפוטית, שעה שחלף פרק זמן ניכר ממועד קבלת ההחלטה המינהלית, וכן בשינוי שחל במצב בשטח. אם שני יסודותיו של הראשוניים של השיהוי התקיימו, יש להעמיד כנגדם את מידת הפגיעה הנטענת בשלטון החוק ובאינטרס הציבורי בשל דחיית העתירה בגין שיהוי. יסוד זה נותן ביטוי, בין היתר לעיקרון שלפיו בית המשפט לא ייתן ידו לפגיעה קשה בשלטון החוק, אפילו הוגשה העתירה בשיהוי שפגע באינטרסים מוגנים (ראו: בג"ץ 8119/10 פרידמן נ' שר הפנים, פסקה 13 (לא פורסם, 13.1.2011); בג"ץ 3937/07 עיריית בית סאחור נ' ראש הממשלה, פסקה 8 (לא פורסם, 4.1.2010)).

מן הכלל אל הפרט

15. העתירה שלפנינו, הגם שהיא תוקפת ישירות רק את צו ההפקעה הניצב בשלבו האחרון של הליך התכנון וההקמה של קו הרכבת, מכוונת, למעשה, לשלבים מוקדמים יותר שלו ולהחלטות שנתקבלו בגדריהם. ודוק: צו ההפקעה אינו אלא הצעד האופרטיבי המוציא אל הפועל את תכנית 54/1 ובעיקר את התוכנית המשנית. משכך, שומה היה על העותרים לתקוף בעתירתם את הוראות התוכנית ולא את צו ההפקעה עצמו. משלא עשו כן, יש לבחון את עתירתם בראי המהות הגלומה בה ולא על בסיס הכותרת שבה הוכתרה (שרגא ושחר, בעמ' 201-204).

בעשותנו כן, ומשעיקר טענתם המשפטית של העותרים נסמכת על מעבר התוואי באזור מבלי לשרת את תושביו, נמצא כי תכנית 54/1 שבמסגרתה נקבע כי תוואי הרכבת יעבור באזור בית איכסא פורסמה להפקדה להתנגדויות הציבור בשלהי שנת 2003 וקיבלה תוקף עוד בשנת 2005. התוכנית המשנית לעומת זאת, שהצורך בה התעורר, כאמור, בהמשך (ולשם מימושה הוצא צו ההפקעה), פורסמה להפקדה בחודש דצמבר 2008, התנגדויות לה נידונו בחודש מאי 2009, וועדת המשנה להתנגדויות דחתה אותן בחודש אוגוסט אותה שנה. בחודש מרץ 2010 פורסמה התוכנית למתן תוקף. העתירה שלפנינו הוגשה רק מקץ עשרה חודשים נוספים, בחודש ינואר 2011. הנה כי-כן, בין פרסום התוכנית המשנית לבין מועד הגשת העתירה חלף פרק זמן של כעשרה חודשים. אשר לתכנית 54/1 שכבר בה נכלל, כאמור, תוואי מעבר הרכבת באזור בית איכסא, הרי שבין פרסומה למתן תוקף לבין הגשת העתירה חלפו כחמש שנים.

16. ואולם, כאמור, חלוף פרק זמן לבדו – אין בו די כדי להכריע בשאלת קיומו של שיהוי, ויש לבחון גם את השפעת הדבר על מערך האינטרסים בין הצדדים כפי שהם משתקפים בשלושת היבטיו של השיהוי.

שיהוי סובייקטיבי

17. הימנעות העותרים מלהגיש את העתירה במועד עולה כדי שיהוי סובייקטיבי. כמצוין על-ידי המדינה, תכנית 54/1 פורסמה להפקדה לידיעת הציבור בשני עיתונים בשפה הערבית במהלך חודש דצמבר 2003, בהתאם לסעיף 24 לחוק תכנון ערים, כפרים ובניינים הירדני מס' 79 לשנת 1966 (להלן: חוק תכנון ערים). לעניין התוואי שנקבע הוגשו 3 התנגדויות – אחת מהן, מטעם ועד הפעולה של מבשרת ציון, התייחסה לקטע התוכנית שבאזור בית איכסא, והתבקשה בה הסטת תוואי הרכבת צפונה, בתוך שטח איו"ש. התנגדות נוספת הוגשה מטעם תושבי הכפר הפלסטיני יאלו. מטעם העותרים או גורמים הקשורים בהם לא הוגשה כל התנגדות.

בחלוף שנים אחדות נדרש הליך תכנוני נוסף. כך באה לעולם התוכנית המשנית. גם הפעם פורסמה התוכנית להפקדה, בין היתר בשני עיתונים בשפה הערבית: "אל-קודס", אשר לפי סקר הלשכה הפלסטינית המרכזית לסטטיסטיקה נקרא על-ידי 81.1% מן הקוראים מעל גיל 18, והוא הפופולארי שבעיתונים הפלסטיניים; ו"כל אל-ערב", שנקרא לפי אותו סקר, על-ידי 68.7% מן הקוראים הבוגרים באיו"ש; גם הפעם הוגשו לתוכניות התנגדויות – אחת מהן, שנעדרה רשימת חותמים ספציפיים מזהים בשמם, מטעם תושבי כפרם של העותרים, בית איכסא; גם הפעם בחנה ועדת המשנה להתנגדויות חלופות שונות, ונידונו דרכים לצמצום הפגיעה במקרקעין פרטיים; גם הפעם נדחו ההתנגדויות בהחלטה מנומקת; וגם הפעם לא נשמע קולם של העותרים לכל אורך ההליך. העותרים חדלו מנקיטה בצעד כלשהו אף כשמקץ עשרה חודשים פורסמה התוכנית לתוקף לידיעת הציבור הפלסטיני, בין היתר בעיתונים "אל-קודס" ו"אל-חיאת אל-ג'דידה" המתפרסמים בשפה הערבית. רק בחלוף עשרה חודשים נוספים ולאחר שניתן צו ההפקעה, ראו העותרים להגיש את העתירה שלפנינו.

במאמר מוסגר נעיר כי נוכח הנתונים בדבר תפוצתם הרחבה של העיתונים שבהם פורסם דבר קיום התוכנית, אין בידנו לקבל את טענות העותרים בדבר הפגם שנפל בפרסום בעיתונים אלה.

18. רואים אנו אפוא כי פרק זמן משמעותי לא נקטו העותרים באמצעים שהדין העמיד לרשותם כדי להתנגד לתכנון המוצע, בה בעת כשאחרים – לרבות תושבי הכפר שבו חיים הם עצמם ובשלב התכנוני הקודם גם תושביו של כפר נוסף באיו"ש, הגישו את התנגדותם לתוכניות. הם הוסיפו לילך בדרך זו אף כשהוחל בביצוע העבודות במקטעים אחרים של התוואי ואף כשהוחל בביצוע עבודות להכשרת שטחי ההתארגנות והדרכים בתוואי הספציפי. גם פרסום תכנית 54/1 והתוכנית המשנית למתן תוקף לא הביא את העותרים לעשיית מעשה. וזאת יש להדגיש – שאין מדובר בענייננו בתוכנית שנעלמה מעין הציבור. כפי שהוסבר, קו הרכבת מתל אביב לירושלים הוא מן המיזמים הגדולים שהוקמו בשנים האחרונות, ויעידו על כך הזמן והממון הרב שהושקע בהקמתו.

19. העותרים מבקשים לסתור את החזקה הראייתית האובייקטיבית בדבר ויתורם על זכותם להשמיע קול נגד התוכניות. לגישתם, התוכניות לא פורסמו כיאות, ולא היה בידם לעמוד "בזמן אמת" על דבר קיומן. לאחר שבחנתי את טענתם איני סבור כי עלה בידי העותרים לבסס טענה לפגם בהליכי התכנון.

סעיף 24 לחוק תכנון ערים קובע לעניין הפקדת תוכנית מפורטת להתנגדות כי "ינהגו אותם ההליכים הקבועים בסעיף 20 לחוק". סעיף 20 לחוק זה קובע כי –

"תכנית תכנון מתארית תופקד, יחד עם ההנחיות המיוחדות הקשורות בה, על-פי החלטת הוועדה המחוזית לתכנון ועל סמך המלצת ועדת מקומית לתכנון ערים. הודעת ההפקדה תפורסם בעיתון הרשמי, ובשני עיתונים מקומיים, ותוצג למשך חודשיים, ממועד הפרסום בעיתון הרשמי, במשרדי הוועדה המקומית לתכנון ערים. הודעה על דבר ההפקדה, תימסר במידת האפשר, לבעלי הקרקעות הכלולות בתוכנית".

לעניין פרסום בעיתון הרשמי, נקבע בצו בדבר פרשנות (הוראות נוספות) מס' 2 (אזור הגדה המערבית) (מס' 161), תשכ"ח-1967, כי זה יתפרש כמדבר ב"פרסום ברבים בדרך המספיקה, לדעת מפקדת כוחות צה"ל באזור, להביאה לידיעת הנוגעים בדבר".

20. ככלל, בהיעדר הוראה פרטיקולארית אחרת בחקיקה, המבחן לידיעתו של בעל מקרקעין על תוכנית המתבצעת בשטחו הוא מבחן אובייקטיבי. אמת המידה שעל בסיסה נקבע אם הרשות עמדה בחובת הפרסום והשימוע היא קיומם של פרסומים סבירים מוגדרים מראש – בדרך כלל בעיתונות נפוצה ובשפת המקום – כנגזר מהוראות החקיקה המסמיכה. בהתקיים פרסומים מעין אלה, מתייחס הדין אל בעל המקרקעין

כאל מי שידע על התוכנית (והשוו להסדר החקיקתי החל בתחומי מדינת ישראל בסעיף 89 לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965; בג"ץ 3459/10 אלעתאימן נ' ממשלת ישראל, פסקה 15 (לא פורסם, 14.6.2011); יצוין כי בחקיקת האזור לא קיימת הוראה מקבילה לזו שבסעיף 89 לחוק התכנון והבניה). חוק תכנון ערים מוסיף לכלל הרגיל תנאי נוסף בדבר מסירת הודעה על ההפקדה "במידת האפשר" לבעלי קרקעות הכלולים בתוכנית באופן פרטני. התיבה "במידת האפשר" מצביעה מן הבחינה הלשונית על היעדרה של חובה להגיע לידי תוצאה מסוימת, ותחת זאת על קיומה של חובת השתדלות, משמע חובה לנקוט באמצעים המתאימים להשגת המטרה מבלי להתחייב להשגתה (בג"ץ 634/11 באשה נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (לא פורסם, 27.7.2011); השוו בהתייחס לדיני החוזים: ע"א 10745/06 אזולאי נ' המכללה האקדמית אורט ע"ש סינגאלובסקי-פולק ת"א, פסקה 14 (לא פורסם, 13.7.2009); ע"א 444/94 אורות ייצוג אמנים נ' עטרי, פ"ד נא(5) 241, 254 (1997)).

ואולם, ברי כי גורמי התכנון אינם רשאים להשליך יהבם על היעדר החובה להגיע לתוצאה, ובדרך זאת – לפטור עצמם מניסיון כן ואמיתי לעמוד בחובה המוטלת עליהם למסור את ההודעה לבעלי הקרקעות שבתחומי התוכנית. התכליות האובייקטיבית בדבר הגינות ותום-לב ובדבר קיום זכויות יסוד כדוגמת הזכות לקניין – העומדות ביסודו של כל דבר חקיקה (ראו אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה, 549-554 (1993)); בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פסקה 15 (לא פורסם, 20.12.2010) – וכן חובתה של הרשות לפעול בהגינות ובסבירות, יוצקים תוכן קונקרטי לחובת ההשתדלות האמורה. האם עמדה הרשות בחובה זו?

21. כאמור, נקודת המוצא היא כי חוק תכנון ערים אינו נוקב באמצעי קונקרטי שבו על הרשות לנקוט כדי ליידע את בעלי הקרקעות. משכך, לא קיימת מניעה עקרונית כי מסירת המידע על אודות התוכנית לבעלי המקרקעין תיעשה בכל דרך סבירה אפשרית. הדרך שבחרה המשיבה בנוסף לפרסום בשני עיתונים רבי תפוצה בשטחי איו"ש בשפה הערבית היא – כאמור – תליית הודעה למשך 60 ימים בלוח המודעות של משרדי מפקדת התיאום והקישור ברמאללה, שבהיותו הגורם המקשר בין רשויות המינהל האזרחי לתושבים המקומיים, מרבים האחרונים לפקוד אותו לצרכיהם השוטפים. בנסיבות המקרה דנן לא מצאתי כי השימוש באמצעים אלה במסגרת חובת היידוע מקים עילה להתערבותנו. אבהיר את טעמי.

המקרקעין נושא העתירה הם מקרקעין בלתי מוסדרים ובנסיבות אלה – מקובלת עליי טענת המשיבה כי לא ניתן היה לדעת בוודאות את זהות בעליהם ולדרוש מסירת

הודעה על דבר ההפקדה ישירות לבעלים. לכך יש להוסיף כי כפי שעולה מתצהירו של דניאל חלימי מטעם המשיבה, מסירת הודעות בדרך שבה נעשה הדבר במקרה זה היא הפרקטיקה הנוהגת באיו"ש. הלכה היא כי בפרשנות הוראת החוק יש ליתן משקל לדרך שבה ראה הגורם המוסמך לפרש סמכותו, אם דרך זו היא בגדר פירוש אפשרי (ראו ע"מ 9654/06 החברה להגנת הטבע נ' ועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית לתכנון ולבנייה פסקה 13 (לא פורסם, 5.5.2008); ע"א 4275/94 הבורסה לניירות ערך נ' א' ת' ניהול מאגר הספרות התורנית, פ"ד נ(5) 485, 525-526 (1997); בג"ץ 547/84 עוף העמק אגודה חקלאית שיתופית רשומה נ' המועצה המקומית רמת-ישי, פ"ד מ(1) 113, 145-146 (1986)).

ניתן אמנם לטעון כי בנסיבות המקרה דנן ניתן היה לפעול בדרך המותווית בסעיף 89א' לחוק התכנון והבנייה (הגם, שכאמור, אין לו תחולה באזור), ולהציב על המקרקעין שילוט ובו הודעה על הפקדת התכנית. לחילופין, אפשר שניתן היה ליידע את ראש המועצה על דבר הגשת התכנית כדי שזה ינסה לאתר את בעלי המקרקעין. אינני רואה לקבוע מסמרות באשר לדרכי פעולה אפשריות אלה (והנחתי היא כי רשויות התכנון יוכלו לשקול במבט צופה פני עתיד, אם יש לנקוט בהן במקרים המתאימים). זאת בשל כך שההתנגדות שהגישו תושבי בית איכסא לתוכנית המשנית במקרה דנן – אף אם בלא הזדהות שמית ובלא התייצבות לדיון – בצד התנגדותה של תנועת "שלום עכשיו", מלמדת כי דבר קיומה של התוכנית היה ידוע ביישוב, ולפיכך הושגה תכלית ההוראה האמורה.

במאמר מוסגר יצוין כי אין לראות בהתנגדותם לתוכנית המשנית של תושבי בית איכסא ששמם לא צוין, משום תחליף להגשת התנגדות מטעם העותרים. באין אינדיקציה כי העותרים נטלו חלק בהגשת אותה התנגדות, ומשמדבריהם עולה למעשה כי לא היו צד להגשתה, הרי שאין בהגשת התנגדות מצד גורם אחר כדי "לפטור" אותם מלהגיש את התנגדותם בעצמם (ראו בג"ץ 3581/07 קלו נ' הועדה הארצית לתשתיות לאומיות, פסקה 13 (לא פורסם, 18.4.2010); בג"ץ 9074/09 בנאי נ' המפקח על הביטוח משרד האוצר (לא פורסם, 7.2.2010)). אכן, על ההתנגדות להתייחס לנתוני הקונקרטיים של הגורם המבקש להשיג על התוכנית שכן אין בהכרח זהות בין נתונים הרלבנטיים לפרט פלוני המתגורר ביישוב ולשטח שבבעלותו, לבין אלה הרלבנטיים לפרט אלמוני ולמגרש פלמוני. כל מקטע בשטח התוכנית עשוי לשאת עימו מאפיינים נבדלים ונסיבות שונות שיצדיקו שוני בהתייחסות התכנונית, וכפועל יוצא – הגשת התנגדות פרטנית נפרדת.

לא עלה, אפוא, בידי העותרים לסתור את הטענה בדבר שיהוי סובייקטיבי.

שיהוי אובייקטיבי

22. הימנעות העותרים מלהגיש את העתירה במועד, עולה כדי שיהוי אובייקטיבי. במשך החודשים והשנים שבהם חדלו העותרים מעשיית מעשה, לא קפאו גופי התכנון והביצוע על שמריהם ועשו פעולות שונות לקידומה של התוכנית ולמימושה. כך, הן בנוגע למקטע נושא העתירה, הן בנוגע לחלקים אחרים של תוואי התוכנית.

תוואי המקטע נושא העתירה גובש בתום הליכי תכנון ממושכים שבגדרם נבחנו חלופות שונות, לרבות כאלו שהעלו העותרים בעתירתם. בגדר כך, נבדקה הגישה לפורטל המזרחי והמערבי של מנהרה 3, בין היתר בדרך של סיור שטח עם נציגי מועצת התכנון העליונה באיו"ש ונציגי הרכבת, והבאת ממצאי הסיור לפני הגוף המאשר. לגבי הפורטל המערבי אף נערך תסקיר השפעה על הסביבה שהצביע על עדיפותה של החלופה שנבחרה על פני זו שהציעו העותרים, מבחינה סביבתית ונופית. חלופה נוספת להגעה לפורטל המזרחי שנבחרה, היא זו העוברת דרך מבשרת ציון, אך בתום דיון נדחתה אף היא מטעמים שעניינם באורך הדרך, במאפייניה הטופוגרפיים ובמיקומה בליבו של יישוב מגורים.

במקביל להליכי התכנון, ומשנבחרה החלופה נושא העתירה, הוחל בביצוע פעולות שונות בתוואי השטח לשם צמצום הפגיעה הסביבתית. בין היתר הועברה התוכנית לחוות דעת של הידרולוג שבה הובהר כי הנביעה במעיין לוז המצוי בשטח לא תיפגע מן הדרך המותווית בתוכנית. בצד זה בוצעו במעיין פעולות שונות במימון הרכבת, לרבות חיזוק טרסות, הסדרת הזרימה, ניקיון וכן גידור סביבת המעיין כדי למנוע גלישת רכבי העבודה אל שטחו. לאחרונה אף הוחל בביצוע עבודות להכשרת שטחי ההתארגנות והדרכים, ומתבצעים ההליכים הנדרשים לקבלת היתרים לתחילת ביצוע עבודות הכרייה של מנהרה 3.

23. הנה כי-כן, פרק הזמן הממושך שבו נמנעו העותרים מלהשמיע קולם – ויהיה זה הארוך יותר מאז אישור תמ"מ 54/1 או הקצר יותר מאז תום המועד להגשת התנגדויות לתכנית המשנית – נוצל על-ידי הרכבת לפעולות תכנון, בחינה ובדיקה, וכן לפעולות "פיסיות" בשטח התוכנית לשם הכשרת השטח והכנתו או לשם הקטנת הפגיעה הסביבתית. הרכבת הסתמכה על התכנון התקף בשלביו השונים כדי להתחיל בפעולות הנדרשות למימוש הפרויקט. הגשת העתירה במועד מאוחר זה, לאחר שכבר

החלה "התנעתו" של הפרויקט, פוגעת – במקרה שבו היא תתקבל – באינטרסים לגיטימיים של רכבת ישראל ושל צדדים שלישיים שעומים נקשרה ביחסים חוזיים. כך, פוגע האיחור בהגשת העתירה באינטרס של הרכבת להמשיך בקידום בניית התוואי בבית איכסא לאחר שהושלמו ההליכים התכנוניים וניתנה הזדמנות סבירה לכל מי שביקש להשמיע קולו כי עמדתו תילקח בחשבון וינתן לה משקל בעת קביעת התוואי. עוד היא פוגעת באינטרס הציבורי בדבר קידום יעיל של פרויקט הרכבת – שיתרונותיו הכלכליים, הסביבתיים והחברתיים ברורים – בתוך זמן סביר. שינוי בתוואי שאושר בתכנון התקף, ופתיחה מחודשת של הליכי תכנון, כרוכים בעיכוב ממושך בפתיחת הקו המהיר לירושלים, וכפועל יוצא מכך – בפגיעה ממשית באינטרס הציבורי. יפים לעניין זה דבריו של השופט ת' אור בבג"ץ 4174/94 עיריית טירה נ' שר האנרגיה, פסקה 9 (לא פורסם 22.12.1994) שעסק בהקמת קו מתח של חברת החשמל:

"יש לזכור, שהיענות לדרישת העותרים או חלקם יצריך שינויה של תמא/10. לצורך זה, צריכים להתקיים הליכים אשר עלולים להימשך זמן ניכר, כמו תכנון של תוואי חדש, תיאומו עם היישובים השונים שבתחומם יעבור, הכנת תסקיר חדש בדבר השפעה על הסביבה, קבלת אישור המוסדות המוסמכים לתכנון החדש, לרבות הסמכתה של ממשלת ישראל. הדבר יפגע באפשרות העברת החשמל בקו 400 בהקדם, העברה אשר נועדה להתקיים החל מסוף שנת 1995, ויביא לפגיעה ונזק ניכרים לצרכני החשמל במדינה. בנסיבות אלה, יש משקל נוסף לשיהוי העותרים בפנייה לבית המשפט".

24. כאמור, מעבר להשלכות השיהוי הנובעות מפעולות שבוצעו לגבי מקטע הקו הפרטני נושא העתירה, הביא האיחור בהגשתה לביצוע פעולות שונות גם במקטעים אחרים בקו, בשים לב למצג האובייקטיבי שנוצר. במסגרת זאת מציינת הרכבת כי כמעט שהושלם קטע הקו שבין מחלף ענבה לבין מחלף לטרון, הכולל גשר ארוך מידות שהוקם בחלקו מכוח תכנית 54/1. בצד זה, בקטע הקו משער הגיא למבשרת ציון זכה בחודש אוקטובר 2007 מיזם קבלני משותף במכרז הרכבת, וזה מכבר הוצא לו צו התחלת עבודה. בגדר כך נחתם בין הצדדים חוזה בסך של כ-1.6 מיליארד ש"ח לביצוע גשר ושתי מנהרות, הוחל בביצוע עבודות כריה של כ-600 מטרים לשם בניית אחת המנהרות, הושלם קידוח כלונסאות לנציבים המרכזיים של הגשר והוחל בביצוע דרך הגישה לצד המזרחי של המנהרה השנייה. בקטע קו נוסף הכולל גשר ארוך מידות שאמור לחבר את המסילה בין שתי מנהרות באזור פארק עמק הארזים, הוכרזה בחודש מרץ 2010 הזוכה במכרז, נחתם עימה חוזה על סך של כ-139 מיליון ש"ח, והיא השלימה את התכנון המוקדם של הגשר ונערכת לביצועו. אשר למנהרות העוברות

בקטע קו זה, הרי שגם לעניין העבודות להקמתן נקבעה כבר הזוכה במכרז, נחתם עימה חוזה לביצוע עבודות בשווי של כ-640 מיליון ש"ח, הוצא לה צו לתחילת עבודה והיא החלה בחפירת המנהרות השונות. כן הושלמו אתרי ההתארגנות הרלבנטיים וסלילת דרכי הגישה הזמניות. לבסוף, בתחנת בנייני האומה המצויה בקצה התוואי נחפר עד כה בור בעומק של 80 מטר, הוקמו מנהרות האורור, הושלמה כריית מבנה המערכות המרכזי והוקמה הקומה הראשונה של המבנה.

בצד פעולות אלה נערכו הליכי תכנון שונים לגיבושן של תוכניות משלימות שנועדו ליתן מענה לצרכים שהתעוררו במהלך העבודה על התוואי העיקרי. מעבר לתוכנית המשנית נושא העתירה, שאליה נתייחס להלן, גובשו תוכניות משלימות נוספות כחלק ממהלך מקיף להסדרת שטחים להקמת אתרי התארגנות לקבלנים שיבצעו את הפרויקט, להטמנת עודפי עפר ולהתוויות דרכי גישה. בין היתר הוכנו ואושרו תוכניות משלימות לאזור שבין נתב"ג לבין קרית ענבים, בין קרית ענבים לבין ירושלים וכן לעניין תחנת הרכבת בבנייני האומה.

23. אמנם, הפעולות שתוארו לעיל בוצעו, כפי שצוין, במקטעים אחרים בקו הרכבת. עם זאת, מקובלת עליי הטענה כי קיימת זיקה והשפעה הדדיים למצער בין המקטע נושא העתירה לבין המקטעים הסמוכים לו, שבעטיים נשענת בנייתו של מקטע אחד, בין היתר על המציאות שנוצרת בעקבות בנייה במקטע אחר. אכן, מערכת תחבורתית רחבת היקף כגון זו שבה עסקינן, היא מטבעה מערכת שלובה לכל חלק יש השפעה על חלקים אחרים, והוא מתחבר אליהם במסגרת מכלול תחבורתי שלם. גם אם אין לומר ששינוי התוואי במקטע נושא העתירה יוריד לטמיון את מרבית הפעולות שבוצעו במקטעים אחרים, הוא עלול להביא לשינויים כאלה ואחרים גם במקטעים אלה.

הנה כי-כן, בהינתן הממון שהוצא עד כה, החוזים שנחתמו והזמן שהושקע בהליכי התכנון ובביצוע עבודות הלכה למעשה, מסקנתי היא כי קבלת העתירה בעת הנוכחית תביא לפגיעה קשה באינטרס הרכבת, באינטרסים של צדדים שלישיים המעורבים בפרויקט ומעל לכל אלה – באינטרס הציבורי.

הפגיעה בשלטון החוק

24. האם חרף התקיימות שני יסודותיו הראשונים של השיהוי – הסובייקטיבי והאובייקטיבי – יש מקום לקבל את העתירה כדי למנוע פגיעה חמורה בעקרונות יסוד

של שלטון החוק? בבג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קרית גת, פ"ד מב(1) 678 (1988), פרס בית המשפט שיקולים אפשריים שונים שיסייעו להכרעה בשאלה אם יש בעוצמת הפגיעה בשלטון החוק כדי להצדיק דיון בעתירה חרף האיחור בהגשתה. בין היתר ייבחן אם הפגיעה בשלטון החוק מיוחדת לעותר או משתרעת על פני ציבור רחב; אם היא נעשתה בתום-לב; אם תוצאותיה חד-פעמיות או נמשכות; ואם ניתן לעמוד עליה ללא היזקקות למסמכים ולנתונים שאפשר שאבדו מחמת חלוף הזמן (עמ' 695-694; ראו גם שרגא ושחר, בעמ' 213). למעשה, עניין לנו במבחן של איזון בין אינטרסים. לשון אחר: בעת בחינת השאלה אם יש לדון בעתירה חרף השיהוי בהגשתה יש לבחון אם התועלת לאינטרס הציבורי ולשלטון החוק כתוצאה מהפסקתה של הפעולה הנתקפת, עולה על הנזק שנגרם לצדדים שונים ולאינטרס הציבורי בעקבות האיחור בהגשתה.

25. לטענת העותרים, תוואי הרכבת שנבחר מנוגד למשפט הבינלאומי ההומניטארי, מונחה משיקולים זרים ופוגע פגיעה בלתי הפיכה, בלתי סבירה ובלתי מידתית בזכויות היסוד שלהם.

השטח נושא העתירה מצוי תחת משטר של "תפיסה לוחמתית" (ראו בג"ץ 2150/07 אבו צפיה נ' שר הביטחון, פסקה 14 (לא פורסם, 29.12.2009) (להלן: עניין כביש 443); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 514-516 (2005) (להלן: עניין חוף עזה)). במשטר מעין זה, שחל בשטחים שלא סופחו למדינת ישראל, משמש המפקד הצבאי כזרוע הארוכה של המדינה (בג"ץ 7957/04 מרעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 492 (2005) (להלן: עניין מרעבה)). המסגרת הנורמטיבית הנוהגת בשטחים אלה נגזרת מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי העוסק בתפיסה לוחמתית, שבמרכזם התקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, הנספחות לאמנת האג הרביעית משנת 1907 (להלן: תקנות האג), אשר משקפות משפט בינלאומי מינהגי (עניין מרעבה, שם; ראו גם בג"ץ 393/82 ג'מעית אטכאן אל-מעלמון אל-מחדודה אל-מסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדין במפקד אזור יהודה והשומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 792-793 (1983) (להלן: עניין ג'מעית אטכאן)). בצד זה, מעוגנים דיני המשפט הבינלאומי החלים על שטח המצוי בתפיסה לוחמתית גם באמנת ג'נבה הרביעית (Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War 1949, (להלן: אמנת ג'נבה הרביעית), שהוראותיה המנהגיות היו לחלק ממשפטה של מדינת ישראל; ובפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה (Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 1977), שעל אף שישראל אינה צד

לו, הוראותיו המנהגיות אף הן חלק ממשפטה. מקום שבו קיים חסר בדינים האמורים, ניתן להשלימו מתוך "משפט זכויות האדם הבינלאומי" (ה-Human Rights Law) (ראו ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (לא פורסם, 11.6.2008); עניין מרעבה, בעמ' 492; עניין חוף עזה, בעמ' 517).

מקור נוסף של דינים החלים בשטחים הנתונים לתפיסתה הלוחמתית של מדינת ישראל מצוי בעקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי, ובין היתר בנורמות של הגינות, סבירות ומידתיות הננקטות בעת הפעלת הסמכות (ראו עניין ג'מעית אטכאן, בעמ' 793; עניין מרעבה, בעמ' 492-493). במסגרת ההליך שלפנינו איננו נדרשים לשאלת תחולתן של זכויות יסוד חוקתיות החלות במשפט החוקתי הישראלי שכן כפי שיובהר להלן, הזכות לקניין שבה עסקינן נהנית מעיגון נורמטיבי גם במשפט הבינלאומי (ראו בג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פסקה 14 (לא פורסם, 26.6.2006); בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443, 464-460 (2004) (להלן: עניין הס); ראו והשוו: ליאב אורגד "חוקה של מי ובעבור מי? על היקף תחולתם של חוקי היסוד, משפט וממשל יב(1) 145 (2009)).

26. תקנה 43 לתקנות האג קובעת כי "בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, ינקוט הלה בכל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין". תקנה זו פורשה כתקנת מסגרת מעין חוקתית של דיני התפיסה הלוחמתית (בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, 310-309 (1983); עניין כביש 443, פסקה 18), ויש בה – כביתר תקנות האג – כדי לשקף איזון בין הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של תופס השטח מן הצד האחד, לבין הבטחת צרכיה של האוכלוסייה האזרחית במקום מן הצד השני (עניין ג'מעית אטכאן, בעמ' 794; בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית טוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 833 (2004)).

במסגרת חובתו של המפקד הצבאי להבטיח את זכויותיה של האוכלוסייה האזרחית המתגוררת בשטח ובראשה האנשים "המוגנים" (להגדרת המונח, ראו סעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית; אורנה בן נפתלי ויובל שני משפט בינלאומי הומניטארי 184-177-175 (2006) (להלן: בן נפתלי ושני)), קובעת תקנה 46 לתקנות האג כי "יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות הדת ומנהגי הפולחן. אין להחרים רכוש פרטי" (ההדגשה הוספה – ע'פ'). תקנה 23(7) לאותן תקנות מוסיפה כי "אסור בעיקר (...) להשמיד או להחרים את רכוש האויב, חוץ אם השמדה

או החרמה כזו נדרשת במפגיע על-ידי צרכי המלחמה". בצד הוראות אלו, קובעת תקנה 52 לתקנות האג כי "אין להפקיע דברים שבעין (...) אלא לצרכי צבא הכיבוש. עליהם לעמוד בפרופורציה למקורות הארץ (...) בעד טובין שהופקעו יש לשלם, במידת האפשר, במזומנים; לא נעשה הדבר – תינתן קבלה ותשלום הסכום המגיע יבוצע בהקדם האפשרי" (להרחבה, ראו בן נפתלי ושני, בעמ' 178-184). הכוח הכובש אינו רשאי, אפוא, להפקיע אדמות שלא לצורך צבאי, אלא אם השימוש שיעשה בהן נועד לשרת את התושבים המוגנים. מכלל זה נובע אף כי הכוח הכובש אינו רשאי להפקיע את השטח לצרכיו לטווח ארוך שכן אחיזתו של האחרון בשטח היא בעלת אופי זמני (ראו: DAVID KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE – THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES 73 (2002) (להלן: קרצמר)). בנוסף, אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, החברתיים או הסוציאליים של המדינה הכובשת אם אין באלה כדי להשליך על האינטרס הביטחוני של מדינה זו בשטח או על האינטרס של התושבים המוגנים החיים בו (בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 17, 1 (1979) (להלן: עניין דויקאת); עניין ג'מעית אסכאן, בעמ' 794-795; עניין כביש 443, פסקה 23). אכן "אזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אינו שדה פתוח לניצול כלכלי או אחר (...) על-כן אין הממשל הצבאי רשאי לתכנן ולבצע מערכת כבישים באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אם מטרתו של תכנון זה ואם מטרתו של ביצוע זה הן אך להוות "דרך שירות" למדינתו שלו" (עניין ג'מעית אסכאן, שם; קרצמר, בעמ' 85-89).

27. באין טענה לקיומו של צורך צבאי הנוגע לסלילת קו הרכבת, מתמקדים דברי העותרים בטענתם כי קו הרכבת המחבר בין תל אביב לבין ירושלים ללא תחנות עצירה בשטחי איו"ש, אינו משרת כלל את האוכלוסייה המתגוררת באזור. המשיבים מצדם אינם חולקים על כך שסמכותו של המפקד הצבאי להפקיע מקרקעין פרטיים כפופה לכך שהפקעה נעשית לתועלת האוכלוסייה באזור. דא עקא שלדבריהם, יש לאמץ נקודת מבט רחבה וכוללת שאינה מתמצה בקו הרכבת הספציפי נושא העתירה, אלא רואה בו חלק מרשת מסילות ברזל הכוללת קווים שצפויים לחבר בין ערים שונות באיו"ש, חלקם מצויים בהליכי בנייה וחלקם האחר אמורים להיבנות בעתיד. בהינתן נקודת מבט זו גורסת המדינה כי התכנון הכולל וההשקעות הכספיות בתכנון המסילתי באיו"ש משרתים את טובת תושבי האזור הפלסטיניים.

תוכנה של החובה להבטיח את צרכי האוכלוסייה בשטח המצוי בתפיסה לוחמתית ואת הסדר והחיים הציבוריים באזור, מעורר שאלות מורכבות. ברי כי על המפקד הצבאי מוטלת חובה להגן על זכויות האדם של התושבים החיים בשטח ולשקוד

על קביעת תוואי שפגיעתו בכל אחד מבני האוכלוסייה המקומית תהיה הפחותה ביותר (בג"ץ 2942/05 מנצור נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (לא פורסם, 26.10.2006); בג"ץ 6451/04 חלואה נ' ראש הממשלה, פסקה 10 (לא פורסם, 18.6.2006)). אין גם חולק כי הפקעת מקרקעין לשם הקמת פרויקט שישרת רק את תושבי המדינה שאינם חיים באזור הנתון לתפיסה לוחמתית נוגדת את הדין הבינלאומי, ומשכך אינה מצויה בסמכותו של המפקד הצבאי. אך מה יהא על מקרים שבהם משמשות מטרות שונות בערבוביה? כך למשל, האם הפקעת מקרקעין בשטח איו"ש למען מטרה המשרתת תושבים מוגנים ותושבים ישראלים המתגוררים בתחומי הקו הירוק כאחד, תיחשב לפעולה שנועדה להבטיח את צרכי האוכלוסייה בשטח המצוי בתפיסה לוחמתית? היש לבחון במקרה זה את המטרה הדומיננטית, כפי שנעשה בהקשרים אחרים? (ראו עניין דויקאט, פסקה 20; בג"ץ 1030/99 אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 666 (2002); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי 667-669 (2010) (להלן: ברק-ארז))

28. לא ראיתי להכריע בשאלות אלה במסגרת השאלה המצומצמת המונחת לפנינו – היא שאלת השפעת דחיית העתירה מחמת שיהוי על שלטון החוק. זאת שכן להשקפתי, אפילו היינו מניחים לצורך הדיון כי פעולת הרכבת אינה עולה בקנה אחד עם הדין החל באזור במלוא היבטיו, הרי שבנסיבות העניין, הפגיעה בשלטון החוק אינה בעוצמה העולה על הנזק שייגרם לאינטרסים של הרכבת, של צדדים שלישיים וכן לאינטרס הציבורי אם תתקבל העתירה חרף הגשתה בשיהוי. מסקנתי זו היא פועל יוצא של הצטברות מספר טעמים, כמפורט להלן.

29. ראשית – זמניות ההפקעה והיקפה. גודל השטח המופקע, המצוי בבעלות פרטית, עומד על 11.5 דונם. מתוכם, רק 4.5 דונמים שהם פחות מ-10% משטח התוכנית המשנית, מיועדים להפקעה קבועה לשם סלילת דרך המילוט. להערכתם המקצועית של גורמי הרכבת, בפועל יידרשו לתכלית זו רק 1.8 דונמים. יתרת השטח הופקעה לצורך הקמת דרכים זמניות שישמשו לעבודות ביצוע תוואי מסילת הרכבת, ועם תום השימוש בה – יבוטל צו ההפקעה לגביה והמקרקעין יושבו לבעליהם. לגודלו של השטח המופקע, לזמניות הפקעתו ולשאלת מידת הצורך בו לשם הגשמת המטרה הציבורית שביסוד ההפקעה קיימת חשיבות לעניין סבירות ההפקעה (ראו אריה קמר דיני הפקעת מקרקעין 316-320 (מהדורה שביעית, 2008) (להלן: קמר)). כפי שהוסבר, לזמניות ההפקעה משמעות מיוחדת כאשר מדובר בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, שלגביו משמש מימד הזמניות מרכיב אינהרנטי, שהרי אחיזתו של הכוח הכובש בשטח נועדה לזמן מוגבל. הגבלת ההפקעה לשטח המינימאלי ההכרחי ולפרק הזמן הקצר ביותר שניתן, אף עולה בקנה אחד עם עיקרון המידתיות (ובפרט עם מבחן המידתיות

השני – האמצעי שפגיעתו פחותה), שעל מרכזיותו במשפט הבינלאומי, בהקשרים שונים, עמד בית משפט זה פעמים רבות (ראו עניין בית סוריק, עמ' 836-846; עניין מרעבה, עמ' 507; בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נ' עינויים נ' ממשלת ישראל, פסקאות 46-41 (לא פורסם, 14.12.2006); ראו בכלליות: יובל שני השימוש בעיקרון המידתיות במשפט הבינלאומי (2009); אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות חוקתית והגבלותיה 257-250 (2010)). נוסף על כך, בעובדה שהרכבת מוסיפה לבחון באופן מתמיד את מידת הנחיצות של השטח המופקע ושל היקפו, ולא "מנצלת" שטחים שהופקעו באין הכרח (דבר הזוכה לביטוי ממשי בהפחתת השטח המנוצל לטענתה, מ-4.5 דונמים ל-1.8 בלבד), יש כדי לממש את העיקרון המינהלי בדבר החובה המתמדת להפעלת שיקול דעת ולקיומה של בחינה קבועה של נחיצות הפגיעה בזכויות (ראו בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 46 (1983); ברק-אדז, בעמ' 201-202). גם בכך יש כדי להפחית ממידת הפגיעה בשלטון החוק בעקבות הפקעת המקרקעין – ככל שנגרמה מלכתחילה.

30. שנית – הרכבת ביצועה ועתידה לבצע פעולות שונות כדי להפחית מן הנזק שייגרם לעותרים, בעלי המקרקעין המופקעים. כך, בוצעה העתקה של עצי זית שהיו נטועים בשטח המופקע, שמספרם, לטענת הרכבת, מסתכם באחדים בלבד, ולא – כטענת העותרים – במאות. בצד זה, לדברי הרכבת, נעשה מלכתחילה מאמץ תכנוני רב כדי להפחית מן הפגיעה הסביבתית ובין היתר, כאמור, חוזקו הטרסות שבהן נטועים עצי הזית, הוסדרה הזרימה בנחל לוז וכיו"ב. אשר לעתיד – בהתאם להוראות התוכנית המשנית, השטח שלא יידרש בפועל להקמת דרך המילוט והשטח שהופקע לצורך זמני ישוקמו על-ידי הרכבת ויושבו לבעליהם. בין היתר נקבע בסעיף 11.3.2 לתקנון התוכנית המשנית כי עבודות השיקום הנופי לדרכים הזמניות, שיבוצעו תחת פיקוח צמוד, יסתיימו בתוך שנה, והשטח יוחזר לייעודו המקורי – כשטח חקלאי.

31. שלישית – כנגד הפקעת המקרקעין, הוצע לעותרים פיצוי כספי לפי כל דין. במקביל, סיכמה הרכבת עם העותרים כי תעביר לידיהם עצים בוגרים שאותם בחרו הם עצמם במשתלה העוסקת בכך. למתן פיצוי בגין הפקעת מקרקעין תפקיד חשוב בריכוך וצמצום הפגיעה הקניינית ביחיד, במניעת הרחבתם של מעגלי הנזק הנגרמים כתוצאה מן ההפקעה; ובסיוע לפרט להתקדם הלאה (ראו עניין מח'ול, פסקה 34; ע"א 5964/03 עיזבון המנוח אדוארד ארידור ז"ל נ' עיריית פתח-תקווה, פסקה 10 (לא פורסם, 16.2.2006)). הפיצוי גם מקדם את עקרון הצדק החלוקתי, ממתן את חוסר השוויון שרוי בהפקעה ומביא להפנמת עלויות ההפקעה על-ידי הרשות המפקיעה, דבר המגביר את הסיכוי שההפקעה תבוצע רק בהתקיים צורך חיוני (עניין מח'ול, שם; קמר,

בעמ' 48; חנוך דגן "שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה שלטונית של מקרקעין" עיוני משפט כא (3) 491, 495 (1998)). אמת, הסיטואציה שבה עסקינן אינה סיטואציה "רגילה" של הפקעת מקרקעין, ולא ניתן להתעלם מן ההקשר הפוליטי והמדיני שלה ומן המטען המלווה אותה. ואולם מנקודת הראות של העותרים כבעלי מקרקעין המוחים על נטילת קניינם ופגיעה בתעסוקתם, יש בפיצוי הניתן כדי למתן את השפעתה הפוגענית של ההפקעה, ולהפכה למידתית יותר.

32. רביעית – קביעת התוואי נושא העתירה לא נעשתה תוך התעלמות מההיבטים הנורמטיביים שלהם תחולה בענייננו, לרבות אלה הנגזרים מתחולתו באזור של המשפט הבינלאומי, כפי שפירשם היועץ המשפטי לממשלה. ודוק: משמצאה הרכבת לאחר בחינת חלופות שונות, כי "לא ניתן להקים ולתפעל את הפרויקט בנקודה זו באופן יעיל, כמתחייב, מבלי לעשות שימוש בשטח הכלול בצו ההפקעה", היא פעלה – כפי שכבר הוסבר – לצמצום היקף הפגיעה וכך בכך להבטחת תועלת לתושבי איו"ש מן הפרויקט בכללותו. בגדר כך מבהירים המשיבים כי בימים אלה מקדמות רשויות התכנון בישראל ובאיו"ש תוכניות נוספות אשר עתידות לחבר את איו"ש לתשתית הרכבת בתוך ישראל. בין היתר מצביעה הרכבת על תוכנית 54/6 שתכליתה הקמת מסילת ברזל ממבשרת ציון לרמאללה, אשר אושרה זה מכבר להפקדה ובנקודת הזמן הנוכחית נערך עבורה תסקיר השפעה על הסביבה; ועל תמ"א 54 שתכליתה יצירת תוכנית כוללת למסילות ברזל באיו"ש. תמ"א זו נדונה ונבחנה על-ידי מועצת התכנון העליונה, והיא עתידה לעבור לעיון של הרשות הפלסטינית ושל ועדות התכנון המיוחדות באיו"ש. המשיבים מציינים כי בהתאם להסכמים המתגבשים, הרכבת היא שתישא בעלויות התכנון של קווים אלה שנועדו לשרת את תושבי האזור, בעלות של מיליוני שקלים. אף מבלי להידרש לטענות אלה של המשיבים לגופן, סבורני כי בעובדה שלא נעשה על-ידי הרכבת ניסיון מכוון לפגוע בזכויות או להפר את הדין הבינלאומי, ובעובדה שפעולותיה בוצעו תוך התייעצות עם גורמים משפטיים ובאישור היועץ המשפטי לממשלה בדבר חוקיות התוואי בהתאם לאמות המידה של הדין הבינלאומי, יש כדי ללמד על תום הלב בהתנהגות הרשויות ועל רצונן להגיע להסדר שעולה בקנה אחד עם הוראות הדין (בלי שאנו נדרשים לשאלת חוקיות ההסדר).

הצטברותם של הטעמים האמורים הביאה אותי למסקנה כי אפילו הנחתי קיומה של פגיעה בשלטון החוק בעקבות ההפקעה – סוגיה שלא ראיתי לקבוע בה מסמרות במסגרת העתירה שלפנינו – אין מדובר בפגיעה שעוצמתה גוברת באיזון הכולל, על הנזק שייגרם לאינטרסים של הרכבת, של צדדים שלישיים וכן לאינטרס הציבורי, במידה המצדיקה דיון בעתירה חרף השיהוי בהגשתה.

על יסוד דברים אלה, אם תישמע דעתי, אציע לחבריי לדחות את העתירה בשל
 שיהוי שבו לקו העותרים בהגשתה. לא ייעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט ט' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן.

ניתן היום, ז' באלול התשע"א (6.9.2011).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט