

_____ יאסין, ראש המועצה הכפרית בילעין,
(ת.ז. _____)

באמצעות עו"ד מיכאל ספרד משד' רוטשילד 31, תל-
אביב 66883; טל: 03-5607345, פקס: 03-5607346

-- נ ג ד --

1. ממשלת ישראל

2. המפקד הצבאי בגדה המערבית

באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, משרד
המשפטים, רח' סלאח א-דין, ירושלים

עתירה לצו על תנאי ולצו ביניים

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

1. מדוע לא ימנעו מהקמת גדר ההפרדה בתוואי שממערב לכפר בילעין (הקטע המסומן
באדום הנמצא בתחומי אדמות הכפר בילעין המסומנים בכחול על המפה המצורפת
כנספח א' לכתב עתירה זה); וכן:

2. מדוע לא יבצעו עבודות להחזרת המצב לקדמותו בתוואי האמור.

זוהי גם עתירה לצו ביניים לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים להימנע מביצוע
עבודות בקטע הגדר האמור לעיל ובכלל זה להימנע מעקירת עצים, פריצת דרכים, סלילת
כבישים והצבת גדרות, וזאת עד למתן פסק-דין סופי בעתירה זו.

חלק ראשון: מסגרת הטיעון

1. עניינה של עתירה זו בקטע של גדר ההפרדה המוקם בימים אלה ממערב לכפר בילעין (להלן: "הכפר" או "בילעין"), במטרה להקיף ממזרח את ההתנחלות מודיעין עילית (להלן: "ההתנחלות").

מפה של תוואי הגדר המתוכנן ובה סימון של תכניות המתאר הקיימות באזור והרלבנטיות לעתירה, מצ"ב ומסומנת נספח א'.

2. באופן תמוה תוואי הגדר שנבחר "עוטף" לא רק את ההתנחלות אלא גם אלפי דונמים של אדמות חקלאיות ממזרח ומדרום לה השייכות לכפר בילעין ולחקלאיה ומעובדות על-ידיהם. תוואי זה יוצר מובלעת רחבת ידיים סביב ההתנחלויות מודיעין עילית, מתתיהו ומנורה (להלן: "מובלעת מודיעין עילית"). המרחק מבתי ההתנחלות המאוכלסים האחרונים לגדר באזור הכפר מגיע עד לכמעט שני קילומטרים, כלומר, נוצרה מובלעת גדולה סביב ההתנחלות (להלן: "המובלעת").

3. בעתירה זו מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על ביטול הקמתה של הגדר בתוואי זה אשר גרמה וגורמת נזקים כבדים לתושבי בילעין. **בעתירה ייטען להלן כי תוואי הגדר נבחר שלא מטעמים ביטחוניים אלא מטעמיה של ההתנחלות מודיעין עילית, אשר ביקשה ומבקשת להתרחב אל עבר השטחים שממזרח לה. כפי שניתן לראות מהמפה נספח א', תוואי הגדר עוקב אחר תכניות מתאר שבקטע הרלבנטי לעתירה אף אינה תכנית מאושרת וחלקה אף מצוי מחוץ לשטח השיפוט המוניציפאלי של ההתנחלות, ולא אחר קו טופוגרפי או קו הבתים של ההתנחלות או כל קו שיכול להיחשב כביטחוני. למעשה בחלק נכבד מהתוואי תעבור הגדר העתידית בקרקעיתו של מדרון שבוודאי אינו יכול להיחשב כאזור אסטרטגי שולט.**

4. כבר עתה ייאמר כי לבית המשפט הנכבד הוגשו בעבר עתירות שנגעו לתוואי הגדר נשוא עתירה זו והתנהלו הליכים שכולם הסתיימו במחיקה ודחיית טענות תושבי הכפר. כפי שיפורט בהרחבה בהמשך, מאז נוהלו הליכים אלו (שמעולם לא הגיעו לדיון מהותי בשאלת חוקיות התוואי אלא כולם נכשלו לעבור את סף טענות הקדם), התברר לעותר ולתושבי הכפר שהוא מייצג כי במסגרת ההליכים שנוהלו חתמה באת-כוחם על הסכמות ללא היוועצות בהם וללא ידיעתם וכן ננקטו הליכים פגומים שלא באשמתם. כמו-כן רק לאחרונה התבררה לעותר ולאנשים שהוא מייצג האמת בדבר המוטיבציות לקביעת התוואי (קרי: התכניות להקמת שכונה חדשה מדרום מזרח להתנחלות).

5. בנוסף, מאז שנוהלו ההליכים האמורים נודעו לעותר, בזכות מאבקים משפטיים בתחום חופש המידע, עובדות המוכיחות מעל לכל צל של ספק כי תוואי הגדר באזור הכפר הינו תוואי פוליטי הנועד להרחיב את ההתנחלות ולא תוואי בטחוני. עובדות חדשות אלה מצדיקות לבדן דיון מחודש בשאלת חוקיות התוואי.
6. לבסוף נאמר עוד כי בשל העובדה כי הלכה למעשה לא נשמעו מעולם טיעוניהם של תושבי הכפר בילעין לגופו של עניין בבית המשפט הנכבד, ומכיוון שכשלון ההליכים הקודמים מנע בחינה מהותית של התוואי, עבר המאבק של תושבי הכפר בילעין, שחשו כי לא היה להם יומם בבית המשפט, למאבק בשטח, ובחודשים האחרונים מתקיימות מידי שבוע הפגנות רבות משתתפים. לצערנו, פלוגת מג"ב שהתייצבה מול המפגינים עשתה שימוש מופרז וקיצוני בכוח דבר שגרם לעשרות נפגעים.
7. אין ספק שקיומו של דיון ממצה בבית המשפט הנכבד עשוי לתעל את האנרגיות של הנאבקים כנגד תוואי הגדר לכיוון המשפטי. התחושה כי לא נמצא המקום להשמעת טענותיהם של אנשי הכפר כנגד התוואי הסעיר ומסעיר את הרוחות באזור.
8. מכל מקום, בעתירה זו יטען כי תוואי הגדר הינו בלתי חוקי, שהפרמטרים העומדים בבסיסו והביאו לקביעתו אינם פרמטרים ביטחוניים, שאין בנמצא "צורך צבאי" - כמשמעותו של מונח זה במשפט ההומניטרי הבינלאומי – שעשוי להצדיק הקמת הגדר בתוואי שנקבע. מכל הטעמים האלו יתבקש בית המשפט הנכבד ליתן את הסעד המבוקש בעתירה זו.
9. **תוואי הגדר שנבחר למובלעת מודיעין עילית בוטה במיוחד: המדובר בתוואי שבעליל איננו משרת כל צורך ביטחוני אלא עוקב אחר מפת תכניות המתאר להרחבת ההתנחלויות הקיימות באזור (שאחת מהן – זו הנוגעת לתוואי שממערב לבילעין – טרם אושרה כלל). אדמות פרטיות של חקלאים פלסטינים וכן אדמות הכפר מהן מתפרנסות כ-200 משפחות, ייוותרו בצידה המערבי של הגדר רק משום שיד מספחת קבעה כי הן מיועדות לפיתוח עתידי של ההתנחלות. המדובר בענייננו במניע סיפוחי או לכל הפחות "התנחלותי" בלתי חוקי ובלתי מוסרי.**
10. גדר ההפרדה כולה היא פרויקט בלתי חוקי. מדינת ישראל הפרה את החוק הבינלאומי החל עליה בהיותה מעצמה כובשת בעת שבנתה את הגדר, והיא ממשיכה להפר אותו הפרה נמשכת כל עוד אינה מפרקת את הגדר ואינה מפצה את החקלאים על הנזקים הקשים שנגרמו להם על לא עוול בכפם. בית הדין הבינלאומי לצדק שבהאג קבע כי תוואי הגדר והחומות אינו חוקי, כי הקמתן וקיומן של ההתנחלויות מהווה הפרה של החובות החלות על מדינת ישראל, שאין בנמצא צורך צבאי המצדיק סטייה מהקו הירוק וכי תוצאותיו של הפרוייקט הבלתי חוקי הזה – פגיעה בזכויות יסוד של אזרחים מוגנים.

11. לדידנו, החומה מנוגדת לא רק למשפט הבינלאומי אלא גם למשפט הישראלי הפנימי - החוקתי והמינהלי. היא פוגעת פגיעה קשה בזכויות התושבים, והתוואי שנבחר לה באזור בילעין אינו עומד במבחני המידתיות.
12. להלן נפנה לפירוט הנתונים העובדתיים העומדים בבסיס העתירה ולהשתלשלות העניינים שהובילה להגשתה. לאחר מכן נפרט את טענותינו המשפטיות.

הצדדים לעתירה

13. העותר הינו ראש המועצה הכפרית בילעין. הוא נבחר בבחירות דמוקרטיות שהתקיימו בחודש ינואר 2005. בבילעין חיות כ-250 משפחות. (1,696 תושבים).
14. המשיבה מס' 1 היא ממשלת ישראל אשר אישרה את תוואי גדר ההפרדה, בין בעצמה ובין באמצעות ראש הממשלה ושר הביטחון שהוסמכו לכך על-ידה.
15. המשיב מס' 2 הינו המפקד הצבאי של הגדה המערבית אשר בידו כל הסמכויות השלטוניות על האזור מכח המשפט ההומניטרי הבינלאומי ודיני התפיסה הלוחמתית.

תוואי הגדר

16. תוואי גדר ההפרדה באזור נשוא עתירה זו עוקב אחר הקו הירוק במרחק מה ממנו ממערב לכפר בודרוס לכיוון דרום. מצפון להתנחלות חשמונאים התוואי מתפצל מהקו הירוק מזרחה בפיתולים אשר יוצרים מובלעת סביב ההתנחלויות חשמונאים, מודיעין עילית, מתתיהו ומנורה ("המובלעת").

• **מפה של איזור המובלעת מצ"ב ומסומנת נספח א'.**

• **מפה רחבה יותר של האזור כולו מצ"ב ומסומן נספח ב'.**

17. מתכנניה של מובלעת מודיעין עילית (השטח שבין הקו הירוק לתוואי הגדר באזור ההתנחלות) לא הסתפקו בעטיפת השטח הבנוי של ההתנחלות ואפילו לא בהוספת מרחב ביטחון של מספר עשרות מטרים ממזרח לבתי ההתנחלות. תחת זאת נקבע תוואי פולשני במיוחד הבולע אל תוך המובלעת כ-1980 דונם של אדמות המצויות חלקן בבעלות פרטית של תושבי בילעין וחלקן מהוות אדמות כפר המעובדות על-ידי תושביו.

18. הליכים על-פי חוק חופש המידע שננקטו לאחרונה על-ידי האגודה לזכויות האזרח בישראל ועמותת "במקום" העוסקת בזכויות בתכנון, הניבה מפות שבעבר המינהל האזרחי סרב לתת ובהן תכניות המתאר הקיימות באזור.
19. מתברר, שממזרח ומדרום להתנחלות מודיעין עילית מתוכננות הקמתן של מספר שכונות. תכנית מתאר 210/4/2 המצויה ממזרח למודיעין עילית, אתר התכנית על אדמות הכפר חרבתא שמצפון לבילעין, וכן גם על אדמות בלעין (גוש 2- חלק מחלקת אל חמיס). התכנית יוצרת מסגרת תכנונית להקמת שכונת מגורים בת 2,748 יחידות דיור. התכנית אושרה ועליה אמורה לקום השכונה "נאות הפיסגה". עבודות תשתית להקמת השכונה כבר החלו במהלך שנת 2004.
20. התכנית הנוספת, והנוגעת לתוואי נשוא עתירה זו, היא תכנית 210/8/1 – מתתיהו מזרח. המדובר בתכנית להקמת שכונה מדרום למודיעין עילית, על אדמות שחלקן אינן בתחום השיפוט המוניציפאלי של ההתנחלות וחלקן אדמות פלסטיניות פרטיות (כינויה: "נחלת חפציבה"). כפי שניתן לראות מנספח א' התכנית עולה על "איים" של אדמות פרטיות (המסומנים בירוק) וברור שאם התכנית תתבצע לא תהיה כל אפשרות גישה ל"איים" אלה.
21. תכנית זו הומלצה להפקדה על ידי מועצת התכנון העליונה בתאריך 25.02.2004 שטח התכנית הוא כ – 872 דונם ומטרתה יצירת מסגרת תכנונית להקמת שכונת מגורים בת 3,008 יחידות דיור. היוזם והמגיש היא הקרן לגאולת הקרקע ובעלי הקרקע הם הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי והקרן לגאולת הקרקע. אתר התכנית הוא על אדמות הכפרים בלעין, שלתה וצפא. שכונת מתתיהו מזרח כוללת, מלבד תכנית 210/8/1, גם תכניות על אדמות שהן מחוץ לשטח השיפוט של המועצה המקומית מודיעין עילית תכניות אלו עדיין לא החלו בכל הליך סטטוטורי מטעמי "הסדרת בעלויות קרקע" (כך על פי לשכת התכנון של המנהל האזרחי). התכנית שאינה מאושרת תוכננה כחטיבה אחת עם תכנית 210/8/1 אך טרם הוגשה מפאת העובדה שחלקים גדולים מתכנית מתתיהו מזרח מתוכננים מחוץ לשטח השיפוט על אדמות פרטיות פלסטיניות הן מצפון לתכנית 210/8/1 והן על גבי "איים" המוקפים בשטח השיפוט של מודיעין עילית (מסומנים בירוק בנספח א').
22. תכנית מתאר 210/8/1 הינה תכנית שאמנם הופקדה אך טרם אושרה. למרות זאת, פרנסי מודיעין עילית וקבלניה החלו לבנות אותה זה מכבר ולמיטב ידיעת העותר הוצאו צווי הפסקת עבודות כנגד כל המבנים שבנייתם החלה.
23. השוואה בין תוואי הגדר ומפת תכניות המתאר של ההתנחלות מודיעין עילית, מגלה פרקטיקה בלתי חוקית באורח קיצוני של קביעת תוואי שלא בהתאם לצרכים ביטחוניים – כלומר – שלא על-פי שיקולים של מרחק מבתי הכפר או מתאר טופוגרפי – אלא בהתאם לתוכניות הסיפוח והעיבוי של ההתנחלות. יודגש שאין בדברים הללו משום

הסכמה כי הגנה על התנחלויות מהווה "צורך ביטחוני" מהסוג שהמשפט ההומניטרי מכיר בו לצורך פגיעה מהסוג המתואר באזרחים מוגנים.

24. **וידגש:** בכל העתירות הנוגעות לגדר ההפרדה הדגישו נציגי המדינה והצבא את החשיבות בהרחקת התוואי מבתי ההתנחלויות והישובים הישראליים, כסוגיה בטחונית מרכזית. כאן אנו רואים שבתי ההתנחלות רודפים אחר התוואי ומתקרבים אל הגדר מרחק נגיעה.

25. על מובלעת מודיעין עילית, כמו על כל המובלעות שנוצרו כתוצאה מחדירת הגדר לשטחים הכבושים, יוחל עם השלמת בנייתה "משטר ההיתרים" שהעותר והאזרחים אותם הוא מייצג רואים בו דבר תועבה משפטי. בהתאם למשטר זה חייבים תושבים **פלסטינים** בהיתרים כדי להגיע לבתיהם (כמו במקרה של מובלעת אלפי מנשה הנמצאת מדרום לעיר קלקיליה), או לאדמותיהם (כמו במקרה נשוא עתירה זו). **יהודים ותיירים** אינם נדרשים להצטייד בכל היתר וההכרזה על שטח צבאי סגור אינה נוגעת להם. המדובר בעיגון משפטי לאפליה על בסיס אתני, שאין לה אח ורע במשפט הישראלי או בכל משטר דמוקרטי אחר.

26. אם-כן, על מנת להגיע אל אדמותיהם יהיה על התושבים להצטייד בהיתר כניסה לשטח הסגור ולעבור בשער שיקבע בגדר. **היות ובשטח מתוכננת הקמת השכונה החדשה שהוזכרה לעיל, "נחלת חפציבה" (חלקה על אדמה שאינה מצויה כלל בשטח השיפוט של ההתנחלות וחלקה על אדמה פלסטינית פרטית!), ככל הנראה שהקמת הגדר תשים קץ לעיבוד האדמות והיא מהווה חלק מטקטיקת השתלטות על הקרקעות המעובדות של הכפר (כידוע, על-פי דין המקום, אדמות שאינן מעובדות הן נושא אפשרי להכרזה כאדמות מדינה).**

27. במצב דברים זה, בין אם תוקם השכונה ובין אם לאו, הקמת הגדר תביא למצב בו אין אפשרות ממשית לבעלי האדמות להגיע אל שטחיהם החקלאיים ובוודאי שלא לשאת את תנובתם בדרך הקשה והארוכה חזרה.

השלכות התוואי על תושבי בילעין

28. כאמור, תוואי הגדר ממזרח לבילעין עומד לסגור כ-1980 דונם של אדמות חקלאיות המעובדות כיום על-ידי חקלאי הכפר.

29. לכפר בילעין היו בעבר אדמות רבות, כ-4000 דונם, שהשתרעו מערבה לכיוון הקו הירוק. עם השנים על חלק גדול מאוד מאדמות הכפר הוקמו ההתנחלות מודיעין עילית - שכונת קרית ספר. לאחר הקמת התנחלויות אלו נותרו בידי הכפר מעט יותר מ-3000 דונם. דה

פקטו שטחים נרחבים הרבה יותר הוכרזו כאדמות מדינה, אם-כי לא החלו לבנות עליהן והתושבים המשיכו לעבדן.

30. הנה כ-כך, תוואי הגדר עומד להפריד בין הכפר ללמעלה ממחצית מאדמותיו שנתרו לו. על אדמות אלה יש כיום אלפי עצי זית, עצי שקד וגפנים. בנוסף, אדמות אלה משמשות כאדמות מרעה לעדרי הצאן שבבעלות תושבי הכפר. האדמות מהוות מקור הפרנסה העיקרי של כ-200 משפחות בכפר בילעין ובלעדיהן נגזר דינן של משפחות אלה לחיי עוני ומחסור.

31. בנוסף וכפי שכבר נטען לעיל, סגירת השטח באמצעות הגדר נועדה להקמת שכונה חדשה, שתכניתה טרם אושרה, ואם כך יקרה הרי שאין ספק כי תושבי בילעין יאבדו את מקור פרנסתם ולא רק את אפשרות הגישה לאדמות, ולאחר מכן גם את בעלותם.

ההליכים הקודמים

32. כפי שנאמר בפתח דברינו, התקיימו בעבר מספר הליכים בנוגע לתוואי נשוא עתירה זו, ואלה יפורטו להלן. כפי שנטען ועוד יטען ביתר שאת בהמשך, הליכים אלה כשלו בהבאת התוואי לביקורתו של בית המשפט הנכבד.

33. צו התפיסה הרלבנטי לאדמות הכפר בילעין, הוא צו 40/04. בעקבות הוצאת הצו הגישו תושבי הכפר בילעין התנגדויות לצו שנדחו ביום 11.11.2004 במכתבו של עוזר יועמ"ש איו"ש, רס"ן גיל לימון. ביום 24.11.2004 תוקן צו התפיסה, והצו המתוקן הוא שעומד בבסיס עתירה זו. יצויין כי מכתבו של רס"ן לימון וההתנגדויות שהוא דחה מתייחסות כבר לתוואי המתוקן.

צו התפיסה המתוקן מצ"ב ומסומן נספח ג'.

מכתבו של רס"ן לימון מיום 11.11.2004 מצ"ב ומסומן נספח ד'.

34. ביום 13.12.2004 הוגשה עתירה בשמו של העותר ובשמו של מר _____ נאסר, ראש המועצה הכפרית של כפר צפא הממוקם מדרום לבילעין (בג"צ 11363/04) באמצעות עורכת-דינו דאז של העותר, נאילה עטייה. העתירה תקפה את תוואי גדר ההפרדה בתחומי שני הכפרים והתבקש בה צו על תנאי המורה למשיבים לתקן את צווי התפיסה 27/04 ו-40/04 באופן שלא יחצו בין תושבי הכפרים בילעין וצפא ואדמותיהם החקלאיות. כמו-כן התבקש צו ביניים המורה למשיבים להימנע מביצוע עבודות להקמת גדר ההפרדה על אדמות הכפרים האמורים.

עותק של כתב העתירה בבג"צ 11363/04 (ללא נספחיה) מצ"ב ומסומן נספח ה'.

35. התיק נקבע לדיון מיידי אולם ביום 15.12.2004 חתמה עו"ד עטייה על הודעה ובקשה מוסכמת שהועברה לבית המשפט הנכבד ובה לכאורה מספר הסכמות דיוניות לעניין התוואי. בהסכמה עליה חתמה נאמר בין היתר:

ג. מגבול האדמות צפא ובילעין ועד הדרך שממזרח לבית הבודד,
הצדדים מסכימים שיבוצעו עבודות למימוש צו התפיסה
40/04 ת'.

...

ד. מהדרך שממזרח לבית הבודד ועד לגבול אדמות בילעין
וחרבתא העותרים יודיעו למשיבים, עד ליום 21.12.04 את
תשובתם ביחס להצעה לתיקון התוואי שהוצגה לב"כ העותרים
על-ידי המשיבים...

עותק של ה"הודעה ובקשה מוסכמת מטעם הצדדים" שהוגשה במסגרת בג"צ 11363/04 ביום 15.12.2004, מצ"ב ומסומן נספח ו'.

36. במסגרת ההודעה המוסכמת ביקשו עו"ד עטייה ונציג המשיבים, עו"ד ענר הלמן, לדחות את מועד הדיון בעתירה בכשבוועיים ימים וזאת על-מנת להשלים את המגעים להסכמות כאמור.

37. למיטב ידיעת העותר ועל-פי האמור בתגובת הפרקליטות לעתירה, עו"ד עטייה לא הגיעה לפגישה שתואמה עימה לצורך בחינת הצעות המדינה ביחס לשינויים בתוואי, ועל-כן ביום 9.1.2005 הגיש עו"ד הלמן תגובה מטעם המשיבים.

עותק תגובת המשיבים בבג"צ 11363/04 (ללא נספחיה) מצ"ב ומסומן נספח ז'.

38. התיק נקבע בסופו של דבר לדיון ביום 21.2.2005. באותו יום לא הגיעה עו"ד עטייה לדיון ותחתיה התייצב עו"ד פתחי שביטה אשר ביקש בשמה למחוק את העתירה. בית המשפט הנכבד מחק אם-כן את העתירה.

עותק של פסק-הדין בבג"צ 11363/04 מצ"ב ומסומן נספח ח'.

39. ארבעה ימים לאחר הדברים האלה, ביום 21.2.2005 הגישה עו"ד עטייה עתירה חדשה לבג"צ, הפעם בשם חמישה מתושבי הכפר בילעין (בג"צ 1778/05 _____ יאסין ואח' נ' ראש הממשלה ואח'). בעתירה זו התבקש בית המשפט הנכבד להורות על הפסקת העבודות להקמת גדר ההפרדה באזור הכפר בילעין.

40. אלא שעו"ד עטייה לא ציינה בעתירתה את דבר קיומה של העתירה הקודמת ולא פירטה את דבר ההסכמות אליהן הגיעה עם פרקליטות המדינה. כתוצאה מהתנהלות זו, נדחתה עתירתה זו ביום 2.3.2005 על-ידי הרכב בית המשפט הגבוה לצדק (כב' הנשיא ברק וכב'...

השופטים ריבלין וגרוניס) אשר גם קבעו כי בנסיבות העניין העתירה החדשה הייתה נגועה בחוסר ניקיון כפיים.

עותק של כתב העתירה בבג"צ 1778/05 (ללא נספחיו) מצ"ב ומסומן נספח ט'.

עותק של תגובת המשיבים בבג"צ 1778/05 (ללא נספחיה) מצ"ב ומסומן נספח י'.

עותק של פסק-הדין בבג"צ 1778/05 מצ"ב ומסומן נספח יא'.

41. ניסיון שלישי להביא את תוואי הגדר באזור בילעין לדיון בבג"צ נעשה באמצעות בקשה לתיקון כתב העתירה בבג"צ 2847/04 שעסק בגדר ההפרדה באזור הכפר חרבתא שמצפון לבילעין, על דרך תקיפת התוואי גם באזור בילעין. את הבקשה לתיקון העתירה הגישו עו"ד נאילה עטייה ועו"ד פתחי שביטה. בתגובת המדינה לבקשה האמורה בעתירה אחרונה זו פירט עו"ד הלמן את השתלשלות האירועים האמורה וביום 14.6.2005 דחה בית המשפט הגבוה לצדק את הבקשה. גם כאן קבע בית המשפט כי הבקשה נגועה בחוסר ניקיון כפיים.

עותק של "הודעה לביה"מ" (כך כותרת הבקשה במקור) ובה בקשה לתקן את העתירה בבג"צ 2847/04 באופן שתתייחס גם לאדמות בילעין, מצ"ב ומסומן נספח יב'.

עותק של תגובת המדינה לבקשה הנ"ל מצ"ב ומסומנת נספח יג'.

עותק של החלטת בית המשפט הנכבד הדוחה את הבקשה לתיקון העתירה מצ"ב ומסומנת נספח יד'.

42. **עתה מתברר, כי רק בחודש מאי, כאשר הוגשה תגובת המדינה לבקשה לתיקון העתירה בבג"צ 2847/04, ועו"ד ויאם שביטה ממשרדו של עו"ד פתחי שביטה העביר עותק שלה בצירוף עותק של כתב ההסכמות עליה חתמה עו"ד עטייה, לעותר ולתושבי הכפר בילעין, נודע להם לראשונה על ההסכמות עליהן חתמה עו"ד עטייה בשמם ועל האופן שבו ניהלה את העתירה השנייה והסיבות לדחייתה.**

43. תצהירו של העותר, ראש המועצה הכפרית בילעין, המצורף לעתירה זו ומסומן נספח טו' מפרט את הכשלים בניהול העתירות. בין היתר נאמר בו כך :

7. עו"ד עטייה לא נועצה בי ולא יידעה אותי בטרם חתמה על ההודעה והבקשה המוסכמת מיום 15.12.2004 עם פרקליטות המדינה. דבר חתימתה על הסכמה זו נודע לי רק בחודש מאי 2005 כאשר במסגרת תגובת המדינה לבקשת העותרים בבג"צ 2847/05 הוזכרה ההסכמה האמורה ועותק שלה צורף לתגובה. תגובה זו העביר אלי ואל תושבי הכפר עו"ד ויאם שביטה...

8. מעולם לא הסכמתי לדברים האמורים בהודעה המוסכמת מיום 15.12.04 והתוצאה המיידית של ההסכמה הייתה שנעקרו 15 עצי זית השייכים לי ושהיו על תוואי הגדר.

9. ההחלטה למשוך את העתירה נעשתה מבלי שידעתי על ההסכמה עליה חתמה עו"ד עטייה ולאחר שהוסבר לתושבי הכפר שניתן יהיה להגיש עתירה חדשה.

10. בחודש מאי 2005, לאחר שנודע לנו שעו"ד עטייה חתמה על ההודעה המוסכמת ללא התייעצות עמנו, ולאחר שנודע לנו שבעתירה נוספת בעניין גדר ההפרדה באזור בילעין (בג"צ 1778/05) לא הזכירה כלל את העתירה הקודמת, דבר שהביא לדחייתה, התלוננתי יחד עם אחרים כנגד עו"ד עטייה בפני ראש לשכת עורכי-הדין הפלסטינית ומושל רמאללה.

44. הנה כי-כן, ההליכים המרכזיים שננקטו במסגרת הניסיונות לתקוף את תוואי הגדר באזור בילעין נעשו ללא התייעצות וללא יידוע של מועצת הכפר, שאגב התנגדה בתוקף (ובדיעבד) להסכמות עליהן חתמה עו"ד עטייה – וברור שהמועצה התנגדה ומתנגדת שהרי התוואי עליו הסכימה עו"ד עטייה לא מרפא את העוול הגדול שנגרם לתושבי הכפר.

45. התוצאה של השתלשלות האירועים המתוארת ואופן ניהול התיקים היא שעד היום, למרות ריבוי ההליכים, לא התקיים ולו דיון אחד בבית המשפט בשאלות המהות שעולות מקביעת תוואי הגדר. לתושבי הכפר לא היה יומם בבית המשפט והייצוג שקיבלו לא הביא את עמדתם בפני פרקליטות המדינה ובפני בית המשפט הנכבד באופן ראוי.

ההליכים לחשיפת תכניות המתאר של מודיעין עילית

46. בתקופה בה נוהלו כל ההליכים המתוארים לעיל (הגשת התנגדויות לצווי התפיסה, עתירות לבג"צ כנגד חוקיות צווי התפיסה וכו'), לא היה לעותר ולתושבי בילעין כל מידע בנוגע לתכניות להרחבת ההתנחלות מודיעין עילית ובאשר למידת התאמתן לתוואי הגדר המתוכנן באזורם. הגורמים הרלבנטיים גם דאגו להסתיר מהעותר ומבאת-כוחו את התכניות האמורות!

47. כך למשל, במכתבו של רס"ן לימון הדוחה את התנגדויות התושבים לצווי התפיסה (נספח ד'), לא נאמרה מילה וחצי מילה על הכוונה להקים שכונה חדשה ממערב לתוואי ותחת זאת נאמר כך (פיסקה 4ג) למכתב):

*"תוואי הגדר – בקטע זה – נקבע משיקולים ביטחוניים
וטופוגרפיים, באופן המאפשר שליטה על תאי השטח החולשים
על הישובים הישראליים המצויים בגזרה, תאי שטח מהם ניתן
לפגוע באותם ישובים...."*

48. גם מתגובת המשיבים לעתירה הראשונה שהוגשה כנגד תוואי הגדר באיזור בילעין, בג"צ 11363/04, נעדר אזכור של תכנית המתאר 210/8/1 (ראו עמ' 7 לתגובה, נספח ז') וההתייחסות היחידה היא לתכנית "נאות הפיסגה" ו-"אור שמח".
49. בהליכים ארוכים שניהלו עמותת "במקום" והאגודה לזכויות האזרח בישראל מול המינהל האזרחי, סירב המינהל לדרישה להעביר עותקים של תכניות המתאר, בין היתר של מודיעין עילית. עמותת "במקום" פנתה בעניין עוד באוקטובר 2004 למשרד הביטחון ובנובמבר לצה"ל, אך לא קיבלה את המידע המבוקש.
50. הסירוב העיקש אילץ את "במקום" והאגודה לזכויות האזרח לפנות לבית המשפט בהליך לפי חוק חופש המידע ולדרוש עיון בתכניות. במסגרת העתירה שהוגשה ביום 29.3.2005 (עת"מ (י-ם) 336/05 במקום – מתכננים למען זכויות תכנון והאגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים וצבא הגנה לישראל) הסכימו המשיבים לאפשר עיון בחומר המבוקש. העיון התאפשר רק בשבועות האחרונים.
51. רק לאחר העיון בתכניות המתאר ומפות השיפוט של מודיעין עילית, התברר לאנשי במקום - ואחר-כך לתושבי בילעין – כי תוואי הגדר עוקב אחר תכנית מתאר לא מאושרת לשכונה חדשה העומדת להיבנות על אדמת הכפר, היא "מתתיהו מזרח" או "נחלת חפציבה".

ההפגנות

52. לאחר כשלון העתירות הראשונה והשניה, ב-20 בפברואר 2005, נעקרו עצי הזית הראשונים בתוואי הגדר שבאדמות בילעין. מאז ועד היום נערכות בכפר בילעין הפגנות כנגד בניית הגדר, לפחות אחת לשבוע.
53. עד היום התקיימו למעלה מ-60 הפגנות בהן נפצעו 160 מפגינים (חלקם מגז מדמיע, חלקם מפגיעה ישירה של רימוני הלם, כדורי גומי וממכות). כמו-כן נפצעו בהפגנות מספר חיילים ושוטרי מג"ב. בהפגנות משתתפים תושבי הכפר וכן ישראלים רבים ואזרחים זרים המגיעים לכפר כדי להביע הזדהות עם תושביו ולמחות כנגד גזל הקרקעות.
54. במסגרת ההפגנות עשו הצבא ומג"ב ניסויים בכלי נשק חדשים לפיזור הפגנות (כדורי ספוג עם צד מתכתי שטרם אושרו לשימוש בישראל, כדורים המכילים אבקת פלפל חריף ועוד),

וכן שלחו מסתערבים מיחידת "מצדה" כדי שאלה יזרקו אבנים על הצבא באופן שיצדיק ירי על המפגינים (דובר צה"ל אישר את השימוש בפרובוקטורים מיחידת המסתערבים).

55. בנוסף ערך הצבא מעצרים ונעשו ניסיונות להפליל את חברי הועדה העממית של הכפר, המארגנת את ההפגנות. על סמך עדויות שוטרי מג"ב נעצרו מספר מחברי הועדה העממית והואשמו בתקיפת השוטרים. בזכות סרטי וידיאו שתיעדו את ההפגנות התברר מאוחר יותר כי העדויות של השוטרים היו שקריות. במקרה אחד שוטר מג"ב אף הודה כי שיקר בעדותו. בשני מקרים העצורים שוחררו בידי בית המשפט הצבאי בעופר שקבע כי החשד היחיד שיש לגביו ראיות הוא השתתפות בהפגנה שלא קיבלה רישיון.

56. ההפגנות בבילעין נמשכות. הדלק שמניע אותן הוא בראש ובראשונה העוול הגדול שנעשה לתושבי הכפר אשר עומדים לאבד את מקור פרנסתם ואת אורח חייהם. עם זאת, קשה שלא להתרשם שבנוסף לכך גם הכשל בהבאת טענות התושבים בנתיב המשפטי לביקורת בית המשפט יצר תסכול וניתב את הכעס אל אמצעי המחאה היחיד העומד להם – הפגנות אל מול העבודות המתבצעות בחצר ביתם.

הפניה למשיבים בטרם הגשת העתירה

57. ביום 21.8.2005, פנה העותר באמצעות הח"מ לפרקליטות המדינה בבקשה כי ישקלו מחדש את תוואי הגדר באזור בילעין לאור הדברים שנתגלו לו והמפורטים לעיל. הח"מ גם הציע לקיים פגישה בעניין וללבן אפשרויות לשינוי התוואי. עו"ד הלמן מפרקליטות המדינה השיב לח"מ ביום 23.8.2005 שהפנייה הועברה לרס"ן לימון מלשכת יועמ"ש איו"ש. באותו יום שיגר הח"מ מכתב לרס"ן לימון ואליו צירף את עותק הפנייה.

עותק של התכתובת האמורה מצ"ב ומסומנת נספח טז'.

58. עד לרגע הגשת עתירה זו לא נתקבלה תשובה מרס"ן לימון. מכאן הגשת עתירה זו.

כללי

59. חדירת חומת הפרדה אל תוך תחומי השטח הכבוש ויצירת מובלעת מודיעין עילית הינן בלתי חוקיות משלושה טעמים עצמאיים, שעניינם היעדר סמכות, חריגה מסמכות וחריגה מכלל המידתיות.

60. טענת החריגה מסמכות התקבלה בפסיקתו של בית המשפט הבינלאומי בהאג בחוות דעתו המייעצת: Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9th July 2004.

61. הפרמטרים לבחינת כלל המידתיות נקבעו בפרשת בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' (טרם פורסם).

62. לפיכך טענותינו בעתירה זו הינן כי:

א. ראשית, כי המובלעת הינה פרויקט שייעודו שינוי קבוע (או לכל הפחות: ארוך טווח) של הסדרים הנהוגים בשטח כבוש בניגוד לסמכויות הניהוליות המוקנות למעצמה הכובשת;

ב. שנית, כי כפי שניתן לראות מהנתונים העובדתיים שהובאו לעיל, המובלעת יוצרת פגיעה אדירת מימדים בזכות היסוד של אזרחים מוגנים לתנועה, קניין ולפרנסה, עד כדי פגיעה בעקרון המידתיות;

ג. שלישית, המובלעת יוצרת הלכה למעשה סיפוח אסור של שטח כבוש וגם מטעם זה היא בלתי חוקית.

63. **ברקע שלושת הטיעונים שלעיל עומדת הטענה כי הקמת המובלעת נעשתה שלא לצרכי ביטחון הכוח הכובש או המעצמה הכובשת ואפילו לא לצרכי ביטחון מתנחלי מודיעין עילית, וזאת בניגוד לעילות המאפשרות תפיסה ופגיעה בזכויות. המדובר בתוואי שנבחר על-פי שיקול זר ופסול.**

סיפוח דה-פקטו

64. הגדר שנבנתה בתוך תחומי השטח הכבוש יוצרת הלכה למעשה חלוקה מחדש של השטח באופן שמתקיים מרחב רציף, נעדר מכשול / חומה / גדר, מהירדן ועד המובלעת ומרחב רציף נוסף מהגדר ועד לים.

65. מכאן שהלכה למעשה יוצרת הגדר שינוי של קבע (או לכל הפחות: שינוי ארוך טווח) שמשמעותו היא סיפוח מעשי של הקרקעות שבמובלעת לקו הירוק, לתחום השליטה המוחלטת של מדינת ישראל.

66. מתנחלי מודיעין עילית המודעים היטב להשלכות ארוכות הטווח של הגדר באזורם החלו זה מכבר בעבודות בנייה של תכנית מתאר 210/8/1 ("נחלת חפציבה") **למרות שזו לא אושרה**. בחירת מיקום התוואי נעשתה בהתאם לצרכים ההתיישבותיים של מודיעין עילית ולא בשל צרכים ביטחוניים.

67. האיסור על רכישת שטחים בכוח הוא עקרון בסיס במשפט ההומניטרי ועל-כן סיפוח של שטח הנתון בתפיסה לוחמתית הינו הפרה של שדה משפטי בינלאומי זה ואינו חוקי. אנו מפנים בעניין זה לחוות-הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק אשר גם קבע כי הקמת החומה יצרה *Fait accompli* – מעשה גמור אשר הלכה למעשה מהווה סיפוח אסור של תא השטח.

68. במובלעת מודיעין עילית המעשה המוגמר בולט במיוחד. השטח שהגדר אמורה להקיף נטול אזרחים פלסטינים ומאפשר גישה חופשית של מתנחלי מודיעין עילית. נוצר, אם-כן, רצף טריטוריאלי בין שטח המובלעת (ובו אדמות כפרו של העותר) למדינת ישראל, ונתק טריטוריאלי בין שטח המובלעת לכפרו של העותר. ישראלים יכולים להיכנס ולצאת את המובלעת ללא כל קושי ואילו בעלי האדמות מורשים להיכנס לשם (אם יקבלו היתר, כמובן) למספר ימים מצומצם בשנה.

היעדרו של צורך צבאי

69. המפה של מובלעת מודיעין עילית דוברת בעד עצמה. אין-ספק כי הגדר חדרה מזרחה לעומק השטחים הכבושים באזור זה רק בכדי לכלול את ההתנחלות ממערב לגדר וברצף טריטוריאלי עם מדינת ישראל. ברור גם כי הכללת מאות דונמים ממזרח לשטח הבנוי של מודיעין עילית בתוך תחומי המובלעת נועדה לכלול שטח להתפתחות עתידית של ההתנחלות באותו תא שטח רציף עם ישראל – כפי שחושפת מפת תכניות המתאר. שהי החפיפה בין תוואי הגדר לגבולות תכנית 210/8/1 אינה יכולה להיות מקרית. לבסוף, ברור כי האופציה האחרת היתה יכולה להיות גדר בתוואי הקו הירוק והקפת השטח הבנוי של ההתנחלות בגדר ביטחון (שקיימת ממילא) ומתן הגנה היקפית לה. אופציה אחרת זו פוגעת הרבה פחות בעותר ובאנשי כפרו ועל-כן גם מקיימת את עקרון המידתיות.

70. **פרקליטות המדינה היא שקבעה במספר תיקים הנוגעים לגדר הפרדה כי אין להתחשב בקביעת התוואי בתכנית מתאר שלא אושרו. דוגמא מאלפת לכך היא בג"צ 2732/05 ראש מועצת עזון, מר חסין ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', שם התברר לאחר הקמת הגדר כי התוואי "נמתח" מזרחה בשל תכנית מתאר שלא אושרה להקמת איזור תעשייה עבור ההתנחלות צופין. בעניין זה נאמר בתגובת המדינה כך:**

"נציין כי לו היה המכשול באזור זה מתוכנן היום, הפינה הדרום מזרחית של התוואי היתה מתוכננת באופן שונה, ללא התחשבות בקיומה של תכנית 149/5 [שלא אושרה; מ.ס.]"

תגובת המדינה בבג"צ 2732/05, פסקה 19, מצ"ב ומסומן נספח יז.

71. אינטרס "הצורך הצבאי" (או "הצורך הביטחוני"), המוכר במשפט ההומניטרי ובדיני הכיבוש כמאפשר פגיעה פרופורציונאלית בזכויות של אזרחים (במקרים מסויימים בלבד), כולל אינטרסים ביטחוניים של המעצמה הכובשת ושל הכוח הכובש **אולם לא אינטרסים של אזרחי המעצמה הכובשת שהחליטו להגר ולהתנחל בתוך השטח הכבוש**. האינטרסים של אותם מהגרים (המתנחלים) באים לידי ביטוי בסמכויות הניהול והשבת הסדר והביטחון בלבד, אשר כשלעצמם אינם יכולים לשמש מקור הסמכה לפגיעה בזכויות כה רבות של התושבים – האזרחים המוגנים. סוגיה זו עלתה במלוא עוזה במסגרת בג"צ 7957/04 הנוגעת למובלעת אלפי מנשה, והיא מחכה להכרעה של ההרכב המורחב שנקבע לדון בה.

72. המקרה שלפנינו הוא מקרה "קל" במיוחד מכיוון שהגדר אינה מסתפקת בעטיפת השטח המבונה של ההתנחלות ממזרח אלא דואגת לכלול עוד מאות דונמים במרחק גדול ממנו, **עובדה המסגירה את השיקול המנחה של תוואי הגדר שאיננו ביטחוני אלא "סיפוחי" או "התנחלותי"**.

73. מבלי להיכנס לשאלה בדבר חוקיות ההתנחלויות של אזרחי מעצמה כובשת בשטח הכבוש, הרי שהעמדה המשפטית של בית משפט נכבד זה היתה מאז ומעולם כי ההצדקה היחידה לתפיסת שטח היא "צורך צבאי":

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

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

74. הגדר המתפתלת, הפולשת והמנשלת אינה משרתת צורך צבאי. שיקולי עתידה של מודיעין עילית הנחו את קביעת התוואי. **שיקול זה ממילא אינו שיקול של צורך ביטחוני אלא שיקול זר ההופך את ההחלטה ואת ביצועה לבלתי חוקיות**.

פסיקתו של בית הדין הבינלאומי לצדק

75. ב-9 ביולי 2004 פירסם בית הדין הבינלאומי לצדק שבהאג את חוות דעתו המייעצת בסוגיית חוקיות הקמתה של גדר ההפרדה:

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9th July 2004.

76. בחוות דעתו, אימץ בית המשפט הבינלאומי לצדק את כל הטענות שלעיל.

77. בית הדין קבע כי תוואי גדר ההפרדה מעיד על עצמו כי הוא נועד להגן על התנחלויות וככזה הוא אינו משרת מטרה צבאית לגיטימית (פיסקאות 118-122 לפסק-הדין).
78. בית הדין קבע כי הגדר יוצרת מציאות גיאו-סוציאלית חדשה אשר הלכה למעשה מביאה לסיפוח של השטחים ממערב לגדר וגם מסיבה זו היא בלתי חוקית (פיסקה 122 סיפא).
79. בית הדין גם קיבל את הטענה כי אין בנמצא "צורך צבאי" המצדיק סטייה מהקו הירוק (פיסקאות 135-136 לפסק-הדין), ואף דחה את הטענה כי על הסיטואציה חל סעיף 51 למגילת האו"ם העוסק בהגנה עצמית של מדינות וזאת בשל העובדה כי הוא חל רק על יחסים בין מדינות ובכל מקרה לא על יחסים שבין מדינה לאזרחים המצויים בשליטה אפקטיבית שלה (פיסקאות 138-139 לפסק-הדין).
80. בית הדין הגיע אם-כן למסקנה כי אין במשפט ההומניטרי הבינלאומי הסמכה להקמת הגדר בתוואי שנבחר ומכאן שהפרוייקט כולו נעדר סמכות ומהווה הפרה של המשפט הבינלאומי.
81. בנוסף, בית הדין גם קבע כי משפט זכויות האדם הבינלאומי חל אף הוא על נושא זה וכי בבניית הגדר יש משום הפרה של זכויות אדם מרכזיות המוגנות על ידי שדה משפטי בינלאומי זה.
82. לבסוף, מדינת ישראל חויבה בפסק-דין של בית הדין בהאג לפרק את גדר ההפרדה ולפצות את האזרחים הפלסטינים על הנזקים שנגרמו לה. בית הדין קבע כי כל עוד הגדר עומדת, ההפרה של המשפט הבינלאומי נמשכת וכי על מדינת ישראל, מדינות העולם וגופי האו"ם השונים חלה החובה לעשות כל שנדרש כדי להפסיק את ההפרה.
83. מדינת ישראל כמדינה החתומה על מגילת האו"ם ועל חוקת בית הדין הבינלאומי לצדק, מחוייבת לכבד את המשפט הבינלאומי, להימנע מהפרות ולהפסיק הפרות באם אלו מתרחשות. חוות-הדעת המייעצת מעמדה כשל פס"ד הצהרתי, ועל מדינת ישראל, כמי שמעוניינת להיות חלק מקהיליית המדינות הנאורות, לכבד את קביעותיו.

פגיעה בלתי מידתית בזכויות יסוד

84. אין חולק, ולא יכול להיות חולק, שהמובלעת בתוואי שבו הוקמה, יוצרת פגיעה אנושה בחופש התנועה, בזכות לפרנסה ובזכות לקניין של העותר ושל תושבי כפרו.
85. המדובר בפגיעה בלתי נחוצה בזכויות יסוד המעוגנות הן במשפט הבינלאומי של דיני התפיסה הלוחמתית והן במשפט זכויות האדם הבינלאומי ולבסוף במשפט החוקתי המינהלי הישראלי. ככזו המובלעת אינה חוקית שכן אינה מקיימת את עקרון המידתיות.

כזכור העיקרון מורכב משלושה מימדים שדי בהפרה של כל אחד מהם כדי שייקבע כי פעילות הרשות לוקה בהיעדר מידתיות:

א. קשר רציונאלי בין הפגיעה למטרה שהיא אמורה להשיג;

ב. היכולת להשיג את המטרה בדרך פוגענית פחות;

ג. הפגיעה אינה פרופורציונאלית לאינטרס שעומד בבסיסה.

86. המשפט ההומניטרי, משפט זכויות האדם הבינלאומי והמשפט החוקתי שלנו מעגנים כולם את חופש התנועה, את הזכות לפרנסה ואת זכות הקניין כזכויות יסוד של האדם. ברור כי זכויות אלו נפגעו קשות מהקמת הגדר באזור בילעין. ברור גם כי ניתן היה לבנות את הגדר באופן שלא יגזול מהעותר ותושבי כפרו את אדמותיהם ולא יפגע בזכויותיהם המוזכרות.

87. במקרה שלפנינו ניתן להשיג את המטרה המוצהרת – ביטחון – על-ידי גדר לאורך הקו הירוק ואולי עם תיקונים קלים הנובעים משיקולים טופוגרפיים או הנדסיים ולא דווקא תוך חדירה לתוך השטחים הכבושים, אלא אם יש צורך לעיתים גם תוך נסיגה פנימה לתחומי הקו הירוק.

88. גם אם נצא מהנחה (אותה אנו דוחים מכל וכל) שביטחון ההתנחלות יכול לשמש בסיס לטענת צורך צבאי, הרי שגם אז התוואי הקיים אינו משיג את המטרה באופן שהוא הפוגעני פחות בזכויות תושבי השטח הכבוש. כפי שנאמר לעיל, ניתן להקיף את ההתנחלות בגדר (וזה קיימת, ואם יש צורך ניתן לעבות אותה) ובכל מקרה אין שום הצדקה להקמת גדר במרחק של קילומטרים מבתי התושבים.

89. לפיכך, תוואי הגדר של מובלעת מודיעין עילית גם אינו עומד בתנאי מבחן המשנה השלישי של עקרון המידתיות – היחס בין הפגיעה לאינטרס (מידתיות במובן הצר). מבחן משנה זה יש לבדוק על רקע האפשרות להשיג את המטרה בדרך פוגענית פחות – כפי שנאמר לעיל, והוא גם חולש על מקרה שבו המטרה הפוגענית פחות מביאה להפחתה מסויימת בביטחון.

90. למען הסר כל ספק, העותר מבקש להדגיש כי אין בטיעון המופיע בתת-פרק זה בנוגע לשאלת המידתיות משום הסכמה כי גדר בתוואי מידתי הינה גדר חוקית. כאמור לעיל העותר סבור כי הגדר אינה חוקית בכל תוואי הפולש לתוך השטחים הכבושים.

91. מכל מקום, איננו סבורים ששינוי התוואי כפי שהוצע לעיל עשוי להוביל להפחתה ברמת הביטחון הניתנת למדינת ישראל, ובכל מקרה ברור שהנזק העצום שנגרם לעותרי ולתושבי כפרו מצדיק שינוי התוואי גם אם יהיה לכך מחיר מסוים.

92. מכל הטעמים האלו תוואי הגדר שנבחר איננו חוקי ובית המשפט מתבקש להורות על פירוקה.

ואלה הנימוקים לבקשה לצו ביניים:

העבודות להקמת גדר ההפרדה בתחומי אדמות הכפר בילעין החלו זה מכבר, וכבר נגרמו נזקים רבים לרכושם ולמטעיהם של תושבי הכפר.

המשך העבודות עלול לגרום לנזקים נוספים בלתי הפיכים וכמובן שהצבת הגדר תביא באופן סופי לניתוק התושבים מאדמותיהם שממערב לתוואי (כ-1980 דונם של אדמות חקלאיות עליהם אלפי עצי זית, עצי שקד, גפנים ואדמות מרעה).

ביצוע העבודות יוצר הלכה למעשה ניתוק בהווה של תושבי בילעין מאדמותיהם, שכן הכוחות המאבטחים את העבודות לא מאפשרים לתושבים לעבור את גבול התוואי כלל.

הנזק שיגרם מעצירת העבודות למספר שבועות, עד שתתברר העתירה, אינו גדול ואינו שקול לנזק שיגרם לסביבה ולפרנסת התושבים של בילעין באם לא יוצא צו הביניים המבוקש.

גם העובדה שמתוכננת במקום בנייתה של שכונה ושהעבודות לבנייתה החלו, והעובדה שכתב העתירה והנספחים לה מוכיחים לכאורה שהתוואי שנבחר לא משרת מטרה ביטחונית, מצדיקים הוצאת צו ביניים שימנע נזקים לקניינם של תושבי בילעין.

מכל הטעמים האלו מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו ביניים כמבוקש בראשית כתב עתירה זה.

מיכאל ספרד, עו"ד
ב"כ העותר

Bilin6-bagatzII