

-
-
-
-

משפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2577/04

כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה

1. טהה אל ח'וואג'יה
2. ג'מיל חוסיין עמירה
3. מוסא חבאזי
4. עמי ארז
5. האגודה לזכויות האזרח בישראל

ס :

נ ג ד

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

ים :

למתן צו על תנאי וצו ביניים

לי בשבט התשס"ז (18.02.2007)

ישיבה :

עו"ד אבנר פינצ'וק ; עו"ד דן יקיר

גותרים :

עו"ד יובל רויטמן

משיבים 1-3 :

עו"ד ד"ר אבי וינרוט ; עו"ד ד"ר גרשון גונטובניק

משיב 4 :

עו"ד יחיאל שמיר

משיבה 5 :

פסק-דין

ד' ביניש:

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

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

תוואי הגדר באדמות נעלין הותווה לראשונה בסוף שנת 2003. מאז שינו המשיבים 1-3 (להלן המשיבים) אי שלוש פעמים, עד לקביעה סופית של התוואי במרץ 2005. במשך תקופה זו התווה המשיב 3, מפקד הה"ל באזור יהודה ושומרון, שלוש חלופות להקמת הגדר באדמות נעלין. החלופה האחת היא חלופה נקבעה בצו תפיסה מס' 114/03/ת' מיום 31.12.2003 (תוואי זה סומן במפה שהוצגה לנו בצבע סגול). שנייה היא חלופה דרומית שנקבעה בעקבות פסק הדין בבג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ישראל, פ"ד נח(5) 807 (להלן – פרשת בית סוריק) שהביא לבחינה מחודשת של התוואי. החלופה הרחיקה את הגדר מנעלין וקרבה אותה לחשמונאים (תוואי זה סומן במפה שהוצגה לנו בצבע אדום). הדרומית הוצגה בתצלום אוויר שהוציאו המשיבים בספטמבר 2004. צידה המזרחי של החלופה הדרומית תפיסה 83/04/ת' שהוצא בנובמבר 2004. חלופה שלישית היא חלופת ביניים העוברת בין שתי החלופות היא נקבעה לראשונה במאי 2004 בצו תפיסה 59/04/ת' (תוואי זה סומן במפה שהוצגה לנו בצבע מרץ 2005 החליטו המשיבים לזנוח את החלופה הדרומית ולהשיב על כנה את חלופת הביניים).

התוואי העדכני הנתון לבחינה בעתירה שלפנינו הוא איפוא התוואי לפי חלופת הביניים. תוואי זה עובר למזרח, באדמות נעלין. אורכו כ-3 ק"מ. תחילתו מצפון למערב לחשמונאים, בגבול אדמות הכפרים נעלין ה. משם נמתח התוואי לכיוון מזרח, במרחק ממוצע של כ-250 עד 300 מטרים מהבתים הצפוניים של ס. לצורך הקמת הגדר לפי חלופת הביניים ייתפסו כ-326 דונמים. שטח זה מעובד באופן חלקי ונטוע עצי תבואה הקמת הגדר לסתימת שני בורות מים ולחסימת דרכים חקלאיות. המשיבים מסרו כי סך כל אדמות

שטרע על 13,260 דונם. על פי חלופת הביניים, 3,490 דונם מתוכם יימצאו במרחב התפר. מתוך שטח זה דונם הינם "אדמות מדינה" ו-1,355 דונמים הינם בבעלות פרטית. מתוך השטחים בבעלות פרטית כ-845 מעובדים וכ-510 דונמים טרשיים.

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

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

לקביעת תוואי הגדר

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

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

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

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

1. "ב-4 בנובמבר התקיים מפגש בין ר' קש"ץ למר בני עשור [מטעם משיבה 5], רמ"ד ביטחון ופילי 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 ופילי מלשכת היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון למשיבה 5 מיום 13.1.2005).

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

ד בבד נמשכו ההליכים המקדמיים בעניין הצד המערבי של החלופה הדרומית. העותרים נדרשו להציג את ושבבים אשר ייפגעו מהקמת הגדר לפי התכנון המקורי. בפנייה (ביום 15.12.2004) מטעם לשכת היועץ לאזור יהודה ושומרון 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 בבג"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 המתוכנן, וזאת על-מנת שנוכל לשקלל את הנתונים האמורים אל מול הפגיעה בחברת פילנדנדרום 12 בע"מ, הנובעת מהקמת הגדר בתוואי החדש."

לדרישה, פירט בא-כוח העותרים בפני המשיבים את שמות התושבים שייפגעו כתוצאה מחזרה לתוואי המשיבים, שהעבירו את רשימת התושבים למשיבה 5, שבו והבהירו לה כי ניתן יהיה לקבל את בקשתה לתוואי הגדר אך ורק אם תגיע להסכמה עם בעלי הקרקע שייפגעו כתוצאה מהשינוי (מכתבו של רמ"ד ופיליילי מלשכת היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון למשיבה 5 מיום 13.1.2005). ואולם, חרף ה של המשיבה 5 להציע לתושבים פיצוי בגין הפגיעה בקרקעות תמורת הסכמתם לתיקון התוואי, לא ה הסכמה בעניין.

יני לביני, ביום 20.1.2005, פנה גם המשיב 4 - הוועד המקומי חשמונאים – למשיב 3 וביקש כי תינתן גם טיעון ביחס לתוואי הגדר באדמות נעלין. בפגישה של נציגי המשיב 4 בפיקוד המרכז ביקשו הנציגים כי בנה בהתאם לחלופה הצפונית. בפגישה השתתף גם האלוף (מיל') ד"ר יוס-טוב סמיה, מטעם משיב 4, יג חוות דעת ביטחונית לפיה שיקולי ביטחון מחייבים הקמת הגדר לפי החלופה הצפונית. לבסוף, בחודש 20, בתום שקילה נוספת של עמדות הגורמים השונים, הורה המשיב 3 בשלישית על שינוי תוואי הגדר. החליט להשיב את התוואי לחלופת הביניים, שנקבעה בצו תפיסה 59/04 ת'. בנימוקי ההחלטה נאמר כי שנבחר מאזן נכונה בין הצורך בהגנה על תושבי חשמונאים לבין הפגיעה בתושבי נעלין. בין היתר נכתב:

"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 ופליילי בשם היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון למשיבה 5 מיום 9.3.2005).

להחלטת המשיב 3, תוואי הגדר המתוכנן שב להקיף את האוכף מצפון כך שהוא נכלל בצידה "הישראלי" גם בקטע המזרחי הוסט תוואי הגדר בחזרה צפונה, לכיוון נעלין. אשר לתכנית "גני מודיעין ג", 5 נמסר ממנהלת "קשת צבעים" כי אין מניעה "לקידום הליכי התיכנון בהתאם למגבלות הביטחוניות א. השטחים הנמצאים במרחק של 150 מ' מגדר הביטחון כלפי פנים, שטח הגדר הביטחונית והשטחים בתוכנית אשר מעבר לגדר יוגדרו 'כשטח לתכנון עתידי'..." (מכתבו של ראש המנהלת מיום 13).

הטיפול בה

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

המועצה לשלום וביטחון ביקשה (ביום 3.5.2004) להצטרף להליך כ"ידיד בית משפט". לבקשה צורפה עת מומחה מטעם המועצה לשלום וביטחון" בה החוו חברי המועצה ניצב (גימ') ש' גבעולי, אלוף ג' שרונים ותא"ל (במיל') י' גולן דעתם כי התוואי שקבע משיב 3 (חלופת הביניים) גרוע מבחינה בטחונית חות שיתפקדו לאורכו. התוואי עובר בלב מטעי זיתים, עולה ויורד ללא יכולת שליטה קלה ופשוטה באש ומותיר שטח גדול של עיבוד חקלאי מנותק מבתי הכפר. גם החלופה הצפונית, העוברת בסמיכות לבתי נוגדת לצרכי הביטחון. היא נושאת בחובה סכנות וקשיים, ובכללם הארכת המכשול והצבתו בתנאים יים קשים, הכרח בקביעת שערים לצורך מעבר פלסטינים לעיבוד אדמותיהם, קושי בפיקוח על מרחב אפשרות של ריבוי אזעקות שווא, מארבים והטמנת מטעני חבלה שיסכנו את הכוחות שיאבטחו את

תפיסת אדמות מרובות תפגע במרקם החיים הפלסטיני ובכך היא עלולה להגביר חיכוך ותסיסה. חברי לשלום וביטחון הציעו תוואי חלופי, המתקרב לבתי חשמונאים ומותיר את האוכף מצידה "הפלסטיני". לפי ההצעה תועתק הגדר דרומה אל מחוץ למטעי הזיתים, בשליש המדרון שמצפון לוואדי החוצץ בין חשמונאים, כאשר בחלקו המזרחי היא תעבור על שלוחה 266. יצוין כי התוואי שהוצע עובר, למעשה, לחלופה הדרומית שהתווה המשיב 3 בשלב מאוחר יותר, לאחר פרשת בית טוריק.

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

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

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

יום 2.7.2006 הוציא בית המשפט צו-על-תנאי. המשיבים ביקשו את דחייתו של הדיון המסכם בעתירה, יום 8.8.2006, על מנת לאפשר לשר הביטחון להידרש לטענות העולות בעתירה. בהודעה מעדכנת מטעם

(מיום 18.1.2007) נמסר כי שר הביטחון בחן את התוואי והשיקולים שעמדו בבסיס קביעתו והחליט בהודעתם הוסיפו ועדכנו המשיבים כי בפני ממשלת ישראל עתידה להיות מוצגת הצעה לתיקון תוואי חזור, לפיה יכללו בתחום הגדר הישובים הישראליים נילי ונעלה וקטע הכביש המחבר בין צומת נילי-נעלה דיעין עלית. בהתאם להצעה, יורחב כביש 466 באופן היוצר שתי דרכים נפרדות עם מכשול ביניהן, כאשר בין שתי הדרכים יתאפשר באמצעות נקודת ביקורת. אם תתקבל ההצעה לשינוי התוואי עשוי מיקומה של ביקורת שעל כביש 466 (שהובטח כי תשמש את תושבי נעלין בכל שעות היממה במעבר למרחב התפר) מה מאות מטרים צפונה.

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

ותרים

העותרים טוענים לאי-חוקיות של תוואי הגדר באדמות נעלין. לטענתם, התוואי שנבחר על ידי המשיב 3 דמות הכפר על מנת ליצור רצף טריטוריאלי בין ההתנחלויות בגוש מודיעין לבין מדינת ישראל. יתרה מכך, אי הגדר נועד לאפשר הרחבה של ההתנחלויות, תוך החמרת הפגיעה בתושבים המוגנים. העותרים הגישו טענות עמותת "במקום – מתכננים למען זכויות תכנון", המצביע על כך שתוואי הגדר המתוכנן מותאם לבניית שלוש השכונות החדשות באזור, ואת תכנית האב למרחב מודיעין עלית, כך ששטחי הבנייה יכללו נכללים בצידה "הישראלי" של הגדר. אינטרסים אלה אינם מהווים "צורך צבאי" שעשוי להצדיק זכויותיהם של תושבי נעלין. לטענת העותרים, בקביעת תוואי הגדר, המפר את זכויות התושבים ללא חרג המשיב 3 מסמכותו לפי דיני המשפט הבינלאומי.

העותרים סבורים כי החלטת המשיב 3 לחזור בו מהחלופה הדרומית לחלופת הביניים באה בעקבות של משיבה 5 כי יש לאפשר לה להקים את שכונת "גני מודיעין ג". העותרים סבורים כי על המשיב 3 מלשקול את האינטרסים הקנייניים של המשיבה 5. התאמת התוואי לציפיות כלכליות של יזם ישראלי הוא למערכת השיקולים שצריכה לעמוד לנגד עיניו של המפקד הצבאי בבואו לקבוע את תוואי הגדר. נטען בעתירה כי תוואי הגדר צריך להיקבע על יסוד איזון מידתי בין זכויות התושבים המוגנים לבין ימים הלגיטימיים, שעליהם מוסמך המפקד הצבאי להגן בהתאם לדיני התפיסה הלוחמתית. איזון זה מוביל כי אין להקים מכשול בתוך אדמות נעלין. לטענת העותרים, בניית הגדר בצמוד לבתיו הקיצוניים של

שמונאים, יש בה כדי לקיים את צרכי הביטחון, תוך צמצום הפגיעה בתושבי נעלין. העותרים סבורים כי גם של המשיבים מהחלופה הדרומית בשל קרבתה לבתי חשמונאים אינה מתיישבת עם האמור במכתבו של הלת "קשת צבעים" למשיבה 5, לפיה תוכל לבנות שכונה שבתיה יהיו במרחק של 150 מטרים בלבד ומכשול.

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

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

שיבים

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

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

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

ינד המקומי חשמונאים

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

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

יב 5

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

ההכרעה בחוקיותה של גדר ביטחון המוקמת באזור יהודה ושומרון מתבצעת על יסוד בחינה דו-שלבית. אשון נבחנת סמכותו של המפקד הצבאי להקים גדר ביטחון. בשלב שני נבחן שיקול דעתו בהפעלת (בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל-משרד הביטחון (טרם פורסם), פסקה 8). סמכויותיו של הצבאי יונקות מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי שעניינם תפיסה לוחמתית. אלה מעוגנים בעיקר בתקנות

ניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907 הנספחות להסכם האג הרביעי מ-1907 (להלן – תקנות קנות אלה משקפות משפט בינלאומי מינהגי. כן מעוגנת סמכותו של המפקד הצבאי באמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן – אמנת ג'נבה הרביעית). בהתאם לדיני התפיסה ת, מוסמך המפקד הצבאי להורות, משיקולים ביטחוניים-צבאיים, על הקמת גדר ביטחון באזור יהודה (פרשת בית טוריק; פרשת אלפי מנשה; בג"ץ 5488/04 מועצה מקומית אלראם נ' ממשלת ישראל (טרם להלן – פרשת אלראם). הוא מוסמך לתפוס לשם כך חזקה במקרקעין, לרבות מקרקעין בבעלות פרטית.

סמכותו של המפקד הצבאי קמה רק כאשר הטעם המונח ביסוד הקמת הגדר הינו בטחוני-צבאי. "המפקד ינו מוסמך להורות על הקמת גדר הביטחון אם טעמיו הם מדיניים-פוליטיים. גדר הביטחון אינה יכולה עמים של 'סיפוח' שטחים מהאזור למדינת ישראל. מטרתה של גדר ההפרדה אינה יכולה להיות התווית ני" (פרשת בית טוריק, עמ' 828; ראו גם פרשת אלפי מנשה, פסקה 15). על-פי תקנה 52 לתקנות האג נדרש ת תהיה לצורכי הצבא (needs of the army of occupation). על-פי סעיף 53 לאמנת ג'נבה, נדרש שהתפיסה ורכי צבא נחוצים בהחלט (absolutely necessary by military operation). סמכותו של המפקד הצבאי דר הפרדה כוללת גם סמכות להקים גדר להגנה על חייהם וביטחונם של ישראלים המתגוררים בישוים באזור יהודה והשומרון, אף שהישראלים הגרים באזור אינם בגדר "אנשים מוגנים" (protected persons), ת ביטוי זה בסעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית (ראו פרשת אלפי מנשה, פסקאות 18-22; בג"ץ 3680/05 ועד א נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם) פסקאות 8-10, להלן – פרשת טנא; בג"ץ 1998/06 מועצה מקומית ה נ' שר הביטחון (טרם פורסם), להלן – פרשת בית אריה; בג"ץ 1348/05 ראש עיריית סלפית נ' מדינת טרם פורסם), פסקה 20, להלן – פרשת סלפית). שאלת חוקיותה של ההתיישבות הישראלית באזור אינה על חובתו וסמכותו של המפקד הצבאי להגן על חייהם וביטחונם של המתיישבים הישראלים (פרשת אלפי סקה 20). סמכות זו נובעת משני מקורות. האחד, סמכותו של המפקד הצבאי לפי תקנה 43 לתקנות האג את הסדר והביטחון הציבוריים. סמכות זו אינה מוגבלת אך לאנשים המוגנים על-פי המשפט הבינלאומי רי. זוהי סמכות כללית, המשתרעת על כל אדם המצוי בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית (ראו פרשת אלפי סקה 18; בג"ץ 4289/05 מועצה מקומית ביר נבאלה נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם), פסקה 23, להלן – נבאלה). השני, חובתה של מדינת ישראל, המעוגנת במשפט הישראלי הפנימי, להגן על חייהם, ביטחונם של האזרחים הישראלים המתגוררים באזור (ראו פרשת אלפי מנשה, פסקה 21, 23; פרשת ביר נבאלה,).

שלב שני בבחינת חוקיות הגדר הוא בחינת שיקול הדעת. הוא בודק האם שיקול הדעת של המפקד הצבאי תוואי הגדר איזן כראוי בין הערכים המתמודדים, על פי יחסיות משקלם וחשיבותם. המפקד הצבאי אינו קבל כל החלטה המגשימה צרכי ביטחון לגיטימיים. בבואו לקבוע את תוואי הגדר, עליו לשקול ולאזן בין יקולים. השיקול הראשון הוא השיקול הביטחוני-צבאי. מכוחו רשאי המפקד הצבאי לשקול שיקולים ההגנה על ביטחון המדינה וביטחון הצבא. שיקולים אלה הם שיקולים שבמומחיות צבאית וביטחונית. נתון למפקד הצבאי שיקול דעת רחב. הוא שמופקד על שמירת הביטחון. הוא בעל המומחיות, הידע ת הביטחוניים. בית המשפט מייחס לעמדתו משקל רב (ראו פרשת בית טוריק, פסקה 46; בג"ץ 258/79

שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90, 92; בג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 25). אכן, "אין אנו צמנו למומחים בענייני ביטחון. אין אנו ממירים את השיקול הביטחוני של המפקד הצבאי בשיקול שלנו. אין אנו נוקטים כל עמדה באשר לאופן ניהול ענייני הביטחון. תפקידנו הוא בשמירת הגבולות ת קיומם של התנאים התוחמים את שיקול-הדעת של המפקד הצבאי" (פרשת בית טוריק, עמ' 3-842).

השיקול השני אותו על המפקד הצבאי לשקול הוא טובתם של בני האוכלוסייה המקומית שהנם "תושבים על המפקד הצבאי להגן על זכויות האדם המקובלות במשפט הבינלאומי של בני האוכלוסייה המקומית על אלפי מנשה, פסקה 24; פרשת טנא, פסקה 10; פרשת בית אריה, פסקה 8). השיקול השלישי הוא הגנה ת האדם של ישראלים הגרים באזור (ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פ"ד 4, פסקה 80 לפסק דין הרוב (להלן – פרשת המועצה האזורית חוף עזה); פרשת אלפי-מנשה, פסקאות 18-10, פסקאות 8-10; פרשת בית אריה, פסקה 8). חובה זו ניוונה מכללי המשפט הבינלאומי ומכללי הישראלי. בקביעת מהותן של הזכויות שיש לישראלים המתגוררים באזור, יש להתחשב באופיו של האזור משטר של תפיסה לוחמתית ובכוחותיו של המפקד הצבאי (לעניין היקפן של זכויות הישראלים הגרים נ פרשת המועצה האזורית חוף עזה, פסקה 8 לפסק דין הרוב).

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

אל הפרט

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

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

ראה כי הגדר מקיימת את מבחן הקשר הרציונלי. הגדר מגשימה את התכלית הביטחונית המונחת ביסוד שהינה יצירת חיץ בין הישובים הישראליים לבין הישובים הפלסטינים באזור יהודה ושומרון, והגנה על הישראליים מפני מעשי טרור. תוואי הגדר בחלופת הביניים אכן יקשה על הגעת מפגעים אל קרבת הישראליים בגוש מודיעין ואל שטחי ישראל. האם מתווה הגדר מקיים את מבחן המשנה השני – מבחן שפגיעתו פחותה? לטענת העותרים, ניתן להשיג את התכלית הביטחונית באמצעות תוואי חלופי שיעבור תי חשמונאים, על הגדר הקיימת של היישוב. ביחס לתוואי המוצע על ידי העותרים, עמדתו של המפקד היא כי תוואי זה אינו עונה על התכלית הביטחונית של הגדר. ביחס לחלופה הדרומית, אשר נבחנה אף היא אפשרית לחלופת הביניים, העמדה אותה הציגו בדיון לפנינו המשיבים, היתה כי חלופה זו מעניקה פחות מחלופת הביניים. עם זאת אין להתעלם מכך שמשך חודשים ארוכים תכננו המשיבים להקים את הגדר לפי הדרומית, וחלקה המזרחי אף עוגן בצו תפיסה 83/04/ת'. מהבהרותיהם למשיבה 5 עולה כי סברו כי יהיה טעות מן החלופה הדרומית אך ורק אם משיבה 5 תגיע להסכמה עם בעלי הקרקע הפלסטינים שיפגעו מהשינוי. המשיבים היו סבורים אותה עת כי יוכלו לממש את אחריותם לביטחון התושבים גם אם הגדר התאם לחלופה הדרומית. אין חולק כי חלופת הביניים יוצרת מרחב בטחוני רחב יותר בין הגדר לבין מ, בהשוואה לחלופה הדרומית. מרבית התוואי עובר במרחק של 500-600 מטרים מבתי חשמונאים. הדרומית עוברת כ-300-350 מטרים מחשמונאים. עם זאת, במשך חודשים ארוכים סבר המשיב 3 כי די היה כדי לספק מרחב התרעה ומרדף אחר מפגעים שיצליחו לחדור את הגדר וכי אין הצדקה להחמרת בתושבים הפלסטינים. והנה, לאחר פנייתו של משיב 4, חל שינוי בעמדה זו. הנימוקים המדויקים שהביאו עמדתו הביטחונית של המפקד הצבאי לא הוצגו בפנינו. לא צוין כי התגלו עובדות חדשות או כי חל תפיסה הביטחונית העקרונית בעניין הקמת גדר הביטחון. כל שנאמר הוא שהמשיב 3 סבור כי חלופת היא סבירה ומידתית וכי היא מאפשרת לאזן כראוי בין השיקולים השונים הצריכים לעניין. התמיהות שינוי בעמדה הביטחונית גוברות לאור העובדה כי משיבה 5 קיבלה אישור עקרוני לתכנון שכונת "גני" באופן שבתי השכונה יבנו במרחק של 150 מטרים מגדר הביטחון. לא הוברר לנו כיצד הדבר מתיישב

ת הביטחון בדבר הצורך במרחב התרעה ומרדף של מאות מטרים מבתי תושבים ישראלים. יש לזכור
ה כי גם לאחר הקמת גדר הביטחון ימשיכו כוחות הביטחון לשלוט על איזור יהודה ושומרון, ועל
לין בפרט.

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

בכך מגיעים אנו למבחן המידתיות במובן הצר. השאלה היא האם פגיעתו של תוואי הגדר בעותרים וביתר
עלין עומדת ביחס ראוי לתועלת הגלומה בהקמת הגדר בתוואי שנקבע. בדיקה "יחסית" של מבחן
ת במובן הצר תמצא את תוואי הגדר בלתי מידתי, אם ימצא תוואי חלופי, אשר גלומה בו הפחתה
בהשגת התכלית הביטחונית, ובצידה הפחתה משמעותית בפגיעה בזכויות העותרים (ראה פרשת בית
מ' 841). לאחר שמיעת טענות הצדדים והמומחים השונים ולאחר שעיינו בחומר שהונח לפנינו, לא ראינו
המסקנה כי תוואי הגדר אינו מקיים את דרישת המידתיות. חלופת הביניים פוגעת פגיעה קשה בתושבי
פגיעה נגרמת כתוצאה מתפיסת קרקעות לשם הקמת הגדר, עקירת עצים המצויים בתוואי, וכליאת שטחים
מעובדים מצידה "הישראלי" של הגדר. תוואי הגדר תופס 326 דונם, כולם קרקעות פרטיות. בנוסף,
מנתק בין תושבי נעלין לבין למעלה כאלף דונם של אדמות פרטיות וקרקעות חקלאיות מעובדות. אדמות
עות עצי זית, ומשמשות לגידולים עונתיים ולמרעה. הגישה לאדמות אלה תוגבל למעבר בנקודת ביקורת
לאי לבעלי היתרים, על כל הקשיים הכרוכים בכך. יצוין עוד כי נוכח כוונת המשיבים לשנות את תוואי
מוך לכביש 466, לא הובררו עד תום הסדרי המעבר העתידיים עבור תושבי נעלין בנקודת הביקורת.
ביניים מחריפה את הפגיעה, הקשה ממילא, בתושבי נעלין כתוצאה מהקמת הגדר. חלופת הביניים מאריכה
בלמעלה מ-500 מטרים. היא מחייבת תפיסתם של 45 דונם נוספים, מרביתם שטחים חקלאיים. חלופת
מגדילה את מרחב התפר בכ-200 דונם, רובם ככולם אדמות פרטיות. מחציתם שטחים חקלאיים.

משיבים אינם מתכחשים לפגיעה בתושבי נעלין, אך סבורים כי הפגיעה היא סבירה ומידתית. עמדה זו אין
קבל. חלופת הביניים חורגת מן האיזון שבין צורכי הביטחון לבין צורכיהם ורווחתם של התושבים
ם. מקובלת עלינו עמדת המשיבים כי התוואי המוצע על ידי העותרים בדבר הקמת גדר סמוך לבתי
ם אינה נותן מענה בטחוני הולם. עם זאת, ניתן להפחית את הפגיעות בתושבים המקומיים על ידי תוואי

חר, בין זה שהציגה המועצה לשלום וביטחון ובין זה שהתווה המפקד הצבאי עצמו לאחר פרשת בית זין תוואי אחר שיקבע המפקד הצבאי. מה גם שהמשיבים עצמם גילו דעתם כי קיים תוואי אחר, המספק ישרי חשמונאים.

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

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

ם ההיבט הקנייני בעניינה של משיבה 5 אינו משנה מן המסקנה כי חלופת הביניים אינה מידתית. כשם הביטחון עשויים לחייב פגיעה באדמותיהם של התושבים המקומיים וביכולת השימוש בהן, כך הם לחייב פגיעה גם באדמותיהם של ישראלים וביכולת השימוש בהם (ראו, פרשת דיר קדיס, פסקה 38) כללי ת בתכנון תוואי הגדר עשויים להביא גם לכך שתושבים ישראלים ונכסים ישראלים נותרים מצידה ני" של הגדר (ראו, בין היתר, פרשת טנא; בג"ץ 399/06 סוטיא - אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות בע"מ נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם); פרשת אלדאם; פרשת ביר נבאלה; בג"ץ 1844/06 רינאווי נ' ראש (טרם פורסם)). משיבה 5 חוששת בעיקרו של דבר מן הפגיעה הכלכלית שתיגרם לה אם תיבנה הגדר לפי הדרומית. אכן, יש להניח כי הקמת הגדר באופן שיותר את האוכף בצד ה"איוש"י" יפגע באינטרסים ש של משיבה 5. אולם בכך לא די. לשיקולים כספיים אלה משקל מוגבל במכלול השיקולים שעל המפקד

שקול ולאזן בנסיבות העניין. ראשית, הפגיעה לה טוענת משיבה 5 אינה בעצם התפיסה של שטחים בנטיית הגדר אלא בכך שהקרקע נותרת "מחוץ" לגדר. עצם הבעלות בחטיבת הקרקע אינה נשללת. הגדר נה את מערך הזכויות הקנייניות. שנית, תכנית 208/3 אינה בתוקף. הפגיעה במשיבה 5 מוגבלת לפגיעה הכלכליות באשר לאישור עתידי של תוכנית הבנייה ומימושה בעתיד. זו פגיעה לעתיד בלבד. בהתחשב הזמני של הגדר, הפגיעה בזכויות הקניין ובציפיות הכלכליות של משיבה 5 היא פגיעה מצומצמת. העניין, אין מקום להעניק לה משקל ממשי בתכנון התוואי.

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

בתקופה שעד לקביעת התוואי החדש, רשאים, כמובן, המשיבים להקים גדר זמנית לאורך התוואי של 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

נשיאה א' ריבלין:

נני מסכים.

המשנה לנשיאה

א' פרוקצ'יה:

נני מסכימה.

ש ו פ ט ת

וחלט כאמור בפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש.

יתן היום, ד' באב התשס"ז (19.07.2007).

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה

מינויי עריכה וניסוח. 04025770_N56.doc דז
אתר אינטרנט, www.court.gov.il ; 02-6593666