



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5163/13

לפני :

כבוד הנשיא (בדימי') א' גרוניס  
כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופט ע' פוגלמן

העותרים :

1. עיריית בית ג'אלה
2. עיסא ח'לילה
3. עיסא שתלה
4. סליבא זידאן
5. חנה טיט
6. עודה ח'לילה
7. נסרי נג'אר
8. נדאל מובארק
9. גודה אבו סעד
10. ריאד אבו מוהר
11. יוסף שתלה
12. נח'לה אבו עיד
13. מינא זידאן
14. אברהים אבו עווד
15. יעקוב אבו עמשה
16. נאדר אבו ג'טאס
17. לוריס ח'לילה
18. נח'לה אבו עיד
19. ג'וני שהוואן
20. פרח אלעלם
21. אמיל אלעלם
22. אנטון אלתית
23. גודה אלאערג'
24. למיא אלאערג'
25. בשארה עווד
26. עיסא קצאפצה
27. נעמה אבו מוהר
28. ריאד אבו מוהר
29. גריס אבו מוהר
30. יוסרא סאלם נוואויה
31. חנא סליבא קוסטה
32. אסקנדר אבו רומאן
33. קרים חדווה
34. אקרם חדווה
35. ד"ר בשארה אליאס נסראללה
36. אליאס נעים ג'רייס לחסין
37. ויקטור האני

## נ ג ד

- המשיבים :
1. המנהל הכללי במשרד הביטחון
  2. משרד הביטחון
  3. מנהלת קו התפר (הגדר)
  4. המפקד הצבאי בגדה המערבית
  5. ועד מקומי הר גילה
  6. מנזר האחיות סליזיאן
  7. מנזר האחים סליזיאן (Salesian of Don Bosco)
  8. המועצה לשלום וביטחון
  9. הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה : ח' באב התשע"ד (4.8.2014)

בשם העותרים : עו"ד ג'יאת' נאסר

בשם המשיבים 1-4 : עו"ד חני אופק

בשם המשיב 5 : עו"ד ד"ר גרשון גונטובניק

בשם המשיב 6 : עו"ד צבי אבני

בשם המשיב 7 : עו"ד נהאד ארשיד

בשם המשיבה 8 : עו"ד טליה ששון

בשם המשיבה 9 : עו"ד נירית אהרון

### פסק-דין

הנשיא (בדימ') א' גרוניט:

1. העתירה שלפנינו מופנית נגד תוואי גדר הביטחון באזור היישוב בית ג'אלה, דרומית לירושלים. התוואי נושא העתירה מצוי בחלקו בתחום המוניציפלי של העיר ירושלים, שהוא הקו המפריד בין ישראל לבין אזור יהודה ושומרון (להלן – איו"ש), וחלקו עובר באיו"ש. בעתירה מבוקש לבטל את צווי התפיסה שהוצאו לצורך הקמת הגדר, הנוגעים למקרקעין המצויים באיו"ש ובשטח ישראל. בכלל זה, מבוקש לבטל את פסק דינה של ועדת הערעור הפועלת לפי החוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת חירום, התש"י-1949 (להלן – החוק), בו נדחה ערעור על חוקיות צווי התפיסה שהוצאו מכוחו

לצורך הקמת הגדר בישראל (ו"ע (תל-אביב-יפו) 875/06 ח'ליליה נ' משרד הביטחון, פסק דין מיום 24.4.2013, כבוד השופטת ע' רביד, עו"ד י' ארבל ועו"ד א' עפרון).

רקע והשתלשלות האירועים

2. זה למעלה מעשור שנים פועלת מדינת ישראל להקמת גדר ביטחון במספר גזרות במה שמכונה מרחב התפר, ובכלל זה באזור ירושלים. זאת, כחלק מההתמודדות עם איומי הטרור ומתוך מטרה לסכל ולמנוע חדירת מפגעים לשטח ישראל (להרחבה על הרקע להקמת גדר הביטחון, ראו, בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 816-818 (2004) (להלן – עניין בית סוריק); אודות הרקע להקמת הגדר באזור עוטף ירושלים, ראו, למשל, בג"ץ 5488/04 מועצה מקומית אלדאם נ' ממשלת ישראל, פסקה 2 (הנשיא (בדימ') א' ברק (13.12.2006) (להלן – עניין אלדאם); בג"ץ 9516/10 מועצת הכפר וולג'ה נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית, פסקה 1 (22.8.2011) (להלן – עניין וולג'ה)). כחלק מהמאמצים להשלמת הגדר באזור ירושלים, הוציא ביום 19.3.2006 המשיב 1 צו לתפיסת מקרקעים לפי סעיף 4(א) לחוק (צת-06-62). תכלית הצו הייתה לאפשר את השלמת הגדר מזרע לירושלים בקרבת היישוב הר גילה, מול בית ג'אלה ובסמוך לשני מנזרים שבקרבתה, המשיבים 6 ו-7 (להלן, בהתאמה – מנזר הנשים ומנזר הגברים, וביחד – המנזרים). שני המנזרים כוללים מספר מבנים ובהם יקב יין ובית בד, ואדמותיהם, המשמשות גם לגידולים חקלאיים שונים, מצויות ברכס בית ג'אלה. הצו האמור נועד לאפשר בנייה של הגדר באורך של כ-1,500 מטרים, שתחבר בין מקטעי הגדר שנבנו כבר בשטח איו"ש. לפי התכנון, מקטע הגדר שלשמו הוצא צו התפיסה האמור יעבור בסמוך לכביש מספר 60 ("כביש המנהרות"), תוך הותרת הגשר שעליו עובר ציר זה בצד "הישראלי" של הגדר, עד לחיבורה עם התוואי העובר באיו"ש.

3. תושבים מבית ג'אלה הגישו ערעור על צו התפיסה לוועדת הערעור, לפי סעיף 17 לחוק (להלן – ועדת הערעור). יצוין, כי סמכותה של הוועדה משתרעת רק על מקטע הגדר העובר בשטח ישראל. הערעורים נתבררו במשך כשבוע שנים, במהלכם נשמעו עדים רבים והתקיים סיור בשטח הנדון. בתקופה זו ערכו המשיבים 1-2 מספר שינויים בתוואי הגדר, נוכח טענות המערערים דשם. בשנת 2007 הוצא צו תפיסה (צת-07-75) ששינה את התוואי, כך שהגדר תכלול בצידה ה"איו"שי" כמה מבתיהם של תושבי בית

ג'אלה שנותרו בצידה "הישראלי". בפסק הדין צוין כי התוואי המקורי נקבע מתוך הנחה שמנזר הנשים מבקש להישאר בצד "הישראלי" של הגדר. אולם, בסוף שנת 2010 ביקש המנזר להצטרף להליך כמערער, ולשנות את תוואי הגדר. הוועדה החליטה לאפשר למנזר להצטרף להליך חרף השיהוי הכבד בהתנהלותו. בשנת 2011 הוציא המשיב 1 צו תפיסה חדש (צת-11-02), במטרה להביא לכך שמנזר הנשים והמסגרות החינוכיות שבו יימצאו בצד ה"איו"ש" של הגדר. לפי התוואי המתוקן, תחצוץ הגדר בין מנזר הנשים לבין חלק מאדמותיו ומנזר הגברים, שיישארו בצד "הישראלי" של הגדר. עוד יוער, כי בשנת 2009 הצטרפה המשיבה 8 (להלן – המועצה) לערעור, כ"דיד בית המשפט", אך בהמשך היא ביקשה למשוך את תצהירה ופרשה מההליך. לערעור הצטרף כמשיב גם המשיב 5. הצטרפותו נבעה מכך שתוואי הגדר עובר בסמיכות ליישוב הר-גילה.

4. ועדת הערעור דחתה את הערעור. בפסק דינה נקבע כי תוואי הגדר הנדון אכן פוגע בתושבי בית ג'אלה. הפגיעה מתבטאת בתפיסת מקרקעין לצורך הקמת הגדר ובהפרדה שתיווצר בין התושבים לבין אדמותיהם החקלאיות, שהגישה אליהן תוגבל למעבר בשער שאינו פתוח ברציפות ותהא כפופה למשטר היתרים. עם זאת, ועדת הערעור קבעה כי תוואי הגדר נקבע על בסיס שיקולים מבצעיים ולא משיקולים זרים. לדבריה, אילוצים הנדסיים תומכים אף הם בתוואי שנקבע והבחירה בו תצמצם את הפגיעה במקרקעין פלסטיניים ובעצי זית. הוועדה דחתה שני תוואים חלופיים שהציעו המערערים שבפניה. לפי החלופה הראשונה שהוצעה ונדחתה, יוסט תוואי הגדר במידה רבה לכיוון נחל גילה ושכונת גילה, באופן שיתיר את האדמות החקלאיות של תושבי בית ג'אלה בצד "האיו"ש" של הגדר, כך שלא תופרע גישתם אליהן. ועדת הערעור ציינה כי רובו הגדול של התוואי המוצע כלל אינו מצוי בסמכותה. היא קבעה כי התוואי האמור אומנם פוגע פחות בנגישות החקלאים לאדמותיהם, אך קיבלה את עמדת המשיבים 1-2 לפיה התוואי אינו מגשים את התכלית הביטחונית כתוואי שנקבע על ידם. החלופה השנייה והעיקרית שהציעו המערערים דומה בעיקרה לתוואי שהוצע על ידי המועצה (להלן – תוואי המועצה). לפי ההצעה, הגדר תתחיל בצד הצפוני של הגשר שעל נחל גילה, תמשיך מערבה על דרך עפר קיימת ותחצה את הנחל דרומה. הגדר תקיף את היישוב הר גילה מכל עבריו והוא יהיה שטח בטחוני מיוחד (שב"מ). ועדת הערעור ציינה כי היתרון הגדול של תוואי זה הוא בכך שנמנעת הפגיעה בשטחים המעובדים

על ידי תושבי בית ג'אלה ומתייטר הצורך בהקמת שער חקלאיים. אף חלופה זו נדחתה בנימוק שתואי זה "נחות משמעותית מבחינה ביטחונית" מהתואי נושא הערעור (פסקה 51 לפסק הדין). זאת, בשל מרחב ההתראה המצומצם שהוא מאפשר, קרבתה הרבה של הגדר לבתי שכונת גילה שבירושלים והעדר מענה מספק לאיום על כביש המנהרות. כן נפסק כי התואי שקבעו המשיבים 1-2 עדיף מבחינה טופוגרפית וכי תואי המועצה מחייב תפיסת קרקעות ופגיעה בעצים בהיקף נרחב יותר.

בנוסף, נקבע כי הפגיעה הכרוכה בגדר היא מידתית. ועדת הערעור ציינה את נכונותם של המשיבים 1-2 לשלם, במקרים המתאימים, פיצויים ודמי שימוש בגין המקרקעין שנתפסו לשם הקמת הגדר וקבעה כי הצבת שני שערים חקלאיים בגדר מהווה פתרון ראוי לקשיים לעבד את הקרקע. כמו כן, נזכרה בפסק הדין התחייבות המשיבים 1-2 להסדיר גישה מהמנזר לאדמותיו באמצעות שער חקלאי ולאפשר לאנשי דת מעבר חופשי בין שני המנזרים. הוועדה דחתה את בקשתו של מנזר הנשים לקבוע תואי שיתיר את כל אדמותיו בצד "האיו" של הגדר. זאת, מנימוקים ביטחוניים וכיוון שהדבר יחייב הוצאת צווי תפיסה חדשים, מהלך שעלול להיות כרוך בפגיעה בקרקעות נוספות ובעיכוב ניכר בבניית הגדר. בנוסף, העירה הוועדה כי בהינתן שחלק ניכר מהגדר כבר בנוי, הרי שהריסתה ובנייתה מחדש יפגעו בנוף. עוד נדחו טענות בדבר הפגיעה הנגרמת למנזר הנשים בעקבות הקפת בית הספר שבו בגדר וכן טענות לגבי פגיעה אפשרית שתיגרם למנזר אם יוחלט להרחיבו. לבסוף, התקבלה עמדת היועץ המשפטי לממשלה לפיה אישור התואי אינו פוגע באמנות שבין ישראל לבין הוותיקן.

5. למען שלמות התמונה, יצוין כי בשנת 2011 הוציא המפקד הצבאי באיו"ש צו תפיסת מקרקעין (8/11/ת'), התופס מקרקעין המצויים באיו"ש, לצורך הקמת גדר שתתחבר לתואי הגדר שנדון בפני ועדת הערעור. צו זה אינו מצוי בסמכות ועדת הערעור ולא נדון על ידה.

העתירה שלפנינו וטענות הצדדים

6. בעקבות פסק הדין, הגישו עיריית בית ג'אלה ותושבי העיר שהיו צד

להליכים בוועדת הערעור את העתירה שלפנינו. בעתירה מבוקש לבטל את פסק הדין של ועדת הערעור, את צווי התפיסה שנדונו בפניה (צת-06-62, צת-07-75 וצת-11-02) ואת צו תפיסת המקרקעין שהוציא המפקד הצבאי באיו"ש, כאמור בפסקה הקודמת (11/8/11 ת') (כל הצווים האמורים יכוננו להלן ביחד – צווי התפיסה). כן מבוקש לקבוע כי תוואי הגדר המוצע על ידי המשיבים 1-4, המיוצגים על ידי פרקליטות המדינה (להלן – המשיבים), אינו סביר ואינו מידתי, ולהורות על בחינת חלופות לו.

7. ביום 21.7.2013 ניתן בעתירה צו ארעי, האוסר על ביצוע עבודות בתוואי הגדר נשוא העתירה, וזאת עד להחלטה אחרת (השופט ע' פוגלמן). ביום 3.2.2014 ניתן צו על תנאי בעתירה (הנשיא א' גרוניס והשופטים נ' הנדל וע' פוגלמן).

8. עמדות בעלי הדין הוצגו בפנינו בהרחבה, בכתב ובעל פה, וזו תמצית טענותיהם. העותרים טוענים כי בפסק דינה של ועדת הערעור נפלו פגמים דיוניים שונים, בדגש על מניעת השתתפותה של המועצה בהליך, לאחר שהוכרה כ"ידיד בית המשפט". בנוסף, הם טוענים כי הוועדה לא התייחסה כראוי לכל הראיות שהיו בפניה והם שוללים את מסקנותיה לגופו של עניין. לטענתם, תוואי הגדר פוגע בזכויותיהם באופן בלתי מידתי והוא בלתי סביר. הפגיעות באות לידי ביטוי, לדבריהם, במעבר הגדר דרך חלקות של תושבי בית ג'אלה; בהקפתם של בתים בעיר ב"טבעת חנק" בדמות הגדר; בנתק שייווצר בין בית ג'אלה לבין שטחים חקלאיים של תושביה ובין המנזרים המשרתים אותם; ובפגיעה הסביבתית שתגרם הגדר. העותרים טוענים כי התוואי שנקבע אינו משרת כל תכלית ביטחונית ומטרתו האמיתית היא ליצור רצף טריטוריאלי בין שכונת גילה ליישוב הר-גילה על מנת לאפשר סיפוח של השטח שבתווך. לדידם, התוואי מחוסר היגיון, נקבע בלא תשתית עובדתית ראויה ואינו עולה בקנה אחד עם כללי המשפט המינהלי הישראלי והוראות המשפט הבינלאומי. העותרים מציעים לאמץ את תוואי המועצה תחת התוואי שנקבע. בנוסף, הם טוענים כי לא ניתן עוד לפעול מכוחם של צווי התפיסה שנדונו בפני ועדת הערעור, שכן חלפה התקופה בה ניתן להחזיק במקרקעין מכוחם, בהתאם להוראות סעיף 6 לחוק. על פי הסעיף, מקרקעין שנתפסו לפי צו שהוצא

ביום 1.8.1952 או לאחר מכן לא יוחזקו במשך תקופה העולה על שלוש שנים.

9. המשיב 6, מנזר הנשים, מצטרף לטענות העותרים ומבהיר כי העתירה משקפת את עמדותיו. הוא מסביר כי לא ראה מקום להגיש עתירה משלו בעניין, בין היתר, נוכח שינוי שחל בייצוגו המשפטי ובשל יחסו האמביוולנטי לפנייה לערכאות שיפוטיות. מנזר הנשים מתנגד באופן עקרוני להקמת גדר. לדבריו, אם אין מנוס מכך, הרי שיש להקים את הגדר על "הקו הירוק" (הוא קו שביתת הנשק בין ישראל לירדן), ולחלופין לפי תוואי המועצה, שהוא בבחינת הרע במיעוטו. המנזר עומד על הזיקה הקיימת בינו לבין קהילתו שבאזור בית לחם ובית ג'אלה. לטענתו, הגדר תיצור נתק בין המנזר ובין אדמותיו המשמשות לפרנסתו. בנוסף, הוא טוען כי הגדר, על שעריה שיופעלו על ידי הצבא, תפגע בנוף ובאופיו של המנזר ותרתיע מפני שליחת ילדי הקהילה למוסדות החינוך שבו. עוד טוען המנזר כי הקמת הגדר עומדת בסתירה להסכמים שנחתמו בין ישראל לבין הוותיקן.

10. טענותיו של המשיב 7, מנזר הגברים, דומות במידה רבה לטענות מנזר הנשים. מנזר הגברים מדגיש במיוחד את הפגיעה שתיגרם בעקבות הותרתו בצד ה"ישראלי" של הגדר. לדבריו, הגדר תחצוץ בינו ובין מנזר הנשים והערים בית ג'אלה ובית לחם, שם מצויים קהילתו, עובדיו ומשרדיו של המסדר הסליסיאני, אליו הוא משתייך. הוא דורש כי כל אדמותיו ומתקניו יישארו מחוברים, כחטיבה אחת שלמה, ללא כל גדר שתפריד ביניהם ובין אזור בית ג'אלה. המנזר שולל את הטענות לפיהן הסכים להקמת הגדר בתוואי הנדון. לדבריו, בשנים 2005-2007 ניהלו נציגי הצבא מגעים עם נציגי המנזר לגבי התוואי המקורי של הגדר באזור, אך אלה לא הבשילו לכדי הסכם והמנזר הודיע כי הוא מתנגד להקמת גדר בכל תוואי באזור. מגעים אלה נוהלו, לדברי המנזר, עם דרג נמוך בו, תחת ההנחה שהקמת הגדר היא בבחינת עובדה מוגמרת, ותכליתם הייתה למצוא פיתרון לבעיות מעשיות הנובעות מכך. לטענת המנזר, לא התקיימו מגעים כלשהם בינו לבין מערכת הביטחון בנוגע לשינויים שנערכו בהמשך בתוואי. הוא מודה כי נציגיו ערכו בשנת 2014 סיור באזור עם נציגי מערכת הביטחון, אך לדידו, הסיור נועד להסדיר סוגיות אחרות ותוואי הגדר שלפנינו לא נדון במסגרתו.

11. המשיבים, לעומת זאת, סבורים כי יש לדחות את העתירה וסומכים ידיהם על פסק דינה של ועדת הערעור. הם מפרטים בהרחבה את השיקולים שעמדו ביסוד קביעת תוואי הגדר. במישור הביטחוני, מצוין כי הגדר נחוצה לשם הגנה על שכונת גילה שבירושלים, על כביש המנהרות, על הר גילה ועל אתרים אזרחיים במרחב ירושלים ולצורך סיכול חדירות לישראל של מפגעים ושוהים בלתי חוקיים. המשיבים מדגישים כי יש להשלים את בניית הגדר בהקדם ולחסום את הפירצה הביטחונית שנותרה בתוואי. לדבריהם, עד שלא תושלם הגדר בכל המרחב לא ניתן יהיה להפעיל באופן יעיל את התוואי שכבר נבנה באזור, שאורכו כעשרה וחצי ק"מ ועלותו למעלה מ-80 מיליון ש"ח. בנוסף, עומדים המשיבים על השיקולים הטופוגרפיים, האילוצים ההנדסיים וההיבטים הסביבתיים שהובילו לקביעת התוואי הנדון. בין היתר, הם מציינים כי התוואי שנבחר הוא התוואי הקצר ביותר האפשרי ויעילותו הביטחונית היא הגדולה ביותר. לטענתם, התוואי גובש בשיתוף המשיבה 9 (להלן – רשות הטבע והגנים), שחיותה דעתה כי זו החלופה הפוגעת בטבע ובנוף במידה הפחותה ביותר. לשיטתם, לתוואי זה יתרון נוסף, שכן הוא עובר בשטח המוניציפלי של ירושלים ולכן מאפשר הגנה על גבולות ישראל משטחה.

המשיבים אינם מתכחשים לפגיעה שתגרום הגדר לעותרים ולמנזרים, אך לדעתם הפגיעה מידתית והתיקונים שנעשו בתוואי מהווים מענה ראוי לה. הם סבורים כי שני השערים שיוצבו בגדר יפתרו את קשיי הגישה של תושבי בית ג'אלה לאדמותיהם שבישראל ומזכירים כי לתושבי איו"ש אין זכות מוקנית להיכנס לישראל. המשיבים טוענים כי המנזרים, שנמנעו מלעתור בעצמם, אינם יכולים להרחיב את יריעת המחלוקת שהציגו העותרים. לטענתם, התוואי גובש תוך הידברות עם המנזרים ובתיאום איתם. למרות זאת, לדבריהם, הם נענו לבקשת מנזר הנשים, ששינה דעתו וביקש להימצא בצד "האיו"ש של הגדר, ושינו את התוואי בהתאם. המשיבים טוענים כי השער בגדר שיופעל על ידי כוחות הביטחון יפתור את בעיות הגישה בין מנזר הנשים לבין אדמותיו ומנזר הגברים, ומביעים נכונות לגבש הסדרים מקילים למעבר הנזירים בין שני המנזרים. באשר למנזר הגברים, טוענים המשיבים כי הוא הביע רצונו ונתן הסכמתו, בהתנהגות ובמפורש,



לתוואי שמותיר אותו בצד "הישראלי" של הגדר, והוא מושתק מלטעון נגדו. המשיבים מדגישים כי תוצרתו של מנזר הגברים נמכרת בעיקר בישראל וכי ניתן להתמודד עם ההפרדה שתיווצר בינו לבין מנזר הנשים באמצעות שער יומי (היינו, הפתוח מידי יום) שיוצב בגדר. המשיבים מבקשים כי המועצה תימחק כמשיבה לעתירה ושוללים את התוואי שהוצע על ידה, תוך שהם עומדים בהרחבה על חסרונותיו בעיקר במישור הביטחוני וההנדסי. המשיבים מדגישים כי תוואי המועצה מכוון למעשה לשנות את תוואי הגדר באזור דרום עוטף ירושלים בכללותו, תוואי שרבים ממקטעיו כבר עמדו בביקורת שיפוטית, וזאת, להבדיל מהמקטע המצומצם נושא העתירה. לשיטתם, קבלת עמדת העותרים תחייב פירוק הגדר שכבר נבנתה, על העלויות הגבוהות הכרוכות בכך, ותצריך שיקום של הנוף ותפיסה נרחבת של מקרקעין. מהלך זה עלול לגרור, לדבריהם, הליכים משפטיים נוספים ולעכב את בניית הגדר, ותהיה בכך משום הפיכה של שורת החלטות ופסקי דין שניתנו בנוגע לתוואי הגדר באזור דרום עוטף ירושלים. לבסוף, דוחים המשיבים את הטענות לפיהן צווי התפיסה פקעו וטוענים כי התקופה בה נדון הערעור על הצווים אינה נכללת במניין הימים לתוקפם של הצווים לפי סעיף 6 לחוק.

12. המשיב 5, הוועד המקומי הר גילה, סבור כי יש לדחות את העתירה. הוא מדגיש את הצורך בהשלמת הגדר ובהכללת היישוב הר גילה בצד "הישראלי" של הגדר, נוכח המציאות הביטחונית באזור. המשיב 5 דוחה את הטענות לפיהן ביסוד התוואי שנבחר עמדו שיקולים זרים, וטוען כי העותרים לא הצביעו על תוואי חלופי לתוואי הנדון. עוד הוא מבקש כי המועצה תימחק כמשיבה לעתירה וכי לא יותר לה להציג חוות דעת מטעמה.

13. המועצה, מצידה, ביקשה להצטרף להליך כ"ידיד בית המשפט". היא מסכימה כי קיימת הצדקה ביטחונית להקמת הגדר באזור הנדון, אך לטעמה התוואי שהוצע על ידה עדיף על התוואי שקבעו המשיבים. טענותיה מתמקדות בביסוס טענה זו ובדחיית הטענות שהעלו המשיבים לגבי הקשיים הכרוכים בתוואי שהוצע על ידה. גם רשות הטבע והגנים ביקשה להצטרף כמשיבה לעתירה. חרף האיחור

בהגשת הבקשה ונוכח חשיבות הנושא, נענינו לבקשתה (ראו החלטתי מיום 9.6.2014). בתמצית, עמדתה היא כי בהיבט הסביבתי, התוואי שקבעו המשיבים, שלתכנונו היא הייתה שותפה, הינו בבחינת הרע במיעוטו והוא עדיף על תוואי המועצה.

14. ביום 7.8.2014, הורינו למשיבים לשקול אפשרויות שונות לפיהן שני המנזרים יימצאו בצד ה"פלסטיני" של הגדר (הנשיא א' גרוניס והשופטים נ' הנדל וע' פוגלמן). בתגובה, המשיבים הודיעו ביום 4.9.2014 כי בחנו את האפשרות להסיט את תוואי הגדר כך שבצד "האיו"שי" ייכללו גם היקב והמפעל שבמנזר הגברים. אולם, אפשרות זו נדחתה. זאת, בעיקר מטעמים ביטחוניים שעניינם קרבת הגדר לאתרים אזרחיים הומי אדם והעובדה שהדבר יחייב תנועה של כוחות הביטחון במורדות נחל גילה, תוך חשיפתם לסיכונים מכיוון הרכס השולט על התוואי שיימצא בצד "האיו"שי" של הגדר. לכך מצטרפים, לשיטתם, נימוקים סביבתיים והחשש כי הדבר יצריך תפיסת מקרקעין נוספים, מה שיעורר התנגדויות חדשות. תחת זאת, הציגו המשיבים שתי חלופות חדשות לתוואי הנדון. שתי החלופות מותירות, לדבריהם, את המנזרים בצד ה"איו"שי" של הגדר ומשמרות זיקה, רצף וחופש תנועה ביניהם. המשיבים מבהירים כי הם נכונים לדיאלוג עם המנזרים, אם יתנו את הסכמתם העקרונית לאחת מהחלופות המוצעות. בדיון שנערך לפנינו ביום 30.11.2014 הבהירו המשיבים כי אם לא תתקבל הסכמה לאף אחת מהחלופות, הם ידבקו בתוואי המקורי של הגדר.

לפי החלופה הראשונה, תוצב גדר משני צידי הכביש המחבר בין המנזרים, וזו תגיע עד לפתח מנזר הגברים (להלן – חלופת השרוויל). לפי ההצעה, הגישה ממנזר הגברים, שבצד "הישראלי" של הגדר, למנזר הנשים, שבצידה "האיו"שי", תהא חופשית. בכיוון ההפוך, תישמר הגישה בדומה למצב הקיים היום וכן תתאפשר תנועת אנשים לצורך עיבוד האדמות החקלאיות שבצד "הישראלי" של הגדר. המשיבים מדגישים כי תידרש רגישות מוגברת בעניין המעבר מאיו"ש לישראל והקפדה כי המעבר לא ינוצל לרעה (בלא ידיעת המנזר). לדבריהם, לאור האמון והכבוד שהם רוחשים למנזר, נכונים הם לאפשר לאנשיו לבצע את הבקרה בשער, תחת מערכת הביטחון. זאת, לצד אלמנטים ביטחוניים ומצלמות שיותקנו

בשער ושמירת האפשרות לביצוע ביקורות פתע ובידוקים ביטחוניים על ידי מערכת הביטחון. המשיבים סבורים כי חלופה זו היא אומנם פחות יעילה מבחינה ביטחונית מהתוואי נושא העתירה, אך היא עונה על הפגיעה במרקם החיים של המנזרים, באפשרה גישה נוחה בין המנזרים בלא צורך בבידוק על ידי כוחות הביטחון. לדבריהם, התוספת השולית של הפגיעה הסביבתית הכרוכה בחלופה זו היא נמוכה יחסית. המשיבים מציינים כי חלופה זו תחייב הוצאת צו תפיסה לשם בניית גדרות ה"שרוול" ובהמשך ייתכן שיידרשו הפקעה ושימוש במקרקעין לתקופה קצובה שעשויה להתחדש. הם דורשים כי הצדדים לעתירה יתחייבו להימנע מלהתנגד לפעולות אלה. בנוסף, מבהירים המשיבים כי אם יתעוררו התנגדויות בעקבות מהלכים אלה, הרי שיהא בכך לעכב את הקמת הגדר, ובמצב זה הם שומרים לעצמם את הזכות לשוב לתוואי המקורי עד תום בירור ההתנגדויות.

לפי החלופה השנייה, יוקף מנזר הגברים בגדר כך שהמנזר יישאר בצד "האיו"ש" שלה, בלא הפרדה ממנזר הנשים ומבית ג'אלה, בעוד שהיקב, המפעל ואדמות המנזר יישארו בצד "הישראלי" של הגדר. בגדר יוצב שער יומי לצורך מעבר עובדים, שיופעל על ידי גורמי הביטחון בתיאום עם המנזר (להלן – חלופת המעטפת). המשיבים סבורים כי יעילותה הביטחונית של חלופה זו גבוהה מחלופת השרוול והיא עונה על הצורך במעבר חופשי בין המנזרים ובנגישות של תושבי בית ג'אלה למנזר הגברים. לשיטתם, תוספת הפגיעה הסביבתית לפי חלופה זו גם היא נמוכה יחסית, אף שהיא גדולה מזו הטמונה בחלופת השרוול. המשיבים מציינים כי על פני הדברים, חלופה זו תחייב הוצאת צווי תפיסה נוספים וכנראה יידרשו גם הפקעת חזקה ושימוש במקרקעין לתקופה קצובה שייתכן ותתחדש. לפיכך, לדידם, התנאים להקמת חלופת השרוול שנזכרו לעיל רלוונטיים גם לחלופת המעטפת.

15. הצעות המשיבים נדחו על ידי מרבית הצדדים לעתירה. המנזרים סבורים כי שתי החלופות אינן ממלאות אחר החלטת בית המשפט ומהוות הפרה של ההסכמים בין ישראל לוותיקן. הם מתנגדים נחרצות לאפשרות כי הבידוק הביטחוני, לפי חלופת השרוול, ייעשה בידי מנזר הגברים ומסתייגים מכל פתרון שכרוך בהפרדה בין שני המנזרים ובינם לבין אדמותיהם ומתקניהם. מנזר הגברים,

מצידו, מסרב להתחייב כי לא יתנגד להוצאת צווי תפיסה או להפקעה בעתיד ושני המנזרים שבים ומביעים תמיכה בתוואי המועצה. מנימוקים דומים מתנגדים גם העותרים לשתי החלופות האמורות וטוענים כי אין בהן משום מענה לפגיעות בזכויותיהם שביסוד העתירה. המועצה סבורה אף היא כי שתי החלופות אינן ראויות ולדידה, בשתיהן נפגע באופן משמעותי האינטרס הביטחוני הישראלי. משכך, היא חוזרת ועומדת על יתרונותיה של החלופה שהוצעה על ידה. רשות הטבע והגנים תומכת, משיקולים סביבתיים, בתוואי נושא העתירה או בחלופת השרוול, ומתנגדת לחלופת המעטפת ולתוואי המועצה.

16. עוד יצוין, כי ביום 8.1.2015 הגישו העותרים בקשה להגשת ראייה חדשה. המדובר בהקלטה של ראיון שנערך עם ראש מועצת גוש עציון ועם מנהל בית ספר שדה בגוש עציון ושודר בחדשות ביום 27.12.2014. לטענת העותרים, מהדברים עולה כי חל שינוי בעמדת מועצת גוש עציון, אליה משתייך המשיב 5, והיא אינה תומכת עוד בתוואי הגדר באזור הנדון. משכך, לדעתם, יש לבחון האם כלל קיים צורך בהקמת הגדר. המנזרים מסכימים לבקשה, המועצה אינה מתנגדת לה ורשות הטבע והגנים מותירה את ההחלטה לשיקול דעת בית המשפט. המשיבים מתנגדים לבקשה. בתגובה, מזכירים העותרים כי במקרה אחר התייחס בית המשפט לדברים שפורסמו בתקשורת. ייאמר כבר עתה כי לא מצאנו מקום להיענות לבקשת העותרים להגשת הראייה החדשה. הראייה אותה מבוקש להגיש הינה פרסום בתקשורת, שכווחו הראייתי מוגבל למדי (ראו, למשל, בג"ץ 5144/12 דלאל נ' דגן (14.8.2012); בג"ץ 5296/12 תנועת נאמני הר הבית בא"י נ' היועץ המשפטי לממשלה (27.8.2012)). בנוסף, ממילא אין בראייה זו כדי לתרום באופן ממשי לענייננו. הדוברים בכתבה אינם מייצגים כל משיב בעתירה ואין בעמדתם כדי להשפיע על גורלה. מקרה זה אינו דומה כלל ועיקר למקרה אליו הפנו העותרים בתגובתם, שם הורה בית המשפט למשיבים להתייחס לדברים שאמר שר הביטחון, שהיה אחד המשיבים בעתירה, ואשר פורסמו באמצעי התקשורת, לגבי הכוונה להקים את גדר הביטחון באזור נושא אותה עתירה (בג"ץ 7612/12, 8716/12 מועצת הכפר בתיר נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית (החלטה מיום 23.11.2014)). התברר כי עמדת שר הביטחון הייתה, לגבי הקמת הגדר באזור המסוים דשם, כי ההקמה אינה מצויה

בסדר עדיפויות המצדיק את ביצועה באותה עת. על רקע זה הוחלט למחוק את העתירות תוך שלבעלי הדין נשמרו טענותיהם. לעומת זאת, בעניין דנא חוזרים המשיבים ומצהירים כי קיימת כוונה להקים את הגדר לעת הזו.

דיון והכרעה

17. כפי שצוין, על פי סעיף 6 לחוק, אין להחזיק מקרקעין שצו לתפיסתם הוצא לאחר 1.8.1952 לתקופה העולה על שלוש שנים. לטענת העותרים, תקופה זו חלפה זה מכבר. נוכח תוצאתו של הליך זה, לא ראינו מקום להרחיב בעניין. נעיר עם זאת, כי נראה שצו התפיסה טרם מומש במקרה זה ולכן לכאורה טרם חלפה התקופה של שלוש שנים שהיא התקופה המירבית של החזקה במקרקעין מכוח צו התפיסה. אפשר גם שיש להתעלם מן התקופה הארוכה בה התנהלו ההליכים בפני ועדת הערעור ובפני בית משפט זה. מכל מקום, נראה לכאורה שאין מניעה להפקיע את המקרקעין הרלוונטיים בהתאם לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (כפי שנעשה במקרה שבא בפני בית משפט זה בבג"ץ 2779/07 מועצת הכפר בתיר נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית (25.1.2012)).

18. הערה מקדמית נוספת נוגעת לעובדה שתוואי הגדר הנדון לפנינו עובר בחלקו באיו"ש ובחלקו בישראל, בתחום השיפוט המוניציפלי של ירושלים. לעובדה זו חשיבות מבחינת הדינים החלים על המקטעים השונים של הגדר. ההכרעה בשאלת חוקיות הגדר באיו"ש נעשית על יסוד בחינה דו-שלבית: בשלב הראשון נבחנת עצם הסמכות להקים את הגדר. לעניין זה, כבר נקבע כי המפקד הצבאי מוסמך להקים גדר ביטחון באיו"ש לשם הגנה על מדינת ישראל ואזרחיה, ובלבד שביסוד החלטתו שיקולים צבאיים-ביטחוניים, ולא שיקולים מדיניים-פוליטיים (ראו, לדוגמה, עניין בית טוריק, בעמ' 829-830; בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 493, 498, 546 (2005) (להלן – עניין מראעבה)). בשלב השני, יש לבחון את אופן הפעלת הסמכות ושיקול דעתו של המפקד הצבאי בקביעת תוואי הגדר (ראו, למשל, בג"ץ 4387/06 מועצת הכפר מסחה נ' ראש הממשלה, פסקה 15 (11.4.2010) (להלן – עניין מסחה)). הפעלת הסמכות להקים את הגדר צריכה להיעשות באופן מידתי וסביר, תוך איזון ראוי בין השיקול הביטחוני שביסוד הקמת הגדר לבין שיקולים נוספים, ובראשם זכויותיהם

של תושבי האזור, העלולות להיפגע כתוצאה מהקמת הגדר (ראו, עניין מדאעבה, בעמ' 503, 507-506; בג"ץ 10202/06 עיריית דאהריה נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית, פסקאות 11 ו-14 (12.11.2012) (להלן – עניין עיריית דאהריה)). אמת המידה המרכזית המשמשת את בית המשפט בבואו לבחון שאלות אלה היא עיקרון המידתיות (ראו, עניין בית סוריק, בעמ' 840; עניין מדאעבה, בעמ' 507). לגבי מקטעי הגדר המוקמים בישראל, כלל לא מתעוררת שאלת סמכותו של המפקד הצבאי. הסמכות בעניין זה נתונה למקבלי ההחלטות על פי הדין הישראלי הפנימי (ראו, עניין אלדאס, פסקאות 40-45). גם קביעת תוואי הגדר בישראל צריכה לעמוד בעקרונות של סבירות ומידתיות ולשקף איזון ראוי בין מכלול השיקולים הרלוונטיים, הדומים לשיקולים שנזכרו לעיל (ראו, למשל, שם, פסקה 45; בג"ץ 1676/09 מנכ"ל משרד הביטחון נ' מועצת הכפר קלנדיה, פסקה 19 (30.11.2011); בג"ץ 6193/05 וועד תושבי ראס חמיס נ' הרשות המוסמכת עפ"י חוק להסדר תפיסת מקרקעים, פסקאות 14-16 (25.11.2008) (להלן – עניין ראס חמיס); בג"ץ 1073/04 סלאמה נ' שר הביטחון, פסקאות 12-13 (6.8.2006) (להלן – עניין סלאמה)).

19. במקרה דנא, וכפי שנקבע במקרים קודמים, לא ניתן לומר כי ההחלטה בעניין הקמת הגדר נעשתה בחוסר סמכות. השאלה הנוגעת, אפוא, נוגעת לאופן הפעלת הסמכות ושיקול הדעת בקביעת תוואי הגדר. אמת המידה המרכזית להכרעה בשאלה זו הינה, כאמור, עיקרון המידתיות (לעמדה לפיה קיים דימיון בין עקרונות היסוד החלים על פי המשפט הבינלאומי על הקמת הגדר באיו"ש, ובין העקרונות החלים על פי הדין הישראלי על הקמת הגדר בשטח ישראל, ראו, עניין אלדאס, פסקה 46).

20. תוואי הגדר הנדון לפנינו, שאורכו כ-1,500 מטר, כרוך, כאמור, בפגיעה בזכויות. הפגיעות מקורן במעבר הגדר על קרקעותיהם של תושבי בית ג'אלה ושל המנזרים ובהפרדה שתיגרם בין גורמים אלה לבין אדמותיהם החקלאיות. פגיעות נוספות נעוצות בעובדה שמנזר הגברים צפוי להישאר בצד "הישראלי" של הגדר, שתחצוץ בינו ובין מנזר הנשים, בית ג'אלה ובית לחם, שם מצויים קהילתו, עובדיו

ומשרדי המסדר אליו הוא משתייך. כפי שציינו במהלך הדיונים בעתירה וכעולה מהחלטתנו מיום 7.8.2014, דעתנו איננה נוחה מהחלופה לפיה מנזר הגברים יימצא בעל כורחו בצד "הישראלי" של הגדר. אכן, מתקבל הרושם כי שני המנזרים תמכו, או למיצער לא התנגדו, בתחילה באפשרות כי יישארו בצד "הישראלי" של הגדר. המנזרים הצטרפו להליכים המשפטיים בשלב מאוחר, שנים לאחר הוצאת צווי התפיסה ולאחר שהחלו העבודות להקמת הגדר באזור. מנזר הגברים הצטרף להליך בוועדת הערעור רק בשנת 2012, למעלה משנה לאחר הצטרפותו לערעור של מנזר הנשים. בתקופה האמורה, עמדו נציגי מנזר הגברים בקשר עם נציגי המשיבים לצורך תיאום התוואי והתקיימו ביניהם מגעים מפורטים בעניין זה. בכלל זה, בשנת 2006 אף פנה מנזר הגברים לחברות ישראליות המספקות תשתיות מים, חשמל ושירותי טלפון לשם תיאום אספקת השירותים למנזר לאחר שזה יתנתק מהשירותים שהוא מקבל מהרשות הפלסטינית. מכל מקום, אפילו היינו מקבלים את הטענה כי דבק שיהוי בהתנהלות המנזרים, הרי בנסיבות העניין, איני סבור כי טעם זה לבדו מצדיק למנוע מהם מלהישמע ומלהעלות טענותיהם בהליך. זאת, נוכח הפגיעה שעשויה להיגרם להם ובהתחשב באינטרס הציבורי כבד המשקל הכרוך בעתירה (השוו, ע"מ 867/11 עיריית תל-אביב-יפו נ' אי.בי.סי ניהול ואחזקה בע"מ, פסקה 27 (28.12.2014); עניין מסחה, פסקאות 12-14). מהתנהלות המשיבים בהליך דנא עולה כי גם הם מבינים את הצורך להביא בחשבון את עמדת המנזרים. הדבר בא לידי ביטוי בנכונותם הראויה לציון לערוך שינויים בתוואי הגדר, לבחון חלופות לתוואי ולהוסיף ולקיים דיאלוג עם המנזרים. זאת, על מנת לצמצם את הפגיעה במנזרים ובתושבים המוגנים.

21. לעניין זה, הועלו על ידי בעלי הדין חלופות שונות לתוואי נושא העתירה, שתכליתן להבטיח את הימצאות שני המנזרים בצד "האיו" של הגדר. עם זאת, כאמור, חרף המאמצים להגיע לעמק השווה, עד כה, הם לא צלחו. תוואי חלופי אחד שהוצע, כאמור, הוא תוואי המועצה. יצוין, כי בחירת המועצה למשוך את תצהירה בדיון בפני ועדת הערעור ולהימנע מלהעמיד את התוואי המוצע לבחינת הוועדה, אומנם מעוררת קושי. אולם, בנסיבות העניין סברנו כי אין בכך כדי לשלול את הצגת תוואי המועצה בהליך שבפנינו, וזה אכן הוצג בפנינו בהרחבה.

לאחר בחינת תוואי המועצה, הגענו לכלל מסקנה כי אין הוא מקיים את התכליות הביטחוניות שביסוד הגדר באותה מידה כתוואי שקבעו המשיבים. בהחלטתנו זו ניתן משקל רב להתנגדותם המפורטת של המשיבים לתוואי זה. זאת, הואיל ומדובר בשאלה שכל כולה בתחום ההערכה והמומחיות הביטחוניים, ובהינתן שהמשיבים הם בעלי הידע והנושאים באחריות בהקשר זה (ראו, למשל, עניין מסחה, פסקה 22; עניין בית סוריק, עמ' 842-844, 846; בג"ץ 8414/05 יאסין נ' ממשלת ישראל, פסקה 29 (4.9.2007); עניין וולג'ה, פסקה 14; עניין אלדאם, פסקה 48). בענייננו, לא הצליחו העותרים להרים את הנטל הכבד של הפרכת חוות דעתם של המשיבים ולשכנע כי יש להעדיף את התוואי המוצע על ידי המועצה על פני התוואי שקבעו המשיבים. נוכח האמור, אין בידינו לקבל את הטענה כי תוואי המועצה מהווה חלופה ראויה לתוואי הנדון בעתירה דנא.

22. להבדיל מתוואי המועצה, שתי החלופות הנוספות (חלופת השרוול וחלופת המעטפת) הוצעו על ידי המשיבים, בעקבות החלטתנו מיום 7.8.2014. בחלופות אלה טמונה, לפחות לכאורה, פגיעה פחותה במנזרים ובנזקים לשירותיהם, נוכח הכללת מנזר הגברים בצד "האיו"ש" של הגדר. בנוסף, המשיבים – שהם, כאמור, הנושאים באחריות הביטחונית בעניין זה – סבורים כי חלופות אלה ממלאות במידה מספקת אחר התכליות הביטחוניות שביסוד הגדר. בנסיבות אלה, לא שוכנענו כי לא ניתן להקים את הגדר בתוואי שיאפשר השגת התכלית הביטחונית שביסודה, אך אשר יפגע פחות בזכויות המנזרים והתושבים המוגנים. בפרט נותר בליבנו ספק האם לא קיימת אפשרות להקמת הגדר בתוואי שלא יחייב את הימצאות מנזר הגברים בצד "הישראלי" של הגדר, על הפגיעות הכרוכות בכך בזכויותיו ובזכויות בני קהילתו, תושבי האזור. עם זאת, בשלב זה ולאור המידע שהוצג בפנינו, אין באפשרותנו להכריע בשאלה האם אכן מדובר בחלופות ממשיות ובנות קיימא לתוואי הנדון. זאת, הואיל והתנאים המקדמיים למימוש חלופות אלה לא התמלאו. כאמור, לא התקיימו התנאים שהציבו המשיבים לביצוען של שתי החלופות שהוצעו על ידן, ובראשם קבלת הסכמת המנזרים והתחייבות להימנע מלהתנגד לפעולות הכרוכות בכך. המנזרים מתנגדים לשתי החלופות וגם העותרים ורשות הטבע והגנים מסתייגים מהן. בנוסף, צוין כי הקמת הגדר לפי שתי החלופות הנ"ל עלולה



לחייב הוצאת צווי תפיסה נוספים וכן הפקעה ושימוש במקרקעין נוספים לתקופה קצובה. בשלב זה טרם הובהר האם הדבר אכן יידרש והאם מהלכים אלה עתידים לפגוע בזכויותיהם של גורמים נוספים שעמדתם טרם נשמעה ואשר אינם צד להליך דנא (השוו, עניין ראס חמיס, פסקה 23; עניין סלאמה, פסקה 16). לאור כל זאת, אין זה ברור מה מידת היתכנותן וישימותן של שתי החלופות שהוצעו על ידי המשיבים. משכך, בנקודת הזמן הנוכחית לא ניתן להעריך את סבירותן של חלופות אלה או לחוות דעה נחרצת בשאלת מידתיותן.

23. לאור האמור, אין אנו רואים מקום להביע, בשלב זה, עמדה מחייבת בשאלה האם אכן מדובר בחלופות ראויות. לעת הזו די אם נציין כי על פני הדברים, חלופת השרוול, ובמיוחד האפשרות להפקיד את הבידוק הביטחוני בשער מנזר הגברים בידי המנזר, מעוררת קשיים ניכרים. זאת, משיקולים ביטחוניים, משיקולים מעשיים ומטעמים הנוגעים להקניית סמכות פיקוח לעובדי המנזרים. השאלה האם חלופת המעטפת הינה אפשרות בת קיימא, לא התבררה בפנינו די צורכה, ובהיעדר פרטים נוספים בעניין זה, לא ניתן להכריע בשאלה זו באופן נחרץ. לטעמנו, על המשיבים לשוב ולבחון האם ניתן לגבש תוואי חלופי לגדר, שיאפשר את הימצאותו של מנזר הגברים בצד "האיו"שי" שלה. יש להבהיר, כי אין כוונתנו כי עליהם לפעול בהכרח על פי החלופות שהוצעו בהליך דנא. כידוע, יישום מבחני המידתיות אינו מוליד בהכרח תוצאה "נכונה" אחת בלבד. בפני הרשויות עשויות לעמוד מספר אפשרויות פעולה, שיימצאו כולן ב"מתחם המידתיות" והבחירה ביניהן נתונה בידיהן. ויוזכר, כי ממילא כל תוואי שייבחר על ידי המשיבים יהא כפוף לביקורת שיפוטית. לעניין זה, יפים דבריו של הנשיא א' ברק בעניין מדאעבה, בעמ' 555, שנאמרו אומנם בהקשר מעט שונה, לפיהם:

"ומה הדין אם בחינת תוואי חלופי תוביל למסקנה כי התוואי היחיד המעניק את מינימום הביטחון הדרוש הוא התוואי הקיים? כי בלעדיו אין ביטחון לישראלים; כי עמו יש פגיעה קשה במרקם החיים של תושבי הכפרים? מה הדין במצב דברים זה (הפעלה "מוחלטת" של המידתיות במובן הצר: פרשת בית סוריק, בעמ' 840)? זו הקשה שבשאלות. ... כיצד נפתור קושי זה בפרשה שלפנינו? נראה לנו כי טרם הגיעה העת להתמודד עם קושי זה, ואולי העת אף לא תגיע כלל. יש לקוות כי בחינת התנאי השני של מבחן המידתיות תאפשר שינוי

בתוואי הגדר, ברוח הערותינו, באופן שיימצא תוואי חדש אשר פגיעתו בחיי התושבים המקומיים תהא פחותה בהרבה מזו הנגרמת על ידי התוואי הנוכחי..."

24. נוכח קביעתנו האמורה, אין מקום להכריע בעת הזו בשאלה האם יתר הפגיעות הכרוכות בהקמת הגדר הן מידתיות. כוונתי במיוחד לפגיעה הנובעת ממעבר הגדר בקרקעותיהם של תושבי בית ג'אלה והמנזרים ומהפרדתם של גורמים אלה מאדמותיהם. ממילא האפשרות לבחון פגיעות אלה מוגבלת במידה רבה נוכח מסקנתנו כי דרושה בחינה מחודשת של תוואי הגדר. זאת, היות שכל שינוי שיעשה בתוואי עשוי להשפיע גם על מידתיות הפגיעות האמורות. כך, למשל, השינויים שייתכנו בתוואי הגדר עשויים להביא לשינוי גם בהסדרי המעבר לאדמות העותרים והמנזרים. בהקשר זה, נעיר כי מובן שיש לעשות את מירב המאמצים על מנת לצמצם את הפגיעה בתושבי האזור, בנזירים ובעובדי המנזרים. יש לקוות כי גם בהיבט זה יתקיים שיתוף פעולה בין הגורמים הרלוונטיים על מנת להגיע להסדר שיאפשר גישה נוחה ככל האפשר בין המנזרים, תושבי האזור ואדמותיהם (בסוגיית הסדרי המעבר, ראו, למשל, בג"ץ 11344/03 סלים נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פסקאות 41-43 (9.9.2009); בג"ץ 1882/08 נאצר נ' ממשלת ישראל, פסקה 23 (17.8.2010); עניין מסחה, פסקאות 24-25; עניין בית סוריק, עמ' 851-854; עניין אלדאס, פסקה 55).

25. במסגרת הבחינה מחדש יש, כמובן, לתת את הדעת אף על מרכיב הזמן. כפי שראינו, ההליכים בפני ועדת הערעור נמשכו כשבע שנים. אם יהא צורך להוציא צו או צווי תפיסה חדשים לעניין תוואי שונה של הגדר ואם הנוגעים בדבר יתנגדו לצווים ויפנו לוועדת הערעור, כפי שהם זכאים לעשות, הרי יהא מקום לשקול בכובד ראש עניין זה. צו התפיסה הרלוונטי הראשון הוצא עוד בשנת 2006, היינו לפני כתשע שנים. אין לקבל שהוצאתו של צו חדש תגרור את העניין לתקופה ארוכה נוספת. בסופו של דבר, ומאחד שמדובר בגדר שבאה להגן על תושבי ישראל, יש משקל לתקופה שעלולה לחלוף בלא שהגדר הושלמה.

(בדימ')

השופט ע' פוגלמן:

חברי, הנשיא (בדימ') א' גרוניס, מצא כי על המשיבים לשקול מחדש את תוואי גדר ההפרדה במקטע נושא העתירה, באופן שלא תהיה חציצה בין מנזר האחיות סיליזיאן לבין מנזר האחים סיליזיאן. להשקפתי, על אף ממד הזמן שעליו עומד חברי הנשיא, אין מגוס משינוי התוואי בהיבט הממוקד שעליו עומד חברי ומטעמיו, באופן שימנע ניתוק הרצף הטריטוריאלי בין המנזרים – בינם לבין עצמם – ואף אין להפריד בינם לבין הקהילות הנוצריות המקומיות בבית ג'אלה ובבית לחם (ודוקו: איני קובע מסמרות בשלב זה בהתייחס לשאלת ההפרדה האפשרית בין המנזרים לבין הקרקעות החקלאיות המעובדות על ידי אנשי המנזר). במובן זה מסכים אני כי הצו על תנאי הפוך למוחלט.

לכך אוסיף כי שותף אני לקביעת חברי כי אין עילה להתערב בשיקול דעת המפקד הצבאי אשר לא ראה לקבל את התוואי המוצע על ידי המועצה לשלום ובטחון בשל כך שיש בו, להשקפתו, חסרונות ביטחוניים מובהקים, בפרט בהיבט של העדר מרחב התרעה יעיל, בשל הסמיכות היתרה של התוואי לפאתי שכונת המגורים גילה. אין באמור כדי לשלול את תפיסתה העקרונית של המועצה ואת משקלה של חוות הדעת. אולם – בלשונו של הנשיא א' ברק – "ענין לנו בשתי גישות צבאיות. לכל אחת מהן מעלות וחסרונות בתחום הצבאי. במצב דברים זה עלינו להניח את חוות-דעתו של המפקד הצבאי ביסוד פסק-דיננו" (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 845, 807 (2004)).

ש ו

פ ט

השופט נ' הנדל:

הנני מסכים לפסק דינו של חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס ולהערת חברי

השופט ע' פוגלמן.

ש ו

פ ט

אשר על כן, אנו עושים את הצו על תנאי למוחלט אך במובן הבא: על המשיבים לשקול מחדש, בהקדם, את החלופות השונות של תוואי גדר ההפרדה במקטע נושא העתירה. לא ייעשה צו להוצאות.

ניתן היום, י"ג בניסן התשע"ה (2.4.2015).

ש

ש ו פ ט

ה נ ש י א (בדימ')

ו פ ט