

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4825/04

בג"ץ 4938/04

בפני :

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המישנה לנשיא (בדימ') מ' חשין
כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט י' עדיאל

העותרים בבג"ץ 4825/04 :

1. מחמד חאלד עליאן
2. עאד אחמד חוסין מוראד
3. סעדה מחמד יוסף עבד אלכרים
4. בהיה עיד מוחמד עבד אלכרים
5. נשמיה מחמד יוסף עבד אלכרים
6. מונה חסן שחאדה עווד
7. חאבס עלי מחמד עבד אלכרים
8. מוחמד חסן שאכר עווד
9. האגודה לזכויות האזרח בישראל

העותרים בבג"ץ 4938/04 :

1. מועצת הכפר שוקבא
2. קדח פח'רי
3. חמידה קדח
4. ת'אבת סעדי
5. שלש מחמוד עבד אלסתאר
6. שלש אחמד עבד
7. שחדה סלים עבד אלחפאז
8. אסמאעיל שלש
9. סעדאת מוחמד מוצטפא שלש
10. מסרי מוחמד חסן נימר

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 4825/04 :

1. ראש הממשלה
2. שר הביטחון
3. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון
4. תנועת גדר לחיים-להקמת גדר ההפרדה

- המשיבים בבג"ץ 4938/04 :
 1. ממשלת ישראל
 2. מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית
 3. תנועת גדר לחיים-להקמת גדר ההפרדה

עתירות למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה : ל' בניסן התשס"ה (09.05.2005)

בשם העותרים בבג"ץ 4825/04 : עו"ד רונית רובינסון ; עו"ד דן יקיר ;
 עו"ד לימור יהודה

בשם העותרים בבג"ץ 4938/04 : עו"ד מוחמד דחלה

בשם המשיבים 1-3 בבג"ץ 4825/04 והמשיבים 1-2
 בבג"ץ 4938/04 : עו"ד אסנת מנדל ; עו"ד אבי ליכט ;
 עו"ד אורית קורן

בשם המשיבה 4 בבג"ץ 4825/04
 והמשיבה 3 בבג"ץ 4938/04 : עו"ד אילן ציאון ; עו"ד עדי ברוך

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

בודרוס ושוקבא הם שני כפרים פלסטינים מערבית לרמאללה, הסמוכים למודיעין (להלן: "הכפרים"). אדמותיהם נושקות לקו הגבול של אזור יהודה ושומרון, כדי כמה עשרות מטרים ממנו. על פי צווים של המפקד הצבאי, נתפסה החזקה בשטחים מאדמות הכפרים להקמת גדר ההפרדה. העותרים הינם תושבי הכפרים שאדמותיהם נתפסו. הם טוענים כי תוואי הגדר באזור אינו חוקי. טענתם נסמכת בין היתר על פסקי הדין בפרשת בית סוריק (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807) ובפרשת אלפי מנשה (בג"ץ 7957/04 זהראן יונס מוחמד מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם)), ועל חוות הדעת המייעצת של בית-הדין הבינ-לאומי בהאג (Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion (International Court of Justice, July 9,

(2004) 43 IL M 1009 (2004). האם תוואי גדר ההפרדה באזור הכפרים בודרוס ושוקבא הוא כדין - זו השאלה הניצבת לפנינו כעת.

הרקע לעתירות

1. בספטמבר 2000 פרצה האינתיפאדה השנייה. מתקפת טרור עזה נחתה על ישראל ועל הישראלים שבאזור יהודה ושומרון וחבל עזה. מרבית פיגועי הטרור הופנו כלפי אזרחים. הם פגעו בגברים ונשים, בזקנים ובטף. משפחות שלמות איבדו את יקיריהן. למעלה מאלף ישראלים קיפחו את חייהם. אלפים נוספים נפצעו; רבים מהם הפכו נכים קשים. איום הטרור הפך ממשי במיוחד. גם בצד הפלסטיני גרם העימות המזוין להרוגים ופצועים רבים. השכול והכאב שוטפים אותנו.

2. על רקע זה התגבש הרעיון להקים גדר הפרדה באזור יהודה ושומרון (ראו: פרשת בית סוריק ופרשת אלפי מנשה). חלק מהגדר עובר באזור הכפרים בודרוס ושוקבא. אזור זה הינו רגיש מבחינה ביטחונית. הוא מהווה נתיב חדירה אפשרי לישראל. סמוך לו, ובתוך שטחי מדינת ישראל, ממוקם בסיס צבאי מרכזי ("מחנה אדם") ובמרחק קטן משם עובר כביש 443, ציר תנועה עיקרי המחבר את ירושלים וישובי אזור מודיעין אל מרכז הארץ.

3. לצורך הקמת הגדר באזור בודרוס ושוקבא נתפסה החזקה באדמות פרטיות של תושביהם. אדמות אלו נמצאות בבעלות תושבים מעטים, וממשות אותם לפרנסת משפחתם המורחבת, פעמים כמקור מחיה יחיד. התושבים עותרים כנגד תפיסת הקרקע. העתירה בבג"ץ 4825/04 (עתירת בודרוס) מכוונת כנגד צו בדבר תפיסת מקרקעין מס' 42/04 ת' (תיקון גבולות) (יהודה ושומרון), התשס"ד-2004, מיום 26.08.2004, התופס קרקעות באזור בודרוס (להלן: צו התפיסה לאזור בודרוס). צו זה מתקן צו תפיסה קודם, מיום 29.04.2004. העתירה בבג"ץ 4938/04 (עתירת שוקבא) מכוונת כנגד צו בדבר תפיסת מקרקעין 26/04 ת' (יהודה ושומרון), התשס"ד-2004, מיום 11.03.2004, התופס קרקעות באזור שוקבא (להלן: צו התפיסה לאזור שוקבא). בשתי העתירות השטח הנתפס מצומצם יחסית בהיקפו, תוך שנותרות קרקעות פרטיות שאינן משמשות למגורים בצידה המערבי של הגדר. נגרמת פגיעה במטעי זיתים, עצי תאנה ושטחי גידול. בשתי העתירות מבססים המשיבים את הצורך בתפיסה בשיקולים ביטחוניים הנוגעים לתוואי השטח, לצד שיקולים נקודתיים אחרים.

עתירת בודרוס

4. בבודרוס מתגוררים כ-1,500 תושבים. השטח הכולל של אדמותיו, על פי נתוני המשיבים, הינו 2,258 דונם. בסמוך לכפר, ובתוך תחומי מדינת ישראל, נטוע יער בן-שמן. היער מקשה על איתור מחבלים החודרים מכיוונו. תוואי מקורי שתוכנן למעבר הגדר באזור הכפר, ואושר בהחלטת הממשלה מאוקטובר 2003, שונה קודם להגשת העתירה, ופעמים נוספות לאחר הגשתה ולפני מתן פסק הדין בפרשת בית סוריק, באופן המקטין את הפגיעה בעותרים. על פי התוואי הנוכחי, החלק הארי של הגדר במרחב עובר בשטח ישראל, בתוך יער בן-שמן. ברם, התוואי הנוכחי חודר גם לאדמות הכפר, לעומק מירבי של כ-170 מטרים מעבר לקו הגבול של אזור יהודה ושומרון. לפי צו התפיסה לאזור בודרוס, הקמת הגדר חייבה תפיסת רצועת קרקע ששטחה הכולל כ-45 דונם, ורוחבה המירבי כ-60 מטרים בתקופת ההקמה ו-40-50 מטרים לאחריה. לרצועה זו יש להוסיף כ-42 דונם מאדמות הכפר הנותרים מערבית לגדר. שטחים אלו אינם משמשים למגורים, ואין בהם תושבים פלסטינים. התפיסה נעשית בשיפוליהן המזרחיים של שתי גבעות, תוך שראשיהן נותרים מערבית לגדר. הקמת הגדר בגבעה הצפונית מביניהן חייבה פגיעה במספר עצי זית והותירה מערבית לגדר מטע זיתים שניטע ככל הנראה בתוך שטח ישראל. הקמת הגדר בגבעה הדרומית מבין השתים חייבה העתקת כ-40 עצי זית ועקירת 16 עצי תאנה. בנוסף, כ-80 עצי זית נוספים, הנטועים על אדמות הכפר, נותרו מצידה המערבי של הגדר.

עתירת שוקבא

5. אדמות שוקבא מצויות צפונית לאלו של בודרוס. שטחם הכולל, על פי נתוני המשיבים, הינו 13,183 דונם. הקמת הגדר באזור נתקלה בקשיים טכנוניים, לאחר שהתברר כי התוואי המקורי שתוכנן עובר במרכזו של אתר ארכיאולוגי מימי בית שני (ח'רבת דסרה). במקום שרידים של עיר יהודית מימי בית שני, הממוקמת על תל נישא ושולט, שהוכרזה כאתר עתיקות בשנת 1944 (ראו: תוספת מס' 2 לעתון הרשמי גליון מיוחד מס' 1375 מיום 24 בנובמבר 1944). המשיבים בחנו מספר חלופות על מנת למנוע פגיעה בעתיקות. תוואי העוקף את האתר ממערב נפסל על ידם, שכן הוא נשלט טופוגרפית מכיוון התל. תוואי אחר העוקף את האתר ממזרח נפסל אף הוא, לאחר שהתברר כי הפגיעה במטעי הזיתים של הכפר צפויה להיות משמעותית. לבסוף נבחר תוואי שלישי, העובר בתוך האתר הארכיאולוגי אך לא במרכזו. בתכנון תוואי זה ניסו המשיבים לאזן בין הצרכים המבצעיים, ההנדסיים והארכיאולוגיים לבין הפגיעה

בעותרים. התוואי שנבחר על ידי המשיבים עובר בתוך שטחי הכפר, במרחק מירבי של כ-500 מטרים מקו הגבול של אזור יהודה ושומרון. לטענת המשיבים, הקמתו חייבה העתקת 130 עצי זית וכריתת מספר עצי תאנה, שניטעו בשטחו של האתר הארכיאולוגי שלא כדין לאור הוראת סעיף 10(ב) לחוק העתיקות הירדני, מס' 51 לשנת 1966 [נוסח משולב]. בצידה המערבי של הגדר נותרו לשיטת המשיבים כמה עשרות עצי זית, שניטעו גם הם, ברובם, בשטח ח'רבת דסרה. סך השטח שנתפס בתוואי הגדר הינו 121 דונם, הנפרסים על פני קילומטר וחצי. בנוסף, 510 דונם נותרים מערבית לגדר, מתוכם כ-194 דונם בבעלות פרטית של תושבי שוקבא. לפי העותרים, השטח הכולל של אדמותיהם שנותרו מערבית לגדר, כמו גם מספר העצים שנותרו שם ומספר עצי הזית שהעתיקו המשיבים, גדולים באופן משמעותי מהאמור בהודעות המשיבים.

טענות הצדדים

6. טיעונם המשפטי של העותרים הוא כי הצווים הוצאו שלא כדין, וזאת בהתחשב בחובות מהמשפט החוקתי והמנהלי הישראלי הפנימי ובהוראות המשפט הבינלאומי הפומבי הנוגעות בדבר. העותרים עמדו בפנינו על הפגיעה בזכויות הקניין, העיסוק והתנועה, הטמונה בגדר. במסגרת זו הדגישו כי לפחות עבור חלקם, משמשות האדמות שבצו התפיסה וממערבה לו מקור פרנסה יחיד, ואין להם אדמות נוספות. עוד נטענה בפנינו טענת היעדר מידתיות, לפיה ניתן היה להתוות תוואי חלופי לגדר, שיהיה בו כדי להגשים את התכלית הביטחונית, ללא צורך בתפיסת מקרקעין של תושבי הכפרים. בעתירת בודרוס, מציעים העותרים כי התוואי יעבור לאורך שיא רכס הגבעות, על קו הגבול של אזור יהודה ושומרון, או ממערבה לו. לשיטתם, לתוואי חלופי זה קיימים אף יתרונות מבצעיים על התוואי המתוכנן, שכן בזה האחרון נפלו פגמים כגון גובה הנמוך בכ-20-30 מטרים מגובה הכפר או קירוב כדי 50 מטרים לבתי הכפר הסמוכים לגבעה הדרומית. בעתירת שוקבא, מציעים העותרים כי התוואי יעבור בתוך שטח ישראל על גבעה הנמצאת מערבית לח'רבת דסרה. לבסוף, מעלים העותרים טיעונים נוספים בדבר הפרת כללי הצדק הטבעי, שעיקרם אי-מתן זכות טיעון ראויה והוגנת בנסיבות העניין.

7. המשיבים מצידם דוחים את טענות העותרים. טענתם היא כי צווי התפיסה הוצאו כדין בהתחשב בהוראות המשפט הפנימי והמשפט הבינלאומי הפומבי, והם עומדים באמות המידה שנקבעו בפסיקה. ביחס לעתירת בודרוס, טוענים המשיבים כי התוואי החלופי שמציעים העותרים הינו נחות מבחינה מבצעית, באשר הוא חושף את החיילים והופך את הפגיעה בהם מכיוון הכפר לקלה יותר. עוד הם מציינים כי הקמת הגדר בתוואי זה תהיה מורכבת בהרבה מן הבחינה ההנדסית. גם התוואי המוצע ביחס

לעתירת שוקבא נדחה על ידי המשיבים מטעמים מבצעיים. זאת, משום שמעבר התוואי על גבעה מערבית לח'רבת דסרה אינו מאפשר תצפית טובה לכיוון מזרח. בשתי העתירות, ציינו המשיבים כי הוספו שערים חקלאיים שיאפשרו גישה לאדמות העותרים שנותרו מערבית לגדר. כן ציינו המשיבים כי ישולמו לבעלי המקרקעין דמי שימוש ופיצויים, וכי יסכימו להעתיק עצי זית למקום שיבחרו התושבים.

הדיון בעתירות

8. דיון ראשון בעתירות התקיים ביום 03.06.2004. החלטנו (הנשיא ברק, המשנה לנשיא מצא והשופט חשין) כי הדיון בהן ידחה עד למתן ההחלטה בפרשת בית טוריק. עוד רשמנו לפנינו את הודעת המשיבים מאותה עת, כי עד למתן פסק הדין באותה פרשה, המשך העבודות לא יהא כרוך בעקירת עצים או בנזק שאינו הפיך. בדיון שהתקיים לאחר מתן פסק הדין בפרשת בית טוריק, ביום 19.08.2004, הוחלט ליתן צווים על תנאי המורים למדינה ליתן טעם מדוע לא יתוקן תוואי גדר ההפרדה המתוכנן באזור דרום מערב הכפר בודרוס כך שלא יעבור על קרקעות הכפר וכן מדוע לא יבוטל צו תפיסת המקרקעין באזור שוקבא ומדוע לא יבוטל או ישונה התוואי שנקבע לשם הקמת הגדר באזור זה. כן הוחלט שלא להוציא צו ביניים. ברם, לאחר שהתברר כי בהודעות המשיבים בעתירת בודרוס נפלו טעויות ביחס למספר העצים שבשטח תוואי הגדר המתוכנן וביחס להיקף השטח הנדרש בתפיסה זמנית לצורך הקמתה, החליט המשנה לנשיא מצא (ביום 28.10.2004) להוציא צו ביניים ארעי המורה למשיבים להימנע מעקירה (או העתקה) של עצים בתחום תוואי הגדר נשוא הבקשה, או חסימת הגישה אליהם. צו ביניים זה בוטל בהחלטתנו מיום 31.05.2005, מאחר שמצאנו שללא השלמת הקטע האמור תסוכל הפעלת הגדר במרחב כולו, ולאחר שהמשיבים צמצמו את הנזק שיגרם לעותרים. לפיכך, בשתי העתירות לא עומד היום צו ביניים בתוקף, והגדר באזור הושלמה. ביום 06.03.2005 החלטנו על הרחבת המותב בשתי העתירות לתשעה שופטים. עם מתן פסק הדין בפרשת אלפי מנשה (מיום 15.09.2005), ביקשנו כי הצדדים יגישו את עמדותיהם העדכניות בעתירה לנוכח האמור בפסק הדין. כן קיימתי (ביום 15.02.2006) דיון תזכורת שיוחד כולו לקבלת מידע על דבר השערים החקלאיים ומשטר ההיתרים, כפי שהם מופעלים באזור נשוא העתירות. הגיעה העת להכריע בעתירות לגופן.

סמכותו של המפקד הצבאי

9. המתווה הנורמטיבי לדיון בעתירה שלפנינו הונח באופן מפורט בפרשת בית סוריק ובפרשת אלפי מנשה. קבענו שם כי על פי דיני התפיסה הלוחמתית, מוסמך המפקד הצבאי להורות על הקמת גדר הפרדה באזור יהודה ושומרון, ולתפוס לשם כך חזקה במקרקעין השייכים לתושבים פלסטינים. סמכות זו קמה רק כאשר הטעם המונח ביסוד הקמת הגדר הינו בטחוני-צבאי. אין המפקד הצבאי מוסמך להורות על הקמת גדר הפרדה אם השיקול להקמתה הינו מדיני-פוליטי, שעניינו גבולה של ישראל (פרשת בית סוריק, עמ' 828; פרשת אלפי מנשה, פסקה 15). על-פי תקנה 52 לתקנות האג, נדרש שהתפיסה תהיה לצורכי הצבא (needs of the army of occupation). על-פי סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית, נדרש כי התפיסה תהיה לצורכי צבא נחוצים בהחלט (absolutely necessary by military operation). אכן, עד כמה שהקמת הגדר היא צורך צבאי חיוני, אין בעצם הפגיעה בקניין הפרטי כדי לשלול את הסמכות להקימה (פרשת בית סוריק, עמ' 832).

10. העותרים טוענים כי ביסוד הקמת הגדר באזור שוקבא עומד שיקול מדיני (ראו פסקה 30 לעתירת שוקבא). לטענה זו אין בידינו להסכים. מתוך הנתונים שהובאו בפנינו, אין אנו מוצאים סיבה להניח כי מטרת הקמת הגדר הינה מדינית ולא ביטחונית. אכן, בדומה למסקנתנו בפרשות בית סוריק ואלפי מנשה, מצאנו כי ההחלטה על הקמת הגדר נפלה לאור מציאות הטרור הקשה אשר פוקדת את ישראל מאז ספטמבר 2000. כך גם לא הרימו העותרים את הנטל המוטל עליהם להראות כי שיקוליו של המפקד הצבאי בקביעת מתווה גדר ההפרדה אינם שיקולים צבאיים (ראו פרשת בית סוריק, עמ' 831). בעניין זה עמד לפנינו, בין השאר, תיאור התנהלותם של המשיבים, אשר בחנו חלופות שונות לתוואי הגדר במטרה לצמצם את הפגיעה בתושבים, ואף שינו לא פעם את התוואי המתוכנן בהתאם להשגות שהועלו בפניהם. כן עמדו לפנינו תצהירים של אלוף משנה במילואים דן תרזה, ראש מינהלת "קשת צבעים" בפיקוד מרכז, העוסק בתכנון הגדר, בהם פורטו השיקולים שעמדו ביסוד בחירת התוואי וכן העובדה כי חלק ניכר מתוואי הגדר באזור הכפרים עובר בתוך שטח ישראל. לנוכח כל אלה, מסקנתנו היא שהטעם להקמת הגדר הוא ביטחוני. טוענים העותרים כי הצורך הביטחוני איננו עולה כדי "צורך צבאי נחוץ בהחלט". גם טענה זו אין אנו יכולים לקבל. השאלה אם תפיסת חזקה במקרקעין "דרושה בהחלט לפעילות צבאית" נתונה בשלב ראשון להכרעתו של המפקד הצבאי (השוו פרשת אלפי מנשה, פסקה 16). אך ניתנת היא, כמובן, לביקורת שיפוטית של בית משפט זה. לא מצאנו פגם בשיקול דעתו של המפקד הצבאי בהקשר

זה. עמדנו על הנסיבות שברקע ההחלטה להקמת הגדר. התכנית להקמת גדר ההפרדה התגבשה על רקע מתקפת הטרור הקשה והארוכה ממנה סובלת ישראל בשנים האחרונות והנמשכת גם בימים אלה. הגנה מפני הטרור הרצחני הינו צורך ביטחוני חיוני מהמעלה הראשונה. מסקנתנו היא, אם כן, שלא נפל כל פגם בסמכותו של המפקד הצבאי להורות על הקמת גדר ההפרדה בשטחים נשוא העתירה.

11. סמכות יש להפעיל במידתיות. בהפעילו את סמכותו על פי דיני התפיסה הלוחמתית, אין המפקד הצבאי חופשי לקבל כל החלטה המגשימה צרכי ביטחון לגיטימיים. עליו להתחשב בצרכיהם ובזכויותיהם של התושבים המוגנים באזור. שיקולים אלו - הביטחון מזה וצורכי האוכלוסיה המקומית מזה - מתנגשים זה בזה. כך בדרך כלל. כך בוודאי לעניין הקמתה של הגדר. ואולם, זכויות התושבים הפלסטינים, ככל זכויות האדם, אינן מוחלטות. ניתן להגבילן בכדי לקיים אינטרס ציבורי (בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443, 461; בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון (טרם פורסם), פסקאות 14 ו-15). על המפקד הצבאי לאזן בין השיקולים המתנגשים השונים. אכן, "דיני המלחמה יוצרים בדרך כלל איזון עדין בין שני קטבים מגנטיים. צורך צבאי, מחד גיסא, ושיקולים הומניטריים, מאידך גיסא" (י' דינשטיין, "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים", עיוני משפט ב' 505, 509 (תשל"ב-תשל"ג)). "הפתרון אינו בכל או בלא כלום; הפתרון הוא במציאת האיזון הראוי בין השיקולים הנוגדים. הפתרון אינו במתן משקל מוחלט לאחד השיקולים; הפתרון הוא במתן משקלות יחסיים לשיקולים השונים, תוך איזון ביניהם בנקודת ההכרעה" (פרשת אלפי מנשה, פסקה 29).

12. בביצוע איזון זה, שיקול דעתו של המפקד הצבאי איננו מוחלט. על החלטתו להיות כזו שמפקד צבאי סביר יכול היה לקבלה (ראו פרשת אלפי מנשה, פסקה 32 והמקורות ששם). החלטתו נתונה לביקורת שיפוטית. "בית המשפט אינו נמנע מביקורת שיפוטית רק משום שהמפקד הצבאי פועל מחוץ לישראל, ולפעילותו השלכות מדיניות וצבאיות. כאשר החלטות המפקד הצבאי או פעולותיו פוגעות בזכויות האדם, הן שפיטות" (שם, שם). המיתווה לביקורת זו שורטט בפסיקת בית משפט זה. בית המשפט אינו מבקש להחליף את שיקול דעתו של המפקד הצבאי בשיקול דעתו שלו. אין הוא נכנס בנעלי הגורם הצבאי המחליט. הביקורת השיפוטית בוחנת האם פעולות המפקד הצבאי והחלטותיו מקיימות את הדין. אכן, "איננו מחליפים את שיקול דעתו של המפקד הצבאי בכל הנוגע לשיקולים הצבאיים. זו מומחיותו. אנו בודקים את תוצאותיהם במישור הדין ההומניטרי. זו מומחיותנו" (בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות

אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 383, 393). במסגרת בחינה זו יש להבטיח את מידתיות הפגיעה של אמצעי הביטחון בתושבים המקומיים. לבחינה זו נפנה כעת.

מידתיות הפגיעה בתושבים

13. האם הפגיעה בתושבי בודרוס ושוקבא הינה מידתית? המידתיות קובעת מבחן אובייקטיבי. היא מבוססת על שלושה מבחני משנה. מבחן המשנה הראשון מחייב קשר של התאמה בין אמצעי למטרה. על פיו, פגיעה היא מידתית, רק אם מתקיים קשר רציונאלי בין המטרה אותה מבקשים להשיג לבין האמצעי שננקט להשגתה. מבחן המשנה השני מחייב נקיטת האמצעי שפגיעתו פחותה. הפגיעה היא מידתית, רק אם אין אמצעי אחר שפגיעתו פחותה ושיש בו להגשים את המטרה אותה מבקשים להגשים. מבחן המשנה השלישי קובע כי הפגיעה היא מידתית, רק אם מתקיים יחס ראוי בין הפגיעה בזכויות האדם לתועלת הצומחת ממנה ("המידתיות במובן הצר"). האם מבחנים אלה מתקיימים במקרה שלפנינו?

14. לטענת העותרים, מבחן המשנה הראשון (קשר רציונאלי) אינו מתקיים בתוואי שבאזור שוקבא. אין הם מבהירים טענה זו, וממילא אין בידינו לקבלה. הגדר יוצרת הפרדה בין הטרור לבין הישראלים. מבחינה זו מתקיים הקשר הרציונאלי הנדרש בין התכלית הביטחונית לבין האמצעים להגשמתה. כזו היתה גם מסקנתנו בפרשות בית סוריק ואלפי מנשה. העתירה הנוכחית אינה מעלה ספק במסקנה זו.

15. חלק ניכר מטענותיהם של העותרים מושתת על מבחן המשנה השני של המידתיות (האמצעי שפגיעתו פחותה). בשתי העתירות, נטען בפנינו כי ניתן להתוות תוואי חלופי לגדר אשר יהיה בו כדי להגשים את התכלית הביטחונית תוך פגיעה פחותה בזכויות התושבים. אשר לתוואי באזור בודרוס, מציעים העותרים כי הגדר תעבור לאורך שיא רכס הגבעות, ולא בשיפוליהן המזרחיים. לשיטתם, לתוואי החלופי המוצע על ידם יתרונות על פני התוואי שנבחר על ידי המשיבים, שכן בזה האחרון נפלו פגמים שונים כגון גובה הנמוך מגובה הכפר וקרבה רבה מדי לבתיו. הם אף סבורים כי החלקים בתוואי הגדר הכוללים תפיסת מקרקעין נבחרו על ידי המשיבים אך בכדי לצמצם את הפגיעה בעצי יער בן-שמן. הצעתם נסמכת על חוות דעת של מומחה לתכנון אזורי. אין היא נתמכת בחוות דעת מטעם מומחה ביטחוני. המשיבים מצידם טוענים כי התוואי המוצע על ידי העותרים הינו נחות מבחינה מבצעית, באשר הוא חושף את החיילים לפגיעה מכיוון הכפר ומורכב בהרבה להקמה מן הבחינה ההנדסית. פסילת התאמתו נעשתה אם כן מנימוקים מבצעיים. בעניין זה אנו נותנים משקל מיוחד

למומחיותו הצבאית של מפקד האזור (ראו בג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 25; בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90, 92; פרשת בית סוריק, עמ' 844 ופרשת אלפי מנשה, פסקה 32). משנמצא כי אין בתוואי החלופי כדי להגשים את התכלית המבצעית, העותרים אינם מצליחים להצביע על תוואי חלופי שפגיעתו פחותה. אשר לתוואי שבאזור שוקבא, מציעים העותרים כי הגדר תעבור בשטח ישראל, מערבית לח'רבת דסרה. תוואי זה נבחן על ידי המשיבים, ונדחה על ידם משום שאינו מאפשר תצפית טובה לכיוון מזרח. גם בעניין זה, נחה דעתנו כי אין בתוואי המוצע על ידי העותרים כדי להוות חלופה שפגיעתה פחותה לתוואי שנבחר על ידי המשיבים. יוצא אם כן כי המשיבים עמדו בנטל המוטל עליהם להראות כי אין בנמצא תוואי גיאוגרפי חלופי לגדר, שפגיעתו פחותה.

16. המסקנה לפיה לא ניתן להתוות תוואי גיאוגרפי חלופי לגדר שפגיעתו פחותה אינה מסיימת, כשלעצמה, את בחינת המידתיות במובנה השני. בבחינת מידתיות הפגיעה שיוצרת הגדר, כרוכים זה בזה התוואי הגיאוגרפי ומשטר ההיתרים והמעברים לאדמות שנותרו מערבית לה. מטעים ואדמות מרעה של העותרים נותקו על ידי גדר ההפרדה. במצב דברים זה, על המשיבים לדאוג כי יקבעו הסדרי מעבר ומשטר נגישות סבירים לאדמות העותרים, באופן המצמצם, עד כמה שניתן, את הפגיעה בהם. אשר לתוואי באזור בודרוס, במקום נבנה שער המאפשר מעבר ברגל וברכב. הוא מצוי במרחק אווירי של 750 מטרים צפונית לגבעה הצפונית ו-1,400 מטרים צפונית לגבעה הדרומית. זמן קצר לפני דיון התזכורת בפניי בעניין המעברים ומשטר ההיתרים (ביום 15.02.2006), הוסיפו המשיבים שער נוסף, חקלאי, סמוך מאד לגבעה הדרומית, המאפשר גישה משופרת לאדמות העותרים שנותרו ממערב לגדר. כן ציינו המשיבים כי עד כמה שתושבי בודרוס יבקשו לעבד את אדמותיהם שנותרו ממערב לגדר, יינתנו לכך האישורים המתאימים. בכך נראה כי עמדו המשיבים בחובתם להקטין עד כמה שניתן, באופן סביר, את הפגיעה בעותרים. אשר לתוואי באזור שוקבא, במקום נבנה שער חקלאי המאפשר מעבר רגלי בלבד. המשיבים הודיעו כי שיפרו לאחרונה את דרכי הגישה הקיימות לשער זה, וכי מתאפשרת ממנו גישה מלאה לכל אדמות העותרים שממערב לגדר. לטענת העותרים, השער הקיים אינו עומד במבחן המידתיות, שכן הוא אינו מאפשר מעבר טרקטורים ובעלי חיים, והגישה אליו איננה מיטבית. ברם, במהלך הדיון בפניי הסתבר כי השער נבנה במיקום הטוב ביותר האפשרי בהתחשב בתנאים הטופוגרפיים במקום, וכי שיפור משמעותי בדרכי הגישה אליו יחייב תפיסה נוספת של קרקעות פרטיות. אשר לכניסת כלים חקלאיים, בצדק טענו המשיבים כי אין להתיר כניסתם של אלו לאתר עתיקות (השוו: סעיף 10(ב) לחוק העתיקות הירדני), ומכאן שדין טענה זו להידחות. עוד הוסיפו העותרים כי הם נזקקים להיתרי כניסה לאדמות

שממערב לגדר לאורך כל ימות השנה, ולא רק בתקופת מסיק הזיתים, לטובת עיבוד האדמה וקטיפת תאנים. בעניין זה, רשמנו לפנינו את הודעת המשיבים כי יאפשרו לעותרים גישה לאדמתם מטעמים חקלאיים בעונות השנה השונות, ככל שיוגשו פניות כאלה בערוצים המקובלים. לאור כל האמור לעיל, מסקנתנו היא כי תוואי הגדר שנבחר על ידי המשיבים אינו מפר את מבחן המשנה השני של המידתיות.

17. האם חומרת הפגיעה בתושבי היישובים בודרוס ושוקבא הנובעת מהקמת גדר ההפרדה בתוואי שנקבע על-ידי המפקד הצבאי עומדת ביחס מידתי לתועלת הביטחונית הצומחת מהקמת הגדר באותו תוואי? זה תנאי המשנה השלישי במידתיות. תשובתנו על שאלה זו היא בחיוב. הקמת הגדר נובעת מקיומו של צורך ביטחוני חיוני. מטרתה – להגן על חייהם של אזרחי ישראל מפני פעולות טרור. תועלתה הצפויה, אם כן, היא רבה עד מאד. מנגד, הפגיעה בעותרים אינה קשה וחמורה עד כדי כך שהיא אינה מידתית. אין להקל ראש בפגיעתה של גדר ההפרדה בתושבי היישובים העותרים. כמתואר, הקמת הגדר באזור בודרוס כרוכה בפגיעה בעשרות עצים, בתפיסת רצועת קרקע ששטחה הכולל כ-45 דונם, ובניתוקה של רצועת קרקע בשטח דומה הנותרת מערבית לגדר. בניית הגדר באזור שוקבא חייבה העתקת כ-130 עצי זית, תפיסת רצועת קרקע בשטח של 121 דונם, ובהותרת 510 דונם נוספים מקרקעות הכפר מערבית לגדר. עם זאת, אין לומר שמדובר בפגיעה קשה במידה בלתי-מידתית. אין מדובר בהפקעה של אלפי דונמים של קרקע או בעקירתם של אלפי עצים (השוו פרשת בית סוריק, עמ' 846-847: "בכל הנוגע לכפר בית אענאן (ובו חמשת אלפים וחמש מאות תושבים), שש מאות דונם מאדמות הכפר יפגעו לאור מעבר המכשול בהם. שבעת אלפים וחמש מאות דונם של אדמות ימצאו מעבר לו (מהם ששת אלפים דונם של אדמות מעובדות). תשעים אחוז מהקרקע המעובדת הנתפסת והנפגעת נטועה בעצי זית ופרי. שמונה-עשר אלף עצים עתידים להיעקר. שבעים אלף עצים ינותקו מבעליהם. פרנסתן של מאות משפחות עתידה להיפגע. ... בכל הנוגע לכפר בית ליקיא (ובו שמונת אלפים תושבים) אלפיים ומאה דונם עתידים להיפגע מהצבת המכשול עליהם. חמשת אלפים דונם ימצאו מעבר לו (מהם שלושת אלפים דונם של אדמות מעובדות))." שונה המצב בענייננו. הפגיעה ברכוש קטנה היא לאין שיעור. בגין הפגיעה משולם פיצוי ראוי. משטר ההיתרים מאפשר גישה לאדמות שנותרו מערבית לגדר. תוואי הגדר באזור הכפרים אף אינו מנתק את תושבי הכפרים משירותים חיוניים, אינו מותיר תושבים פלסטינים במרחב תפר, ואין הוא יוצר "טבעת חנק של ממש הפוגעת קשות בחיי היומיום" (השוו: פרשת בית סוריק 855; פרשת אלפי מנשה, פסקאות 110-102). בנסיבות העניין, אין לומר שתוואי הגדר באזור הכפרים העותרים מפר את מבחן המשנה השלישי של המידתיות.

18. אכן, האיזון בין הצרכים הביטחוניים של המדינה לבין האינטרסים של התושבים הפלסטיניים אינו פשוט. האחריות והסמכות לאזן ביניהם מוטלת על המפקד הצבאי. בית משפט זה מפעיל ביקורת שיפוטית על חוקיות הפעלת שיקול-דעתו של המפקד הצבאי. אך בביקורת זו אין אנו ממירים את שיקול דעתו של המפקד הצבאי בשיקול דעתנו שלנו. "תפקידנו הוא בשמירת הגבולות ובהבטחת קיומם של התנאים התוחמים את שיקול-הדעת של המפקד הצבאי" (ראו פרשת בית סוריק, 3-842). בנסיבות העניין, החלטותיו של המפקד הצבאי נופלות בגדר 'מיתחם הסבירות' הרלוונטי להחלטות מעין אלה. שוכנענו כי החלטותיו של המפקד הצבאי באו לאחר ששקל את מכלול הנסיבות הרלוונטיות ונתן להן את המשקל הראוי לאור אמות המידה שנקבעו על-ידי בית משפט זה בפסקי הדין שניתנו ביחס לגדר ההפרדה.

העתירות נדחות.

ה נ ש י א

המישנה לנשיא (בדימ') מ' חשין:

אני מסכים.

המישנה לנשיא (בדימ')

השופטת ד' ביניש:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' גרוניט:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט י' עדיאל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, ט"ז באדר התשס"ו (16.03.2006).

ה נ ש י א ה מ י ש נ ה ל נ ש י א (ב ד י מ')

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת