

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2645/04

בג"ץ 1213/06

בג"ץ 1780/06

בפני :

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

העותרים בבג"ץ 2645/04 :

1. פארס אברהים נאסר
2. האגודה לזכויות האזרח בישראל

העותרות בבג"ץ 1213/06 :

1. ציפחה אינטרנשיונל 1994 בע"מ
2. קריית ספר דיור מודיעין בע"מ
3. הקרן שעל יד מדרשת ארץ ישראל בע"מ
4. Jackson Holding Inc.

העותרת בבג"ץ 1780/06 :

מועצה מקומית מודיעין עילית

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 2645/04 :

1. ראש הממשלה
2. שר הביטחון
3. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון
4. ציפחה אינטרנשיונל 1994 בע"מ
5. קרית ספר נאות מודיעין בע"מ
6. הקרן ליד מדרשת ארץ ישראל בע"מ

המשיבים בבג"ץ 1213/06
ובבג"ץ 1780/06 :

1. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון
2. ממשלת ישראל
3. ראש מועצת דיר קדיס, פארס אברהים נאסר

עתירות למתן צווים על תנאי וצווי ביניים

תאריך הישיבה :

ל' בשבט התשס"ז (18.02.07)

בשם העותרים 1 ו-2 בבג"ץ

2645/04 ובשם המשיב 3 בבג"ץ
1213/06 ובבג"ץ 1780/06
עו"ד אבנר פינצ'וק ; עו"ד דן יקיר

בשם העותרות 1-3 בבג"ץ
 עו"ד רנאטו יאראק ; עו"ד שירה חי-עם 1213/06 ובשם המשיבות 4-6
 בבג"ץ 2645/04 :

בשם העותרת בבג"ץ 1780/06 : עו"ד גלעד רוגל

בשם המשיבים 1-3 בבג"ץ
 עו"ד ענר הלמן 2645/04 ובשם המשיבים 1-2
 בבג"ץ 1213/06 ובבג"ץ
 : 1780/06

פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש:

לפנינו שלוש עתירות התוקפות את חוקיותו של צו תפיסת מקרקעין מס' 84/04 ת' (תיקון גבולות שלישי), אשר הוצא על ידי המפקד הצבאי לצורך הקמת גדר הביטחון על אדמות הכפר דיר קדיס, מצפון ליישוב מודיעין עלית שבגוש מודיעין, באזור יהודה ושומרון.

רקע

1. הגדר במקטע נשוא העתירות היא חלק מגדר הביטחון שמקימה ישראל מסביב לאיזור יהודה והשומרון, במטרה למנוע חדירת מחבלים לשטחה של ישראל ולהגנה על אזרחי המדינה מפני פיגועי טרור שמקורם ביהודה ושומרון. הגדר היא חלק מ"שלב ג" של הגדר, עליו החליטה ממשלת ישראל ביום 1.10.2003. במסגרת התכנית להקמתה של גדר הביטחון הוחלט, בין היתר, על הקמת גדר בסמוך ליישובי גוש מודיעין. הגדר באיזור זה מפרידה בין יישובי גוש מודיעין (מתיתיהו, מודיעין עלית וחשמונאים) לבין הכפרים בלעין, חרבתא, דיר קדיס, נעלין ואל מדיה. היא נועדה להגן על תושבי מודיעין עלית ועל תושבי גוש מודיעין והעיר מודיעין הסמוכים אליה.

2. הישוב מודיעין עלית שוכן באזור מודיעין, מעבר לקו תחום איו"ש, מצפון לכביש 443. מתגוררים בו כ-32,000 תושבים, חלקם הגדול בני המגזר החרדי. ממזרח למודיעין עלית נמצא אזור התעשייה של הישוב. הישוב כולו הוקם על קרקעות פרטיות, שרכשו חברות ישראליות מפלסטינים במהלך השנים. הקרקעות שימשו לבנייה עבור האוכלוסייה החרדית. תוואי הגדר מקיף את מודיעין עלית מצפון וממזרח. הוא נבנה על אדמות הכפר דיר קדיס. הוא חוצץ בין מודיעין עלית לבין הכפר דיר קדיס, בו חיים כ-2,000 תושבים. בתי הכפר משתרעים על 300 דונם. לתושבי הכפר מטעי זיתים המשתרעים על פני כ-5,000 דונם נוספים. חלק מן המטעים נטועים במורדותיו של וודי שבין דיר קדיס למודיעין עלית. על מיקומה של הגדר בין שני הישובים – מודיעין עלית ודיר קדיס – סבות העתירות שלפנינו.

3. תוואי הגדר המתוכנן באדמות דיר קדיס הותווה לראשונה בסוף שנת 2003. מאז שונה התוואי מספר פעמים. התוואי הראשון נקבע בצו תפיסה מס' 106/03/ת' (מיום 31.12.2003) שהוציא מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (משיב 3 בבג"ץ 2645/04). תוואי זה עבר בסמיכות לבתי הכפר דיר קדיס, במרחק ממוצע של כ-200 מטרים מן הבתים הדרומיים בכפר. העבודות להקמת התוואי הראשון החלו במרץ 2004. כנגד צו תפיסה זה הוגש בג"ץ 2645/04 מטעם תושבי הכפר. בעקבות הדיון הראשון בעתירה (ביום 17.3.2004) נערך סיור באזור תוואי הגדר, בו נטלו חלק באי-כוח בעלי הדין ונציגי צה"ל. לאחר הסיור הגישו העותרים למשיבים את השגותיהם בנוגע לתוואי. לאחר בחינת ההשגות גיבשו רשויות הביטחון אפשרות לביצוע מספר תיקונים בתוואי הגדר, בעיקר בחלק המזרחי והצפון-מזרחי של התוואי. בהתאם, נקבע בצו תפיסה חדש שמספרו 60/04/ת' (מיום 31.5.2004) תוואי שני של הגדר. כנגד התוואי השני הוגשו התנגדויות של תושבי הכפר דיר קדיס, של המועצה המקומית מודיעין עלית ושל מספר חברות נדל"ן ישראליות, אשר טוענות לבעלות על חלקות קרקע בהן עובר חלק מהתוואי (להלן – חברות הנדל"ן).

4. בטרם השיב המפקד הצבאי להתנגדויות תוקן התוואי פעם נוספת, נוכח פסק הדין בפרשת בית סוריק (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807). שכן, בעקבות פרשת בית סוריק שב המפקד הצבאי ובחן את תוואי הגדר באדמות דיר קדיס, לאור אמות המידה שנקבעו בפסק הדין. בסיום הבחינה הוצא צו תפיסה שלישי – צו 84/04/ת' מיום 7.11.2004 - שקבע תוואי שלישי של הגדר. כנגד התוואי השלישי שוב הוגשו התנגדויות מטעם תושבי דיר קדיס ומטעם חברות הנדל"ן. עיקר המחלוקת נגע לזהות בעלי המקרקעין באזור בו עוברת הגדר. בין חברות הנדל"ן

לבין המשיבים התקיימו מגעים שונים, במסגרתם הגישו החברות מסמכים להוכחת בעלותן במקרקעין. בתום הבדיקות החליטו המשיבים כי כיוון שהחברות לא הוכיחו למשיבים את טענותיהן בעניין רכישת המקרקעין ברמת ההוכחה הנדרשת על פי דיני המקרקעין, אין מקום לשנות מן התוואי השלישי. התנגדויותיהן של החברות נדחו. יחד עם זאת, הבדיקות שנערכו העלו כי צו תפיסה 84/04 ת' לא הוחל בתחומי תכנית המתאר הרעיונית 210/6/3 מתוך סברה מוטעית כי מדובר בשטח שהינו "אדמות מדינה", בו אין צורך בצווי תפיסה. משהסתבר כי מדובר למעשה באדמות פרטיות, הוציא המפקד הצבאי (ביום 31.10.2005) את צו תפיסה 84/04 ת' (תיקון גבולות) אשר השלים את התוואי השלישי בשטח תכנית 210/6/3. השגת החברות כנגד הצו המשלים - 84/04 ת' (תיקון גבולות) - נדחתה (ביום 14.11.2005). כן נדחתה השגה מטעם המועצה המקומית מודיעין עלית כנגד התוואי השלישי.

5. בעקבות דחיית ההשגות כנגד צו תפיסה 84/04 ת' (תיקון גבולות) הגישו תושבי דיר קדיס עתירה מתוקנת בבג"ץ 2645/04 (ביום 7.12.2005). בד בבד, הוגשה עתירה מטעם החברות הנדל"ן (בג"ץ 1213/06 מיום 7.2.2006) ועתירה נפרדת מטעם המועצה המקומית מודיעין עלית (בג"ץ 1780/06 מיום 26.2.2006). והנה, בטרם התבררו שלוש העתירות, תוקן תוואי הגדר פעם נוספת. שינוי התוואי בוצע ביום 5.6.2006, לאחר קבלת אישורם של ראש הממשלה ושר הבטחון. הפעם שונה התוואי בקטע הדרום-מזרחי, באמצעות צו התפיסה 84/84 ת' (תיקון גבולות שני), שהתווה תוואי רביעי. על פי התוואי הרביעי, הוסטה הגדר שממזרח למודיעין עלית בכ-200 מטרים מערבה. התוואי הרביעי קורב למרחק של עד 210 מטרים מהבתים המזרחיים הקיצוניים של מודיעין עלית. לדברי המשיבים, תוואי זה נועד לצמצם את הפגיעה בקניין הפרט ובאדמות מעובדות כתוצאה מבניית הגדר. התיקון נעשה לאחר שהסתבר למשיבים כי בתכנון התוואי ניתן משקל משמעותי לתכנית מתאר מופקדת 210/9/2, הגם שקיים קושי משפטי ממשי בקידומה. המדובר בתכנית מתאר מקומית להקמת שכונה חדשה, במזרח מודיעין עלית, לבניית כ-1200 יחידות דיור ושטחי ציבור. בחלק מהשטח קיימת בנייה בלתי חוקית. מועצת התכנון העליונה באיו"ש החליטה (ביום 31.7.2002) על הפקדת התכנית להתנגדויות. בד בבד הוחלט כי התכנית לא תובא למתן תוקף ללא אישור פרטני של היועץ המשפטי של אזור יהודה והשומרון. עד היום לא ניתן אישור כאמור, שכן לדעת היועץ המשפטי של אזור יהודה והשומרון קיים קושי משפטי לאשר תכנית להקמת שכונה ישראלית על מקרקעין שאינם "אדמות מדינה" ואף אינם רשומים בבעלות של ישראלים או של מי שקשור לייזום התכנית. בנסיבות אלה סברו המשיבים כי ההיתכנות למימושה של תכנית 210/9/2 בעתיד הנראה לעין, באזור

בו היא נקטעת על ידי תוואי הגדר, היא קטנה ביותר. על כן יש להקים את הגדר בתוואי הרביעי, העובר בתוך שטחה של תכנית 210/9/2.

6. עובר לדיון בעתירות שנקבע ליום 5.7.2006, הודיעו המשיבים כי הם בוחנים אפשרות לתיקון נוסף בתוואי הגדר, בחלק שתוקן בצו תפיסה 84/04/ת' (תיקון גבולות שני). בבחינה המחודשת מצאו המשיבים כי ניתן מבחינה הנדסית לערוך שינוי מקומי בתוואי המתוכנן, כך שהמקטע המתחיל בגבעה שממזרח למודיעין עלית ימשיך בקו ישר דרום-מזרח, ללא פיתול לכיוון מערב. התיקון בוצע ביום 17.7.2006 בצו תפיסה מספר 84/04/ת' (תיקון גבולות מס' 3), שקבע תוואי חמישי. על פי התוואי החמישי, הורחקה הגדר בכמאה מטרים מבתי מודיעין עלית, עד כ-330 מטרים מהבתים המצויים מדרום לגבעה. התיקון הקטין את קו הראיה בין בתי הקומות במודיעין עלית לבין הגדר, על מנת למנוע שליטה באש ובתצפית מהגדר לכיוון הבתים. לדברי המשיבים, התיקון שיפר בצורה משמעותית את הביטחון של תושבי מודיעין עלית ועם זאת לא הגדיל בפועל את הפגיעה בשטחים המעובדים.

תוואי הגדר

7. התוואי החמישי הוא, איפוא, התוואי העדכני, הנתון לבחינה בשלוש העתירות שלפנינו. התוואי החמישי עובר ממערב למזרח, באדמות דיר קדיס. אורכו כ-2.21 ק"מ. תחילתו מצפון למודיעין עלית, בגבול אדמות הכפרים דיר קדיס ונעלין. משם נמתח התוואי לכיוון מזרח, במרחק ממוצע של כ-200 עד 300 מטרים מהבתים הצפוניים של מודיעין עלית. בצפון מזרח של מודיעין עלית מקיף התוואי מצפון גבעה שולטת, שגובהה 370 מטר, תוך הותרתה מצידה "הישראלי" של הגדר. מהגבעה פונה התוואי לכיוון דרום-מזרח, ונמשך בקו ישר עד גבול אדמות הכפר דיר קדיס והכפר חרבטא. במקטע זה המרחק הממוצע של התוואי מבתי מודיעין עלית הוא עד 370 מטרים. התוואי החמישי עובר במרחק של כמה מאות מטרים מבתי הקיצוניים של הכפר דיר קדיס. הוא תופס 215 דונמים, מתוכם כ-52 דונם "אדמות מדינה" וכ-163 דונם אדמות פרטיות. 60 דונם מן האדמות הנתפסות הן אדמות מעובדות. מעברו "הישראלי" של התוואי החמישי נותרים כ-1,680 דונמים מאדמות הכפר דיר קדיס, בהתאם לחלוקה המנדטורית של אדמות הכפרים, ובכלל זה כ-90 דונמים של מטעי זיתים. על מרבית השטח בנויה כיום מודיעין עלית. מתוך שטח זה כ-1,240 דונם הם "אדמות מדינה" וכ-438 דונם הם אדמות פרטיות.

העיתירות והטיפול בהן

8. העותרים בבג"ץ 2645/04 הם ראש מועצת הכפר דיר קדיס ותושביו. בעתירה, שהופנתה במקורה נגד התוואי הראשון, התבקשה הרחקתה של הגדר מבתי הכפר ומן האדמות החקלאיות של תושביו. גם עתה מבקשים העותרים לקרב את התוואי אל מודיעין עלית. הם מציגים תוואי חלופי, שאינו פוגע לטענתם במטעי הזיתים של הכפר דיר קדיס. התוואי החלופי המוצע עובר על תוואי גדר הביטחון הקיימת, התוחמת את הישוב מודיעין עלית מצדו הצפוני ומקיף מצפון וממזרח את אזור התעשייה של מודיעין עלית. העותרות בבג"ץ 1213/06 הן חברות הנדל"ן, הטוענות כי רכשו את המקרקעין באזור תוואי הגדר מתושבי הכפר דיר קדיס, לשם פיתוחו והרחבתו של היישוב מודיעין עלית. שתי העותרות הראשונות הן חברות יזמיות הבונות את שכונת "אחוזת ברכפלד", שכונת "קריית ספר" ופרויקטים נוספים במודיעין עלית. העותרת השלישית היא חברה הרשומה בישראל ובאזור, המשמשת כנאמן של העותרות 1 ו-2 בהליכי רישום המקרקעין. עתירת חברות הנדל"ן הופנתה במקורה נגד התוואי השלישי. העתירה תוקנה (ביום 29.6.2006) לאחר שנקבע התוואי הרביעי. בעתירה, מבקשות חברות הנדל"ן להרחיק את התוואי צפונה ומזרחה מהישוב מודיעין עלית, לכיוון דיר קדיס, כך שהגדר תוקם בהתאם לתוואי הראשון. דרישה דומה להרחקת הגדר ממודיעין עלית משמיעה גם העותרת בבג"ץ 1780/06, המועצה המקומית מודיעין עלית.

9. בסמוך להגשת העתירה בבג"ץ 2645/04 התקיים בה דיון (בפני מותב השופטים א' ברק, ת' אור וא' מצא; ביום 17.3.2004). עם פתיחת הדיון נענה בית המשפט לבקשת המשיבים לדחות את הדיון בשבוע ימים. בד בבד התחייבו המשיבים כי העבודות להקמת הגדר באדמות הכפר דיר-קדיס יופסקו עד למועד הדיון. ביום 31.5.2004 התקיים דיון בבקשה מחודשת של תושבי דיר קדיס לצו ביניים (בפני מותב השופטים א' ברק, ת' אור ומ' חשין). הבקשה הופנתה כנגד עבודות להקמת בריכת מים באדמות דיר קדיס, בקרבת בית הספר של הכפר. התברר כי העבודות מתבצעות על ידי המועצה המקומית מודיעין עלית, ולא על ידי מינהלת גדר ההפרדה. הבקשה לצו ביניים נמחקה לאור הודעת המועצה המקומית מודיעין עלית, כי עתה מבוצעות במקום עבודות עפר בלבד. ביני לביני הגישה המועצה לשלום וביטחון (ביום 3.5.2004) בקשה להצטרף להליך כ"דיד בית המשפט". לבקשה צורפה "חוות דעת מומחה מטעם המועצה לשלום וביטחון" בה הוצע תוואי חלופי לגדר באדמות דיר קדיס. בחוות הדעת הוצע תוואי המתקרב לבתי מודיעין עלית (בהשוואה לתוואי הראשון שעמד אותה עת

על הפרק), תוך הותרת הגבעה השלטת שמצפון-מזרח למודיעין עלית מצידה הישראלי של הגדר.

10. לאחר שניתן פסק הדין בפרשת בית סוריק התקיימו בין בעלי הדין מגעים בעניין מיקום התוואי. בעלי הדין עדכנו מעת לעת באשר להתקדמות המגעים. עם מתן פסק הדין בפרשת אלפי מנשה (בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם) התבקשו בעלי הדין להגיש עמדותיהם העדכניות בעתירה. החברות הנדל"ן הצטרפו כמשיבות לבג"ץ 2645/04. לאחר דחיית ההשגות כנגד התוואי השלישי הוגשה, כאמור, עתירה מתוקנת מטעם תושבי דיר קדיס ועתירות נפרדות מטעם חברות הנדל"ן והמועצה המקומית מודיעין עלית. הדיון בשלוש העתירות אוחד.

11. שלוש העתירות נדונו ביום 15.6.2006 בפני הרכב השופטים א' ברק, ד' ביניש וא' ריבלין. הוחלט בעניין צו הביניים, כי בקטע שחל עליו צו 84/04 (תיקון גבולות) ועד למקום שבו מתחיל צו גבולות 2 – אין צו ביניים. אשר לקטע של צו גבולות 2, רשם בית המשפט הודעת בא-כוח המשיבים כי עד להחלטה בהשגות על התוואי הרביעי, וכן שלושה ימים לאחר מכן, לא תבנה הגדר. על פי בקשת חברות הנדל"ן, נדחה הדיון בעתירות גופן עד לאחר סיום הליכי ההשגה על התוואי הרביעי. המשך הדיון נקבע ליום 5.7.2006. עובר לדיון הגישה חברת ג'קסון הולדינגס בקשה להצטרף כעותרת בבג"ץ 1213/06. בבקשה נטען כי המבקשת היא הבעלים של כ-150 דונם בחלקה הדרומי של תב"ע 210/6/3. התוואי הרביעי נוגס נתח עצום במקרקעין שבבעלותה ופוגע אנושות בקניינה. התרתנו את צירוף המבקשת. ביום 5.7.2006 נדחה המשך הדיון בעתירות פעם נוספת, וזאת על פי בקשת המשיבים. הדחייה נועדה לאפשר בחינה מחודשת של חלק מהתוואי. המשיבים הצהירו בדיון כי לא יבצעו עבודות החל מהנקודה בה צו 84/04 ת' (תיקון גבולות מס' 2) מתקן את צו 84/04 ת' (תיקון גבולות) (נקודה הנמצאת כ-200 מטר דרום-מזרחית לנג. 373) ודרומה מנקודה זו. בהמשך ניתן צו ארעי, לפיו עד ליום הדיון לא יבוצעו עבודות במקטע זה.

12. דיון מסכם בעתירות התקיים ביום 9.8.2006, בפני הרכב השופטים א' ברק, ד' ביניש וא' ריבלין. בדיון הופיע בפנינו אלוף-משנה (במיל') דן תירזה (ראש מנהלת "קשת צבעים" העוסקת בתכנון תוואי המכשול במרחב התפר) שסקר את תוואי הגדר, על גלגוליו השונים, את המבנה הטופוגרפי של האיזור ואת השיקולים שעמדו בפני מתכנני התוואי. בדיון הופיע בפנינו גם האלוף (במיל') ד"ר יום טוב סמייה, מטעמן של החברות הנדל"ן, אשר טען כי שיקולים בטחוניים של הגנת על תושבי מודיעין עלית מחייבים בניית הגדר בתוואי הראשון. קירוב הגדר למודיעין עלית, תוך ויתור על גבעות

שולטות, מסכן את תושבי היישוב. בא-כוחם של תושבי דיר קדיס טען בפנינו כי בתכנון התוואי אין להתחשב בתוכניות בנייה מאושרות הנמצאות בהקמה, כגון תכנית 210/4/2. בא-כוח החברות הנדל"ן הדגיש, מנגד, את ההכרח להביא בחשבון את האינטרסים הקניינים של הישראלים, לרבות חברות נדל"ן יזמיות. מול אינטרסים אלה ושיקולי הביטחון לא עומד במקרה דנן כל אינטרס בר הגנה של הפלסטינים. חוסר התחשבות באינטרסים הקניינים של הישראלים הביא להחלטה בלתי סבירה בתכנון התוואי. בא-כוח המועצה המקומית מודיעין עלית הופיע גם הוא בפנינו וטען לפגיעה חמורה במרקם החיים של תושבי מודיעין עלית, אם הגדר לא תאפשר מימושה של תכנית 210/6/3. לבקשת העותרות בבג"ץ 1213/06, קיימנו לאחר פרישתו של הנשיא א' ברק דיון נוסף בעתירות. בדיון (ביום 18.2.2007) שטחו בפנינו בעלי הדין פעם נוספת את טענותיהם והשגותיהם בעניין התוואי החמישי.

טענות העותרים

13. טיעונם המרכזי של תושבי דיר קדיס (העותרים בבג"ץ 2645/04) הוא שתוואי הגדר פוגע פגיעה קשה בתושבי הכפר, שהינם "תושבים מוגנים" ועקב כך כרוך בהפרות של הוראות המשפט הבינלאומי. תוואי הגדר אינו משרת מטרות בטחוניות. הוא נועד לאפשר הרחבתה של ההתנחלות מודיעין עלית. לטענת התושבים, כדי לענות על הצרכים הצבאיים הלגיטימיים שלמענם מוקמת הגדר, ניתן להקימה מחוץ לאדמות דיר קדיס. על פי כללי המשפט הבינלאומי, השיקול היחיד שיכול להצדיק פגיעה (מידתית) בתושבים מוגנים הוא השיקול הבטחוני. הרחבת התנחלויות היא שיקול זר שהמפקד הצבאי אינו רשאי לשקול. תושבי דיר קדיס שטחו בעתירה המתוקנת את הפגיעות הקשות שיגרמו להם, לרבות פגיעה בזכויות יסוד. לדברי התושבים, הקמת הגדר בתוואי השלישי כרוכה בתפיסתם של כ-220 דונם אדמה חקלאית, עקירתם של 1,100 עצי זית, חלקם עצים עתיקים, והשמדתם של הגידולים החקלאיים שבין העצים. בנוסף תנתק הגדר בין תושבי הכפר לבין כ-900 דונם של אדמה חקלאית ועליה כ-600 עצי זית וגידולים חקלאיים עונתיים. משטר ההיתרים צפוי להגביל מאוד את הגישה של החקלאים לאדמותיהם. הקמת הגדר תפגע, איפוא, קשה בפרנסתן של משפחות רבות בכפר. הפגיעות הקשות אינן הכרח המציאות. ניתן להקים את גדר הפרדה מעבר לאדמות הכפר, תוך הצמדות לגדר הביטחון הקיימת של מודיעין עלית. התושבים מציינים כי התוואי החלופי המוצע הוא גם התוואי שהציעה המועצה לשלום וביטחון לגבי מקטע זה. תושבי דיר קדיס מוסיפים וטוענים כי תוואי הגדר אינו מידתי, הן משום שקיימים אמצעים אחרים, פוגעניים פחות, ששייגו את המטרות הביטחוניות של התוואי, והן משום שהפגיעה שהוא גורם אינה עומדת ביחס סביר לתועלת הביטחוניית.

14. תושבי דיר קדיס מתנגדים מכל וכל לחזרה לתוואי הראשון, כדרישת חברות הנדל"ן והמועצה המקומית מודיעין עלית. תוואי זה עובר במרחק עשרות מטרים מן הבתים הדרומיים הקיצוניים של הכפר. הוא מפריד בין תושבי דיר קדיס לבין כמחצית מאדמותיהם החקלאיות. לדברי התושבים, כ-3000 דונם אדמות חקלאיות, נטועות עצי זית, יוותרו מעברה "הישראלי" של הגדר. במענה לטענות חברות הנדל"ן מוסיפים התושבים וטוענים, כי תוכניות המתאר להרחבת מודיעין עלית נגועות בפגמים מהותיים. טענות הבעלות של החברות הנדל"ן הן ספקולטיביות, בלתי מבוססות, ונסמכות על פעולות שעל פניהן מנוגדות למשפט הבינלאומי ולמשפט הישראלי. הקרקעות הוכרזו כ"אדמות מדינה" לאחר שחברות הנדל"ן פנו בחשאי לרשויות המדינה, תוך "דילוג" על כל המנגנונים החוקיים שנועדו למנוע זיופים, רמאיות וגזל בעת העברת זכויות קניין. הם מציינים כי אדמות דיר קדיס הן אדמות לא מוסדרות. בהעדר רישום מקרקעין, השלמתו של "רישום ראשון" מהווה תנאי לבעלות מוכחת. כמו כן, הטענה בדבר רכישה של שטחים רציפים בהיקף כה נרחב, לו טוענות חברות הנדל"ן, מופרכת על פניה. הקרקע שנרכשה לכאורה כוללת חלקות רבות, שנמצאות בבעלות משפחות רבות. כל חלקה משפחתית שייכת לכמה בני משפחה. השלמת הליך של "רישום ראשון" היא הדרך היחידה לוודא את זכויותיו של המוכר בקרקע, דבר שלא נעשה לגבי אדמות דיר קדיס.

15. חברות הנדל"ן (העותרות בבג"ץ 1213/06), מנגד, מבקשות לבטל את התוואי החמישי ולהקים את הגדר בתוואי הראשון שקבע המפקד הצבאי. לטענתן, תוואי זה נותן את המענה הביטחוני האופטימאלי, בהתאם לייעודה של הגדר. הוא אינו פוגע באופן ממשי במרקם החיים של האוכלוסייה הערבית. כמעט כל השטח הכלוא בתוואי הראשון נמצא בבעלותן של חברות הנדל"ן; כולו ריק מאוכלוסייה ערבית; אין בו כבישי גישה, מקומות תעסוקה או מוסדות המשרתים את האוכלוסייה הערבית. התוואי הראשון מאפשר שימוש בחלקותיהן של חברות הנדל"ן ואינו פוגע במרקם החיים של מודיעין עלית. אמנם גם הוא עובר ברובו הגדול בחלקות הנמצאות בבעלות החברות, אך לאור חיוניותו הביטחונית, החברות משלימות עימו. החברות מציינות כי לקביעת התוואי הראשון קדמה עבודת מטה רחבת היקף של המשיבים יחד עם המועצה המקומית מודיעין עלית וחברות הנדל"ן, במסגרתה נבדקו ואושרו זכויותיהן של החברות במקרקעין ותוכניות המתאר של מודיעין עלית המתבססות עליהן. המשיבים הכירו לכל אורך הדרך בזכויות החברות במקרקעין והתחשבו בהן, התחשבות ממנה חזרו בהם לאחרונה שלא כדין.

16. לדברי חברות הנדל"ן, כל החלקות נמצאות בהליכי "רישום ראשון". הליך הרישום נפתח על שם העותרת 3 בבג"ץ 1213/06, כנאמן של העותרות 1 ו-2. כמתחייב בהליכי "רישום ראשון", הציגו החברות מסמכים חד משמעיים המוכיחים את בעלותן, לרבות הסכמי מכר, תעודת מוכתר, מפות מדידה וייפויי כוח. הליכי הרישום הפומביים הוקפאו, בידיעת המשיבים, בשל הסכנה הנשקפת למוכרים אם יודע דבר המכירה. החברות אף דיווחו לרשויות המס על רכישות אלה ושילמו את המס הנדרש בגינן. החברות צירפו לעתירתן את חוות דעתם של עו"ד אורי שטנדל, ושל עו"ד דניאל קרמר, מומחים בתחום המקרקעין באזור יהודה ושומרון, אשר עיינו בכל מסמכי הרכישה. אלה מבססים, לדברי עורכי חוות הדעת, את זכויותיהן של החברות בחלקות וקובעים כי הן ראויות להירשם על שמן של החברות. החברות מציינות לגבי תב"ע 210/6/3, כי חלק מהחלקות שנכללות בה הוכרזו כקרקע פרטית בניהול ממשלתי בתחילת שנות השמונים. ההכרזה נועדה להעמיד במבחן את שאלת הרכישה ולאפשר הגשת התנגדויות, בלא לחשוף את זהות מוכרי הקרקע בהליכי הרישום הפומביים. עררים על ההכרזה נדחו לגופם, והקרקע הוחכרה באופן פורמלי לעותרת 2. אישור תב"ע 210/6/3 התעכב בשל סחבת בירוקרטית חריגה והיא נמצאת עדיין בשלבי אישור. תוואי הגדר מונע, נכון להיום, את אישור תב"ע 210/6/3. הוא קורע חלק גדול משטחה ומונע את מימושה נוכח צמידותה לגדר.

17. חברות הנדל"ן קובלות על כך שבקביעת התוואי החמישי המשיבים נמנעו מלהביא במסגרת שיקוליהם את בעלותן המוכחת בחלקות בהן עובר התוואי ואת ההשלכות הקשות של הגדר על עתידה והתפתחותה של מודיעין עלית. היה על המשיבים להתחשב במכלול השיקולים אשר עלולים להשפיע על מודיעין עלית, ללא קשר לתקפה הפורמאלי של תכנית מתאר זו או אחרת. החלקות שבבעלות החברות מהוות למעלה משליש משטחה של מודיעין עלית ולמעלה ממחצית מעתודות הקרקע שלה. החברות רכשו את החלקות במיטב כספן מתושבים מקומיים, לשם הקמתה והמשך התפתחותה של מודיעין עלית. כל החלקות נרכשו כדין והן בבעלות החברות. למצער, יש לראות בחברות טוענות לכאורה לבעלות במקרקעין, בהתאם לכלל הראיה המינהלית. חברות הנדל"ן מדגישות כי אין אף אדם קונקרטי מדיר קדיס הטוען לבעלות בחלק קונקרטי כלשהו מהמקרקעין. לשיטתן, זכויותיהן במקרקעין הן כשל תושבים מוגנים באיזור. לתושבים המקומיים, מאידך, אין קניין היכול להיפגע מן התוואי. על פי תכנית האב של משרד השיכון וממשלת ישראל, החלקות מהוות מרכיב חיוני בהפיכתה של מודיעין עלית למכלול עירוני אחד. שטחי החלקות נחוצים לשם פיתוח מוסדות, מתקנים, תשתיות, שטחים ציבוריים ושטחי מסחר ותעשייה עבור מודיעין עלית.

18. נטען כי התוואי החמישי מונע לחלוטין את השימוש בחלקות של החברות. התעלמות המשיבים מזכויות הקניין של החברות ומצרכי התפתחותה של מודיעין עלית הביאה לקביעתו של תוואי בלתי מאוזן. התוואי אינו מעניק די בטחון, פוגע באופן אנוש בקניינן של החברות ופוגע בעתידה ובהתפתחותה של מודיעין עלית. חברת ג'קסון הולדינגס, שהצטרפה כעותרת רביעית בבג"ץ 1213/06 בשלב מאוחר יותר, העלתה טענות דומות, תוך התמקדות בתוואי הרביעי של הגדר. לדבריה, היא רכשה בשנת 1994 מחברה אחרת כ-150 דונם בחלקה הדרומי של תב"ע 210/6/3, מקרקעין שהגיעו מהעותרת 3. מקרקעין אלה הוכרזו כקרקע פרטית בניהול הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש. תוואי הגדר החותך את תב"ע 210/6/3 פוגע ללא כל הצדקה בקניינה של החברה. יצוין כי חברת ג'קסון הולדינגס לא התייצבה לדיון בבית המשפט.

19. לעתירת חברות הנדל"ן צורפה גם חוות דעת מומחה מטעמו של האלוף (במיל') ד"ר יום טוב סמייה, התומכת בטענותיהן. האלוף סמייה תומך בתוואי הראשון, מכמה טעמים. ראשית, התוואי ממקם את הגדר על רכס גבעות שולט; שנית, הוא מרחיק את מודיעין עלית מפגיעה אפשרית של ירי בכינון ישיר על הבתים ומאפשר מדרף אחר מפגע שחודר את הגדר; שלישית, הוא מאפשר מרקם חיים נורמאלי לתושבי מודיעין עלית; רביעית, התוואי מתחשב במרקם החיים של האוכלוסייה הערבית. ככל שקיימים מטעי זיתים בודדים שנותרו בבעלות ערבית, אלה ממילא מעובדים ונמסקים במשך שלושה שבועות בשנה בלבד ולשם כך קיימים שערים חקלאיים.

20. המועצה המקומית מודיעין עלית (העותרת בבג"ץ 1780/06), מבקשת גם היא לשוב לתוואי הראשון של הגדר. תוואי זה איזן באופן המירבי בין הצורך הבטחוני ובין שמירה על מירקם החיים של תושבי מודיעין עלית ותוכניות הבינוי שבתחומו. התוואי החמישי הוא בלתי סביר ובלתי מידתי. תוואי זה מסב פגיעה קשה למירקם החיים והתכנון של היישוב מודיעין עלית. כל זאת ללא הצדקה וללא תשתית עניינית-מקצועית. התוואי העדכני גורע שטח עליו ניתן היה להקים כ-7000 יחידות דיור ושטחי ציבור רבים. על פי תכנית האב ועל פי תוכניות מפורטות, חסרים עדיין מרכיבים חיוניים רבים המעניקים מרקם חיים תקין לתושבי מודיעין עלית. קיים ביישוב מחסור חמור בשטחי ציבור למוסדות לימוד, למרכזי מסחר ותעסוקה, ולפתרונות תחבורתיים. בנוסף, מביא התוואי לניתוקו של כביש 445, המחבר בין מודיעין עלית לכביש 443.

21. המשיבים מבקשים כי נדחה את שלוש העתירות. הם עומדים על הצורך הביטחוני החיוני שבבנייתה של גדר הביטחון בכלל, ושל הגדר באזור מודיעין בפרט. לשיטתם, קיים צורך צבאי-ביטחוני חיוני בהקמת גדר הפרדה מצפון ומצפון-מזרח למודיעין עלית, לשם הגנה על תושבי מודיעין עלית ועל תושבי גוש מודיעין והעיר מודיעין. המשיבים סבורים כי תוואי הגדר המעודכן, הוא התוואי החמישי, מאזן בצורה ראויה ומידתית בין שיקולי הביטחון, האינטרסים של התושבים הפלסטינים והאינטרסים של התושבים הישראלים. התוואי החמישי נותן מענה מספק לצרכי הביטחון. תכנונו מבוסס על הצורך הביטחוני בשמירה על מרחק התראה חיוני של מספר מאות מטרים בין הגדר לבין הבתים הקיצוניים של מודיעין עלית. טווח הביטחון נדרש על מנת למנוע ממחבלים שיצליחו לעבור את הגדר מלהיכנס לתחומי הישוב, הבנוי בצפיפות רבה. התוואי מבוסס גם על המבנה הטופוגרפי של השטח, המחייב הותרת הגבעות השולטות על הישוב, המצויות במרחק קצר ביותר ממנו, מצידה "הישראלי" של הגדר. התוואי החמישי ממוקם במרחק סביר של מספר מאות מטרים מבתי מודיעין עלית. הוא עומד בקריטריונים שנקבעו לשטח בטחוני מיוחד (שב"מ) המוקם סביב לישובים ישראלים באזור יהודה ושומרון לשם הגנתם.

22. המשיבים סבורים כי פגיעתו של התוואי החמישי בתושבים הפלסטינים קטנה באופן יחסי. היקף הקרקעות הפרטיות והמעובדות שנתפסות אינו גדול; התוואי מרוחק מבתי הכפר דיר קדיס ככל הניתן בשים לב לצרכי הביטחון ולמרחק הקצר בין דיר קדיס למודיעין עלית; היקף האדמות הפרטיות והמעובדות שנותרות מצידה "הישראלי" של הגדר הינו קטן. הנזק לתושבים הפלסטינים אינו גדול בנסיבות העניין. עצי הזית שמצויים על התוואי עצמו יועתקו למקום אחר. תושבים שאדמתם נתפסה או נפגעה בשל הקמת הגדר יהיו זכאים לפיצויים ולדמי שימוש, בכפוף להוכחת זכותם בקרקע. מאידך, העברת הגדר בקרבה גדולה יותר לבתים של הכפר דיר קדיס תפגע בתושבים.

23. אשר לתוכניות המתאר, לשיטתם של המשיבים, המפקד הצבאי מוסמך לשקול, במסגרת קביעת תוואי הגדר, גם את השיקול של קיומן של תכניות מתאר להרחבת ישוב ישראלי, כחלק מהאינטרסים הלגיטימיים שעליו לאזן ביניהם. המפקד הצבאי מוסמך להתחשב בשכונות חדשות שמצויות כבר בנייה. הוא מוסמך לשקול גם תוכניות מתאר שקיימת הסתברות ממשית שיוצאו מן הכוח אל הפועל תוך זמן סביר. המשקל שניתן לייחס לקיומה של תכנית מתאר אינו קבוע. הוא תלוי הן בנתונים פנימיים והן בנתונים חיצוניים המתייחסים למידת הפגיעה בתושבים הפלסטינים. במקרה דנן, תכנית מתאר

210/6/3 היא "תכנית רעיונית" שטרם הופקדה. ההתחשבות בה תביא לפגיעה לא קלה בתושבים הפלסטיניים. משכך, אין מקום לתת משקל ממשי לתכנית זו במסגרת תכנון תוואי הגדר. גם לתכנית 210/9/2 אין לתת משקל ממשי, שכן התכנית לא אושרה עד היום למתן תוקף, והתחשבות בה תגרום לפגיעה במטע זיתים פלסטיני גדול. המשיבים מבהירים כי התוואי החמישי לא נקבע מתוך התחשבות בתכנית 210/9/2, כי אם בכתיבת הקיימים של הישוב, כמו גם בשכונה שכבר מצויה בהליכי בניה מתקדמים, היא שכונת "נאות הפסגה". לעניין כביש 455 המשיבים מציינים כי הכביש חסום לתנועה מטעמים ביטחוניים ובטיחותיים מאז שנת 2000, ולכן קטיעתו בידי הגדר אינה משנה מסדרי התנועה באיזור. ככל שיש צורך בכביש נוסף בין מודיעין עלית לכביש 443, התוואי הנכון מבחינה ביטחונית הוא דרך אדמות כפר רות.

24. המשיבים סבורים כי יש לדחות את טענות חברות הנדל"ן נגד התוואי החמישי, ככל שהן מבוססות על פגיעה בקניינן. המשיבים מדגישים כי הגדר אינה משנה את מערך הבעלויות במקרקעין. גם אם לחברות הנדל"ן בעלות בשטחים כאלה ואחרים שיהיו בצידה "האיוש" של הגדר, ממילא הגדר אינה פוגעת בבעלותן זו. נקודת המוצא לקביעת התוואי הינה הצורך הביטחוני. לצורך הקמת הגדר ניתן לתפוס קרקעות בבעלות ישראלית ולא רק קרקעות בבעלות פלסטינית. המשיבים מוסיפים כי אין מקום, במסגרת תכנון תוואי הגדר, להכריע בשאלת הבעלות על המקרקעין. הדבר אינו מצוי בתחום מומחיותם או סמכותם של מתכנני הגדר. המקרקעין שהחברות הנדל"ן טוענות לבעלות עליהן, ייעודן הנוכחי הינו חקלאי, על-פי התכנית המנדטורית התקפה כיום בשטח. העברת הגדר בתוואי הנוכחי אינה פוגעת, כשלעצמה, בייעודם התכנוני הנוכחי של המקרקעין.

דיון

25. ההכרעה בחוקיותה של גדר ביטחון המוקמת באיזור יהודה ושומרון מתבצעת על יסוד בחינה דו-שלבית. בשלב ראשון נבחנת סמכותו של המפקד הצבאי. מרכיב הסמכות בודק את מטרת הגדר. בשלב שני נבחן שיקול דעתו בהפעלת הסמכות. הוא בודק האם שיקול הדעת של המפקד הצבאי בקביעת תוואי הגדר איזן כראוי בין הערכים המתמודדים, על פי יחסיות משקלם וחשיבותם. סמכויותיו של המפקד הצבאי יונקות מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי שעניינם תפיסה לוחמתית. אלה מעוגנים בעיקר בתקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907 הנספחות להסכם האג הרביעי מ-1907 (להלן – תקנות האג). תקנות אלה משקפות משפט בינלאומי מינהגי. כן מעוגנת סמכותו של המפקד הצבאי באמנת ג'נבה הרביעית בדבר

הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן – אמנת ג'נבה הרביעית). נקבע בשורה ארוכה של פסקי דין כי בהתאם לדיני התפיסה הלוחמתית, מוסמך המפקד הצבאי להורות, משיקולים ביטחוניים-צבאיים, על הקמת גדר ביטחון באזור יהודה ושומרון (פרשת בית סוריק; פרשת אלפי מנשה; בג"ץ 5488/04 מועצה מקומית אלדאם נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם), להלן – פרשת אלדאם). הוא מוסמך לתפוס לשם כך חזקה במקרקעין, לרבות מקרקעין בבעלות פרטית. סמכות זו קמה רק כאשר הטעם המונח ביסוד הקמת הגדר הינו בטחוני-צבאי. "המפקד הצבאי אינו מוסמך להורות על הקמת גדר הביטחון אם טעמיו הם מדיניים-פוליטיים. גדר הביטחון אינה יכולה לבוא מטעמים של 'סיפוח' שטחים מהאזור למדינת ישראל. מטרתה של גדר ההפרדה אינה יכולה להיות התווית גבול מדיני" (פרשת בית סוריק, עמ' 828; ראו גם 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, נדרש שהתפיסה תהיה לצורכי צבא נחוצים בהחלט (absolutely necessary by military operation).

26. על פי אמות המידה שהתווה בית משפט זה, סמכותו של המפקד הצבאי להקים גדר הפרדה כוללת גם סמכות להקים גדר להגנה על חייהם וביטחונם של ישראלים המתגוררים בישובים ישראלים באזור יהודה ושומרון. זאת, אף שהישראלים הגרים באזור אינם בגדר "אנשים מוגנים" (protected persons), כמשמעות ביטוי זה בסעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית (ראו פרשת אלפי מנשה, פסקאות 18-22; בג"ץ 3680/05 ועד הישוב טנא נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם) פסקאות 8-10, להלן – פרשת טנא; בג"ץ 1998/06 מועצה מקומית בית אריה נ' שר הביטחון (טרם פורסם), להלן – פרשת בית אריה); בג"ץ 1348/05 ראש עיריית סלפית נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), פסקה 20, להלן – פרשת סלפית). סמכות זו נובעת משני מקורות. האחד, סמכותו של המפקד הצבאי לפי תקנה 43 לתקנות האג להבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים. סמכות זו אינה מוגבלת אך לאנשים המוגנים על-פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. זוהי סמכות כללית, המשתרעת על כל אדם המצוי בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית (ראו פרשת אלפי מנשה, פסקה 18; בג"ץ 4289/05 מועצה מקומית ביר נבאלה נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם), פסקה 23, להלן – פרשת ביר נבאלה). השני, חובתה של מדינת ישראל, המעוגנת במשפט הישראלי הפנימי, להגן על חייהם, ביטחונם ושלומם של האזרחים הישראלים המתגוררים באזור (ראו פרשת אלפי מנשה, פסקה 21, 23; פרשת ביר נבאלה, פסקה 32).

27. מרכיב שני בבחינת חוקיות הגדר הוא מרכיב שיקול הדעת. המפקד הצבאי אינו חופשי לקבל כל החלטה המגשימה צרכי ביטחון לגיטימיים. אכן, "גם כאשר פועל הוא בסמכות, חייב המפקד הצבאי להפעיל את סמכותו (בין היתר) על פי עקרונות הסבירות והמידתיות ושיקול דעתו יהא נתון לביקורתו של בית משפט זה" (בג"צ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל-משרד הבטחון (טרם פורסם), פסקה 8). בבואו לקבוע את תוואי הגדר על המפקד הצבאי לשקול ולאזן בין מספר שיקולים. השיקול הראשון הוא השיקול הביטחוני-צבאי. מכוחו רשאי המפקד הצבאי לשקול שיקולים שעניינם ההגנה על ביטחון המדינה וביטחון הצבא. שיקולים אלה הם שיקולים שבמומחיות צבאית וביטחונית. לגביהם נתון למפקד הצבאי שיקול דעת רחב. הוא שמופקד על שמירת הביטחון. הוא בעל המומחיות, הידע והאחריות הביטחוניים. בית המשפט מייחס לעמדתו משקל רב. זאת בהתבסס על הגישה העקבית בפסיקת בית המשפט, כי יש לתת משקל מיוחד לחוות דעתו הצבאית של הגורם אשר עליו מוטלת האחריות לביטחון (ראו פרשת בית טוריק, פסקה 46; בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90, 92; בג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 25). השיקול השני אותו על המפקד הצבאי לשקול הוא טובתם של בני האוכלוסייה הערבית המקומית שהנם "תושבים מוגנים". על המפקד הצבאי להגן על זכויות האדם המקובלות במשפט הבינלאומי של כל אחד מבני האוכלוסייה המקומית (ראו פרשת אלפי מנשה, פסקה 24; פרשת טנא, פסקה 10; פרשת בית אריה, פסקה 8). "במסגרת אחריותו לרווחת התושבים על המפקד הצבאי לשקוד על קביעת תוואי שפגיעתו בכל אחד מבני האוכלוסייה המקומית ובאוכלוסייה המקומית בכללותה תהיה הפחותה ביותר" (בג"ץ 6451/04 חלואה נ' ראש הממשלה (טרם פורסם) פסקה 10). השיקול השלישי הוא ההגנה על זכויות האדם של ישראלים הגרים באזור (ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה (טרם פורסם), פסקה 80 לפסק דין הרוב; פרשת אלפי-מנשה, פסקאות 18-22; פרשת טנא, פסקאות 8-10; פרשת בית אריה, פסקה 8). חובה זו ניוונה מכללי המשפט הבינלאומי ומכללי המשפט הישראלי – ובראשם חוקי היסוד בדבר זכויות האדם - גם יחד. לישראלים המצויים באזור הזכות לחיים, לכבוד, לקניין, לפרטיות ולשאר הזכויות מהם נהנה כל מי שמצוי בישראל. כנגד זכותם זו עומדת חובתה של המדינה שלא לפגוע בזכויות אלה ולהגן עליהן. יחד עם זאת, היקפן של הזכויות של הישראלים באזור ומידת ההגנה עליהן שונה היא מהזכויות של הישראלים המצויים בישראל (ראו, פרשת המועצה האזורית חול עזה, פסקה 8 לפסק דין הרוב). זאת, בהתחשב באופיו של האזור כשטח הנתון לתפיסה לוחמתית ומעמדו של המפקד הצבאי.

28. זכויות האדם להם זכאים "התושבים המוגנים" באיזור והישראלים באיזור אינן מוחלטות. ככל זכויות האדם הן יחסיות. ניתן להגבילן. חלקן של ההגבלות נובע מהצורך להתחשב בזכויות של אחרים. חלקן של ההגבלות נובע מהאינטרס הביטחוני. על המפקד הצבאי לאזן בין השיקולים השונים. מוטל עליו תפקיד קשה, שכן השיקולים השונים מתנגשים לא פעם זה בזה. הגנה מירבית על הביטחון עשויה להיות כרוכה בפגיעה בלתי מידתית בזכויותיהם של התושבים באיזור. הימנעות מפגיעה בהם עשויה להעמיד את הביטחון בסכנה של ממש. פתרונה של התנגשות הוא באיזון ראוי. אמת מידה מרכזית באיזון זה היא ה"מידתיות" על שלושת מבחני המשנה שלה. מבחן המשנה הראשון קובע כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לאמצעי. מבחן המשנה השני קובע כי מבין מגוון האמצעים שניתן לנקוט להגשמת המטרה יש לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה. מבחן המשנה השלישי קובע כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי הננקט צריך לעמוד ביחס ראוי לתועלת הצומחת ממנו. לענין שלושת מרכיביו של מבחן המידתיות, יצויין כי "לא פעם מצויות כמה דרכים שבהן ניתן לצאת ידי חובת המידתיות. במצבים אלה יש להכיר במיתחם מידתיות (הדומה למיתחם הסבירות). כל אמצעי שהרשות בוחרת בו בגדרי המיתחם הוא מידתי" (פרשת בית סוריק, עמ' 840; ראו גם פרשת אלפי-מנשה, פסקה 30). ודוק: האחריות והסמכות לאזן בין השיקולים המתנגשים הם בידי המפקד הצבאי. אך שיקול דעתו איננו מוחלט. הוא נתון לביקורת שיפוטית. עם זאת, בית המשפט אינו מבקש להחליף את שיקול דעתו הצבאי-ביטחוני של המפקד הצבאי בשיקול דעתו שלו. "אין אנו עושים עצמנו למומחים בענייני ביטחון. אין אנו ממירים את השיקול הביטחוני של המפקד הצבאי בשיקול הביטחוני שלנו. אין אנו נוקטים כל עמדה באשר לאופן ניהול ענייני הביטחון. תפקידנו הוא בשמירת הגבולות ובהבטחת קיומם של התנאים התוחמים את שיקול-הדעת של המפקד הצבאי" (ראו פרשת בית סוריק, 3-842). על רקע אמות מידה אלו, נבחן את תוואי הגדר באדמות דיר קדיס, הן בהיבט הסמכות והן בהיבט המידתיות.

סמכות המפקד הצבאי

29. נפתח בשאלת הסמכות. השאלה היא האם ביסוד תוואי הגדר באדמות דיר קדיס עומד שיקול ביטחוני, או שיקול מדיני. בחנו שאלה זו. שוכנענו כי תוואי הגדר לא נקבע משיקולים מדיניים. ההחלטה על הקמת הגדר מצפון וממזרח לגוש מודיעין נפלה על רקע מציאות הטרור הקשה שפקדה את ישראל מאז ספטמבר 2000. על רקע זה, נוצר צורך ביטחוני חיוני לנקוט אמצעים לשמירה על חייהם ועל שלומם של אזרחי ישראל. לצורך כך, החליטה הממשלה על הקמת גדר ביטחון שמטרתה לשבש ולמנוע

חדירת פעילות חבלנית מתחומי יהודה ושומרון לתחומי ישראל. בשלב הראשון תוכננה הגדר לעבור בסמיכות רבה לכפר דיר קדיס. גדר זו הותירה אדמות רבות מאדמות הכפר בצידה ה"ישראלי" של הגדר, במרחב תפר. בהמשך החליט המפקד הצבאי לשנות את התוואי מספר פעמים, עד לקביעת התוואי החמישי, הוא התוואי העומד לבחינה בפנינו. התוואי הוזז מאות מטרים לכיוון דרום ומערב. השינוי נועד, בעיקרו, לצמצם את הפגיעה בתושבי דיר קדיס. אמנם, הותרת התוואי המקורי הייתה מיטיבה את ההגנה על תושבי מודיעין עלית. אך היא הייתה כרוכה בפגיעה קשה ב"תושבים המוגנים" המתגוררים בדיר קדיס. השיקולים שהובילו לקביעת התוואי החמישי בין דיר קדיס למודיעין עלית הם, אם כן, שיקולים הקשורים בביטחון ושיקולים שעניינם ביסוד קביעת תוואי הגדר במרחב עמדו שיקולים ביטחוניים ושיקולים שעניינם צמצום הפגיעה במרקם חייהם של תושבי הכפר. מכאן שלא נפל פגם בסמכותו של המפקד הצבאי בהוצאת צווי התפיסה נשוא העתירות.

מידתיות התוואי

30. עיקר הטענות בעתירות שלפנינו התמקד בשאלת חוקיותו של התוואי שנבחר להקמת הגדר. אכן, לא די בכך שביסוד הקמת הגדר עומד שיקול ביטחוני ולא מדיני. שאלת המפתח לעניין תוואי הגדר הינה, האם המיתווה של גדר ההפרדה הוא מידתי. תשובה לשאלה זו מחייבת בחינתה של המידתיות על פי שלושת מבחני המשנה שלה. מבחן המשנה הראשון בודק, אם קיים קשר רציונלי בין מטרתה של הגדר לבין התוואי שנקבע לה? תשובתנו הינה, כי קשר רציונלי זה מתקיים במיתווה של גדר באדמות דיר קדיס. אין חולק כי התוואי מגשים את התכלית הבטחונית המונחת ביסוד הקמת הגדר, שהינה יצירת חיץ בין הישובים הישראליים לבין הישובים הפלסטינים באזור יהודה ושומרון, והגנה על התושבים הישראליים מפני מעשי טרור. הגדר יוצרת הפרדה בין הטרור לבין הישראליים. בכך מתקיימת התאמה בין האמצעי שננקט לבין המטרה.

31. האם מתווה הגדר מקיים את מבחן המשנה השני – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה? הגדר יוצרת פגיעה בתושבים הפלסטינים. פגיעה זו נגרמת כתוצאה מתפיסת קרקעות לשם הקמת הגדר עצמה, עקירת עצים המצויים בתוואי, וכליאת שטחים חקלאיים מעובדים מצידה ה"ישראלי" של הגדר. לטענת תושבי דיר קדיס, ניתן להשיג את התכלית הבטחונית באמצעות תוואי חלופי שיעבור סמוך יותר לבתי מודיעין עלית, על הגדר הקיימת של היישוב. פגיעתו של תוואי כזה בתושבים הפלסטיניים תהיה קטנה יותר. עמדת המשיבים, מנגד, היא כי התוואי החלופי המוצע אינו מספק את המענה הביטחוני הנדרש של הגנה על מודיעין עלית, בשל הקירבה לבתים ובשל המבנה

הטופוגרפי של השטח. הצמדת הגדר לבתים לא תספק לכוחות הביטחון די זמן פעולה ללכידת גורמי טרור שעלולים לחדור לישוב, בטרם יגיעו לבתי התושבים.

32. מקובל עלינו, כי הקמת הגדר קרוב יותר למודיעין עלית תפחית מן הפגיעה בתושבי דיר קדיס. אך התוואי החלופי המוצע על ידי באי-כוח דיר קדיס אינו מקיים את מטרות הביטחון המונחות ביסוד הגדר, באותה מידה כמו התוואי שקבע המפקד הצבאי. תושבי דיר קדיס לא הרימו את הנטל לסתור את עמדת המפקד הצבאי כי התוואי החלופי המוצע אינו מספק את המענה הבטחוני הנדרש להגנה על מודיעין עלית, עמדה שהיא כל כולה בתחום ההערכה והמומחיות הבטחוניים. אין אנו מוצאים, איפוא, מקום להתערב בקביעת המפקד הצבאי כי גדר בתוואי החלופי לא תספק את ההגנה הנדרשת למודיעין עלית. מכאן שאין לפנינו תוואי חלופי שמקיים באופן דומה את דרישות הביטחון, תוך שפגיעתו בתושבים קטנה יותר. שוכנענו, איפוא, כי תוואי הגדר אינו מפר את מבחן המשנה השני של המידתיות.

33. האם תוואי הגדר עומד במבחן המשנה השלישי – מידתיות "במובן הצר"? לאחר שמיעת טענות הצדדים והמומחים מטעמם, ולאחר שעיינו בחומר שהונח לפנינו, נחה דעתנו כי בנסיבות העניין האיזון שערך המפקד הצבאי בין צרכי הביטחון, זכויות התושבים הישראלים וזכויות התושבים הפלסטינים, הוא מידתי. תוואי הגדר עבר בחינה מחודשת מספר פעמים. המפקד הצבאי שקל את מכלול הנסיבות הרלוונטיות. התוואי החמישי צמצם את הפגיעה בתושבים הפלסטינים במידה ניכרת, בהשוואה לתוואי הראשון. היקף הקרקעות החקלאיות הנתפסות לשם הקמת התוואי צומצם. כך גם היקף האדמות הנותרות ב"מרחב התפר". תוואי הגדר הורחק מאות מטרים מבתי הכפר דיר קדיס והוא עובר כעת בסמיכות רבה יותר למודיעין עלית. יש לציין כי תוואי זה דומה לתוואי שהוצע בשעתו על-ידי המועצה לשלום וביטחון למקטע זה. מקובלת עלינו עמדת המשיבים לפיה קיים צורך ביטחוני חיוני להרחיק את הגדר כמה מאות מטרים מבתי מודיעין עלית. כן מקובל עלינו – לאור אופיו הצבאי של השיקול – כי יש לשלוט על הגבעה שמצפון-מזרח למודיעין עלית, שכן מדובר בגבעה השולטת על בתי היישוב. לבסוף, מקובל עלינו כי שטח תכנית מתאר 210/4/2 עליו כבר הולכת ונבנית שכונת מגורים, הוא חלק ממודיעין עלית וזקוק להגנה כמוה.

34. הפגיעה בתושבי דיר קדיס הכרוכה בהקמת הגדר בתוואי החמישי הינה מצומצמת. פגיעה זו נדרשת מטעמים ביטחוניים-טופוגרפיים. לצורך הקמת הגדר נתפסים כ-60 דונם של אדמות חקלאיות, המעובדת על ידי תושבי דיר קדיס, חלקם אדמה פרטית וחלקם מוכרזים כ"אדמת מדינה". נדרשת העתקה של מספר קטן של

עצים. כ-90 דונמים נוספים של קרקע חקלאית המשמשת את תושבי הכפר יוותרו בתוך "מרחב התפר". אין לומר שהפגיעה בתושבי דיר קדיס היא פגיעה קשה באופן בלתי מידתי. אין לומר שהיא אינה עומדת ביחס ראוי לתועלת הביטחונית הצומחת מהגדר. מטרת הגדר הינה להגן על חיי התושבים הישראלים מפני פעולות טרור. תועלתה הצפויה רבה מאד. מנגד, הפגיעה בעותרים אינה כה קשה וחמורה עד שאין היא מידתית. השטח שנתפס הינו קטן יחסית ואין מדובר עוד כבתחילה בתפיסת אלפי דונמים, ובהעתקם של אלפי עצים. תמורת קרקעות פרטיות שייתפסו ועצים שיועתקו או יעקרו ישולם פיצוי הולם. הגדר מוקמת רק מעברו הדרומי של הכפר. היא אינה מקיפה את הישוב הפלסטיני מעברים נוספים. היא אינה פוגעת בגישה החופשית בין הכפר לכפרים הסמוכים. אין היא יוצרת מובלעות, מרחב תפר או "טבעת חנק" הפוגעים בחיי היומיום.

35. בד בבד, התוואי החדש אינו מתפשר יתר על המידה על צרכי הביטחון. אמנם, המשיבים הודו בפנינו כי התוואי החמישי נחות מבחינה ביטחונית מהתוואי הראשון. עם זאת, מקובלת עלינו עמדתו של המפקד הצבאי לפיה יש בתוואי העדכני כדי לספק הגנה סבירה למודיעין עלית. אכן, מדברי המשיבים ניכר כי במסגרת התוויית הגדר נעשה מאמץ ניכר לענות על צרכי הביטחון של תושבי היישובים הישראליים, ולהגשים את תכליתה הביטחונית של הגדר. ודאי, ניתן היה להקטין את סיכויי הפגיעה בביטחון לו הורחק התוואי צפונה ומזרחה לכיוונם של הכפרים הפלסטיניים הסמוכים. ניתן היה להקטין את סיכויי הפגיעה בביטחון לו נכללו בגדר שטחים נוספים. אולם כל אלה כרוכים בפגיעות קשות בתושבים הפלסטינים. מקובלת עלינו גישת המשיבים לפיה משהגיע המפקד הצבאי למסקנה כי הוא יכול לספק הגנה סבירה למודיעין עלית באמצעות הקמת הגדר בתוואי העדכני, אין הצדקה לבחור בתוואי פוגעני יותר באוכלוסייה המקומית.

36. אשר לטענות בעניין התפתחותה העתידית של מודיעין עלית והתחשבות בתכניות מתאר, אין בהן כדי להצדיק חזרה לתוואי הראשון. לעניין תוכניות המתאר 210/6/3 ו-210/9/2, לא נפל כל פגם בכך שהמשיבים לא הביאו תוכניות אלה בחשבון בתכנון התוואי החמישי. תכנון תוואי גדר הביטחון אינו צריך להתבסס על הרצון לכלול בצידה ה"ישראלי" של הגדר שטחים אשר נועדו להרחבת יישובים, בפרט כאשר מדובר בתוכניות מתאר שכלל אינן תקפות (ראו, בג"ץ 2732/05 ראש מועצת עיריית עזון נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם)). יתרה מכך, ככל שתוכנית מתאר להרחבת ישוב מהווה נימוק יחיד או נימוק דומיננטי לתוואי שקובע המפקד הצבאי, הדבר אינו חוקי (ראו, פרשת טלפית, פסקה 29). עיקר חששה של המועצה המקומית מודיעין עלית

הוא כי תוואי הגדר יפגע בהתפתחות העתידית של הישוב. מוכנים אנו להניח כי התוואי המתוכנן אכן פוגע במידה מסוימת באפשרויות ההתפתחות של מודיעין עלית לכיוון צפון ומזרח. זאת, מבלי שנביע כל עמדה לגבי תוכניות המתאר האמורות. אולם בכך לא די. שיקול זה של צרכיה העתידיים של האוכלוסייה הישראלית הוא רק אחד ממכלול השיקולים שעל המפקד הצבאי לשקול ולאזן. בענייננו, מדובר אך בחשש לעתיד לבוא. תוואי הגדר אינו יוצר פגיעה מיידית וישירה במרקם חייהם של תושבי מודיעין עלית. כידוע, "הגדר היא מטבעה זמנית. צווי התפיסה המוצאים לצורך הקמת הגדר מוגבלים לתקופה קצובה של מספר שנים. כך עולה מהחלטות הממשלה שאין לנו יסוד לפקפק באמינותן..." (פרשת אלפי מנשה, פסקה 100). בהתחשב בטבעה הזמני של הגדר, לשיקול בדבר אפשרות התפתחות עתידית משקל מוגבל (ראו, בג"ץ 11205/05 מועצת הכפר עיזריה נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם); פרשת אלראם, פסקה 57).

37. אשר לזכויות הנטענות על ידי חברות הנדל"ן, גם בטענות אלה אין כדי להצדיק שינוי בתוואי הגדר. חברות הנדל"ן ותושבי דיר קדיס חלוקים בשאלת הבעלות בחלקות הפרטיות שבין מודיעין עלית לדיר קדיס. אין ספק, עם זאת, כי לא נרשמה העברת בעלות בחלקות אותן לפי הטענה רכשו חברות הנדל"ן. יצוין כי ההכרזה על חלקות כ"אדמות מדינה" או כקרקע פרטית בניהול ממשלתי, אין בה כשלעצמה כדי להכריע בעניין הזכויות. שהרי "הכרזה על שטח כעל רכוש ממשלתי, היא עצמה אינה קובעת או יוצרת זכויות-בעלות בשטח; אלה האחרונות נקבעות לפי הדין המהותי" (בג"ץ 3998/06 יאסין ואח' נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית ואח' (טרם פורסם)). לגבי ארבע חלקות שנבדקו נקבע על ידי קמ"ט רישום מקרקעין כי לא ניתן לרשום את העברת הבעלות בהן, מסיבות שונות. מקובלת עלינו עמדת המשיבים, כי במסגרת הדיון בעתירות שלפנינו אין מקום לדון ולהכריע בשאלת הזכויות הקנייניות של תושבי דיר קדיס והחברות הנדל"ן. הדיון בתוואי הגדר אינו המסגרת הדיונית המתאימה לבירור זכויות הבעלות. על הבירור להיעשות במסגרת ההליכים והערכאות המיועדים לכך על פי הדין.

38. מכל מקום, סוגיית הבעלות אינה טעונה כלל בירור לשם הכרעה בעתירות שלפנינו. שכן, גם אם נניח - לצורך הדיון שלפנינו - כי לחברות הנדל"ן בעלות בחלקות מקרקעין באדמות דיר קדיס, לא יהיה בכך כדי להביא לקבלת עתירתן. כשם שצורכי הביטחון עשויים לחייב פגיעה באדמותיהם של התושבים המקומיים וביכולת השימוש בהן, כך הם עשויים לחייב פגיעה גם באדמותיהם של ישראלים וביכולת השימוש בהם (ראו, למשל, בג"ץ 5495/06 חברת הקרן ליד מדרשת א"י בע"מ נ' שר הביטחון (טרם פורסם)). חברות הנדל"ן טוענות כי החלקות מצויות באזור יהודה

ושומרון. אין כל עילה לחייב את המשיבים להותירם בצד "הישראלי" של הגדר. אכן, לא פעם הותירה גדר ההפרדה תושבים ישראלים ונכסים "ישראליים" מצידה "האיוש" של הגדר (ראו, בין היתר, פרשת טנא, בג"ץ 399/06 סוסיא - אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות קהילתית בע"מ נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם); פרשת אלראם, פרשת ביר נבאלה, בג"ץ 1844/06 רינאווי נ' ראש הממשלה (טרם פורסם)).

39. טענותיהם העיקריות של חברות הנדל"ן נוגעות, למעשה, לפגיעה הכלכלית שתגרם להם עקב בניית גדר ההפרדה בתוואי החמישי. אכן, יש להניח כי הקמת הגדר באופן שמותיר את החלקות בצידה ה"ישראלי" של הגדר היה מיטיב עם האינטרסים הכלכליים של חברות הנדל"ן. אולם בכך לא די. לשיקולים כספיים אלה משקל מוגבל במכלול השיקולים שעל המפקד הצבאי לשקול ולאזן בנסיבות העניין. ראשית, הפגיעה לה טוענות חברות הנדל"ן אינה בעצם התפיסה של שטחים לצורכי בניית הגדר, תפיסה שקיימת לפי כל אחת מן החלופות להקמת גדר, אלא בכך שחלק מהקרקע נותר מצידה "האיוש" של הגדר. עצם הבעלות בחלקות, ככל שהיא קיימת, אינה נשללת מן החברות. הגדר אינה משנה את מערך הזכויות הקנייניות. שנית, לגבי המקרקעין שנותרים מצידה "האיוש" של הגדר אין תוכניות בנייה בתוקף. הפגיעה בחברות הנדל"ן מוגבלת לפגיעה בציפיות הכלכליות באשר לאישור עתידי של תוכניות בנייה ומימושן בעתיד. זו פגיעה לעתיד בלבד. בהתחשב בטבעה הזמני של הגדר, הפגיעה בזכויות הקניין ובציפיות הכלכליות של החברות הנדל"ן היא פגיעה מצומצמת. בנסיבות העניין, לא היה מקום להעניק לה משקל ממשי בתכנון התוואי. מכל מקום, ככל שחברות הנדל"ן סבורות שנגרם להן נזק כספי, פתוחה בפניהן הדרך לפנות לערכאות המוסמכות לדון בכך.

40. סיכומו של דבר, התוואי הראשון, בו תומכות המועצה המקומית מודיעין עלית וחברות הנדל"ן, אכן יפחית מן הפגיעה בעותרות אלה. יחד עם זאת, הוא יגרור פגיעה ממשית בתושבים הפלסטינים. הוא יעצים את הפגיעה המיידית והישירה בחקלאים של הכפר דיר קדיס, שגם על זכויותיהם שלהם על המשיבים להגן. התוואי הראשון אינו מביא, איפוא, להפחתה של הפגיעה ברווחתה של האוכלוסייה בכללותה, אשר את טובתה חייבים המשיבים לשוות לנגד עיניהם. בנסיבות אלה, לא מצאנו עילה להתערב באיזון שערכו המשיבים בין שיקולי הביטחון והזכויות המתנגשות של תושבי דיר קדיס, תושבי מודיעין עלית וחברות הנדל"ן. החלטותיו של המפקד הצבאי באו לאחר ששקל את מכלול הנסיבות הרלוונטיות, ולאחר שהנחה עצמו על-פי אמות המידה שנקבעו על-ידי בית משפט זה ביחס לגדר ההפרדה. אכן, לא קל הוא תפקידו של המפקד הצבאי. עליו לקיים איזון עדין בין צרכים ואינטרסים מתנגשים. התרשמנו

מהרצון הכן של המפקד הצבאי לחפש אחר איזון זה, תוך נכונות לשנות מתכנית מקורית כדי להגיע לפתרון מאוזן. בנסיבות המקום והמקרה - האיזון שערך הוא איזון מידתי, ומכל מקום, אין הוא חורג מן המתחם אותו ראוי לנו לכבד.

אי לכך, העתירות נדחות. אין צו להוצאות.

ה נ ש י א ה

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

אני מסכים.

המשנה לנשיאה

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש.

ניתן היום, ז' באייר התשס"ז (25.04.2007).

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה