

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8414/05

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

העותר : אחמד עיסא עבדאללה יאסין, ראש המועצה
הכפרית בילעין

נ ג ד

המשיבים : 1. ממשלת ישראל
2. המפקד הצבאי בגדה המערבית
3. גרין פארק אינק
4. גרין מאונט אינק
5. הקרן לגאולת הקרקע תכנון ופיתוח
6. חב' עין עמי ייזום ופיתוח בע"מ
7. המועצה המקומית מודיעין עלית
8. חפציבה בניה ופיתוח בע"מ

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה : ל' בשבט התשס"ז (18.02.2007)

בשם העותר : עו"ד מיכאל ספרד

בשם המשיבים 1 ו-2 : עו"ד אבי ליכט

בשם המשיבות 3, 4 ו-6 : עו"ד רנאטו יאראק ; עו"ד שירה חי-עם

בשם המשיבה 5 : עו"ד משה גליק

בשם המשיבה 7 : עו"ד גלעד רוגל

בשם המשיבה 8 : עו"ד יורם בר סלע

פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש:

העתירה מופנית כנגד צו תפיסת מקרקעין מס' 40/04/ת' (תיקון גבולות), אשר הוצא על ידי המפקד הצבאי לצורך הקמת גדר הביטחון על אדמות הכפר בילעין, ממזרח לישוב מודיעין עלית שבגוש מודיעין, באזור יהודה ושומרון.

רקע

1. הישוב מודיעין עלית הוא ישוב ישראלי באזור מודיעין, השוכן ממזרח לקו תחום איו"ש, מצפון לכביש 443. מתגוררים בו כ-32,000 תושבים, חלקם הגדול בני המגזר החרדי. בקרבת מודיעין עלית מצויים מספר כפרים פלסטינים. במסגרת תכניתה של ממשלת ישראל להקים גדר ביטחון בין ישראל לבין האיזור, תוכנן גם תוואי הגדר באיזור זה, במסגרת הקמתו של "שלב ג" של הגדר. הגדר באיזור זה מפרידה בין יישובי גוש מודיעין (מתיתיהו, מודיעין עלית וחשמונאים) לבין הכפרים הפלסטינים בילעין, צפא, חרבתא, דיר קדיס, נעלין ואל מדיה. היא נועדה להגן על תושבי מודיעין עלית ועל תושבי גוש מודיעין והעיר מודיעין הסמוכים אליה. העתירה שלפנינו מופנית כנגד מקטע הגדר הנבנה על אדמות הכפר בילעין, כפר פלסטיני השוכן ממזרח למודיעין עלית, בו חיים כ-1,700 תושבים. תוואי הגדר באדמות בילעין הוא המשכו של התוואי העובר באדמות חרבתא שמצפון לבילעין. התוואי ממשיך דרומה באדמות הכפר צפא עד כביש 443.

2. לצורך הקמתה של הגדר ממזרח למודיעין עלית הוצאו בראשית שנת 2004 שלושה צווי תפיסה: צו תפיסה 27/04/ת' (מיום 21.3.2004); צו תפיסה 40/04/ת' (מיום 25.4.2004); וצו תפיסה 44/04/ת' (מיום 25.4.2004). במסגרת בחינת השגות שהגישו תושבי בילעין נגד התוואי קוימו מספר סיורים בשטח ופגישות בין הצדדים. ביום 13.5.2004 הודע לתושבים על דחיית ההשגות. בעקבות פסק הדין בפרשת בית סודיק (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סודיק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807) שב המפקד הצבאי ובחן את תוואי הגדר, לאור אמות המידה שנקבעו בפסק הדין. הוחלט על עריכת תיקון בתוואי, באופן שמקטע הגדר העובר בנחל מודיעין (ממערב לבילעין) יוסט מערבה, כך שנקודת החצייה של הנחל תהיה 800 מטרים מנקודת החצייה המקורית. תיקון התוואי הוצג בפני התושבים באוקטובר 2004 וביום 24.11.2004 הוצא

בהתאם צו תפיסה מתוקן - צו תפיסה 40/04/ת' (תיקון גבולות) – הוא הצו נשוא העתירה.

3. תוואי הגדר המעודכן העובר באדמות בילעין אורכו כ- 1.7 ק"מ. הוא תופס כ- 260 דונמים. התוואי מתרחק עד למרחק של כשני קילומטר מבתי הישוב הקיצוניים של מודיעין עלית. הוא מותיר כמחצית מאדמות בילעין (לפי החלוקה המנדטורית של אדמות הכפרים) מצידה "הישראל" של הגדר. לדברי העותר, היקף האדמות של הכפר בילעין, הנותרות במרחב התפר שבין הגדר לבין קו תחום איו"ש, עומד על כ-1,980 דונם של אדמות הכפר, חלקן בבעלות פרטית של תושבי בילעין וחלקן מהוות אדמות כפר המעובדות על ידי תושביו. על פי הנתונים שהציגו המשיבים 1-2 (להלן – המשיבים) התוואי מותיר מצידה "הישראל" של הגדר כ-1,647 דונמים מאדמות הכפר בילעין, על פי החלוקה המנדטורית של אדמות הכפרים (סך כל אדמות בילעין לפי חלוקה זו עומד על כ- 4,085 דונם). לדברי המשיבים, 678 דונם מן האדמות שנותרות במרחב התפר הינם בבעלות פרטית של תושבי הכפר והיתר מצויים בתחום תוכניות מתאר ישראליות. כ-196 דונם מן הקרקעות הן שטחים מעובדים.

4. תוואי הגדר באדמות בילעין מקיף ממזרח שטחים לגביהם קיימות תוכניות מתאר להרחבת מודיעין עלית, תוכניות המצויות בהליכי תכנון שונים. התכנית האחת היא תכנית מתאר 210/4/2, להקמת שכונת מגורים בשם "נאות הפסגה" ממזרח למודיעין עלית, מצפון לנחל דולב. רובה הגדול של השכונה מתוכנן להיבנות על אדמות הכפר חרבתא. שכונת "נאות הפסגה" נבנית על פי תכנית מתאר תקפה ועבודות התשתית להקמת השכונה החלו בשנת 2004. בשכונת "נאות הפסגה" עתידות להיבנות כ- 2,750 יחידות דיור, בבניינים רבי קומות. בפועל נבנו עד כה מאות יחידות דיור ובוצעו עבודות להכשרת השטח.

5. מדרום לשכונת "נאות הפסגה", מעברו הדרומי של נחל דולב, קיימת תכנית להקמת שכונת מגורים נוספת, בשם "מתתיהו מזרח". התכנית המקורית להקמת השכונה הייתה תכנית מתאר מפורטת 210/8, שאושרה ופורסמה למתן תוקף בשנת 1999. על פי תכנית 210/8, תוכננו בשכונת "מתתיהו מזרח" כ-1500 יחידות דיור, בשטח של 900 דונם שהוכרו "אדמת מדינה". חלקה העיקרי והמרכזי של תכנית 210/8 מצוי בתחום השטח המוניציפלי של מודיעין עלית, הגם שחלקים ממנה חרגו משטח השיפוט המוניציפאלי של הישוב. בפועל, עד שנת 2004 לא הוחל במימושה של תכנית 210/8. ביני לביני, החלו יזמים פרטיים של שכונת "מתתיהו מזרח" והמועצה המקומית מודיעין עלית לקדם תכנית מתוקנת להקמת השכונה, תכנית 210/8/1, שהייתה אמורה

לאפשר הכפלת מספר יחידות הדיור בשכונה לכ-3,000 יחידות דיור, בדרך של ציפוף הבניה, תוך ששטח השכונה נותר דומה, בעיקרו, לשטחה לפי תכנית 210/8. בפברואר 2004 אישרה ועדת המשנה להתיישבות של מועצת התכנון העליונה באיו"ש (להלן – ועדת המשנה להתיישבות) את תוכנית 210/8/1 להפקדה והיא פורסמה להפקדה באוגוסט 2004. ואולם, כבר במהלך שנת 2004, בזמן שתכנית 210/8/1 נדונה במוסדות התכנון, החלו חברות קבלניות במימושה בשטח. התברר כי היזמים עשו דין לעצמם והחלו בבניית השכונה בהתאם לתכנית העתידית 210/8/1 בטרם ניתן לה תוקף. כתוצאה מכך, נעשו בשכונת מתתיהו מזרח, החל משנת 2004, עבודות בניה בלתי-חוקית בהיקף גדול.

6. בספטמבר 2005, בסמוך לאחר הגשתה של העתירה שלפנינו, אושרה תכנית 210/8/1 למתן תוקף. יצוין בהקשר זה כי תכנית 210/8/1 מחולקת לשני חלקים. שלב א' המערבי ושלב ב' המזרחי, הכולל 1,082 יחידות דיור. בשלב א' ניתן לבנות לאחר אישור התכנית. אשר לשלב ב', על פי החלטה של שר הביטחון מאוגוסט 2005, לא ניתן יהיה לפתחו ולבנות בו בשלב הראשון, ושיווקו בעתיד יהיה מותנה בקבלת אישור נוסף משר הביטחון. בפועל, התבצעה בנייה בשטח המערבי של שכונת "מתתיהו מזרח", בו נבנו מאות יחידות דיור בשלושה מתחמים: שני מתחמים של משיבה 8 ומתחם של משיבות 3-5. באחד המתחמים של משיבה 8, שבנייתו החלה כבר בסוף שנת 2002, החל אכלוס של שמונה בניינים, בהיקפים שונים. כל המבנים הוקמו לפי המתווה התכנוני של תכנית 210/8/1 ולא לפי המתווה של תכנית 210/8, היא התכנית שעמדה בתוקף בעת הקמת המבנים.

7. יתרה מכך, בעקבות הגשתה של העתירה נודע לפרקליטות המדינה על ליקויים שונים שנפלו בהליכים לאישורה של תכנית 210/8/1, הקשורים בין היתר לחריגת התכנית משטח השיפוט המוניציפאלי של מודיעין עלית. במסגרת הכנתה של התגובה לעתירה הנחתה הפרקליטות את המשיבים שלא לפרסם את תכנית 210/8/1 למתן תוקף, שכן סברה שיש להתחיל בהליכי התכנון מחדש, החל משלב ההפקדה. כן החליטו המשיבים לבחון מחדש טענות לגבי הבעלות על חלק מהקרקע בשטח התכנית. על רקע זה הוגשה עתירה נפרדת מטעם העותר ותנועת "שלום עכשיו", שהתמקדה בהיבט התכנוני של שכונת "מתתיהו מזרח" (בג"ץ 143/06 מיום 4.1.2006). באותה עתירה התבקש ביטול האישור למתן תוקף שנתנה ועדת המשנה להתיישבות לתכנית מתאר 210/8/1 בספטמבר 2005 ונקיטה בפעולות הדרושות לאכיפת חוקי התכנון והבניה במתתיהו מזרח. עם הגשת העתירה הוצא בה צו ארעי (ביום 6.1.2006) להפסיק לאלתר כל עבודות הבנייה המתבצעות בתחום תכנית 210/8 ובתחום התכנית 210/8/1

בלא היתר בניה. כן הורה בית המשפט על הפסקה לאלתר של כל פעולות האיכלוס של הדירות במתחם ושל העברת חזקה ביחידות דיור נוספות במתחם. כניסה ליחידות הדיור ושימוש בהן נאסרו גם הם. בהמשך (ביום 12.1.2006) התווספה לצו הארעי הוראה לפיה יופסקו לאלתר כל עבודות הבנייה המתבצעות במתחם מכוח היתרי בנייה שהוצאו, בין מכוח התכנית המקורית (210/8) ובין מכוח התכנית החדשה (210/8/1). בעקבות קשיים כלכליים קשים אליהם נקלעה חברת חפציבה (המשיבה 13 בבג"ץ 143/06, המשיבה 8 בענייננו), ארע גל פלישות של רוכשי דירות לאתרי בניה של החברה, ובכלל זה לאתר חפציבה בשכונת מתתיהו מזרח. בעקבות התפתחות זו החליט בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט ד' חשין) ביום 6.8.06 (במסגרת ההליכים בפש"ר 4202/07), כי "בשלב זה, אין לפנות רוכשים מדירות שנכנסו אליהן". על רקע זה, החליט בית המשפט העליון ביום 27.8.07, במסגרת דיונו בבג"ץ 143/06, כי על אף קיומו של צו הביניים, "בשלב זה, וכל עוד לא התבהרו מלוא הנתונים ביחס למצבה של חברת חפציבה וסיכוייהם של הדיירים לקבל את הדירות אותן רכשו, או, לחלופין, השבה של התמורה אותה שילמו בגינן, לא ישונה המצב הקיים כיום בשטח". כן נקבע כי לא תיעשה בשלב זה פעולה לפינוי הדיירים שפלו לירות חפציבה מאז 1.8.07 ועד ליום 6.8.07.

8. לאחר הגשת העתירה שלפנינו, הורו רשויות המדינה לבטל את הליכי התכנון של תכנית 210/8/1 ולהתחיל בהליכי התכנון מראשיתם. תכנית 210/8/1 הופקדה מחדש. בתכנית זו נכללו מובלעות של קרקע פרטית השייכת לפלסטינים מהכפר בילעין. התכנית המחודשת קובעת לגבי מובלעות אלה כי הן אינן חלק משטח התכנית, וכי כל פעולות בנייה או שימוש שנעשות במובלעות הפרטיות יופסקו, והמצב יוחזר לקדמותו בדרך של פינוי המבנים, חומרי הבנייה וכל פסולת אחרת, והשטח יכוסה באדמת גן. כדי לאפשר ליזמי התכנית עמידה בתנאי המקדמי הנזכר, הוחרגו מן הצו הארעי העבודות להשבת המצב לקדמותו ב"מובלעות" הפרטיות. התכנית המחודשת אושרה להפקדה ביום 15.2.06, פורסמה להפקדה ביום 13.3.2006 (בעיתונות בשפה העברית והערבית) ונשמעו לגביה התנגדויות. ביום 3.7.06 התקבלה החלטת ועדת המשנה בעניין ההתנגדויות. בכפוף לעריכת מספר תיקונים בתכנית ולמילוי תנאים נוספים הקבועים בתקנון התכנית, החליטה הוועדה להמליץ למועצת התכנון העליונה ליתן לה תוקף. ביום 31.1.2007 ניתנה החלטה של מועצת התכנון העליונה בעניין מתן תוקף לתכנית 210/8/1 החדשה. בהמשך להחלטה למתן תוקף ולאחר שהשינויים הנדרשים בהחלטה הוטמעו בהוראות התכנית, פורסמה התכנית בעיתונות העברית והערבית למתן תוקף בפברואר 2007.

9. תוואי הגדר באדמות בילעין נדון בפני בית משפט זה בכמה עתירות קודמות. לאחר הוצאת צווי התפיסה 27/04' ו- 40/04' (ותיקונם בנובמבר 2004) הגישו ראשי מועצת הכפר בילעין והכפר צפא עתירה משותפת נגד תוואי הגדר (בג"ץ 11363/04). במסגרת העתירה הוגשה לבית המשפט הודעה מוסכמת של כל בעלי הדין. ההודעה המוסכמת מתייחסת, בין היתר, לשני קטעים של הגדר באדמות בילעין: "קטע ג" המתחיל בגבול אדמות צפא ובילעין ונמשך צפונה עד לנחל דולב, ו"קטע ד" מנחל דולב עד לגבול אדמות בילעין וחרבתא. וזו לשון ההודעה:

"ג. מגבול אדמות הכפר צפא ובילעין ועד הדרך שממזרח לבית הבודד [קטע ג'], הצדדים מסכימים שיבוצעו עבודות למימוש צו תפיסה 40/04'. רוחב העבודות, ככלל, לא יעלה על 50 מטרים. במסגרת ביצוע העבודות ייעשה מאמץ לצמצם את הפגיעה בגידולים חקלאיים, ולהצמיד את התוואי לחלק המערבי של צו התפיסה. העבודות יחלו אך ורק לאחר סימון התוואי בשטח, וזאת לאחר שהמשיבים ימסרו לידי באת-כוחם של העותרים את התשריט של תכנית המתאר לשכונה הדרום-המזרחית של מודיעין עלית, וקבלת אישור סופי מטעם באת-כוח העותרים.

ד. מהדרך שממזרח לבית הבודד ועד לגבול אדמות בילעין וחרבתא [קטע ד'] העותרים יודיעו למשיבים, עד יום 12.12.04, את תשובתם ביחס להצעה לתיקון התוואי שהוצגה לב"כ העותרים על-ידי המשיבים, וזאת לאחר שהמשיבים ימסרו לידי באת-כוחם את התשריט של תכנית המתאר לשכונה הדרום-המזרחית של מודיעין עלית".

בהתאם להסכמה הדיונית בין הצדדים, נערך (ביום 22.12.2004) סיור עם באת-כוח העותרים בבג"ץ 11363/04 (עו"ד עטייה) ועם נציגי הכפר בילעין. בסיור נמסר לעו"ד עטייה התשריט של תכנית 210/8. מתגובת המדינה לאותה עתירה עולה כי בניגוד למוסכם, עו"ד עטייה לא הופיעה לפגישה עם המשיבים לגבי מקטעים ג' ו-ד' ולא העבירה למשיבים כל התייחסות כתובה ביחס למקטעים אלה. בפתח הדיון בעתירה הנ"ל נמסר בשם עו"ד עטייה כי העותרים חוזרים בהם מהעתירה והעתירה נמחקה (ביום 16.2.2005). עם מחיקת העתירה החלו המשיבים במימוש צו תפיסה 40/04' (תיקון גבולות) ובהקמת הגדר.

10. בתוך ימים ספורים הגישו (ביום 21.2.2005) כמה מתושבי בילעין עתירה חדשה באמצעות עו"ד עטייה (בג"ץ 1778/05). זו התבססה על הטענה כי העבודות להקמת הגדר החלו בלא שניתנה להם זכות טיעון והתנגדות. בעתירה החדשה לא צוין

דבר העתירה הקודמת, שנמחקה לבקשת העותרים. בתום דיון בעתירה הורה בית המשפט (ביום 3.3.2005) על מחיקת העתירה, בשל חוסר נקיון כפיים. וכך נאמר בפסק הדין:

”עובדת קיומה – ומחיקת – של העתירה בבג”ץ 11363/04 היא חיונית ונוגעת ישירות לעניין. חזקה על העותרים, ולמצער על באת-כוחם, שהיו מודעים לקיומה של העתירה ולהליכים שהתקיימו בגדרה. בנסיבות אלה, ההימנעות מציון הדברים בעתירות שלפנינו מהווה חוסר ניקיון-כפיים של ממש, המצדיק את מחיקת העתירה.

יתרה מכך, בהתחשב בהליכים שהתקיימו בבג”ץ 11363/04, נראה שאף לגוף העניין לא היה מקום לעתירות שלפנינו. טענותיהם של העותרים (באמצעות ראשי מועצות הכפרים ופרקליטיהם) בעניין התוואי הראוי באזור מגוריהם נשמעו ונידונו בפירוט במסגרת התייחסות המשיבים לבג”ץ 11363/04, וניתן להן מענה ענייני, שאף הביא להסדרים דיוניים שונים. על רקע זה בחרו לסגת בהם מן העתירה הקודמת ולבקש את מחיקתה העותרים בפנינו לא הציגו כל הצדקה לחידוש הדיון באותם עניינים ממש, במסגרת עתירותיהם הנוכחיות.”

הליך נוסף בעל נגיעה לתוואי הגדר בבילעין הינו בג”ץ 2847/04. העתירה הופנתה במקורה נגד תוואי הגדר באדמות הכפר חרבתא שמצפון לבילעין. ביום 26.4.2005 הוגשה בקשה לתיקון העתירה, בה ביקשו העותרים לצרף לעתירה תושבים של הכפר בילעין ולהפנות את העתירה גם נגד תוואי הגדר באדמות הכפר בילעין. בית המשפט החליט למחוק את הבקשה לתיקון עתירה “הן משום שיהוי, הן משום חוסר נקיון כפיים, והן משום שמר שביטה אינו יכול לבקש תיקון עתירה שאחרים הגישו” (החלטה מיום 14.6.2005).

העתירה והטיפול בה

11. העתירה שלפנינו הוגשה ביום 5.9.2005 מטעם ראש המועצה הכפרית בילעין. בעתירה מתבקשת הרחקתה של הגדר מבתי הכפר ומן האדמות החקלאיות של תושביו. עם הגשת העתירה הוחלט כי תקבע לדיון לאחר מתן פסק הדין בפרשת אלפי מנשה (בג”ץ 7957/04 מראעבה נ’ ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם, 15.9.2005), עקב השאלה המשפטית המשותפת שהתעוררה בשתי העתירות ונגעה להשפעת חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בהאג. משניתן פסק הדין בפרשת אלפי מנשה התבקשו בעלי הדין להגיש עמדותיהם העדכניות בעתירה. משיבים 3-6, חברות נדל”ן

העוסקות ביזמות ובניה של שכונת מתתיהו מזרח (להלן – חברות הנדל"ן) ביקשו להצטרף כמשיבות לעתירה. העותר סבר כי יש להתנות את ההצטרפות בכך שחברות הנדל"ן יוכיחו את זכויותיהן בקרקעות נשוא העתירה. העתירה נדונה ביום 1.2.2006 בפני הרכב הנשיא א' ברק והשופטים ד' ביניש וא' ריבלין. בא-כוח המשיבים טען לדחיית העתירה על הסף. הוא ציין כי גם בעתירות הקודמות הבהירו המשיבים כי התוואי תוכנן לשם הגנה על השכונות החדשות שיוקמו במודיעין עלית וכי הדבר הוא בסמכותו של המפקד הצבאי. בתום הדיון הוצא צו-על-תנאי כמבוקש בעתירה. כן הוחלט על צירוף חברות הנדל"ן, המועצה המקומית מודיעין עלית וחברת חפציבה, שבנתה גם היא בשכונת "מתתיהו מזרח", כמשיבות לעתירה. בית המשפט לא ראה ליתן צו ביניים. עם זאת, הוא רשם לפניו את הודעת המדינה לפיה לא ייבנה שער בקצה הצפוני של "קטע ג" ושטח זה יישאר פתוח למעבר חופשי עד להכרעה בעתירה לגופה.

12. לאחר שהוגשו תצהירי התשובה נדונה העתירה (ביום 14.5.2006) בפני הנשיא א' ברק והשופטים א' ריבלין וא' פרוקצ'יה. בדיון הופיע לפני בית המשפט אלוף-משנה (במיל') דן תירזה, ששימש ראש מנהלת "קשת צבעים" (העוסקת בתכנון תוואי המכשול במרחב התפר). אלוף-משנה (במיל') תירזה סקר את תוואי הגדר ואת השיקולים שעמדו בפני מתכנני התוואי. בא-כוח המשיבים חזרה וטענה לדחיית העתירה על הסף. כמו כן היא הדגישה כי התכנית המקורית של "מתתיהו מזרח" (210/8) הייתה הבסיס לתוואי. גבולותיה כמעט חופפים את התכנית החדשה (210/8/1). עמדה דומה השמיעו באי כוח חברות הנדל"ן ובא-כוחה של מועצת מודיעין עלית. בא-כוח העותר טען מנגד כי אין להתחשב בהרחבה של שכונת "מתתיהו מזרח", בה מתגוררים לעת הזו כ-80 משפחות בלבד. מה גם שעבודות הבניה של השכונה נעשו חלקן ללא היתר וחלקן על פי היתרי בניה בלתי חוקיים.

13. לבקשת העותר, קיימנו לאחר פרישתו של הנשיא א' ברק דיון נוסף בעתירה. בדיון (ביום 18.2.2007) שטחו לפנינו בעלי הדין פעם נוספת את טענותיהם והשגותיהם בעניין תוואי הגדר. עובר לדיון נתבשרנו כי ועדת התכנון העליונה החליטה על מתן תוקף לתכנית 210/8/1 החדשה וכי התכנית פורסמה בעיתונות למתן תוקף. בא-כוח העותר ציין בפנינו כי כיום הבנייה בפועל היא בחלק המערבי של שכונת "מתתיהו מזרח". החלק המזרחי של התכנית, שאמור להיבנות במרחק של עד 80 מטר מהגדר, מצוי בשלב מקדמי, לפני מכרזים ולפני פיתוח. מימוש החלק המזרחי של התכנית טעון – כך לפי הוראות התכנית – אישור של שר הביטחון. בא-כוח המשיבים חזר וציין כי התוואי תוכנן על בסיס תכנית 210/8, והדגיש כי מדובר בשיקול ביטחוני של הגנה על תושבים עתידיים. בדיון הופיע לפנינו גם אל"מ עופר הינדי, המשמש כיום

כראש מנהלת "קשת צבעים", אשר ציין כי נבנה במקום שער חקלאי המצמצם את הפגיעה בתושבים הפלסטיניים, ומאפשר להם להיכנס למרחב התפר על-מנת לעבד את אדמותיהם. חברות הנדל"ן הוסיפו וטענו כי כעת, עם אישור תכנית 201/8/1 החדשה, מימוש התכנית להקמת "מתתיהו מזרח" אינו דבר תיאורטי והוא עתיד להתרחש במהירות גדולה.

14. ביום 8.5.07 הגישו המשיבים בקשה לשנות מן המצב הקיים, בו בהתאם להתחייבותם לא נבנה שער בקצה הצפוני של "קטע ג'", אשר נשאר, בהסכמתם, פתוח למעבר חופשי עד למתן הכרעה בעתירה. לטענתם, הותרת המעבר החופשי במקום על כנו אינה חיונית לצורכי החקלאים המקומיים, ומנגד, מהווה סיכון ביטחוני ומחייבת הצבת כוח גדול יחסית של חיילים במקום. על כן, ביקשו לפתוח את השער שלוש פעמים ביום למשך מחצית השעה, תוך איסור על שהייה לילית של פלסטינים בשטח האמור. ביום 12.6.07 החלטנו כי פתיחתו של השער למשך שעה וחצי בלבד בכל יום, כמבוקש על-ידי המשיבים, תחמיר את הפגיעה בתושבי בילעין, ותפגע באופן משמעותי בנגישות לאדמותיהם החקלאיות ובעיבודן. עם זאת, ציינו כי מקובלת עלינו עמדת המשיבים לפיה הותרת השער פתוח במשך כל שעות היממה, ובייחוד בשעות הלילה, אינה הכרחית. בנסיבות אלה, מתוך רצון לצמצם את הסיכון לשלומם של החיילים המוצבים בשער בשעות הלילה, קבענו כי עד למתן הכרעה בעתירה יישאר שער בילעין פתוח למעבר תושבי בילעין החל מהשעה 06:00 בבוקר ועד לשעה 20:00 בערב.

15. להשלמת התמונה יצוין כי, ביני לביני, הגיש העותר עתירה נוספת, אשר נסובה על המעמד הקנייני של הקרקע עליה מתוכננת שכונת "מתתיהו מזרח" (בג"ץ 3998/06, מיום 14.5.2006). בעתירה נתבקש ביטול למפרע של הכרזה מספר 10/91 מיום 15.1.1991 והכרזה מספר 20/90 מיום 25.11.1990 של הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש, בהן הוכרז על שטחים מסוימים מאדמות הכפר בילעין כעל רכוש ממשלתי. נטען כי דין ההכרזות להתבטל הואיל וביסודן מעשה של תרמית – "עסקה סיבובית-סודית" בין המשיבים 1 ו-2 לבין המשיבה 4. העתירה נדחתה ביום 9.11.2006. בפסק הדין, מפי השופט א' ריבלין ובהסכמת הנשיא א' ברק והשופטת א' פרוקצ'יה, נכתב, בין היתר כי:

"הגענו לכלל מסקנה כי לא הונחה בפנינו תשתית מספקת לקבוע שאכן התקיימה במקרה זה "עסקה סיבובית" כנטען; לאמור: לא הוכח כי ההכרזות נשוא העתירה נעשו במטרה לעקוף את ההליכים הקבועים כדין לצורך הקניית זכויות במקרקעין מן הסוג הנדון."

16. טיעונו המרכזי של העותר הוא שתוואי הגדר אינו חוקי, משום שלא נבחר מטעמים ביטחוניים אלא מטעמיה של מודיעין עלית, המבקשת להתרחב אל עבר השטחים שממזרח לה. הכללת מאות דונמים ממזרח לשטח הבנוי של מודיעין עלית נועדה לכלול שטח להתפתחות עתידית של היישוב בתא שטח רציף עם ישראל. הגדר אינה משרתת צורך צבאי. נטען בעתירה כי תוואי הגדר עוקב אחר קו תכנית המתאר 210/8/1, שחלקה אף מצוי מחוץ לשטח השיפוט המוניציפאלי של מודיעין עלית, ולא אחר קו טופוגרפי או קו הבתים של היישוב או כל קו אחר שיכול להיחשב כקו בטחוני. חלק נכבד מהתוואי עובר בתחתיתו של מדרון, שבוודאי אינו יכול להיחשב כאזור אסטרטגי שולט. העותר מציין כי בתכנית האב של גוש מודיעין עלית נכללות גם האדמות החקלאיות שבוואדי נחל דולב (בין שכונת "נאות הפיסגה" לשכונת "מתתיהו מזרח"), שהן אדמות פרטיות השייכות לתושבים פלסטינים. שכונת "מתתיהו מזרח" היא חלק מתכנית האב. כך, הדרכים שבתכנית 210/8/1 תוכננו כחלק ממכלול דרכים שתכנית האב קבעה. תוואי הגדר עוקב למעשה אחר גבולותיה של תכנית האב בשלמותה. חששו של העותר הוא כי בכונת המשיבים להשתלט בעתיד גם על שטחים אלה, לשם הרחבת מודיעין עלית.

17. העותרים טוענים עוד, כי תוואי הגדר מפריד בין הכפר בילעין לבין למעלה ממחצית מהאדמות שנותרו לכפר. על אדמות אלה יש כיום אלפי עצי זית, עצי שקד וגפנים. האדמות משמשות גם כאדמות מרעה לעדרי הצאן שבבעלות תושבי הכפר. הן מהוות מקור הפרנסה העיקרי של כ-200 משפחות בבילעין. בלעדיהן נגזר דינן של משפחות אלה לחיי עוני ומחסור. עוד טוענים הם, כי על מנת להגיע אל אדמותיהם יהיה על התושבים הפלסטינים להצטייד בהיתר כניסה לשטח הסגור ולעבור בשער שייקבע בגדר. נוכח הכוונה להקים את שכונת "מתתיהו מזרח", ככל הנראה הקמת הגדר תשים קץ לעיבוד האדמות. הגדר מהווה, למעשה, חלק מטקטיקת ההשתלטות על הקרקעות המעובדות של הכפר בילעין. בעתירה טענות גם נגד הליך ההכרזה של אדמות בילעין כ"אדמות מדינה". לטענת העותר, מתברר בדיעבד שהליך ההכרזה בוצע, ככל הנראה, תוך ידיעה של המינהל האזרחי כי האדמה אינה נטושה או חסרת בעלים, וכי יש טענת רכישה של יהודים. המהלך אינו חוקי באשר האדמה אינה עומדת בתנאים הקבועים בחוק להכרזה ומשום שההכרזה נועדה להסתיר את מהות העסקה האמיתית.

18. אשר לטענות הסף, לדברי העותר באת כוחם של תושבי בילעין בעבר (עו"ד עטייה) חתמה בזמנו על הסכמות ללא היוועצות בתושבים וללא ידיעתם וננקטו הליכים פגומים שלא באשמתם. רק בחודש מאי 2005 נודע לעותר ולתושבי הכפר על ההסכמות עליהן חתמה באת-כוחם בשמם ועל האופן שבו ניהלה את העתירות והסיבות לדחייתן. כתוצאה מהשתלשלות הדברים עד כה, למרות ריבוי ההליכים, לא דן בית המשפט בשאלות המהות שעולות מקביעת תוואי הגדר ולתושבים לא היה יומם בבית המשפט. כמו כן, רק לאחרונה התבררה לעותר האמת בדבר המניעים לקביעת התוואי. בתקופה בה נוהלו ההליכים הקודמים לא היה לעותר ולתושבי בילעין כל מידע בנוגע לתכניות להרחבת מודיעין עלית ובאשר להתאמתן לתוואי הגדר המתוכנן באיזור. תושבי בילעין נתקלו, לטענתו, בסירוב עיקש מצד המינהל האזרחי לדרישה לקבל עותקים של תוכניות המתאר של מודיעין עלית. העיון בתכניות התאפשר רק מספר שבועות לפני שהוגשה העתירה הנוכחית, בעקבות הליך לפי חוק חופש המידע שהוגש לבית המשפט לעניינים מינהלים בירושלים.

19. טיעונו המשפטי של העותר הוא כי הקמת הגדר בשטחי יהודה ושומרון אינה חוקית ומהווה הפרה של המשפט הבינלאומי הפומבי. העתירה נסמכת בין היתר על חוות הדעת המייעצת של בית-הדין הבין-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)). על-פי הטענה, התוואי לא נבחר מטעמים ביטחוניים כי אם פוליטיים גרידא, וכי נועד לספח שטח להתפתחות עתידית של מודיעין עלית למדינת ישראל. על כן, נטען כי הגדר נבנית בהיעדר סמכות או תוך חריגה מסמכות. עוד נטען בעתירה כי תוואי הגדר איננו מידתי, היות והוא יוצר פגיעה אדירת מימדים בכפר ובזכויות היסוד של תושביו, ובהן זכות הקניין, חופש התנועה והפרנסה. כן נטען כי ניתן היה לבנות את הגדר באופן שלא יגזול מהעותר ותושבי כפרו את אדמותיהם ולא יפגע בזכויותיהם.

עמדת המשיבים

20. המשיבים טוענים לדחיית העתירה על הסף עקב שיהוי כבד בהגשתה, עקב אי ניקיון כפיים חמור מצידו של העותר ועקב קיומו של הסכם תקף בין המשיבים לעותר. כן מתבקשת דחיית העתירה לגופה. לעניין השיהוי, נטען כי העותר היה מודע להסכמים עליהם חתמה באת-כוחו דאז, לכל המאוחר לאחר הגשת תגובת המדינה לבקשה לתיקון העתירה בכג"ץ 2847/04. העתירה הוגשה ארבעה חודשים לאחר שנודעו לעותר, לדבריו, העובדות הנוגעות להסכמים וקרוב לשלושה חודשים לאחר

ההחלטה לדחות את הבקשה בבג"ץ 2847/04. בזמן זה הלכה הגדר ונכנתה לנגד עיני התושבים. ההשתהות שינתה את מצב המשיבים לרעה. משך חודשים אלה בוצעו עבודות שונות להקמת הגדר. הושקע ממון רב בהקמת הגדר. שינוי התוואי כעת יגרום לעיכוב חמור ובלתי סביר בהשלמת הגדר ויחייב השקעת משאבים רבים נוספים. לגבי קטע ג' טוענים המשיבים כי העותר מנוע מלהעלות טענות כלשהן, נוכח ההסכמה עם באת כוחו לפיה ניתן לממש את צו התפיסה בקטע זה. המשיבים מציינים כי אמנם מתווה ההסכמה לא הושלם באופן פורמאלי, אולם המשך ההליכים - שהתמקדו בקטע ד' - מצביע בבירור על קיומה של הסכמה בכל הנוגע לקטע ג'. דחייה על הסף מתבקשת גם בטענה של חוסר ניקיון כפיים חמור. הטענה מתבססת על כך שהעותר אינו מציין בעתירתו את דבר תכנית 210/8, שהינה בתוקף משנת 1999, ומתמקד בתכנית 210/8/1 אשר במועד הגשת העתירה לא אושרה.

21. לגופה של העתירה, טוענים המשיבים כי תוואי הגדר הינו חוקי ועולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי ועם פסיקת בית המשפט. בנסיבות הביטחוניות השוררות באיזור, קיים צורך בטחוני חיוני בהקמת הגדר בתוואי שנקבע. הגדר היא אמצעי בטחוני מן המעלה הראשונה, שנועד להגן על אזרחי המדינה המתגוררים בגוש מודיעין ועל בטחון המדינה ותושביה. לשיטתם של המשיבים, המפקד הצבאי מוסמך להביא בחשבון, במסגרת קביעת תוואי הגדר, גם תכניות חדשות להרחבת ישובים ישראלים. המפקד הצבאי מוסמך להתחשב בשכונות חדשות שמצויות כבר בבנייה. הוא מוסמך לשקול גם תוכניות מתאר תקפות שקיימת הסתברות ממשית שיוצאו מן הכוח אל הפועל תוך זמן סביר, שכן אין הגיון לבנות את הגדר ולהותיר שכונות חדשות מחוצה לה. המשקל שניתן לייחס לקיומה של תכנית מתאר אינו קבוע. הוא פועל יוצא של התקדמות ההליכים למימוש תכנית המתאר התקפה. הוא תלוי הן בנתונים פנימיים הנוגעים לציבור אותו מיועדת השכונה לשרת והן בנתונים חיצוניים בדבר במידת הפגיעה בתושבים הפלסטינים.

22. במקרה דנן, בקביעת תוואי הגדר נלקח בחשבון הצורך בהגנה על השכונה המאושרת לבניה לפי תכנית 210/8, שקיימת הסתברות גבוהה שתמומש, ואף החלה בנייה בשטח התכנית, אם כי בחריגה רבתי מהוראות התכנית. התכנית להקמתה בתוקף מאז שנת 1999 וחלקה המערבי כבר בנוי ומאוכלס בחלקו, אם כי בבנייה לא חוקית, שכן היא אינה תואמת את הוראות התכנית התקפה להקמתה. כן נלקח בחשבון הצורך בהגנה על שכונת "נאות הפסגה" שמצויה כיום בהליכי בנייה מתקדמים. כיוון ששכונת "מתתיהו מזרח" אמורה להבנות בתוך השטח המוניציפאלי של מודיעין עלית, וכיוון שבנסיבות הזמן והמקום קיים סיכוי סביר ביותר שהגדר תעמוד על תילה שנים לא

מעטות לאחר הקמת השכונה החדשה, הרי שלא הייתה כל מניעה לקחת בחשבון את עובדת הקמתה המתוכננת של השכונה החדשה במסגרת קביעת תוואי הגדר. העובדה שהיזמים של שכונת "מתתיהו מזרח" עשו דין לעצמם ובחרו להתחיל בכנייה בלתי חוקית בשטח השכונה אינה צריכה למנוע מתן משקל ראוי, בקביעת התוואי, לעובדה כי במקום תכנה שכונה חדשה.

עמדת חברות הנדל"ן

23. חברות הנדל"ן משמיעות גם הן שורה של טענות סף בדבר שיהוי חריף והעדר ניקיון כפיים, וטוענות להסתמכות על ההסכמה מיום 15.12.2004 בין העותר לבין המשיבים, לפיה בקטע ג' יימשכו העבודות לפי התוואי הקיים. כן נטען כי הסעד המבוקש בעתירה הוא סתמי וכוללני, וכי העותר לא הוכיח בעלות במקרקעין רלוונטיים ולא הצביע על פגיעה קונקרטיה במי מתושבי בילעין. לגופה של העתירה, טוענות חברות הנדל"ן כי אין הצדקה לשינוי תוואי הגדר. לדבריהן, הן בעלות המקרקעין נשוא תב"ע 210/8, לאחר שהמקרקעין נרכשו כדין ובמחיר מלא מבעליהם הערבים לפני שנים רבות. ואולם, נוכח החשש כי חשיפת מסמכי הרכישה בהליך פומבי תעמיד את מוכרי החלקות בסכנת חיים, נמנעו חברות הנדל"ן מצירוף המסמכים המעידים על כך. מסיבה זו, טוענות חברות הנדל"ן, הכריזה המדינה על החלקות שנרכשו – לבקשתן – כרכוש ממשלתי, והגדירה אותן "רכוש פרטי בניהול ממשלתי". חלק גדול מתושבי הכפר הגישו ערר על הכרזה זו, אולם ועדת העררים דחתה את מרבית העררים, לרבות עררו של העותר, ואישרה להכריז על החלקות כרכוש ממשלתי, בכפוף להחלטה להוציא מספר חלקות משטח ההכרזה. לטענת חברות הנדל"ן, על אדמות אלה, נשוא תב"ע 210/8, הולכת ומוקמת שכונת מגורים גדולה, שהינה חלק בלתי נפרד ממודיעין עלית, והמשיבים מחויבים להגן על תושביה ולכלול אף את שטחה בתחום הגדר.

24. עוד טוענות חברות הנדל"ן, כי התוואי הנוכחי נותן מענה סביר, גם אם לא הטוב ביותר, לייעדים הביטחוניים של הגדר, וכי כל הזזה של התוואי מערבה מסכלת את המטרה המקורית של הגדר ומסכנת את תושבי מודיעין עלית. לטענתן, הזזת הגדר מערבה תפגע בזכויותיהן המוכחות שלא לצורך ובאופן בלתי מידתי. בהקשר זה סבורות חברות הנדל"ן כי התוואי הנוכחי מתחשב גם במרקם החיים של תושבי בילעין, ומדגישות כי תוואי זה מרחיק את הגדר מבתי התושבים, אף על פי שבכך נעשה ויתור על נקודות שולטות הכרחיות. לטענתן, מרבית השטח הנמצא ממערב לתוואי הוא בבעלות יהודית; בחלקו הגדול מוקמות שכונות מגורים; אין בשטח כל סממן מהותי של מרקם חיים של האוכלוסייה הערבית; והגם שערופן נחל דולב נטוע עצים, ניכר כי

השטח מוזנח מזה שנים, אינו מטופל ואינו מעובד. במצב דברים זה, איזון האינטרסים הראוי מחייב, לטענתן, את הקמת הגדר בתוואי הנוכחי, המאזן כראוי בין ביטחון תושבי ישראל ומודיעין עלית בפרט, לבין זכויותיהם ומרקם חייהם של תושבי האיזור (הערבים והישראלים), לרבות זכויותיהן הקנייניות של חברות הנדל"ן.

25. באשר לפגמים שנתגלו בקשר לתכנית 210/8/1, מבהירות חברות הנדל"ן כי לא הייתה להן כל כוונה לבנות בלא היתר ולזלזל בחוק. לטענתן, היו להן כל הסיבות להניח שעד שהעבודות יגיעו לשלבים הרלוונטיים, כבר יהיו בידיהם היתרי בניה שישקפו את התכנון החדש. הקפאת הכניסה לתוקף של תכנית 210/8/1 מצד פרקליטות המדינה, היא שהפכה את הבניה, טכנית, ל"בלתי חוקית". לו התנהלו הדברים במסלולם המיועד והצפוי, כפי שנהגה מועצת התכנון העליונה מאז ומתמיד, היו כיום בידי חברות הנדל"ן היתרי בניה והכל היה מתבצע כחוק. חברות הנדל"ן מוסיפות וטוענות כי אין כל רלבנטיות לעבירות הבניה, ככל שאכן התקיימו, בשטח תכנית 210/8, לתוואי הגדר באזור הכפר בילעין.

26. לתשובת חברות הנדל"ן צורפה חוות דעת מומחה מטעמו של האלוף (במיל') ד"ר יום טוב סמייה, התומכת בטענותיהן. האלוף סמייה חיווה דעתו כי מבחינה ביטחונית מגלם מיקומו של תוואי הגדר את קצה גבול היכולת של המפקד הצבאי להתחשב בזכויות האוכלוסייה הערבית המקומית, מחד גיסא, ולהעניק ביטחון (גם אם לא אופטימאלי) לתושבי מודיעין עלית, מאידך גיסא. התוואי מאפשר שליטה בשטחים השולטים החיוניים לשם הגנה על מודיעין עלית. מנגד עומדת פגיעה קלה ביותר במרקם החיים של הפלסטינים, שיצטרכו להיכנס במעבר חקלאי שלושה שבועות בשנה לטיפול בעצים ולמסיק הזיתים. מיקום התוואי במרחק סביר מבתי הישוב הישראלי הנו המצב העדיף בהיבט הביטחוני, למרות מיקומו של התוואי בשטח נחות יחסית מבחינה טופוגרפית ביחס למודיעין עלית ולבילעין. בתכנון התוואי (שתוקן לאחר פרשת בית סודיק) נעשה כבר ויתור על שורה של גבעות שולטות, הנותרות ממזרח לגדר. אם הגבעות ישמשו כשטחים שולטים, הנפגעים יהיו מקרב הכוחות המסיירים לאורך הגדר. הזתת התוואי מערבה תכניס את בתי שכונת "מתתיהו מזרח" ושכונת "נאות הפסגה" לטווח יעיל של כלי נשק המצויים בידי ארגוני המחבלים באזור.

27. ההכרעה בחוקיותה של גדר ביטחון המוקמת באיזור יהודה ושומרון מתבצעת על יסוד בחינה דו-שלבית. בשלב ראשון נבחנת סמכותו של המפקד הצבאי ובשלב שני נבחן שיקול דעתו בהפעלת הסמכות (בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל- משרד הביטחון, פ"ד נט(4) 736, 747 (2005)). 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). 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 אלראם נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 13.12.2006), להלן – פרשת אלראם). הוא מוסמך לתפוס לשם כך חזקה במקרקעין, לרבות מקרקעין בבעלות פרטית.

28. סמכותו של המפקד הצבאי 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 הפרדה 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 the occupation). על-פי סעיף 53 לאמנת ג'נבה, נדרש שהתפיסה תהיה לצורכי צבא נחוצים בהחלט (absolutely necessary by military operation). סמכותו של המפקד הצבאי להקים גדר הפרדה כוללת גם סמכות להקים גדר להגנה על חייהם וביטחונם של ישראלים המתגוררים בישובים ישראלים באזור יהודה ושומרון, 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, 1.2.2006) פסקאות 8-10, להלן – פרשת טנא; בג"ץ 1998/06 מועצה מקומית בית אריה נ' שר הביטחון (טרם פורסם, 21.5.2006), להלן – פרשת בית אריה; בג"ץ 1348/05 ראש עיריית סלפית נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 17.7.2006), פסקה 20, להלן – פרשת סלפית). שאלת חוקיותה של ההתיישבות הישראלית באזור אינה משליכה על חובתו של המפקד הצבאי להגן על חייהם וביטחונם של המתיישבים הישראלים (פרשת אלפי מנשה, פסקה 20).

29. שלב שני בבחינת חוקיות הגדר הוא בחינת שיקול הדעת. המפקד הצבאי אינו חופשי לקבל כל החלטה המגשימה צרכי ביטחון לגיטימיים. בכואו לקבוע את תוואי הגדר, עליו לשיקול ולאזן בין מספר שיקולים. השיקול הראשון הוא השיקול הביטחוני-צבאי. מכוחו רשאי המפקד הצבאי לשיקול 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 הביטחונית. בית המשפט מייחס לעמדתו משקל רב (ראו פרשת בית סוריק, פסקה 46; בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90, 92 (1979); בג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 25 (1979)). בהתאם לכך נאמר בפסיקתנו כי "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" (פרשת בית סוריק, עמ' 3-842). השיקול השני אותו על המפקד הצבאי לשיקול הוא טובתם של בני האוכלוסייה המקומית שהנם "תושבים מוגנים". על המפקד הצבאי להגן על זכויות האדם המקובלות במשפט הבינלאומי של בני האוכלוסייה המקומית (ראו פרשת אלפי מנשה, פסקה 24; פרשת טנא, פסקה 10; פרשת בית אריה, פסקה 8). השיקול השלישי הוא הגנה על זכויות האדם של ישראלים הגרים באזור (ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(2) 481, 560 (2005), להלן – פרשת המועצה האזורית חוף עזה); פרשת אלפי-מנשה, פסקאות 18-22; פרשת טנא, פסקאות 8-10; פרשת בית אריה, פסקה 8). חובה זו ניזונה מכללי המשפט הבינלאומי ומכללי המשפט הישראלי. בקביעת מהותן של הזכויות שיש לישראלים המתגוררים באזור, יש להתחשב באופיו של האזור הנתון למשטר של תפיסה לוחמתית ובכוחותיו של המפקד הצבאי.

30. זכויות האדם להן זכאים "התושבים המוגנים" באזור והישראלים באזור 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, המתנגשים לא פעם זה בזה. אמת מידה מרכזית באיזון זה היא ה"מידתיות", הנבחנת במבחן משולש. המבחן הראשון קובע כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לאמצעי. המבחן השני קובע כי מבין מגוון האמצעים שניתן לנקוט להגשמת המטרה יש לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה. המבחן השלישי קובע כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי הננקט צריך לעמוד ביחס ראוי לתועלת הצומחת ממנו. לעניין שלושת מרכיביו של מבחן המידתיות, יצוין 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 טוריק, עמ' 840; ראו גם פרשת אלפי-מנשה, פסקה 30).

חוקיות הגדר באדמות בילעין – מתווה הדיון

31. נפתח את דיוננו בחוקיות הגדר באדמות בילעין בבחינת טענות הסף של המשיבים. לאחר מכן נעבור לבחינת השאלה אם הגדר באדמות בילעין הוקמה בסמכות. דיון זה יבחן את הטעמים המונחים ביסוד הקמת הגדר סמוך למודיעין עלית. לאחר בחינת הסמכות נעבור לבחינת היקף הפגיעה בתושבים המקומיים ונבחן אם פגיעה זו היא מידתית. נסיים את דיוננו בבחינת הסעדים המתבקשים מהניתוח המשפטי הכולל.

טענות הסף

32. בתשובותיהם מעלים המשיבים וחברות הנדל"ן שלוש טענות מקדמיות: שיהוי, חוסר ניקיון כפיים וקיומו של הסכם עם העותר לגבי "קטע ג" של הגדר. בא-כוח העותר מציין בתגובה כי לפני הגשת העתירה הנוכחית לא היה לעותר ולתושבי בילעין כל מידע בנוגע לתכניות להרחבת מודיעין עלית ובאשר להתאמתן לתוואי הגדר המתוכנן באיזור. רק סמוך לפני הגשת העתירה נודע לו אודות תכנית 210/8/1 ואודות הבנייה הבלתי חוקית. העותר לא ידע בזמנו גם על תכנית האב של מודיעין עלית. על כן אין לייחס לו שיהוי בהגשת העתירה, חוסר ניקיון כפיים או מניעות בגין ההסכמה עם באת-כוחו בעתירות הקודמות. בא-כוח העותר הוסיף וטען בדיון לפנינו כי מאז הוגשה העתירה התגלו עובדות נוספות, אשר מצדיקות כשלעצמן פתיחה מחודשת של הדיון.

33. דעתנו היא כי אין בטענות המקדמיות כדי להביא לדחיית העתירה. מקובלת עלינו טענת העותר כי המגעים וההליכים הקודמים בעניין הגדר בבילעין התנהלו על בסיס מידע חלקי בלבד אודות המצב התכנוני של שכונת "מתתיהו מזרח", אודות עבודות הבינוי בפועל ואודות השיקולים שעמדו ביסוד תוואי הגדר. כפי שעולה מהחומר שלפנינו, לבאת-כוח העותר הוצגה בעבר תוכנית 210/8, אך לא תכנית 210/8/1, לפיה התבצעה הבנייה בפועל. מכאן שאין לייחס משקל רב להסכמה הדיונית בעניין "קטע ג" (המשיק לתכנית 210/8/1), שאף לא הבשילה לכדי הסכמה מחייבת מבחינה פורמאלית. יתרה מכך, בתגובת המדינה לבג"ץ 11363/04 צוינו באופן כללי בלבד שתי השכונות החדשות של מודיעין עלית, ללא ציון מספרי התוכניות. גם שם

השכונה "מתתיהו מזרח" לא נזכר בתגובה, אלא השמות "נאות הפיסגה" ו"אור שמח" (סעיף 26 לתגובת המדינה לבג"ץ 11363/04 מיום 9.1.2005). לא כל שכן, לא היה בתגובת המדינה כל רמז לחריגה של תכנית 210/8 משטחה המוניציפאלי של מודיעין עלית ולבניה המתבצעת ב"מובלעות" של קרקע פלסטינית פרטית. המדינה בתשובתה אף הדגישה כי "קרקעות המצויות בתחומי תוכנית מתאר הינן, בהכרח, קרקעות מדינה או קרקעות שנרכשו על ידי ישראלים" (סעיף 15 לתגובה מטעם המשיבים בבג"ץ 11363/94 מיום 9.1.2005). רק בעקבות הגשת העתירה הנוכחית התבררו ליקויים חמורים בתכנית 210/8/1, שחייבו תיקונים נרחבים והליכי אישור מחודשים. התגלה חוסר דיוק גם במידע נוסף שהוצג לבית המשפט. כך למשל הנתון שבפי המשיבים בדבר היקף הקרקעות בבעלות פרטית פלסטינית הנותרים מצידה "הישראלית" של הגדר עלה מ-500 דונם ל-678 דונם. בנסיבות אלה, כאשר העותר נתקל בקשיים בבירור התשתית הרלוונטית לעתירה; כאשר הנתונים שהוצגו בפני באת-כוחו ובפני בית המשפט לא שיקפו את התמונה בשלמותה; נוכח הפגמים המהותיים שנחשפו במהלך הזמן בכל הנוגע לבנייה ללא תכנית מאושרת; ונוכח אי מסירת המידע ביחס לתכנית המפורטת - אין להיזקק לטענות הסף שהשמיעו המשיבים וחברות הנדל"ן. גם אם יש פגם בכך שבעתירה שלפנינו לא צוינה תכנית 210/8 (התקפה באופן פורמאלי), והטיעון סב סביב תכנית 210/8/1 (לפיה התבצעה הבניה בפועל), הרי נוכח עוצמת הפגמים שנתגלו בדרך פעולתם של המשיבים ושל חברות הנדל"ן, איני סבורה כי די בכך על מנת שהעתירה תידחה על הסף, מבלי שיערך בה דיון לגופו של עניין.

סמכות המפקד הצבאי

34. נפנה, אפוא, לרכיב הבחינה הראשון של חוקיות הגדר, הוא רכיב הסמכות. השאלה היא האם ביסוד תוואי הגדר באדמות בילעין עומד טעם ביטחוני-צבאי או טעם מדיני-פוליטי, כנטען בעתירה. בחנו, בכלים העומדים לרשותנו, את המניע שביסוד הקמת הגדר. אין בידנו לקבל את הטענה כי מטרת הגדר היא לספח שטחים מאיו"ש לשטחי ישראל ולישוב מודיעין עלית. על פי התשתית העובדתית שהונחה לפנינו, המניע להקמת גדר הביטחון בקטע נשוא העתירה הוא ביטחוני. ההחלטה העקרונית על הקמת גדר לא עלתה כרעיון פוליטי בדבר סיפוח שטחים אלא נבעה מצרכים צבאיים-ביטחוניים, וכאמצעי הכרחי להגנת המדינה ואזרחיה. גם ההחלטה על הקמת הגדר מצפון וממזרח לגוש מודיעין וליישוב מודיעין עלית נפלה על רקע מציאות הטרור הקשה שפקדה את ישראל מאז ספטמבר 2000 ויצרה צורך ביטחוני חיוני לנקוט אמצעים לשמירה על חייהם ועל שלומם של אזרחי ישראל. במסגרת אותם אמצעים החליטה הממשלה על הקמת גדר ביטחון שמטרתה לשבש ולמנוע חדירת פעילות

חבלנית מתחומי יהודה ושומרון לתחומי ישראל. וכבר קבענו בפסיקתנו כי ביסודה של הקמת הגדר עומד צורך ביטחוני ולא מניע מדיני (פרשת בית סוריק, עמ' 830; ראו גם פרשת אלפי-מנשה, פסקה 100).

35. עם זאת, בעניין שלפנינו ניכר בבירור כי קביעת תוואי הגדר הושפעה באופן משמעותי מהתכניות להקמת שכונות חדשות ממזרח למודיעין עלית. ככל שמדובר בתכניות בנייה המצויות בשלבים מתקדמים של מימוש ואכלוס, הדבר אינו מעורר קושי של ממש מטעמים שונים. כך באשר לשכונת "נאות הפיסגה" ההולכת ונבנית בהתאם לתכנית מתאר תקפה. בשכונה נבנו כבר מאות יחידות דיור המאוכלסות בחלקן. שכונה זו היא חלק ממודיעין עלית וזקוקה להגנה כמוה. על כן העובדה שאחד השיקולים בתכנון התוואי היה הגנה על שכונת "נאות הפיסגה" אינה גורעת מסמכותו של המפקד הצבאי. אך מתברר כי שיקול דומיננטי נוסף בתכנון התוואי היה הגנה על שכונת "מתתיהו מזרח". נוכח המצב התכנוני של שכונת "מתתיהו מזרח" והמשקל המכריע שנתן המפקד הצבאי להגנה על שכונה עתידית זו, חוקיותו של התוואי המתחשב בשיקול זה מעוררת קושי. כידוע, תכנון תוואי גדר הביטחון אינו צריך להתבסס על הרצון לכלול בצידה "הישראלי" של הגדר שטחים אשר נועדו להרחבת ישובים, בפרט כאשר מדובר בתוכניות מתאר שאינן עומדות למימוש קרוב (ראו פרשת אלפי מנשה, פסקה 113; פרשת סלפית, פסקה 29; בג"ץ 2732/05 ראש מועצת עיריית עזון נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 15.6.2006)). לגבי שכונת "מתתיהו מזרח" התברר כי תכנית 210/8/1 החליפה, למעשה, את התכנית 210/8 שהייתה בתוקף מאז 1999 ולא מומשה. תוואי הגדר הביא, אפוא, בחשבון תכנית שנזנחה, וזאת בטרם אושרה התכנית החדשה. במצב דברים זה, לא ניתן היה להוסיף ולהתבסס על התוכנית המקורית, שנזנחה על ידי היזמים והרשות המקומית, כדי להצדיק את תוואי הגדר. יודגש, כי נוכח טבעה הזמני של הגדר כאמצעי ביטחוני (פרשת אלפי מנשה, פסקה 100), אין מקום בתכנון התוואי לשיקולים הקשורים בתוכניות בנייה בלתי תקפות או בתוכניות עתידיות שטרם מומשו ואף אינן צפויות להתממש במועד קרוב. גם כיום, חרף העובדה שתכנית 210/8/1 עברה את הליכי האישור המחודשים, נוכח התניית המימוש של שלב ב' (החלק המזרחי) באישור שר הביטחון, ספק רב אם תוואי הגדר יכול להתבסס על הרצון לכלול את השכונה בשלמותה ממערב לגדר. ההיבט התכנוני של שכונת "מתתיהו מזרח" הוא מורכב. הוא עבר תהפוכות מאז אושרה תכנית 210/8 ומאז תוכנן תוואי הגדר. הוראות התכנית מורכבות גם הן. לאור מורכבות זו ונוכח המסקנה אליה הגענו בשאלת המידתיות, אנו נמנעים מלהכריע בשאלה האם העובדה ששיקול מכריע בתכנון התוואי היה שכונת "מתתיהו מזרח" מובילה למסקנה כי נפל פגם בעצם סמכותו של המפקד הצבאי להורות על הקמת הגדר באדמות בילעין, או שמא ניתן לקבוע כי מדובר בפגם

בשיקול הדעת להבדיל מהיעדר סמכות. אנו מניחים, אפוא, לצורך הדיון, כי הקמת הגדר נעשתה במסגרת הסמכות הנתונה למפקד הצבאי. נעבור, אם כן, לבחינת השאלה אם השימוש בסמכות שניתנה למפקד הצבאי הוא מידתי.

מידתיות התוואי

36. תוואי הגדר פוגע בתושבי בילעין. פגיעה זו נגרמת כתוצאה מתפיסת קרקעות לשם הקמת הגדר עצמה, עקירת עצים המצויים בתוואי, וכליאת שטחים חקלאיים מעובדים מצידה "הישראלי" של הגדר. תוואי הגדר תופס 260 דונם. בנוסף, התוואי מנתק בין תושבי בילעין לבין מאות דונמים של אדמות פרטיות וקרקעות חקלאיות מעובדות. אדמות אלה נטועות עצי זית, גפן ושקד ומשמשות גם כאדמות מרעה לעדרי צאן של תושבי הכפר. רבים מתושבי בילעין מוצאים בהם את מקור פרנסתן. הגישה לאדמות אלה תוגבל למעבר בשער חקלאי לבעלי היתרים, על כל הקשיים הכרוכים בכך. המשיבים אינם מתכחשים לפגיעה בתושבי בילעין. עם זאת, עמדתם היא כי הפגיעה הינה מידתית נוכח הצורך הביטחוני החיוני, הכולל, לשיטתם, מתן הגנה לתושבים שיתגוררו בשכונות החדשות שבמזרח מודיעין עלית, ובכללן שני שלביה של שכונת "מתתיהו מזרח", ואשר ניתן לממשו, לטענתם, רק באמצעות הקמת הגדר בתוואי שהיא מוקמת. המשיבים מציינים בהקשר זה כי בכוונתם להפחית את הפגיעה בתושבי בילעין, וכי הם נכונים גם לשלם פיצויים ודמי שימוש בגין תפיסת המקרקעין להקמת הגדר.

37. האם הפגיעה בתושבי בילעין הינה מידתית? נראה כי הגדר מקיימת את מבחן הקשר הרציונלי. הגדר מגשימה את התכלית הביטחונית המונחת ביסוד הקמתה, שהינה יצירת חיץ בין הישובים הישראליים לבין הישובים הפלסטינים באזור יהודה ושומרון, והגנה על התושבים הישראליים מפני מעשי טרור. האם מתווה הגדר מקיים את מבחן המשנה השני – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה? לפנינו הועלתה הטענה כי ניתן להשיג את התכלית הביטחונית באמצעות תוואי חלופי שיעבור סמוך יותר לבתי מודיעין עלית, על הגדר הקיימת של היישוב. בדיון לפנינו הוסיף וטען העותר כי גם אם מבקשים לכלול מצידה "הישראלי" של הגדר את הבתים שנבנו בשכונת "מתתיהו מזרח", עדיין ניתן להזיז את הגדר מערבה ולצמצם את הפגיעה בתושבי בילעין. עמדת המשיבים היא כי אין אמצעי סביר אחר שיכול להשיג את המטרה הביטחונית החיונית לשמה נבנית הגדר ושפגיעתו בתושבי בילעין תהיה פחותה. עמדתם זו מבוססת על גישתם כי המטרה הביטחונית היא מתן הגנה לתושבים שעתידים להתגורר בשכונות החדשות "נאות הפסגה" ו"מתתיהו מזרח". ניתן לקבל עמדה זו ככל שהדברים נוגעים

לשכונת "נאות הפסגה" הנמצאת בשלבים מתקדמים של בניה ואכלוס. לא כן באשר ל"מתתיהו מזרח". כפי שעולה מדיונונו, תוואי המתבסס על תוכניות המתאר להקמת "מתתיהו מזרח" מעורר קשיים ניכרים. נקודת המוצא לעת הזו לבחינת תוואי הגדר צריכה, אפוא, להיות, כאמור לעיל, תכנית 210/8/1, הן מבחינת מעמדה התכנוני והוראותיה והן מבחינת מימושה הלכה למעשה. תכנית 210/8/1 מחולקת לשני חלקים. שלב א' (המערבי) ניתן למימוש עם כניסתה של התכנית לתוקף. מנגד, פיתוחו ושיווקו של שלב ב' (המזרחי) מותנה בקבלת אישור משר הביטחון. אין חולק כי בפועל נבנו בשכונת "מתתיהו מזרח" למעלה מארבעים בניינים, הכוללים מאות יחידות דיור. עשרות דירות כבר אוכלסו, אך הבנייה היא כולה בחלק המערבי של השכונה. בחלק המזרחי לא נעשו עבודות בינוי או פיתוח. חלק זה עודו רחוק ממימוש הן מבחינה נורמטיבית והן מבחינה מעשית. מימושו העתידי של שלב ב' אינו ודאי כלל. במצב דברים זה, אין בידנו לקבל את הטענה כי הגנה על חלקה המזרחי של שכונת "מתתיהו מזרח" היא מטרה ביטחונית חיונית. לגבי החלק המזרחי, מדובר אך בצורך לעתיד לבוא. בהתחשב בחוסר הוודאות לגבי הקמת שלב ב' של השכונה ובהתחשב בטבעה הזמני של הגדר, לעת הזו אין המדובר בצורך ביטחוני החלטי. יתרה מזו, כפי שיפורט להלן, נראה כי נוכח הרצון להבטיח את הקמת השכונה המזרחית בעתיד, נקבע תוואי הגדר במקום שהוא נטול יתרון ביטחוני.

38. מכאן, שהשאלה הטעונה הכרעה היא האם קיים תוואי חלופי שמספק הגנה לבתים הנבנים בחלק המערבי של "מתתיהו מזרח" ושפגיעתו בתושבים הפלסטינים קטנה יותר. המשיבים לא הסבירו מדוע אין להשיג את המטרה הביטחונית המונחת ביסוד הגדר על ידי שינוי התוואי באופן שיקיף את החלק המערבי של "מתתיהו מזרח" אך ישאיר אדמות פלסטיניות בוואדי נחל דולב ושטחים נוספים, כמו גם את ה"מובלעות" שבתכנית 210/8/1, מחוץ לגדר. המשיבים לא מסרו נתונים על המרחק בין תוואי הגדר לבין הבתים שכבר נבנו בפועל בשכונת מתתיהו מזרח. כמו כן, לא נמסרו נתונים על המרחק בין תוואי הגדר לבין גבול שלב א' של מתתיהו מזרח כעולה מן האמור לעיל. מתוך התשתית העובדתית כפי שהוצגה לנו, התוואי הקיים של הגדר מעורר תהיות גם מבחינת היתרון הביטחוני שהוא מעניק. אין חולק כי התוואי עובר ברובו בשטח נחות מבחינה טופוגרפית הן ביחס למודיעין עלית, הן ביחס לבילעין. הוא מותיר מספר גבעות בצד הפלסטיני ושתי גבעות בצד הישראלי. הוא מסכן את הכוחות המסיירים לאורך התוואי. על רקע תפיסת הביטחון שהוצגה לנו במקרים רבים אחרים, לפיה קיימת חשיבות ביטחונית להקמת הגדר בשטחים טופוגרפיים שולטים, מעורר התוואי הקיים תמיהות. ככלל, מציג המפקד הצבאי במקרים רבים של תכנון תוואי הגדר את החזקתן של גבעות שולטות כיתרון ביטחוני משמעותי, ואילו במקרה

שלפנינו נקבע תוואי אשר לפחות בחלקו מצוי בשטח נחות ביחס לגבעות. אין להסביר תוואי זה אלא ברצון לכלול את החלק המזרחי של "מתתיהו מזרח" ממערב לגדר, שאלמלא כן ספק אם קיים טעם ביטחוני צבאי לקבוע את תוואי הגדר במקום בו הוא עובר עתה. המשיבים אף אינם מתכחשים לכך, ומציינים מפורשות בטענותיהם כי התוואי נבחר בהתאם למטרתו הביטחונית, הכוללת הגנה גם על השכונות החדשות העתידות להיבנות, וכי מרחקי הביטחון של התוואי מהיישובים הישראליים נמדדו בהתאם לקווי תכנית המתאר העתידית, ולא בהתאם לבנייה בפועל. גם דחייתה של "חלופה א'", אשר נועדה להוציא את ערוץ נחל דולב ממרחב התפר, נומקה על-ידי המשיבים בטענה לפיה "חלופה א' אינה נותנת מענה ביטחוני ראוי לתושבי השכונות החדשות ולתושבי מודיעין עלית, בשל קרבתה לבתי המגורים בשכונות החדשות". יש לזכור, כפי שצינו לעיל, כי הכוונה העתידית לפתח את החלק המזרחי של "מתתיהו מזרח" כלל אינה מהווה שיקול שיש להתחשב בו לעת הזו. בנסיבות אלה, לא שוכנענו כי חיוני הוא, מטעמים ביטחוניים-צבאיים, לשמור על התוואי הקיים שעובר באדמות בילעין. לא שוכנענו כי אלמלא ההתחשבות בתכנית 210/8 במלואה, אין בנמצא חלופה ביטחונית ראויה להקמת הגדר לשם הגנה על תושבי מודיעין עלית. נראה לנו כי על רקע היצמדות המשיבים לתכנית 210/8 המקורית, לא נבחן לפרטיו תוואי חלופי, שיוכל להבטיח את הביטחון של התושבים בחלק המערבי של "מתתיהו מזרח" ושפגיעתו בתושבי בילעין קטנה יותר. כל החלופות אשר נשקלו על-ידי המשיבים, נדחו מטעמים ביטחוניים של הגנה על השכונות החדשות, ובהן שכונת מתתיהו מזרח על שני שלביה, ולמעשה המפקד הצבאי כלל לא בחן אפשרות אחרת, אשר אינה מתחשבת, למשל, בשלב ב' העתידי של שכונת "מתתיהו מזרח". יש לזכור כי הזנת התוואי מערבה תביא, כך נראה, להקמת הגדר בשטח תכנית 210/8. שטח זה הוא ברובו "אדמות מדינה" ולא קרקע פרטית פלסטינית, דבר שיפחית גם הוא מן הפגיעה בתושבים הפלסטינים. על המשיבים לשוב ולשקול את התוואי הקיים מחדש, ולבחון אפשרות לתוואי חלופי שאינו מבוסס על הגנה על שלב ב' של מתתיהו מזרח.

39. לא נעלמו מעינינו טענותיהן של חברות הנדל"ן כי הזנת הגדר מערבה תביא לפגיעה בזכויותיהן הקנייניות ובציפיותיהן הכלכליות. אולם אין בטענות אלה כדי לשנות מן המסקנה כי על המשיבים לבחון את התוואי מחדש. לכך כמה טעמים. ראשית, קיים פער בין עמדת המשיבים כי השטח עליו מתוכננת לקום שכונת מתתיהו מזרח הוא "אדמת מדינה", לבין עמדת חברות הנדל"ן כי מדובר בקרקע פרטית שנרכשה על ידן או בעבורן. בהתאם לקביעת בית המשפט בבג"ץ 3998/06 יאסין ואח' נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית ואח' (טרם פורסם, 9.11.2006), האדמות נשוא תב"ע 210/8 הוכרזו כרכוש ממשלתי בהתבסס על היותן "אדמות מדינה" ולא על טענת

בעלות של גורמים פרטיים. הכרזה זו, היא עצמה אינה קובעת או יוצרת זכויות-בעלות בשטח. עד כה לא הייתה כל קביעה, על פי הדין המהותי, של זכויות בעלות למי מחברות הנדל"ן. הדיון בתוואי הגדר כשלעצמו אינו המסגרת הדיונית המתאימה לבירור זכויות הבעלות. שנית, גם אם נניח, לצורך הדיון שלפנינו, כי לחברות הנדל"ן בעלות בחלקות מקרקעין נשוא תכנית 210/8, אין בכך כדי לשלול הזות התוואי מערבה. 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, 15.8.2006)). כללי המידתיות בתכנון תוואי הגדר עשויים להביא גם לכך שתושבים ישראלים ונכסים ישראלים נותרים מצידה "הפלסטיני" של הגדר (ראו, בין היתר, פרשת טנא, בג"ץ 399/06 סוסיא - אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות קהילתית בע"מ נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 6.7.2006); פרשת אלדאם, פרשת ביר נבאלה, בג"ץ 1844/06 רינאווי נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, 15.6.2006)). האיזון בין האינטרסים השונים – צרכי הביטחון, זכויות התושבים הפלסטינים וזכויות הישראלים – צריך להיעשות על ידי המפקד הצבאי במסגרת הבחינה המחודשת של תוואי הגדר.

40. סיכומו של דבר, לא שוכנענו כי מבחן המשנה השני של המידתיות מתקיים בתוואי הגדר באדמות בילעין. לא שוכנענו כי חיוני, מטעמים ביטחוניים-צבאיים, לשמור על התוואי הקיים שעובר בשטח נחות טופוגרפית באדמות בילעין וכי אין בנמצא חלופה ביטחונית ראויה להקמת הגדר לשם הגנה על תושבי מודיעין עלית. על המשיבים לשקול מחדש את התוואי הקיים ולבחון תוואי חלופי, שיוכל להבטיח את הביטחון של התושבים בחלק המערבי של "מתתיהו מזרח" ושפגיעתו בתושבי בילעין קטנה יותר. ערים אנו לכך שלא ניתן לעשות שינוי זה בין יום, שכן הדבר מחייב בחלקים מסוימים את הריסת הגדר הקיימת ובניית גדר חדשה. נוכח הפגיעה המתמשכת בתושבי בילעין, על המשיבים לערוך את הבחינה המחודשת בתוך זמן סביר.

41. נוכח קביעתנו בעניין מבחן המשנה השני, יכולנו להשאיר בצריך עיון את השאלה האם תוואי הגדר מקיים את מבחן המידתיות השלישי, הוא מבחן המידתיות "במובן הצר". אף על פי כן ראינו לעמוד על כך שנוכח מכלול הנתונים והשיקולים שפרשנו לעיל, אין תוואי הגדר עומד גם במבחן המידתיות השלישי. מבחן זה בוחן את השאלה האם פגיעתו של תוואי הגדר בעותרים עומדת ביחס ראוי לתועלת הגלומה בהקמת הגדר בתוואי שנקבע. בענייננו, התוואי שנקבע פוגע פגיעה קשה בתושבי בילעין. הפגיעה נגרמת כתוצאה מתפיסת קרקעות לשם הקמת הגדר, עקירת עצים

המצויים בתוואי, וכליאת שטחים חקלאיים מעובדים מצידה "הישראלי" של הגדר. כאמור לעיל, תוואי הגדר מפריד בין הכפר בילעין לבין חלק גדול מהאדמות שנתרו לכפר. תוואי הגדר עצמו תופס כ-260 דונמים; כ-1,700 דונמים נוספים מאדמותיו על-פי חלוקת הקרקעות המנדטורית של הכפר בילעין, אשר מתוכן למעלה מ-670 הן בבעלות פרטית של תושבי בילעין, נותרים מצידה המערבי של הגדר. על אדמות אלה יש כיום אלפי עצי זית, עצי שקד וגפנים. האדמות משמשות גם כאדמות מרעה לעדרי הצאן שבבעלות תושבי הכפר. הן מהוות מקור הפרנסה העיקרי של כ-200 משפחות בבילעין. המשיבים אינם מתכחשים לפגיעה בתושבי בילעין, אך סבורים כי הפגיעה היא סבירה ומידתית. לטענתם, הפגיעה בתושבי הכפר בילעין הינה פרופורציונאלית לצורך הביטחוני החיוני של הגנה על תושבי ישראל בכלל ותושבי גוש מודיעין בפרט. עמדה זו אין בידנו לקבל. הקמת הגדר על חלק מאדמות בילעין, והגבלת הגישה של תושבי בילעין לחלקים ניכרים נוספים מאדמותיהם, באמצעות הקמת נקודת ביקורת ושער חקלאי לבעלי היתרים בלבד, יוצרת עבור תושבי בילעין קשיים משמעותיים, ופוגעת באופן ניכר במרקם חייהם. מנגד, אין התועלת הביטחונית הצפויה מהתוואי הנוכחי, המגן כיום על שטחים שהבנייה בהם אינה ממומשת, שקולה כנגד הפגיעה בתושבים ה"מוגנים". על כן, התוואי שנקבע חורג מן האיזון שבין צורכי הביטחון לבין צורכיהם ורווחתם של תושבי בילעין. אמנם, מקובלת עלינו עמדת המשיבים כי בחירה בתוואי הצמוד לבתיה של מודיעין עלית אינה נותנת מענה בטחוני הולם. עם זאת, עמדת המשיבים גובשה בהתאם לגבולות תכנית המתאר העתידית של שכונת "מתתיהו מזרח", ולא לפי הבנייה הממומשת בפועל. כפי שקבענו לעיל, ההתחשבות בקיומה של כוונה עתידית לפתח את החלק המזרחי של "מתתיהו מזרח" אינה מהווה שיקול שיש להתחשב בו בשלב זה, ועל כן נראה כי ניתן להפחית את הפגיעות בתושבים המקומיים על-ידי בחירה בתוואי חלופי אשר לא יתחשב בשטחים המיועדים להקמה העתידית של שלב ב' של שכונת "מתתיהו מזרח".

42. כאמור, בדיונים שהתקיימו לפנינו לא נפרשו כל הנתונים הנוגעים לתוואי החלופי הראוי לבוא במקום תוואי הגדר נשוא העתירה, ולמעשה תוואי כזה כלל לא נבחן על-ידי המשיבים. לפיכך, החלטנו לעשות את הצו-על-תנאי למוחלט באופן הבא: על המשיבים 1-2 לשקול מחדש, בתוך זמן סביר, חלופה לתוואי גדר ההפרדה באדמות בילעין, הפוגעת פחות בתושבי בילעין, ומוציאה ככל האפשר את השטחים המעובדים מזרחה מהגדר; בהקשר זה יש לבחון את החלופה באופן שממערב לגדר הביטחון ייכללו השטחים של שלב א' של שכונת "מתתיהו מזרח", ואילו השטחים החקלאיים שבואדי נחל דולב והשטחים המיועדים להקמה בעתיד של שלב ב' של שכונת "מתתיהו מזרח" יותרו מצידה המזרחי של הגדר. עד להשלמת בחינתו של התוואי

החלופי יישאר צו הביניים מיום 12.6.07 על כנו, כך ששער בילעין ייוותר פתוח למעבר תושבי בילעין החל מהשעה 06:00 בבוקר ועד לשעה 20:00 בערב.

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, כ"א באלול התשס"ז (04.09.2007).

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה