

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4289/05

בג"ץ 4457/05

בג"ץ 3139/06

בג"ץ 3632/06

בג"ץ 3900/06

בפני :
כבוד הנשיא (בדימי) א' ברק
כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופטת א' חיות

העותרים בבג"ץ 4289/05 : מועצה מקומית ביר נבאלה ו-149 אחרים
העותרות בבג"ץ 4457/05 : מועצת הכפר ביר נבאלה ואחי
העותרים בבג"ץ 3139/06 : תושבי שכונת אלמואחל
העותרים בבג"ץ 3632/06 : יצחק לויט ואחי
העותרת בבג"ץ 3900/06 : המועצה המקומית גבעת זאב

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 4289/05 :
ובבג"ץ 4457/05 :
1. ממשלת ישראל
2. שר הביטחון
3. מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית
4. תושבי שכונת חי אלמואחל

המשיבים בבג"ץ 3139/06 :
1. ממשלת ישראל
2. מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית

המשיבים בבג"ץ 3632/06 :
1. ראש ממשלת ישראל
2. שר הביטחון
3. מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית

- המשיבים בבג"ץ 3900/06 :
 1. שר הביטחון
 2. אלוף פיקוד המרכז
 3. ראש מינהלת קשת צבעים
 4. מועצת התכנון העליונה
 5. מועצת הכפר אלגיב

עתירות למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה : ג' בכסלו התשס"ו (04.12.2005)

בשם העותרים בבג"ץ 4289/05 : עו"ד יהושע קרמר ; עו"ד איהאב אבו גוש

בשם העותרות בבג"ץ 4457/05
 והמשיבה 5 בבג"ץ 3900/06 : עו"ד מוחמד דחלה

בשם העותרים בבג"ץ 3139/06
 ובשם המשיבים 4 בבג"ץ
 4289/05 ובבג"ץ 4457/05 : עו"ד אברהים שלבי

בשם העותרים בבג"ץ 3632/06 : עו"ד אריה רוזנברג ; עו"ד יצחק סלומון

בשם העותרת בבג"ץ 3900/06 : עו"ד רנאטו יאראק

בשם המשיבים 1-3 בבג"ץ
 4289/05, בבג"ץ 4457/05
 ובבג"ץ 3632/06, בשם
 המשיבים 1 ו-2 בבג"ץ 3139/06
 ובשם המשיבים 1-4 בבג"ץ
 : 3900/06

פסק-דין

הנשיא (בדימ') א' ברק:

האם תוואי גדר הביטחון במרחב ביר נבאללה שמצפון לירושלים הוא חוקי? זוהי השאלה העומדת להכרעה בעתירות שבפנינו.

הרקע לעתירות

1. במסגרת התכנית להקמתה של גדר ההפרדה הוחלט על הקמת גדר אשר תעטוף את אזור ירושלים ותמנע חדירת מחבלים אליה (להלן – עוטף ירושלים). הוחלט כי הקמת הגדר באזור זה תיעשה בשני שלבים. בשלב ראשון הוחלט על הקמת גדר בשני קטעים באזור ירושלים. קטע אחד בצפון, באופן שיחצוץ בין אזור ירושלים וגבעת זאב לאזור רמאללה, וקטע שני בדרום, באופן שיחצוץ בין אזור ירושלים לאזור העיר בית לחם. הקמתה של הגדר הצפונית הושלמה בשנת 2003. היא עוברת מצפון לכביש 45, מדרום לרמאללה ולכפר ראפאת, בין מחנה עופר למחסום קלנדיה. מדרום לגדר הצפונית, במרחב התפר שבינה לבין גבולה המוניציפלי של העיר ירושלים, נוצר מרחב ביר נבאללה ובו חמישה כפרים פלסטינים: הכפר ביר נבאללה בו מתגוררים כ-2,500 תושבים, חלקם נושאי תעודת זהות ישראלית; הכפר בית חנינא ובו כ-2,000 תושבים, חלקם נושאי תעודת זהות ישראלית; הכפר אל-ג'יב ובו כ-3,000 תושבים, חלקם נושאי תעודת זהות ישראלית; הכפר ג'דירה ובו כ-1,500 תושבים, חלקם נושאי תעודת זהות ישראלית, והכפר קלנדיה ובו כ-2,500 תושבים, חלקם נושאי תעודות זהות ישראליות.

2. בסוף שנת 2003 החליטה הממשלה על השלב השני בהקמתה של גדר הביטחון, וקבעה את התוואי המפורט של הגדר באזור עוטף ירושלים. הוחלט כי על-פי תוואי זה לא יכללו הכפרים שבמרחב ביר-נבאללה בצידה "הישראלית" של הגדר. החלטה זו התבססה הן על שיקולים ביטחוניים והן על שיקולים שקשורים במרקם חייהם של תושבי הכפרים. מטרת התוואי הייתה לצמצם, ככל שאפשר, את מספרם של הפלסטינים הנותרים במרחב התפר והנתונים למשטר ההיתרים שחל במרחב זה. הוחלט, לפיכך, על הקמתה של גדר הפרדה שתקיף את הכפרים שבמרחב ביר-נבאללה, ותחברם, באמצעות כבישים שיסללו, לצידה ה"פלסטינית" של הגדר, הן לכיוון צפון (מרחב רמאללה), והן לכיוון מערב (מרחב בית סוריק).

3. תוואי הגדר במרחב ביר נבאללה הינו חלק מתוואי הגדר בעוטף ירושלים. הוא מקיף את מרחב ביר נבאללה מכל עבריו. הוא מצוי רובו מחוץ לתחום המוניציפלי של ירושלים, בתוך תחום איו"ש. מטרתו למנוע חדירת מחבלים לשטח מדינת ישראל. הוא נועד להגן על כביש 45 העובר בחלקו הצפוני של התוואי, על כביש 404 ("כגין צפון") הנמצא בחלקו המזרחי, על שכונת רמות בירושלים הנמצאת בצידה הדרומי, ועל היישובים גבעת זאב וגבעון החדשה, לרבות כביש 436 המחבר אותם לירושלים, הנמצאים בחלקו המערבי של התוואי. בתוואי זה הוכנסו שינויים רבים לנוכח השגות התושבים ובעקבות פסקי הדין של בית משפט זה בפרשת בית סוריק (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807), ובפרשת אלפי מנשה (בג"ץ 7957/04 זהראן יונס מחמד מדאעבה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם)).

4. תוואי הגדר ממזרח למרחב ביר נבאללה מתחיל בנקודת המפגש של כביש 45 וכביש 404 (צומת עטרות), צפונית לביר-נבאללה. הוא נמשך דרומה, לאורכו של כביש 404, עד לקו הגבול המוניציפלי של ירושלים, כקילומטר אחד דרומית לבית חנינא (להלן – הקטע המזרחי). קטע זה נועד לספק הגנה לכביש 404. אורכו הכולל הינו כ- 4,350 מטרים. בחלקו הגדול, מצומת עטרות ועד גשר בית חנינא, בקטע שאורכו כ- 3,250 מטרים, בנוי התוואי כחומה מצידו המערבי של כביש 404, ובצמוד לו. בקטע שמדרום לגשר בית חנינא ועד גבולה המוניציפלי של ירושלים, בקטע שאורכו כ- 1,100 מטרים, מתרחק התוואי מערבה, למרחק של עד 250 מטרים מהכביש, מזרחית ודרומית לכפר בית חנינא. בקטע זה התוואי בנוי כגדר.

5. השכונה המזרחית של ביר-נבאללה, שכונת אל-מוואחל, נמצאת ממזרח לכביש 404, בתחום איו"ש, סמוך לגבולה המוניציפלי של ירושלים. על-פי התכנון המקורי, חצץ תוואי הגדר בקטע המזרחי בין שכונה זו לבין ביר-נבאללה, והותיר את השכונה בצידה ה"ישראלי" של הגדר. תכנון זה נעשה על בסיס ההנחה שמרבית תושבי השכונה מחזיקים תעודות זהות ישראליות. לאחר בדיקה נוספת, בה התברר כי בשכונה מתגוררים עשרות תושבים פלסטינים, ולנוכח בקשתם של תושבים אלה, הוחלט על תיקון תוואי הגדר באופן שיותיר את השכונה בצידה ה"פלסטיני" של הגדר. בהתאם לתיקון, תוואי הגדר באזור השכונה יעבור ממזרח לכביש 404, סמוך לקו הגבול המוניציפלי, ויתחבר מצפון ומדרום לחומה הבנויה לאורך כביש 404.

6. תוואי הגדר מדרום למרחב ביר-נבאללה מתחיל מקו הגבול המוניציפלי של ירושלים, דרומית מערבית לכפר בית-חנינא. הוא נמשך לכיוון צפון-מערב עד לנקודת המפגש עם כביש 436, צפונית לנבי סמואל (להלן – הקטע הדרומי). קטע זה נועד להגן על שכונת רמות, שכונת הר שמואל, ועל כביש 436 המחבר את גבעת זאב וגבעון החדשה לירושלים. מדרום לבית חנינא עובר התוואי בשטח העירוני של ירושלים, במורדות הצפוניים של שכונת רמות. ממערב לכפר בית חנינא ומדרום לכפרים ביר נבאללה ואל-ג'יב עובר התוואי בשיפולים הצפוניים של הגן הלאומי נבי-סמואל באופן המותיר את הגן הלאומי ואת הכפר נבי סמואל כולו בצידה ה"ישראלי" של הגדר. אורכו הכולל של הקטע הדרומי הינו כ-4000 מטר. גדר תיבנה לכל אורכו. תוואי הגדר באזור זה תוקן בעקבות הגשת העתירות והדיון בהן, ובעקבות פסקי הדין של בית משפט זה בפרשת בית סוריק ובפרשת אלפי מנשה. מלכתחילה תוכננה הגדר בקטע שבין בית חנינא לביר נבאללה לעבור סמוך יותר ליישובים הפלסטינים, וכן תוכננה דרך פטרול מוקפת גדר צפונית לבית חנינא. בעקבות הבחינה המחודשת, החליטו המשיבים להסיט את תוואי הגדר בקטע שבין בית חנינא לביר נבאללה מזרחה. כן הוחלט שלאורך דרך הפטרול לא ייבנו חומה או גדר. אורכה של דרך הפטרול הינו כ-1700 מטר.

7. תוואי הגדר ממערב למרחב ביר נבאללה מתחיל מנקודת המפגש של הקטע הדרומי עם כביש 436, מצפון לנבי סמואל, ונמשך צפונה לאורך כביש 436, ממערב לאל-ג'יב, עד לגבעת זאב. מנקודה זו מקיפה הגדר את גבעת זאב ממזרח, ומתחברת לכביש 45, סמוך לנקודת המפגש של כביש זה עם כביש 443 (להלן – הקטע המערבי). הגדר בקטע זה נועדה להגן על גבעת זאב ושכונותיה, וכן על כביש 436. מנבי סמואל ועד מחנה גבעון צמוד תוואי הגדר לכביש 436. הגדר מקיפה את מחנה גבעון ממזרח, ושבה ונצמדת לכביש 436 עד לשכונת נווה מנחם שממזרח לגבעת זאב. הגדר מקיפה את השכונה ממזרח, במרחק של 400-200 מטר מבתיה. לאחר מכן מתרחקת הגדר מזרחה וצפונה ומתחברת לגדר המגנה על כביש 45. אורכו הכולל של הקטע המערבי הינו כ-4,000 מטר, מתוכם כ-1,000 מטר חומה. הגדר בקטע המערבי מפרידה בין עיקר הכפר אל-ג'יב לבין שכונה קטנה של הכפר, שכונת חלאילה. שכונה זו מצויה ממערב לכביש 436, בסמוך מאד לבתי גבעון החדשה, והיא נותרת בצידה ה"ישראלי" של הגדר. בשכונה זו מתגוררות כשלושים משפחות, שני שלישי מתוכן מחזיקות בתעודות זהות ישראליות. תוואי הגדר באזור זה תוקן בעקבות הגשת העתירות והדיון בהן, ובעקבות פסקי הדין של בית משפט זה בפרשת בית סוריק ובפרשת אלפי מנשה. מלכתחילה עבר התוואי במרחק של כמה מאות מטרים מזרחית לכביש 436, ובמרחק גדול יותר מהיישובים הישראליים שבאזור. בעקבות הבחינה המחודשת הוצמד תוואי

הגדר לכביש 436 באזורים שאינם סמוכים ליישובים ישראליים, וצומצם המרחק בין הגדר לבין היישוב גבעת זאב.

8. תוואי הגדר מצפון למרחב ביר נבאללה מתחיל בנקודת המפגש של הקטע המערבי עם כביש 45, ונמשך מזרחה, לאורך כביש 45, עד לנקודת המפגש עם הקטע המזרחי בצומת עטרות (להלן – הקטע הצפוני). הגדר בקטע זה נועדה להגן על כביש 45, בקטע המחבר את כביש 404 ("בגין צפון") עם כביש 443, הממשיך מערבה לכיוון מודיעין. התוואי עובר בצמוד לכביש 45. אורכו הכולל כ-3,000 מטר, ולכל אורכו מוקמת חומה. אף תוואי הגדר באזור זה תוקן בעקבות הגשת העתירות והדיון בהן, ובעקבות פסקי הדין בפרשת בית סוריק ובפרשת אלפי מנשה. לפי התכנון המקורי, תוואי הגדר באזור שמצפון לכפר ג'דירה התרחק 100-300 מטרים מכביש 45 לכיוון דרום. בעקבות הבחינה המחודשת הוצמד התוואי לכל אורכו לכביש 45.

כבישים שנחסמים וכבישי "מרקם חיים"

9. הגדר המקיפה את מרחב ביר נבאללה חוסמת מספר כבישים ודרכים המחברים את מרחב ביר נבאללה עם מרחב ירושלים ממזרח, מרחב רמאללה מצפון, ומרחב בידו-בית סוריק ממערב. תוואי הגדר בקטע המזרחי חוסם שני כבישים מרכזיים אשר מחברים את מרחב ביר-נבאללה עם מרחב ירושלים. הכביש האחד הוא כביש ביר נבאללה-א-ארם. זוהי הדרך אשר הובילה מהכפר ביר נבאללה אל א-ראם ומשם אל ירושלים. כביש זה עובר תחת כביש 404 (בגשר ביר-נבאללה) ומוביל מביר נבאללה אל שכונת אל-מוואחל. משם ממשיך הכביש ומחבר את מרחב ביר נבאללה עם אזור א-ראם הנמצא בתחום האזור, ומשם דרומה לאזור ירושלים. במסלולו חוצה הכביש את קו הגבול המוניציפלי של ירושלים, ועובר בתחום השטח המוניציפלי הנמצא בין ביר נבאללה לא-ראם ("אצבע עטרות"). לפי התוואי הנוכחי, ייחסם הכביש מהנקודה בה הוא מגיע לקו הגבול המוניציפלי, ולא תותר הנסיעה בו מנקודה זו והלאה. תושבי מרחב ביר נבאללה אשר יבקשו להגיע לאזור א-ראם יאלצו לנסוע צפונה, לכיוון קלנדיה, ומשם מזרחה ודרומה לכיוון א-ראם. ישראלים תושבי מרחב ביר נבאללה אשר יבקשו להיכנס לירושלים יסעו בדרך דומה, וייכנסו לישראל דרך מעבר קלנדיה. זאת, במסגרת תכניתם של המשיבים לבטל את מרבית נקודות המעבר לירושלים המצויות בצפון ירושלים ולרכזן במעבר החדש בקלנדיה, אשר בנייתו הושלמה בחודש אפריל 2006. הכביש המרכזי השני אותו חוסם קטע הגדר המזרחי הוא כביש בית חנינא-ירושלים. הכביש עובר מתחת לגשר בית חנינא. הוא מחבר את הכפר בית חנינא עם קרקעות הכפר המצויות ממזרח לכביש 404, בין הכביש לבין קו הגבול המוניציפלי.

משם ממשיך הכביש ומוביל אל שכונת בית חנינא אשר בצפון ירושלים. לפי התוואי הנוכחי, ייחסם הכביש למעבר בגשר בית חנינא, וכניסתם של ישראלים לירושלים תיעשה דרך מעבר קלנדיה. עם זאת, ייקבע שער חקלאי מתחת לגשר בית חנינא אשר ייפתח בשעות מסוימות וישמש למעבר חקלאים לאדמות הכפר הנמצאות ממזרח לכביש. כן ייפתח השער למשך שעה אחת בשעות הבוקר ושעה אחת בשעות אחר הצהריים על מנת לאפשר את יציאתם של תלמידים המתגוררים בבית חנינא ואשר לומדים במוסדות חינוך בבית חנינא הירושלמית, ואת כניסתם חזרה לבית חנינא עם תום הלימודים. כן חוסם קטע הגדר המזרחי שבילים משניים נוספים אשר חיברו בין מרחב ביר נבאללה למרחב א-ראם וצפון ירושלים.

10. תוואי הגדר בקטע הדרומי חוסם כביש אשר חיבר בין בית חנינא לאיזור בידו, דרך מחסום רמות והכפר בית אכסא. תוואי הגדר בקטע המערבי חוסם מספר כבישים אשר הובילו מאל-ג'יב דרומה ומערבה לכיוון כביש 436, ומשם דרומה ומערבה לכיוון ירושלים ולמרחב בידו-בית סוריק. תוואי הגדר בקטע הצפוני חוסם מספר דרכים אשר קישרו את הכפרים במרחב ביר נבאללה אל מרחב רמאללה. בכללם, חוסם תוואי הגדר את הכבישים המובילים לקלנדיה, ג'דירה, ולביר נבאללה.

11. על מנת לצמצם את הפגיעה הנגרמת כתוצאה מחסימתם של הכבישים החליטו המשיבים, במסגרת תכנון תוואי הגדר במרחב ביר נבאללה, להקים שלושה כבישים שמטרתם לשרת את תושבי האזור הפלסטינים ולצמצם את הפגיעה במרקם חייהם (להלן – כבישי מרקם החיים). הכביש הראשון הוא כביש בידו-אל ג'יב. הוא נועד לחבר את מרחב ביר נבאללה עם מרחב בידו-בית סוריק שממערב ולשרת את תושבי מרחב ביר נבאללה המבקשים להגיע למרחב בידו-בית סוריק, ואת תושבי מרחב בידו-בית סוריק המבקשים להגיע למרחב ביר נבאללה או למרחב רמאללה. יצויין כי המשיבים התחייבו לבחון את הקמתו של הכביש במסגרת העתירה בפרשת בית סוריק (ראו פסקה 13 לפסק הדין). הכביש עובר באדמות הכפרים בידו ואל-ג'יב. הוא עתיד להיות שקוע לכל אורכו, ולעבור מתחת לשטח שבין גבעת זאב להר שמואל, הנמצא בצד ה"ישראלי" של הגדר. אורכו של הכביש כולו כ-3,700 מטרים. הכביש השני הוא כביש ביר נבאללה-קלנדיה. הוא נועד לחבר את מרחב ביר נבאללה עם מרחב רמאללה שמצפון. הכביש מתחיל מביר נבאללה, ונמשך צפונה לקלנדיה ולרמאללה, תוך שהוא חוצה, באמצעות מעבר תת-קרקעי, את כביש 45. הכביש עובר באדמות הכפרים ביר נבאללה וג'דירה אשר במרחב ביר נבאללה, ובאדמות הכפרים ראפאת וקלנדיה שמצפון לכביש 45. אורכו של הכביש כ-3,000 מטר. הכביש השלישי הוא כביש בית חנינא-ביר

נבאללה. הוא נסלל במרחב ביר נבאללה עצמו, ומטרתו להקל על התנועה מבית חנינא אל ביר נבאללה, ומשם אל מרחב רמאללה ואל מרחב בידו-בית סוריק. כביש זה נסלל על דרך עפר קיימת שחיברה בין בית חנינא לביר נבאללה.

הקרקעות הנתפסות והקרקעות הנותרות בצידה ה"ישראלי" של הגדר

12. לצורך הקמת גדר הביטחון וכבישי מרקם החיים נתפסות קרקעות אשר כבעלות פרטית של תושבי הכפרים שבמרחב ביר נבאללה. כמו כן מותרת הגדר שטחים נוספים שבבעלות פרטית בצידה ה"ישראלי" של הגדר. שטחן הכולל של אדמות הכפר בית חנינא הנמצאות בתחום האזור הינו כ-5,600 דונם. צו תפיסה 08/05/ת' (אשר הוצא ביום 26.1.2005) תופס כ-330 דונם מאדמות הכפר לצורך בניית קטע הגדר המזרחי. צו תפיסה 21/06/ת' (אשר הוצא ביום 29.1.2006) תופס כ-130 דונם מאדמות הכפר לצורך בניית קטע הגדר הדרומי. סך הכל נתפסים כ-460 דונם מאדמות הכפר, עליהם תיבנה הגדר. בנוסף, כ-2,000 דונם בבעלות פרטית של תושבי בית חנינא יימצאו בצידה ה"ישראלי" של הגדר. מרבית הקרקעות הפרטיות הנתפסות מצויות ממזרח לכביש 404, בינו לבין קו תחום ירושלים (שם עובר הקטע המזרחי), וממערב לכפר, בשטח שסמוך לנבי סמואל (שם עובר הקטע הדרומי). רובם של השטחים שיוותרו בצידה ה"ישראלי" של הגדר הינם טרשיים, וכ-310 דונם הינם שטחים מעובדים. הגישה אל השטחים החקלאיים תתאפשר באמצעות שני שערים חקלאיים, אחד ממזרח לכפר, מתחת לגשר בית חנינא, והשני ממערב לכפר, בסמוך לדרך חקלאית קיימת.

13. שטחן הכולל של אדמות הכפר אל-ג'יב הינו כ-8,000 דונם. צו תפיסה 94/04/ת' (אשר הוצא ביום 31.12.2004) תופס כ-50 דונם מאדמות הכפר לבניית הגדר סמוך לגבעת זאב. צו תפיסה 13/05/ת' (תיקון גבולות) (אשר הוצא ביום 2.7.2005) תופס כ-250 דונם מאדמות הכפר לצורך בניית קטע הגדר המערבי והדרומי. צו תפיסה 18/06/ת' (אשר הוצא ביום 29.1.2006) תופס כ-35 דונם מאדמות הכפר לצורך בניית קטע הגדר הדרומי. צו תפיסה 54/05/ת' (אשר הוצא ביום 20.3.2005) תופס כ-170 דונם מאדמות הכפר לצורך בניית כביש בידו-אל-ג'יב. סך הכל נתפסים כ-500 דונם מאדמות הכפר, עליהם ייבנו הגדר והכביש. בנוסף, כ-3,000 דונם שבבעלות פרטית של תושבי אל-ג'יב יוותרו מצידה ה"ישראלי" של הגדר. כמחצית מקרקעות אלה הן מעובדות, רובן בחקלאות עונתית. הגישה לאדמות אלה לאחר השלמת הגדר תתאפשר באמצעות מעבר חקלאי שיוקם ממערב לכפר ואשר יהיה פתוח שעות ארוכות מדי יום.

14. שטחן הכולל של אדמות ביר נבאללה הינו כ-2,700 דונם. צו תפיסה 10/05/ת' (תיקון גבולות) (אשר הוצא ביום 2.7.2005) תופס כ-100 דונם מאדמות הכפר לצורך בניית קטע הגדר הצפוני ולצורך בניית כביש ביר נבאללה-קלנדיה. כמו כן, כ-170 דונם שבבעלות פרטית של תושבי ביר נבאללה יותרו בצידה ה"ישראלי" של הגדר. רוב השטח הינו טרשי. שטחן הכולל של אדמות ג'דירה הינו כ-2,000 דונם. צו תפיסה 11/05/ת' (תיקון גבולות) (אשר הוצא ביום 2.7.2005) תופס כ-140 דונם מאדמות הכפר לצורך בניית קטע הגדר הצפוני ולצורך בניית כביש ביר נבאללה-קלנדיה. כמו כן, כ-100 דונם שבבעלות פרטית של תושבי ג'דירה יותרו בצידה ה"ישראלי" של הגדר. רובו של שטח זה אינו משמש את תושבי הכפר. שטחן הכולל של אדמות קלנדיה הינו כ-3,750 דונם. צו תפיסה 9/05/ת' (תיקון גבולות) (אשר הוצא ביום 2.7.2005) תופס כ-30 דונם מאדמות הכפר לצורך בניית קטע הגדר הצפוני ולצורך בניית כביש ביר נבאללה-קלנדיה. כמו כן, כ-100 דונם שבבעלות פרטית של תושבי קלנדיה יותרו בצידה ה"ישראלי" של הגדר. רוב השטח אינו מעובד.

העתירות והטיפול בהן

15. העותרים בבג"ץ 4289/05 הם המועצה המקומית ביר נבאללה ומקצת מתושביה. העותרים בבג"ץ 4457/05 הם מועצות חמשת הכפרים שבמרחב ביר נבאללה – ביר נבאללה, אל-ג'יב, ג'דירה, קלנדיה, ובית חנינא. העותרים בבג"ץ 3139/06 הם תושבי שכונת אל-מואחל. העותרים בבג"ץ 3632/06 הם נציגי הועד לביטחון גבעת זאב. העותרת בבג"ץ 3900/06 היא המועצה המקומית גבעת זאב. המשיבים בכל העתירות הם המדינה והמפקד הצבאי באזור. עניינן של כל העתירות הוא תוואי גדר הביטחון במרחב ביר נבאללה. לפיכך, ובהסכמת הצדדים, אוחד הדיון בהן. העתירה בבג"ץ 4289/05 הוגשה ביום 4.5.2005. העתירה בבג"ץ 4457/05 הוגשה ביום 8.5.2005. בסמוך להגשתן (ביום 17.5.2005) נערך דיון בבקשת העותרים למתן צו ביניים (בפני הנשיא א' ברק, המשנה לנשיא מ' חשין, והשופט א' ריבלין). בסיומו הוצא צו ביניים המונע את ביצוע העבודות במרחב ביר נבאללה, למעט העבודות הנדרשות לשם הקמת החומה לאורך כביש 404 ("בגין צפון", חלקו הצפוני של קטע הגדר המזרחי). קיימנו (ביום 27.6.2005) דיון ראשון בעתירות. במהלכו הודיעו המשיבים על כוונתם להכניס תיקונים בתוואי הגדר. בהסכמת הצדדים, נדחה הדיון עד להשלמת תכנון התיקונים והוצאת צווי התפיסה המתוקנים. הודענו כי נשקול את הרחבת ההרכב הדין בעתירות. כמו כן החלטנו להסיר את צו הביניים ככל שהוא נוגע לסלילת כביש ביר נבאללה-קלנדיה. בו ביום הגישו המשיבים בקשה לצמצום נוסף

בצו הביניים. החלטנו (ביום 27.7.2005) לבטל את צו הביניים ככל שהוא נוגע לתוואי הגדר הצמוד לכבישים 404 ו-45 (קטע הגדר הצפוני והמזרחי). כמו כן החלטנו (ביום 11.10.2005) לבטל את צו הביניים ככל שהוא נוגע לתוואי הגדר בקטעים הסמוכים לכביש 436 (קטע הגדר המערבי). קיימנו (ביום 4.12.2005) דיון בעתירות בפני הרכב מורחב של תשעה שופטים. לאור הודעת המשיבים לפיה חלקים מתוואי הגדר באזור עדיין נמצאים תחת בחינה ובדיקה, ולפי בקשתם, דחינו את המשך שמיעת העתירות. כן הורינו על ביטול צו הביניים ככל שהוא נוגע לסלילת כביש בידו-אל-גיב, ורשמנו לפנינו את הודעת המשיבים לפיה בכוונתם להקים גדר מתכת לאורך הכבישים 404 ו-436, בקטעים לגביהם עומד צו ביניים המונע את הקמת הגדר. דחינו (ביום 17.4.2006) את בקשת העותרים למתן צו ביניים שימנע את סגירתו של כביש ביר נבאללה-א-ראם, אשר נסגר על-ידי המשיבים (ביום 11.4.2006) לנוכח פתיחת הציר החדש לקלנדיה והפעלתו הסדירה של מעבר קלנדיה. קיימנו (ביום 7.5.2006 וביום 21.5.2006) דיונים מסכמים בעתירות לגופן. שמענו את טענות הצדדים, ובכלל זה שמענו את נציג המועצה לשלום וביטחון. עיינו בהודעותיהם בכתב, ובכלל זה עיינו בחוות דעת מטעם עמותת "במקום" (מתכננים למען זכויות תכנון) באשר להשלכותיה הכלכליות, החברתיות, והגיאוגרפיות של גדר הביטחון במרחב ביר נבאללה.

התקדמות העבודות במתחם ביר נבאללה

16. בקטע הגדר המזרחי הוקמה גדר רשת לכל אורכו של כביש 404, למעט בקטע שמעל גשר ביר נבאללה, בו נבנתה חומה. בקטע הדרומי והמערבי, לאורך צידה הצפון מזרחי של שכונת רמות ועד למחסום רמות, הוקמה גדר רשת. ממחסום רמות ועד לגבעת זאב, לאורך כביש 436, הושלמה הקמת גדר הביטחון, למעט הכניסה לנבי סמואל ושכונת נווה מנחם. בקטע הגדר הצפוני הושלמה הקמתו של חלק מתוואי גדר הביטחון, והוקמה גדר רשת בקטעים בהם טרם הוקמה חומה. הפיכתה של דרך העפר שחיברה בין בית חנינא לביר נבאללה לכביש אספלט (כביש בית חנינא-ביר נבאללה) הסתיימה. כן הסתיימה סלילתו של כביש ביר נבאללה-קלנדיה, העובר מתחת לכביש 45 ואשר נועד לחבר בין מרחב ביר נבאללה לבין מרחב רמאללה, וכן לאפשר תנועה נוחה ממרחב ביר נבאללה למעבר קלנדיה. סלילתו של כביש בידו-אל-גיב החלה, והעבודות צפויות להסתיים עד לסוף 2006.

17. העותרים בכג"ץ 4289/05 ובכג"ץ 4457/05 (עתירות הכפרים אשר במרחב ביר נבאללה) מבקשים כי נורה על ביטול תוואי גדר הביטחון במרחב ביר נבאללה. טענתם היא שהקמתה נוגדת הן את המשפט הבינלאומי והן את אמות המידה שנקבעו בפסיקתו של בית משפט זה בפרשת בית טוריק ובפרשת אלפי מנשה. עמדתם היא שגדר הפרדה, הנבנית בתוך שטח כבוש, מנוגדת למשפט הבינלאומי, לרבות המשפט הבינלאומי ההומניטרי ודיני זכויות האדם הבינלאומיים. השיקולים שעומדים בבסיס הקמת הגדר במרחב ביר נבאללה אינם ביטחוניים כי אם מדיניים. מטרתו של התוואי הנוכחי הוא לספח לתחום ירושלים את גבעת זאב והיישובים הישראליים הסמוכים לה, ולהוציא ממרחב ירושלים את היישובים הפלסטינים אשר במרחב ביר נבאללה.

18. לטענת העותרים, תוואי הגדר באזור פוגע פגיעה בלתי מידתית בזכויותיהם ובמרקם חייהם של תושבי מרחב ביר נבאללה. תוואי הגדר מקיף את הכפרים שבמרחב ביר נבאללה מכל עבריהם. הוא יוצר מובלעת של ממש. הגדר יוצרת טבעת חנק סביב הכפרים. היא פוגעת אנושות במרקם חייהם ומונעת את התפתחותם העתידית. פגיעות אלה דומות במהותן לסוג הפגיעות לגביהן פסק בית משפט זה, בפרשת אלפי מנשה, שמדובר בפגיעות בלתי מידתיות, ולעתים אף חמורות מהן. בניית הגדר עצמה, הכרוכה בתפיסת קרקעות פרטיות רבות, ובעקירת עצים ומטעים, פוגעת פגיעה קשה בזכות הקניין של העותרים ובזכותם להתפרנס. הגישה לאדמות חקלאיות רבות נוספות תוגבל, ותפגע ביכולתם של העותרים לעבדן. משטר השערים החקלאיים שיונהג במרחב התפר לא יהיה בו די על מנת לצמצם את הפגיעה באופן משמעותי. העותרים עומדים על הקשרים המשפחתיים, החברתיים, הדתיים, התרבותיים והכלכליים הענפים וההדוקים המתקיימים בין הכפרים במרחב ביר נבאללה, במיוחד ביר נבאללה ובית חנינא, לבין היישובים הפלסטינים שיוותרו מצידו המזרחי של קטע הגדר המזרחי, ובמיוחד א-ראם ובית חנינא הירושלמית. לטענת העותרים, מדובר למעשה במרחב אחד, ובקהילה אחת. הגדר תביא לקריעת קהילה פלסטינית לשתי קהילות שביניהן מפרידה חומה, ותשבש את אורח חייהם התקין של עשרות אלפי פלסטינים המתגוררים באזור, ובהם אלפי ישראלים. היא תפריד בין משפחות וקרובים ותפגע בזכות לקיים חיי משפחה תקינים. היא תנתק אלפים ממקום עבודתם ותפגע בזכות להתפרנס בכבוד ובחופש העיסוק. היא תפגע בחופש התנועה. היא תפגע בזכות הקניין של בעלי הנכסים אשר נכסיהם יפגעו כתוצאה מבניית החומה, או בעלי נכסים שערך נכסיהם ירד. היא תפגע ביכולת הגישה של תושבים במרחב ביר נבאללה אל בתי ספר ומוסדות חינוך, בתי חולים, ומוסדות דת

ותרבות הנמצאים מעברה של החומה. בכך ייפגעו הזכות לחינוך, הזכות לקבלת טיפול רפואי, וחופש הדת. החומה תפגע אנושות בחיי המסחר באזור ותרע את מצבם הסוציו-אקונומי של התושבים.

19. לטענת העותרים, כבישי "מרקם החיים" המתוכננים לא יירפאו את המחנק שבו יחיו התושבים. הכבישים עצמם מוקמים על קרקעות שהופקעו מהעותרים. לא יהיה בהם די על מנת להמשיך ולקיים את הקשרים הרבים שבין מרחב ביר נבאללה לסביבתו. כבישים אלה נועדו להחליף כבישים רבים אחרים שפעלו במרחב, וספק רב אם יעמדו בעומס התנועה עליהם. זאת ועוד, סלילת הכבישים תיצור מציאות משפילה שתפגע בכבודם של הפלסטינים, מציאות של עם שולט ועם נשלט; עם הנוסע באוטוסטרדות תנועה חופשית ובלתי מופרעת, ועם הכלוא בתוך גדרות, עם "תעלות נסיעה" וכבישים תחתיים ומשוקעים. אף ההנאה מהפארק הלאומי בנבי סמואל, הנמצא בתחומי האזור, תהיה שמורה, לאחר הקמת הגדר, רק לישראלים, שכן הגדר תמנע את גישתם של הפלסטינים לשטח הפארק.

20. העותרים מצביעים על תוואי הגדר שהוצע על ידי המועצה לשלום וביטחון כעל תוואי שיש בו כדי לספק את צרכי הביטחון תוך צמצום הפגיעה בתושבים הפלסטינים. תוואי זה מבוסס על חוות דעתה של המועצה לשלום וביטחון אשר הוגשה והוצגה בפנינו במלואה במהלך הדיון בעתירות הנוגעות לתוואי גדר הביטחון באזור א-ראם, הסמוך למרחב ביר נבאללה (בג"ץ 5488/04, 6080/04, 3648/04). חוות הדעת שהוצגה על-ידי המועצה לשלום וביטחון מציגה תפיסה כוללת ביחס למכלול תוואי גדר הביטחון בעוטף ירושלים. היא מתבססת על עקרונות כלליים אותם גיבשה המועצה לשלום וביטחון, ובראשם העיקרון לפיו "על המכשול להגן על השכונות היהודיות ולהפרידן מהשכונות הפלסטיניות שיימצאו מחוץ למכשול" (ראו עמ' 2 לחוות דעת מטעם המועצה לשלום וביטחון מיום 14.4.2005 אשר צורפה לבג"ץ 5488/04; ראו גם הודעות נוספות מטעמה מיום 20.6.2005 ו-28.6.2005). לגישה זו, על תוואי גדר הביטחון בעוטף ירושלים לעבור בסמוך לשכונות היהודיות, תוך שהוא מותיר את השכונות הפלסטיניות, בין אם הן נמצאות בשטחה המוניציפלי של ירושלים ובין אם לאו, בצידה ה"פלסטיני" של הגדר. על בסיס עקרונות אלה, הוצג בפנינו תוואי חלופי לתוואי הגדר בצפון ירושלים כולה, ובכלל זה מרחב ביר נבאללה (להלן – תוואי המועצה לשלום וביטחון). לפי תוואי זה, בקטע הרלוונטי לעתירות שבפנינו, יבוטל קטע הגדר הצפוני (החומה המגנה על כביש 45) וחלק מקטע הגדר המזרחי (החומה המגנה על כביש 404). קטע הגדר המזרחי יחובר, מנקודה צפונית לכפר בית חנינא,

לגדר המקיפה את א-ראם, מדרום לכביש ביר נבאללה-א-ראם, דרך אזור התעשייה עטרות. תוואי זה יותיר את "אצבע עטרות", הנמצאת בתחום המוניציפלי של ירושלים, בצידה ה"פלסטיני" של הגדר. על-פי התוואי המוצע, נקודת הביקורת לכניסה לירושלים תועתק בסופו של דבר דרומה, סמוך לא-ראם, במקום בקלנדיה. לכבישים 45 ו-404, הנותרים לפי תוואי זה בצידה ה"פלסטיני" של הגדר, תסופק הגנה באמצעות "שרוולים". תוואי זה, לטענת העותרים, יצמצם במידה ניכרת את הפגיעה במרקם חייהם של הכפרים העותרים. אם תתקבל הצעתה של המועצה לשלום וביטחון, תבוטל למעשה מובלעת ביר נבאללה. צירי התנועה ההיסטוריים המובילים צפונה ומזרחה לא ינותקו, ותנועתם של תושבי הכפרים שבמרחב ביר נבאללה לכיוון רמאללה ולכיוון הכפרים שמצפון ירושלים תוכל להמשיך ולהתנהל ללא עיקופים וללא מחסומים. בכך תצטמצם הפגיעה בקניינם של העותרים, ובזכותם לקבלת שירותי חינוך ובריאות, ותצטמצם הפגיעה בקשרי המשפחה והחברות שבין העותרים לבין שאר הכפרים שבמרחב.

21. העותרים סבורים כי תוואי הגדר כולו הינו בלתי חוקי ופוגעני יתר על המידה, וכי יש לבטל את כולו. למצער, סבורים הם שיש להורות למשיבים להותיר את כביש ביר נבאללה-א-ראם, הנחסם על-ידי קטע הגדר המזרחי, פתוח לתנועה לשימושם של הישראלים תושבי מרחב ביר נבאללה, אף שהדבר כרוך בהקמת נקודת בידוק ביטחונית נוספת. לטענתם, מדובר בציר מרכזי היסטורי ובעל חשיבות רבה. דרכו עוברים אלפי הפלסטינים בעלי תעודות הזהות הישראליות המתגוררים במרחב ביר נבאללה אל ירושלים וחזרה. סגירת הכביש תחייב ישראלים אלה לנסוע בדרך ארוכה ועוקפת למחסום קלנדיה, ולהמתין במחסום זמן רב לפני שיוכלו להיכנס לתחומי ירושלים. דרך דומה יאלצו לעשות בחזרתם לבתיהם. נסיעה קצרה של מספר דקות תהפוך לנסיעה ארוכה שתגזול זמן רב מדי בוקר וערב. חסימת הכביש אף תפגע בעשרות מפעלים ובעלי עסקים ישראלים בביר נבאללה, שלא יוכלו עוד להציע שירותיהם לתושבי השכונות הצפוניות של ירושלים. פרנסתם תיפגע קשות. לא יהיה בהותרת הכביש פתוח לתנועה כדי לפגוע בתכליתה הביטחונית של הגדר, שכן ניתן יהיה להקים נקודת בידוק ביטחונית בכניסה לירושלים. לנוכח כל זאת, עמדת העותרים היא שאם יוחלט להותיר את תוואי הגדר בקטע המזרחי על כנו, יש לצמצם את פגיעתו הקשה על-ידי הותרת כביש ביר נבאללה-א-ראם פתוח לתנועת ישראלים. זוהי החלופה המשיגה את התכלית הביטחונית אך שפגיעתה בזכויות פחותה.

22. במסגרת העתירה בבג"ץ 4289/05 (עתירת המועצה המקומית ביר נבאללה) ביקשו העותרים כי גדר ההפרדה לא תפריד בין ביר נבאללה לבין שכונת אל-מואחל. לטענתם, בשכונה מתגוררים עשרות תושבים פלסטינים. זאת בניגוד לנתונים שהיו בידי המדינה עת קבעה את התוואי, לפיהם התגוררו בשכונה שתי משפחות פלסטיניות בלבד. טענת העותרים הייתה כי הותרת השכונה בצידה ה"ישראלי" של הגדר תפגע פגיעה קשה במרקם חייהם של תושבי השכונה הפלסטינים, שלא יוכלו לעבור לתחומי ישראל, מצד אחד, ואף לא לנוע בחופשיות לכיוון ביר נבאללה והאזור. לנוכח טענות העותרים בבג"ץ זה, החליטו המשיבים על שינוי התוואי באזור כך ששכונת אל-מואחל נותרת בצידה ה"פלסטיני" של הגדר. בעקבות שינוי התוואי הוגשה העתירה בבג"ץ 3139/06 (עתירת תושבי שכונת אל-מואחל). בקשת העותרים היא שהמשיבים יותירו את השכונה מצידה ה"ישראלי" של הגדר, בהתאם לתוואי המקורי שנקבע. טענת העותרים היא כי הותרת השכונה בצידה ה"פלסטיני" של הגדר תפגע קשות ברוב המכריע של תושבי השכונה הנושאים תעודות זהות ישראליות. היא תכלא אותם במובלעת צרה של כמה עשרות דונמים מוקפת חומה מכל עבריה, כלואים בין החומה הבנויה על כביש 404 ממערב, לבין החומה שתפריד את שכונתם מירושלים ממזרח. הגדר תיצור טבעת חנק של ממש סביב בתי השכונה. היא תפריד בינם לבין עסקיהם ומקום עבודתם, בני משפחתם ומכריהם, אשר בירושלים. בכך תפגע הגדר פגיעה קשה ובלתי מידתית בזכותם לקניין, לחירות, פרנסה, חופש תנועה, ובזכותם לקבל שירותי חינוך ובריאות. העותרים עומדים על כך שאין כל סכנה ביטחונית הנשקפת מהותרת השכונה בצידה ה"ישראלי" של הגדר.

23. עניינה של העתירה בבג"ץ 3632/06 (עתירת תושבי גבעת זאב) נוגע בעיקר לקטעי גדר הביטחון הסמוכים לגבעת זאב. טענת העותרים היא כי תוואי הגדר באזור יוצר מובלעת מסביב לגבעת זאב, ובעיקר סביב כביש 436 המוביל אליה. טענתם היא כי הנוסעים בכביש, ובמיוחד בשעות תנועת השיא, בהן התנועה איטית, חשופים לירי ולפיגועים. בקשתם היא כי נורה למשיבים להרחיק את תוואי הגדר מכביש 436, לתוואי קרוב יותר לכפר אל-ג'יב, ולכל הפחות לתוואי המקורי לפני שתוקן על-ידי המשיבים והוצמד לכביש. זאת, על מנת לשפר את ההגנה על הנוסעים בו. כמו כן מבקשים העותרים כי המשיבים יבטלו את סלילתו של כביש בידו-אל-ג'יב. טענתם היא שהכביש אמור להיסלל סמוך לכבישים המרכזיים עליהם נוסעים תושבי גבעת זאב, ויש בסלילת הכביש כדי לסכן את ביטחונם.

24. כביש בידו-אל-ג'יב עומד גם במרכז העתירה בבג"ץ 3900/06 (עתירת המועצה המקומית גבעת זאב). מבוקש בה כי נורה למשיבים לסלול כביש זה על-פי תכנית תקפה לפי דיני התכנון והבניה הנוהגים באזור, וההליכים המתחייבים מחוק זה, ולא לפי צו תפיסה לצרכים צבאיים. זאת, על מנת שהעותרת תוכל להגיש התנגדותה לתוואי המוצע. לחילופין מבקשת העותרת כי נורה למשיבים לסלול כביש זה, ככל שהוא עובר בשטח ה"ישראלי" של מובלעת גבעת זאב, כולו במנהרה. זאת, על מנת שתישמר רציפות השטח הקרקעי שבין האזורים המהווים חלק משטח השיפוט של העותרת לבין עתודות הקרקע להתפתחותה ואלה הקושרות אותה לאזור ירושלים.

25. המשיבים מבקשים כי נדחה את כל העתירות. כן מבקשים הם כי לא נקבל את תוואי המועצה לשלום וביטחון. בתגובתם לעתירות בבג"ץ 4289/05 ובבג"ץ 4457/05 (עתירות הכפרים שבמרחב ביר נבאללה) עומדים המשיבים על הצורך הביטחוני החיוני שבבנייתה של גדר הביטחון באזור יהודה ושומרון. הגדר בעוטף ירושלים נועדה להגן על מאות אלפי אזרחי המדינה ותושביה המתגוררים בירושלים מפני מחבלים היוצאים מאזור יהודה ושומרון. התוואי נועד גם להגן על הישובים גבעון החדשה וגבעת זאב בהם מתגוררים אלפי ישראלים, ועל כביש 436 המוביל אליהם. כן נועדה הגדר להגן על הנוסעים בכבישים 404 ו-45 שהם צירי תנועה מרכזיים המובילים מאזור מודיעין לירושלים. עמדתם היא שתוואי גדר הביטחון במרחב ביר נבאללה נקבע משיקולים ביטחוניים מובהקים.

26. במסגרת מבחני המידתיות, עמדת המשיבים היא כי שלושת מבחני המידתיות מתקיימים בתוואי שבפנינו. קיים קשר רציונלי בין תוואי הגדר לבין התכלית הביטחונית שבבסיס קביעתו. אשר לתנאי המידתיות השני, עמדת המשיבים היא שלא קיים תוואי שפגיעתו פחותה שיש בו כדי להשיג את התכליות הביטחוניות שבבסיס הקמת הגדר. החלופה לבניית הגדר במרחב ביר נבאללה הינה הותרת הכפרים העותרים בצידה ה"ישראלי" של הגדר. חלופה זו פוגענית הרבה יותר, שכן היא כרוכה בהחלת "משטר ההיתרים" על אלפי תושביהם הפלסטינים של הכפרים. חלופה זו אף נחותה בהרבה מבחינה ביטחונית, בשל הצורך להותיר אלפי פלסטינים במרחב התפר, והצורך לאפשר לאלפי פלסטינים נוספים לעבור משטחי הרשות הפלסטינית אל מרחב ביר נבאללה. נעשה ניסיון לצמצם את הפגיעה בעותרים ככל שניתן. כך, התוואי המתוקן לאורך הכבישים צמוד אליהם כמעט לחלוטין. תושבי מרחב ביר נבאללה יוכלו לנוע

אל ירושלים, מרחב רמאללה, ומרחב בידו-בית סוריק תוך שימוש בכבישי מרקם החיים שכבר נסללו ושעוד יסללו. זאת ועוד, החומה שתוקם לאורך כביש 45 תאפשר פירוק חלק מהגדר הצפונית שהוקמה בשלב א' מצפון לכביש 45 ושהותירה שטחים מצידה ה"ישראלי" של הגדר. במקומות בהם מתרחק התוואי מהכבישים, נעשה הדבר מטעמים ביטחוניים מובהקים: לשם הגנה על יישובים ישראליים, או לשם הגנה על צירי הגישה אליהם. אשר לתנאי המידתיות השלישי, טענת המשיבים היא שקיים יחס ראוי בין התועלת הביטחונית הגלומה בתוואי הגדר לבין הפגיעה בעותרים הפלסטינים. לנוכח זאת, עמדת המשיבים היא כי תוואי הגדר במרחב ביר נבאללה עומד בשלושת מבחני המידתיות כפי שנקבעו בפסיקתו של בית משפט זה.

27. עמדת המשיבים היא שיש לדחות את חוות דעתה העקרונית של המועצה לשלום וביטחון לעניין תוואי גדר הביטחון בעוטף ירושלים וכן את תוואי המועצה לשלום וביטחון. זאת, הן משיקולים ביטחוניים והן משיקולים מדיניים. עמדת המשיבים היא שהצעה זו אינה נותנת מענה מספק לצורך הביטחוני. הפרדת האוכלוסיה הערבית מהיהודית בירושלים עלולה ליצור סיכון ביטחוני. הקמת הגדר בתפר שבין השכונות היהודיות לערביות תצמצם את מרחב הביטחון להגנת השכונות היהודיות, ויהפוך אותן לשכונות קצה מאוימות. היא גם לא תאפשר לכוחות הביטחון מרחב למרדף ולכידה של מחבלים במידה ויצליחו לעבור את הגדר. היא תפגע באזרחים הישראליים ובתושבי הקבע המתגוררים בתחומה המוניציפלי של ירושלים. לבסוף, חלופה זו מחייבת השארת שטחים מתחומה המוניציפלי של ירושלים בצידה ה"פלסטיני" של הגדר. זוהי תוצאה בעלת משמעות מדינית שלילית אשר המשיבים מתנגדים לה. המשיבים מציינים כי שיקולים מדיניים הם שיקולים רלוונטיים כאשר מדובר בקביעת תוואי הגדר בתחום השטח המוניציפלי של ירושלים. על יסוד שיקולים אלה, מבקשים המשיבים כי נדחה את הצעותיה של המועצה לשלום וביטחון.

28. אשר לבג"ץ 3139/06 (עתירת תושבי שכונת אל-מואחל), עמדת המשיבים היא כי שינוי התוואי באזור שכונת אל-מואחל ישפר מאד את מרקם חייהם של תושביה הפלסטינים של השכונה, שכן הם יוכלו להגיע אל מרחב ביר נבאללה ומשם אל מרחב רמאללה באופן חופשי וללא עיכובים או מחסומים. אמנם, יש בתוואי החדש כדי להכביד על תושביה הישראלים של השכונה, שיידרשו כעת להגיע לירושלים דרך מעבר קלנדיה. אולם, בהתחשב בכך שבשכונה מתגוררות כמה עשרות משפחות ישראליות וכמה עשרות משפחות פלסטיניות, ובהתחשב בכך שתנועתם של ישראלים דרך מחסומים הינה קלה יותר מתנועתם של פלסטינים, הרי שהתוואי החדש מאזן בצורה טובה יותר בין האינטרסים המתנגשים, ואין עילה להתערבותו של בית המשפט.

המשיבים מציינים כי תוואי הגדר שונה לנוכח טענות העותרים בבג"ץ 4289/05, ולא משיקולים ביטחוניים. מבחינה ביטחונית, הן התוואי הקודם, שהותיר את השכונה בצידה ה"ישראלי" של הגדר, והן התוואי הנוכחי, עונים במידה מספקת על צרכי הביטחון.

29. המשיבים מתנגדים לבקשת העותרים לאפשר המשך תנועתם של תושבי מרחב ביר נבאללה, ישראלים ופלסטינים מורשים, למרחב ירושלים דרך כביש ביר נבאללה-א-ראם. עמדתם היא שהמעבר לירושלים וממנה באזור זה יתבצע דרך מעבר קלנדיה בלבד. לטענתם, אין בכך כדי להכביד יתר על המידה על התושבים. הנסיעה מביר נבאללה אל מעבר קלנדיה אינה ארוכה (מרחק של כששה קילומטר), וזמן ההמתנה במעבר עצמו, אפילו בשעות העומס, אינו רב. המשיבים מציגים שלושה נימוקים לסירובם לאפשר נקודת מעבר נוספת על כביש ביר נבאללה-א-ראם. ראשית, כל נקודת מעבר מגדילה את הסיכון הביטחוני הכרוך בהסתננותם לישראל של מחבלים. שנית, כל נקודת מעבר מהווה נקודת חיכוך המגדילה את הסיכון לכוחות הביטחון המופקדים על נקודת המעבר. שלישית, נקודת מעבר נוספת כרוכה גם בהוצאות כספיות ניכרות ודורשת העסקתו של כוח אדם נוסף.

30. אשר לבג"ץ 3632/06 (עתירתם של תושבי גבעת זאב), עמדת המשיבים היא שהתוואי הנוכחי של הגדר באזור גבעת זאב מספק הגנה ביטחונית סבירה ליישוב ולכביש 436 המוביל אליו. אמנם, התוואי המקורי, שנגס שטחים נרחבים יותר של הכפר אל-ג'יב, עשוי לספק הגנה גדולה יותר, אך לפי שיקול דעתו של המפקד הצבאי אין בתוספת הביטחון כדי להצדיק את תוספת הפגיעה שתיגרם בזכויותיהם של התושבים הפלסטינים. עמדת המשיבים היא שלא נפל כל פגם בשיקול דעתו של המפקד הצבאי בעניין זה המצדיק את התערבותו של בית המשפט.

31. אשר לבג"ץ 3900/06 (עתירתה של המועצה המקומית גבעת זאב), ולטענת העותרת כי יש להקים את כביש בידו-אל-ג'יב על-פי הליכי התכנון הרגילים, עמדת המשיבים היא שקיימת דחיפות רבה בהשלמת סלילתם של כבישי מרקם החיים, ובכללם כביש בידו-אל-ג'יב. הקמת הגדר מחייבת, במקביל, ליתן פתרונות ראויים לתנועתם של התושבים הפלסטינים בין הכפרים במרחב בידו-בית סוריק לבין הכפרים במרחב ביר נבאללה. בשל הדחיפות הרבה שבהשלמת בנייתה של הגדר ושל כבישי מרקם החיים, יש הצדקה להקים את הגדר ואת הכביש על דרך של הוצאת צווי תפיסה צבאיים, ולא על פי הליכי התכנון הרגילים, שעשויים להימשך שנים ארוכות. המשיבים

מציינים כי הקמת הכביש באמצעות צו תפיסה לצרכים צבאיים אין פירושה שלא התקיימו לגביו הליכי תכנון הנדסיים ותעבורתיים בהתאם לסטנדרטים המקצועיים הנדרשים. אשר לבקשת העותרת כי כביש בידו-אל-ג'יב כולו יהיה בצורת מנהרה, עמדת המשיבים היא כי תכנית מעין זו כרוכה בהוצאות כלכליות גבוהות במיוחד, של כ-30 מיליון שקל. אין ביתרונות של המנהרה כדי להצדיק הפרשי עלות מעין אלה.

המסגרת הנורמטיבית

32. המתווה הנורמטיבי לדיון בעתירה שלפנינו הונח בפרשת בית טוריק ובפרשת אלפי מנשה (ראו גם בג"ץ 4938/04 מועצת הכפר שוקבא נ' ראש הממשלה (טרם פורסם); בג"ץ 3680/05 ועד הישוב טנא נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם), להלן – פרשת טנא; בג"ץ 1998/06 מועצה מקומית בית אריה נ' שר הביטחון (טרם פורסם), להלן – פרשת בית אריה). קבענו שם כי על פי דיני התפיסה הלוחמתית, מוסמך המפקד הצבאי להורות, משיקולים ביטחוניים-צבאיים, על הקמת גדר הפרדה באזור יהודה ושומרון, ולתפוס לשם כך חזקה במקרקעין אשר בבעלות פרטית. קבענו כי המפקד הצבאי אינו מוסמך להורות על הקמת גדר הפרדה אם טעמיו הם מדיניים-פוליטיים. כך פסקנו בפרשת בית טוריק:

“המפקד הצבאי מוסמך – על פי המשפט הבינלאומי החל באזור הנתון לתפיסה לוחמתית – לתפוס חזקה במקרקעין אם הדבר דרוש לצורכי הצבא... עליו לשלם כמובן פיצויים בגין השימוש שהוא עושה במקרקעין... כמובן... על המפקד הצבאי להתחשב גם בצורכי האוכלוסיה המקומית. בהנחה שתנאי זה מתקיים, אין ספק כי המפקד הצבאי מוסמך לתפוס חזקה במקרקעין באזור הנתון לשליטתו. הקמתה של גדר הפרדה נופלת במסגרת זו ובלבד שהדבר נדרש על פי צרכים צבאיים. עד כמה שהקמת הגדר היא צורך צבאי אין בעצם פגיעתו בקניין הפרטי כדי לשלול את הסמכות להקימה. אכן, המכשול נועד להחליף את מבצעי הלחימה הצבאיים בדרך של חסימה פיזית של פעילות טרור מפני חדירה לריכוזי אוכלוסיה ישראלית” (שס, עמ' 832).

קבענו עוד כי סמכותו של המפקד הצבאי להקים גדר הפרדה כוללת גם את סמכותו להקים גדר להגנה על חייהם וביטחונם של ישראלים הגרים בישובים ישראלים באזור יהודה ושומרון, וזאת אף שהישראלים המתגוררים באזור אינם בגדר “אנשים מוגנים” (protected persons), כמשמעות ביטוי זה בסעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית (ראו פרשת אלפי מנשה, פסקאות 18-22; פרשת טנא, פסקאות 8-10). סמכות זו נובעת משני

מקורות. ראשית, 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). שנית, 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).

33. בבואו לשקול את תוואי הגדר על המפקד הצבאי לשקול מספר שיקולים. השיקול הראשון הוא השיקול הביטחוני-צבאי, מכוחו רשאי המפקד הצבאי לשקול שיקולים שעניינם ההגנה על ביטחון המדינה וביטחון הצבא. שיקולים אלה הינם שיקולים שבמומחיות צבאית וביטחונית. בכגון דא, נתון למפקד הצבאי שיקול דעת רחב. המפקד הצבאי הוא שמופקד על שמירת הביטחון. הוא בעל המומחיות, הידע, והאחריות הביטחוניים. לעמדתו בעניין זה ייחס בית משפט זה משקל רב. ביסוד גישתנו זו עומדת התפיסה, המאפיינת את פסיקתו של בית משפט זה, לפיה עלינו לתת משקל מיוחד לחוות דעתו הצבאית של הגורם אשר עליו מוטלת האחריות לביטחון (ראו פרשת בית סוריק, פסקה 46; בג"ץ 258/79 עמידה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90, 92; בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 25). אכן:

“אנו, שופטי בית המשפט העליון, איננו מומחים לענייני צבא. לא נבחן אם תפיסתו הצבאית של המפקד הצבאי תואמת את תפיסתנו שלנו - עד כמה שיש לנו תפיסה צבאית בעניין טיבו הצבאי של המיתווה. כך אנו נוהגים בכל שאלה של מומחיות וכך אנו נוהגים גם בענייני צבא. כל שעלינו לקבוע הוא, אם מפקד צבאי סביר יכול היה לקבוע מיתווה כפי שקבעו המפקד הצבאי” (פרשת בית סוריק, פסקה 46).

השיקול השני אותו על המפקד הצבאי לשקול עניינו טובתם של בני האוכלוסיה הערבית המקומית שהנם “תושבים מוגנים”. על המפקד הצבאי להגן על זכויות האדם המקובלות במשפט הבינלאומי של כל אחד מבני האוכלוסיה המקומית (ראו פרשת אלפי מנשה, פסקה 24; פרשת טנא, פסקה 10; פרשת בית אריה, פסקה 8). שלישית, על המפקד הצבאי להגן על חייהם וביטחונם של ישראלים הגרים בישוים ישראלים באזור (ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(2) 481, 560; פרשת אלפי-מנשה, פסקאות 18-22; פרשת טנא, פסקאות 8-10; פרשת בית אריה, פסקה 8). זכויות האדם להם זכאים התושבים המוגנים באזור והתושבים הישראלים באזור אינן מוחלטות. ככל זכויות האדם הן יחסיות. ניתן להגבילן. חלקן של ההגבלות

נובעות מהצורך להתחשב בזכויות של בני אדם אחרים. חלקן של ההגבלות נובעות מהאינטרס הביטחוני (ראו פרשת אלפי-מנשה, פסקה 25).

34. על המפקד הצבאי לאזן בין השיקולים השונים. מוטל עליו תפקיד קשה, שכן השיקולים השונים שעליו להתחשב בהם מתנגשים זה בזה. הגנה מירבית על הביטחון עשויה להיות כרוכה בפגיעה בלתי מידתית בזכויותיהם של התושבים הפלסטינים. הימנעות מפגיעה בתושבים הפלסטינים עשויה להעמיד את הביטחון בסכנה של ממש. פתרונה של התנגשות זו אינו בהכל או לא כלום. הפתרון הוא באיזון ראוי בין האינטרסים המתנגשים. אמת מידה מרכזית באיזון זה היא ה"מידתיות" (ראו פרשת בית סוריק, 841; פרשת אלפי-מנשה, פסקה 30). עקרון המידתיות מבוסס על שלושה מבחני משנה, המעניקים לו תוכן קונקרטי. מבחן המשנה הראשון קובע כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לאמצעי. צריך להיות קשר רציונלי בין האמצעי שננקט לבין המטרה אותה מבקשים להשיג. 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. יצויין, כי "לא פעם מצויות כמה דרכים שבהם 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; פרשת אלפי-מנשה, פסקה 30). על המפקד הצבאי להפעיל את סמכותו על-פי כללי המידתיות. ודוק: האחריות והסמכות לאזן בין השיקולים המתנגשים מוטלת על המפקד הצבאי. בביצוע איזון זה, שיקול דעתו של המפקד הצבאי איננו מוחלט. תפיסת המידתיות של המפקד הצבאי נתונה לביקורת שיפוטית. בביקורת זו "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). אכן, "המפקד הצבאי קובע היכן בהר ובמישור תעבור גדר ההפרדה. זו מומחיותו. אנו בוחנים אם פגיעתו של מיתווה זה בתושבים המקומיים היא מידתית. זו מומחיותנו" (שם, 6-845). על בסיס שיקולים אלה, נפנה כעת לבחינת שאלות הסמכות והמידתיות המתעוררות בהקשר של תוואי הגדר בעתירות שבפנינו.

35. השאלה הראשונה הניצבת בפנינו הינה שאלת הסמכות. השאלה היא האם ביסוד תוואי הגדר במרחב ביר נבאללה עומד שיקול ביטחוני, או שיקול מדיני. בחנו שאלה זו. שוכנענו כי תוואי הגדר לא נקבע משיקולים מדיניים. ביסוד קביעת תוואי הגדר במרחב עמדו שיקולים ביטחוניים ושיקולים שענינם צמצום הפגיעה במרקם חייהם של תושבי הכפרים שבמרחב. ההחלטה על הקמת הגדר בעוטף ירושלים נפלה על רקע מציאות הטרור הקשה שפקדה את ישראל בכלל, ואת ירושלים בפרט, מאז ספטמבר 2000. על רקע זה, נוצר צורך ביטחוני חיוני לנקוט אמצעים לשמירה על חייהם ועל שלומם של אזרחי ישראל. לצורך כך, החליטה הממשלה (ביום 23.6.2002) על הקמת גדר ביטחון שמטרתה לשבש ולמנוע חדירת פעילות חבלנית מתחומי יהודה ושומרון לתחומי ישראל. בין השאר, הוחלט על הקמתה של גדר באזור ירושלים, שמטרתה למנוע חדירת פעילות חבלנית לעיר הבירה ירושלים והיישובים הישראליים הסמוכים לה. בשלב הראשון נבנתה גדר מצידו הצפוני של כביש 45, דרומית לרמאללה. גדר זו הותירה את הכפרים שבמרחב ביר נבאללה בצידה ה"ישראלי" של הגדר, במרחב תפר. בהמשך (ביום 1.10.2003) החליטה הממשלה על הקמת הגדר המקיפה את מרחב ביר נבאללה, הוא התוואי העומד לבחינה בפנינו. החלטה זו נועדה, בעיקרה, לצמצם את הפגיעה במרקם חייהם של תושבי המרחב שהייתה נגרמת לו נותרו הכפרים במרחב התפר. לעמדת הממשלה, הותרת תושבי המרחב במרחב תפר (כלומר, בצידה ה"ישראלי" של הגדר), והחלת משטר ההיתרים עליהם, הייתה מובילה לפגיעה קשה במרקם חייהם של אלפי הפלסטינים תושבי המרחב. אמנם, הותרת מרחב ביר-נבאללה במרחב התפר הייתה מקלה על בעלי תעודות הזהות הישראלית המתגוררים בו. אך מספרם של אלה קטן יחסית (לפי נתונים שמסרו המשיבים, מדובר בכ-15-20% מבין התושבים). במרחב ביר נבאללה מתגוררים כעשרת אלפים תושבים פלסטינים. הותרתם במרחב התפר הייתה פוגעת פגיעה קשה במרקם חייהם. כניסתם לירושלים אסורה, למעט לבעלי ההיתרים. על מנת להגיע אל ערי הגדה וכפריה, ובכלל זה על מנת להגיע למרחב רמאללה ומרחב בית סוריק הסמוכים, היו נדרשים התושבים לעבור במעברים שבגדר ההפרדה, ולעבור בדיקות בטחוניות בכניסתם ובצאתם. לא הייתה מתאפשרת כניסתם של מבקרים וקרובי משפחה שאינם בעלי היתרים. תושבי המרחב היו מוצאים עצמם מנותקים מסביבתם ומהשירותים הנדרשים לקיום חיים תקינים (על הפגיעה בתושבים הפלסטינים הנגרמת כתוצאה מהותרתם במרחב התפר עמדנו גם

בפרשת אלפי מנשה, פסקאות 109-102). בניית הגדר מסביב למרחב ביר נבאללה מייתרת את הצורך ביצירתו של משטר היתרים. היא מאפשרת לפרק חלקים מהגדר הצפונית, ולחבר את תושבי מרחב ביר נבאללה עם מרחב רמאללה. היא מאפשרת גם חיבור עם מרחב בידו-בית סוריק. תנועתם של תושבי המרחב אל ערים וכפרים אחרים בגדה, ותנועתם של תושבי ערים וכפרים אחרים אל תחום המרחב, מתאפשרת ללא צורך בהיתרים וללא צורך לעבור במעברים. השיקולים שהובילו לקביעת תוואי שיקיף את מרחב ביר נבאללה הינם, אם כן, שיקולים הקשורים בכיטחון ובטובתה של האוכלוסייה המקומית. המפקד הצבאי מוסמך לשקלם.

שיקול הדעת

36. האם תוואי הגדר שקבע המפקד הצבאי במרחב ביר נבאללה משיג את התכלית הביטחונית המונחת ביסוד הקמתו? האם אין תוואי המשיג תכלית זו בצורה טובה יותר? בפרט, האם תוואי המועצה לשלום וביטחון מגשים את התכלית הביטחונית בצורה טובה יותר? אלה הן שאלות שבמומחיות צבאית. בתחום זה, ניתן משקל מיוחד לעמדתו של המפקד הצבאי, שהוא בעל המומחיות והאחריות הביטחונית. לעניין זה אמרנו בפרשת בית סוריק את הדברים הבאים:

“על פי עמדתנו הבסיסית, יש להעניק משקל כבד לעמדתו הצבאית של מפקד האזור. העותרים לא הרימו את הנטל המוטל עליהם, ולא שכנעו אותנו כי עלינו להעדיף את עמדתם הצבאית של העותרים (הנתמכת בחלקה על ידי חוות הדעת של חברי המועצה לשלום וביטחון) על פני עמדתו של מפקד האזור. אנו מניחים, איפוא, את עמדתו של מפקד האזור ... כבסיס לבחינתנו” (שם, פסקה 75).

דברים אלה יפים גם לענייננו. תוואי המועצה לשלום וביטחון מבוסס על תפיסת ביטחון שונה באשר לקביעת תוואי גדר הביטחון בעוטף ירושלים בכללותו. כך, למשל, המפקד הצבאי סבור כי הפרדה חדה בין השכונות היהודיות לשכונות הערביות בתחומי ירושלים תפגע בביטחון. ככל שהגדר מפרידה בין שכונות יהודיות לבין יישובים ערביים מחוץ לתחומי ירושלים, הרי שיש להרחיק את גדר הפרדה מהשכונות היהודיות כדי להבטיח את ביטחונן. לעומתו סבורים המומחים הצבאיים של המועצה לשלום ולביטחון כי על הגדר להפריד בין השכונות הערביות לבין השכונות היהודיות גם בירושלים, וכי יש להרחיק את תוואי הגדר מיישובים ערביים, שכן הקירבה מסוכנת היא לביטחון. הסדרי הביטחון המוצעים בתוואי המועצה לשלום וביטחון לעניין שדה

התעופה עטרות, כביש 45 וכביש בגין-צפון, שונים מהסדרי הביטחון המוצעים ביחס למקומות אלה בתוואי שקבע המפקד הצבאי. במצב דברים זה, אין אנו חופשיים להעדיף את תפיסת הביטחון והסדרי הביטחון המוצעים על-ידי המועצה לשלום וביטחון על-פני תפיסת הביטחון והסדרי הביטחון המוצעים על-ידי המפקד הצבאי. עלינו להניח את חוות דעתו של המפקד הצבאי ביסוד פסק דיננו. כך עשינו בפרשת בית סוריק, בפרשת אלפי מנשה, ובשאר הפרשות שעסקו בתוואי גדר ההפרדה. כך נעשה בהמשך פסק הדין. מסקנתנו היא כי קביעת תוואי הגדר במרחב ביר נבאללה נעשתה בסמכות, וכי לא נפל פגם בשיקול דעתו של המפקד הצבאי לעניין השיקולים הביטחוניים. נעבור עתה לבחינת השאלה האם הסמכות שניתנה למפקד האזור להקמת גדר הפרדה משיקולים ביטחוניים הופעלה, בנסיבות שלפנינו, באופן מידתי. שכן זאת יש לזכור: השיקול הביטחוני הינו תנאי הכרחי ולא מספיק. הוא הכרחי שכן בלעדיו אין למפקד הצבאי סמכות להקמת גדר ביטחון. הוא לא מספיק, שכן הפעלתם של שיקולי הביטחון צריכה להביא לפגיעה מידתית. נבחן תחילה את מידתיות הפגיעה הנגרמת מתוואי הגדר בכללותו. לאחר מכן נעמוד על מידתיותו של כל קטע של הגדר בנפרד.

מידתיות

מידתיות הפגיעה הנגרמת מתוואי הגדר בכללותו

37. השאלה הניצבת בפנינו בוחנת את מידתיותו של תוואי הגדר כפי שנקבע על ידי המפקד הצבאי. השאלה הינה האם מתקיימים בתוואי הגדר בכללותו שלושת מבחני המידתיות. ראשית, האם מתקיים קשר רציונלי בין תוואי הגדר במרחב ביר נבאללה לבין תכליתה הביטחונית של הגדר? התשובה על שאלה זו היא בחיוב. מקובלת עלינו עמדת המשיבים לפיה יש בהקמת גדר ההפרדה כדי לקדם את התכלית הביטחונית של מתן הגנה לירושלים, ליישובים הסמוכים לה, ולכבישים המובילים אליה, מפני פעילות חבלנית. שנית, האם תוואי הגדר כפי שנקבע על-ידי המפקד הצבאי הינו האמצעי שפגיעתו פחותה? כלומר, האם קיים תוואי אחר שיש בו כדי להגשים את התכליות הביטחוניות, אך שפגיעתו בתושבי מרחב ביר-נבאללה פחותה? טענת העותרים היא שתוואי המועצה לשלום וביטחון הינו תוואי אשר כזה. אין בידינו לקבל טענה זו. אכן, תוואי זה יצמצם במידה ניכרת את הפגיעה במרקם החיים של תושבי מרחב ביר נבאללה. אלא שתוואי זה אינו מגשים את אותן התכליות הביטחוניות שעומדות ביסוד התוואי הנתון לבחינתנו. הוא מבוסס על תפיסת ביטחון שונה. מוצעים בו הסדרי ביטחון אחרים. בנסיבות אלה, אין לומר שמדובר בתוואי שמגשים את התכלית

הביטחונות תוך פגיעה פחותה. האם קיים תוואי אחר המגשים את התכלית הביטחונית תוך פגיעה פחותה? שוכנענו כי התשובה לשאלה זו היא בשלילה. ניכר כי המשיבים עשו מאמץ רב לתכנן את תוואי הגדר באופן שיצמצם ככל שניתן את הפגיעה בתושבי מרחב ביר נבאללה. בתוואי המקורי הוכנסו שינויים ותיקונים שמטרתם לצמצם את הפגיעה ככל שניתן. בניסבות אלה, מסקנתנו היא שתוואי הגדר העומד לבחינתנו מקיים את מבחן המידתיות השני. האם מקיים תוואי זה את מבחן המידתיות השלישי? האם הפגיעה הנגרמת לתושבים הפלסטינים עקב הקמת הגדר עומדת ביחס ראוי לתכלית הביטחונית שבבסיסה? נבחין לעניין זה בין הפגיעה בשימוש במקרקעין הנגרמת עקב הקמת הגדר, לבין הפגיעה במרקם החיים. דעתנו היא שהפגיעה בשימוש במקרקעין הנגרמת על-ידי תוואי הגדר בכללותו עומדת בתנאי המידתיות השלישי. שטחי הקרקע המעובדים הנתפסים לצורך הקמת הגדר הינם קטנים יחסית. חלקו הגדול של התוואי מוקם בצמוד ולאורך כבישים, ואינו כרוך בפגיעה בקרקעות פרטיות (כך הדבר במרבית הקטע הצפוני והמזרחי, וחלק גדול מהקטע המערבי). עבור קרקעות שנתפסות משולמים דמי שימוש ראויים. המעבר אל שטחים מעובדים הנותרים מצידה ה"ישראלי" של הגדר יתאפשר באמצעות שערים חקלאיים שיוקמו לצורך כך. "משטר השערים" לא נבחן בפנינו. הצדדים לא נדרשו לעניין זה בפירוט. לפיכך, אנו משאירים שאלה זו פתוחה. זכותם של העותרים שמורה להם לשוב ולפנות אל בית משפט זה אם ההסדרים שייקבעו לא יספקו אותם. מסקנתנו היא שלנוכח הפגיעה המצומצמת יחסית, ולנוכח חשיבותה הביטחונית הרבה של הגדר, אין לומר שהפגיעה בקרקעות הנגרמת עקב הקמת תוואי הגדר בכללותו היא קשה באופן בלתי מידתי.

38. האם הפגיעה במרקם החיים של תושבי מרחב ביר נבאללה עומדת בתנאי המידתיות השלישי? עמדת העותרים היא שהתשובה על שאלה זו היא בשלילה. טענתם היא שתוואי הגדר במרחב ביר נבאללה מקיף את המרחב מכל עבריו. הוא יוצר טבעת חנק סביב הכפרים, אשר פוגעת אנושות במרקם חייהם של תושביה. טענתם היא שבכך דומה המקרה שבפנינו למקרה שנדון בפרשת אלפי מנשה. בפרשה זו הורינו על ביטול גדר ההפרדה שהקיפה את היישוב אלפי מנשה, כאשר בתוך מתחם הגדר פנימה נכללו מספר כפרים פלסטיניים. אכן, לולא הוקמו כבישי מרקם החיים, סבורים היינו כי דין הגדר במרחב ביר נבאללה כדין הגדר במובלעת אלפי מנשה. אך בשל קיומם של כבישי מרקם החיים שונה המצב שלפנינו מהמציאות שנוצרה בפרשת אלפי מנשה. הגדר שנבנתה מסביב לאלפי מנשה הותירה את הכפרים ותושביהם בצידה ה"ישראלי" של הגדר. היא ניתקה את הכפרים והתושבים מסביבתם וממכלול השירותים האזרחיים להם נזקקו. על תושבי הכפרים הוחל משטר היתרים. כניסתם ויציאתם מבתיהם אל ערים וכפרים אחרים בגדה הייתה כרוכה בקבלת היתרים מתאימים, ובמעבר דרך

נקודות ביקורת שנקבעו בגדר. המצב בענייננו שונה. אין לומר שהגדר יוצרת טבעת חנק סביב הכפרים ותושביהם. הקשר בין הכפרים לבין מרחב רמאללה נשמר באמצעות כביש ביר נבאללה-קלנדיה. כביש זה פתוח לתנועה, והוא מאפשר תנועה חופשית ובלתי מופרעת של תושבי המרחב אל מרחב רמאללה או, דרך מעבר קלנדיה, לירושלים. המשיבים הודיעו כי הכביש שופר והורחב על מנת להתאימו לנפח התנועה הצפוי בו. הקשר בין הכפרים לבין מרחב בידו-בית סוריק יישמר עם השלמת סלילתו של כביש בידו-אל-ג'יב. אף בכביש זה תתאפשר תנועה חופשית ובלתי מופרעת. המשיבים מסרו שעד להשלמתו תתאפשר התנועה בין שני המרחבים באמצעות תחבורה ציבורית בין בידו לאל-ג'יב. הקשר בין בית חנינא לביר נבאללה, ומשם אל מרחב רמאללה, שופר על-ידי סלילת כביש בית חנינא-ביר נבאללה. כאמור, הקשר בין תושבי הכפרים לבין אדמותיהם יישמר באמצעות מספר שערים חקלאיים שיוקמו לאורך התוואי. המשיבים מתחייבים להמשיך ולפעול לצמצום הפגיעה במרקם חייהם של תושבי המרחב כפי שיתחייב מעת לעת. בנסיבות אלה, ובהינתן התועלת הביטחונית הרבה הגלומה בגדר הביטחון באזור זה, אין לומר שפגיעתו של תוואי הגדר במרחב ביר נבאללה היא קשה באופן בלתי מידתי.

39. להשלמת הדיון במבחן המידתיות השלישי עלינו לבחון האם תוספת הביטחון המושגת על-ידי תוואי הגדר שקבע המפקד הצבאי לעומת תוואי המועצה לשלום וביטחון, שקולה כנגד תוספת הפגיעה הנגרמת. אכן, בנסיבות שבפנינו, מבחן המידתיות השלישי (כמובן הצר) אינו דורש מאיתנו להעמיד את ביטחון המדינה מזה וזכויות התושבים הפלסטינים מזה. השאלה הניצבת בפנינו אינה חיים או איכות חיים (השוו: בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים (טרם פורסם), פסקה 91 לפסק דיני) השאלה הניצבת בפנינו הינה מצומצמת הרבה יותר. השאלה היא האם תוספת הביטחון המתקבלת במעבר מתוואי המועצה לשלום וביטחון לתוואי המוצע על ידי המשיבים עומדת ביחס ראוי לתוספת הפגיעה בזכויות התושבים הפלסטינים הנגרמת בשל מעבר זה. התשובה על שאלה זו היא בחיוב. אין לומר שתוספת הפגיעה היא רבה באופן בלתי-מידתי. שני התוואים המוצעים זהים בקטע הגדר המערבי, בקטע הגדר הדרומי, ובחלק מקטע הגדר המזרחי. בנוסף, שני התוואים כוללים הגנה על כביש 45 וכביש בגין-צפון, אשר תקשה על המעבר ממרחב ביר נבאללה למרחב רמאללה מצפון ולא-ראם ומרחב ירושלים ממזרח. אמנם, לפי תוואי המועצה לשלום וביטחון, כביש ביר נבאללה-א-ראם יישאר פתוח. בכך יש כדי להקל על המעבר ממרחב ביר נבאללה למרחב רמאללה ולא-ראם וירושלים, וכדי להקל על שמירת קשרי מרקם החיים שבין האזורים. אולם, ובהינתן קיומו של כביש ביר-נבאללה קלנדיה, המאפשר תנועה חופשית למרחב רמאללה ולירושלים, אין לומר שתוספת הפגיעה היא רבה עד שהיא

עומדת ביחס לא מידתי לתוספת הביטחון הגלומה בתוואי שנקבע על-ידי המפקד הצבאי. לנוכח כל זאת, מסקנתנו היא שתוואי הגדר במרחב ביר-נבאללה כמכלול עומד בדרישות המידתיות.

מידתיות הפגיעה הנגרמת מקטעי הגדר השונים

40. קטע הגדר הצפוני בנוי לאורכו של כביש 45, ובסמוך לו. תוואי הגדר בקטע זה תוקן בעקבות הגשת העתירות והדיון בהן, ולאור אמות המידה שנקבעו בבית משפט זה בפרשת בית סוריק. לפי התכנון המקורי, תוואי הגדר באזור שמצפון לכפר ג'דירה התרחק 100-300 מטרים מכביש 45 לכיוון דרום. בעקבות הבחינה המחודשת הוצמד התוואי לכל אורכו לכביש 45. הקמת הקטע הצפוני כרוכה בתפיסת קרקעות פרטיות בהיקף קטן. לצורך הקמת הגדר בקטע זה, ולצורך סלילת כביש ביר-נבאללה-קלנדיה, נתפסים כ-100 דונם מאדמות ביר-נבאללה. כ-170 דונם נוספים, רובם טרשיים, נותרים מצידה ה"ישראלי" של הגדר. בנוסף, חוסמת הגדר בקטע זה מספר דרכים שהובילו ממרחב ביר-נבאללה למרחב רמאללה, ובכללם כבישים המובילים לקלנדיה ולג'דירה. מטרת הגדר בקטע זה הינה לספק הגנה על ציר תנועה מרכזי המוביל ממודיעין ומשפלת החוף לירושלים וממנה ואשר נוסעים בו אלפי נוסעים מדי יום. התועלת הביטחונית שבה היא, אם כן, רבה. מנגד, אין לומר שמדובר בפגיעות קשות באופן בלתי-מידתי. הפגיעה בקניין היא קטנה יחסית. עבור קרקעות שנתפסות ישולמו פיצויים ודמי שימוש ראויים. הפגיעה בדרכי התעבורה מצטמצמת לנוכח סלילתו של כביש מרקם החיים ביר-נבאללה-רמאללה, העובר מתחת לכביש 45. כביש זה מאפשר תנועה חופשית ובלתי מופרעת בין המרחבים. מסקנתנו היא כי קטע הגדר הצפוני הינו מידתי.

41. קטע הגדר המזרחי בנוי ברובו לאורך כביש 404 (כגין צפון) ובסמוך לו. בחלק זה, הקמת הגדר כמעט ואינה כרוכה בתפיסת קרקעות פרטיות. הגדר בחלק זה מתרחקת מכביש 404 בשני מקומות. ראשית, הגדר מתרחקת מכביש 404 מזרחה על מנת להקיף את שכונת אל-מוואחל. הגדר בחלק זה בנויה בעיקרה על קו תחום איו"ש, והיא מחוברת מצפון ומדרום לחומה שלאורך כביש 404. לצורך הקמת הגדר בחלק זה נתפסים כ-40 דונם של קרקעות פרטיות. שנית, בחלקו הדרומי של הקטע המזרחי מתרחקת הגדר מערבה מכביש 404, ותופסת כ-330 דונם מאדמות הכפר בית חנינא. כמה מאות דונם נוספים מאדמות בית חנינא נותרים בצידה ה"ישראלי" של הגדר, בין קטע הגדר המזרחי לבין לבין כביש 404 וקו הגבול המוניציפלי (שטח זה כולל שטחים

של בית חנינא שנמצאים ממזרח ל"אצבע עטרות"). שטחים אלה הינם טרשיים בעיקרם, למעט קרקעות חקלאיות ממזרח לכפר.

42. בנוסף לפגיעה בקרקעות, פוגעת הגדר בקטע המזרחי במרקם חיייהם של תושבי מרחב ביר נבאללה, ובפרט בתושבי הכפרים ביר נבאללה ובית חנינא. זאת, בעיקר משום שהגדר חוסמת את כביש ביר נבאללה-א-ראם ואת כביש בית חנינא-ירושלים. חסימת כביש ביר נבאללה-א-ראם פוגעת ביכולת הגישה של תושבי מרחב ביר-נבאללה כולו אל הישוב א-ראם שבתחומי האזור. בנוסף, נפגעת יכולת הגישה של הישראלים תושבי מרחב ביר נבאללה ושל התושבים הפלסטינים בעלי היתרי הכניסה, לתחומי ירושלים. תושבי מרחב ביר נבאללה המבקשים להגיע לא-ראם או לירושלים יידרשו מעתה לעיקוף מצפון, דרך כביש מרקם החיים ביר-נבאללה קלנדיה העובר תחת כביש 45, וחזרה לא-ראם או לירושלים דרך קלנדיה שבצפון ירושלים. העותרים הצביעו על קשרים הדוקים שמקיימים תושבי מרחב ביר נבאללה בכלל, ותושבי ביר נבאללה ובית חנינא בפרט, עם א-ראם ועם ירושלים. חסימת הכבישים תכביד על הגישה של התושבים אל בתי ספר ומוסדות חינוך, בתי חולים, בתי עסק, ומוסדות דת ותרבות שמצידה המזרחי של החומה. חומרת הפגיעה שנויה במחלוקת בין הצדדים. עמדת המשיבים היא שהעיקוף הנדרש מאריך את הדרך מביר-נבאללה לירושלים בכ-6 קילומטרים בלבד, וכי זמן ההמתנה במחסום קלנדיה, בשעות העומס, אינו עולה על מחצית השעה. טענת העותרים היא שהדרך מתארכת בכ-12 קילומטר, וכי זמן ההמתנה הממוצע במעבר קלנדיה הינו 45 דקות.

43. האם הפגיעה הנגרמת לקרקעות עקב הקמתו של קטע הגדר המזרחי עומדת בדרישות המידתיות? התשובה לשאלה זו היא בחיוב. קטע הגדר המזרחי נועד להגן על הנוסעים בציר תנועה ראשי, הוא כביש בגין צפון, ועל מנת למנוע חדירת פעילות חבלנית לצפון ירושלים. תועלתו הביטחונית היא, אם כן, רבה מאד. מנגד, הפגיעה באדמות היא קטנה יחסית. עבור קרקעות שנתפסות ישולמו פיצויים ודמי שימוש ראויים. עיקר הקרקעות הנותרות בצידה ה"ישראלי" של הגדר הן טרשיות. אשר לשטחים חקלאיים, המשיבים הבהירו כי יתאפשר מעבר אל שטחים אלה באמצעות שער חקלאי ממזרח לכפר, מתחת לגשר בית חנינא. לא הובאו בפנינו נתונים מדויקים בדבר ההסדרים שיונהגו בשער החקלאי. לפיכך, שמורה זכותם של מי שיראו עצמם נפגעים מההסדרים שייקבעו לשוב ולפנות אל בית משפט זה. זאת ועוד, לא הוצג בפנינו תוואי חלופי אשר פגיעתו באדמות קטנה יותר באופן משמעותי. עיקר הפגיעה באדמות נותר בעינו אף לפי התוואי המוצע על-ידי המועצה לשלום וביטחון. מסקנתנו היא כי הפגיעה באדמות עומדת בדרישות המידתיות.

44. האם הפגיעה שפוגע קטע הגדר המזרחי במרקם חייהם של תושבי מרחב ביר נבאללה היא מידתית? תנאי המשנה הראשון (קשר רציונלי) מתקיים בענייננו. גדר הספקות הוא לעניין התנאי השני והשלישי. לטענת העותרים, קיים אמצעי שפגיעתו במרקם החיים פחותה, ושיש בו כדי להשיג את התכלית הביטחונית. זאת, אם המשיבים יותירו את כביש ביר נבאללה-א-ראם פתוח לתנועה, ויקימו בו נקודת ביקורת וכידוק. בכך תתאפשר תנועתם של תושבי המרחב לא-ראם ולירושלים במהירות, ותצטמצם עד מאד הפגיעה במרקם חייהם של תושבי האזור. זאת, מבלי להתפשר על האינטרס הביטחוני, שכן המעבר יתבצע דרך נקודת בידוק וביקורת. אין בידינו לקבל טענה זו. עמדת המשיבים היא שקיים אינטרס ביטחוני בריכוז המעבר לישראל במעבר קלנדיה. כל נקודת מעבר נוספת מגדילה את הסיכון הכרוך בהסתננותם של מחבלים לישראל, ומהווה נקודת חיכוך המגדילה את הסיכון לכוחות הביטחון המופקדים על נקודת המעבר. עמדתו זו של המפקד הצבאי, האמון על שיקולי הביטחון, מקובלת עלינו. בנסיבות אלה, אין לומר שקיים אמצעי שפגיעתו פחותה ושמשיג את התכלית הביטחונית, משום שמידת הביטחון המושגת על-ידי האמצעי החלופי המוצע על-ידי העותרים פחותה ממידת הביטחון המושגת על-ידי התוואי שנקבע על-ידי המשיבים. אף אין לומר שהפגיעה הנגרמת עקב קטע הגדר המזרחי היא קשה באופן בלתי מידתי (במסגרת מבחן המשנה השלישי). זאת, לנוכח חשיבותו הביטחונית הרבה של קטע הגדר המזרחי, ולנוכח סלילתו של כביש ביר נבאללה-קלנדיה, אשר צמצם את הפגיעה במרקם חייהם של התושבים. אמנם, הנסיעה לאזור ירושלים תארך זמן רב יותר, והמעבר במעבר קלנדיה כרוך בהמתנה. אך אין לומר שהכבדה זו אינה שקולה כנגד השמירה על חייהם ועל ביטחונם של תושבי ירושלים. בנוסף, הבהירו המשיבים כי על מנת ליתן מענה לצרכי החינוך של תלמידי בית חנינא הלומדים בבית חנינא שבירושלים, יתאפשר מעבר של תלמידים בשער שמתחת לגשר בית חנינא בבוקר ובצהריים. כמו כן יפתח שער זה במקרים מיוחדים, על-פי תיאום מוקדם. מסקנתנו היא, אם כן, שקטע הגדר המזרחי הינו מידתי. מסקנתנו זו מבוססת על ההנחה כי ההסדרים עליהם הודיעונו המשיבים, ובכלל זה ההסדרים במעבר קלנדיה, יפעלו כראוי ויאפשרו נגישות סבירה של תושבי המרחב לא-ראם ולירושלים. ככל שהנחות אלה לא תעמודנה במבחן המציאות, פתוחה בפני העותרים האפשרות לשוב ולפנות לבית המשפט.

45. לטענת העותרים בבג"ץ 3139/06 (עתירת תושבי שכונת אל-מוואחל), הכללת שכונת אל-מוואחל בתוואי הגדר בקטע המזרחי פוגעת פגיעה קשה באופן בלתי מידתי במרקם חייהם. לטענתם, השכונה מוקפת חומה מכל עבריה, ומנותקת מסביבתה. בכך נגרמת פגיעה אנושה למרקם חייהם של תושביה. לפיכך, יש להורות על הותרת השכונה בצידה ה"ישראלי" של הגדר. אין בידנו לקבל טענה זו. הותרת שכונת אל-מוואחל מצידה ה"פלסטיני" של הגדר מאפשרת את הותרת הכביש המוביל מביר נבאללה אל השכונה פתוח. בכך מתאפשרת תנועתם של תושבי השכונה אל מרחב ביר נבאללה ללא הפרעה. אמנם, התוואי הנוכחי מכביד על הישראלים תושבי השכונה ועל בעלי היתרי הכניסה לישראל ופוגע בזכויותיהם, שכן כעת מעברם לירושלים יכול להתבצע דרך מעבר קלנדיה בלבד. אולם זכויות אלה אינן מוחלטות. ניתן להגבילן על מנת להגן על זכויותיהם של אחרים. בשכונת אל-מוואחל מתגוררים, לצד עשרות המשפחות הישראליות, גם עשרות משפחות פלסטיניות. מקובלת עלינו עמדת המשיבים לפיה הותרת השכונה מצידה ה"ישראלי" של הגדר הייתה פוגעת פגיעה קשה במרקם חייהם של המשפחות הפלסטיניות. לולא הקיף קטע הגדר המזרחי את שכונת אל-מוואחל, היה נוצר הצורך הביטחוני לחסום את כביש ביר נבאללה-א-ראם ממערב לכביש בגין צפון. בכך היה נחסם הכביש המחבר את שכונת אל-מוואחל אל ביר נבאללה. קשרי היומיום שמקיימים תושבי השכונה הפלסטינים עם מרחב ביר נבאללה היו נקטעים. מעברם לירושלים היה נמנע, והיה נוצר הצורך להחיל עליהם את משטר ההיתרים. בנסיבות אלה, ובהתחשב בכך שתנועתם של פלסטינים במחסומים קשה מתנועתם של ישראלים, לא מצאנו עילה להתערב באיזון שערך המפקד הצבאי בין הזכויות המתנגשות של תושבי השכונה (השוו: פרשת טנא, פסקה 13).

46. לצורך בניית קטע הגדר הדרומי נתפסים כ-130 דונם נוספים מאדמות בית חנינא, וכמאתיים דונם מאדמות הכפר אל-ג'יב. בנוסף, כמה מאות דונם נוספים של שטחים חקלאיים של בית חנינא ומרבית שטחי הכפר נבי סמואל נותרים בצידה ה"ישראלי" של הגדר. נבי סמואל ותושביו אינם צד לעתירות שבפנינו. תוואי הגדר בקטע זה תוקן בעקבות הגשת העתירות והדיון בהן, ולאור אמות המידה שנקבעו בבית משפט זה בפרשת בית טוריק. מלכתחילה תוכננה הגדר בקטע שבין בית חנינא לביר נבאללה לעבור סמוך יותר ליישובים הפלסטינים, וכן תוכננה דרך פטרול מוקפת גדר צפונית לבית חנינא. בעקבות הבחינה המחודשת, החליטו המשיבים להסיט את תוואי הגדר בקטע שבין בית חנינא לביר נבאללה מזרחה. כן הוחלט שלאורך דרך הפטרול לא ייבנו חומה או גדר. אכן, גם התוואי המתוקן כרוך בפגיעה באדמות הכפרים בית חנינא ואל-ג'יב. אך אין לומר שמדובר בפגיעה קשה עד כדי כך שאין היא שקולה כנגד

התועלת הביטחונית שבתוואי הגדר שנקבע. קטע הגדר הדרומי נועד להשיג שליטה באזור נבי סמואל, המהווה אתר בעל חשיבות ביטחונית אסטרטגית להגנה על שכונת רמות, שכונת הר שמואל, וכביש 436 המחבר את היישובים גבעון וגבעת זאב לירושלים. התועלת הביטחונית הגלומה בקטע זה של הגדר היא, אם כן, רבה מאד. מנגד, אין לומר שהפגיעה היא קשה באופן בלתי מידתי. עבור קרקעות שנתפסות ישולמו פיצויים ודמי שימוש ראויים. המשיבים הבהירו שתושבי בית חנינא יוכלו להגיע אל השטחים החקלאיים לצורך עיבודם דרך שער חקלאי שייקבע בקטע הגדר הדרומי, ממערב לכפר. אף כאן לא הובאו בפנינו נתונים מדויקים בדבר ההסדרים שיונהגו בשער, ושמורה זכותם של מי שיראו עצמם נפגעים מההסדרים שייקבעו לשוב ולפנות אל בית משפט זה. מסקנתנו היא, אם כן, שקטע הגדר הדרומי הינו מידתי.

47. לצורך בניית קטע הגדר המערבי נתפסים כ-300 דונם מאדמות אל-ג'יב. כ-170 דונם מאדמות הכפר נתפסים לצורך הקמת כביש בידו-אל-ג'יב. בנוסף, כ-3,000 דונם שבבעלות פרטית של תושבי אל-ג'יב יוותרו מצידה ה"ישראלית" של הגדר, במובלעת גבעת זאב. כמחצית מקרקעות אלה הן מעובדות, רובן בחקלאות עונתית. תוואי הגדר בקטע זה תוקן בעקבות הגשת העתירות והדיון בהן, ולאור אמות המידה שנקבעו בבית משפט זה בפרשת בית סוריק. תוואי הגדר בשני קטעים הורחק מאדמות הכפר והוצמד לכביש 436. תוואי הגדר בקטע המערבי כרוך אם כן בפגיעה ניכרת באדמות הכפר אל-ג'יב. עם זאת, ניכר שהמשיבים עשו כל מאמץ לצמצם פגיעה זו. הגדר נבנית בסמוך מאד לכביש, ובמרבית התוואי בצמוד לו. במקומות בהם מתרחק התוואי מהכביש נעשה הדבר על מנת להגן על היישובים הישראליים שבאזור. אף המרחק מתוואי הגדר לבתי היישובים הישראליים אינו רב, והוא עומד על כ-200-400 מטר. בנסיבות אלה, מקיים קטע הגדר המערבי את תנאי המידתיות השני. אף אין לומר שהפגיעה הגלומה בו אינה עומדת ביחס ראוי לתועלת הביטחונית הגלומה בו. קטע הגדר המערבי נועד לספק הגנה לנוסעים בכביש 436 ולתושבי היישובים הישראלים גבעון וגבעת זאב. תועלתו הביטחונית היא אם כן רבה. אין לומר שהפגיעה בקרקעות היא קשה באופן בלתי-מידתי. עבור קרקעות שנתפסו ישולמו פיצויים ודמי שימוש ראויים. המשיבים הבהירו כי בעלי האדמות החקלאיות שנותרות מצידה ה"ישראלית" של הגדר יוכלו להמשיך ולעבדן באמצעות שערים חקלאיים שיוקמו לצורך כך. אף כאן לא הובאו בפנינו נתונים מדויקים בדבר ההסדרים שיונהגו, ושמורה זכותם של מי שיראו עצמם נפגעים מההסדרים שייקבעו לשוב ולפנות אל בית משפט זה. תנועתם של תושבי מרחב ביר נבאללה למרחב בידו-בית סוריק תתאפשר באמצעות כביש בידו-אל-ג'יב. בנסיבות אלה, מסקנתנו היא שקטע הגדר המערבי הינו מידתי.

עתירות המועצה המקומית גבעת זאב ותושבי גבעת זאב

48. העותרים בבג"ץ 3632/06 (תושבי גבעת זאב) מבקשים כי נורה על הרחקת תוואי הגדר בקטע המערבי מכביש 436 ומבתי היישוב מזרחה, לעבר אל-ג'יב. טענתם היא שאין בתוואי הנוכחי כדי להבטיח הגנה מספקת לתושבי גבעת זאב ולנוסעים בכביש 436. דין העתירה להידחות. מקובלת עלינו עמדתו של המפקד הצבאי לפיה תוואי הגדר בקטע המערבי מספק הגנה ביטחונית סבירה ליישוב ולכביש 436 המוביל אליו. ודאי ניתן היה להגביר את ביטחונם של תושבי גבעת זאב ושל הנוסעים בכביש לו הורחק התוואי מזרחה ונגס שטחים נוספים של הכפר אל-ג'יב. אלא שבכך הייתה נגרמת פגיעה נוספת בתושבי הכפר. לפי שיקול דעתו של המפקד הצבאי, אין בתוספת הביטחון כדי להצדיק את תוספת הפגיעה שתיגרם בזכויותיהם של התושבים הפלסטינים. המשיבים הבהירו כי אם יסתבר שאין בתוואי הנוכחי כדי לספק את צרכי הביטחון של תושבי היישוב והנוסעים בכביש, יישקל התוואי מחדש. בנסיבות אלה, לא מצאנו כל עילה להתערב בשיקול דעתו של המפקד הצבאי בעניין זה.

49. העותרת בבג"ץ 3900/06 (המועצה המקומית גבעת זאב) מבקשת כי נורה להקים את כביש בידו-אל-ג'יב על-פי הליכי התכנון הרגילים, וכי נורה על סלילת הכביש כך שיהיה שקוע לכל אורכו. אין בידינו להיענות לבקשות אלה. מקובלת עלינו עמדת המשיבים לפיה קיימת דחיפות רבה בהשלמת סלילתם של כבישי מרקם החיים, ובכללם כביש בידו-אל-ג'יב. הקמת הגדר במרחב ביר נבאללה מצויה בשלבים מתקדמים. במקביל, מחויבים המשיבים ליתן פתרונות ראויים לתנועתם של התושבים הפלסטינים בין הכפרים במרחב בידו-בית סוריק לבין הכפרים במרחב ביר נבאללה. בשל הדחיפות הרבה שבהשלמת בנייתה של הגדר ושל כבישי מרקם החיים, יש הצדקה להקים את הגדר ואת הכביש על דרך של הוצאת צווי תפיסה צבאיים, ולא על פי הליכי התכנון הרגילים, שעשויים להימשך שנים ארוכות. כמובן, אין בכך כדי לפטור את המשיבים מחובתם לקיים הליכי תכנון הנדסיים ותעבורתיים בהתאם לסטנדרטים המקצועיים הנדרשים, ולאפשר לעותרת להעלות טענותיה במסגרתם. אשר לבקשת העותרת כי כביש בידו-אל-ג'יב כולו יהיה בצורת מנהרה, מקובלת עלינו עמדת המשיבים לפיה תכנית מעין זו כרוכה בהוצאות כלכליות גבוהות במיוחד, וכי אין ביתרונות של המנהרה כדי להצדיק הפרשי עלות מעין אלה.

העתירות נדחות ללא צו להוצאות. אנו חוזרים ומבהירים כי שמורה זכותם של מי שיראו עצמם נפגעים מההסדרים שייקבעו לעניין השערים החקלאיים לשוב ולפנות לבית משפט זה.

ה נ ש י א (בדימ')

הנשיאה ד' ביניש:

אני מסכימה.

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

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' גרוניס:

אני מסכים.

שופט

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה.

שופטת

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

שופט

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' ברק.

ניתן היום, ה' בכסלו התשס"ז (26.11.2006).

המשנה לנשיאה

הנשיא

הנשיא (בדימ')

שופט

שופט

שופט

שופט

שופט

שופט