<u>בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק</u>

בג"ץ 2056/04

בפני:	כבוד הנשיא א' ברק כבוד המשנה לנשיא א' מצא כבוד השופט מ' חשין
העותרים:	מועצת הכפר בית סוריק ואחרים
	נ ג ד
המשיבים:	1. ממשלת ישראל 2. מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית
	התנגדות לצו על תנאי

תאריכי הישיבות:	ז' באדר התשס"ד	(29.02.2004)
	י"ח באדר התשס"ד	(11.03.2004)
	כ"ד באדר התשס"ד	(17.03.2004)
	ט' בניסן התשס"ד	(31.03.2004)
	כ"ה בניסן התשס"ד	(16.04.2004)
	ל' בניסן התשס"ד	(21.04.2004)
	י"א באייר התשס"ד	(02.05.2004)

בשם העותרים:	עו"ד מוחמד דחלה
בשם המשיבים:	עו"ד ענר הלמן; עו"ד יובל רויטמן

<u>פסק-דין</u>

<u>הנשיא א' ברק:</u>

מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון הוציא צווי תפיסה של שטחי מקרקעין באזור יהודה ושומרון. מטרת התפיסה הינה להקים על המקרקעין גדר הפרדה. השאלה הניצבת לפנינו הינה אם הצווים והגדר הנבנית הם כדין?

הרקע

1. מאז שנת 1967 מחזיקה ישראל בשטחי יהודה ושומרון (להלן – האזור) בתפיסה לוחמתית. בשנת 1993 החלה ישראל בתהליך מדיני עם אש"ף, ובמסגרתו נחתמו מספר הסכמים שהעבירו את השליטה בחלקים מהאזור לידי הרשות הפלסטינית. ישראל ואש"ף הוסיפו לנהל ביניהן משא ומתן מדיני בנסיון לפתור את הבעיות שנותרו על הפרק. המשא והמתן, שהתנהל בשלבי הסיום שלו בקמפ-דיויד שבמרילנד, ארצות-הברית, כשל ביולי 2000.

מתצהיר התשובה של המשיב למדנו, כי זמן קצר לאחר כשלון שיחות קמפ-דיויד, הגיע הסכסוך הישראלי-פלסטיני לשיאים חדשים של אלימות. בספטמבר 2000 עבר הצד הפלסטיני למתקפת טרור קשה על ישראל ועל הישראלים. פיגועי הטרור מתרחשים הן באזור והן בישראל. הם מופנים נגד אזרחים וחיילים, גברים ונשים, זקנים וטף, אזרחים מהשורה ואנשי ציבור. פיגועי הטרור מבוצעים בכל מקום ואתר ובכלל זה בתחבורה הציבורית, במרכזי קניות ובשווקים, בבתי קפה ובמסעדות. ארגוני הטרור נוקטים באמצעים שונים ומגוונים, ובהם פיגועי ירי, פיגועי התאבדות, ירי פצצות מרגמה, ירי קטיושות ושימוש במכוניות תופת. מאז ספטמבר 2000 ועד תחילת אפריל 2004 בוצעו בתחומי ישראל למעלה מ-780 פיגועים. באותה תקופה בוצעו באזור למעלה מ-8,200 פיגועים.

העימות המזויין גבה (עד לאפריל 2004) את חייהם של 900 אזרחי ישראל ותושביה. למעלה מ-6,000 נפצעו, חלקם בפצעים קשים שהפכו אותם לנכים קשים. גם בצד הפלסטיני גרם העימות המזויין להרוגים ולפצועים רבים. השכול והכאב שוטפים אותנו.

באחת הפרשות תיארתי את המציאות הביטחונית, בזו הלשון:

> "לחימתה של ישראל סבוכה היא. הצד הפלסטיני משתמש, בין השאר, בפצצות אדם מונחות. מתאבדים אלה מגיעים לכל מקום בו מצויים ישראלים (בתחומי מדינת ישראל ובתחומי הישובים היהודיים באזורי יהודה ושומרון וחבל עזה). הם זורעים הרג ודם בערים ובישובים. אכן, הכוחות הלוחמים בישראל הם טרוריסטים. הם אינם נמנים על צבא סדיר; הם אינם לובשים מדים; הם מסתתרים בתוך האוכלוסיה הפלסטינית באזור, לרבות במקומות קדושים; הם זוכים

לתמיכת חלק מהאוכלוסיה האזרחית בכלל, וכן לתמיכתם של בני משפחה וקרובים בפרט" (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 358; להלן – פרשת עג'ורי).

2. פעולות הטרור המבוצעות מן הצד הפלסטיני הביאו את ישראל לנקוט בצעדים ביטחוניים בעלי דרגות חומרה שונות. כך, למשל, החליטה הממשלה על פעולות צבאיות שונות, כגון מבצע "חומת מגן" (מרץ 2002) ומבצע "דרך נחושה" (יוני 2002). מטרתן של פעולות צבאיות אלה היתה להכריע את תשתית הטרור הפלסטינית ולמנוע הישנותם של פיגועי הטרור (ראו בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349, 355; להלן – פרשת מרעב; בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברג נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נז(1) 385, 389). מבצעי לחימה אלה – שאינם בגדר פעולות שיטור רגילות אלא יש בהם כל המאפיינים לעימות מזויין (armed conflict) – לא נתנו מענה מספיק לצורך המיידי בהפסקת מעשי הטרור הקשים. ועדת השרים לביטחון לאומי שקלה שורות צעדים שנועדו למניעת ביצועם של מעשי טרור נוספים והרתעתם של מפגעים פוטנציאליים מפני ביצוע מעשים אלה (לסקירה, ראו פרשת עג'ורי, עמ' 359). חרף כל אלה, הטרור לא בא לקיצו. הפיגועים לא פסקו. אנשים תמים שילמו בחייהם ובשלמות גופם. זהו הרקע להחלטה על הקמת גדר ההפרדה.

ההחלטה על הקמת גדר ההפרדה

3. ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי קיבלה (ביום 14.4.2002) החלטה (ב/64) שעניינה היערכות במרחב התפר (ראו בג"ץ 8532/02 אבתסאם מחמד אבראהים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (לא פורסם)). בהתאם לאמור בהחלטה, מטרתה היתה "לשפר ולחזק את ההערכות והיכולת המבצעיות במסגרת התמודדות עם הטרור, וכדי לסכל, לשבש ולמנוע חדירות פעילות חבלנית מתחומי יהודה ושומרון לישראל". לשם כך הוטל על הצבא והמשטרה למנוע לאלתר מעבר של פלסטינים לתחומי מדינת ישראל. כפתרון זמני, הוחלט על הקמת מכשול בשלוש הגזרות שנמצאו חשופות ביותר למעבר מחבלים למדינת ישראל, והן: גזרת אום-אל-פחם והכפרים החצויים בין ישראל לאזור יהודה והשומרון (בקה וברטעה); גזרת קלקיליה-טול-כרם; גזרת עוטף ירושלים. עוד הוחלט על הקמת צוות שרים בראשות ראש הממשלה, שיבחן את הפתרון ארוך הטווח למניעת הסתננות פלסטינים, ובכללם מחבלים, לישראל.

4. ממשלת ישראל דנה (ביום 23.6.2002) בתכנית מרחב התפר. מערכת הביטחון הציגה את הצעתה להקמת מכשול קו התפר. הממשלה אישרה את שלב א׳ של הפרויקט, הנותן מענה לבעיה המבצעית של חדירת מחבלים אל צפון הארץ, מרכזה ואזור ירושלים. המכשול שאושר מתחיל באזור כפר סאלם, הסמוך לצומת מגידו, ונמשך עד כביש חוצה שומרון. כן אושר מכשול נוסף באזור ירושלים. כל המכשול כולו שאושר אורכו 116 ק״מ. בהחלטת הממשלה נאמר, בין היתר:

> ״(3) במסגרת שלב א׳ – לאשר הקמת גדרות ביטחון ומכשולים במרחב התפר ובעוטף ירושלים למטרת צמצום חדירת טרוריסטים מאיו״ש לפיגועים בישראל.
>
> (4) הגדר, כמו המכשולים האחרים, הינה אמצעי ביטחון. הקמתה אינה מבטאת גבול מדיני או אחר.
>
> ... (5)
>
> (6) התוואי המדוייק והסופי של הגדר ייקבע על ידי ראש הממשלה ושר הביטחון... התוואי הסופי יוצג בוועדת השרים לענייני ביטחון לאומי או הממשלה״.

5. ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי אישרה (ביום 14.8.2002) את התוואי הסופי של המכשול. ראש הממשלה ושר הביטחון אישרו (בדצמבר 2002) את שלב ב׳ של המכשול מכפר סאלם מזרחה ועד הירדן, שאורכו כ-60 ק״מ, וכן שלוחה של מספר קילומטרים מהר אבנר (בסמוך לכפר אל-מוטילה) בדרום הגלבוע ועד לכפר תייסיר.

6. ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי החליטה (ביום 5.9.2003) על הקמת שלב ג׳ של המכשול באזור עוטף ירושלים (למעט אזור מעלה אדומים). אורכו של מכשול זה 64 ק״מ. הממשלה קיבלה החלטה (ביום 1.10.2003) לגבי שלבים ג׳ ו-ד׳ של המכשול, בזו הלשון:

> ״א. הממשלה חוזרת על החלטתה בדבר חשיבותו העליונה של הקמת ׳מרחב התפר׳ ומדגישה את הצורך הביטחוני בביצוע המשך הקמת המכשול ב׳מרחב התפר׳ ו-׳עוטף ירושלים׳.

ב. בהתאם לנ"ל:

1) לאשר המשך הקמת המכשול למניעת פיגועי טרור על-פי השלבים והתוואי כפי שהוצגו היום בממשלה על-ידי מערכת הביטחון (המפה לפיה הוצגו בפני הממשלה תוואי הגדר והשלבים – שמורה במזכירות הממשלה).

2) המכשול שיוקם על-פי החלטה זו, כמו קטעיו האחרים ב'מרחב התפר', הינו אמצעי ביטחון למניעת פיגועי טרור ואינו מבטא גבול מדיני או אחר.

3) שינויים מקומיים בתוואי המכשול או בביצועו שיתחייבו מהתכנון הכולל של התוואי, יובאו לאישור שר הביטחון וראש הממשלה.

4) ראש הממשלה, שר הביטחון ושר האוצר יסכמו את היקף התקציב הרב-שנתי הנדרש לביצוע ההחלטה ואת פריסת המימון הנגזרת ממנו.

הסיכום יובא לאישור הממשלה.

5) במסגרת זו יסוכמו מרכיבי ביטחון נוספים ומיידיים להגנת הישובים הישראלים ביהודה ושומרון כנגד איומים המתקיימים בתקופת הקמת המכשול ב'מרחב התפר'.

6) במהלך התכנון המפורט ייעשה כל מאמץ לצמצם, ככל הניתן, הפרעות העלולות להיגרם לאורחות החיים של הפלסטינים בעקבות הקמת המכשול".

תוואי זה של הגדר, העובר באזורים המצויים מערבית לירושלים, הוא הניצב בליבה של המחלוקת בין הצדדים.

גדר ההפרדה

7. מכשול קו התפר בנוי ממספר מרכיבים. במרכזו עומדת גדר "חכמה". תפקידה להתריע לכוחות הפרוסים לאורכה על כל נסיון לעבור אותה. מצידה החיצוני של הגדר עובר מכשול נגד רכב, המורכב מתעלה או מאמצעי אחר, שייעודו למנוע פריצת הגדר באמצעות ניגוח של כלי רכב. כן מצויה גדר מעכבת נוספת. בסמוך לגדר נסלל כביש שירות. מצידה הפנימי של הגדר האלקטרונית קיימות מספר דרכים: דרך טשטוש (שנועדה לגלות את העקבות של מי שחצה את הגדר), דרך פטרולים ודרך לרכב

משוריין, וכן גדר נוספת. רוחבו הממוצע של המכשול, בצורתו האופטימלית, הוא 50-70 מטרים. בשל אילוצים שונים, בחלקים מסויימים של המכשול, יוקם מכשול צר יותר, הכולל רק חלק מן המרכיבים התומכים בגדר האלקטרונית. במקרים מסויימים יכול המכשול להגיע לרוחב של עד 100 מטר בשל התנאים הטופוגרפיים. באזור הנדון בעתירה, ככלל, רוחב המכשול אינו עתיד לעלות על 35 מטר, פרט למקומות בהם הדבר נדרש בשל שיקולים טופוגרפיים. כן לא מוחלפת באזור הנדון בעתירה הגדר בחומת בטון. במהלך העבודה נעשה מאמץ לצמצם את רוחב השטח שייתפס בפועל. לאורך המכשול ימוקמו אמצעים שונים שנועדו לסייע במניעת החדירה. צה"ל ומשמר הגבול יפטרלו לאורך גדר ההפרדה, ויוזעקו אל מקומות החדירה, במטרה לסכלה ולנהל מרדף אחר אלה שהצליחו לחצות את גדר הביטחון. בהמשך נכנה את כל מכשול קו התפר כגדר ההפרדה.

הליכי התפיסה

8. חלקים מגדר ההפרדה מוקמים על אדמה שאינה בבעלות פרטית. חלקים אחרים מוקמים על קרקע פרטית. במצב דברים זה – ולאור הצורך הביטחוני – מוצא צו תפיסה על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (המשיב מס' 2). על פי הנוהל המקובל, כל בעל מקרקעין שמקרקעין משלו נתפסים יקבל פיצויים תמורת השימוש באדמותיו. עם חתימה על צו התפיסה הוא מובא לידיעת התושבים, לרבות פניה לגוף הקישור המתאים ברשות הפלסטינית. במסגרת ההודעה שנמסרת לתושבים, מוזמן כל אדם המעוניין בדבר להצטרף לסיור, שנערך בשטח נשוא צו התפיסה, לשם הצגת התוואי המתוכנן של הגדר. מספר ימים לאחר הוצאת הצו נערך סיור בשטח בהשתתפות בעלי הקרקעות על מנת להצביע על הקרקע העומדת בפני תפיסה.

לאחר הסיור מוענקת לבעלי הקרקע שהות של שבוע ימים להגשת השגות למפקד הצבאי. ההשגות נבחנות לגופן. במקרים בהם הדבר אפשרי נעשה נסיון להגיע להבנות עם בעלי הקרקעות. אם ההשגה נדחית, ניתנת לבעל הקרקע שהות של שבעה ימים נוספים להגשת עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק.

העתירה

9. העתירה, בנוסחה המקורי, תקפה את חוקיות צווי התפיסה הנוגעים לקרקעות הכפרים בית סוריק, בידו, אל קביבה, קטנה, בית אענאן, בית ליקיה, בית אג'זא ובית דקו (03/ 84/ת; 03/ 103/ת; 03/ 107/ת; 03/ 108/ת ו–03/ 109/ת). קרקעות אלה

שוכנות בסמיכות ליישובים מבוא חורון, הר אדר, מבשרת ציון, שכונת רמות בירושלים וגבעת זאב, המצויים ממערב ומצפון מערב לירושלים. העותרים הם בעלי הקרקעות ומועצות הכפרים הנפגעים מצווי התפיסה. לטענתם, צווי התפיסה אינם כדין, ויש לבטלם או לשנות את התוואי בו עוברת גדר ההפרדה. הפגיעה של הצווים בעותרים, לטענתם, הינה קשה וכבדה מנשוא. מעל ארבעים ושניים אלף דונם של אדמותיהם נפגעים. המכשול עצמו עובר על ארבעת אלפים שמונה מאות וחמישים דונם, והוא יפריד בין העותרים לבין מעל לשלושים ושבעה אלף דונמים, מהם עשרים ושש אלף וחמש מאות דונמים של אדמות חקלאיות המעובדות על-ידם במשך דורות הרבה. גישה לקרקעות חקלאיות אלה, שהייתה פשוטה וקלה, תהפוך למורכבת ואף לבלתי אפשרית. יכולתם לנוע ממקום למקום תהיה תלויה במשטר ביורוקראטי מפותל, סבוך ומכביד של היתרים. לא ניתן יהיה להשתמש בבארות מים במקום. בכך תיפגע גישת מים לגידולים חקלאיים, ותיפגע היכולת לרעות עדרי צאן המותנית בגישה לבארות אלה. עשרות אלפי עצי זית ועצי פרי ייעקרו. הגדר תחצוץ בין הכפרים לבין עשרות אלפי עצים נוספים. פרנסתן של מאות רבות של משפחות פלסטיניות, הנשענות על החקלאות, תיפגע באופן אנוש. זאת ועוד: גדר ההפרדה אינה פוגעת רק בבעלי האדמות שצו התפיסה חל עליהם. מרקם החיים הכולל של כשלושים וחמישה אלף תושבי הכפרים ייפגע. גדר ההפרדה תפגע ביכולתם של הכפרים להתפתח ולהתרחב. דרכי גישה למרכז העירוני של רמאללה ושל ביר נבאלה ינותקו. גישה לשירותים רפואיים ואחרים במזרח ירושלים ובמקומות אחרים תהפוך בלתי אפשרית. אמבולנסים יתקשו לנוע כדי לספק שירותי חירום לתושבים. תיפגע יכולת הגישה של תלמידי הכפרים לבתי-ספר במרכזים עירוניים, ושל סטודנטים להגיע לאוניברסיטאות. לטענת העותרים, הצורך בצווי התפיסה אינו יכול להצדיק פגיעות קשות אלה.

10. טיעונם המשפטי של העותרים הוא כי הצווים אינם כדין בהתחשב בחובות מהמשפט המינהלי הישראלי הפנימי החלות על המשיב, ובהתחשב בהוראות המשפט הבינלאומי הפומבי החלות על הסכסוך שלפנינו. טיעון זה נחלק לכמה ראשים. ראשית, העותרים טוענים כי המשיב נעדר סמכות להוציא את צווי התפיסה. לו היה תוואי גדר ההפרדה עובר לאורך גבולה של ישראל לא היתה לעותרים כל טענה. אלא שאין אלה פני הדברים. תוואי גדר ההפרדה, כפי שעולה מצווי התפיסה, עובר בשטחי יהודה ושומרון. צווים אלה משנים, לטענתם, את גבולות הגדה המערבית, בלא שניתנה לכך הסמכה מפורשת בחוק. גדר ההפרדה מספחת שטחים למדינת ישראל בניגוד למשפט הבינלאומי. הגדר משרתת את צרכי המעצמה הכובשת ולא את צרכי האזור הכבוש. מטרת הגדר היא למנוע חדירה של מפגעים לישראל, ועל כן אין היא באה לשרת את אינטרס האוכלוסייה המקומית בשטח הכבוש או את צרכיו של השלטון הכובש בשטח

הכבוש. כמו כן, אין בנמצא צורך צבאי המחייב את הקמת גדר ההפרדה בתוואי המיועד, והטיעון הביטחוני המנחה את המשיבים מהווה מסווה למטרה האמיתית, שהיא סיפוח שטחים לישראל. על רקע זה אין בסיס משפטי ראוי להקמתה, וצווי התפיסה שנועדו לאפשר זאת אינם כדין. שנית, העותרים טוענים כי הליך גיבוש תוואי גדר ההפרדה לא היה כדין. הצווים לא פורסמו, ולא הובאו לידיעת רוב בעלי המקרקעין הנפגעים; נודע לעותרים עליהם בדרך אגב, וניתנה להם אורכה לא מספיקה של ימים ספורים בלבד להשיג עליהם. לאור זאת הם לא שותפו באופן ראוי בגיבוש תוואי גדר ההפרדה, ולא ניתנה להם זכות טיעון נאותה כדי להתמודד עם הפגיעה בזכויותיהם.

11. שלישית, גדר ההפרדה פוגעת בזכויות יסוד רבות של תושבי המקום, בלא מקור הסמכה לכך, ושלא כדין. זכות הקניין שלהם נפגעת בעצם תפיסת האדמות ובמניעת הגישה לאדמותיהם. כן נפגעת זכותם לחופש התנועה. נפגעים פרנסתם וחופש העיסוק שלהם. מלבד הקשיים לעבד את האדמות יקשה עליהם לסחור בתוצרתם. הגדר פוגעת בהזדמנויות החינוך של ילדי הכפרים, ומשבשת את חיי המשפחה והקהילה במקום. חופש הדת נפגע בכך שנמנעת גישה למקומות קדושים. ערכי טבע ונוף נפגעים. לטענתם, כל מערך הפגיעות האמורות אינו מידתי ואינו מוצדק בנסיבות העניין. תוואי גדר ההפרדה משקף ענישה קולקטיבית, האסורה על פי המשפט הבינלאומי. בכך חוטא המשיב לחובה המוטלת עליו מכוח המשפט הבינלאומי לאפשר לתושבי יהודה ושומרון חיים נורמאליים ונאותים. השיקולים הביטחוניים המנחים אותו אינם יכולים להצדיק, לטענתם, פגיעה כה חמורה בחיי התושבים המקומיים. פגיעה זו אינה עומדת בדרישות המידתיות. לטענתם, למרות ניסוח צווי התפיסה, ברור כי הגדר אינה זמנית באופייה, והפגיעה האנושה שהיא פוגעת באוכלוסיית הכפרים עולה בהרבה על תועלתה.

התשובה לעתירה

12. המשיבים, בתגובתם הראשונית, טענו כי צווי התפיסה והתוואי בו עוברת גדר ההפרדה הם כדין. גדר ההפרדה היא פרויקט בעל חשיבות לאומית מהדרגה הראשונה. ישראל מצויה בלחימה של ממש כנגד גל הטרור הפוקד אותה, הנהנה מתמיכה של האוכלוסייה הפלסטינית ושל הנהגתה. על הפרק עומדים חיי אדם של אזרחי ישראל ושל תושביה, הנפגעים מפיגועי הטרור של הטרוריסטים החודרים לשטחי ישראל. על הפרק עומדים חיי אדם של האזרחים הישראלים המתגוררים באזור יהודה ושומרון. לכן, יש להשלים את הקמת מערך גדר ההפרדה במהירות האפשרית. גדר ההפרדה כבר הוכיחה את יעילותה במקומות בהם הוקמה. קיימת דחיפות להקימה גם באזור של כפרי

העותרים. לטענת המשיבים, מאזור זה יצאו מספר פיגועי טרור נגד ירושלים ונגד כביש 443 המחבר בין ירושלים לבין מודיעין. השיקול המרכזי בבחירת התוואי של גדר ההפרדה היה השיקול המבצעי-ביטחוני. מטרת הגדר היא מניעת מעבר בלתי מבוקר של תושבי האזור לתחומי ישראל וליישובים הישראליים המצויים באזור יהודה ושומרון. כן באה גדר ההפרדה למנוע הברחת כלי נשק ואמצעי לחימה, ולמנוע הסתננות פלסטינים, שעלולה להוליך להקמת תאי טרור בישראל ולהצטרפות לתאים קיימים. על כך יש להוסיף את הצורך להגן על הכוחות הפועלים לאורך המכשול ועל היישובים הישראלים הנמצאים משני צדדיו. מהשיקול הביטחוני עולה כי גדר ההפרדה צריכה לעבור בשטח השולט על סביבתו, זאת כדי למנוע פגיעה בכוחות השומרים עליה ולאפשר איתור חדירה מנקודות תצפית לאורכה. התוואי צריך להימנע מפיתולים ככל הניתן. כמו כן, צריך להתקיים "מרחב ביטחון" לפיו תינתן התראה שתאפשר היערכות עוד לפני חדירת המחבלים לישראל. לכן, במקרים המתאימים, הגדר צריכה לעבור גם בשטחי יהודה ושומרון, כדי שניתן יהיה לבצע מרדף במקרה של חדירה, עוד לפני שהגיעו החודרים לתחומי ישראל. שיקול בטחוני נוסף שיש להתחשב בו הוא כי הקמת המכשול תמקד את ניסיונות הפיגוע ביישובים ישראליים הסמוכים לגדר, שיש להגן גם עליהם, לאור החשש כי יגדל מספר ניסיונות הפיגוע ביישובים אלה.

13. המשיבים מסבירים כי בתכנון תוואי גדר ההפרדה ניתן משקל רב לאינטרסים של תושבי האזור במטרה לצמצם את הפגיעה בהם ככל הניתן. קטעים מסוימים מובאים לבחינה מוקדמת של פרקליטות המדינה ועל-פי הצורך גם לבחינת היועץ המשפטי לממשלה. נעשה מאמץ להעביר את המכשול באדמות שאינן פרטיות, ובאדמות שאינן מעובדות; ישנה התחשבות בתוכניות מיתאר קיימות של הישובים הפלסטיניים והישראליים; נעשה מאמץ שלא לחצוץ בין אדמות לבעליהן. במקרה של חציצה הוחלט להקים "שערים חקלאיים", שיאפשרו הגעת חקלאים לאדמותיהם; נעשה מאמץ שלא לקטוע דרכים קיימות בין ישובים; במקרה של קטיעה ייסללו כבישים חדשים שיתנו מענה לצורכי התושבים. במקרים בהם לא ניתן יהיה למנוע את הפגיעה, יינתן פיצוי לבעלי האדמות תמורת שימוש באדמותיהם התפוסות; ייעשה מאמץ להעביר גידולים חקלאיים למקומות אחרים במקום לכרות אותם; לפני תפיסת הקרקע ניתנת אפשרות לתושבים להגיש השגה, ויש נכונות לשנות את התוואי כדי למזער את הפגיעה. עוד הצהירו המשיבים כי בכוונתם להקים ממזרח לכפרים מסוימים נקודת ביקורת קבועה, שתהייה פתוחה 24 שעות במשך כל ימות השנה, ותאפשר את שמירת מרקם החיים באזור. כמו כן הוחלט לפעול לשיפור הדרכים בין הכפרים מושא העתירה, כדי להדק הקשרים בינם לבין עצמם, ומהם לכיוון רמאללה. כן נבחנת האפשרות להכשיר כביש אשר יאפשר מעבר חופשי מהכפרים לרמאללה באופן מהיר. כל

השיקולים האלה נלקחו בחשבון בגיבוש התוואי. לאחר גיבושו נלקחות בחשבון השגות של התושבים המקומיים הנפגעים ממנו. בכל אלה יש, לטענת המשיבים, משום איזון נאות בין שיקול הפגיעה בחיי התושבים המקומיים לבין הרצון לשמור על חיי אזרחי ישראל, תושביה והחיילים הפועלים לאורך הגדר.

14. לטענת המשיבים, ההליך בו הוצאו צווי התפיסה הינו כדין. הוא הובא לידיעת העותרים וניתנה להם הזדמנות להשתתף בסיור ולהגיש השגות. הקבלנים המופקדים על בניית המכשול מונחים לבצע העתקה (להבדיל מכריתה) של עצים מקום בו הדבר אפשרי, וכך נעשה ביחס לעצי זית כעניין שבשגרה. מתקנים שונים מפורקים ככל האפשר תוך שיתוף פעולה עם בעלי הקרקע ומועברים למקום מוסכם. לטענת המשיבים לא תמיד נצלו התושבים את זכות הטיעון שניתנה להם הלכה למעשה.

15. עמדת המשיבים הינה כי צווי התפיסה הם כדין. היכולת לתפוס את השטחים לשם בניית המכשול נובעת מזכותה הטבעית של מדינת ישראל להגן על עצמה מפני איומים המצויים מחוץ לגבולותיה. כמו כן יכולים גורמי הביטחון לתפוס קרקעות לצרכי לחימה, ומכוח דיני תפיסה לוחמתית (belligerent occupation). המשיבים אינם כופרים בצורך להתחשב בפגיעה באוכלוסיה המקומית ולשמור על פגיעה מידתית בה, אולם לטענתם הם עומדים בחובות אלה. המשיבים כופרים בעוצמת הפגיעה שטוענים לה העותרים. היקף השטחים שיתפסו לצורך בניית הגדר, הפגיעה בשטחים החקלאיים, והפגיעה בעצים ובמטעים נמוכים הרבה יותר. כל הכפרים מחוברים לרשתות מים, ועל כן אין בפגיעה בבארות כדי למנוע אספקת מים לצרכים החקלאיים והאחרים. שיווק התוצרת החקלאית יתאפשר גם לאחר הקמת הגדר. בכל אחד מהכפרים מצויה מרפאה אחת, ובכפר בידו מצויה מרפאה מרכזית. מעט אתרים ארכיאולוגים ימצאו עצמם מעבר לגדר, ואתרים אלה אין מבקרים בהם כיום באופן תדיר והם מוזנחים. גם צרכי החינוך של האוכלוסייה המקומית יילקחו בחשבון. עוד מציינים המשיבים כי במקום בו פוגע תוואי גדר ההפרדה באוכלוסייה המקומית נעשים מאמצים למזער את הפגיעה. לאור כל אלה טענו המשיבים כי דינן של העתירות להידחות.

הדיון בעתירה

16. הדיון בעתירה נמשך על פני מספר ישיבות. במהלכו חלו שינויים מספר בתשתית הטיעון שניצבה לפנינו. שינויים אלה גם הוליכו את המשיב לנכונות לשנות חלק מהתוואי של גדר ההפרדה. במקרים מסוימים שונה התוואי הלכה למעשה. כך, למשל, הוא שונה ליד היישוב הר-אדר וליד הכפר בית סוריק. בית משפט זה (הנשיא א׳

ברק, המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור והמשנה לנשיא א' מצא) דן בעתירה (ביום 29.2.2004). המשך הדיון נדחה לשבוע כדי לאפשר לצדדים למצות את זכות הטיעון ולנסות להגיע להסדר מוסכם ביניהם. הורינו כי עד להמשך שמיעת העתירה לא יבוצעו כל עבודות להקמת גדר ההפרדה בשטח נשוא העתירה. הדיון בעתירה התחדש (ביום 17.3.2004). העותרים הגישו לנו בקשה להגשת מסמכים משלימים מטעמם, ובמרכזם תצהיר שהוכן על-ידי חברי המועצה לשלום ולביטחון. זוהי עמותה רשומה של ישראלים בעלי ניסיון ביטחוני, הכוללת קצינים בכירים (במיל') בצה"ל ובהם האלוף (במיל') דני רוטשילד המשמש כנשיא המועצה, האלוף (במיל') אברהם אדן (ברן), ניצב (בדימ') שאול גבעולי, המשמש כמנכ"ל המועצה ואל"מ (במיל') יובל דביר. על התצהיר חתמו א' אדן, ש' גבעולי וי' דביר. עמותה זו, המגדירה עצמה כבלתי מפלגתית, היתה, לטענתה, מיוזמות הרעיון להקים את גדר ההפרדה כמענה לצרכים הביטחוניים של ישראל. התצהיר חיווה דעה לגבי תוואי גדר ההפרדה. הוא כלל הערות מפורטות ומקיפות על אודות קטעים שונים בתוואי זה, והעלה לגביהם השגות מזווית הראיה הביטחונית עצמה. הטענות שהועלו בו היו כבדות משקל. משעיינו בהן, ביקשנו (ביום 17.3.2004) לקבל את הערותיו של המשיב, מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, האלוף משה קפלינסקי.

17. בית המשפט (הנשיא א' ברק, המשנה לנשיא א' מצא והשופט מ' חשין) חידש את הדיון בעתירה (ביום 31.3.2004). לקראת חידוש הדיון נעתרנו (ביום 23.3.2004) לבקשת העותרים לתקן את עתירתם כך שתכלול גם צווים נוספים שהוציא המשיב (03/ 110/ת (שטח המצוי מצפון לכפר בית דקו (באזור גבעת זאב)); 03/ 104/ת ו– 03/ 105/ת (שטחים המצויים דרום מזרחית לישוב מכבים ודרומית לכפר בית לקיא)). כתוצאה מכך גם התרחבה תחולתו של צו הביניים. לאחר ששמענו (ביום 31.3.2004) את טענות הצדדים החלטנו להוציא צו על תנאי ככל שהוא נוגע לכפרים העותרים, ולצמצם את תוקפו של צו הביניים כך שלא יחול על הקטע שבין בית אג'זא לגבעון החדשה, ובקטע שבין נחל בית חנן עד לעלייה לג'בל מוקטם. עוד החלטנו לצמצם את צו הביניים במובן זה שהמשיב יימנע מלבצע שינויים בלתי הפיכים בקטע שמצפון להר אדר, ובקטע שבין הכפרים א-טירה ובית דקו. רשמנו לפנינו את הודעת המשיבים כי אם יתברר שבניית המכשול בתוואים אלה הייתה שלא כדין, יינתן פיצוי הולם לכל מי שנפגע (ראו ההחלטה מיום 31.3.2004). המשכנו לשמוע את טענות הצדדים (ביום 16.4.2004, ביום 21.4.2004 וביום 2.5.2004). העותרים הגישו לנו תוואי חלופי להקמת גדר ההפרדה. הוגשו לנו תצהירים נוספים מטעם המועצה לשלום ולביטחון ומטעם המשיב. כן הוגשה לעיוננו חוות דעת אקולוגית על אודות ההשפעות הסביבתיות של תוואי הגדר. על-פי בקשתנו הוכנו תבליטים מפורטים שהוגשו לנו,

המתארים את הטופוגרפיה באזור בו עובר המכשול. על גבי תבליטים אלה שורטט התוואי של המכשול כפי שגובש על-ידי המשיב, וכן שורטטו תוואים חלופיים שהוצעו על-ידי העותרים. כן, הוגש לעיוננו תצלום אוויר מפורט ובו התוואים האמורים.

18. חברי המועצה לשלום ולביטחון ביקשו להצטרף לדיון כידידי בית-המשפט. בהסכמת הצדדים, צירפנו תצהיר נוסף (מיום 15.4.2004) שהגישו (עליו חתומים אלוף (מיל') ד' רוטשילד המשמש כנשיא המועצה, בנוסף לא' אדן, ש' גבעולי וי' דביר) כחלק מהעתירה, מבלי שיהיה בכך לקבוע כי עמדתם חופפת לעמדת העותרים. לדעת חברי המועצה, על גדר ההפרדה להשיג שלושה יעדים עיקריים: עליה לשמש כמכשול המונע, או לכל הפחות מעכב, כניסה של מפגעים אל ישראל; עליה ליתן התרעה לכוחות הביטחון במקרה של חדירה; ועליה לאפשר פיקוח, תיקון ובקרה של כוחות ניידים לאורכה. ככלל, על הגדר להיות מרוחקת מבתי הכפרים הפלסטיניים ולא צמודה אליהם. זאת משום שקל יותר לפגוע במצב זה בכוחות המסיירים לאורכה; בנייה שכזו תאלץ בניית מעברים ושערים היוצרים נקודות חיכוך וסיכון; ופגיעה והתמרמרות של האוכלוסייה המקומית יגבירו את הסכנה הביטחונית. תוואי שכזה יקשה על אבחנה בין מפגע לבין תושב תמים הגר במקום. לכן יש להרחיק את גדר ההפרדה מהבתים הפלסטיניים, ולהעבירה בהתאם לקו הגבול של אזור יהודה ושומרון. לדעתם ניתן להתגבר על הנימוק של רשויות הביטחון, לפיו יש לבנות את הגדר רחוק מיישובים ישראליים כדי לאפשר זמן להגיב במקרה של חדירה, על-ידי עיבוי המכשול בסמוך ליישובים ישראליים. הרחקת התוואי המתוכנן מהיישובים הישראליים לשם תפיסת גבעות שולטות רחוקות אינה נחוצה, ויש לה משמעות קשה לגבי אורך גדר ההפרדה, תפקודה ופגיעתה. בתצהיר נוסף (מיום 18.4.2004) ציינו חברי המועצה לשלום ולביטחון כי רצונו של מפקד האזור למנוע ירי ישיר על גדר ההפרדה ("ירי שטוח מסלול") גורם לנזקים מזווית הראיה הביטחונית. בשל רצון זה עוברת הגדר בשטחים חולשים מיותרים, הפוגעים שלא לצורך באוכלוסיה המקומית, המעצימים את החיכוך עימה, ושאינם מונעים ממילא ירי על הגדר.

19. על רקע התצהירים של המועצה לשלום ולביטחון טוענים העותרים כי תוואי גדר ההפרדה אינו מידתי. אין הוא משרת את המטרות הביטחוניות של ישראל, שכן בהעברת התוואי בסמוך לבתי הפלסטינים תסכן המדינה את חייליה שיסיירו לאורך הגדר, ותגביר את הסיכון הביטחוני הכללי. בנוסף, אין מדובר באמצעי הפוגע פחות. זאת משום שניתן להעביר את התוואי רחוק יותר מהכפרים העותרים וקרוב יותר לתחומי ישראל. על החשש מפני חדירה ניתן יהיה להתגבר באמצעות עיבוי הגדר והמכשולים הנלווים לה.

20. המשיב מכיר בניסיונם הביטחוני והצבאי של החתומים על התצהיר. יחד עם זאת הוא מדגיש כי האחריות להגנת תושבי ישראל מפני האיומים הביטחוניים בעניין זה נותרה שלו ושל גורמי הביטחון. המחלוקת היא בין מומחים ביטחוניים. ביחס למחלוקת כזו דעתו של המומחה שהוא גם האחראי על הביטחון, היא בעלת המשקל הרב יותר. מקובל על המשיב כי יש להתחשב בקו הגבול בין ישראל לבין יהודה ושומרון בגיבוש תוואי גדר ההפרדה. זאת לשם צמצום הפגיעה בתושבי האזור והפגיעה במרקם חייהם. יחד עם זאת, לטענתו, קו הגבול הוא קו מדיני ולא קו ביטחוני. מטרתה הביטחונית של הגדר אינה טמונה רק בהפרדת ישראל מתושבי אזור יהודה ושומרון. יש להבטיח מרחב ביטחון שיאפשר מרדף אחר מחבלים שיעברו את גדר ההפרדה לפני שיכנסו לתחומי ישראל; יש להבטיח כי תוואי הגדר יגן מפני ירי ישיר של הפלסטינים; יגן על החיילים השומרים על הגדר; ייקח בחשבון שיקולים טופוגרפיים ועוד. לאור כל אלה יש מקום להעביר את גדר ההפרדה בתוך שטחי יהודה ושומרון במקרים המתאימים. מקובל על המפקד הצבאי כי העברת גדר ההפרדה ליד בתי פלסטינים עלולה לעורר קשיים, אולם שיקול זה הינו רק אחד השיקולים שיש לקחת בחשבון. עיבוי הגדר ליד יישובים ישראליים אינו נותן מענה לסכנה של ירי עליהם, ואינו מבטיח העדר חדירה אליהם. כמו כן, אין בו התחשבות בתנאים הנדסיים למעבר גדר ההפרדה. אשר לתוואי הגדר עצמה מציין המשיב כי לאחר בחינת החומר שלפניו הוא מוכן לשנות חלק מהתוואי. הדברים אמורים במיוחד בתוואי הסמוך לישוב הר אדר ומזרחה לו בסמוך לכפרים בית סוריק ובידו. שאר התוואי המוצע על-ידי העותרים אינו נותן מענה נאות לצרכים הביטחוניים שבאה הגדר להשיג.

21. הצדדים הציגו טיעונים על אודות הפגיעה של גדר ההפרדה באיכות הסביבה. העותרים הגישו לעיוננו חוות דעת מומחים לתחום האקולוגיה (מיום 15.4.2004), המתריעים מפני המפגעים הסביבתיים הטמונים בתוואי הגדר הנוכחי. תוואי הגדר יפגע בסביבת החיים של בעלי חיים, וייצור נתק בין אוכלוסיות בעלי חיים ובין צמחים, ובכך תיגרם פגיעה למערכות האקולוגיות באזור. ככל שתוואי הגדר ארוך יותר ורחב יותר, הפגיעה חריפה יותר. על כן חשוב לנסות לקצר את תוואי הגדר, למנוע פיתולים מיותרים, ולהימנע מחסימת ערוצי זרימה ככל הניתן. יש לשקול הקמת מעברים לבעלי חיים קטנים, על-ידי בניית צינורות בקוטר 30-20 ס"מ בגדר עצמה. הגדר גם תפגע בנוף שהוא נוף בראשית שלא השתנה באלפי השנים האחרונות. המשיבים הביאו בתגובה את חוות דעתו של מומחה מטעם רשות הטבע והגנים. מעיון בחוות דעתו עולה כי אכן תהיה פגיעה אקולוגית, אך זו תהיה בכל תוואי של הגדר החוצץ בין הצפון לדרום. היה מקום לשמר מעברים לבעלי חיים קטנים בגדר ההפרדה, אך הצעה

זו נדחתה על-ידי רשויות הביטחון, וממילא אין היא רלבנטית לשאלת התוואי. עוד עולה מחוות הדעת כי נציגים של רשות הטבע והגנים מלווים את עבודת המטה בגיבוש תוואי הגדר, ונעשים מאמצים לצמצם את הפגיעה בטבע.

22. מספר תושבים המתגוררים במבשרת ציון הסמוכה לכפר בית סוריק, ביקשו להצטרף כעותרים לעתירה. לטענתם, על תוואי הגדר לעבור בצמידות לקו הירוק, כדי לאפשר לתושבי הכפר בית-סוריק לעבד את אדמתם. עוד הם טוענים כי השערים שיאפשרו מעבר חקלאים אינם יעילים, שכן הם יקשו על הגישה לאדמות, ויפגעו בכבודם של החקלאים המקומיים. כמו כן, מצביעים המבקשים על ההתדרדרות שחלה ביחסים עם האוכלוסייה הפלסטינית באזור, שהפכה מאוכלוסייה שלווה לאוכלוסייה עוינת כתוצאה מהרצון להקים את גדר ההפרדה על אדמתה. מנגד ביקש מר אפרים הלוי, להצטרף כמשיב לעתירה. לטענתו, העברת התוואי בסמיכות לקו הירוק תסכן את תושבי מבשרת ציון. הדבר יקרב את התוואי לבתי הישוב ולבתי ספר המצויים בו. עוד הוא מצביע על פעילות חבלנית שהתקיימה בעבר באזור בית סוריק. לכן, יש לדחות את התוואי החלופי שמציעים העותרים. עמדה זו משקפת לטענתו את דעתם של תושבים רבים במבשרת ציון. לאחר שעיינו בבקשות החלטנו להיענות להן, ולקחנו בחשבון את הטענות שהוצגו במסגרתן.

המתווה הנורמטיבי

23. נקודת המוצא העקרונית של כל הצדדים היתה – וזו אף נקודת המוצא שלנו – כי ישראל מחזיקה באזור בתפיסה לוחמתית (belligerent occupation; occupatio bellica) (**ראו בג"ץ** 619/78 "אל טליעה" שבועון נ' שר הביטחון, **פ"ד לג**(3) 505; **בג"ץ** 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, **פ"ד לז**(2) 197; **להלן** – פרשת אבו עיטה; **בג"ץ** 606/78 איוב נ' שר הביטחון, **פ"ד לג**(2) 113; **להלן** – פרשת איוב; **בג"ץ** 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלתעאוניה אלמחדודה אלמאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, **פ"ד לז**(4) 785; **להלן** – פרשת ג'מעית אסכאן). **באזורים הנדונים בעתירה ממשיך לחול ממשל צבאי, אשר בראשו עומד מפקד צבאי (השוו בג"ץ** 2717/96 וופא נ' שר הביטחון, **פ"ד נ**(2) 848; **להלן** – פרשת וופא (**תחולת הממשל הצבאי באיזור C**)). סמכויותיו של המפקד הצבאי יונקות מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי שעניינם תפיסה לוחמתית. אלה מעוגנים בעיקר בתקנות בדבר דיניה ומינהגיה 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). שאלת תחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית התעוררה לא פעם בפני בית המשפט העליון (ראו בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 13; להלן – פרשת דויקאת; בג"ץ 61/80 העצני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 595, 597). השאלה לא התעוררה בפנינו, שכן מוסכם על המשיבים כי ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית חלות בעניינו (ראו בג"ץ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד להה(1) 617; פרשת ג'מעית אסכאן, עמ' 794; פרשת עג'ורי, עמ' 364; בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נז(1) 385, 396; ראו גם M. Shamgar, The Observance of International Law in the Administered Territories, 1 Isr. Y. H. R. 262 (1971)).

24. בצד ההוראות של המשפט הבינלאומי, חלים על פעולות המפקד הצבאי "עקרונותיו של המשפט המינהלי הישראלי, שעניינם שימוש בסמכות שלטונית של עובד ציבור" (פרשת ג'מעית אסכאן, עמ' 793). על כן חלים על המפקד הצבאי כללי ההגינות המהותית והדיונית (כגון מתן זכות שמיעה לפני הפקעה, תפיסה או פעולה שלטונית אחרת); החובה לנהוג בסבירות וכללי המידתיות (ראו פרשת אבו עיטה, עמ' 231; בג"ץ 591/88 טאהא נ' שר הביטחון, פ"ד מה(2) 45, 52; פרשת עג'ורי, עמ' 382; בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם פורסם); להלן – פרשת הס). אכן, "כל חייל ישראלי נושא עימו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי והמינהגי, שעניינם דיני המלחמה ואת כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי" (פרשת ג'מעית אסכאן, עמ' 810).

25. על רקע מסגרת משפטית זו, מעלה העתירה שלפנינו שתי שאלות נפרדות. השאלה <u>האחת</u> הינה, אם המפקד הצבאי ביהודה ובשומרון מוסמך, על פי כללי המשפט החלים עליו, להקים את גדר ההפרדה ביהודה ובשומרון? מתן תשובה חיובית עקרונית לשאלה זו מעלה את השאלה <u>השניה</u>, שעניינה חוקיות מיקומה של גדר ההפרדה. שתי השאלות הועלו בפנינו בעתירה ובתשובה לה, וכן בטיעוני הצדדים. עם זאת, עיקר הטיעונים הוקדשו לשאלה השניה, ורק חלק קטן מהטיעונים שלפנינו עוסקים בשאלה הראשונה. שאלת הסמכות להקים את הגדר באזור הינה מורכבת ורבת פנים, ולא כולה זכתה לביטוי בטיעוני הצדדים שלפנינו. מבלי למצות אותה, אף אנו נעסוק בשאלה ראשונה זו בקיצור תוך שנתייחס אך לטיעונים שהועלו על ידי העותרים, ונקדיש את עיקר דיוננו בשאלה השניה.

הסמכות להקים את גדר ההפרדה

26. את עמדתם באשר להיעדר סמכותו של המפקד הצבאי להקים את גדר ההפרדה באזור ביססו העותרים על שתי טענות עיקריות. הטענה הראשונה הינה כי המפקד הצבאי אינו מוסמך להורות על הקמת גדר ההפרדה שכן ביסוד החלטתו מונח שיקול מדיני ולא צבאי. לטענת העותרים, מטרתה של גדר ההפרדה להוות גבול מדיני ולא מכשול צבאי.

27. אכן, מקובל עלינו כי המפקד הצבאי אינו מוסמך להורות על הקמת גדר ההפרדה אם טעמיו הם מדיניים-פוליטיים. גדר ההפרדה אינה יכולה לבוא מטעמים של "סיפוח" שטחים מהאזור למדינת ישראל. מטרתה של גדר ההפרדה אינה יכולה להיות התוויית גבול מדיני. בפרשת דויקאת דן בית המשפט העליון בשאלה אם ניתן לתפוס מקרקעין לשם הקמת ישוב אזרחי יהודי, כאשר המטרה של הקמת הישוב אינה צורכי הביטחון וההגנה המרחבית באזור (כפי שהיו בפרשת איוב), אלא מטעמים שבהשקפת עולם ציונית של ישובה של ארץ ישראל כולה. על שאלה זו השיב בית המשפט העליון בשלילה. מ"מ הנשיא, השופט מ' לנדוי, הביא מדברי ראש הממשלה (מר מנחם בגין ז"ל) על זכותו של עם ישראל להתנחל ביהודה ובשומרון, והמשיך ואמר דברים אלה:

> "ההשקפה על זכותו של עם ישראל הבאה לידי ביטוי בדברים אלה מיוסדת על אדני תורת הציונות. אבל השאלה החוזרת ועומדת לפני בית משפט זה בעתירה זו, היא אם השקפה זו מצדיקה נטילת קנינו של הפרט בשטח הנתון לשליטת הממשל הצבאי, ... התשובה על כך תלויה בפירושו הנכון של סעיף 52 לכללי האג. הנני גורס שצורכי הצבא האמורים באותו סעיף אינם יכולים לכלול, לפי פירוש סביר כלשהו, את צרכי הביטחון הלאומי במובנם הרחב, כפי שהזכרתים זה עתה" (בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 17).

וברוח דומה כתבתי בפרשת ג'מעית אסכאן כי "אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו... אפילו צרכי הצבא הם צרכיו הצבאיים ולא צורכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב: פרשת דויקאת" (שם, עמ' 794). באותה פרשה נדונה השאלה אם המפקד הצבאי מוסמך להרחיב כביש העובר באזור. בהקשר זה כתבתי:

> "אין הממשל הצבאי רשאי לתכנן ולבצע מערכת כבישים באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית, אם מטרתו של תכנון זה ואם מטרתו של ביצוע זה הן אך להוות 'דרך שירות' למדינתו שלו. תכנון וביצוע מערכת כבישים בשטח תפוס יכול שייעשו מנימוקים צבאיים... תכנון וביצוע מערכת כבישים יכול שייעשו מנימוקים של טובת האוכלוסיה המקומית. אין תכנון וביצוע אלה יכולים להעשות אך כדי לשרת את המדינה המחזיקה" (שם, עמ' 795).

אכן, על המפקד הצבאי של שטח המוחזק בתפיסה לוחמתית למצוא איזון בין צרכי הצבא מזה לבין צרכי התושבים המקומיים מזה. במסגרת איזון עדין זה אין מקום למערכת שיקולים נוספת, שעניינה שיקולים מדיניים, סיפוח שטחים או קביעת גבולות הקבע של המדינה. בית המשפט העליון חזר והדגיש כי סמכויותיו של המפקד הצבאי הן זמניות מטבען, שכן התפיסה הלוחמתית היא זמנית מטבעה. הסדרי הקבע אינם מעניינו של המפקד הצבאי. אמת, התפיסה הלוחמתית באזור היא ארוכת שנים. לדבר זה השפעה על היקף סמכותו של המפקד הצבאי (ראו פרשת ג'מעית אסכאן, עמ' 800). אין בעבור הזמן כדי להרחיב את סמכותו של המפקד הצבאי ולאפשר לו לשקול שיקולים שמעבר לעצם ניהולו הראוי של האזור הנתון לתפיסה לוחמתית.

28. בחנו את טענתם של העותרים. הגענו לכלל מסקנה כי על פי התשתית העובדתית שהונחה לפנינו הטעם להקמת הגדר הוא ביטחוני. כפי שראינו, בהחלטות הממשלה השונות שדנו בהקמת הגדר, חזרה הממשלה והדגישה כי "הגדר, כמו המכשולים האחרים, הינה אמצעי ביטחון. הקמתה אינה מבטאת גבול מדיני או אחר" (החלטה מיום 23.6.2002). "המכשול שיוקם על פי החלטה זו, כמו קטעיו האחרים ב'מרחב התפר', הינו אמצעי ביטחון למניעת פיגועי טרור ואינו מבטא גבול מדיני או אחר" (החלטה מיום 1.10.2003).

29. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (המשיב מס' 2), אלוף מ' קפלינסקי, הגיש לנו תצהיר. בתצהירו הוא קובע כי "מטרת גדר הביטחון הינה לאפשר התמודדות ביטחונית אפקטיבית עם מגוון של איומים הנובעים מהטרור הפלסטיני. בכלל זאת, נועדה הגדר למנוע מעבר בלתי מבוקר של תושבי האזור אל תחומי ישראל ואת חדירתם אל תחומי ישובים ישראליים מסויימים המצויים באזור. מהשיקול הביטחוני נגזרת בחירת התוואי הטופוגרפי" (תצהיר מיום 15.4.2004, סעיפים 22 ו-23). מפקד האזור פירט את שיקוליו בבחירת התוואי. הוא מנה את הצורך של הגדר לעבור בשטחים השולטים על סביבותיהם; להעבירה בתוואי ישר ככל הניתן שיאפשר תצפית עליה;

לקיים "מרחב ביטחון" שיאפשר עיכוב חדירה לישראל. אלה הם שיקולים ביטחוניים מובהקים. בתצהיר נוסף שהוגש לנו ציין האלוף קפלינסקי כי "אין המדובר בגדר של קבע, כי אם בגדר המוקמת באופן זמני, לצורך ביטחוני" (תצהיר מיום 19.4.2004, סעיף 4). אין לנו כל יסוד שלא לתת לדברים אלה את מלוא משקלם, ואין לנו כל יסוד שלא להאמין בכנות דבריו של המפקד הצבאי.

30. העותרים מבקשים להוכיח את טענותיהם כי ביסוד הקמת גדר ההפרדה לא מונח שיקול ביטחוני אלא שיקול מדיני (גבול וסיפוח), תוך הסתמכות על תוואי הגדר. לטענתם, אם השיקול בהקמת הגדר היה ביטחוני, הגדר היתה מוקמת על ה"קו הירוק", כלומר קו שביתת הנשק שבין ישראל לירדן לאחר מלחמת השחרור. טענות אלה אין בידינו לקבל. דווקא הגישה הביטחונית ולא המדינית צריכה לבחון את התוואי לגופו, בלא קשר הכרחי לקו הירוק. חברי המועצה לשלום ולביטחון, אשר תצהירים משלהם הובאו בפנינו בהסכמה, אינם מציעים היצמדות לקו הירוק. הם אף לא מעלים הטענה כי ביסוד שיקוליו של המפקד הצבאי עומד שיקול פוליטי. המחלוקת שלהם עימו היא באשר לתוואי הראוי של גדר ההפרדה מנקודת המבט הביטחונית עצמה.

31. הקדשנו לדיון בעתירה שלפנינו שבע ישיבות. שמענו בקשב רב את הסבריהם של קצינים ועובדים אשר טיפלו בפרטי הגדר. במקומות מספר שונה תוואי הגדר תוך כדי הדיון בעתירה. המשיבים גילו פתיחות להצעות שונות שהועלו. כך, למשל, בסמוך לישוב הר אדר הם הסכימו לקרב את הגדר העוברת מצפון לישוב אל מערך הביטחון הקיים שלו, ולהרחיקו משטחי הכפר אל קביבה הסמוך אליו. אין לנו כל סיבה להניח כי המטרה היא מדינית ולא ביטחונית. אכן, העותרים לא הרימו את הנטל ולא שכנעו אותנו כי השיקולים עליהם מבוססת ההחלטה על הקמת גדר ההפרדה הם שיקולים מדיניים ולא ביטחוניים. בדומה, לא הרימו העותרים את הנטל המוטל עליהם ולא שכנעו אותנו כי שיקוליו של מפקד כוחות צה"ל באזור בקביעת מיתווה גדר ההפרדה אינם שיקולים צבאיים, וכי הוא לא פעל בתום לב להגשמתם, על פי מיטב תפיסתו הצבאית.

32. טענתם <u>השניה</u> של העותרים הינה כי הקמת הגדר באזור מבוססת במידה רבה על תפיסת מקרקעין המצויים בבעלותם הפרטית של תושבים מקומיים, כי תפיסה כזו אינה חוקית, ויש בה לשלול את סמכותו של המפקד הצבאי להקים את המכשול. אין לקבל טענה זו. לא מצאנו פגם בהליך הוצאת צווי התפיסה, ובהליך מתן אפשרות להתנגדות להם. אשר לטענה בעניין הסמכות שהועלתה בפנינו, דעתנו הינה כי המפקד הצבאי מוסמך – על פי המשפט הבינלאומי החל באזור הנתון לתפיסה לוחמתית –

לתפוס חזקה במקרקעין אם הדבר דרוש לצרכי הצבא (ראו סעיפים 23(g) ו-52 לאמנת האג; סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית). עליו לשלם כמובן פיצויים בגין השימוש שהוא עושה במקרקעין (ראו בג"ץ 606/78 איוב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113; בג"ץ 401/88 אבו ריאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מב(2) 767; להלן – פרשת אבו ריאן; פרשת תימרז). אכן, על בסיס ההוראות של אמנת האג ואמנת ג'נבה הכיר בית משפט זה בחוקיות של תפיסת קרקעות ובתים לצרכים צבאיים שונים, ובכלל זה הקמת מתקנים צבאיים (בג"ץ 834/78 סלאמה נ' שר הביטחון, פ"ד לג(1) 471;); סלילת כבישים עוקפים (בג"ץ 202/81 טביב נ' שר הביטחון, פ"ד לו(2) 622; פרשת וופא); בניית גדרות סביב מאחזים (פרשת תימרז); שיכון זמני של חיילים (בג"ץ 290/89 ג'ורא נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פ"ד מג(2) 116); הבטחת תנועה תקינה בדרכי התחבורה שבאזור (פרשת אבו ריאן); הקמת נציגויות של המינהל האזרחי (בג"ץ 1987/90 שדיד נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (לא פורסם)); תפיסת מבנים לשם הצבת כוח צבאי (בג"ץ 8286/00 האגודה לזכויות האזרח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (לא פורסם)). כמובן, בכל פעולותיו אלה, 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 ההפרדה נופלת למסגרת זו, ובלבד שהדבר נדרש על פי צרכים צבאיים. עד כמה שהקמת הגדר היא צורך צבאי, אין בעצם פגיעתה בקנין 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. כמובן, תוואי גדר ההפרדה צריך להתחשב בצרכי האוכלוסיה המקומית, אך עניין זה שייך לשאלת התוואי של הגדר ולא לשאלת הסמכות להקימה. משהגענו למסקנתנו זו קמה ועולה השאלה <u>השניה</u> שעלינו לדון בה, ואשר היוותה את מרכזה של העתירה שבפנינו. שאלה זו עניינה חוקיות מיקומה של גדר ההפרדה תוך בחינת התוואי של הגדר. לבחינתה של שאלה זו נעבור עתה.

תוואי גדר ההפרדה

33. השאלה המרכזית בה התמקד עיקר הטיעון בעתירה שלפנינו, הינה חוקיותו של התוואי שנבחר להקמת גדר ההפרדה. שאלה זו עומדת על רגליה היא והיא מחייבת תשובה ענייינית. לא די בכך שביסוד הקמת הגדר עומד שיקול ביטחוני ולא מדיני. המפקד הצבאי אינו חופשי להגשים בשטח המוחזק על ידו בתפיסה לוחמתית כל פעולה שביסודה מונח שיקול ביטחוני. שיקול דעתו של המפקד הצבאי מוגבל על ידי המערכת הנורמטיבית שבמסגרתה הוא פועל, ושממנה הוא יונק את כוחו. אכן, המפקד

הצבאי אינו הריבון בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית (ראו Oppenheim, "The Legal Relations Between an Occupying Power and the Inhabitants", 33 Law Q. Rev. 363, 364 (1917); י' דינשטיין, דיני מלחמה 210 (1983)). עליו לפעול בגדרי הדינים הקובעים את סמכותו שלו במצב של תפיסה לוחמתית. מה קובעים דינים אלה?

34. דיני התפיסה הלוחמתית מכירים בכוחו של המפקד הצבאי לשמור על הביטחון באזור ולהגן בכך על ביטחונה של מדינתו ושל אזרחיה. עם זאת, הם מתנים הפעלתה של סמכות זו באיזון ראוי בינה לבין הזכויות, הצרכים והאינטרסים של האוכלוסיה המקומית. עמד על כך פרופ' דינשטיין, בציינו:

> "דיני המלחמה יוצרים בדרך-כלל איזון עדין בין שני קטבים מגנטיים: צורך צבאי, מחד גיסא, ושיקולים הומניטריים, מאידך גיסא" (דינשטיין, "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים", עיוני משפט ב' 505, 509 (תשל"ב-ל"ג)).

בית המשפט העליון הדגיש בפסיקתו מאז מלחמת ששת הימים כי "בצידה של זכות המחזיק קמה חובתו לדאוג לשלום האוכלוסיה" (מ"מ הנשיא י' זוסמן בבג"ץ 337/71 אלג'מעיה אלמסיחיה ללאראצ'י אלמקדסה נ' שר הביטחון, פ"ד כו(1) 574, 581). "חובותיו וזכויותיו של שלטון צבאי מוגדרות על פי צרכיו הצבאיים שלו עצמו מצד אחד, ומצד שני על פי הצורך להבטיח ככל האפשר את חייה התקינים של האוכלוסיה המקומית" (השופט לנדוי בבג"ץ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נ' שר הביטחון, פ"ד כז(1) 124, 138). עמד על כך מ"מ הנשיא מ' שמגר בציינו:

> "דוקטרינה זו... אינה חייבת להוליד הגבלה על הכוח להטיל מיסוי, <u>אם הדבר מתחייב מטובתו ומצרכיו של השטח</u>, כי האיזון הנאות בין אלו לבין צורכי הצבא השליט בכיפה הוא קו מנחה מרכזי ומתמיד של הממשל הצבאי" (פרשת אבו עיטה, עמ' 270; ההדגשה במקור).

וברוח דומה ציינתי אף אני כבר לפני למעלה מעשרים שנה בפרשת ג'מעית אסכאן:

> "תקנות האג סובבות סביב שני צירים מרכזיים: אחד – הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של התופס בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית; האחר – הבטחת צרכיה של האוכלוסיה האזרחית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית" (שם, עמ' 794).

בפרשה אחרת ציינתי:

> "בהפעילם את סמכותם, על המשיבים לשקול מחד גיסא שיקולי ביטחון ומאידך גיסא את טובתה של האוכלוסיה האזרחית. עליהם לאזן בין השיקולים השונים" (בג"ץ 72/86 זלום נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פ"ד מא(1) 528, 532; ראו גם פרשת מרעב, עמ' 365).

השופט ד' לוין חזר על גישה זו:

> "חובתו של הממשל הצבאי, המוגדרת בתקנה 43 לתקנות האג, היא לשמור על הסדר ועל החיים הציבוריים של האוכלוסיה המקומית, אך זאת תוך איזון ראוי בין טובת האוכלוסיה בשטחים לבין צורכי הצבא וביטחונם של חיילים ואזרחים, המצויים בשטחים אלה" (בג"ץ 2977/91 תג' נ' שר הביטחון, פ"ד מו(5) 467, 474).

על גישה זו חזרה השופטת א' פרוקצ'יה לאחרונה:

> "אמנת האג מסמיכה את מפקד האזור לפעול בשני תחומים מרכזיים: האחד – הבטחת האינטרס הביטחוני הלגיטימי של המחזיק בשטח, והשני – הבטחת צרכיה של האוכלוסיה המקומית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית... הצורך האחד הוא צבאי והאחר הוא צורך אזרחי-הומניטרי. הראשון מתמקד בדאגה לביטחון הכוח הצבאי המחזיק במקום, והשני – באחריות לקיום רווחתם של התושבים. בתחום האחרון מופקד מפקד האזור לא רק על שמירת הסדר והביטחון של התושבים אלא גם על הגנת זכויותיהם, ובמיוחד על זכויות האדם החוקתיות הנתונות להם. הדאגה לזכויות אדם עומד במרכז השיקולים ההומניטריים שחובה על המפקד לשקול" (פרשת הס, פסקה 8).

35. גישתו זו של בית המשפט העליון מעוגנת היטב בדינים ההומניטריים של המשפט הבינלאומי הפומבי. דינים אלה קבועים בסעיף 46 לתקנות האג ובסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית. סעיף 46 לתקנות האג קובע:

"יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות-הדת ומינהגי הפולחן. אין להחרים רכוש פרטי".

ובנוסח האנגלי:

"Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected. Private property cannot be confiscated".

סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע:

"מוגנים זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותיהם המשפחתיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמינהגיהם. היחס אליהם יהא תמיד אנושי, והם יוגנו במיוחד מפני כל מעשי אלימות או איומי אלימות... אולם בעלי הסכסוך רשאים לנקוט, לגבי מוגנים, אותם אמצעי פיקוח וביטחון שיהיו דרושים כתוצאה מהמלחמה".

ובנוסח האנגלי:

"Protected persons are entitled, in all circumstances, to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions and practices, and their manners and customs. They shall at all times be humanely treated, and shall be protected especially against all acts of violence or thereats thereof... However, the Parties to the conflict may take such measures of control and security in regard to protected persons as may be necessary as a result of the war".

ביסוד הוראות אלה עומדת ההכרה בערך האדם ובקדושת חייו (ראו פרשת רופאים לזכויות אדם, פסקה 11). בנתחו את סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית כותב פיקטה:

> "Article 27... occupies a key position among the Articles of the Convention. It is the basis of the Convention, proclaiming as it does the principles on which the whole 'Geneva Law' is founded. It proclaims the principle of respect for the human person and the inviolable character of the basic rights of individual men and women... the right of respect for the person must be understood in its widest sense: it covers all the rights of the individual, that is, the rights and qualities which are inseparable from the human being by the very fact of his existence and his mental and physical powers, it includes, in particular, the right to physical, moral and intellectual integrity – an essential attribute of the human person".

ההוראות שבתקנה 46 לתקנות האג ובסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית מטילות על המפקד הצבאי חובה כפולה: עליו להימנע מפעולות הפוגעות בתושבים המקומיים. זוהי חובתו ה"שלילית"; עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא יפגעו. זוהי חובתו ה"חיובית" (ראו פרשת רופאים לזכויות אדם, שם). בצד ההוראות הבסיסיות הללו קיימות הוראות נוספות העוסקות בהיבטים ספציפיים, כגון תפיסת מקרקעין (סעיפים 23(g) ו-52 לאמנת האג; סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית). הוראות אלו יוצרות שתי וערב של הוראות אשר, מחד גיסא, מכירות בזכויות האדם ובצרכים של האוכלוסיה המקומית, ומאידך גיסא, מכירות בצרכי הביטחון מנקודת ראותו של המפקד הצבאי. בין הוראות נוגדות אלה יש למצוא איזון ראוי. מהו אותו איזון?

מידתיות

36. בעיית האיזון בין ביטחון לחירות אינה מיוחדת להפעלת שיקול דעתו של המפקד הצבאי באזור הנתון לתפיסה לוחמתית. זוהי בעיה כללית במשפט (הבינלאומי והלאומי). הפתרון לה הוא אוניברסלי. הוא גלום, בין השאר, בעקרונות הכלליים של המשפט, ובהם סבירות ותום לב (ראו B. Cheng, General Principles of Law As Applied By International Courts and Tribunals (1987); T. Meron, Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law (1989); Sh. Rosenne, The Perplexities of Modern International Law 63 (2002)). אחד מאותם עקרונות יסוד המאזנים בין המטרה הראויה לבין האמצעים להגשמתה הוא העיקרון של מידתיות (proportionality). על פיו, ניתן להגביל את חירותו של הפרט (בענייננו, חירותם של התושבים המקומיים הנתונים לתפיסה לוחמתית) כדי להגשים מטרות ראויות (לענייננו,

ביטחון המדינה ואזרחיה וביטחון האזור) ובלבד שההגבלה הינה מידתית. גישה זו חוצה את כל ענפי המשפט. במסגרת העתירה שלפנינו, חשיבותה היא כפולה: ראשית, היא מהווה עקרון בסיסי של המשפט הבינלאומי בכלל ושל דיני התפיסה הלוחמתית בפרט; שנית, היא מהווה אמת מידה מרכזית במשפט המינהלי הישראלי החלה באזור הנתון לתפיסה לוחמתית. נעמוד בקצרה על כל אחד מאלה.

37. מידתיות מוכרת כיום כעיקרון כללי של המשפט הבינלאומי (ראו, מרון, שם, עמ' 65 וכן R. Higgins, Problems and Process: International Law and How We Use It 219 (1994); Delbruck, "Proportionality", Encyclopedia of Public International Law (Vol. 3, 1997), 1140, 1144). למידתיות מקום מרכזי בדינים בדבר סכסוכים מזויינים. בסכסוכים אלה נדרש תדירות לאזן בין צרכים צבאיים לבין שיקולים הומניטריים (ראו Gardam, "Proportionality and Force in International Law", 87 Am. J. Int'l L. 391 (1993); Garden, "Legal Restraints on Security Council Military Enforcement Action", 17 Mich. J. Int'l L. 285 (1996); Dinstein, "Military Necessity", Encyclopedia of Public International Law 395 (Vol. 3, 1997); Medenica, "Protocol I and Operation Allied Force: Did NATO Abide by Principles of Proportionality?", 23 Loy. L. A. Int'l & Comp. L. Rev. 329 (2001); Roberts, "The Laws of War in the War on Terror", 32 Isr. Y.B.H.R. 199 (2002)). מידתיות מהווה אמת מידה לאיזון זה. כותב פיקטה:

> "In modern terms, the conduct of hostilities and, at all times the maintenance of public order, must not treat with disrespect the irreducible demands of humanitarian law.
>
> From the foregoing principle springs the Principle of Humanitarian Law (or that of the law of war):
>
> Belligerents shall not inflict harm on their adversaries out of proportion with the object of warfare, which is to destroy or weaken the military strength of the enemy" (J. Pictet, Developments and Principles of International Humanitarian Law 62 (1985)).

ברוח דומה ציין פנריק (Fenrick):

> "There is a requirement for subordinate nature to perform the balancing function between military and humanitarian requirements. This rule is the rule of proportionality" (Fenrick, The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare", 98 Military L. Rev. 91, 94 (1982)).

ועל אותו רעיון חוזר גסר (Gasser):

> "International humanitarian law takes into account losses and damage as incidental consequences of (lawful) military operations... The criterion is the principle of proportionality" (Gasser, "Protection of Civilian Population", in D. Fleck (ed.), The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts 220 (1995)).

38. מידתיות אינו רק עקרון כללי של המשפט הבינלאומי (הכללי וההומניטרי). מידתיות הוא גם עקרון כללי של המשפט המינהלי הישראלי (ראו סגל, "עילת היעדר היחסיות (Disproportionality) במשפט המינהלי", הפרקליט לט 507 (תש"ן); זמיר, "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה", משפט וממשל ב 109, 130 (תשנ"ד)). תחילה כעקרון הלכתי, ואחר כך כעקרון חוקתי המהווה חלק מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 8), הוא מהווה כיום אחד מערכי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי (ראו בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 435; בג"ץ 3477/95 בן-עטיה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1; להלן – פרשת בן-עטיה; בג"ץ 1255/94 "בזק" נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 661, 687; בג"ץ 3643/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 730; להלן – פרשת סטמקה; בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי נ' הרשות השניה, פ"ד נד(4) 178; בג"ץ 9232/01 "כח" ההתאחדות הישראלית של הארגונים להגנת בעלי חיים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(6) 212, 261; ד' דורנר, "מידתיות", ספר ברנזון 281 (כרך שני, א' ברק ח' ברנזון עורכים, תש"ס)). עקרון המידתיות חל לעניין כל פעולה של רשות מינהלית ישראלית. הוא חל גם לעניין הפעלת סמכותו של המפקד הצבאי על פי דיני התפיסה הלוחמתית.

39. הנה כי כן, דיני המשפט הבינלאומי מזה ועקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי מזה, מכירים במידתיות כאמת מידה המאזנת בין סמכותו של המפקד הצבאי באזור לבין צרכיה של האוכלוסיה המקומית. אכן, כחוט השני עובר בפסיקתו של בית המשפט העליון עקרון המידתיות כאמת מידה המגבילה את כוחו של המפקד הצבאי (ראו סגל, "סמכות בטחונית, יחסיות מינהלית וביקורת שיפוטית", עיוני משפט א' 477 (1993)). כך, למשל, בחן בית משפט זה באמות מידה של מידתיות את סמכות המפקד הצבאי לעניין תיחום מקום מגורים (ראו פרשת עג'ורי; בג"ץ 9552/03 עבד נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם פורסם); בג"ץ 9586/03 סואלמה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (טרם פורסם)); לעניין כיתור יישובים והצבת מחסומים בדרכי הגישה אליהם ומהם לצורך סיכול טרור (ראו בג"ץ 2847/03 עלאונה נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (לא פורסם); בג"ץ 2410/03 אלערג'א נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (לא פורסם)); לעניין פגיעה ברכוש תושבים עקב פעולות לחימה של צה"ל (ראו בג"ץ 9252/00 אל סקא נ' מדינת ישראל (לא פורסם)); לעניין קביעת אפשרויות הכניסה של ישראלים לאזור והכרזתו "שטח צבאי סגור" (ראו בג"ץ 9293/01 ברקה נ' שר הבטחון, פ"ד נו(2) 509); לעניין האמצעים הננקטים לשמירה על בטחון מתפללים וגישתם למקומות קדושים (ראו פרשת הס); לעניין הריסת בתים לצרכים מבצעיים (ראו בג"ץ 4219/02 גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(4) 608) ולצרכים הרתעתיים (ראו בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, פ"ד מב(1) 217, 219; בג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 353, 364; בג"ץ 893/04 פרג נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (לא פורסם); לעניין תנאי מעצר של חשודים באזור (ראו בג"ץ המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נז(1) 385; בג"ץ 5591/02 יאסין נ' יוני בן דוד-מפקד מחנה צבאי קציעות, פ"ד נז(1) 403); לעניין סמכות המעצר לצרכי חקירה ומניעת פגישת העצור עם עורך דינו (ראו פרשת מרעב); לעניין הטלת מצור צבאי על מסתגרים בתוך מקום קדוש (ראו בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30, 36); לעניין הסדרת תיעוד וזיהוי לתושבי האזור (ראו בג"ץ 2271/98 נאבד נ' שר הפנים, פ"ד נה(5) 778).

מהותה של המידתיות ויסודותיה

40. עקרון המידתיות קובע, כי החלטה של רשות מינהלית היא כדין רק אם האמצעי השלטוני אשר ננקט, לשם הגשמתה של התכלית השלטונית, הוא במידה הראויה. העקרון של מידתיות מתרכז, איפוא, ביחס בין המטרה אותה מבקשים להגשים לבין האמצעים הננקטים להגשמתה. עקרון זה כללי הוא. הוא מחייב קונקרטיזציה.

אכן, הן במשפט הבינלאומי, הדן בשיטות לאומיות שונות (הן ממשפחת המשפט המקובל (כגון קנדה) והן ממשפחת המשפט הקונטיננטלי (כגון גרמניה)), והן במשפט הישראלי, נקבעו שלושה מבחני משנה עקרוניים, המעניקים תוכן קונקרטי לעקרון המידתיות (ראו J. Schwarze, European Administrative Law 687 (1992); N. Emiliou, The Principle of Proportionality in European Law; A Comparative Study (1996); E. Ellis (ed.), The Principle of Proportionality in the Laws of Europe (1999)).

41. מבחן המשנה הראשון קובע כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי. האמצעי אשר הרשות המינהלית נוקטת בו צריך להיות גזור להשגת המטרה אשר הרשות המינהלית מבקשת להשיגה. האמצעי שבו נקט המינהל צריך להוביל באופן ראציונלי להגשמתה של המטרה. זהו מבחן האמצעי המתאים או האמצעי הראציונלי. מבחן המשנה השני קובע כי האמצעי אשר הרשות המינהלית נוקטת בו צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר. מבין מגוון האמצעים שניתן לנקוט בהם להגשמת המטרה, יש לנקוט באותו אמצעי שפגיעתו פחותה. זהו מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. מבחן המשנה השלישי קובע, כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות המינהלית נוקטת בו להגשמת מטרותיה צריך להיות ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה יביא. זה מבחן האמצעי המידתי (או המידתיות "במובן הצר"). את מבחן המידתיות במובן הצר מקובל ליישם ב"ערכים מוחלטים", כלומר בהשוואה ישירה של יתרון הפעולה השלטונית לעומת הנזק הנובע ממנה. אולם ניתן גם להפעיל בחינה "יחסית" של המידתיות במובן הצר. לפי גישה זו, נבחנת הפעולה השלטונית לעומת חלופה אפשרית לה, שתועלתה תהא פחותה במידת-מה מן הפעולה השלטונית המקורית. הפעולה השלטונית המקורית תהא בלתי מידתית על פי מבחן המידתיות "במובן הצר" אם הפחתה מסוימת ביתרון המושג מן הפעולה המקורית, למשל באמצעות נקיטה בחלופה האפשרית, תבטיח הפחתה משמעותית בנזק שנגרם מן הפעולה המקורית.

42. רק אם שלושת מבחני משנה אלה מתקיימים, ניתן לומר כי האמצעי שננקט על ידי הרשות השלטונית בהגשמת מטרתו הוא מידתי. לא די בקיומו של אחד או שניים ממבחני משנה אלה. נדרש קיום בו-זמני של שלושתם. לא פעם מצויות מספר 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 (ראו פרשת בן-עטיה, עמ' 13; בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 258).

43. מובן זה של עקרון המידתיות חל גם לעניין הפעלת סמכותו של המפקד הצבאי, באזור הנתון לתפיסה לוחמתית. כך, למשל, בפרשת עג'ורי התעוררה השאלה אם תיחום מקום מגורים – באותה פרשה, העברת תושבים מקומיים מאזור יהודה ושומרון לרצועת עזה – הוא מידתי. לעניין מבחן המידתיות, שהוחל באותה פרשה, כתבתי:

> "כמו השימוש בכל אמצעי אחר, גם לגבי השימוש באמצעי של תיחום מקום מגורים צריך לנקוט במידתיות. 'חייב להתקיים יחס ענייני - יחסיות או מידתיות ראויות - בין המעשה האסור של הפרט לבין האמצעים הננקטים על ידי השלטון'... נדרש קשר של התאמה בין המטרה של מניעת סיכון מהאדם שמקום מגוריו תוחם לבין הסיכון הנובע ממנו אם לא יינקט כלפיו אמצעי זה... נדרש כי האמצעי הננקט פגיעתו תהא פחותה; וכן נדרש כי בדרך כלל האמצעי של תיחום מקום המגורים יעמוד ביחס ראוי לתועלת הצומחת ממנו בהבטחת ביטחון האזור..." (שם, עמ' 373).

מידתיות מיתווה גדר ההפרדה

44. עקרון המידתיות חל בבחינת חוקיותה של גדר ההפרדה. גישה זו מקובלת היא על המשיבים. היא מצאה ביטויה בהחלטת הממשלה (מיום 1.10.2003) לפיה "במהלך התכנון המפורט ייעשה כל מאמץ לצמצם, ככל הניתן, הפרעות העלולות להיגרם לאורחות החיים של הפלסטינים בעקבות הקמת המכשול". היא היוותה את הטיעון המרכזי של המשיבים לפנינו, לפיו הנזק הנגרם על ידי תוואי גדר ההפרדה הוא מידתי. אכן, נקודת המוצא שלנו הינה, כי גדר ההפרדה נועדה להגשים מטרה ביטחונית, אשר המפקד הצבאי מוסמך להגשימה. שאלת המפתח לעניין תוואי הגדר הינה, האם המיתווה של גדר ההפרדה הוא מידתי? מידתיותה של גדר ההפרדה צריכה להיקבע על פי תשובה לשלוש השאלות הבאות, המשקפות את שלושת מבחני המשנה של המידתיות: <u>ראשית</u>, האם מתקיים מבחן האמצעי המתאים או האמצעי הראציונלי. השאלה הינה האם יש קשר ראציונלי בין מיקום מיתווה הגדר לבין השגת המטרה המונחת ביסוד הקמת גדר ההפרדה; <u>שנית</u>, האם מתקיים מבחן האמצעי הפוגע פחות. השאלה הינה אם מבין תוואים שונים של גדר ההפרדה שיש בהם כדי להגשים את מטרתה, נבחר האמצעי שפגיעתו פחותה; <u>שלישית</u>, האם מתקיים מבחן המידתיות במובן הצר. השאלה הינה, אם גדר ההפרדה בתוואי שנקבע על ידי המפקד הצבאי פוגעת בתושבים המקומיים כה קשה עד כי אין יחס ראוי בין פגיעה זו לבין התועלת הביטחונית הצומחת ממנה. בבדיקה "יחסית" של מבחן זה תימצא גדר ההפרדה בלתי

מידתית, אם יוצג תוואי חלופי לגדר, שהיתרון הבטחוני הנצמח ממנו אמנם פחות מזה המובטח בתוואי שנבחר על-ידי המשיב, אך שהנזק הנגרם ממנו פחות בצורה משמעותית מן התוואי המקורי.

היקף הביקורת השיפוטית

45. בטרם נבחן את מידתיותו של מיתווה גדר ההפרדה, מן הראוי הוא שנעמוד על מאפייניה של בחינתנו. נקודת המוצא לבחינתנו הינה ההנחה, שלא נסתרה, כי המטרה המונחת ביסוד החלטת הממשלה על הקמת גדר ההפרדה היא מטרה ביטחונית ולא מדינית. כן יוצאים אנו מתוך ההנחה, אשר אף אותה לא הצליחו העותרים לסתור, כי שיקוליו של המפקד הצבאי בקביעת מיתווה גדר ההפרדה הם שיקולים צבאיים, אשר למיטב הכרתו יש בהם כדי להגשים את המטרה הביטחונית המונחת ביסוד גדר ההפרדה. לבסוף, מניחים אנו – ועניין זה אף לא היה שנוי במחלוקת לפנינו – כי המפקד הצבאי סבור כי פגיעתה של הגדר בתושבים המקומיים היא מידתית. על רקע תשתית עובדתית זו, שתיים הן השאלות הניצבות בפנינו: השאלה <u>האחת</u> הינה, האם מיתווה גדר ההפרדה, כפי שנקבע על ידי מפקד האזור, מבוסס מהבחינה הצבאית? הקיים מיתווה אחר לגדר ההפרדה אשר מגשים בצורה טובה יותר את המטרה הביטחונית המונחת ביסוד החלטת הממשלה? התשובה לשאלה זו מהווה מרכיב מרכזי של המידתיות. אם המיתווה שנבחר אינו מבוסס מבחינה צבאית, לא מתקיים קשר רציונלי בין המטרה אשר הגדר נועדה להגשים לבין המיתווה שנבחר (מבחן המשנה הראשון); אם קיים מיתווה, אשר מגשים את המטרה בצורה טובה יותר, יש לבחון אם פגיעתו של מיתווה זה אינה פחותה (מבחן המשנה השני). השאלה <u>השניה</u> הינה, האם מיתווה גדר ההפרדה הוא מידתי? שתי שאלות אלה חשובות הן לבחינתה של המידתיות. עם זאת, הן מעלות בעיות נפרדות לעניין היקף הביקורת השיפוטית. בצדק ציין חברי, השופט מ' חשין, כי:

> "המאטריה השונה מכתיבה מעצמה דרכי התערבות שונות. אכן, מעשה המדינה ומעשה מלחמה אינם משנים מאופיים גם אם נתונים הם לביקורת של בית-משפט, ואופי המעשים, על-פי טבע הדברים, טובע את חותמו בדרכי ההתערבות" (**בג"ץ 1730/96** סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, **פ"ד נ(1) 354, 369**).

נבחן, איפוא, בנפרד את היקף ההתערבות לעניין כל אחת משתי השאלות המונחות בפנינו.

טיבו הצבאי של מיתווה גדר ההפרדה

46. השאלה הראשונה עוסקת בטיבו הצבאי של המיתווה. היא בוחנת אם המיתווה של גדר ההפרדה שנבחר על ידי המפקד הצבאי משיג את המטרה המונחת ביסודו, והאם אין מיתווה המשיג מטרה זו בצורה טובה יותר. היא מעוררת בעיות שבמומחיות צבאית. 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. עמד על כך הנשיא שמגר, בציינו:

> "אך מובן שבית המשפט איננו נכנס בנעלי הגורם הצבאי המחליט... כדי להמיר שיקול-דעתו של המפקד בשיקול-דעתו של בית המשפט, הוא דן בשאלה, אם לאור מכלול הנתונים מצויה הפעלת האמצעי האמור בתוך המיתחם של האמצעים, אשר ניתן לראותם, בנסיבות העניין, כסבירים בהתחשב עם מעשיהם של אותם המעורבים בפעילות הפוגעת בביטחון האזור שעניינם נדון בבית המשפט" (בג"ץ 1005/89 אגא נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד מד(1) 536, 539).

וברוח דומה כתבתי בפרשת עג'ורי:

> "בית המשפט העליון, בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, מפעיל ביקורת שיפוטית על חוקיות הפעלת שיקול-דעתו של המפקד הצבאי. נקודת המוצא המדריכה בית-משפט זה היא כי המפקד הצבאי ועושי דברו הם עובדי ציבור הממלאים תפקיד ציבורי על פי דין. בביקורת שיפוטית 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 ובהבטחות קיומם של התנאים התוחמים את שיקול-הדעת של המפקד הצבאי... אמת, 'ביטחון המדינה' אינה 'מילת קסם', השוללת ביקורת שיפוטית. ... על כן לא נירתע מהפעלת ביקורת על החלטותיו של המפקד הצבאי... אך בשל ההיבטים הביטחוניים החשובים שהחלטת המפקד הצבאי מעוגנת בהם. עם זאת לא נחליף את שיקול דעתו של המפקד

> בשיקול-דעתנו שלנו. נעמוד על חוקיות שיקול-דעתו של המפקד הצבאי ועל כך שהחלטותיו נופלות לגדר 'מיתחם הסבירות' הנקבע על-ידי הנורמות המשפטיות הרלוונטיות החלות בעניין" (שם, עמ' 375; ראו גם בג"ץ 619/78 "אל טליה" שבועון נ' שר הביטחון, פ"ד לג(3) 505, 512; פרשת ג'מעית אסכאן, עמ' 809; פרשת ברכה, עמ' 16).

47. העתירה שלנו מתייחדת בכך שהוגשו לנו חוות דעת מטעם המועצה לשלום ולביטחון. חוות דעת אלה עסקו בהיבט הצבאי של גדר ההפרדה. הן ניתנו על ידי מומחים בענייני צבא וביטחון, שגם מפקד האזור הכיר במומחיותם. ניצבים אנו, איפוא, בפני חוות דעת צבאיות סותרות באשר להיבטים הצבאיים של מיתווה גדר ההפרדה. חוות דעת אלה מבוססות על תפיסות צבאיות נוגדות. כך, למשל, המפקד הצבאי סבור כי יש להרחיק את גדר ההפרדה מבתי ישובים יהודיים כדי להבטיח מרחב ביטחון שיאפשר מירדף אחרי מחבלים לאחר שיצליחו לעבור את גדר ההפרדה, ויש להבטיח כי שטחים שולטים יכללו במסגרת הגדר. כדי להשיג מטרות אלה אין מנוס לעתים מבניית גדר ההפרדה בקירבת בתיהם של התושבים המקומיים. לעומתו סבורים המומחים הצבאיים של המועצה לשלום ולביטחון כי יש להרחיק גדר ההפרדה מבתיהם של התושבים המקומיים, שכן הקירבה מסוכנת היא לביטחון. שטחים שולטים ניתנים לתפיסה, בלא צורך לכללם במסגרת הגדר. במצב דברים זה, החופשיים אנו לאמץ לעצמנו את חוות הדעת של המועצה לשלום ולביטחון? תשובתנו היא בשלילה. 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. עמד על כך מ"מ הנשיא, השופט מ' לנדוי, באחת הפרשות בהן ניצב בית המשפט בפני שתי חוות דעת, האחת של אלוף המכהן בתפקידו בתפקיד של מתאם הפעולות בשטחים והאחר אלוף במילואים. וכך כתב בית המשפט:

> "במחלוקת כזאת בשאלות צבאיות-מקצועיות, שבה אין לבית-משפט ידיעה מבוססת משלו, נעמיד את המצהיר מטעם המשיבים, המדבר בשם אלה המופקדים בפועל על שמירת הביטחון בשטחים המוחזקים ובפנים הקו הירוק, בחזקתו שטעמיו המקצועיים הם טעמים כנים. דרושות ראיות משכנעות מאוד כדי לסתור חזקה זו" (בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90, 92).

דברים דומים כתב השופט א' ויתקון בפרשת דויקאת, בו ניצב בית המשפט בפני ניגוד בין חוות דעת בענייני ביטחון האזור של הרמטכ"ל המכהן, לבין חוות דעתו של מי שהיה רמטכ"ל. וכך נקבע באותה פרשה:

> "בענייני ביטחון, כאשר העותר מסתמך על חוות דעתו של מומחה לענייני ביטחון, ואילו המשיב מסתמך על חוות דעתו של האיש שהוא גם מומחה וגם האחראי למצב הביטחון במדינה טבעי הדבר שניתן משקל מיוחד לדעתו של זה האחרון" (בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 25).

על כן, בבחינתנו את השיקולים הצבאיים הנוגדים בעניינו, אנו נותנים משקל מיוחד לכך שמפקד האזור הוא האחראי לביטחון. משנקטנו בגישה זו, הננו סבורים – ועל הפרטים נעמוד בהמשך – כי העותרים לא הרימו את הנטל המוטל עליהם, ולא שכנעו אותנו כי עלינו להעדיף את חוות הדעת המקצועית, של חברי המועצה לשלום ולביטחון על פני עמדתו הביטחונית של מפקד האזור. עניין לנו בשתי גישות צבאיות. לכל אחת מהן מעלות וחסרונות בתחום הצבאי. במצב דברים זה עלינו להניח את חוות דעתו של המפקד הצבאי ביסוד פסק דיננו. כך נעשה בהמשך פסק הדין.

מידתיותו של מיתווה גדר ההפרדה

48. השאלה <u>השניה</u> בוחנת את מידתיותו של מיתווה גדר ההפרדה כפי שנקבע על ידי המפקד הצבאי. עניינה מידת הפגיעה של המיתווה שנקבע על ידי המפקד הצבאי בתושבים המקומיים. במסגרתה של שאלה זו נעשית השוואה בין מידת הפגיעה בביטחון מזה לבין מידת הפגיעה בתושבים המקומיים מזה. השאלה אינה היחס בין שיקולים צבאיים בינם לבין עצמם. השאלה הינה היחס בין השיקול הצבאי לשיקול ההומניטרי. השאלה אינה אם להעדיף את גישתו הצבאית של המפקד הצבאי או של מומחי המועצה לשלום ולביטחון. השאלה הינה אם מיתווה גדר ההפרדה על פי גישתו של המפקד הצבאי הוא מידתי. המבחן לעניין זה אינו מבחנו הסובייקטיבי של המפקד הצבאי. השאלה אינה אם המפקד הצבאי סבר בתום לב שהפגיעה היא מידתית. המבחן הוא אובייקטיבי. השאלה הינה, אם על פי אמות המידה המשפטיות מתקיימים במיתווה של גדר ההפרדה מבחני המידתיות. זוהי שאלה משפטית, בה המומחיות הינה של בית המשפט. עמדתי על כך בפרשת הרופאים לזכויות אדם, בצייני:

> "הביקורת השיפוטית אינה בוחנת את תבונתה של ההחלטה לקיים פעילות צבאית. בחינתה של הביקורת השיפוטית הינה חוקיותה של הפעילות הצבאית. על כן, מניחים אנו כי הפעולה הצבאית שבוצעה ברפיח דרושה היא מהבחינה הצבאית. השאלה הניצבת בפנינו הינה, אם מקיימת פעילות צבאית זו את אמות המידה הלאומיות והבינלאומיות הקובעות את חוקיותה של אותה פעולה. עצם העובדה שפעילות מתבקשת במישור הצבאי, אין פירושה שהיא חוקית במישור המשפטי. אכן, איננו מחליפים את שיקול דעתו של המפקד הצבאי בכל הנוגע לשיקולים הצבאיים. זו מומחיותו. אנו בודקים את תוצאותיהם במישור הדין ההומניטרי. זו מומחיותנו" (שם, פסקה 9).

הוא הדין בענייננו. המפקד הצבאי הוא המומחה לטיבו הצבאי של מיתווה גדר ההפרדה. אנו מומחים להיבטיו ההומניטריים. המפקד הצבאי קובע היכן בהר ובמישור תעבור גדר ההפרדה. זו מומחיותו. אנו בוחנים אם פגיעתו של מיתווה זה בתושבים המקומיים היא מידתית. זו מומחיותנו.

מן הכלל אל הפרט

49. שאלת המפתח הניצבת בפנינו הינה אם מיתווה גדר ההפרדה הוא מידתי. השאלה הינה, האם פגיעתה של גדר ההפרדה בתושבים המקומיים היא מידתית או שמא ניתן לקיים את עיקרי השיקולים הביטחוניים תוך קביעת תוואי גדר שפגיעתו בתושבים המקומיים תהא פחותה ותהא על כן מידתית? גדר ההפרדה הנדונה בעתירה משתרעת על כארבעים קילומטרים. מידתיותה משתנה על פי הנתונים המקומיים. נבחן זאת על פי הצווים השונים שהוצאו להקמת חלקיה השונים של הגדר. נבחן חוקיות הצווים על פי התקדמות התוואי ממערב למזרח (ראו כנספח לפסק דיננו את מפת האזור). תחילתו של תוואי זה ממזרח לישוב מכבים ולכפר בית סירא. הוא מדרים לישוב מבוא חורון ומשם מתקדם מזרחה לכיוון ירושלים. הגדר מתפתלת וחוצצת בין הישובים הישראליים לבין הכפרים הפלסטיניים השוכנים לאורך התוואי. היא מטפסת אל ג'בל מוקטם כדי לשמור על שליטה ישראלית עליו. לאור זאת היא עוברת ליד הכפרים בית ליקיא, בית אענן וח' אבו א-לחם. לאחר מכן היא מתקדמת מזרחה ומפרידה בין מעלה החמישה והר-אדר לבין הכפרים קטנה, אל קביבה ובידו. הגדר ממשיכה ועוטפת את הכפר בית סוריק ועולה צפונה עד שמגיעה לכביש 443, שהוא ציר תנועה מרכזי המחבר בין ירושלים למרכז הארץ. בחלק אחרון זה היא מפרידה בין הכפרים, בידו, בית אג'זא ובית דקו לבין הר שמואל, גבעון החדשה וגבעת זאב.

צו מס' 105/03/ת

50. צו זה מתייחס לתוואי המתחיל ממזרח לישוב מכבים וממערב לכפר בית סירא ומסתיים מצפון מזרח לישוב מבוא חורון. הוא לא עמד במחלוקת של ממש בין הצדדים. המשיב מסר לנו כי קצהו הצפוני של התוואי המוסדר בצו וקצהו הדרומי שונו (ראו במפה שמסרו לנו המשיבים (מיום 31.3.2004)). בכך צומצמה הפגיעה באדמות מעובדות המצויות בסמוך אליו. העותרים לא העלו טענות לגבי התוואי עצמו, והכפר בית סירא לא צורף כעותר לעתירה. גם חברי המועצה לשלום ולביטחון לא התייחסו לצו זה בתצהירם. לאור זאת, דין העתירה להידחות ככל שהיא נוגעת לצו זה.

צו 104/03/ת; צו 103/03/ת; צו 84/03/ת (חלקו המערבי של הצו)

51. צווים אלה מתייחסים לתוואי הגדר שאורכו למעלה מעשרה קילומטרים. הוא מקיף את הרכס ההררי הגבוה של ג'בל מוקטם. רכס זה חולש על סביבתו ועל האזור כולו. בין השאר הוא חולש על כביש 443 העובר מצפון לו והמחבר בין ירושלים לבין מודיעין. תוואי המכשול עובר מדרום וממזרח לכפר בית ליקיה, מדרום מערב לכפר בית אענן וממערב לכפר חרבת אבו א-לחם. המשיב מסביר כי מטרתו של התוואי היא לכלול את שטח ההר בשליטה ישראלית. בכך יובטח יתרון לכוחות הצבא שיחלשו על אזור הגדר, ותקטן היכולת לפגוע בנוסעים בכביש 443.

52. העותרים הציגו לנו תמונה קשה של פגיעת התוואי בכפרים המצויים לאורכו. בכל הנוגע לכפר בית אענאן (ובו חמשת אלפים וחמש מאות תושבים), שש מאות דונם מאדמות הכפר יפגעו לאור מעבר המכשול בהם. שבעת אלפים וחמש מאות דונם של אדמות ימצאו מעבר לו (מהם ששת אלפים דונם של אדמות מעובדות). תשעים אחוז מהקרקע המעובדת הנתפסת והנפגעת נטועה בעצי זית ופרי. שמונה-עשר אלף עצים עתידים להיעקר. שבעים אלף עצים ינותקו מבעליהם. פרנסתן של מאות משפחות עתידה להיפגע. פגיעה זו חמורה במיוחד בהתחשב בשיעורי האבטלה הגבוהים במקום (המגיעים לשבעים וחמישה אחוז). בכל הנוגע לכפר בית ליקיא (ובו שמונת אלפים תושבים) אלפיים ומאה דונם עתידים להיפגע מהצבת המכשול עליהם. חמשת אלפים דונם ימצאו מעבר לו (מהם שלושת אלפים דונם של אדמות מעובדות).

53. המשיבים חולקים על הצגת דברים זו. לטענתם, היקף הפגיעה הינו נמוך מהמתואר על ידי העותרים. ביחס לכפר בית אענאן יתפסו ארבע מאות ועשרה דונם (במקום שש מאות) ואילו אלף מאתיים ארבעים וחמישה דונם מעובדים ייוותרו מעבר למכשול (במקום ששת אלפים). עוד טוענים המשיבים כי שלושת אלפים חמש מאות עצים יועתקו (במקום שמונה-עשרה אלף). עם זאת, גם לשיטתם של המשיבים הפגיעה בכפרים הינה קשה, חרף תיקונים מסויימים שהמשיבים עשו במהלך הדיון בעתירה כדי להקל על התושבים המקומיים.

54. העותרים צירפו את תצהיר חברי המועצה לשלום ולביטחון (עליו חתומים אלוף (מיל׳) ד׳ רוטשילד, אלוף (מיל׳) א׳ אדן (ברן), ניצב (דימ׳) ש׳ גבעולי ו-אל״מ (מיל) י׳ דביר) המתייחס לקטע זה. על פי התצהיר, תפיסת ג׳בל מוקטם אינה עומדת בעקרונות שנקבעו לבניית הגדר. מג׳בל מוקטם אין כל אפשרות לירות בנשק קל אל כביש 443 או אל ישוב ישראלי כלשהו. דווקא העברת המכשול במרחק שלושה קילומטרים דרומה בסמוך לקו הירוק תמקם אותו על שטח שולט, קל יחסית להגנה. לטענתם, לא כל גבעה שולטת נחוצה להגנת גדר ההפרדה. ג׳בל מוקטם מהווה דוגמא לכך. זאת ועוד, התוואי הנוכחי יחייב הקמת שערים חקלאיים ותחזוקתם, דבר שייצור חיכוך מיותר ומסוכן עם האוכלוסיה המקומית הממורמרת על הפגיעה שנפגעה. הוצגו לפנינו שתי הצעות למעבר חלופי של התוואי באזור זה. האחת עוברת ליד גבול אזור יהודה ושומרון. תוואי זה מצמצם מאוד את הפגיעה בכפרים בית לקיה ובית אענאן. התוואי של ההצעה השניה עובר ליד הקו הירוק, מדרום לתוואי של ההצעה הראשונה. תוואי זה אינו פוגע באדמות כפרים אלה ובאדמות הכפר חרבת אבו א-לחם.

55. המשיב ציין, בתשובה לתצהיר של חברי המועצה לשלום ולביטחון, כי לא מצא לנכון לשנות את תוואי הגדר העובר באזור. לטענתו, שליטת כוחות צה״ל בג׳בל מוקטם הינה בעלת עדיפות צבאית מכרעת. אין המדובר בעוד גבעה חולשת, אלא בהר המשקיף אל האזור כולו. הוא חוזר על עמדתו לפיה התוואי הנוכחי יצמצם את יכולת הפגיעה בנוסעים בכביש 443, והקמת המכשול עליו תמנע את תפיסת ההר על ידי מחבלים. המשיב סייר בשטח המדובר, והגיע למסקנה כי התוואי המוצע על ידי העותרים בקטע זה מצוי בנחיתות טופוגרפית משמעותית, ויביא לסיכון הכוחות שיפטרלו לאורכה של הגדר. כדי להקטין את הפגיעה בתושבים המקומיים החליט המפקד הצבאי על הקמת שערים חקלאיים. שער יומי אחד יוקם מדרום לבית ליקיא. שער יומי שני יוקם מרחק שלושה קילומטרים ממנו (בקו אווירי) מצפון לבית אענן. בקשות קונקרטיות של החקלאים תיבחנה לגופן. לבעלי קרקעות שנתפסו ישולמו דמי שימוש, עצי זיתים לא יכרתו אלא יועתקו. התוואי אף התחשב במבנים שנבנו בבניה לא

חוקית של תושבים פלסטיניים באזור, כיוון שלא היה די זמן לנקוט בהליכים המשפטיים להריסתם. עוד נמסר לנו כי בסיור שהתקיים במקום, בהשתתפות בא כוח העותרים, הוחלט לערוך תיקון מקומי בתוואי המכשול הסמוך לכפר חרבת אבו א-לחם המביא להרחקת המכשול מבתי הכפר. תחילה הורינו (ביום 29.2.2004) שלא לבצע עבודות להקמת גדר ההפרדה בתוואי נשוא הצווים שלפנינו. במהלך הדיון (ביום 31.3.2004) הורינו על ביטול צו הביניים בקטע שבין נחל בית חנן ועד לעלייה לג׳בל מוקטם.

56. מן הבחינה הצבאית קיימת מחלוקת מומחים, מהו התוואי המגשים את המטרה הביטחונית. כפי שראינו, נטל כבד מוטל בעניין זה על העותרים, המבקשים כי נעדיף את חוות הדעת של מומחי המועצה לשלום ולביטחון על פני גישתו של המפקד הצבאי. בנטל זה לא עמדו העותרים. אין בידינו – כמי שאינם מומחים לענייני ביטחון – לקבוע אם השיקול הצבאי מצדיק את העברת גדר ההפרדה צפונית לג׳בל מוקטם (כעמדת מפקד האזור) או שמא אין צורך שגדר ההפרדה תכלול אותו (כעמדת העותרים וחברי המועצה לשלום ולביטחון). כך, למשל, לא נוכל לנקוט כל עמדה במחלוקת אם שיקול של המפקד הצבאי, המבקש לתפוס גבעות שולטות ובכך למנוע ירי ״שטוח מסלול״ הוא נכון, מבחינה צבאית, אם לאו. במצב דברים זה, אין מקום להתערבותנו במיתווה גדר ההפרדה מנקודת המבט הצבאית.

57. האם הפגיעה של גדר ההפרדה בתושבים המקומיים, על פי התוואי שנקבע על ידי המשיב בקטע נשוא עיוננו עתה, היא מידתית? תשובה לשאלה זו מחייבת בחינתה של המידתיות על פי שלושת מבחני המשנה שלה. מבחן המשנה <u>הראשון</u> בודק, אם קיים קשר רציונלי בין מטרתה של גדר ההפרדה לבין התוואי שנקבע לה? תשובתנו הינה, כי קשר רציונלי זה מתקיים במיתווה של גדר ההפרדה. מודעים אנו לכך, כי בחוות דעתם טוענים חברי המועצה לשלום ולביטחון, כי קשר זה אינו מתקיים, וכי התוואי המוצע על ידם הוא המקיים את דרישת הקשר הרציונלי. כפי שראינו, אין בידינו לקבל עמדה זו. משהעמדנו את תוואי גדר ההפרדה במבחן הסבירות הצבאית, ממילא קבענו גם כי הוא מגשים את התכלית הביטחונית המונחת ביסוד הקמתה של גדר ההפרדה.

58. מבחן המשנה <u>השני</u> בודק, אם ניתן להשיג את מטרות הביטחון המונחות ביסוד גדר ההפרדה בתוואי שפגיעתו בתושבים המקומיים היא קטנה יותר? אין ספק – ועניין זה אינו שנוי כלל במחלוקת – כי התוואי של גדר ההפרדה המוצע על ידי חברי המועצה לשלום ולביטחון פוגע בתושבים המקומיים במידה קטנה יותר מהפגיעה בהם

על ידי התוואי שנקבע על ידי המפקד הצבאי. השאלה הניצבת בפנינו הינה אם תוואי זה מקיים את מטרות הביטחון המונחות ביסוד גדר ההפרדה באותה מידה כמו התוואי שנקבע על ידי המפקד הצבאי? על שאלה זו לא נוכל להשיב בחיוב. עמדתו של המפקד הצבאי הינה, כי התוואי של גדר ההפרדה המוצע על ידי חברי המועצה לשלום ולביטחון מעניק פחות ביטחון מהתוואי שנקבע על ידו. משקבענו כי בגישתו זו לא נתערב, ממילא אין לפנינו תוואי חילופי שמקיים באופן דומה את דרישות הביטחון, תוך שפגיעתו בתושבים המקומיים קטנה יותר. במצב דברים זה, מסקנתנו הינה, כי גם מבחן המשנה השני של המידתיות מתקיים בענייננו.

59. מבחן המשנה <u>השלישי</u> בודק, אם הנזק הנגרם לתושבים המקומיים מהקמת גדר ההפרדה עומד ביחס ראוי לתועלת הביטחונית הצומחת מהקמת הגדר בתוואי הנבחר. זהו מבחן האמצעי המידתי (או המידתיות "במובן הצר"). על מבחן זה כתב פרופ' י' זמיר:

> "היסוד השלישי הוא <u>המידתיות עצמה</u>. לפי יסוד זה אין די בכך שהרשות המינהלית בחרה באמצעי המתאים והמתון להשגת המטרה, אלא עליה להוסיף ולשקול את התועלת שתצמח לציבור כנגד הנזק שייגרם לאזרח עם הפעלת האמצעי הזה בנסיבות העניין. עליה לשאול את עצמה אם בנסיבות אלה קיים יחס ראוי בין התועלת לציבור לבין הנזק לאזרח. היחס בין התועלת לבין הנזק, ואפשר לומר גם היחס בין האמצעי למטרה צריך להיות מידתי (פרופורציונלי), כלומר, יחס שאינו חורג מן המידה הראויה" (זמיר, שם, עמ' 131).

מבחן משנה זה בוחן את התועלת מול הנזק (ראו פרשת סטמקה, עמ' 776). על פיו, החלטה של הרשות השלטונית צריכה לקיים איזון סביר בין הצרכים של הכלל לבין הפגיעה בפרט. מטרת הבדיקה לבחון אם חומרת הפגיעה בפרט והטעמים המצדיקים אותה הם ביחס ראוי זה לזה. הערכה זו נעשית על רקע המבנה הנורמטיבי הכללי של מערכת המשפט, המכיר בזכויות האדם ובצורך להבטיח את צרכיהם ורווחתם של התושבים המקומיים, והשומר על "כבוד המשפחה וזכויותיה" (סעיף 46 לתקנות האג). כל אלה מוגנים במסגרת הדינים ההומניטריים של תקנות האג ואמנת ג'נבה. השאלה הניצבת בפנינו הינה, אם חומרת הפגיעה בתושבים המקומיים מהקמת גדר ההפרדה בתוואי שנקבע על ידי המפקד הצבאי עומדת ביחס סביר (ראוי) לתועלת הביטחונית הצומחת מהקמת הגדר באותו תוואי?

60. תשובתנו לשאלה זו הינה, כי לא מתקיים יחס מידתי בין מידת הפגיעה בתושבים המקומיים לבין התועלת הביטחונית הצומחת מהקמת גדר ההפרדה בתוואי שקבע המפקד הצבאי. גדר ההפרדה מערערת את האיזון העדין בין חובתו של המפקד הצבאי לשמור על הביטחון לבין חובתו להבטיח את צורכי התושבים המקומיים. גישתנו זו מבוססת על כך כי התוואי שקבע המפקד הצבאי לגדר הביטחון – היוצר חיץ בין התושבים המקומיים לבין אדמותיהם החקלאיות – פוגע בתושבים המקומיים באופן קשה וחריף, תוך הפרת זכויותיהם על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. הנה העובדות: למעלה משלושה-עשר אלף חקלאים (פלחים) מתנתקים מאלפי דונמים של אדמותיהם ומעשרות אלפי עצים שעליהם פרנסתם, המצויים מהצד האחר של גדר ההפרדה. לא נעשה כל נסיון לחפש ולהעמיד לרשותם קרקע חלופית, וזאת, חרף הצעותינו החוזרות בעניין זה. אמת, הניתוק אינו מלא, שכן המפקד הצבאי הודיע כי ייקבעו שני שערים למעבר מכל אחד משני הכפרים אל האדמות, תוך קביעת משטר של רישוי. מצב דברים זה פוגע קשות בחקלאים, אשר כל מעבר לאדמותיהם (בבוקר מוקדם, בצהריים ובערב) כפוף למגבלות שהן טבעיות למשטר של רישוי. משטר זה יוצר תורים ארוכים למעברי החקלאים עצמם; הוא מקשה על מעבר רכב (הדורש רישוי משלו ובדיקה), ומרחיק את החקלאי מאדמותיו (שכן לכל אורך התוואי על-פי הצו שלפנינו מתוכננים שני שערים יומיים בלבד). חייו של החקלאי משתנים ללא הכר כתוצאה מכך. אכן, תוואי גדר ההפרדה פוגע קשות בזכות הקנין שלהם ובחופש התנועה שלהם. פרנסתם נפגעת קשות. מציאות החיים הקשה ממנה הם סובלים עד כה (בין השאר לאור האבטלה הרבה השוהה במקום) תלך ותחריף.

61. פגיעות אלה אינן מידתיות. ניתן להפחיתן באופן משמעותי על ידי תוואי חלופי, בין זה שהציגו בפנינו המומחים של המועצה לשלום ולביטחון ובין תוואי אחר שייקבע המפקד הצבאי. תוואי חלופי כזה קיים. אין הוא פרי הדמיון. הוא הוצג לפנינו. הוא מבוסס על שליטה צבאית בג׳בל מוקטם, ללא ״משיכת״ גדר ההפרדה אל הר זה. אכן, אין לשכוח כי גם לאחר הקמת גדר ההפרדה ימשיך המפקד הצבאי לשלוט על האזורים המזרחיים לה. אמת, לדעת המפקד הצבאי – אותה אנו מניחים כבסיס לבחינתנו – הוא יעניק פחות ביטחון. עם זאת, היתרון הבטחוני המתקבל מהתוואי שנקבע על ידי המפקד הצבאי בהשוואה לתוואי המוצע, אינו עומד בכל יחס סביר לפגיעה בתושבים המקומיים שתוואי זה גורם. אכן, השאלה האמיתית הניצבת בפנינו, בבחינה ״יחסית״ של מבחן המידתיות השלישי, אינה בחירה בין גדר ההפרדה המביאה לביטחון שיש עימו פגיעה בתושבים המקומיים או היעדר גדר ההפרדה והיעדר ביטחון תוך אי פגיעה בתושבים המקומיים. השאלה האמיתית הניצבת בפנינו הינה, אם היתרון הביטחוני המתקבל מקבלת עמדתו של המפקד הצבאי (לפיה גדר ההפרדה תקיף את

ג'בל מוקטם) שקול כנגד תוספת הפגיעה המתקבלת מעמדתו (לפיה גדר ההפרדה חוצה בין הכפרים של התושבים המקומיים לבין אדמותיהם). על שאלה זו תשובתנו הינה, כי בחירתו של המפקד הצבאי בתוואי גדר ההפרדה אינה מידתית. הפער בין מרכיבי הביטחון הנדרשים על פי גישתו של המפקד הצבאי לבין מרכיבי הביטחון של התוואי החלופי קטן ביותר ביחס לפער הרב שבין גדר המפרידה בין התושבים המקומיים לבין אדמותיהם לבין גדר שאינה יוצרת הפרדה זו או שההפרדה הנוצרת היא קטנה וניתן לחיות עימה. אכן, מקובל עלינו כי צורכי הביטחון עשויים לחייב פגיעה באדמותיהם של התושבים המקומיים וביכולת השימוש בהן. עם זאת, המשפט הבינלאומי ההומניטרי מזה ותפיסות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי מזה, מחייבים לעשות כל מאמץ אפשרי שפגיעה זו תהא מידתית. באותן אדמות שלא יהא מנוס מניתוקן מהתושבים המקומיים באמצעות גדר ההפרדה, יש להבטיח נגישות של התושבים המקומיים לאדמותיהם שתקטין את הפגיעה ככל האפשר.

62. הגענו למסקנה כי תוואי גדר ההפרדה, המפרידים בין הכפרים בית ליקיא ובין בית אענן לבין אדמות בני הכפר המשמשות לפרנסתם, אינו מידתי. קביעה זו משליכה ישירות על צו 103/03/ת, החל בשטחי ההר עצמו ומוליכה לביטולו. קביעה זו משליכה גם על צו 104/03/ת המתייחס לתוואי שממערב לו החודר לכיוון הכפר בית ליקיא, ואשר מטרתו היא להגיע אל ההר. הוא הדין לגבי חלקו המערבי של צו 84/03/ת, היורד מההר לכיוון דרום מזרח. חלקו המזרחי של צו זה לא היה מצוי במחלוקת של ממש בין הצדדים, אך לאור בטלות הצווים הקודמים, יש לבחון אותו מחדש.

צו מס' 107/03/ת (עד לגבעה המצויה צפונית מזרחית להר-אדר)

63. צו זה מתייחס לתוואי הגדר המתחיל מדרום לכפר קטנה ומגיע מזרחה מהישוב הר-אדר. אורכו כארבעה וחצי קילומטרים. הוא מפריד בין הר-אדר לבין הכפרים קטנה (המונה כאלף תושבים), אל קביבה (המונה אלפיים נפש), בידו (המונה שבעת אלפים וחמש מאות נפש) ובית סוריק (המונה שלושת אלפים וחמש מאות נפש). העותרים טוענים כי תוואי הגדר בקטע זה יפגע ישירות בשלוש מאות דונם מאדמות הכפר קטנה. חמשת אלפים ושבע מאות דונם מאדמות הכפר ייוותרו מעבר לגדר (מהם ארבעת אלפים דונמים של קרקע מעובדת). הם מוסיפים וטוענים כי מאתיים דונם מאדמות הכפר אל קביבה יפגעו ישירות על ידי מעבר הגדר בהם. אלפיים חמש מאות דונם יוותרו מעבר לגדר (מהם אלף וחמש מאות דונמים של קרקע מעובדת). הנה כי כן, גדר ההפרדה פוגעת בתושבים המקומיים באופן קשה. נפגע קניינם של אלה שעל קרקעותיהם היא תוקם. הגדר מנתקת בין תושבי הכפרים לבין אדמותיהם, ומקשה על

גישתם אליה – גישה שפרנסתם של רבים תלויה בה. מעיון במפה שצירפו המשיבים (לתגובתם מיום 10.3.2004) עולה כי בתוואי זה יוקמו שני שערים. שער אחד מיועד להולכי רגל בלבד. הוא ממוקם בקצהו המערבי של התוואי (מדרום לישוב קטנה). שער שני הוא שער יומי הממוקם מדרום לגבעה הצפון מזרחית החולשת על הישוב הר-אדר, וממערב לישוב בידו. לטענת המשיבים יאפשרו השערים מעבר של החקלאים לאדמותיהם. דמי שימוש ישולמו לאלה שאדמותיהם יתפסו. בכך נערך איזון נאות בין הצרכים הביטחוניים לבין צרכי האוכלוסיה המקומית.

64. לאחר הגשת העתירה ובחינת הטענות שהועלו בה, שינו המשיבים את תוואי גדר ההפרדה בחלק זה. חלקו של התוואי העובר מצפון להר-אדר יהיה קרוב יותר למרכיבי הביטחון הקיימים של הישוב. המשיבים ציינו כי בתיקונים אלה ניתן מענה פחות טוב לצורכי הביטחון, אך הם איפשרו לצמצם הפגיעה בתושבים המקומיים ומאפשרים קיומה של רמה סבירה של ביטחון. אולם, העותרים טוענים כי בשינויים אלה אין די. עמדת המועצה לשלום ולביטחון העולה מתצהירה הראשון (עליו חתומים האלוף (במיל') אברהם אדן (ברן), ניצב (בדימ') שאול גבעולי ואל"מ (במיל') יובל דביר) היא כי יש לשלב את גדר ההפרדה בגדר הקיימת של הישוב הר-אדר. העברת הגדר סמוך לכפר קטנה (ממערב להר-אדר) תפגע קשה בתושבים המקומיים ותסבול מכל אותם ליקויים הנובעים מהעברת הגדר סמוך לבתי פלסטינים. הצמדת הגדר למרכיבי הביטחון הקיימים ממערב להר-אדר לא תגדיל את הסיכון לירי על הר-אדר. זאת משום שכבר כיום ניתן לירות על המקום מהכפרים הסמוכים. כמו כן, התוואי הנוכחי העובר בסמיכות למבנים פלסטינים, יסכן את הכוחות המסיירים לאורכו, ויגדיל את החשש מפני התרעות שווא.

65. המפקד הצבאי טען בתגובה כי אין אפשרות לבצע שינוי בתוואי באזור הכפר קטנה. מבחינה מבצעית יש בהצעה כדי לאפשר גישה חופשית של מחבלים עד לבתים המערביים הקיצוניים של הר-אדר. מן הבחינה ההנדסית אין לבצע שינוי בתוואי, שכן דרך הפטרול שצריכה לעבור לצד הגדר, תהיה בשיפוע גדול מדי שלא יאפשר תנועת רכב במקום. באשר לתוואי העובר מצפון להר-אדר, מסכים המשיב כי ניתן לבצע עבודות שישלבו אותו עם תוואי ההגנה הקיים של הר-אדר (באופן חלקי באזור מתקן השאיבה של הישוב). ביחס לשאר התוואי בקטע זה אין לבצע בהם כל שינוי, מעבר לזה שכבר הצהירו עליו המשיבים. המפקד הצבאי טוען כי גם באשר לתוואי העובר ממזרח להר-אדר לא ניתן לקבל את הצעת המועצה לשלום ולביטחון. הדבר יותיר גבעה הממוקמת צפונית מזרחית לישוב והחולשת עליו ועל האזור, מחוץ לשטח המוגן. יחד עם זאת הוא הצהיר כי לאחר קיום פגישות עם העותרים ועם חברי המועצה לשלום

ולביטחון הוחלט להכניס שינויים קלים בחלק העובר ליד הגבעה הצפון מזרחית. בעקבות זאת המכשול יתרחק יותר מדרך העוברת באזור ומהבתים של התושבים המקומיים המצויים בו (ראו בפסקה 60 לתצהירו מיום 15.4.2004). המשיב הוסיף וציין כי צו תפיסה 37/04/ת המתקן את התוואי בהתאם לאמור כבר הוצא. בהחלטתנו (מיום 31.3.2004) קבענו כי בקטע שמצפון להר-אדר יימנעו המשיבים מלבצע שינויים בלתי הפיכים.

66. מן הבחינה הצבאית קיימת מחלוקת בין המפקד הצבאי (המבקש להרחיק את גדר ההפרדה מהר-אדר) לבין מומחי המועצה לשלום ולביטחון (המבקשים לקרב את גדר ההפרדה להר-אדר). במחלוקת צבאית זו – ועל פי גישתנו כי יינתן משקל כבד לעמדת המפקד הצבאי האחראי לביטחון האזור – אנו מקבלים את תפיסת הביטחון של המפקד הצבאי. על רקע הנחה זו קמה השאלה, אם מיתווה גדר ההפרדה הוא מידתי?

67. כמו בצו הקודם שדנו בו, גם הצו שלפנינו מקיים את שני מבחני המשנה הראשונים של המידתיות (קשר רציונלי; פגיעה פחותה). שאלת המפתח היא באשר למבחן המשנה השלישי (מידתיות במובן הצר). אף כאן, כמו בצו הקודם, הפגיעה של גדר ההפרדה בחיי למעלה משלושת אלפים חקלאים בכפרים קטנה ואל-קביבה היא קשה. הזכויות המובטחות להם על פי תקנות האג ואמנת ג'נבה הרביעית מופרות. האיזון העדין בין חובתו של המפקד הצבאי לדאוג לביטחון לבין חובתו לדאוג לתושבים המקומיים מופר. בבסיס גישתנו זו מונחת המציאות הנוצרת לפיה תוואי הגדר מפריד בין תושבי קטנה ואל-קביבה לבין אדמותיהם המצויות מזרחית ומערבית להר-אדר, תוך יצירת משטר של רישוי למעבר מצד אחד של הגדר לצידה השני. כתוצאה מכך נפגע אורח חיי החקלאים באופן קשה ביותר. משטר הרישוי והשערים שנקבעו על ידי המפקד הצבאי אינו פותר פגיעה זו. הקשיים עליהם עמדנו לעניין הצו הקודם חלים אף כאן. כפי שראינו, ניתן להקטין פגיעה זו באופן משמעותי אם תוואי גדר ההפרדה העובר ממזרח וממערב להר-אדר ישונה, באופן שאדמות החקלאות המצויות מעבר לגדר ההפרדה יצומצמו. היתרון הביטחוני לו שואף המפקד הצבאי (בהשוואה לתוואי החלופי האפשרי) אינו שקול כנגד הפגיעה הקשה בחקלאים (על פי התוואי המוצע על ידי המפקד הצבאי). בעניין זה נעשו ניסיונות למציאת פתרון ראוי במהלך הדיון בעתירה. יש להמשיך בניסיונות אלה, תוך מציאת תוואי שיקיים את דרישות המידתיות. כתוצאה ממנו, יתכן ולא יהא מנוס מפגיעה מסוימת בתושבי הכפרים קטנה ואל-קביבה, אותה יש לצמצם ככל האפשר. לאור מסקנתנו זו לא ראינו לעשות לעניין תוואי הגדר המוסדר על ידי צו 107/03/ת צו אופרטיבי, שכן כאמור נדרש בעניין זה המשך המשא והמתן.

68. צו זה חל על תוואי המכשול לאורך כחמישה וחצי קילומטרים העוברים ממערב מדרום וממזרח לכפרים בית סוריק (המונה שלושת אלפים וחמש מאות נפש) ובידו (המונה שבעת אלפים וחמש מאות נפש). עיון בתוואי, כפי שפורסם בצו המקורי, מעלה כי פגיעתו בכפרים הללו היא רבה ועמוקה. מנתוני העותרים – שלא נסתרו על ידי המשיבים – עולה כי חמש מאות דונם מאדמות הכפר בית סוריק ייפגעו ישירות מהצבת המכשול. ששת אלפים דונם נוספים ייוותרו מעבר לו (מהם חמשת אלפים דונמים של קרקע מעובדת), ובהם שלוש חממות. עשרת אלפים עצים ייעקרו ותושבי הכפרים ינותקו בין השאר מעשרים וחמישה אלף עצי זית, עשרים וחמישה אלף עצי פרי וחמשת אלפים ארבע מאות עצי תאנה, ומגידולים חקלאיים רבים נוספים (ענבים, ירקות ועוד). מספרים אלה אינם ממצים את חומרת הפגיעה. עלינו להשקיף על ההשלכות הכוללות של המכשול על אורחות החיים במקום. התוואי המקורי של הצו מותיר את הכפר בית סוריק כשהוא תחום באופן הדוק במכשול מצידו המערבי, הדרומי והמזרחי כאחד. הוא עובר בצמידות לבתי הכפר. זוהי טבעת חנק של ממש, הפוגעת קשות בחיי היומיום. גורלו של הכפר בידו אינו טוב בהרבה. המכשול עוטף את הכפר ממזרח ומדרום, וכן פוגע בקרקעות הנמצאות ממערבו. מעיון במפה שצירפו המשיבים (לתגובתם מיום 10.3.2004) עולה כי בתוואי זה יוקם שער עונתי אחד שיוקם מדרום לכפר בית סוריק. עוד תוצב נקודת ביקורת בכביש המוליך מבידו מזרחה.

69. בנוסף לטיעוני הצדדים שלפנינו ביקשו מספר תושבים מהישוב מבשרת ציון, המצוי מדרום לכפר בית סוריק, להציג בפנינו את עמדתם. הם הצביעו על יחסי השכנות הטובים הקיימים במקום בין ישראלים לפלסטינים וחוששים הם כי תוואי הגדר, המפריד בין התושבים הפלסטינים לאדמותיהם, ישים להם קץ. לטענתם, גישתם של הפלסטינים לאדמותיהם תהיה כרוכה במסכת עיכובים ובפגיעה בכבודם, ואף תימנע לחלוטין. מנגד ביקש מר אפרים הלוי להציג עמדתו, המייצגת בין השאר את דעתם של תושבים אחרים של הישוב מבשרת ציון. לטענתו, העברת תוואי הגדר דרומה, באופן שיתקרב למבשרת ציון יסכן את תושביו.

70. כמו בצווים הקודמים, אף כאן אנו מניחים את תוואי גדר ההפרדה שקבע המפקד הצבאי כבסיס לבחינתנו. אנו עושים כן, שכן אנו נותנים משקל כבד לעמדתו של מי שממונה על הביטחון. השאלה העולה בפנינו הינה אם פגיעתו של תוואי זה של גדר ההפרדה בתושבים המקומיים היא מידתית? אף כאן מתקיימים שני מבחני המשנה

הראשונים לעקרון המידתיות. גדר הספיקות הוא בקיומו של התנאי השלישי. בעניין זה, פגיעתו של התוואי שלפנינו קשה ביותר. המפקד הצבאי עצמו היה מודע לכך. במהלך הדיון בעתירה נעשו מספר תיקונים בתוואי כדי להקל על התושבים המקומיים. הוא ציין כי בתיקונים אלה ניתן מענה פחות טוב לצורכי הביטחון, אך הם אפשרו לצמצם הפגיעה בתושבים המקומיים ומאפשרים קיומה של רמה סבירה של ביטחון. עם זאת, אף לאחר תיקונים אלה, הפגיעה היא עדיין קשה מאוד. זכויותיהם של התושבים המקומיים נפגעות. אורח חייהם מזה שנים רבות מתערער לחלוטין. חובתו של המפקד הצבאי על פי הדינים ההומניטריים בתקנות האג ובאמנת ג'נבה הרביעית אינה מקויימת.

71. המועצה לשלום ולביטחון הציגה תוואי חלופי, אשר פגיעתו באדמות החקלאיים פחותה בהרבה. על פי המוצע תורחק גדר ההפרדה הן ממזרח לכפר בית סוריק והן ממערבו. על ידי כך תקטן הפגיעה באדמות החקלאיות באופן משמעותי ביותר. משוכנעים אנו, כי היתרון הביטחוני המושג בתוואי שקבע המפקד הצבאי בהשוואה לתוואי החלופי אינו שקול כלל ועיקר לתוספת הפגיעה בחיי התושבים המקומיים הנגרמת בשל צו זה. אין מנוס, איפוא, מטעמים של מידתיות, אלא לבטל את הצו שלפנינו. על המפקד הצבאי לחזור ולשקול בדבר. עליו ליצור הסדר, שימנע את עיקרי הפגיעות הקשות בתושבים המקומיים, ולו במחיר הפחתה מסויימת בדרישות הביטחון. ההצעות של מומחי המועצה לשלום וביטחון – אשר מומחיותם הביטחונית מקובלת על המפקד הצבאי – יכולות להישקל. ניתן כמובן לחשוב על תוואים אחרים. עניין הוא למפקד הצבאי, ובלבד שמיקומו של התוואי ישחרר את הכפר בית סוריק (ובמידה פחותה את הכפר בידו) מטבעת החנק בה הוא מצוי, תוך שיאפשר לתושבי הכפרים גישה חופשית למרבית אדמותיהם החקלאיות.

צו מס' 109/03/ת

72. צו זה חל בתוואי גדר ההפרדה מזרחית לכפרים בידו, בית אג'זא ובית דקו. אורכו כחמישה קילומטר. חלקיו השונים מעוררים בעיות שונות, תוך שנבחין בין קצהו הדרומי, חלקו המרכזי, וחלקו הצפוני. קצהו הדרומי של הצו, ממשיך ישירות את צו מס' 108/03/ת עד האזור העובר מערבית לישוב הר שמואל. חלק זה של הגדר עובר מזרחית לכפר בידו, והוא המשכה הישיר של גדר ההפרדה שנידונה על ידינו במסגרת צו מס' 108/03/ת. גורלו של חלק זה בצו מס' 109/03/ת כגורל צו מס' 108/03/ת. עם ביטולו של זה יש לבטל גם את הקצה הדרומי של צו מס' 109/03/ת. בכך תוזז גדר

ההפרדה מזרחה, באופן שתושבי כפר בידו יוכלו להמשיך בעיבוד חקלאי של חלק מאדמותיהם המצויות מזרחה לחלק זה של התוואי.

73. חלקה המרכזי של גדר ההפרדה בצו זה עובר מערבית לישוב הר שמואל ומזרחית לכפר בידו עד הגיעו לגבעון החדשה, המצויה מזרחה לו, והכפר בית אג׳זא המצוי מערבה לו. גדר ההפרדה מפרידה בין שני ישובים אלה. התוואי פוגע באדמות חקלאיות של הכפר בידו ובנגישות אליהן. עוד פוגע התוואי באדמות הכפר בית אג׳זא. נמסר לנו כי שלוש מאות חמישים דונם מאדמות כפר זה עתידות להיפגע כתוצאה מהקמת המכשול עליהן. אלפיים ארבע מאות דונם מאדמות הכפר ימצאו מעבר לו (מהם אלפיים דונם של אדמות מעובדות). כן מנתק התוואי דרכי גישה של הכפרים למרכז העירוני של רמאללה ולמזרח ירושלים. בתצהיר המועצה לשלום ולביטחון (מיום 15.4.2004) נאמר כי התוואי הנוכחי יאפשר לתושבים המקומיים להגיע לרמאללה רק בדרך ארוכה וקשה. על רקע זה הציעו העותרים כי תוואי הגדר יעבור בסמיכות לישוב הר שמואל, לכביש המחבר בין שכונת רמות לבין גבעת זאב, ובסמיכות לחלקו הדרומי של הישוב גבעון החדשה. בכך תתאפשר גישה חופשית לאדמות החקלאיות במקום. עוד הציעו העותרים להצמיד את התוואי בסמוך לחלקה המערבי של גבעון החדשה, ובכך להרחיקו במעט מהכפר בית אג׳זא.

74. התוואי המוצע על ידי העותרים אינו מקובל על המשיב. לטענתו, אין הוא מתחשב באיום המוחשי של ירי על ישובים ישראלים ועל הכביש המחבר את רמות עם גבעת זאב. כן אין בו כל התחשבות בצורך להקים מרחב ביטחון שיגדיל את הזמן העומד לכוחות הביטחון להיערכות במקרה של חדירה. המשיב טוען כי העברה של גדר ההפרדה בצמידות לישובים הישראליים תסכן באופן משמעותי את הישובים הללו. המפקד הצבאי מודע לכך, ועל כך הוא הצהיר בפנינו, כי יוקם במקום שער כדי לאפשר מעבר תושבים לאדמותיהם. מזרחית לכפר בידו תוקם נקודת ביקורת קבועה שתהיה פתוחה 24 שעות במשך כל ימות השנה, כדי לאפשר שמירה על מירקם החיים הקיים באזור ולהקל על הנגישות לכפרים. עוד הוחלט לבצע פעולות לשיפור הדרכים המחברות בין הכפרים על מנת לאפשר המשך קיום הקשרים של כפרים אלה בינם לבין עצמם ובינם לבין רמאללה. כן נבחנת האפשרות להכשיר כביש אשר יאפשר מעבר חופשי מהכפרים נשוא העתירה לכיוון רמאללה באופן מהיר. בתצהירו (מיום 20.4.2004) ציין המשיב (בפסקה 22 לתצהיר) כי עד להשלמת הכביש האמור, לא יימנע מעבר תושבי הכפרים נשוא העתירה לכיוון רמאללה, אלא תיוותר להם אפשרות גישה לכיוון העיר בהתאם להסדרים הקבועים כיום.

75. 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, כפי שמצאה ביטויה בחלק זה של צו מס' 109/03/ת, כבסיס לבחינתנו.

76. האם פגיעתו של תוואי גדר הביטחון בתושבים המקומיים היא מידתית? כמו בצווים שבהם דנו עד כה, השאלה הינה אם היתרון הביטחוני המתקבל מהתוואי שנקבע על ידי מפקד האזור ביחס לתוואים חלופיים אפשריים, שקול כנגד תוספת הפגיעה בתושבים המקומיים הנגרמת על ידי תוואי זה ביחס לתוואים החלופיים? אף כאן חוזרת התמונה שכבר עמדנו עליה. תוואי הגדר שנקבע על ידי המפקד הצבאי מפריד בין התושבים המקומיים לבין אדמותיהם. משטר הרישוי המוצע על ידו אין בכוחו לפתור באופן משמעותי את הקשיים בקטע זה של הגדר. מתרחשת, איפוא, פגיעה קשה בזכויותיהם של התושבים המקומיים. ההוראות ההומניטריות בתקנות האג ובאמנת ג'נבה הרביעית אינן מקויימות. האיזון העדין בין ביטחון האזור לחיי התושבים המקומיים עליו מופקד מפקד האזור מתערער. אין מנוס, איפוא, מביטול הצו בכל הנוגע לחלק המרכזי של הגדר. על המפקד הצבאי לשקול חלופות אשר גם אם תגרומנה למידת ביטחון פחותה, הן תגרומנה להקטנה משמעותית (גם אם לא מלאה) בפגיעה בחיי התושבים המקומיים.

77. נפנה עתה לחלק הצפוני של צו מס' 109/03/ת. תוואי הגדר בחלק זה מתחיל בשטח המפריד בין גבעון החדשה לבין הכפר בית אג'זא. הוא ממשיך לצפון מערב עד לחלק המזרחי של כפר בית דקו. בהחלטתנו (מיום 31.3.2004) קבענו כי המשיבים יימנעו מביצוע שינויים בלתי הפיכים בקטע שבין בית טירה לבין בית דקו צפון. אין מחלוקת בין הצדדים באשר לאותו חלק של הגדר המפריד בין הישובים גבעון החדשה לבין בית אג'זא. גדר זה היא כדין. המחלוקת מתעוררת באשר להמשכה של גדר ההפרדה.

78. לטענת העותרים תוואי זה של גדר ההפרדה פוגע קשות בתושבים המקומיים של הכפר בית דקו. מנתונים אלה עולה כי שלוש מאות דונם יפגעו ישירות על ידי מעבר המכשול באדמות הכפר. ארבעת אלפים דונם יוותרו מעבר למכשול (מהם אלפיים חמש מאות דונם מעובדים). בתצהיר שהוגש על ידי המועצה לשלום ולביטחון נאמר כי יש להעביר את תוואי המכשול כמה מאות מטרים מצפון מזרח לשטח

המתוכנן, ובכך ניתן יהיה להקטין את הפגיעה בתושבים המקומיים. העותרים הציגו לפנינו שני תוואים חלופיים למכשול בקטע זה. תוואי אחד עובר בשטח המיועד להרחבת הישוב גבעת זאב הידוע בכינוי "אגן האיילות", בו נבנית כבר שכונה חדשה. תוואי חלופי שני מעביר את המכשול קרוב יותר לתוואי הנוכחי, מצפון מזרח לו.

79. המשיב מתנגד לתוואים השונים המוצעים הן על ידי העותרים והן על ידי המועצה לשלום ולביטחון. הוא מסביר כי ישנה חשיבות רבה לשליטה על גבעה רמה המצויה ממזרח לכפר בית דקו. גבעה זו שולטת על גבעון החדשה, על גבעת זאב ועל "אגן האיילות". תוואי הגדר תוכנן כך שלא תיפגע הדרך המחברת בין הכפרים בית דקו ובית אג'זא. בנוסף, התוואי עובר על שלוחות מתונות יחסית של הגבעה בעוד שיתר השלוחות היורדות ממנה הינן בשיפוע חד. לדעת המשיב, העברת הגדר צפונית מזרחית מהתוואי הנוכחי תאפשר למחבלים לפעול מהגבעה הרמה, ובכך נשקפת סכנה לישובים הישראלים ולכוחות הצבא המסיירים לאורך המכשול. בנוסף, היות התוואי המוצע על ידי העותרים תלול יותר מעלה בעיות הנדסיות מורכבות, שפתרונן יחייב פיתולים רבים שיפגעו קשות בעיבודים המצויים במורדות הגבעה.

80. כמו בקטעים אחרים של גדר ההפרדה, אף כאן אנו יוצאים מתוך נקודת המוצא כי השיקולים הצבאיים-ביטחוניים של המפקד הצבאי הם סבירים, ואין מקום להתערבותנו בהם. השאלה הניצבת בפנינו הינה, איפוא, אם תוואי גדר ההפרדה המוציא שיקולים אלה מהכוח אל הפועל הוא מידתי? הקושי העיקרי מתעורר לאור הפגיעה הקשה בתושבים המקומיים של בית דקו. הגדר מפרידה בינם לבין חלקים ניכרים (ארבעת אלפים דונם, מהם אלפיים חמש מאות דונם מעובדים) מאדמותיהם. בכך נוצרה פגיעה בלתי מידתית בחייהם במקום. מקובל עלינו – לאור אופיו הצבאי של השיקול – כי יש לשלוט על הגבעה הרמה המצויה מזרחית לכפר דקו. כן מקובל עלינו כי "אגן האיילות" הוא חלק מגבעת זאב וזקוק להגנה כמוה. חרף זאת, הננו סבורים כי על המפקד הצבאי להתוות הסדר חלופי – שיהא בו <u>מצד אחד</u> כדי לקיים את עיקרי שיקולי הביטחון עליהם הוא עמד, ו<u>מצד שני</u> להקטין ככל האפשר את הניתוק בין התושבים המקומיים של כפר דקו לבין אדמותיהם החקלאיות. תוואים חלופיים כאלה הוצגו בפנינו. לא ננקוט בהם כל עמדה. על המפקד הצבאי לקבוע את החלופה אשר מצד אחד תתן פתרון הולם – גם אם לא אידיאלי – לשיקולים הביטחוניים, ומצד שני תאפשר גישה מידתית של התושבים של כפר דקו אל אדמותיהם.

81. צו זה ממשיך את תוואי גדר ההפרדה צפון מערבית לבית דקו. הוא נצמד לחלק המזרחי של הכפר א-טירה, והוא מסתיים בכביש 443, מזרחית לבית חורון. הכפר א-טירה אינו צד לעתירה שלפנינו, ולא נעסוק בו ובתושביו. ככל שהדבר נוגע לאדמות בית דקו, דין צו כזה כדין צו מס' 109/03/ת, עליו עמדנו.

מבט כולל על מידתיות פגיעתם של הצווים

82. עם סיום בחינת מידתיות של כל צו בנפרד, מן הראוי הוא שנרים מבטנו ונשקיף על מידתיותו של מלוא מיתווה גדר ההפרדה נשוא הצווים כולם. אורכה של גדר ההפרדה נשוא הצווים שלפנינו היא כארבעים קילומטר. היא פוגעת בחייהם של שלושים וחמישה אלף תושבים מקומיים. ארבעת אלפים דונם מאדמותיהם נתפסות על ידי תוואי הגדר עצמה, ואלפי עצי זית הגדלים בתוואי עצמו נעקרים. הגדר חוצצת בין שמונה כפרים בהם מתגוררים התושבים המקומיים לבין למעלה משלושים אלף דונם מאדמותיהם. חלקן הגדול הן אדמות מעובדות, והן כוללות עשרות אלפים של עצי זית, עצי פרי וגידולים חקלאיים שונים. משטר הרישוי שהמפקד הצבאי מבקש לקבוע ואשר הוחל על שטחי קרקע רבים, אין בכוחו למנוע או להפחית באופן משמעותי את ממדיה של הפגיעה הקשה בחקלאים המקומיים. האפשרות להגיע לאדמות תלויה באפשרות לחצות שערים, שהמרחק ביניהם רב ושאינם פתוחים כל העת. בשערים ייערכו בדיקות ביטחוניות, דבר שעלול למנוע מעבר כלי רכב, ואשר ייצור מטבע הדברים תורים ארוכים ושעות המתנה רבות. כל אלה אינם עולים בקנה אחד עם יכולתו של חקלאי לעבד את אדמתו. יהיו בוודאי מקומות, שבהם לא יהא מנוס מכך שגדר ההפרדה תחצוץ בין התושבים המקומיים לבין אדמותיהם. באותם מקומות יש להבטיח מעבר שיקטין ככל האפשר את הפגיעה בחקלאים.

83. במהלך הדיון פנינו אל באי-כוח המדינה, ושאלנו אותם אם ניתן להעמיד לרשות העותרים הנפגעים קרקע חלופית לקרקע הנלקחת מהם לבניית הגדר, ולקרקעות שאליהן יתקשו להגיע לשם עיבודן. בעניין זה לא זכינו לתשובה המניחה את הדעת. לפנינו אנשי-אדמה, חקלאים. חייהם מן האדמה ועליה פרנסתם. נטילת הקרקע מן העותרים צריכה, בנסיבות העניין, להטיל חובה על המשיבים לנסות ולאתר קרקע חלופית ולהציעה לעותרים במקום הקרקעות הניטלות מהם. רק באין קרקע חלופית יבואו פיצויים במקומה.

84. פגיעתה של גדר ההפרדה אינה מצטמצמת אך בפגיעה באדמות התושבים ובגישתם אליה. הפגיעה היא רחבה יותר. היא משתרעת על מירקם החיים של האוכלוסיה כולה. בחלקים רבים גדר ההפרדה עוברת סמוך לבתיהם. במקומות מסויימים (כגון בית סוריק) גדר ההפרדה עוטפת את הכפר ממערב מדרום וממזרח. הגדר משפיעה במישרין על הקשר בין התושבים המקומיים לבין המרכזים העירוניים (ביר נבאלה ורמאללה). קשר זה הוא קשה גם בלא גדר ההפרדה. קשר זה יהא קשה שבעתיים עם הקמתה של הגדר.

85. לא קל הוא תפקידו של המפקד הצבאי. עליו לאזן בעדינות בין צורכי הביטחון מזה לבין צרכיהם של התושבים המקומיים מזה. התרשמנו מהרצון הכן של המפקד הצבאי לחפש אחר איזון זה, תוך נכונות לשנות מתכנית מקורית כדי להגיע לפתרון שהוא מידתי יותר. לא מצאנו התעקשות על עמדות. חרף כל אלה הננו סבורים כי האיזון שנקבע על ידי המפקד הצבאי אינו מידתי. אין מנוס, איפוא, מבחינה מחודשת של תוואי הגדר, על פי אמות המידה של מידתיות עליהן עמדנו.

סוף דבר

86. קשה הוא תפקידנו. אנו בני החברה הישראלית. אף שמצויים אנו לעתים במגדל שן, מגדל זה מצוי בתוככי ירושלים, שלא פעם נפגעה מטרור חסר מעצורים. מודעים אנו להרג ולהרס אשר הטרור כנגד המדינה ואזרחיה גורר אחריו. ככל ישראלי אחר, אף אנו מכירים בצורך להגן על המדינה ואזרחיה מפני פגיעתו הקשה של הטרור. מודעים אנו לכך, כי בטווח הקצר פסק דיננו זה אינו מקל על המאבק של המדינה כנגד הקמים עליה. ידיעה זו מקשה עלינו. אך אנו שופטים. כאשר אנו יושבים לדין, אנו עומדים לדין. אנו פועלים על פי מיטב מצפוננו והכרתנו. אשר למאבקה של המדינה בטרור הקם עליה, משוכנעים אנו, כי בסופו של יום מאבקה על פי הדין ותוך מילוי הוראותיו, מחזק את כוחה ואת רוחה. אין ביטחון ללא משפט. קיום הוראות המשפט הוא מרכיב בביטחון הלאומי. עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני:

> "מודעים אנו לכך כי פסק דיננו זה אינו מקל את ההתמודדות עם מציאות זו. זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות שנוקטים אויביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות מרכיב חשוב

בתפיסת ביטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה" (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 818, 845).

הוא הדין בענייננו. רק גדר ההפרדה הנבנית על אדני המשפט תעניק ביטחון למדינה ולאזרחיה. רק תוואי הפרדה המתבסס על דרך המשפט, יוביל את המדינה אל הביטחון הנכסף.

התוצאה היא, כי אנו דוחים את העתירה כנגד צו מס' 105/03/ת. אנו מקבלים את העתירה כנגד הצווים מס' 104/03/ת, 103/03/ת, 84/03/ת (חלק מערבי), 108/03/ת, 109/03/ת ו-110/03/ת (ככל שהוא חל על אדמות בית דקו), במובן זה שהצווים בטלים שכן פגיעתם בתושבים המקומיים הינה בלתי מידתית. אנו מחזירים את הבחינה של תוואי גדר ההפרדה המוסדר בצו 107/03/ת למשיבים כאמור בפסקה 67 לעיל.

המשיבים יישאו בהוצאות העותרים בסכום כולל של 20,000 ₪.

ה נ ש י א

<u>המשנה לנשיא א' מצא:</u>

אני מסכים.

המשנה לנשיא

<u>השופט מ' חשין:</u>

אני מסכים.

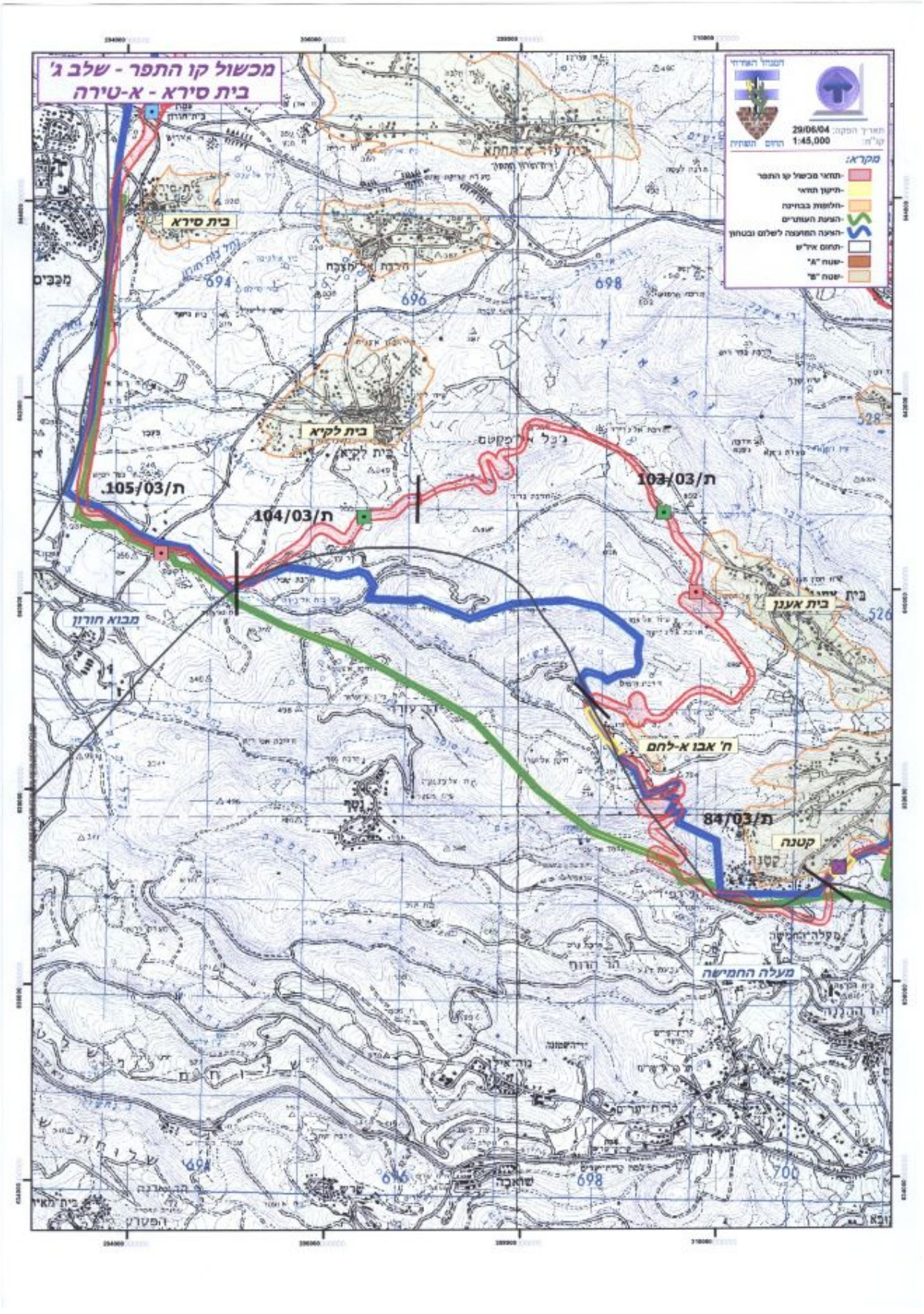
ש ו פ ט

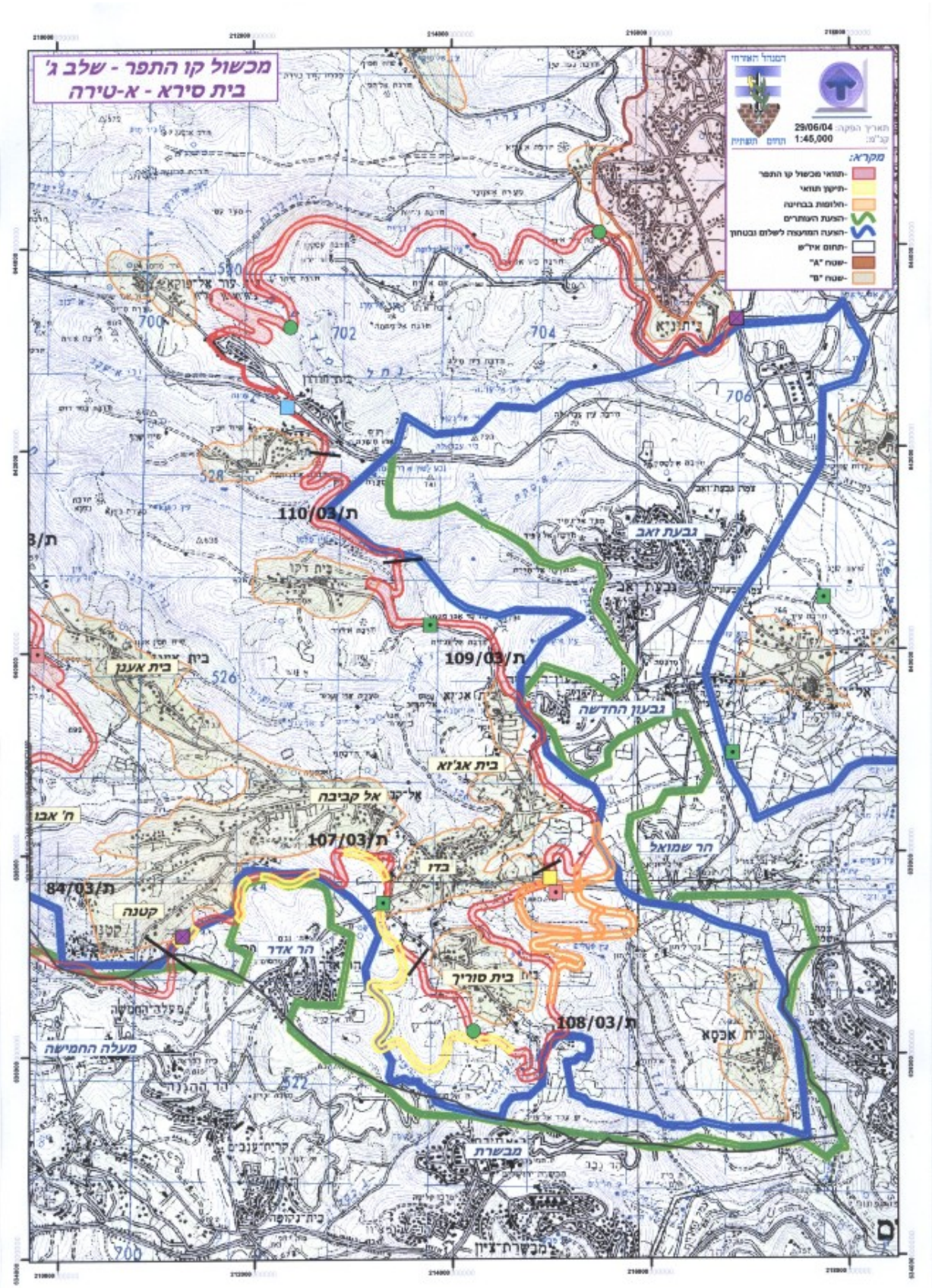
הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, י"א בתמוז התשס"ד (30.6.2004).

ה נ ש י א המשנה לנשיא ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח.04020560_A28.doc /דז/
מרכז מידע, טל' 02-6750444 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il


מכשול קו התפר - שלב ג'
בית סירא - א-טירה
בית סירא
בית לקיא
ת/105/03
ת/104/03
ת/103/03
מבוא חורון
בית אענן
ח' אבו א-לחם
ת/84/03
קטנה
מעלה החמישה
מקרא:
תחזי מכשול קו התפר
תיקון תחזי
חלופות בבחינה
הצעת העותרים
הצעה המוצעה לשלום ובטחון
תחום אי"ש
שטח "A"
שטח "B"


מכשול קו התפר - שלב ג'
בית סירא - א-טירה
המנהל האזרחי
תחום תשתיח
תאריך הפקה: 29/06/04
קנ"מ: 1:45,000
מקרא:
-תוואי מכשול קו התפר
-תיקון תוואי
-חלופות בבחינה
-הצעת העותרים
-הצעה המוצעה לשלום ובטחון
-תחום איר"ש
-שטח "A"
-שטח "B"
110/03/ת
109/03/ת
107/03/ת
108/03/ת
84/03/ת
גבעת זאב
גבעון החדשה
בית אג'זא
אל קביבה
בדו
הר שמואל
בית סוריך
הר אדר
קטנה
בית אענן
מעלה החמישה
מבשרת
בית אכסא
700
702
704
706
528
526
522