



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 10078/09
בג"ץ 7034/10

בפני :

כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ע' פוגלמן

העותרים בבג"ץ 10078/09 :

1. ראש עיריית הכפר סילוואד, נאא'ל נמר חמד חאמד
2. מחמוד מוסא עומר חאמד
3. מוחמד נג'יב אעבדאלגני חאמד
4. חסן גמיל עבדאלגני חאמד

העותרים בבג"ץ 7034/10 :

1. עוני חסן מוחמד שעיב
2. חוסין מוסא מצטפא עלואן
3. סלאח יוסף מוחמד ערמאן

נ ג ד

המשיבים :

1. מפקד כוחות צה"ל בגדה
2. ראש המינהל האזרחי
3. מועצה אזורית מטה בינימין
4. "עפרה" כפר שיתופי להתיישבות קהילתית בע"מ

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה :

י"ט בשבט התשע"א (24.1.2011)

בשם העותרים :

עו"ד מיכאל ספרד ; עו"ד שלומי זכריה ; עו"ד אבישר לב

בשם המשיבים 1-2 :

עו"ד הילה גורני ; עו"ד ראובן אידלמן

בשם המשיבים 3-4 :

עו"ד עקיבא סילבצקי

פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. שתי עתירות שאוחדו, שעניינן גישה לאדמותיהם החקלאיות של תושבי שני כפרים ערביים – סילוואד (בג"ץ 10078/09 הוגשה ביום 16.12.09) ועין יברוד (בג"ץ 7034/10, הוגשה ביום 3.10.10). בעתירות נטען כי גדרות, דרכים ומכשולים אחרים,

אשר הוקמו שלא כדין באזור הישוב עפרה, מונעים מן העותרים גישה לאדמותיהם. בעתירות נדרשו הן הסרת הגדרות והן הקצאת כוחות לאבטחת גישת העותרים לאדמותיהם. הטענות מופנות הן כנגד המפקד הצבאי באזור וכנגד ראש המינהל האזרחי (המשיבים 1-2), והן כנגד מועצה אזורית מטה בנימין וכנגד הישוב עפרה, שנטען, כי הוא עושה שימוש ללא זכות כדין באדמות שבנדון (המשיבים 3 ו-4).

העתירה

ב. לטענת העותרים, בתמצית, קיום המכשולים נוגד את הוראות הדין הבינלאומי ההומניטרי ומפר את דיני זכויות האדם. בנוסף נטען, כי קיומם נוגד את הוראות הדין הישראלי המהותי, ופוגע בארבע זכויות עיקריות – זכות הקנין, חופש התנועה, חופש העיסוק והזכות לכבוד. לפיכך ביקשו העותרים, כי תתאפשר להם גישה לאדמותיהם, וכי תוקצה להם אבטחה. בנוסף ביקשו כי יוסרו המכשולים, וכי המצב יושב לקדמותו.

השתלשלות העיניים

ג. בתגובה מיום 7.4.10 ביקשו המשיבים 1-2 לדחות את העתירה על הסף ולגופה. בענין הדרישה לכניסה חופשית ומאובטחת לאדמות, השיבו המשיבים כי פתוחה הדרך בפני העותרים לתאם כניסתם לשטח עם מפקדת התיאום והקישור (להלן מת"ק). בענין הסרתם של גידורים בלתי חוקיים השיבו, כי בעקבות פניות נוספות של תושבי כפרים אחרים בגזרת בנימין למינהל האזרחי, החל תהליך מיפוי בגזרה כולה ועם סיומו, ובהתאם לשיקולים שונים – ביניהם ביטחון, אי-חוקיות הבניה, תכנון אזורי ואחרים – תיקבע תכנית עבודה לאכיפת דיני התכנון והבניה באזור. המשיבים טענו, כי תהליך הבחינה כבר החל אך קביעת לוחות הזמנים וסדרי העדיפויות נתונים לשיקול דעת, ולא נמצא טעם לבכר את העותרים על-פני אחרים ולהצדיק התערבות שיפוטית. בתגובה מיום 15.11.11 טענו המשיבים 3-4 כי בעלות העותרים בקרקעות שבנדון מוטלת בספק וכי הסעד המבוקש כוללני, וכן הועלו טענות סמכות. בהמשך, בתגובה מיום 6.9.11, הצטרפו המשיבים 3-4 לטענות המשיבים 1-2, ובכך מוקדו הטענות לסוגית אי-ההתערבות בסדרי העדיפויות כאמור.

ד. ביום 23.1.11 הוגשה הודעה משלימה מטעם המשיבים 1-2, בה נמסר כי שלב המיפוי תם; כי אכן זוהו מספר חריגות בישוב עפרה; וכי הטיפול הועבר לגורם צבאי, המתכנן "מרכיבי ביטחון" חלופיים לגדרות הבלתי חוקיות. על יסוד האמור נדחה בהסכמה (שניתנה בדיון ביום 24.1.11) המשך הדיון בעתירות בתשעים יום, על-מנת

למצות את הבדיקות האמורות. המשיבים 1-2 נתבקשו לעדכן בתום התקופה כיצד מתקדמת העבודה. עוד נקבע, כי בתקופת ביניים זו יוכלו העותרים להיכנס לשטחיהם בתיאום עם המת"ק.

ה. ביום 23.5.11 הוגשה הודעה מעדכנת מטעם המשיבים 1-2. דווח, כי אושר תוואי גדר חלופי שיעבור סמוך יותר לבתי הישוב עפרה, ובכך יקטין את הפגיעה בזכויות העותרים. כנמסר, בגדר ישולבו אמצעי סריקה וגילוי אלקטרוניים, ולכן תתחייב הקמת התקשרות עם חברה אזורית. המשיבים העריכו, כי מיפוי האמצעים הנדרשים יסתיים בסוף שנת 2011, וכי הוצאת צוי תפיסת מקרקעין מתאימים תסתיים באמצע 2012. לפיכך, המועד המשוער לסיום בנית התוואי יהא שלהי שנת 2012. עוד צוין, כי המקרקעין שבנדון מוקמו עתה בעדיפות גבוהה. בתגובה מיום 27.6.11 הלינו העותרים על משך העבודות הצפוי. עוד טענו, כי נסיונות לתיאום כניסה למקרקעין כשלו בעבר, וכי הדבר מלווה במסכת בירוקרטית מתישה; נתבקש אפוא צו על תנאי. ביום 7.7.11 מסרו משיבים 1-2 כי בקשות לתיאום כניסה – שלטענת העותרים כשלו – מעולם לא הועברו מן הקישור הפלסטיני לישראלי, וכי בעתיד יש לתאם כניסות לשטח ישירות מול המת"ק הישראלי. צוין, כי תושבי הכפר עין יברוד (הסמוך לישוב עפרה ולכפר סילוואד) פועלים בדרך זו, וכי בקשותיהם נענות כדבר שבשגרה. נוכח השתלשלות העניינים, ניתנה ביום 18.7.11 החלטתנו בזו הלשון:

"על פני הדברים נראה לנו כי העתירה מיצתה עצמה לעת הזאת, בהנחה שהמשיבים ימלאו את התחייבויותיהם כעולה מתשובותיהם. בידי העותרים להודיענו אם יש בידיהם נתונים חדשים כנגד האמור, לרבות אם ישנם מקרים נוספים של קשיים ספציפיים בנוסף למקרה האחד שתואר".

ו. ביום 7.8.11, הודיעו העותרים, כי נעשו ניסיונות נוספים לתיאום כניסה לשטח מול המת"ק הישראלי. לדבריהם, לאחר שלושה ימי המתנה קבע קצין התיאום מועד כניסה; הקצין ציין בפניהם, כי סייר בשטח וכי חלקים ממנו נמצאים בשימוש תושבי עפרה, ולכן ביקש לדעת מה מתכננים העותרים לעשות בביקורם. בנוסף, ביקש הקצין את פרטיהם האישיים של המבקשים להיכנס לשטח, כולל פרטיהם של נציגי ארגון זכויות אדם "יש דין" אשר בקשו להתלוות לעותרים; וכן מסר, כי הכניסה תיעשה רק דרך שער הישוב עפרה – דבר שלטענת העותרים מקשה ומאריך את הדרך. בבוא המועד, הגיעו העותרים בלוי נציגי ארגון "יש דין" למקום שנקבע, אך צה"ל ואנשי מת"ק מנעו לטענתם את כניסת המלוים – אף שלדבריהם כניסתם תואמה – בנימוק כי

מכוח צו "שטח צבאי סגור" כניסתם אסורה. העותרים מצידם, דחו אפשרות כניסה ללא נציגי הארגון, והתנגדו לכניסה דרך שער הישוב – דבר אשר לטענתם מאפשר את שליטת הישוב על הכניסה לאדמותיהם. בנוסף טענו העותרים, כי צולמו על-ידי המתישבים שנכחו במקום וצפו במתרחש. נוכח השתלשלות העניינים שבו העותרים כלעומת שבאו מבלי שנכנסו לאדמותיהם. בא כוח העותרים הביע חשש, כי נסיונות תיאום עתידיים ייתקלו בקשיים דומים, אף שמדובר במנגנון שאמור לפעול כדבר שבשגרה.

ז. נתבקשה תגובה, וביום 30.8.11 הודיעו המשיבים 1-2, כי העותרים תיאמו כניסה לארבעה תושבי כפר סילוואד בלבד (בכללם העותר 4 בבג"ץ 10078/09) ולאישה נוספת כמלוה. פרט לכך, לא נתבקשו אישורים נוספים. נטען, כי במועד הכניסה שתואם, הגיעו בפועל שישה מלויים מארגון "יש דין" וכן עיתונאים וצלמים, שכניסתם לא תואמה ולא נלקחה במנין שיקולי הביטחון. בהערכת מצב שקיים מפקד החטיבה המרחבית בעת האירוע נקבע, כי כניסת המלויים, העיתונאים והצלמים לא תתאפשר, מחשש להתלקחות. מכוח סמכותו בחוק, הכריז מפקד החטיבה על האזור כ"שטח צבאי סגור" רק לגבי המלויים שכניסתם לא תואמה, והעותרים ויתרו מיוזמתם על זכותם לבקר בשטח. כן טענו המשיבים, כי הדרישה לכניסה דרך הישוב התבססה על מיקומן הסמוך של האדמות, וכי אין מקום לחשש שהביעו העותרים מ"פיקוח" התושבים על כניסתם, נוכח האבטחה הצמודה הניתנת להם.

דיון והכרעה

ח. המחלוקת בין גורמי צה"ל לעותרים במישור העקרוני אינה גדולה, קרי, יש הסכמה כי יש צורך בתיקון פגיעה בזכויות ובהסדרה נורמטיבית. המשיבים הציגו תהליך עבודה מסודר בן שני שלבים להסדרת המצב. בשלב הראשון שכונה "עבודת המטה", נערך מיפוי הגדרות והמכשולים שלגביהם נטענות טענות אי חוקיות, ביניהם אלה הנדונים בעתירות. בשלב השני, שכונה "הדרישה המבצעית", נדרש צה"ל להציע חלופות שמטרתן להקטין ככל שניתן פגיעה בזכויות העותרים מחד-גיסא, ולשמור על בטחון המתישבים מאידך-גיסא. הוסבר כי שלב זה כולל בעיקרו עריכת שומה לבחינת הפגיעה בקנין הפרטי; סיור בשטח עם בעלי הקנין לשם מימוש זכות הטיעון של נפגעים פוטנציאליים; גיבוש תקציב למימון הדרישה המבצעית; ולבסוף, הוצאת צוים ופרסומם בשטח. המשיבים אף ציינו כי המקרקעין שבנדון דידן הוצבו במקום גבוה בסדר העדיפויות הכללי של הפרויקט. בתום ארבעה חודשים, ובהתאם להחלטה שניתנה, הציגו המשיבים את התקדמות העבודה ואת לוחות הזמנים לסיומה כאמור.

בהחלטה נוספת מיום 18.7.11 נמצאו הפתרון שהוצע והתקדמות העבודות סבירים. יוזכר כי גם העותרים, בתגובתם מיום 27.6.11, לא טענו כנגד הפתרון גופו, אלא כנגד סדרי העדיפויות ולוחות הזמנים למימוש.

ט. בית משפט זה חזר פעמים רבות על עמדתו, לפיה מקום שהרשות אינה חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות ואינה מתנערת מעשיה, אין ככלל מקום להתערבות:

"הלכה מושרשת היא כי בית המשפט לא יתערב על נקלה בשיקול דעתה של הרשות המוסמכת באשר לסדרי העדיפות שהיא קובעת לעצמה באכיפת החוק. התערבות בסדרי העדיפות במדיניות אכיפה של רשות מוסמכת עשויה להתרחש מקום בו הוכחה התנערות מלאה או הימנעות בלתי-סבירה מאכיפת החוק, או כאשר סדרי העדיפויות שגיבשה הרשות לצורך האכיפה נגועים בפגם של אי סבירות קיצוני, או בפגם אחר הפוגם בחוקיותם (בג"ץ 1161/06 תנועת "אנחנו על המפה" נ' שר הביטחון (לא פורסם) – השופטת פרוקצ'יה, פסקה 6).

לא למותר לציין ולהבהיר כי אין בית משפט זה, בגישתו האמורה, מקל ראש כל עיקר בחשיבותן של אכיפה אפקטיבית של דיני התכנון והבניה בשטחי יהודה ושומרון, ושל שמירה על קניינם וזכויותיהם של בעלי זכויות. בבג"ץ 5377/09 רגבים נ' שר הביטחון (לא פורסם), (שם, פסקה ז'), אליו הפנו הן העותרים בעתירתם והן המשיבים בתגובתם, הובהר כי אכיפה כאמור חשובה מאין כמותה בבחינת מניעת מצב בו "איש הישר בעיניו יעשה". יתרה מכך, באותה פרשה נזדמן לי לומר כי:

"איננו מתעלמים הן מייחודו של האזור במובן המשפטי והן מן המורכבות שבו במובן המעשי. ואולם, חוק הוא חוק וסדרי עדיפויות אינה מלת קסם, ועל הרשות האחריות לבדיקה עצמית מתמדת הן של סדרי העדיפויות והן של מימושם" (שם, פסקה ט').

ואולם, בנסיבות התיק גם הסרה מיידית של כל הגדרות, על המשמעות הבטחונית הנלווית לכך, אינה מידתית (ראו לדוגמה בג"ץ 2150/07 אבו צפיה נ' שר הביטחון (לא פורסם), פסקה 39; בג"ץ 9593/04 מורדאר נ' מפקד צה"ל באיו"ש (לא פורסם), פסקה 20), נדרש אפוא הליך מסודר ואחראי, ולעת הזאת דומה כי הליך כאמור אכן מתקיים, אלא שיש להבטיח כי יתקיים כדבעי.

י. בענייננו, נוכח התקדמות העבודות שהוצגה עד כה, ומשכן הצפוי עד לסוף 2012, הפתרון שהוצע – בהנחה כי יקוים כראוי – נראה ממצה ולא נמצאה סיבה להתערב בו. בתגובת המשיבים נטען, כי אמת המידה שהנחתה את תהליך ההסדרה היתה "הקמתם של מרכיבי ביטחון חלופיים, או להסדיר את מעמדם של המרכיבים הקיימים, מתוך שאיפה לצמצם ככל הניתן את הפגיעה בקנין הפרטי" (סעיף 3 לתגובת המשיבים מיום 23.5.11; ההדגשה הוספה - א"ד). אמת מידה זו מקובלת עלינו ביסודה.

י"א. הקושי העיקרי שנותר, אשר בענינו הוגשו ההודעות האחרונות, הוא הסדר הביניים עד להשלמת התהליך האמור. לפי ההסדר שהוצע, בידי העותרים לתאם את כניסתם לאדמותיהם, ובמידת הצורך תינתן אבטחה. אכן, לשיטת העותרים קיים פער בין האפשרות העקרונית לתיאום הכניסה לאדמות המוצעת על ידי המשיבים, לבין יישומה בפועל. נראה כי חלק מן הקשיים היישומיים – מקורו בקשיים מינהליים; אולם חלקם האחר, למצער האירוע הנזכר בהודעתם – מקורו גם בהתנהלות העותרים. על המשיבים ליתן דעתם לייעל ככל הניתן את הסדרי הכניסה; על העותרים ליתן דעתם כמאמר הפתגם "אכילת הענבים" להבדיל מה"חיכוכים עם השומר", לגישה עניינית לגוף הדברים.

י"ב. פְּנִסִיבוֹת נראה כי עקרונית, הסדר הביניים שהוצע סביר, ומאזן בין זכויות העותרים לבין שיקולי הביטחון, הנוגעים לבטחון כל הנוגעים בדבר. ואולם, במישור המעשי, על המשיבים לעשות כל שביכולתם על-מנת לייעל את מנגנון התיאום ולפשטו ככל שניתן, לשם כניסה מסודרת בפרק הזמן שנותר עד לסיום העבודות (למעלה משנה נוספת). הנחת העבודה צריכה להיות, כי בעל זכות יוכל בפשטות וללא חשש, להיכנס לשטחו ולעבד את אדמתו. נכונות ורצון טוב מצד המשיבים, ובקשות ענייניות מצד העותרים, עשויים ליתן בנסיבות פתרון ראוי לתקופת הביניים. חזקה על הפרקליטות שתיתן ידה לצמצום קשיים ובעיות.

י"ג. בכפוף לאמור ובהינתן התקדמותם של תהליכי ההסדרה, נמחקת העתירה.

ניתן היום, כ"ו באלול התשע"א (25.9.2011).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט