



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2618/19

לפני :
כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט י' אלרון

העותרים :
1. שפיק אחמד דאווד אבו סאלם
2. עבד אלג'אבר מחמוד סלאמה אבו סאלם

נ ג ד

המשיב :
מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, האלוף רוני
נומה

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה : כ"ד בניסן התשע"ט (29.4.2019)
בשם העותרים : עו"ד סאיד קאסם
בשם המשיב : עו"ד יונתן ברמן

פסק-דין

השופט ד' מינץ:

עניינה של עתירה זו בדרישת העותרים כי יבוטל הצו בדבר תפיסת מקרקעין מס' 168/05/ת' (הארכת תוקף 4 ותיקון גבולות), התשע"ז-2016 (להלן: צו התפיסה או הצו) אשר הוצא על ידי המפקד הצבאי ביום 10.10.2016 לצורך השלמת סלילתו של כביש עוקף אזורי המהווה חלק מתוואי "גדר הביטחון" או לחילופין ישונה התוואי המתוכנן של הכביש העוקף כך שלא יעבור במקרקעי העותרים.

הרקע לעתירה

1. תוואי הכביש נשוא העתירה נמצא בסמוך ליישוב בית אריה ולכפר לובן אלג'רבי (להלן: לובן) שבאזור יהודה ושומרון. העותרים הם תושבי הכפר לובן אשר חלק מתוואי הכביש עובר על אדמותיהם.

2. ביום 20.2.2005 התקבלה החלטת ממשלה מס' 3283 שכותרתה "תוואי מתוקן לגדר הביטחון". במסגרת ההחלטה נקבע כי היישוב בית אריה ייכלל בצידה המערבי של גדר הביטחון ויהיה מוגן על ידיה. בהתאם לכך, ביום 27.9.2005 הוצא צו לתפיסת הקרקע (168/05/ת' (יהודה ושומרון), התשס"ה-2005) לשם הקמת התוואי, הכולל גדר ביטחון, כביש פטרול וכביש אזורי חדש אשר יהווה באותו אזור חלופה לכביש 446 (המוביל בקצהו הדרומי מצומת שילת ועד לכביש 5 בצפון) (להלן: הכביש החדש). נגד צו זה הוגשו שתי עתירות (בג"ץ 11651/05 המועצה המקומית בית אריה נ' שר הביטחון; בג"ץ 1998/06 מועצת הכפר עאבוד נ' ממשלת ישראל) מטעם המועצה המקומית בית אריה ומטעם מועצת הכפר עאבוד ותושבי הכפר אשר ביקשו, מטעמים שונים, להסיט את תוואי הגדר. ביום 21.5.2006 דחה בית משפט זה את שתי העתירות תוך שאישר את תוואי הגדר המתוכנן וקבע כי הוא מאזן באופן ראוי בין צרכי הביטחון באזור ובין זכויות התושבים הישראלים והפלסטינים כאחד (להלן: עניין בית אריה).

3. צו התפיסה מושא העתירה הוארך מספר פעמים עד שביום 10.10.2016 נחתם הצו המעודכן המאריך את תוקפו עד ליום 31.12.2019. מאז הוצאת הצו המקורי ביצעה מערכת הביטחון עבודות תשתית ופיתוח באזור ומתגובת המשיבים לעתירה עולה כי נכון לעת הנוכחית רובו של תוואי הכביש החדש הושלם, כאשר 8 קילומטר נסללו ו-2.3 קילומטר בוצעו חלקית. אורכו של החלק שטרם הושלם עומד על כ-1.6 קילומטר, כאשר 170 מטר מתוכם עוברים במקרקעי עותר 1 (להלן: העותר) הכלולים בצו התפיסה. לא הובהר דיו מה גודלם של המקרקעין הכלולים בצו שבבעלות עותר 2, אך יצוין כבר עתה כי נוכח הודעת המשיב שאין בכוונתו לממש בשלב זה את תפיסת החזקה בשטח שבבעלותו, נפקותה המעשית של העתירה לא תחול לעת הזו לגביו.

עוד יצוין כי טרם הושלמה הקמת גדר הביטחון באזור וזאת בשל מגבלות תקציביות ושיקולים של סדרי עדיפויות.

4. ביום 19.10.2017 הוגשה עתירה נוספת מטעם המועצה המקומית בית אריה (בג"ץ 8054/17) במסגרתה דרשה כי יושלמו העבודות לסלילת הכביש החדש וכי יצומצם צו התפיסה שהוצא לשם כך. בעקבות הודעת המדינה מיום 28.6.2018 בה הביעה

את מחויבותה להשלמת הכביש החדש והודיעה כי תקציב להמשך תכנונו הועבר וכי בקרוב יחל שלב הביצוע, נקבע בפסק הדין שניתן ביום 4.9.2018 באותה עתירה כי:

מהודעות הצדדים עולה כי הרכבת יצאה מן התחנה, וכי השלמת הכביש מושא העתירה עלתה על פסים מעשיים. משיבי המדינה הציגו לוח זמנים להשלמת התכנון... בנסיבות אלה, אין טעם להותיר את העתירה תלויה ועומדת. " (פסקה 2).

5. לאחר מתן פסק הדין האמור, ביום 26.3.2019 הגישו העותרים התנגדות לצו התפיסה. בין היתר, נטען במסגרת ההתנגדות כי הצו לא הוארך כדין, כי תוכנו לא הובא לידיעת בעלי הזכויות במקרקעין במקום, כי ביצוע הצו אינו מיועד לצרכים צבאיים וכי האדמות הכלולות בשטח הצו הינן מקור פרנסה חשוב ועיקרי עבור העותרים. בעקבות כך, ביום 7.4.2019 ערכו גורמים מן המינהל האזרחי סיור עם בעלי המקרקעין וראש מועצת לובן באזור ובסיומו נקבע בתיאום עם העותר מיקום חדש להעתקת עצי הזית הנטועים במקרקעין, במרחק של כ- 1.7 קילומטר מערבה ממיקומם הנוכחי, וזאת מבלי לפגוע בזכויותיו לטעון נגד מימוש הצו. ביום 9.4.2019 נשלח מענה מטעם המשיב ובו פירוט על אודות הארכת תוקפו של צו התפיסה, ההליכים הקודמים הנוגעים לצו וכן התייחסות לטענות העותרים. בסוף המענה צוין כי בכוונת המשיב לפעול להעתקת עצי הזית כאמור. מכאן נולדה העתירה שלפנינו.

טענות העותרים

6. לטענת העותרים ביצוע צו התפיסה במסגרתו ייעקרו עצי זית בוגרים המהווים מקור פרנסה חשוב עבורם, יביא לשלילת זכויות החזקה והבעלות שלהם בשטח בגודל של כ-13 דונם, יפריד אותם מאדמותיהם החקלאיות ויפגע במטה לחמם. מנגד, לשיטתם, ניתן לממש את התכלית של צו התפיסה באמצעות הסטת הכביש המתוכנן ממקרקעיהם למקום סמוך.

7. העותרים הוסיפו וטענו כי לא ניתנה להם ההזדמנות להשמיע את טענותיהם לפני המפקד הצבאי ובכך נפגעה זכות השימוע העומדת להם. לטענתם, צו התפיסה לא נמסר להם והמפקד הצבאי העבירו ללשכת התיאום והקישור הפלסטינית רק במהלך חודש מרץ השנה. כמו כן, פרק הזמן אשר הוקצה להגשת התנגדויות היה שבוע ימים בלבד ולא אפשר לקיים דיון ענייני בהשגה.

8. בנוסף, לטענת העותרים הקמת הכביש החדש אינה חוקית ומהווה הפרה של המשפט הבינלאומי, שכן משמעותה תפיסת אדמותיהם והגבלת תנועתם החופשית. עוד

נטען כי הגם שעניינו של הצו הינו תפיסת האדמות, הרי שהלכה למעשה מדובר בהפקעה לכל דבר ועניין, דבר העומד גם הוא בניגוד למשפט הבינלאומי. לבסוף נטען כי ביסוד החלטתו של המפקד הצבאי לממש את צו התפיסה עומדים שיקולים זרים אשר עניינם רווחת תושבי בית אריה ולא שיקול ביטחוני, כפי שנטען. לטענתם, אי מימוש העבודות לבניית גדר הביטחון באזור מזה שנים ארוכות מעיד כי לא עומדים שיקולי ביטחון בבסיס הוצאת צו התפיסה העדכני.

תגובת המשיב

9. המשיב סבור כי דין העתירה להידחות על הסף ולגופה. לטענתו, צו התפיסה העדכני פורסם כדין באמצעות מנהלת התיאום והקישור רמאללה כבר ביום 7.2.2017 במסגרת פרוסום הארכת תוקפם של צווי תפיסה וסגירה בתוואי גדר הביטחון, ואין יסוד לטענת העותרים כי הצו הועבר ללשכת התיאום והקישור הפלסטיני רק במהלך חודש מרץ השנה. זאת ועוד, מדובר בצו שאושר על ידי בית המשפט כבר בשנת 2006, תוקפו הוארך כדין מספר פעמים ועניינו של הכביש החדש עלה בשורה של הליכים משפטיים. על כן, עמדו לפני העותרים הזדמנויות רבות לטעון את טענותיהם נגד צו התפיסה והגשת העתירה בעת הנוכחית לוקה בשיהוי כבד.

10. באשר לטענת העותרים בדבר שיקולים זרים, נטען כי מימוש צו התפיסה ביחס למקרקעי העותר הוא חלק ממימוש התפיסה הביטחונית שבבסיס התוואי באזור, הנבחנת מעת לעת. לדברי המשיב, ישנה חשיבות ביטחונית בהשלמת סלילת הכביש, אשר תאפשר גישה ליישובים הישראליים ללא צורך במעבר דרך כפרים פלסטיניים, על החיכוך הכרוך בכך. בהקשר זה ציין המשיב מספר אירועי טרור אשר אירעו בגזרה. כמו כן, לכשתושלם בניית גדר הביטחון תחסם למעשה האפשרות להשתמש במערכת הכבישים הקיימת כדי להיכנס ליישובים הישראליים במרחב.

11. באשר לטענת העותרים בדבר מידתיות מימוש צו התפיסה, נטען כי אין חולק כי הצו פוגע במקרקעיו של העותר, אולם מדובר בפגיעה מידתית, אשר אושרה בעבר על ידי בית המשפט. אין מדובר בתוואי היוצר מובלעות והוא אינו מנתק את העותרים מיישובים אחרים ומשירותים חיוניים. כמו כן, תמורת המקרקעין הפרטיים שייתפסו והעצים שיוצקו או יעקרו, ישולם פיצוי הולם. זאת ועוד, התוואי כולו, למעט אחוז בודד אחד ממנו, נמצא על קרקעות מדינה ובמסגרת הפעילות לשימורו ומניעת סיכולו נגרעו מגרשים עתידיים מתכנית המתאר של היישוב בית אריה ואף נהרסו שלדי מבנים שנבנו בו. בנוסף על האמור, הכביש החדש מצטרף לסלילת מקטעי כבישים נוספים

שנועדו לשמש את האוכלוסייה הפלסטינית כדי לאפשר להם שמירה על מרקם חיים, גם לאחר הקמת גדר הביטחון במרחב.

דיון והכרעה

12. לאחר עיון בעתירה, בתגובה לה ובנספחים שצורפו, ולאחר שמיעת טיעוני באי-כוח הצדדים, הגעתי לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות, וכך אציע לחבריי כי נעשה.

13. בפתח הדיון יש לציין כי השלמתו של הכביש החדש היא חלק בלתי נפרד מהמהלך הכולל של הקמת גדר הביטחון באזור. כמו כן, הכביש החדש מהווה חלק ממכלול ההסדרים הביטחוניים באזור (ראו והשוו: בג"ץ 7337/05 שקיר נ' המפקד הצבאי באיזור יהודה ושומרון, פסקה 29 (15.3.2010)). באשר לחוקיותו של תוואי גדר הביטחון, זו נעשית על יסוד בחינה דו-שלבית (בג"ץ 1882/08 נאצר נ' ממשלת ישראל, פסקה 14 (17.8.2010); בג"ץ 3721/09 מחיסן נ' מדינת ישראל, פסקה י"ח (22.5.2011)). בשלב הראשון נבחנת סמכותו של המפקד הצבאי להורות על הקמת הגדר ובשלב השני נבחן שיקול הדעת של המפקד הצבאי בהפעלת הסמכות ובאיזון בין השיקולים השונים במקרה הקונקרטי.

14. באשר לעניין הסמכות, נקבע זה מכבר בשורה של פסקי דין כי בסמכותו של המפקד הצבאי להורות על הקמת גדר הביטחון באזור, וזאת במסגרת ההגנה על מדינת ישראל ועל הישראלים המתגוררים באזור (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית טוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 836, 807 (2004); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 497, 498-499 (2005) (להלן: עניין מראעבה); בג"ץ 4387/06 מועצת הכפר מסחה נ' ראש הממשלה, פסקה 16 (11.4.2010); בג"ץ 8222/08 חברת "דווקא" בע"מ נ' מפקד כוחות צה"ל, פסקה 19 (21.12.2009)). עוד נקבע כי לשם הקמת הגדר מוסמך המפקד הצבאי להורות על תפיסת חזקה במקרקעין אשר נמצאים בבעלות פרטית (בג"ץ 3680/05 ועד הישוב טנא נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 8 (1.2.2006)).

15. ברם, במקרה זה, חרף האמור, לטענת העותרים, אי השלמת גדר ההפרדה באזור מלמדת כי לא קיים צורך ביטחוני חיוני ועל כן נשמט הבסיס לתפיסת המקרקעין. אין בידי לקבל טענה זו. כפי שכבר צוין, תוקפו של צו התפיסה הוארך מספר פעמים, דבר אשר לבדו מעיד כי התכלית הביטחונית בהקמת גדר הביטחון, לרבות הכביש החדש, נבחנה תכופות ואך מטעמים תקציביים וסדרי עדיפויות לא הושלמו העבודות לבניית

הגדר. על כן, אין בעובדה כי חלף זמן ממועד הוצאת צו התפיסה המקורי כדי להעיד על זניחת הצורך בו, ודאי שעה שחלקו הארי של הכביש החדש כבר הוקם ואשר השלמתו, כפי שפורט לעיל, הכרחית לגדר הביטחון באזור, כשזו תוקם. נמצא אפוא כי בהוצאת צו התפיסה פעל המפקד הצבאי במסגרת סמכותו.

16. באשר לבחינת אופן הפעלת שיקול דעתו של המפקד הצבאי במקרה דנן, יש לתת את הדעת על מכלול הנסיבות ולאזן באופן מידתי בין השיקול הביטחוני לבין זכויותיהם של בעלי הזכויות במקרקעין. אף בשאלה זו איננו צועדים בקרקע בתולה מפני שכפי שצוין לעיל, תוואי הגדר באזור הובא לפתחו של בית משפט זה כבר בשנת 2006 כאשר נקבע כי:

”נחה דעתנו כי בנסיבות העניין האיוון שערך המפקד הצבאי בין צרכי הביטחון, זכויות התושבים הישראלים וזכויות התושבים הפלסטינים, הוא מידתי. החלטותיו של המפקד הצבאי באו לאחר ששקל את מכלול הנסיבות הרלוונטיות, ולאחר שהנחה עצמו על פי אמות המידה שנקבעו על-ידי בית משפט זה בפסקי הדין המנחים שניתנו ביחס לגדר ההפרדה... ניכר שהמשיבים עשו מאמצים רבים על מנת לצמצם את הפגיעה בעותרים. התוואי תוכנן, ככל שניתן על אדמות מדינה, ובסמיכות רבה ליישובים הישראלים. במקומות שניתן היה, הסתפקו המשיבים באמצעי ביטחון שפגיעתם בעותרים פחותה. בנסיבות אלה, מסקנתנו היא שאין לפנינו אמצעי שפגיעתו פחותה ואשר יש בכוחו להגשים את התכלית הביטחונית. אף אין לומר, בנסיבות העניין, שהפגיעה בעותרים אינה עומדת ביחס ראוי לתועלת הביטחונית הצומחת מהגדר. מטרת הגדר הינה להגן על חיי התושבים הישראלים מפני פעולות טרור. תועלתה הצפויה היא, אם כן, רבה מאד. מנגד, הפגיעה בעותרים אינה כה קשה וחמורה עד אין היא מידתית. כידוע, תמורת קרקעות פרטיות שייתפסו ועצים שיועתקו או יעקרו ישולם פיצוי הולם...” (עניין בית אדיה, פסקאות 9-11 לפסק דינו של הנשיא א' ברק).

הדברים נכונים גם היום ודאי משעה שצו התפיסה העדכני לא שינה את תוואי הגדר. לפיכך, הטעמים שעמדו ביסוד קביעת בית המשפט הנ”ל תקפים גם עתה ואין מקום להתערב בשיקול דעת המשיב.

17. ובשולי עניין זה ייאמר כי אכן, אין ספק כי הוצאת צו התפיסה לפועל תביא לפגיעה במקרקעין של העותר. ואולם, השאלה היא האם פגיעה זו מידתית. אני סבור כי התשובה לכך היא חיובית. התוואי המתוכנן לגדר הביטחון ולכביש החדש נבחר לאחר הבאת מכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין ובכללם צמצום הפגיעה בקניין הפרטי של

תושבי האזור. כך, ברובו המוחלט (כ-99%), הכביש עובר באדמות מדינה. בנוסף, המשיב ער לפגיעה בעותר ובכוונתו לפעול לשם העתקת עצי הזית המצויים בחלקה למיקום חלופי אשר תואם עמו מבעוד מועד. כמו כן, אין מדובר ביצירת מובלעות אשר מנתקות את העותרים מישובים אחרים ומשירותים חיוניים.

18. במסגרת זו, גם לא מצאתי כי העותרים הצליחו להרים את הנטל המוטל עליהם להוכיח כי קיימת חלופה בטיחותית שפגיעתה בזכויותיהם פחותה, וזאת בדרך של הסטת התוואי המתוכנן של הכביש החדש. מחוות דעת הנדסית, אותה הציג המשיב וצירף לתגובתו (מש/23), עולה כי האפשרות אותה הציעו העותרים נבחנה ונמצא כי היא אינה מתאימה לתנאים התחבורתיים הקיימים באזור והיענות לה תביא למפגע בטיחותי ראשון במעלה.

19. ובאשר לטענת העותרים כי החלטת המפקד הצבאי לתפוס חזקה במקרקעי העותרים נובעת משיקולים זרים ובהם רווחת התושבים הישראלים הגרים ביישובים הסמוכים. לדבריהם מדובר בשיקול פסול השולל את סמכותו של המפקד הצבאי. לא מצאתי ממש בטענה זו. אכן, מתגובת המשיבים עולה כי השלמת הכביש החדש נועדה, בין היתר, להגן על התושבים הישראלים המתגוררים באזור באופן שבו לא יידרשו לעבור בתוך הכפרים לובן ורנתיס, על החיכוך והסיכונים הכרוכים בכך. ברם, כפי שכבר ציינתי לעיל, אין בכך פגם. אדרבה, חובתו של המפקד הצבאי להבטיח את ביטחונם של התושבים הישראלים באזור נובעת הן מחובתו הכללית המעוגנת במשפט הבינלאומי להגן על כל אדם, והן מחובתה של מדינת ישראל להגן על אזרחיה (עניין מראעבה, עמ' 500). מדובר אפוא בשיקול ביטחוני לגיטימי אותו מוסמך ואף נדרש המפקד הצבאי לשקול. זאת ועוד, לא מצאתי פסול בכך שלצד התכלית הביטחונית, יקיים הכביש החדש גם יתרונות תכנוניים (ראו: בג"ץ 1348/05 שתייה נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (17.7.2006)), מה גם, שהכביש ישרת אף את תושבי האזור הפלסטיניים.

20. נוכח כל האמור, נמצא כי מימוש צו התפיסה נשוא העתירה מאזן כיאות בין ההגנה על ביטחונם של התושבים הישראלים ובין זכויותיהם של התושבים הפלסטינים באופן ראוי. וזאת ודאי נוכח העובדה כי בנוסף לסלילת הכביש החדש כאמור, המפקד הצבאי דואג גם לשמירה על מרקם החיים הייחודי של התושבים הפלסטינים. לפיכך, לא מצאתי כי יש מקום להתערב בשיקוליו של המפקד הצבאי. משהגעתי למסקנה זו התייתר הצורך להכריע בשאלת השיהוי שבהגשת העתירה, אך אציין כי נוכח העובדה שצו התפיסה המקורי הוצא בשנת 2005 ואילו צו התפיסה העדכני הוצא בשנת 2016, דומה

כי אכן מדובר בשיהוי ניכר מצד העותרים, דבר המצדיק גם הוא כשלעצמו את דחיית העתירה.

אציע אפוא לחבריי לדחות את העתירה ללא צו להוצאות.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

אני מסכים.

המשנה לנשיאה

השופט י' אלרון:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ד' מין.

ניתן היום, כ"ו בניסן התשע"ט (1.5.2019).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה