



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3571/20

לפני :

כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט א' שטיין

העותרים :

1. מוחמד סעיד חסיב
2. ג'יהאד חאלד מחמוד הרשה
3. אברהים סלימאן חליל עמאר
4. סמיר עזר סעיד סבאח
5. צובחי עזת מחמד חסין
6. אחמד עבד אלרחמן דאוד
7. תייסיר פתחי טהה עמארנה
8. המוקד להגנת הפרט

נ ג ד

המשיבים :

1. ראש ממשלת ישראל
2. שר הביטחון
3. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
4. משרד הביטחון - מינהלת גדר הפרדה

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה :

ט' באדר א' התשפ"ב (10.2.2022)

בשם העותרים :

עו"ד מיכאל ספרד ; ספיר קלה

בשם המשיבים :

עו"ד קובי עבדי ; עו"ד שרון הואש איגר

פסק-דין

השופט י' עמית:

בעתירה שלפנינו מתבקש בית המשפט להורות למשיבים לפרק את גדר ההפרדה במקטע הכפרים נזלת עיסא, קפין ועכאבה, "וככל שירצו העתקתו מערבה לתוואי קווי שבית(ת) הנשק בין ישראל וירדן משנת 1949 ("הקו הירוק")."

הרקע לעתירה

1. בשנת 2002 החליטה ממשלת ישראל להקים גדר בין שטחי אזור יהודה ושומרון (להלן: איו"ש או האזור) לבין שטח ישראל (להלן: הגדר), בעקבות פיגועי הטרור שהכו

בישראל בשעתו (להרחבה על אודות החלטה זו והרקע לה ראו, בין היתר, בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, בפסקאות 1-6 (30.6.2004) (להלן: עניין בית סוריק); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, בפסקאות 1-3 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (15.9.2005) (להלן: עניין מראעבה)). מקטעים מסוימים של תוואי הגדר לא הוקמו על קו תחום איו"ש (להלן גם: הקו הירוק) כי אם מזרחית לו, באופן שהותיר ממערב לגדר שטחים השייכים לאזור. שטחים אלו מוכרים בשם "מרחב התפר", ואין מכשול פיזי שחוצץ בינם לבין שטח ישראל.

2. על רקע זה, בשנת 2003 הכריז מפקד כוחות צה"ל באזור (המשיב 3, ולהלן: המפקד הצבאי) על מרחב התפר כעל שטח צבאי סגור, שהכניסה אליו אסורה לפלסטינים תושבי האזור אלא אם קיבלו היתר פרטני לכך (להלן: משטר ההיתרים). ההסדרים הנוגעים להנפקת היתרים כאמור קבועים בנוהל מטעם המינהל האזרחי באיו"ש, אשר מוכר בשם "קפ"ק מרחב התפר" (להלן: הקפ"ק) ומתעדכן מעת לעת. בין היתר, בקפ"ק מוסדרים התנאים לקבלת היתרי כניסה למרחב התפר לצרכים חקלאיים וההליך להנפקתם. הכניסה למרחב התפר נעשית דרך שערים ייעודיים בגדר. אקדים ואומר בתמצית כי בשנת 2011 אישר בית משפט זה את חוקיות ההחלטה להכריז על מרחב התפר כעל שטח צבאי סגור ולהחיל בו את משטר ההיתרים (בג"ץ 9961/03 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' ממשלת ישראל (5.4.2011) (להלן: עניין המוקד)), ועל כך יפורט בהמשך.

3. מקטעים מסוימים של הגדר הוקמו על קרקע פרטית, ובמקרים כאלו הוציא המפקד הצבאי צו לתפיסת הקרקע ושולמו פיצויים עבור השימוש בה. ניתן היה להגיש השגה על צו התפיסה למפקד הצבאי. במידה שנדחתה ההשגה, ניתן היה לעתור לבית משפט זה תוך שבעה ימים (ראו, למשל, עניין מראעבה, בפסקה 5; עניין בית סוריק, בפסקה 8). ואכן, במהלך שנות הקמת הגדר הוגשו לבית משפט זה עתירות רבות נגד מקטעים מסוימים בה. בחלק מן המקרים, הגדר הותירה במרחב התפר כפרים שלמים, באופן שניתק את תושביהם ממכלול השירותים האזרחיים באיו"ש (ראו, למשל, עניין מראעבה ובג"ץ 10309/06 מועצה מקומית אלפי מנשה נ' ממשלת ישראל, בפסקה 3 (29.8.2007) (להלן: עניין אלפי מנשה)). במקרים אחרים נטען כי הגדר, מרחב התפר ומשטר ההיתרים הנגזר ממנו מגבילים את גישתם של תושבים פלסטיניים לאדמותיהם במרחב התפר, באופן שפוגע בזכויותיהם וביכולתם להתפרנס (ראו, למשל, עניין בית סוריק; בג"ץ 4825/04 עליאן נ' ראש הממשלה (16.3.2006)). עשרות עתירות כאמור נמחקו לנוכח הסדר בין הצדדים (עניין מראעבה, בפסקה 5). עתירות אחרות התקבלו על-ידי בית המשפט, שקבע כי מקטעים מסוימים בגדר, שעוברים בתוך שטחי איו"ש, גורמים

לפגיעה שאינה מידתית בתושבי האזור, והורה למפקד הצבאי לבחון תוואי חלופי (ראו עניין בית סוריק; עניין מראעבה).

4. כאמור, עניינה של העתירה שלפנינו בתוואי הגדר הסמוכה לכפרים נזלת עיסא, קפין ועכאבה (להלן ביחד: הכפרים). בשנת 2002 הוצאו לראשונה צווי תפיסה לצורך הקמת הגדר במקום, באופן שהותיר את הכפרים נזלת עיסא ובאקה אלשרקיה בתוך מרחב התפר (צווי תפיסה 18/02 ת (יהודה ושומרון), התשס"ב-2002 ו-21/02 ת (יהודה ושומרון), התשס"ב-2002) (להלן בהתאמה: צו 18/02 וצו 21/02 ת, וביחד: הצווים המקוריים)). תושבים מכפרי הסביבה עתרו לבית משפט זה נגד התוואי הנ"ל (בג"ץ 7783/02), ובעקבות זאת ערך המפקד הצבאי בחינה נוספת של תוואי הגדר במקום והחליט לתקנו, באופן שהוציא את הכפרים נזלת עיסא ובאקה אלשרקיה ממרחב התפר. ביום 17.11.2002 ניתן פסק דין בעתירה הנ"ל כדלקמן:

"על-פי הצעתנו הודיענו בא-כוח העותרים על מחיקת העתירה.

זכותם של העותרים שמורה להם להגיש לבעלי הסמכות השגה ספציפית וממוקדת באשר לתוואי הגדר ובאשר לשערים שבגדר בתחומים הרלוונטיים לעניינם. בה-בעת, טענות שהועלו בעבר מפי העותרים ואשר באו לדיון לפני בית-המשפט ונדחו, לא יוכלו העותרים לשוב ולהעלותן שוב. זכותם של העותרים שמורה להם, אם תידחה השגתם, לשוב ולעתור נגד דחיית ההשגה לרבות נגד הפורום אשר יקבל את ההחלטה.

רשמנו לפנינו את הצהרת הפרקליטות, ולפיה אחד השיקולים העיקריים שיובא במניין השיקולים לדיון בהשגה המיועדת של העותרים יהא השיקול שהוחל כבר בהקמת מרחב ההפרדה ודיון בהשגה לעת הזו עלול לגרום קשיים ניכרים ביותר לביצועו של עצם הפרוייקט. עוד רשמנו לפנינו את הצהרת בא-כוח העותרים ולפיה מתנגדים הם לטענת המדינה בדבר שינויי מצב לרעה.

ככפוף לאמור לעיל אנו מחליטים לדחות את העתירה" (בג"ץ 7783/02 שרים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (17.11.2002) (להלן: בג"ץ 7783/02)).

בהמשך לכך בוטלו צו 18/02 ת וצו 21/02 ת, ופורקו מקטעי הגדר שהוקמו מכוחם. המפקד הצבאי הוציא את צו תפיסה 36/03 ת (יהודה ושומרון), התשס"ג-2003 (להלן: צו 36/03 ת), ובשנת 2005 הסתיימה בניית הגדר במקטע מושא העתירה שלפנינו, על בסיס הצו בדבר תפיסת מקרקעין מס' 17/02 ת (יהודה ושומרון), התשס"ב-2002 וצו 36/03 ת. אחת לשלוש שנים הוארך תוקפם של צווי התפיסה הנוגעים למקטע הגדר דנן על-ידי המפקד הצבאי, וכעת הם בתוקף עד ליום 31.12.2022.

5. קצהו הצפוני של מקטע הגדר דנן פוגש בכביש 611, ומשם ממשיכה הגדר לכיוון דרום-מערב, ממערב לכפרים מושא ענייננו – עכאבה, קפין ונזלת עיסא. קצהו הדרומי של המקטע דנן פוגש את הקו הירוק בשער בגדר המשמש את תושבי נזלת עיסא. אורך המקטע כשישה ק"מ, והוא יוצר מרחב תפר שכולל למעלה מ-3,000 דונם של אדמות הכפרים הנ"ל. ממערב למקטע הגדר דנן ולקו תחום איו"ש מצויים, בין היתר, היישוב מצפה אילן, קיבוץ מצר, באקה אלע'רבייה והעיר חריש. לפי הנטען בעתירה, 60 מתוך 85 המשפחות המתגוררות בכפר עכאבה מחזיקות אדמות במרחב התפר (ומדובר ב-80% מהאדמות החקלאיות של אנשי עכאבה), וכך גם 60% מ-12,300 התושבים המתגוררים בקפין. כיום ישנם שלושה שערים במקטע הגדר דנן שמובילים למרחב התפר: שערים 436, 408 ו-526 המשמשים את תושבי עכאבה, קפין ונזלת עיסא, בהתאמה. שערים 436 ו-408 נפתחים שלוש פעמים בשבוע, בין השעות 06:30-07:15, 12:00-12:30 ו-16:30-15:45. שער 526 נפתח כל יום בין השעות 05:00-21:00.

6. בשנת 2005 הוגשו פניות למשיבים מטעם תושבי קפין ונזלת עיסא בנוגע להסדרי המעבר בשערים המובילים למרחב התפר (מש/3). בהמשך לכך הוחלט, בין היתר, לפתוח את השער המשמש את תושבי קפין לכל אורך השנה, חלף פתיחתו על בסיס עונתי. ביום 25.12.2006 פנתה עמותת "מרכז ירושלים לזכויות אדם" למשיבים בשם תושבי הכפר עכאבה (לרבות העותר 7), בדרישה לפרק את מקטע הגדר הסמוך לכפר ולהעבירו לקו תחום איו"ש (מש/4). ביום 6.3.2007 השיבו המשיבים כי הדרישה לפרק את הגדר באזור עכאבה לא התקבלה. עם זאת, ביום 13.8.2007 ערכו גורמי המשיבים סיור בשטח עם הפונים מהכפר, וביום 2.10.2007 הודיעו גורמי המשיבים כי הוחלט לפתוח שער חקלאי נוסף (שער 408) בסמוך לעכאבה (מש/5).

7. העותרים 1-7 הם תושבי שלושת הכפרים הנ"ל ובבעלותם אדמות במרחב התפר. העותרים 1-4 הם תושבי קפין, ובבעלותם 25.25 דונם של אדמות כאמור; העותרים 5-6 הם תושבי נזלת עיסא, ובבעלותם 18.5 דונם כאמור; והעותר 7 הוא תושב עכאבה וראש מועצת הכפר, ובבעלותו 200 דונם כאמור. העותרת 8 היא עמותת המוקד להגנת הפרט (להלן: המוקד).

ביום 8.1.2020 פנו העותרים למשיבים בדרישה לפרק את מקטע הגדר דנן, וטענו כי הגדר, מרחב התפר ומשטר ההיתרים הנגזר ממנו מגבילים קשות את גישת בעלי האדמות לקרקעותיהם במרחב התפר ופוגעים אנושות בחקלאות שם. ביום 26.2.2020 התקיימה פגישה בין נציגי המפקד הצבאי האמונים על הגדר ועל משטר ההיתרים בגזרה לבין באי-כח העותרים ונציגי המוקד. לטענת המשיבים, במסגרת הפגישה סירבו נציגי

העותרים לדון בקשיים פרטניים שנגרמים לשיטתם ממשטר ההיתרים, ועמדו על דרישתם לפרק את מקטע הגדר. לטענת העותרים, במהלך הפגישה סירבו המשיבים לדון בשינוי תוואי הגדר. המשיבים ציינו כי במהלך הפגישה הציעו לנציגי העותרים לקבוע פורום עתי לקידום פתרונות לקשיים בגישה למרחב התפר.

ביום 3.6.2020 הוגשה העתירה שלפנינו.

תמצית טענות הצדדים

8. לגישת העותרים, מקטע הגדר דנן פוגע באופן בלתי מידתי בזכויות היסוד שלהם ושל אנשי קהילותיהם, באופן שמצדיק לפרק את המקטע הנ"ל כך שכלל, אדמותיהם לא תהיינה במרחב התפר.

העותרים טענו כי הסדרי משטר ההיתרים שנקבעו ב-15 השנים האחרונות פגעו אנושות בזכויותיהם ובגישתם לאדמות במרחב התפר. העותרים הדגישו כי ההסדרים להנפקת היתרי כניסה למרחב התפר הוחמרו במהלך השנים, באופן שצמצם את היקף הזכאים להיתר ופגע בגישת החקלאים לאדמותיהם במרחב. נטען כי בשל כך חלה ירידה משמעותית בתנובה החקלאית של אדמות מרחב התפר; וכי השינויים הנ"ל במשטר ההיתרים נועדו לרוקן את המרחב מנוכחות פלסטינית ולנשל את התושבים מאדמותיהם, שמהוות מרכיב חשוב בתרבותם, פרט להיותן מקור פרנסה עיקרי עבורם. נטען כי לנוכח עתירות רבות שהגיש המוקד בשם חקלאים פלסטיניים, שגישתם לאדמות מרחב התפר נמנעה בשל משטר ההיתרים, עמדת העותרים היא שהמקטע דנן, על מרחב התפר שהוא יוצר, טומן בחובו בעיה מערכתית מובנית, שלא ניתן לפתור באמצעות סעדים פרטניים. העותרים הדגישו שלא נותר להם אלא לדרוש את פירוק המקטע דנן, כך שלא יהיה צורך לקבל היתר כדי להגיע לאדמות הכפרים המצויות כיום במרחב התפר, וכי "השאלה איננה תנאי זה או אחר במשטר ההיתרים אלא הרעיון העומד ביסודו". העותרים הוסיפו כי הצבת הגדר לאורך קו תחום איו"ש (להלן גם: התוואי החלופי) תקטין את הפגיעה בהם, ואף תגשים במידה רבה יותר את תכליתה הביטחונית של הגדר. לתמיכה בטענתם, הציגו העותרים חוות-דעת ביטחונית של אל"ם (במיל') שאול אריאלי. עוד נטען כי כיום הצורך הביטחוני שבבסיס הגדר נחלש ביחס לתקופה שסבבה את הקמתה.

9. עמדת המשיבים היא כי דין העתירה להידחות על הסף, ואף לגופה. ראשית, נטען כי מדובר בעתירה כוללנית, שתוקפת את משטר ההיתרים במרחב התפר, מבלי להבהיר כיצד משטר ההיתרים והשינויים שבוצעו בו משפיעים על העותרים עצמם. הודגש כי

העותרים לא פנו באופן ממצה למשיבים, בכל הנוגע לפתרון הבעיות של חקלאים במרחב דנן, בעוד שהמשיבים הציעו לעותרים ולנציגיהם לקיים שיח קונקרטי בנושא. עוד נטען כי העתירה לוקה בשיהוי כבד, וכי העותרים ביקשו לפרק את המקטע דנן בחלוף כ-18 שנים ממועד הוצאת הצווים המקוריים ומחיקת העתירה בבג"ץ 7783/02; כ-15 שנים ממועד הקמת הגדר בתוואי הנוכחי; כ-12 שנים מסיום ההתכתבויות המשפטיות ביחס למרחב התפר הסמוך לעכאבה; וכ-9 שנים ממועד מתן פסק הדין בעניין המוקד, שאישר את חוקיות משטר ההיתרים.

10. לגוף טענות העותרים, המשיבים גרסו כי תוואי הגדר דנן נקבע זה מכבר על בסיס שיקולים ביטחוניים-מבצעיים, תוך התחשבות במכלול השיקולים הרלוונטיים, לרבות זכויות התושבים המקומיים. הודגש כי עמדת גורמי הביטחון בדבר נחיצות הגדר נבחנת אחת לשלוש שנים במסגרת הארכת צווי התפיסה הרלוונטיים; וכי התוואי החלופי, המוצע על-ידי העותרים, חותר תחת השיקולים הביטחוניים-מבצעיים הנ"ל, באופן שעלול לסכן באופן ממשי את תושבי היישובים הישראליים הסמוכים לגדר. בין היתר, צוין כי טרם הקמת הגדר, ביום 10.11.2002 חדר מחבל חמוש משטחי האזור לקיבוץ מצר ורצח חמישה ישראלים, ביניהם אם ושני ילדיה. המשיבים גרסו כי לצורך שמירה על מרקם החיים במרחב התפר דנן, הוצבו לאורך הגדר מספר שערים חקלאיים והונפקו לבעלי האדמות היתרים מתאימים; כי מדובר בהסדרים מידתיים שמאפשרים לשמר את החקלאות במרחב באופן סביר; וכי טענות העותרים בעניין ירידה בתנובה החקלאית כתוצאה ממיקום הגדר אינן מבוססות כדבעי. הודגש כי במידה שהעותרים סבורים כי ישנם היבטים בעייתיים במשטר ההיתרים, הם רשאים לפנות למשיבים כדי למצוא פתרונות קונקרטיים; וכי הצעת המשיבים, שהועלתה בפגישה הנ"ל בין הצדדים, לקביעת פורום עתי לקידום פתרונות לקשיים בגישה למרחב התפר, עומדת בתוקפה גם כיום.

ההליך בבית משפט זה

11. ביום 10.2.2022 קיימנו דיון בעתירה, במסגרתו השלימו הצדדים טיעוניהם בעל-פה, וכן הופיעו לפנינו אל"ם (במיל') אריאלי, שהגיש כאמור את חוות הדעת הביטחונית מטעם העותרים, וכן תא"ל עופר הינדי, ראש מנהלת "קשת צבעים" בפיקוד מרכז, שתצהירו צורף לתגובה המקדמית של המשיבים לעתירה.

כעת יש להכריע בעתירה.

דיון והכרעה

12. אקדים ואומר כי לאחר עיון בטענות הצדדים, שהועלו לפנינו בכתב ובעל-פה, הגעתי לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות, משלא מצאתי עילה להתערב בהחלטת המפקד הצבאי שלא לפרק את מקטע הגדר דנן ולהעבירו לקו תחום איו"ש. בטרם אעמוד בפירוט על הטעמים שהובילוני למסקנה זו, אציגם להלן בתמצית.

ראשית, בשים לב להלכה הנוהגת עמנו, בדבר המשקל המיוחד שיש ליתן לחוות דעתו הביטחונית של הגורם האמון על הביטחון, לא שוכנעתי כי התוואי החלופי שהוצע על ידי העותרים, עדיף מבחינה ביטחונית על תוואי הגדר הנוכחי.

יתר על כן, המשמעות המהותית של הסעד המבוקש בעתירה היא ביטול משטר ההיתרים בסביבת הכפרים דנן. העותרים הדגישו כי עתירתם אינה מכוונת לסעדים פרטניים לפתרון הבעיות שמשטר ההיתרים מציב בפניהם, וכי הבעיה לשיטתם נעוצה ברעיון שבבסיס משטר ההיתרים. ברם, בעניין המוקד נקבע כי ככלל, החלת משטר ההיתרים במרחב התפר חוקית, בכפוף לכך שהמדינה תשמור ככל הניתן על מרקם החיים של התושבים; וכי טענות לפגיעה חמורה כתוצאה ממשטר ההיתרים יש לברר במסגרת עתירות פרטניות. מתכונתה הנוכחית של העתירה מקשה לבחון כנדרש את טענות העותרים בדבר הפגיעה בהם כתוצאה ממשטר ההיתרים, ולהעניק להם במידת הצורך את הסעדים המתאימים.

נוסף על כך, העתירה מבוססת על טענה שלפיה הסדרי משטר ההיתרים הוחמרו במהלך השנים. אלא שמרבית ההסדרים שצוינו על-ידי העותרים בהקשר זה בוטלו, תוקנו (או יתוקנו בקרוב) בעקבות עתירות קונקרטיות שהוגשו בעניינם או שאינם רלוונטיים לעותרים.

כמו כן, מבלי להקל ראש בקשיים שחווים העותרים כתוצאה ממשטר ההיתרים, טענותיהם לעניין היקף הפגיעה בהם ובבני קהילותיהם אינן חפות מקשיים.

בשורה התחתונה, מידתיות פגיעתו של משטר ההיתרים נגזרת מתוכן הסדריו ואופן יישומם. בהתאם, ככלל, הדרך לריפוי פגיעה חמורה כאמור עוברת בתקיפת ההסדרים הרלוונטיים או אופן יישומם במערכת נסיבות קונקרטיות. לא זו הדרך שנבחרה בעתירה שלפנינו, והעותרים עמדו על העתקת הגדר ממקומה באופן שיבטל את משטר ההיתרים בעניינם.

לנוכח האמור וכפי שיפורט להלן, אין בידינו להיעתר לבקשתם.

הסוגיה הביטחונית

13. לטענת העותרים, המבוססת כאמור על חוות דעת ביטחונית מטעם אל"ם (במיל') אריאלי, העברת מקטע הגדר דנן לקו תחום איו"ש, בתיקונים קלים, תגשים במידה רבה יותר את תכליתה הביטחונית. בעיקרו של דבר, בחוות הדעת הנ"ל נטען כי התוואי החלופי עדיף בכל הנוגע ליכולת הזיהוי המוקדם של חשודים בחדירה טרם הגעתם לגדר, מאחר שהשטח ממזרח לתוואי הנוכחי "רווי בבנייה, חממות וכו'"; כי קרבתו של התוואי הנוכחי לשטח הבנוי של הכפרים עלולה לסכן בעת הסלמה את כוחות הביטחון המסיירים לאורך הגדר; וכי ממערב לקו הירוק יש שתי גבעות אשר שולטות לחלוטין על השטח עד קפין ועכאבה.

14. מנגד, המשיבים ציינו כי בחינה שנערכה על-ידי המפקד הצבאי העלתה כי התוואי החלופי חותר תחת השיקולים המבצעיים שבבסיס קביעת תוואי הגדר, ועלול להוביל לפגיעה משמעותית ביעילותה ולסכן באופן ממשי את היישובים הישראליים הסמוכים. בין היתר, נטען כי התוואי החלופי יצמצם באופן משמעותי את מרחב ההתראה הנדרש לכוחות הביטחון כדי לזהות ולתפוס מפגע שחדר דרך הגדר; כי התוואי החלופי יקרב את הגדר למרחק של מטרים בודדים מהכפר באקה אלעריבה, באופן שיגביר את יכולת ההיטמעות במרחב העירוני של החודרים דרך הגדר; כי חלק מקו תחום איו"ש בסביבה דנן סמוך לאזור מיוער, באופן שיש בו כדי לפגוע ביכולת התצפית והאבטחה של הכוחות הנעים לאורך הגדר; וכי התוואי החלופי יוביל לנחיתות טופוגרפית של הגדר מול הגבעות שממזרח לה. המשיבים הוסיפו כי העברת הגדר צפויה לפגוע במקרקעין פרטיים נוספים בהיקף נרחב, לרבות חלקות מעובדות; וכי בבחינת שיקול משני, העברת הגדר ממקומה כרוכה בהעתקת תשתיות ואמצעים טכנולוגיים בעלות של עשרות מיליוני ₪.

15. לפנינו אפוא שתי חוות דעת סותרות, בשאלה מהו התוואי העדיף מבחינה ביטחונית למיקומה של הגדר בסביבת הכפרים דנן. בהקשר זה, הלכה עמנו כי יש ליתן משקל מיוחד לחוות דעתו הביטחונית-צבאית של מי שמוטלת עליו האחריות לביטחון:

"בשורה ארוכה של פסקי דין נקבע כי המפקד הצבאי, הקובע את תוואי הגדר, נדרש לשקול ולאזן בין מספר שיקולים. השיקול הראשון הוא השיקול הביטחוני-צבאי. מכוחו רשאי המפקד הצבאי לשקול שיקולים שעניינם ההגנה על ביטחון המדינה וביטחון הצבא. שיקולים אלה

הם שיקולים שבמומחיות צבאית וביטחונית. לגביהם נתון למפקד הצבאי שיקול דעת רחב. הוא שמופקד על שמירת הביטחון. הוא בעל המומחיות, הידע והאחריות הביטחוניים. בית המשפט מייחס לעמדתו משקל רב. זאת בהתבסס על הגישה העקבית בפסיקת בית המשפט, כי יש לתת משקל מיוחד לחוות דעתו הצבאית של הגורם אשר עליו מוטלת האחריות לביטחון" (עניין אלפי מנשה, בפסקה 15 (ההדגשה במקור); וראו גם עניין בית סוריק, בפסקה 47 והאסמכתאות שם)).

16. אמנם, כאמור לעיל, היו מקרים שבהם נעתר בית משפט זה לעתירות שביקשו לבחון תוואי חלופי למקטע מסוים בגדר, לנוכח פגיעה בזכויות תושבים פלסטיניים כתוצאה מחציצת הגדר בינם לבין אדמותיהם. ואולם, ככלל, עתירות כאלו כווננו נגד צווי תפיסת הקרקע שהוצאו על-ידי המפקד הצבאי לצורך בניית הגדר בסמוך להוצאתם. על ההליך בהקשר זה עמד בית המשפט בעניין בית סוריק:

"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). 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 פנייה לגוף הקישור המתאים ברשות הפלסטינית. במסגרת ההודעה שנמסרת לתושבים מוזמן כל אדם המעוניין בדבר להצטרף לסיוור שנערך בשטח נושא צו התפיסה, לשם הצגת התוואי המתוכנן של הגדר. ימים מספר לאחר הוצאת הצו נערך סיוור בשטח בהשתתפות בעלי הקרקעות על-מנת להצביע על הקרקע העומדת בפני תפיסה. לאחר הסיוור מוענקת לבעלי הקרקע שהות של שבוע ימים להגשת השגות למפקד הצבאי. ההשגות נבחנות לגופן. במקרים שבהם הדבר אפשרי נעשה ניסיון להגיע להבנות עם בעלי הקרקעות. אם ההשגה נדחית, ניתנת לבעל הקרקע שהות של שבוע ימים נוספים להגשת עתירה לבית-המשפט הגבוה לצדק" (בפסקה 8 (ההדגשה הוספה)).

רגלינו אינן עומדות אפוא בנקודת הזמן שבו, ככלל, תוגשנה עתירות נגד תוואי הגדר. בתוך כך, יש לציין כי חוות הדעת של אל"ם אריאלי מבוססת, בעיקרו של דבר, על טענות שניתן היה להעלות כאשר נקבע התוואי הנוכחי. אמנם, העותרים טענו כי הצורך הביטחוני שבעטיו הוקמה הגדר נחלש ביחס לעוצמתו במועד הקמתה. אך טענה זו נטענה בשפה רפה, ולא נפרסה תשתית מספקת על מנת להראות שינוי נסיבות מהותי בהקשר זה, לא כל שכן כאשר מדובר בעיקרו של דבר בטענה כללית, שאינה מיוחדת דווקא למקטע הגדר דנן. העותרים הדגישו כי עתירתם מבוססת על 15 שנות ניסיון של

פגיעה בפועל בזכויותיהם כתוצאה ממשטר ההיתרים, להבדיל מעתירות אחרות שניסו לשכנע את בית המשפט בנוגע לפגיעה צפויה. ואולם, בית משפט זה לא דחה עתירות שהוגשו בסמוך להוצאת צווי התפיסה בשל העדר פגיעה בפועל בתושבים. אדרבא, כפי שיפורט להלן, בית משפט זה יצא מנקודת הנחה בעתירות הרלוונטיות כי בעצם קיומם של מרחב התפר ומשטר ההיתרים הנגזר ממנו, יש כדי לפגוע בתושבים בעלי הזיקה למרחב (וראו, למשל, עניין בית סוריק, בפסקה 60).

17. ויוזכר: בשנת 2002 הוגשה לבית משפט זה עתירה נגד מקטע הגדר שנקבע לראשונה בסביבת הכפרים דנן (בג"ץ 7783/02), ובעקבות זאת החליט המפקד הצבאי לתקן את התוואי כך שיעבור במיקומו הנוכחי. כאמור, בפסק הדין בעתירה הנ"ל קבע בית המשפט כי "זכותם של העותרים שמורה להם להגיש לבעלי הסמכות השגה ספציפית וממוקדת באשר לתוואי הגדר ובאשר לשערים שבגדר בתחומים הרלוונטיים לעניינם [...] זכותם של העותרים שמורה להם, אם תידחה השגתם, לשוב ולעתור נגד דחיית ההשגה לרבות נגד הפורום אשר יקבל את ההחלטה". כוחם של דברים אלו היה יפה לא רק לעותרים שם, כי אם לכל מי שראה עצמו נפגע מתוואי הגדר. ואולם, העתירה דנן לא הוגשה בעקבות דחיית השגות כאמור נגד התוואי המתוקן (והשוו לעניין אלפי מנשה, בפסקה 5).

18. אף לגופם של דברים, יש ממש בעמדת המפקד הצבאי, שלפיה התוואי החלופי יצמצם משמעותית את מרחב ההתראה לזיהוי חדירה דרך הגדר ותפיסת החודר, ועניין זה אף צוין בחוות דעתו של אל"ם אריאלי. יש בצמצום מרחב ההתראה כדי להגביר את הסיכון לתושבי היישובים הישראליים הסמוכים. גם השיקול שעניינו הגברת יכולת ההיטמעות של החודרים במרחב העירוני של באקה אל'ערביה, באופן שיקשה על זיהויים ותפיסתם, הוא שיקול ענייני שמקים חשש מוצדק. כמו כן, עמדת המפקד הצבאי כי התוואי החלופי מצוי בנחיתות טופוגרפית ביחס לגבעות שממזרח, באופן שיאפשר לשלוט על הגדר באש ובתצפית, לא נסתרה בחוות הדעת מטעם העותרים. אמנם בחוות הדעת של אל"ם אריאלי נטען כי השטח ממזרח לתוואי הנוכחי רווי בבנייה, באופן שמקשה על זיהוי מוקדם של ניסיון חדירה. ואולם, עיון במפות שצורפו לחוות הדעת מעלה כי הגדר אינה צמודה לשטח הבנוי של הכפרים עכאבה וקפין, כך שדומה כי החשש מפני פגיעה ביכולת הזיהוי המוקדם כאמור אינו כבד במיוחד.

19. לנוכח כל האמור לעיל, לא מצאתי עילה להעדיף בסוגיה הביטחונית הנ"ל את עמדת העותרים על פני עמדת המפקד הצבאי, ואין בידי לקבוע כי העברת הגדר לקו תחום

איו"ש תגשים במידה רבה יותר, או אף במידה זהה, את תכליתה הביטחונית של הגדר ביחס לתוואי הנוכחי.

מתכונתה הגורפת של העתירה ושל הסעד המבוקש בה

20. העותרים טענו כי הסדרי משטר ההיתרים ואופן יישומם הוחמרו עם השנים, באופן שהוביל לפגיעה בלתי מידתית בזכויותיהם ובגישתם לאדמות במרחב התפר. לשיטתם, הפגיעה הנ"ל מובנית בקיומם של מרחב התפר ומשטר ההיתרים הנלווה לו, ו"השאלה איננה תנאי זה או אחר במשטר ההיתרים אלא הרעיון העומד ביסודו". לגישת העותרים, פגיעה זו מצדיקה להעביר את מקטע הגדר דנן לקו תחום איו"ש.

21. ואולם, יש קושי לקבל טיעון זה של העותרים, שעמדו על כך שעתירתם אינה מכוונת לסעדים פרטניים, וכי הבעיה מבחינתם נעוצה ברעיון שבבסיס משטר ההיתרים. למעשה, טענת העותרים היא שפגיעתו של משטר ההיתרים בהם מצדיקה את ביטול החלתו בעניינם. העותרים הדגישו כי הסעד היחיד המבוקש על-ידם הוא פירוק מקטע הגדר דנן והעברתו לקו תחום איו"ש. משמעות סעד זה היא ביטול מרחב התפר בגזרה וממילא ביטול משטר ההיתרים ביחס לעותרים ובני קהילותיהם. ואולם, כפי שיפורט להלן, בעניין המוקד נקבע כי ההחלטה על החלת משטר ההיתרים חוקית. הודגש שם כי ככלל, הדרך לבחינת טענה שלפיה משטר ההיתרים גורם לפגיעה שאינה מידתית, עוברת בעתירה פרטנית, שניתן יהיה לבחון באמצעותה את הנסיבות הקונקרטיות, את ההסדרים שלפי הטענה גרמו לפגיעה, ואת אופן יישומם בנסיבות המקרה – ועל בסיס כל אלה להושיט סעד מתאים ככל שנדרש. כאמור לעיל וכפי שיובהר להלן, לא כך נעשה בעתירה שלפנינו.

22. בעתירה בעניין המוקד נטען, בין היתר, כי "משטר ההיתרים גורם לפגיעה חמורה ובלתי מידתית בזכויות האדם של התושבים הפלסטיניים" (בפסקה 10). העותרים שם ביקשו מבית המשפט להורות על ביטול הכרזות המפקד הצבאי על שטחי מרחב התפר כעל "שטח צבאי סגור", וממילא להורות על ביטול משטר ההיתרים שהוחל בעקבות ההכרזות הנ"ל.

23. בית המשפט בעניין המוקד הכיר בכך שמשטר ההיתרים פוגע בתושבים הפלסטיניים בעלי הזיקה לאדמות שבמרחב התפר:

"משטר ההיתרים מכביד עד למאד על התושבים הפלסטינים וגורם לפגיעה קשה בזכויותיהם [...] פרטים

שעיבדו את אדמתם במרחב התפר, ניהלו את עסקיהם שם ויצרו קשרי חברות ומשפחה, נאלצים עתה, ועל מנת לשמר את אורחות חייהם, לבקש היתר כניסה על בסיס עילות מצומצמות שונות" (בפסקאות 32-33); "החלת משטר ההיתרים, תוך חיוב בקבלת היתר לצורך כניסה ויציאה למרחב, מהווה מגבלה ברורה על חופש התנועה של תושבי האזור במרחב זה, ומגבילה את נגישותם של התושבים - לבתיהם, לאדמותיהם ועסקיהם המצויים במרחב התפר [...] מצב דברים זה יוצר מציאות המקשה על קיום השגרה בחיי המשפחה, החברה, המסחר והתעסוקה" (בפסקה 22).

ואולם, נפסק שם כי חרף הפגיעות כאמור, משטר ההיתרים נחוץ מבחינה ביטחונית: "על רקע טיבו ומהותו של מרחב התפר, בהיותו אזור שבינו לבין שטח ישראל אין כל חיץ, קשה שלא לקבל את הטענה לפיה קיים צורך ביטחוני ביצירת מנגנון שיאפשר פיקוח הדוק על הנכנסים דרכו ויסייע למנגנוני הביטחון להתמודד בצורה טובה יותר עם איומי הטרור הפלסטיני המבקשים לפגוע בישראל ותושביה" (בפסקה 17).

יחד עם זאת, מאחר ש"על המפקד הצבאי להקפיד כי תוענק הגנה ראויה לזכויות האדם של הפלסטינים המצויים בשליטתו בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, שהינם תושבים מוגנים על-פי המשפט הבינלאומי" (שם, בפסקה 19), נפסק כי על המפקד הצבאי לאזן בין השיקולים הביטחוניים לבין זכויות האדם של התושבים המוגנים, כך שפגיעתו של משטר ההיתרים, על הסדריו השונים ואופן יישומם, תהיה מידתית (ראו שם, בפסקאות 23 ו-29).

24. בית המשפט בעניין המוקד בחן את ההסדרים הרלוונטיים בקפ"ק מרחב התפר "במבט על ובראייה כוללנית ורחבה", וקבע כי הם עומדים במבחני המידתיות. צוין כי "בנסיבות העניין שלפנינו נראה אכן על-פני הדברים כי המשיבים מכירים בזכותם של התושבים להמשיך לעבד את אדמותיהם ומבקשים להביא לכך שבעלי הזיקה לאדמות במרחב התפר ימשיכו בעיבודן, תוך מתן אפשרות לקרובי משפחה ועובדים אחרים לסייע להם בעבודתם. כן עולה כי קיימים מעברים מיוחדים שנועדו להסדיר כניסה למרחב - שחלקם מותאמים לפעילות החקלאית בהתאם לצרכים העונתיים. נראה לנו כי הסדר זה נותן מענה סביר הממזער את הפגיעה בזכויותיהם של החקלאים, ואנו מניחים בקביעתנו זו כי המשיבים אכן יוצקים תוכן ממשי להצהרותיהם באשר לחשיבות שבהמשך מתן מענה ראוי לצורכי החקלאים באזור" (בפסקה 34).

עם זאת, הודגש שם כי "אין בידינו לשלול את האפשרות כי קיימים מקרים פרטניים בהם נגרמת פגיעה חמורה בזכויות הקניין והפרנסה של תושבים פלסטינים

שאינם זוכים לעבד את אדמתם במידה הנדרשת להם או נתקלים בקשיי גישה אחרים, והמשיבים מצידם אינם עושים די על מנת להביא למזעור פגיעה זאת. כאמור, מקרים אילו ניתנים לבירור במסגרת עתירות פרטניות, במסגרתן יוכל בית המשפט לבחון את מכלול ההסדרים הרלוונטיים לאזור מסוים, ולבחון את האיזון הפרטני המתבצע בתחומו בין זכויות התושבים לבין אינטרסים אחרים, כפי שנעשה בעבר בעתירות דומות" (בפסקה 34, ההדגשה הוספה; ראו גם בג"ץ 3066/20 זיד נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, בפסקה 11 (12.7.2021) (להלן: עניין זיד)).

25. למרות זאת, כאמור, בענייננו עמדו העותרים על כך שאין בכוחם של סעדים פרטניים להתמודד עם הפגיעה בהם כתוצאה מהחלת משטר ההיתרים בעניינם, ועל כך ש"השאלה איננה תנאי זה או אחר במשטר ההיתרים אלא הרעיון העומד ביסודו". מתכונתה של העתירה מקשה לבחון את מערכת האיזונים הפרטנית הננקטת ביחס לכל עותר (והשוו לעניין טעמה, בפסקה 34), וממילא מקשה לקבל את טענתם העיקרית של העותרים, שלפיה משטר ההיתרים גורם לפגיעה בלתי מידתית בזכויותיהם. ככלל, לשם בחינת המידתיות כאמור, יש לפרוס תשתית לביסוס הפגיעה הנטענת ביחס לכל עותר, ולהציג את ההסדרים הקונקרטיים שלפי הטענה גרמו לפגיעה. לא כך נעשה בענייננו. חלק ניכר מהטענות בעתירה שלפנינו עוסקות במשטר ההיתרים ב"מבט על", ולא דווקא במרחב מושא העתירה. למרות זאת, העתירה מבקשת להסיק מסקנה גורפת בדבר צורך בפירוק הגדר דווקא במקטע דנן. יתר על כן, כפי שיובהר בהמשך, חלק ניכר מהסדרי משטר ההיתרים שנתקפים בעתירה בוטלו לאחר הגשתה, תוקנו בעקבות עתירות קונקרטיות שהוגשו בעניינם או שלכתחילה לא היו רלוונטיים לעותרים. כמו כן, חלק ניכר מטענות העותרים מוצגות באופן שלא מאפשר לבחון כדבעי את ההסדרים הרלוונטיים לגופם, ומבלי להבהיר כיצד ההסדרים הנדונים משפיעים על העותרים באופן ספציפי.

26. כך, למשל, בעתירה נטען כי יש מניעה לעבור בשערים החקלאיים המובילים למרחב התפר עם כלי רכב וציוד חקלאי, וכי יש איסור על הכנסת דשן למרחב התפר והגבלות על השקיה. ואולם, לא צוינו בעתירה ההסדרים שמכוחם מוטלים לפי הטענה איסורים אלו, וממילא לא נטען כיצד ראוי לשנותם [יצוין שהמשיבים טענו כי אין איסור ייחודי על הכנסת חומרים למרחב התפר, אלא איסור כללי להחזיק חומרים דו-שימושיים בשטחי יהודה ושומרון, אך מכל מקום, ניתן לקבל היתר מהמפקד הצבאי להחזקת חומרים כאלו; כי בעל היתר חקלאי רשאי להיכנס למרחב התפר עם רכב חקלאי כמו טרקטור או מחרשה, וכי ניתן גם לאשר מעבר עם רכב אחר]. העותרים טענו גם נגד

"הבירוקרטיה הכרוכה בקבלת היתר", אך גם חלק ניכר מטענותיהם בהקשר זה הוצגו באופן שאינו מאפשר בחינה של ההסדרים הרלוונטיים.

אף טענות שנוגעות להסדרים שחלים ספציפית במרחב התפר מושא העתירה נטענו באופן שאינו מאפשר לבחון צורך בהתערבות שיפוטית בהם או באופן יישומם. העותרים ציינו כאמור כי השערים המשמשים את תושבי קפין ועכאבה נפתחים שלוש פעמים בשבוע, בין השעות 06:30-07:15, 12:00-12:30 ו-15:45-16:30. העותרים טענו כי "בפועל, פעמים רבות פרקי הזמן הקצרצרים הללו אינם מספיקים אפילו למי שכבר הגיע למעבר וחיכה בתור. לעתים קרובות סוגרים חיילים את השערים בפני מי שיש בידו היתר, בשל מגוון נימוקים". ואולם, העותרים לא טענו מהם פרקי הזמן הנדרשים לשיטתם בהקשר זה, ואף לא ציינו כי פנו למשיבים בבקשה להרחיב את שעות פתיחת השערים בהתאם.

27. העותרים מבקשים אפוא כי נקבע באופן גורף שהסדרי משטר ההיתרים והחלתם בעניינם אינם מידתיים, מבלי לאפשר בחינה כנדרש של מידתיות ההסדרים, ומבלי שניתן יהיה להושיט סעד שאינו ביטול מוחלט של משטר ההיתרים בעניינם והעברת הגדר לקו תחום איו"ש. במובנים אלו, מתכונתה הגורפת של העתירה ושל הסעד המבוקש בה – בעוכריה (והשוו לעניין המוקד, בפסקה 34).

28. אציין כי לאחר הדיון בטענות הצדדים, הגישו העותרים ביום 28.3.2022 הודעת עדכון הנוגעת לשער 436. מההודעה עולה כי ביום 1.3.2022 מצאו העותרים 1-4, תושבי הכפר קפין, כי השער רותך באופן שמנע לחלוטין את האפשרות לפתוח אותו, ובנוסף, הוצבו קוביות בטון לפני השער ולרוחב דרך העפר המשמשת למעבר כלי רכב ובעלי חיים לשטח החקלאי. העותר 8 פנה למשיבים 3-4, וכבר ביום 6.3.2022 הריתוך נחתך וקוביות הבטון הוזזו מהשביל. למעשה, השער פתוח לרווחה בכל שעות היום והשבוע, אך נטען כי החקלאים חוששים להיכנס לאדמותיהם מבלי לעבור ביקורת של חיילי צה"ל מחשש שיילקחו מהם ההיתרים, ולכן הם ממתנינים לחיילים בזמנים הקצובים לפתיחת השער.

כפי שהובהר על ידי המשיבים בתגובתם, חסימת השער ביום 1.3.2022 בוצעה על ידי אזרחים שלא באישור או בידיעת המפקד הצבאי, וכאשר הדבר נודע, הסירו גורמי הצבא באופן מיידי את החסמים כדי לאפשר את המעבר בשער. השער לא נזנח, כפי שנטען על ידי העותרים, וחיילי צה"ל מגיעים לשער בשעות ובימים כפי שמתחייב על מנת לאפשר מעבר חקלאים מבוקר בהתאם לתנאי ההיתרים.

אין אפוא באירוע הנקודתי המתואר על ידי העותרים כדי לתמוך בעתירתם, שמא נהפוך הוא. האירוע מוכיח כי צה"ל הגיב במהירות והסיר את המחסומים שהוצבו שלא בידיעתו, וגם העותרים עצמם מציינים כי חיילי צה"ל מגיעים לשער בשעות ובימים הרלוונטיים על מנת לאפשר את המעבר בהתאם למוסכמם.

הטענה להחמרה בהסדרי משטרי ההיתרים

29. יתר על כן. בלב העתירה ניצבת הטענה כי ההסדרים להנפקת היתרי כניסה למרחב התפר הוחמרו במהלך השנים, באופן שצמצם את היקף הזכאים להיתרים ופגע בגישת החקלאים לאדמותיהם במרחב. לשיטת העותרים, כך נעשה משטר ההיתרים כלי לנישול בעלי האדמות במרחב התפר מקרקעותיהם. ואולם, מרבית ההסדרים שצוינו בהקשר זה על-ידי העותרים בוטלו, תוקנו (או יתוקנו בקרוב) לאחר הגשת העתירה דנן בעקבות עתירות שהוגשו בעניינם, או שאינם רלוונטיים לעותרים או למרביתם.

30. כך, בעתירה נטען כנגד הסדר שהוכנס לראשונה לקפ"ק בשנת 2017, ולפיו ככלל לא יונפקו היתרים לצרכים חקלאיים עבור חלקה שגודלה אינו עולה על 330 מ"ר (להלן: חלקה מזערית), אך ניתן לבקש היתר ל"צרכים אישיים" לצורך הגעה לחלקה מזערית למטרות חקלאיות. צוין כי המשמעות העיקרית של הכלל הנ"ל טמונה בכך שהיתר לצרכים חקלאיים ניתן לשנתיים, בעוד היתר לצרכים אישיים ניתן ככלל לשלושה חודשים. ברם, עוד בטרם הוגשה העתירה שלפנינו, הוגשה לבית משפט זה עתירה שתקפה את ההסדר בעניין חלקה מזערית, ופסקנו בה זה לא כבר (בג"ץ 6896/18 טעמה נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית (6.3.2022) (להלן: עניין טעמה)). בפסק דיננו בעניין טעמה קבענו כי ההסדר שעניינו חלקה מזערית מוביל לפגיעה בלתי מידתית בזכותם לקניין של בעלי אדמות במרחב התפר. מבחינת הסעד הראוי קבענו שם, בין היתר, כי על מנת שיכולתם של בעלי חלקות מזעריות לגשת לחלקותיהם לא תהיה כרוכה בנטל בלתי סביר, ראוי להשוות את משך תוקפו של היתר לצרכים אישיים שניתן למטרות חקלאיות למשך תוקפו של היתר חקלאי, כך ששני סוגי ההיתרים יינתנו למשך שנתיים כהסדר ברירת מחדל; וכי יש לעגן בקפ"ק את האפשרות לסתור את החזקה שלפיה אין צורך חקלאי בר קיימא – וממילא, לא יינתן היתר חקלאי – עבור חלקה מזערית (ראו פסקאות 9, 14-15, 17 ו-20 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות; השופטת ד' ברק-ארז סברה, בדעת מיעוט, כי יש מקום לבטל את ההוראה בקפ"ק בעניין חלקה מזערית).

31. עוד נטען בעתירה כי החל משנת 2017, הוראות הקפ"ק דורשות מיורשי אדמות במרחב התפר, אשר רשומות בטאבו, להעביר על שמם את הבעלות על החלקה תוך תשלום אגרה, כתנאי לקבלת היתר כניסה למרחב התפר, באופן שמסרב ומייקר את ההליך. ואולם, המשיבים גרסו כי הוראה זו כלל אינה רלוונטית למרחב מושא העתירה, שלא עבר הליך הסדרה והקרקעות בו אינן רשומות בטאבו. מעבר לכך, גם הסדר זה של משטר ההיתרים עמד במוקד עתירות שנדונו במאוחד לפני בית משפט זה (עניין ז"ד). במסגרת הדיון בעניין ז"ד, הבהיר המפקד הצבאי כי פתיחת הליך לעדכון רישום הבעלות כאמור מקימה זכאות להיתר חקלאי עד להכרעה בהליך; כי ניתן לקבל היתר כניסה למרחב התפר על בסיס ייפוי כוח לצורך עיבוד חלקות של בעלי זכויות אחרים; וכי האגרה הנדרשת לצורך ההליך הנ"ל תופחת לסכום שנגבה בישראל בנסיבות דומות. בכפוף להבהרות אלו, הורה בית משפט זה על דחיית העתירות.

32. יתר על כן, העותרים טענו נגד השינוי שנערך בקפ"ק 2019, שלפיו חלף מתן היתר לצרכים חקלאיים לשנתיים, היתר כניסה למרחב התפר יינתן לפי מספר מוגבל של כניסות לשנה ("היתר כרטיסייה"), בהתאם לצורך החקלאי שייקבע לפי גודל הקרקע וסוג הגידול. ואולם, הסדר זה בוטל בקפ"ק 2021 (וראו עניין טעמה, בפסקה 36).

33. העותרים גם תקפו הגבלות שונות שנקבעו במסגרת קפ"ק 2017 הקשורות ברעיית צאן במרחב התפר, שעניינן שטח המרעה המותר; תקופת הרעייה; והתניית מתן ההיתר במרחק מסוים מהדיר או הרפת. אלא שמטענות הצדדים עלה כי רק העותר 4 מחזיק בעדרי צאן, והמשיבים טענו כי הוא מעולם לא הגיש בקשה לקבלת היתר לצרכי מרעה (בעתירה צוין כי יש עדר צאן גם למשפחתו של העותר 7, אך לעתירה לא צורף תצהירו). הסדרים אלו אינם רלוונטיים אפוא למרבית העותרים. מבלי להביע עמדה לגוף העניין, הרי שככל שהעותר 4 מוצא לנכון, הוא רשאי לפנות למשיבים בבקשה להקל את המגבלות הנדונות, ובמידת הצורך לנקוט בהליך מתאים.

34. אם כן, עיקר ההסדרים בקפ"ק שלשיטת העותרים הוחמרו במהלך השנים – בוטלו לאחר הגשת העתירה, תוקנו (או יתוקנו) באופן שמרכז את המגבלות שהוטלו מכוחם, או שאינם רלוונטיים לעותרים או למרביתם. לטענת העותרים, ההחמרה הנ"ל בהסדרים גרמה לצמצום היקף הזכאים להיתר חקלאי ולפגיעה בגישת החקלאים לאדמותיהם במרחב, באופן שפגע משמעותית בתנובת אדמות מרחב התפר, וממילא – בבעליהן. פגיעה זו עומדת בבסיס דרישת העותרים לפרק את הגדר באופן שיבטל את משטר ההיתרים בעניינם. מעבר למסקנתנו הנובעת ממתכונתה הגורפת של העתירה ושל

הסעד המבוקש בה, גם במסקנה כי עיקרי ההסדרים הנ"ל כבר אינם רלוונטיים, יש כדי לערער את הבסיס לדרישת העותרים כאמור.

סיכום ביניים

35. לנוכח כל האמור לעיל, העתירה במתכונתה הנוכחית מעוררת קושי ניכר לקבוע כי משטר ההיתרים גורם לפגיעה שאינה מידתית בעותרים, באופן שמצדיק לפרק את הגדר ממיקומה הנוכחי ולהעבירה לקו תחום איו"ש.

יחד עם זאת, מצאתי להידרש לעיקרי טענות העותרים שעניינן היקף הפגיעה בהם ובאנשי קהילותיהם כתוצאה ממשטר ההיתרים.

היקף הפגיעה בעותרים ובבני קהילותיהם כתוצאה ממשטר ההיתרים

36. העותרים הצביעו על מחקר משנת 2014 שערך המשרד לתיאום עניינים הומניטאריים של האו"ם (OCHA) באדמות הכפרים עכאבה וקפין. לגישת העותרים, מהמחקר עולה כי "תנובת עצי הזית של מטעים שבמרחב התפר קטנה מתנובת המטעים שממזרח לגדר (ולכן הגישה אליהם חופשית) בהיקף משתנה שבין 50 ל-78 אחוזים ברוב המקרים וברוב השנים" (ההדגשות במקור).

עיון במחקר הנ"ל מעלה כי נערכה בו השוואה של תנובת עצי זית בשנת 2013 כדלקמן: הושוו שתי חלקות שבבעלות חקלאי מסוים בעכאבה, בנות 16 עצים כל אחת, האחת במרחב התפר והשנייה ממזרח לגדר; והושוו באופן דומה שתי חלקות בבעלות חקלאי מסוים בקפין, בנות 25 עצים כל אחת, במרחב התפר וממזרח לגדר (בנוסף נערכה השוואה כאמור בנוגע לחלקות של תושבי הכפרים זיתא וא-זאויה, שאינן בגזרה מושא העתירה). המחקר העלה כי כמות הזיתים שנמסקו בחלקה שממזרח לגדר, שבבעלות החקלאי מעכאבה, הייתה גדולה ב-64% מהכמות המקבילה שנמסקה בחלקתו במרחב התפר, וכי כמות שמן הזית שהופק מהזיתים שנמסקו ממזרח לגדר הייתה גדולה ב-78% מכמות השמן שהופק מהזיתים במרחב התפר. בנוגע לחלקות הנ"ל שבבעלות תושב קפין נמצא פער כאמור של 50%, הן בתנובת הזיתים הן בכמות השמן (יצוין כי במחקר גם נכתב כי "נתונים שאסף המשרד לתיאום עניינים הומניטאריים בצפון הגדה המערבית מאז 2010 מראים על ירידה של 40 עד 60 אחוז בתפוקה של עצי הזית ב'מרחב התפר', בהשוואה לעצים מקבילים בעברה ה'פלסטיני' של הגדר", אך נתונים אלו לא הוצגו).

עם זאת, בניגוד לטענת העותרים, קיים קושי להסיק ממחקר זה מסקנה כללית לעניין השפעתו של משטר ההיתרים. ראשית, העותרים עצמם הדגישו כי "העתירה והעובדות המתוארות בה מתעסקות בעיקרן בשנים שמאז פרסום קפ"ק 2014 ועד להגשת העתירה ב-2020" (סעיף 6 לתשובת העותרים לתגובה המקדמית מטעם המשיבים), בעוד שהמחקר הראה כאמור נתונים משנת 2013 בלבד. ממילא, לא ניתן להסיק מהמחקר כי ההחמרה הנטענת בהסדרי משטר ההיתרים גרמה לפערים הנ"ל. כמו כן, המחקר מבוסס על מדגם קטן, הכולל רק שתי חלקות מכל צד של הגדר, כך שגובר הקושי להתחקות אחר הסיבה לפערים אלו.

37. העותרים הוסיפו כי המגבלות שהוטלו על כניסה למרחב התפר גרמו לחקלאים רבים, לרבות חלק מהעותרים, לוותר על גידולים עונתיים במרחב התפר ולהסתמך רק על גידולים שאינם דורשים עיבוד משמעותי, דוגמת עצי זית, ואף לנטוש כליל חלק מהחלקות במרחב התפר. לתמיכה בטענתם, הגישו העותרים חוות דעת מומחית מטעמם, חגית עופרן, לפענוח "תצלומי אוויר של מספר נקודות באזור נושא העתירה". לפי חוות הדעת, יש 274 דונם של אדמות שהיו מעובדות בגידולי שדה ב-2002, והן נטושות ולא מעובדות ב-2020; 50 דונם של אדמות שהיו מעובדות בגידולי שדה בשנת 2002 וניטעו בהם עצי זית לפני שנת 2020; ו-13 דונם של אדמות עם עצי זית שבשנת 2002 היו מטופחות, ובשנת 2020 אינן מטופחות.

יחד עם זאת, כאמור לעיל, מרחב התפר מושא העתירה כולל למעלה מ-3,000 דונם של אדמות חקלאיות, בעוד חוות הדעת הנ"ל מתייחסת רק ל-337 דונם מתוכם. כמו כן, המשיבים טענו כי פענוח תצלומי אוויר מהשנים הרלוונטיות מעלה שכבר בשנת 2002, 93% מהאדמות המעובדות במרחב התפר מושא העתירה שימשו לגידול עצי זית או לא שימשו כלל לחקלאות; כי פענוח תצלומי אוויר מהעת הנוכחית מעלה כי היקף הגידולים במרחב לא השתנה משמעותית מאז הוקמה הגדר; וכי אין בחוות הדעת הנ"ל שהוגשה מטעם העותרים כדי לסתור את טענותיהם בהקשר זה.

נוסף על כך, יצוין כי המשיבים צירפו שתי חוות דעת מומחים מטעמם. האחת (להלן: חוות הדעת הפרטנית) נדרשה לחוות הדעת הנ"ל מטעם העותרים, והשנייה התייחסה למכלול החלקות במרחב התפר מושא העתירה ובחנה את שימושי הקרקע הנחזים בהם (להלן: חוות הדעת הכללית). בין היתר, בחוות הדעת הפרטנית צוין כי בחוות הדעת מטעם העותרים לא פורט על השכלתה הרלוונטית של מחברת חוות הדעת; כי חוות הדעת מטעם העותרים הסתמכה על שני תצלומים בלבד כדי לבחון שינוי שנפרס על גבי שני עשורים, באופן שמקשה להסיק מסקנות בדבר אופי השינוי בקרקע; וכי רוב

השטחים שהוצגו כנטושים בחוות הדעת מטעם העותרים "מעובדים בפועל, או שלכל הפחות בוצעו בהם שינויים חקלאיים מכוונים". בחוות הדעת הכללית צוין כי לפי בנק נתונים טופוגרפי לאומי של המרכז למיפוי ישראל, היקף השטחים המעובדים במרחב דנן גדל מ-75% בשנת 2012 ל-78% בשנת 2018. נוסף על כך, חוות הדעת הסתמכה על תצלומי "אורטופוטו" מהשנים 2002, 2008, 2011, 2014, 2018 ו-2021, וצוין בה כי 52% מהשטח הנדון עובד באופן מלא בכל התקופה הרלוונטית, וכי ב-70% מהשטח נחזו לפחות 4 פעולות חקלאיות מתוך 6 התקופות שנבחנו.

38. המשיבים הוסיפו כי גורמים במינהל האזרחי הצביעו על תופעה, שלפיה תושבים שמחזיקים בהיתרים חקלאיים ונכנסים באמצעותם למרחב התפר באופן תדיר הפסיקו לעבד את חלקותיהם שם. נטען כי לפיכך, לא ניתן להצביע על קשר בין נטישת החלקות לבין הסדרי משטר ההיתרים, ותופעת נטישת החלקות ניתנת להסבר, לפחות בחלקה, בכך שיש בעלי היתר שמשתמשים בו שלא כדין לטובת יציאה לעבודה בישראל. אציין כי הדברים נטענו לפנינו גם בעניין טענה, ועמדתי שם על כך ש"מעמדת המשיבים אנו למדים על תופעה של כניסת אלפי בעלי היתר למרחב התפר מדי יום, כאשר בפועל ישנן חלקות קרקע חקלאיות העומדות ריקות כמעט לחלוטין. תופעה זו תומכת בעמדת המשיבים כי החשש מפני ניצול לרעה של היתרי הכניסה, לרבות לשם כניסה לישראל שלא כדין, מתממש. לא למותר להזכיר כי עם הכניסה למרחב התפר, ניתן להיכנס לשטח ישראל ללא הפרעה" (בפסקה 4; וראו גם שם, בפסקה 5 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות).

39. לנוכח האמור לעיל, אף בהנחה שמשטר ההיתרים השפיע על אופי הגידולים במרחב התפר והיקפם, דומה כי ההשפעה משמעותית פחות מזו שמבקשים העותרים לצייר, וכי נטישת החלקות החקלאיות עשויה להיות מוסברת, לפחות בחלקה, בשימוש שלא כדין בהיתרי כניסה למרחב התפר לצורך כניסה לישראל.

40. העותרים טענו כי לפי נתונים שמסרו המשיבים בתגובתם המקדמית בעניין טענה, יש ירידה ניכרת ועקבית בשיעור אישור הבקשות לקבלת היתר חקלאי במרחב התפר בין השנים 2014-2018. כך, בעוד שבשנת 2014 אושרו כ-75% מהבקשות, בשנת 2018 אושרו כ-26% מהבקשות. העותרים הוסיפו כי ירידה זו רלוונטית גם לתושבי קפין, וציינו כי בשנת 2014 אושרו 71% מסך הבקשות להיתרים חקלאיים (לרבות היתרי תעסוקה חקלאית) עבור תושבי קפין, בעוד שבשנת 2018 אושרו 51% מסך הבקשות כאמור. לגישת העותרים, יש בנתונים אלו כדי לתמוך בטענתם שלפיה משטר ההיתרים מוביל לנישול העותרים ובני קהילותיהם מאדמותיהם במרחב התפר.

מנגד, המשיבים עמדו על כך שאמנם ישנה ירידה שנתית בכמות היתרי החקלאי שהונפקו למרחב התפר, אך טענו כי יש מגוון סיבות לכך, לרבות חידוד הקריטריונים לקבלת היתר חקלאי, בעקבות שימוש לרעה שנעשה בהיתרים מסוג זה; הרחבת השימוש בהיתר "צרכים אישיים" שניתן למטרות חקלאיות; איחוד "היתר חקלאי קבוע" ו"היתר חקלאי זמני"; וכניסתו לתוקף של היתר "בני משפחת חקלאי".

הנתונים הרלוונטיים הוצגו לנו על-ידי המשיבים בעניין טעמה, ולפיהם בשנת 2013 אושרו סך-הכל 14,963 היתרים מסוגים "חקלאי", "צרכים אישיים" ו"תעסוקה חקלאית"; בשנת 2014 – 31,627 היתרים כאמור; בשנת 2015 – 26,623; ובשנת 2016 – 27,267. החל משנת 2017 התווסף היתר מסוג "בני משפחת חקלאי", וסך כל ההיתרים שאושרו בשנה זו עמד על 26,555; בשנת 2018 – 22,250; ובשנת 2019 – 24,917. אחוז הבקשות שאושרו מתוך כלל הבקשות שהוגשו בין השנים 2013-2019 עמד על 74%, 67%, 75%, 70%, 75%, 66% ו-75%, בהתאמה. ביחס לנתונים אלו ציינה השופטת ברק-אחז בעניין טעמה כי "בנתונים שהוצגו ניתן למצוא פנים לכאן ולכאן. העותרים הצביעו על כך שאחוז ההיענות לבקשות להיתרים חקלאיים נמצא במגמת ירידה. לעומת זאת, המשיבים סבורים כי יש לנתח נתון זה לצד העלייה בשיעור ההיענות להיתרים לצרכים אישיים" (בפסקה 41). מכל מקום, בניגוד לנטען בעתירה, לא שוכנעתי כי יש בנתונים הנ"ל כדי ללמד על נישול העותרים ובני קהילותיהם מאדמותיהם במרחב התפר.

בכל אופן, כמובהר לעיל, במקרים המתאימים ניתן לעתור כנגד הסדר כזה או אחר הקשור במתן היתרים כאמור (ראו והשוו, למשל, לעניין טעמה). באשר להחלטות פרטניות בהקשר זה ניתן לפנות לבית המשפט לעניינים מינהליים (פרט 3(ה) לתוספת הרביעית לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000; וראו עניין ז"ד, בפסקה 17), כפי שאכן עשו חלק מהעותרים, לפי הנטען בעתירה. עוד יצוין כי לפי נתונים שהציגו המשיבים, העותרים ורבים מבני משפחותיהם החזיקו לאורך השנים בעשרות היתרים תקפים לצרכים חקלאיים, לרבות במועד הגשת תגובת המשיבים לעתירה (למעט העותר 6, שתוקף היתר החקלאי שלו פג כשלושה חודשים טרם הגשת תגובת המשיבים).

41. אין לחדד, מתצהירי העותרים מצטיירת תמונה קשה, בנוגע להשפעת משטר ההיתרים על גישתם לאדמותיהם ועל אפשרותם לעבדן. לעתירה צורפו תצהירים של העותרים 1, 2, 3, 4 ו-6 (תצהירי העותרים 5 ו-7 לא צורפו). מרביתם הצהירו על ירידה משמעותית בכמות שמן הזית שמופק מעצי אדמותיהם במרחב התפר ביחס לתקופה שקדמה להקמת הגדר. בין השאר, העותר 1 הלין על זמני פתיחת השערים למרחב התפר, על הגדרת קבוצות הזכאים להיתר כניסה למרחב ועל מגבלות הקשורות להשקייה, דישון,

הכנסת ציוד חקלאי וכלי רכב; העותר 2 הצהיר כי בקשה שהגיש להיתר נדחתה, לנוכח סיווג חלקתו בתור "חלקה מזערית"; העותר 3 הליך על שעות פתיחת השערים, וטען כי אין באפשרותו להשקות את מטעיו או להכניס כלי רכב למרחב התפר; העותר 4 הצהיר על קשיים לרעות את צאנו במרחב התפר, כתוצאה ממועדי פתיחת השערים ולמרחק של אדמותיו מהם; העותר 6 הצהיר כי לא הונפקו לבני משפחתו היתרים באופן סדיר וכי יש מגבלות על הכנסת ציוד חקלאי וחומרים חיוניים לעיבוד חקלאי.

42. טענות אלו אינן קלות בעיניי. אכן, "חוקיותו וחוקתיותו של 'משטר ההיתרים' תלויים, בין היתר, בכך שמדינת ישראל תפעל לשמור ככל הניתן על מרקם חייהם של תושבי האזור אשר הושפעו מהקמת גדר ההפרדה" (עניין טעמה, בפסקה 2 לפסק דינה של הנשיאה חיות), כאשר "את מידתיות הפגיעה הנגרמת בזכויות התושבים יש לבחון לא רק על רקע ההסדרים והנהלים הכתובים שגובשו, אלא גם על רקע המציאות בה מיושמים הסדרים אלה הלכה למעשה, החל מהליך הטיפול בבקשות וכלה במשטר המעברים הנוהג" (עניין המוקד, בפסקה 38). עם זאת, כמובהר לעיל, מתכונתה הגורפת של העתירה מקשה לבחון כנדרש את טענותיהם הקונקרטיות של העותרים בדבר הפגיעה בעניינם, ובמידת הצורך להעניק להם את הסעדים המתאימים.

סוף דבר

43. סיכומו של דבר, תוכן הסדרי משטר ההיתרים, וכן אופן יישומם בפועל, צריכים להבטיח כי משטר ההיתרים לא יפגע בבעלי הזיקה למרחב התפר למעלה מן הנדרש מבחינה ביטחונית. ככלל, במידה שבעלי זיקה כאמור סבורים שפגיעתו של משטר ההיתרים בהם אינה מידתית, או שנפל פגם ביישומם בעניינם, ניתן לפנות למשיבים ובמידת הצורך לנקוט בהליך מתאים. כמפורט לעיל, העותרים הצהירו על הגבלות שונות שמוטלות עליהם, דוגמת פרקי זמן לא מספקים לפתיחת השערים, מניעה להכניס למרחב התפר כלי רכב, ציוד חקלאי וחומרי דישון, הגבלות הנוגעות להשקייה ועוד. מעבר לכך שלא פורט בעתירה על מיצוי הליכים ביחס להסדרים הרלוונטיים, מתכונתה של העתירה אף לא אפשרה לבוחנם כנדרש, והעותרים עמדו על העברת הגדר לקו הירוק וביטול גורף של משטר ההיתרים בעניינם. ממכלול הטעמים שפורטו לעיל, אין בידינו לקבל את העתירה על הסעד המבוקש בה.

44. רשמנו לפנינו את הצהרת המשיבים בדבר נכונותם לקיים הידברות שוטפת ופורום עתי עם העותרים למציאת פתרונות קונקרטיים לקשיים שניצבים בפניהם בכל הנוגע למשטר ההיתרים (כגון שעות פתיחה של שער כזה או אחר). חזקה על המשיבים

כי יעשו כל שבידם על מנת לשמור על מרקם החיים במרחב התפר, על כל המשתמע מכך, וכי הגבלת הגישה אליו לא תיעשה אלא בכפוף לנדרש מבחינה ביטחונית כאמור. במידת הצורך, גם דלתות בית המשפט פתוחות בפני העותרים.

45. לנוכח כל האמור לעיל, לא מצאתי עילה להתערב בהחלטת המפקד הצבאי שלא לפרק ולהעתיק את מקטע הגדר דנן ממקומו הנוכחי, ואציע לחבריי כי נדחה את העתירה. בנסיבות העניין, אציע גם כי לא ייעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט

הנשיאה א' חיות:

אני מצטרפת בהסכמה לחוות דעתו המפורטת של חברי השופט י' עמית ואוסיף אך דגשים אחדים.

כפי שציין חברי, העותרים הדגישו בפנינו כי הטענות שבפיהם והסעד שלו עתרו כלפי מיקום הגדר ומשטר ההיתרים הינם ברובד הכללי ואינן מופנות כלפי בעיות יישומיות פרטניות. זאת הגם שהטענות העקרוניות נגד משטר ההיתרים בעקבות בניית הגדר ויצירת מרחב התפר, הועלו בפני בית משפט זה, והן נדונו ונדחו לפני למעלה מעשור בבג"ץ 9961/03 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' ממשלת ישראל (5.4.2011). במילים אחרות, העותרים מכוונים לפתיחה מחדש של הסוגיה העקרונית שכבר הוכרעה. העותרים מנסים להצדיק מהלך זה בנימוק של שינוי נסיבות מהותי ובהקשר זה נטען על ידם, בין היתר, כי הצורך הביטחוני בגדר נחלש עם השנים. למרבה הצער, האירועים הביטחוניים החמורים שאירעו בתקופה האחרונה מלמדים כי הצורך הביטחוני בגדר שהוקמה – שריר וקיים כאז כן עתה.

לצד זאת, אכן ניתן וצריך לתור כל העת אחר דרכים למזער ככל האפשר את הפגיעה בעותרים ובמרקם חייהם, אך זאת יש לעשות במתווה הבחינה הפרטנית, במטרה ליתן מענה לבעיות הצריכות פתרון. ואולם, בכל טיעוניהם וכן במגעים שהתקיימו עם המשיבים קודם להגשת העתירה, הדגישו העותרים כי לא לכך הם מכוונים. הם אף דחו הצעה שהועלתה ביום 26.2.2020, בפגישה שקיים תא"ל עופר הינדי (ראש מנהלת "קשת צבעים" בפיקוד מרכז האחראית על הגדר) עם באי-כוחם, להקים "פורום עתי" לקידום פתרונות לקשיים בגישה למרחב התפר. כפי שציין חברי השופט עמית, המשיבים מצידם שבו והדגישו במהלך הדיון בפנינו כי ההצעה להקים פורום עתי לקידום פתרונות,

כאמור, בעינה עומדת, ומשלא הוצגה כל הצדקה לדון מחדש בסוגיה העקרונית, דומה כי טוב יעשו העותרים אם ייענו להצעה לקיים את הפורום העתי המוצע על מנת לגבש במסגרתו פתרונות לבעיות פרטניות ולמזער ככל הניתן, את הפגיעה בעותרים.

ה נ ש י א ה

השופט א' שטיין:

אני מצרף את הסכמתי לאמור בפסק דינו של חברי, השופט י' עמית, וכן להערוטיה של חברתי הנשיאה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, ל' בניסן התשפ"ב (1.5.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה