

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3435/05

בפני : כבוד השופטת א' פרוקצ'יה  
כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופט י' עדיאל

העותרים : סלאח פארס אלנטשה-מנהל הוואקף בחברון ו-13  
אחרים

נגד

המשיבים : 1. מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, מר יאיר נווה  
2. המנהל האזרחי באיו"ש  
3. שר הבטחון

תאריך הישיבה : ח' באלול תשס"ה (12.9.05)

בשם העותרים : עו"ד שלמה לקר

בשם המשיבים : עו"ד יובל רויטמן

עתירה למתן צו על תנאי

### פסק-דין

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. ביום 4.2.05 הוציא מפקד כוחות צה"ל באיו"ש צו תפיסת מקרקעין מספר 17/05/ת המורה על תפיסת קרקע באורך של כ-500 מטרים וברוחב משתנה של עד 5 מטרים, המשתרעת בין שכונת תל-רומידה בחברון לבין הישוב היהודי בקרבת מערת המכפלה. תפיסת הקרקע נועדה להכשרתה של דרך חירום משכונת תל-רומידה

לאזורים אחרים בעיר חברון. על פי הצו, תפיסת המקרקעין נועדה לצרכים צבאיים, והטעם שניתן לכך בידי מפקד האזור הוא קיומו של צורך בדרך חירום שתאפשר פינוי תושבים מתל-רומידה במקרה של פגיעות טרור.

2. עיקרה של העתירה בטענה כי דין צו התפיסה להתבטל. לטענת העותרים, אין מדובר בטעמים בטחוניים אמיתיים, כי אם בשיקולים פוליטיים של מדינת ישראל המבקשת ליצור רצף בין הישוב היהודי בתל-רומידה למרכזי היישוב היהודי בחלק ההסטורי של העיר חברון. בתל רומידה מתגוררות 6 משפחות יהודיות בלבד, ודרך הגישה למקום מושבן עוברת בכביש ראשי שהמסחר בו משותק מזה שנים על פי צו מפקד האזור. לאור זאת, ונוכח קיומה של דרך ראשית ומוגנת אל השכונה, אין צורך לטענת העותרים בסלילת כביש חלופי נוסף לצורך הבטחת היישוב היהודי בתל-רומידה, דבר אשר יפגע באורח רציני באינטרסים ובזכויות של התושבים הפלסטיניים. עוד נטען כי הצו פוגע שלא כדין בזכויות בעלי קניין פרטי באזור המחזיקים בקרקע לאורך תוואי הדרך המתוכנן. לצו התפיסה נלווית חומרה מיוחדת שכן התוואי המתוכנן עובר בקרקע השייכת לווקף המוסלמי ובאתר בית קברות מוסלמי, שהם אזורים בעלי רגישות דתית מיוחדת לתושבי המקום. התוואי המתוכנן של הדרך עלול לגרור פגיעה גם באתרים בעלי חשיבות הסטורית וארכיאולוגית. מכל הטעמים הללו, דין צו התפיסה להתבטל, על פי המבוקש בעתירה.

העותרים הגישו השגה למפקד הצבאי על הוצאת הצו, ונענו בשלילה.

3. המדינה בתשובתה עמדה על הרקע שהביא להוצאת צו התפיסה. היא תיארה את המצב הבטחוני המיוחד השורר באיזור חברון מאז ספטמבר 2000, אשר התאפיין בארועי טרור ולחימה בהיקף נרחב. לדבריה, ארועים אלה מהווים איום ישיר על חיי האזרחים הישראליים הגרים בחברון ועל כוחות הצבא והמשטרה הישראליים באיזור

שהפכו יעד לפגיעה ישירה מצד גורמי הטרור בעיר. על רקע זה התגבשה בכוחות הבטחון החלטה בדבר צורך חיוני בקיומן של דרכי חירום חלופיות מהשכונות היהודיות בחברון שתאפשרנה הגעת כוחות חילוץ אליהן ופינוי תושביהן במקרה של מתקפת טרור על השכונה, ומקום שהדרך הראשית לישוב היהודי נחסמה. קיומה של דרך אחת בלבד לשכונה יהודית בחברון נתפסת על ידי כוחות הבטחון כסיכון שאין לקחתו, וכנקודת תורפה בטחונית. בשכונת תל-רומידה מתגוררים כיום 70 תושבים יהודים. כיום קים ציר תנועה אחד לכיוון השכונה שהוא תלול וצר, העובר בין שורות בתים, באופן שניתן בנקל לחוסמו. במציאות זו, קים צורך מבצעי חיוני בהקמת ציר תנועה חלופי שיחבר את השכונה לאיזור אחר של העיר, ויאפשר בעיתות חירום תנועה מהשכונה ואליה. בהקשר זה צויין כי בארוע ירי שהתרחש ביום 22.10.03 נמנע פינויים של תושבי שכונת תל-רומידה מבתיהם שכן ציר התנועה הראשי לשכונה היה נתון לאיום בידי מפגע. כשהתברר הצורך הבטחוני החיוני בדרך החירום, בחנו כוחות הבטחון חלופות שונות לתוואי במטרה להקטין ככל האפשר נזק ופגיעה בגורמים שונים. בתוך כך, נשקלו האינטרסים של התושבים המקומיים, מניעת פגיעה באתרי ארכיאולוגיה, ונשקלו שיקולי בטיחות ותחבורה. בבדיקות השטח שולבו גורמים שונים מתחום ההנדסה והארכיאולוגיה, ונמצאו פתרונות שיבטיחו כי במהלך עבודות הדרך לא ייעקרו עצי זית ולא יפגעו מיבנים בסמיכות לדרך. כן צויין על ידי המשיבים כי עיקר התוואי של דרך החירום קים ביסודו מקודם, ולכן תידרש כבישת דרך רק בחלק מן התוואי. המדובר לא בסלילה של הדרך אלא בכבישתה ובהנחת מצע כורכר. חלופת התוואי שנבחרה אושרה גם במישור המשפטי בידי הפרקליט הצבאי הראשי.

לטענת המשיבים, הליכי הוצאת צו התפיסה היו תקינים ובהתאם לחוק; הוגשה השגה והיא נדחתה.

4. בעקבות הגשת העתירה נתבקש צו ביניים לעכב את ביצוע העבודות. במענה לבקשה, התחייבו המשיבים שלא לבצע עבודות למימוש צו התפיסה עד לדיון בעתירה.
5. קיימנו דיון ראשון בעתירה, ושמענו את טיעוני הצדדים, ובכלל זה הסברים טכניים מפי ב"כ המדינה לגבי טיבו של התוואי המתוכנן. בקשנו השלמת טיעון לענין הצורך הבטחוני שברקע הצו, טיב החלופות שנשקלו, ואפשרות מציאת נתיב חלופי לתוואי המתוכנן שלא יעבור בבית קברות ובאדמת ווקף. הוגש טיעון משלים מטעם המדינה, שצורף לו תצהיר מפקד כוחות צה"ל באיזור, האלוף יאיר נוה.
6. למפקד הצבאי באיזור סמכות לתפוס מקרקעין בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית מקום שהדבר נדרש לצרכי בטחון. סמכות זו מקורה במשפט הבינלאומי המנהגי וההסכמי (בג"צ 1661/05 מועצה איזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פסקה 3). מקום שצרכי בטחון מחייבים יצירת דרכי גישה לצורך פינוי תושבים להצלת חיים בעת חירום, קנויה סמכות למפקד הצבאי לתפוס קרקע פרטית כנגד תשלום פיצוי לשם הגשמת המטרה הבטחונית, באם הדבר חיוני להשגת תכלית ההגנה על חיי אדם (בג"צ 401/88 אבו ריאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פד"י מב(2) 767, 770). החובה לקיים את בטחון החיים רובצת על המפקד הצבאי כלפי תושבי המקום כולם, בלא הבדל בין תושבים פלסטיניים לישראלים (בג"צ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, תק-על 2004(1) 2072). על המפקד הצבאי מוטלת החובה להבטיח את שלומם של כל בני האדם המצויים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית הנתון לפיקודו (בג"צ 2612/94 שעאר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פד"י מח(3) 675, 679; בג"צ 6339/05 מטר נ' מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה; בג"צ 4219/02 גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פד"י נו(4) 608, 611).

7. בנסיבות שלפנינו, עמד המשיב על הצורך הבטחוני שבכיבוש התוואי כדרך חלופית לצורך פינוי דיירי תל-רומידה במקרה חירום. על הצורך הבטחוני האמור הצהיר מפקד האיזור עצמו. איננו מטילים ספק בשיקולו המקצועי של מפקד האיזור. מאז אוקטובר 2000 ועד אוקטובר 2003 היו באיזור תל רומידה עשרות פיגועי ירי שגרמו לנפגעים בנפש וברכוש. במקרה אחד נמנע פינוי תושבי תל-רומידה בפיגוע טרור עקב חסימת מעבר בדרך הראשית לשכונה. מאז אוקטובר 2003 היו פגועי ירי רבים בשכונות יהודיות אחרות בחברון והחשש לפיגועי טרור נמשך.

בצד השיקול הבטחוני התומך בקיומו של תוואי דרך חלופי כאמור, נחה דעתנו כי המשיב והגורמים המקצועיים הפועלים מטעמו, בחנו ביסודיות חלופות אפשריות שונות לתוואי הדרך מתוך הנחה כי יש להגשים, מצד אחד, את התכלית הבטחונית להגנה על חיי אדם, ומצד שני, מוטלת חובה למזער את הנזק והפגיעה העלולים להיגרם עקב הקמת התוואי האמור. במסגרת זו נלקחו בחשבון האינטרסים של בעלי הקרקעות הפרטיים בסביבת התוואי המתוכנן; ניתנה שימת לב להיבטים הארכיאולוגיים ולרגישות הדתית של תושבי המקום ביחס לאתרים רגישים מבחינה זו. בסופו של דבר, נבחרה החלופה שפגיעתה פחותה מההיבטים האמורים. במהלך עבודת המטה שנעשתה, נבחנה האפשרות לקבוע תוואי שלא יעבור על שביל המצוי בבית הקברות אלא יעקוף אותו, אך מבחינה הנדסית ונוכח הפגיעה הצפויה בקנין הפרט בתוואי חלופי כזה הוא נמצא בלתי מתאים. עם זאת, המשיב התחייב כי עבודות הדרך לא יפגעו בבית הקברות והאתרים הארכיאולוגיים בסביבה, וכי לא ייעקרו עצי זית ולא יפגעו מיבנים בסביבה. אשר לאיזור בית הקברות התחייב המשיב כי לא תתבצע בו סלילה נוספת לחלק דרך הסלולה הקיימת במקום מקודם ומשמשת את תושבי הבתים הסמוכים לבית הקברות. כן התחייב כי התוואי כולו, במקום שיש צורך בכצוע עבודות להשלמת התוואי הקיים, ייעשה בדרך של הנחת "מצע" כורכר, ולא בדרך סלילת אספלט.

8. נחה דעתנו כי צרכי בטחון הם שהינחו את המשיב בהוצאת צו התפיסה שנועד לאפשר כבישתה של דרך חירום המיועדת לפינוי תושבים בעת פיגוע טרור. הגשמת תכלית זו אינה מתאפשרת בלא פגיעה מסוימת בקנין הפרטי. עם זאת, השתכנענו כי ננקטו כל הצעדים האפשריים הנדרשים על ידי מפקד האיזור כדי להגשים את תכלית הצו תוך פגיעה פחותה ככל הניתן בבעלי זכויות קנין, ובמקומות בעלי רגישות מיוחדת. בכך, עונה צו התפיסה לתכלית הראויה, ומתיישב עם דרישת המידתיות (בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית טוריק נ' ממשלת ישראל, פד"י נח(5) 807; בג"צ 940/04 – אבו טיר נ' המפקד הצבאי באיזור איו"ש).

9. המדינה הודיעה בדיון כי אם תימסר הודעה מטעם בעלי הקרקעות הסמוכים לתוואי הדרך לפיה לא יתנגדו לאחר ביצוע התוואי כי רשויות הבטחון תבצענה בעתיד פעולות תחזוקה שוטפות של דרך החירום, יסכים המשיב לבטל את צו התפיסה לאחר השלמת עבודות הדרך. אם, לעומת זאת, בעלי הקרקע או מי מהם, ימשיכו לעמוד בהתנגדותם, כי אז צו התפיסה יעמוד בעינו, אלא שלאחר השלמת העבודות, תוצר תחולתו לתוואי הדרך בלבד, בלא ששטחים נוספים בשולי הדרך ייכללו בו. ב"כ העותרים, עו"ד לקר, מתבקש להודיע את עמדת בעלי הקרקע, כאמור, בתוך 7 ימים; המדינה תפעל בהתאם לתוכן ההודעה, כמפורט לעיל.

10. לאור האמור, ובכפוף למפורט בסעיף 9 לעיל, העתירה נדחית. אין צו להוצאות.

ניתן היום, ח' באלול תשס"ה (12.9.05).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט