

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5624/06

בפני : כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופט א' ריבלין

העותרים : 1. עיריית בית אומר
2. עיריית חלחול ואח'

נ ג ד

המשיבים : 1. המפקד הצבאי בגדה המערבית
2. שר הביטחון
3. ממשלת ישראל

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה : י"ז בתמוז התשס"ו (13.07.2006)

בשם העותרים : עו"ד ג'את' נאסר

בשם המשיבים : עו"ד גלעד שירמן

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

האם תוואי השטח הביטחוני המיוחד אותו מבקשים המשיבים להקים סביב היישוב כרמי צור שמדרום לגוש עציון הינו כדין? זוהי השאלה הצריכה הכרעה בעתירה שלפנינו.

1. היישוב כרמי צור (להלן – היישוב) הינו יישוב ישראלי שהוקם בשנת 1984. הוא שייך למועצה האזורית גוש עציון. ביישוב מתגוררים כ-670 תושבים. היישוב אינו עתיד להיכלל בתוך "מרחב גוש עציון" שיוקף בגדר הביטחון העוברת סביב איו"ש. מדרום-מערב ליישוב הוקם מאחז בלתי מורשה ("שכונת גיליס") בו מתגוררות כ-13 משפחות. היישוב מבודד באופן יחסי מיישובים ישראלים אחרים. הוא מצוי באזור רגיש מבחינה בטחונית. בקרבתו שוכנים מספר יישובים פלסטינים. מצפון לו - הכפר בית אומר. ממזרח - הכפר בית פג'ר. מדרום - העיירה חלחול. ממערב - הכפרים חארס, נובא ובית אולא. היישוב מוקף באדמות חקלאיות של הכפרים הפלסטינים, הנטועות כרמים ומטעים. המשיבים מסרו כי לאורך השנים האחרונות בוצעו בקרבת היישוב מספר רב של אירועים חבלניים. כך, למשל, התרחש פיגוע ירי על כביש 60 בסמוך ליישוב (בשנת 2001) בו נרצח תושב ישראלי. כן היה פיגוע חדירה ליישוב (בשנת 2002) במהלכו נרצחו חייל ושניים מתושבי היישוב ונפצעו שניים נוספים. בנוסף, ארעו כמה מקרים של ירי לעבר היישוב.

2. על רקע מציאות ביטחונית זו החליטו המשיבים להקים שטח ביטחון מיוחד (שב"מ) אשר יהווה מרחב הגנה מסביב ליישוב. מרחב ההגנה מיועד למנוע חדירת מחבלים ליישוב ולמנוע, ככל הניתן, ירי לעבור הכתים הקיצוניים של היישוב. כן מיועד השב"מ לספק, במקרים בהם נפרצת הגדר, התרעה על חדירת מחבלים לגבולות היישוב שתאפשר לכוחות הביטחון זמן פעולה על מנת ללכוד את החודרים קודם שיגיעו לבתי היישוב. מרחב ההגנה יכלול מרכיבי ביטחון שונים, ובהם גדר אלקטרונית-אינדיקטיבית ודרך ביטחון. לצורך הקמת שב"מ סביב היישוב הוציא המשיב 1 (ביום 31.3.2005) צו תפיסת מקרקעין מס' ת'69/05, הכרזה בדבר סגירת שטח ס'04/05 וצו בדבר איסור בניה מס' 04/05. צו התפיסה הורה, במקורו, על תפיסת שטח מסביב ליישוב, בגודל של 45.5 דונם, במרחק של עד 400 מטרים מבתי היישוב. קרקעות אלה הן בבעלות תושבים של הכפרים העותרים. לאחר פרסום הצווים נערך (ביום 8.4.2005) סיור בעלים בתוואי השב"מ. בעקבות הסיור הוגשו 74 השגות נגד התוואי מטעם העותרים. המשיבים קיימו סיור נוסף לאורך התוואי עם נציגי העותרים (ביום 5.5.2005). במהלך הסיור הוצגו השגות פרטניות נגד צווי התפיסה. לאחר הסיור הוחלט על עריכת בחינה מחודשת של התוואי, במטרה לצמצם את הפגיעה בקניינם של העותרים.

3. במסגרת עבודת המטה בה נבחן תוואי השב"מ מחדש, הוחלט לקרב את התוואי ליישוב. כן הוחלט כי בחלקו המערבי של היישוב יוקם שב"מ טכנולוגי (הגנה אלקטרונית באמצעות מכ"ם), במקום שב"מ הנדסי (גדר). ביום 23.3.2006 הוציא משיב 1 צו תפיסת מקרקעין מס' ת'69/05 (תיקון גבולות). התוואי המתוקן מקיף את הישוב מצפון, ממזרח ומדרום. רוחבו כ-15 מטרים. הוא מביא לתפיסת 25 דונם סביב הישוב. הגדר תעבור במרחק של כ-75 מטרים עד 250 מטרים מבתי היישוב. עם פרסום הצו המתוקן נערך (ביום 11.4.2006) סיור בעלים נוסף לאורך התוואי. השגות פרטניות שהוגשו כנגד כמה מקטעים בתוואי נתקבלו בחלקן.

4. הקמת השב"מ תותיר מצידה הפנימי של הגדר קרקעות חקלאיות של תושבים פלסטינים של הכפרים הסמוכים ליישוב. הגישה לקרקעות החקלאיות שיוותרו בתוך הגדר תתאפשר באמצעות מספר שערים. ראשית, תתאפשר כניסת בעלי הקרקע דרך שער הכניסה ליישוב, הפתוח 24 שעות ביממה. שנית, מתוכננים לקום שערים חקלאיים, אשר מיקומם יקבע בתיאום עם גורמים בצה"ל ובהתאם לצרכי התושבים הפלסטינים ולדרישותיהם. נמסר, כי העותרים העבירו למשיבים רשימה של אנשים המבקשים להיכנס לתחום השב"מ, לאחר הקמתו. המשיבים הודיעו כי אין מניעה כי כלל האנשים המופיעים ברשימה ובני משפחותיהם מדרגה ראשונה ייכנסו לתחום השב"מ, לצורכי חקלאות.

5. העותרות הן רשויות מקומיות של כפרים פלסטינים, אשר אדמותיהם נתפסות בתוואי השב"מ. העתירה הוגשה ביום 4.7.2006, בסמוך לאחר תחילת העבודות להקמת השב"מ (ביום 2.7.2006). עם הגשתה, ניתן בה צו ארעי המונע ביצוע כל עבודה המשנה את המצב הקיים בשטח נשוא העתירה. העותרים מבקשים כי נורה על ביטול תוואי השב"מ, בהיותו בלתי חוקי ובלתי מידתי. לטענת העותרים, היישוב כרמי צור הוא עצמו יישוב בלתי חוקי, שהוקם על אדמה פרטית של פלסטינים. על כן, המשיבים כלל אינם מוסמכים לספק הגנה ליישוב זה. העותרים מוסיפים וטוענים כי תוואי השב"מ גם אינו מידתי, משום שהוא פוגע פגיעה חמורה באדמות חקלאיות של פלסטינים. הפגיעה הנגרמת להם כתוצאה מתפיסתן של קרקעות חקלאיות ועקירתם של עצי זית, והפגיעה הנגרמת להם כתוצאה מהותרתם של שטחים חקלאיים מצידה הפנימי של הגדר, הינה פגיעה קשה ובלתי מידתית בזכותם לקניין ובזכותם לפרנסה ולתעסוקה. לטענתם, חלופה אפשרית להגנה על היישוב היא הקמת שב"מ טכנולוגי סביב כל היישוב, תחת השב"מ ההנדסי.

6. המשיבים מבקשים כי נדחה את העתירה. הם עומדים על הצורך הביטחוני החיוני שבהקמת השב"מ, וזאת לנוכח אירועי הטרור שהופנו כנגד ישראל ואזרחי ישראל בשנים האחרונות וכנגד היישוב כרמי צור בפרט. עמדת המשיבים היא שתוואי השב"מ שנקבע הינו סביר ומידתי. פגיעתו של התוואי המתוקן בתושבים הפלסטינים הינה מידתית. התוואי המתוקן מוקם קרוב יותר ליישוב כרמי צור, כדי לצמצם את הפגיעה בקניין הפרט, אף שמדובר בויתור מסוים מבחינה בטחונית. לטענת המשיבים, השב"מ נועד להגשים מטרות ביטחוניות חיוניות. התוואי נקבע משקולים ביטחוניים. הקמת השב"מ תחייב תפיסה של שטח קרקע מצומצם. עבור הקרקעות הנתפסות ישולמו דמי שימוש שנתיים ופיצויים ראויים בגין נזקיהם. כניסתם של בעלי הקרקעות שיוותרו מצידה הפנימי של הגדר לצורך עיבודן של הקרקעות תותר דרך שער הכניסה ליישוב ודרך שערים חקלאיים שיוקמו לצורך כך. המשיבים מציינים כי נבחנה האפשרות להחליף את כל השב"מ ההנדסי סביב היישוב בשב"מ טכנולוגי המבוסס על מכ"מ. בבדיקת היתכנות התברר כי ניתן להגן על חלקו הדרום מערבי של היישוב באמצעות שב"מ טכנולוגי. ואולם, לא ניתן להתבסס על שב"מ טכנולוגי בלבד בחלקיו האחרים של היישוב. האזור נטוע בכרמים ועצי פרי בסמיכות לקו הבתים. הדבר אינו מאפשר גילוי וזיהוי איום של חדירה ליישוב. הכרמים והמטעים מהווים הסתרה למערכת המכ"מ. בנוסף, תנועת הצמחייה כתוצאה ממשבי הרוח גורמת לירידה משמעותית ביכולת המכ"מ לגלות תנועה בשטח.

7. המתווה הנורמטיבי לדיון בעתירות שלפנינו הונח בפרשת בית סוריק (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807) ובפרשת אלפי מנשה (בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם); ראו גם בג"ץ 4938/04 מועצת הכפר שוקבא נ' ראש הממשלה (טרם פורסם); בג"ץ 3680/05 ועד הישוב טנא נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם), להלן – פרשת טנא; בג"ץ 1998/06 מועצה מקומית בית אריה נ' שר הביטחון (טרם פורסם), להלן – פרשת בית אריה; בג"ץ 11395/05 ראש עיריית טבסטיא נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)). נפסק כי על פי דיני התפיסה הלוחמתית, מוסמך המפקד הצבאי להורות על הקמת גדר ביטחון באזור יהודה ושומרון, ולתפוס לשם כך חזקה במקרקעין השייכים לתושבים פלסטינים. סמכות זו קמה רק כאשר הטעם המונח ביסוד הקמת הגדר הינו בטחוני-צבאי. סמכותו של המפקד הצבאי להקים גדר ביטחון כוללת גם את סמכותו להקים גדר להגנה על חיהם וביטחונם של ישראלים הגרים ביישובים ישראלים באזור יהודה ושומרון, אף שהישראלים המתגוררים באזור אינם בגדר "אנשים מוגנים" (protected persons), כמשמעות ביטוי זה בסעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית (ראו פרשת אלפי מנשה, פסקאות 18-22; פרשת טנא, פסקאות 8-10). לעניין זה נקבע כי "חוקיותה של ההתיישבות

הישראלית באזור אינה משליכה על חובתו של המפקד הצבאי - כזרועה הארוכה של מדינת ישראל - לדאוג לחייו, לכבודו ולחירותו של כל אדם המצוי בתחום הנתון לתפיסה לוחמתית" (פרשת אלפי מנשה, פסקה 20). שכן, "הסמכות להקים גדר הפרדה להגנה על חייהם וביטחונם של המתיישבים הישראלים נגזרת מהצורך לשמור על 'הסדר והביטחון הציבוריים'" (סעיף 43 לתקנות האג). היא מתבקשת מכבוד האדם של כל אדם באשר הוא אדם. היא נועדה לשמור על חייו של כל אדם אשר נכרא בצלם אלוהים. חייו של מי שנמצא באזור שלא כדין אינם הפקר. גם מי שמצוי באזור בניגוד לחוק, אינו הופך בכך למי שמצוי מחוץ לחוק" (פרשת אלפי מנשה, פסקה 19).

8. על המפקד הצבאי להפעיל את סמכותו במידתיות. בבואו לשקול את תוואי הגדר על המפקד הצבאי לשקול ולאזן בין מספר שיקולים. השיקול הראשון הוא השיקול הביטחוני-צבאי, מכוחו רשאי המפקד הצבאי לשקול שיקולים שעניינם ההגנה על ביטחון המדינה וביטחון הצבא. השיקול השני עניינו טובתם של בני האוכלוסיה הערבית המקומית שהנם "תושבים מוגנים". על המפקד הצבאי להגן על זכויות האדם המקובלות במשפט הבינלאומי של כל אחד מהתושבים המוגנים (ראו פרשת אלפי מנשה, פסקה 24; פרשת טנא, פסקה 10; פרשת בית אריה, פסקה 8; בג"ץ 11205/05 מועצת הכפר עיזרייה ואח' נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם); בג"ץ 6451/04 חלואה נ' ראש הממשלה (טרם פורסם), פסקה 10). שלישית, על המפקד הצבאי להגן על זכויות האדם של ישראלים הגרים בישובים ישראליים באזור (ראו, פרשת אלפי-מנשה, פסקאות 18-22; פרשת טנא, פסקאות 8-10; פרשת בית אריה, פסקה 8).

9. השיקולים השונים מתנגשים לא פעם זה בזה. פתרונה של התנגשות זו הוא באיזון ראוי בין האינטרסים המנוגדים. אמת מידה מרכזית באיזון זה היא ה"מידתיות", על שלושת מבחני המשנה שלה. ראשית, נדרש קשר התאמה רציונלי בין האמצעי הנבחר לתכלית שנועד להגשימה. שנית, נדרש כי האמצעי הנבחר יהא האמצעי בעל הפגיעה הפחותה בזכויות הנפגעות. שלישית, נדרש כי האמצעי הנבחר יאזן כראוי בין התכלית המונחת ביסוד הפעלתו ובין הזכויות הנפגעות. האחריות והסמכות הם בידי המפקד הצבאי. החלטתו כפופה לביקורת שיפוטית. עם זאת, בית המשפט אינו מבקש להחליף את שיקול דעתו הצבאי-בטחוני של המפקד הצבאי בשיקול דעתו שלו. אין הוא נכנס בנעלי הגורם הצבאי המחליט. הביקורת השיפוטית בוחנת האם פעולות המפקד הצבאי והחלטותיו מקיימות את הדין. במסגרת בחינה זו יש להבטיח את מידתיות הפגיעה של אמצעי הביטחון בתושבים המקומיים.

10. העותרים טוענים כי השב"מ סביב היישוב כרמי צור אינו חוקי, משום שהישוב הוקם בצורה בלתי חוקית, תוך השתלטות בלתי חוקית על אדמות הכפר בית אומר. משום כך, המשיבים אינם מוסמכים להקים שב"מ להגנה על המתיישבים בכרמי צור. טענה זו אין בידנו לקבל. שאלת חוקיות ישיבתם של התושבים הישראלים באיזור אינה עומדת כיום להכרעה בפנינו. שאלה זו אינה משליכה על חובתו של המפקד הצבאי, על פי דיני התפיסה הלוחמתית, להגן על חייהם, בטחונם וכבודם של כל אחד מן המתיישבים הישראלים. שמירת בטחונם מוטלת על שכמו של המפקד הצבאי.

11. אשר לשאלת המידתיות של תוואי השב"מ, לאחר שמיעת טענות הצדדים, ולאחר שעיינו בחומר שהונח לפנינו, הננו סבורים כי בנסיבות העניין, האיזון שערך המפקד הצבאי בין צרכי הביטחון, זכויות התושבים הפלסטינים (המוגנים) וזכויות הישראלים, הוא מידתי. מקובלת עלינו עמדתו של המפקד הצבאי לפיה השב"מ ומרחב ההגנה שהוא יוצר נחוצים על מנת לספק ליישוב כרמי צור את ההגנה הביטחונית הנדרשת מפני חדירת מחבלים ופעילות חבלנית אחרת. שוכנענו כי גדר שתיבנה בסמיכות גדולה יותר לבתי היישוב לא תספק את ההגנה הנדרשת כנגד סיכונים אלה. כן שוכנענו כי לא ניתן להסתפק בהקמת שב"מ טכנולוגי מסביב לכל היישוב, שכן לא יהיה בו כדי לתת מענה בטחוני מספק של התרעה מפני חדירות. בנסיבות אלה, החלופות שמציעים העותרים אינן מקיימות את מטרות הביטחון המונחות ביסוד השב"מ באותה מידה כמו השב"מ שנקבע על ידי המפקד הצבאי. נחה דעתנו כי בנסיבות העניין, הפגיעה בעותרים עומדת ביחס ראוי לתועלת הביטחונית הצומחת מהשב"מ. 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 שאין היא מידתית. לצורך בניית הגדר עצמה נתפס שטח קרקע קטן יחסית. תמורת קרקע זו מוכנים המשיבים לשלם פיצוי הולם. בתוואי הגדר יכללו שערים חקלאיים דרכם תתאפשר הגישה לאדמות החקלאיות שיוותרו מצידה הפנימי. לא נטען בפנינו כי אין בהסדר זה כדי לספק את העותרים. תוואי השב"מ מקיף את היישוב הישראלי. אין הוא מקיף את יישובי העותרים, ואין הוא מנתק את העותרים מיישובים אחרים, ממקורות פרנסה, או משירותים חיוניים אחרים. בנסיבות אלה, לא מצאנו פגם המצדיק את התערבותנו בתוואי השב"מ המתוכנן.

לפיכך, העתירה נדחית.

השופטת ד' ביניש:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט א' ריבלין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, ו' באב התשס"ו (31.07.2006).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ה נ ש י א