



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5148/15

בג"ץ 5280/15

לפני :
כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט צ' זילברטל

העותרים בבג"ץ 5148/15 : עיריית בית ג'אלה ואחרים

העותרות בבג"ץ 5280/15 : אחיות מנזר סליזיאן

נ ג ד

המשיבים 1-4 בבג"ץ 5148/15
ובבג"ץ 5280/15 :

1. המנהל הכללי במשרד הבטחון
2. משרד הביטחון
3. מנהלת קו התפר (הגדר)
4. המפקד הצבאי בגדה המערבית

המשיבים 5-9
בבג"ץ 5148/15 :

5. ועד מקומי הר גילה
6. מנזר האחיות סליזיאן
7. מנזר האחים סליזיאן
8. המועצה לשלום וביטחון עמותת מומחים לביטחון לאומי
9. הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה : כ"ז בחשון התשע"ו (09.11.2015)

בשם העותרים בבג"ץ
5148/15 : עו"ד ג'יאית נאסר

בשם העותרות בבג"ץ
5280/15 : עו"ד צבי אבני

בשם המשיבים 1-4 בבג"ץ
5148/15 ובבג"ץ 5280/15 : עו"ד אבינעם סגל אלעד

בשם המשיב 5 :	עו"ד עמית חדד
בשם המשיב 6 :	עו"ד צבי אבני
בשם המשיב 7 :	עו"ד נהאד ארשיד
בשם המשיב 9 :	עו"ד נירית אהרון

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. מונחות לפנינו שתי עתירות המופנות כלפי התוואי המיועד של גדר הביטחון מדרום לירושלים – בסמוך ליישוב הר גילה, ומול הכפר בית ג'אלה.

רקע וטענות הצדדים

2. עתירות אלה מהוות, למעשה, "גלגול שני" של עתירה קודמת שהוגשה לבית משפט זה (בג"ץ 5163/13 עיריית בית ג'אלה נ' מנכ"ל משרד הביטחון (2/4/2015)); להלן: העתירה הראשונה), ובמסגרתה ביקשו העותרים לכתל את צווי התפיסה שהוצאו לצורך הקמת הגדר – ולהורות למשיבים 4-1 (להלן: המדינה) לבחון חלופות לתוואי שגיבשו, אשר, לטענתם, אינו סביר ואינו מידתי. זאת, בין היתר, בשל פגיעתו באדמותיהם של תושבי בית ג'אלה, ובנוף הטרסות החקלאיות הייחודיות במקום; ומשום שהתוואי המוצע חוצץ בין התושבים לשטחים חקלאיים נרחבים, אשר יהפכו ל"מובלעת" בצידה הישראלי של הגדר והגישה אליהם תוגבל. משיבים 6 ו-7 – מנזרים המשתייכים למסדר הסליסיאני, המחזיק בחטיבת קרקע בת כ-700 דונם צפונית מערבית לבית ג'אלה – הצטרפו לעמדת העותרים, והעלו טענות משלהם כנגד ההחלטה להקים את הגדר בין המנזרים, באופן שבו משיב 6 (להלן: מנזר הנשים) יישאר בצידה ה"איו"ש", בעוד משיב 7 (להלן: מנזר הגברים) יהיה בצידה הישראלי. לדידם, הגדר המתוכננת תפגע קשות בקשר ההדוק שבין שני המנזרים, בינם לבין הקהילות המקומיות שאותן הם משרתים ובינם לבין אדמות ומתקנים מהם הם מוציאים את פרנסתם – ובעזרתם הם מממנים את פעולותיהם בקרב האוכלוסייה המקומית.

בפסק דין שניתן ביום 2.4.2015, קבע בית משפט זה (הנשיא (בדימ') א' גרוניס, והשופטים נ' הנדל וע' פוגלמן) כי תוואי שהציעה משיבה 8, המועצה לשלום

וביטחון, אינו מהווה אלטרנטיבה ראויה לתוואי מושא העתירה. במקביל, נמצא כי יש קושי בהערכת סבירותן של חלופות שהציגה המדינה בניסיון לצמצם את הפגיעה במנזרים. בנסיבות אלה, ניתן צו מוחלט במסגרתו נדרשו המשיבים "לשקול מחדש, בהקדם, את החלופות השונות של תוואי גדר ההפרדה במקטע נושא העתירה". עיון בפסק הדין מלמד כי ניתן משקל רב לצורך בהבטחת רצף טריטוריאלי בין המנזרים לבין עצמם, ובינם לבין הקהילות הנוצריות בבית לחם ובית ג'אלה. עם זאת, נוכח הצורך בבחינה מחודשת של התוואי, הובהר כי טרם בשלו התנאים להכרעה ביתר טענות העותרים – שעיקרן, כאמור, פגיעה באדמותיהם החקלאיות ובחופש הגישה אליהן – ואלו נותרו תלויות ועומדות.

זמן קצר לאחר מתן פסק הדין בעתירה הראשונה הודיעה המשיבה לעותרים כי בדעתה להתחיל בהקמת מקטע בן 1.2 ק"מ – תוך הותרת פתח בשיעור 225 מטרים בקצהו המערבי (להלן: הפתח המערבי), על מנת להבטיח את חופש הגישה למנזרים (להלן: התוואי המתוכנן). בקשה שהגישו העותרים לפי פקודת בזיון בית המשפט, בטענה כי הקמת הגדר במתכונת זו עומדת בניגוד לפסק הדין, נדחתה. בהחלטה (הנשיאה מ' נאור, והשופטים נ' הנדל וע' פוגלמן; להלן: ההחלטה המאוחרת) הובהר כי "הדגש בפסק דיננו הושם על החובה למצוא תוואי שימנע ניתוק הרצף הטריטוריאלי בין המנזרים לבין עצמם ובינם לבין הקהילות המקומיות". ברם, התוואי המתוכנן אינו מנתק את הרצף האמור, ומכאן שביצוע העבודות – תוך הותרת הפתח המערבי – אינו מפר צו שיפוטי כלשהו.

3. בעקבות ההחלטה המאוחרת, הוגשו העתירות הנוכחיות – השבות, בעיקרן, על הטענות בדבר פגיעתו הבלתי מידתית של התוואי המתוכנן בתושבים ובסביבה. זאת, לדברי העותרים בבג"ץ 5148/15 (להלן: עתירת העירייה), בגין הרס טרסות חקלאיות "הנחשבות לנכס תרבות מורשת עולמית", ובשל הפיכת 3000 דונם מאדמותיהם החקלאיות ל"מובלעת" השוכנת מעבר לגדר, תוך הגבלת הגישה אליהן. לטענתם, הודעת המדינה על תחילת עבודות ההקמה של התוואי המתוכנן פחות מחודש ימים לאחר מתן פסק הדין – ואף ללא שערכה שימוע כלשהו לעותרים – מלמדת כי כלל לא נשקלו על ידה חלופות לתוואי המקורי, אף שפסק הדין הטיל עליה חובה לעשות זאת. מעבר לכך, הותרת הפרצה בסמוך למנזרים אינה נותנת מענה לקשיים המתעוררים: ראשית, היא אינה מאפשרת גישה למובלעת החקלאית; שנית, ביצוע יתרת התוואי מצמצם בצורה משמעותית את קשת הפתרונות העתידיים האפשריים, ועלולה להוביל בהמשך לפגיעה קשה במנזרים. לטיעון זה הצטרף גם מנזר הנשים, אשר דרש – בבג"ץ

5280/15 (להלן: עתירת מנזר הנשים) – כי המדינה תציג כבר עתה את תוואי הגדר במלוא המקטע הרלוונטי, לרבות באזור המנזרים.

בתגובתה המקדמית לעתירת העירייה טענה המדינה כי פסק הדין בעתירה הראשונה, ובעקבותיו ההחלטה המאוחרת, יצרו מעשה בית דין השולל מהעותרים את האפשרות לשוב ולהעלות את טענותיהם כנגד התוואי המתוכנן. על פי תפיסתה, היא נדרשה לבחון מחדש את התוואי אך ורק במקטע שבו הוא אמור היה לחצוץ בין המנזרים לבין עצמם, ובינם לבין האוכלוסייה המקומית – וכך עשתה. אולם, פסק הדין לא הטיל עליה כל חובה לבחון מחדש את יתר חלקי התוואי המקורי. אדרבה, לאחר שהחלופה הכוללת היחידה שהוצגה – זו של המועצה לשלום וביטחון – נדחתה, ברי כי תוואי זה אושר בכפוף לפתרון סוגיית המנזרים. לגופו של עניין, המדינה סבורה שקידום התוואי המתוכנן מצמצם באופן ניכר את הסיכונים הביטחוניים באזור, והדגישה כי עבודות ההקמה שבהן החלה "הכרחיות בכל תוואי עתידי". משיבה 9, הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים, הוסיפה כי התוואי הנוכחי "הוא הפתרון המיטבי למזעור הנזק הסביבתי והנופיי". אשר לעתירת מנזר הנשים, המדינה סבורה כי לא זו בלבד שהדרישה להצגת מלוא תוואי הגדר כבר כעת חותרת תחת מעשה בית דין, אלא שהיא נטולת בסיס משפטי כלשהו.

יצוין כי בקשות העותרים לצו ביניים שיורה על הקפאת הגדר בתוואי המתוכנן, נדחו.

הכרעה

4. דין העתירות להידחות לגופן. בפסק הדין בעתירה הראשונה נקבע כי –

"אין מנוס משינוי התוואי בהיבט הממוקד... באופן שימנע ניתוק הרצף הטריטוריאלי בין המנזרים – בינם לבין עצמם – ואף אין להפריד בינם לבין הקהילות הנוצריות המקומיות בבית ג'אלה ובבית לחם" (חוות דעתו של השופט פוגלמן).

אולם, במקביל הובהר, וזה עיקר לענייננו, כי –

"אין מקום להכריע בעת הזו בשאלה האם יתר הפגיעות הכרוכות בהקמת הגדר הן מידתיות. כוונתי במיוחד לפגיעה הנובעת ממעבר הגדר בקרקעותיהם של תושבי בית ג'אלה והמנזרים ומהפרדתם של גורמים אלה

מאדמותיהם" (פס' 24 לחוות דעתו של הנשיא (בדימ') גרוניס).

אשר על כן, אין לקבל את טענת המדינה בדבר מעשה בית דין המונע מן העותרים לשוב ולהעלות את השגותיהם על התוואי הנוכחי – טענות שלא נדונו ולא הוכרעו בהליך הקודם. אכן, בפסק הדין ניתן, כאמור, משקל מרכזי לסוגיית המנזרים, והובהרה חשיבות השמירה על רצף טריטוריאלי בינם לבין עצמם, ובינם לבין קהילותיהם. אולם, לא זו בלבד שיתר טענות העותרים באשר לתוואי לא נדחו, אלא שבמסגרת הסעד האופרטיבי נדרשה המדינה לבחון חלופות לתוואי הגדר "במקטע נושא העתירה" כולו – ולא רק במרחב המנזרים. כך עולה גם מן ההחלטה המאוחרת, בה הובהר כי בקשת הביזיון נדחית משום שהעבודות שמבצעת המדינה לא הפרו הוראה פוזיטיבית כלשהי, אך –

"לא ראינו לקבוע מסמרות בשאלה אם אמנם העבודות המבוצעות בתוואי הנוכחי הן 'הכרחיות בכל תוואי עתידי', כעמדת המדינה" (פס' 4).

הנה כי כן, סוגיית המידתיות של התוואי המתוכנן טרם נדונה לגופה, כך שאין מניעה להידרש לטענות העותרים. עם זאת, טרם הגיעה העת להכרעה סופית בעתירת העירייה כנגד התוואי – שכן, בהתאם לחובת הבחינה מחדש שהוטלה על המדינה בפסק הדין בעתירה הראשונה, הוא עודנו מצוי בתהליכי גיבוש ועיצוב. כאמור, המדינה הבהירה כי היא מתעתדת להשאיר פתח בשיעור 225 מטרים בין חלקה הבנוי זה-מכבר של גדר הביטחון ובין הקצה המערבי של התוואי המתוכנן – באזור המנזרים. זאת ועוד, במהלך הדיון בפנינו הודיעה המדינה כי שער חקלאי שיוצב בצידו המזרחי של התוואי (להלן: השער המזרחי) יאפשר לתושבי בית ג'אלה להגיע לאדמותיהם גם באמצעות שבילי עפר העוברים בתחתית הוואדי. בנסיבות אלה, ועל אף שהשימוש בשער מותנה בקבלת אישורים מתאימים, ברי כי התוואי המתוכנן אינו הופך את השטח החקלאי שבצדה ה"ישראלית" של הגדר ל"מובלעת" מנותקת. כל עוד מצב זה עומד בעינו, אין, אפוא, מקום להתערב בשיקול דעת הרשויות – בייחוד על רקע המשמעות הביטחונית המיוחסת להקמת הגדר באזור, ועמדת משיבה 9 בדבר פגיעתו המינימלית של התוואי המתוכנן בסביבה ובנוף.

5. אולם, "תעודת האישור" בה זכה התוואי המתוכנן ניתנה לו על תנאי. היא מבוססת על מצב הדברים הקיים, בו מתאפשרת לתושבי בית ג'אלה גישה חופשית יחסית אל האדמות החקלאיות באמצעות הפתח המערבי והשער המזרחי. לחופש

הגישה ניתן משקל משמעותי כבר במסגרת ההחלטה המאוחרת, שם צוטטה התחייבות המדינה להתיר גישה חופשית לאדמות כאחד השיקולים שבגינם אין להידרש לפקודת ביזיון בית משפט. כך ביחס לפקודת הביזיון, וכך ביחס לסעד המהותי. לפיכך, אין בהכרעתנו כדי ליצור מעשה בית דין השולל באופן גורף את האפשרות לשוב ולהשיג על חוקיותו של התוואי המתוכנן. אדרבה, ככל שהמדינה תחליט בעתיד לסגור את הפתח המערבי – תהיה אשר תהיה מתכונת הסגירה – יוכלו העותרים להעמיד למבחן את סבירות ומידתיות המקטע כולו, לרבות 1.2 הקילומטרים שבהקמתם הוחל כעת. העובדה שלא מצאנו להתערב כבר בשלב זה בתוואי המתוכנן נסמכת על אופיו הזמני ועל מצב הדברים הנוכחי. אין בה כדי להעניק לחלק זה של הגדר חסינות מפני ביקורת שיפוטית עתידית שעילותיה נעוצות בשינוי נסיבות – סגירת הפתח המערבי ופגיעה בחופש הגישה לאדמות. יצוין כי המדינה הודיעה בדיון בפנינו כי מצב דברים זה ברור לה היטב.

על רקע דברים אלו, אין מנוס אף מדחיית עתירת מנזר הנשים. כזכור, הפתח המערבי מבטיח את חופש הגישה למנזרים, בהתאם להוראות פסק הדין בעתירה הראשונה. ברם, העותר סבר כי הקמת התוואי המתוכנן תצמצם את קשת הפתרונות העתידיים, באופן שעלול לפגוע בו בעתיד, ועל כן דרש כי נורה למדינה להציג כבר עתה את התוואי המלא – לרבות באזור המנזרים. אכן, כפי שנקבע לעיל, ההכרעה בעתירות שלפנינו אינה מהווה סוף פסוק והגדר שתוקם בעקבותיה אינה חסינה מפני ביקורת שיפוטית עתידית. כך ראוי, ולכך הסכימה גם המדינה במהלך הדיון בפנינו. נוכח אופיו הזמני, והפתוח לשינויים, של התוואי המתוכנן, אין, אפוא, בהקמתו כדי להשפיע באופן מהותי על ההסדרה העתידית של סוגיית המנזרים ולהגביל את היקף הפתרונות שיהיה על המדינה לשקול. משכך, ובהתחשב בשיקולי הביטחון התומכים בהקמת התוואי המתוכנן כבר עתה, תוך הותרת הצורך בשינויים לבחינה עתידית, אין מקום לעיכוב הבניה עד לגיבוש פתרון מלא למקטע הרלוונטי כולו.

6. סוף דבר, העתירות נדחות. בנסיבות העניין יישא כל צד בהוצאותיו.

הנשיאה מ' נאור:

אני מסכימה.

נ ש י א ה

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, י"א בשבט התשע"ו (21.1.2016).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

נ ש י א ה