



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2205/23

לפני: כבוד השופטת יי וילנר
כבוד השופט א' שטיין
כבוד השופטת ר' רונן

- העותרים: 1. ראש המועצה המקומית עאנין - מוחמד עיסא
2. ראש המועצה המקומית אום אלריחן - מג'די זיד
3. יאסין
4. מנצור
5. יאסין
6. יאסין
7. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

נגד

המשיב: המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית

עתירה למתן צו על תנאי

בשם העותרים: עו"ד תהילה מאיר

בשם המשיב: עו"ד יונתן ברמן; עו"ד יעל קולודני

פסק-דין

השופטת ר' רונן:

עניינה של העתירה שלפנינו בבקשת העותרים כי נורה למשיב – המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (להלן: המפקד הצבאי או המשיב), להרחיב את שעות הפתיחה של שער עאנין (שיכונה להלן גם: השער) שבגדר ההפרדה, כך שייפתח בכל ימות השבוע לאורך כל שעות היום, או לכל הפחות שלוש פעמים ביום ולפרקי זמן ארוכים יותר מהמצב הנוהג היום.

1. בשנת 2002 החליטה ממשלת ישראל להקים גדר הפרדה (שתכונה להלן גם: הגדר) שנועדה לחצוץ בין שטחי אזור יהודה ושומרון (להלן: איו"ש) לבין שטחי מדינת ישראל. חלק מתוואי הגדר עובר מזרחית לקו תחום איו"ש ("הקו הירוק"), כך שנוצרו שטחים ממערב לגדר השייכים באופן פורמאלי לאיו"ש. שטחים אלה מכונים "מרחב התפר".

מאחר שממרחב התפר ניתן להיכנס לשטח ישראל ללא מכשול פיזי, הכריז המפקד הצבאי בשנת 2003 על מרחב התפר כ"שטח צבאי סגור" שהכניסה אליו והשהייה בו אסורות לתושבי איו"ש, אלא אם כן ניתן להם היתר (להלן: משטר ההיתרים). כחלק ממשטר ההיתרים, ניתנים היתרי כניסה חקלאיים לתושבי איו"ש המבקשים לעבד את אדמותיהם המצויות במרחב התפר. הכניסה למרחב התפר נעשית דרך שערים ייעודיים שנבנו בגדר.

2. שער עאנין הוא שער חקלאי שנבנה בגדר ההפרדה על מנת לאפשר לתושבי כפר עאנין – אשר להם חלקות אדמה המצויות במרחב התפר – לגשת לאדמותיהם. בהתאם להסדרי הפתיחה החלים כיום, שער עאנין נפתח פעמיים בשבוע, פעמיים ביום.

3. העותר 1 הוא ראש המועצה המקומית של כפר עאנין. העותר 2 הוא ראש המועצה המקומית של כפר אום-אלריחן, הממוקם במרחב התפר בקרבה לכפר עאנין.

העותרים 3-6 הם תושבי כפר עאנין המחזיקים בהיתרי כניסה חקלאיים למרחב התפר לצורך עיבוד אדמותיהם, וזאת דרך שער עאנין הנ"ל או דרך מחסום ברטעה – אשר פתוח בכל ימות השבוע במהלך כל שעות היום, אך ממוקם רחוק יותר מכפר עאנין.

העותרת 7 היא עמותה הפועלת לקידום זכויות אדם של פלסטינים.

4. במסגרת עתירתם, טוענים העותרים כי הסדרי הפתיחה של שער עאנין פוגעים באופן בלתי מידתי בזכויות היסוד לקניין, לחופש העיסוק ולחופש התנועה של תושבי כפר עאנין וכפר אום-אלריחן. זאת, משהם אינם מאפשרים לתושבים באזור זה לשמר את מרקם החיים שלהם כפי שהיה לפני הקמתה של הגדר.

ביחס לתושבי כפר עאנין, נטען כי מאחר שהשער נפתח יומיים בשבוע בלבד, החקלאים תושבי הכפר נאלצים לבחור בין שתי אפשרויות גרועות: להיעדר לגמרי מאדמותיהם בכל שאר ימות השבוע; או להשקיע שעות מזמנם וסכומי כסף משמעותיים כדי להגיע לאדמותיהם דרך מחסום ברטעה המרוחק והעמוס יותר, אשר בו גם קיים קושי ממשי בהכנסת כלי רכב חקלאיים וכלי עבודה למרחב התפר. כן נטען כי גם בימים בהם שער עאנין נפתח, זמני הפתיחה המועטים והקצרים שלו פוגעים בנגישותם של החקלאים לאדמותיהם, יוצרים אי-נוחות רבה ומונעים מהם לצאת ממרחב התפר במהלך יום העבודה במקרה הצורך.

בכל הנוגע לתושבי כפר אום-אלריחן, נטען כי לרבים מהם יש בני משפחה המתגוררים בכפר עאנין כך שהם זקוקים לאפשרות להגיע לשם בנוחות ולעיתים תכופות. בהקשר זה, מציינים העותרים כי אומנם תושבי אום-אלריחן מקבלים היתרי כניסה דרך שער שקד-טורה ודרך מחסום ברטעה, הפתוחים בכל ימות השבוע לאורך כל שעות היום. עם זאת, המעבר לכפר עאנין דרך מחסומים אלה מחייב נסיעה מעגלית וארוכה, שאינה מאפשרת לתושבי אום-אלריחן נגישות פשוטה ויומיומית לכפר עאנין. המעבר משער עאנין, לעומת זאת, קצר באופן משמעותי. אולם כאמור שער זה פתוח רק פעמיים בשבוע, פעמיים ביום לפרקי זמן קצרים. על רקע זה, נטען כי הסדרי הפתיחה הקיימים של שער עאנין אינם מאפשרים מעבר סדיר ויומיומי של תושבי אום-אלריחן לכפר עאנין ובחזרה, באופן הפוגע בשגרת חייהם ואינו מאפשר להם לקיים קשרי משפחה קרובים הכוללים ביקורים יומיומיים וספונטניים כפי שהיו עושים אלמלא גדר ההפרדה.

5. בתגובתו המקדמית לעתירה, טוען המשיב ראשית כי מהנתונים שנאספו על ידיו בעקבות הגשת העתירה, עולה כי השימוש החקלאי שנעשה בשער עאנין הוא מצומצם ומתמקד רק בעיבוד כרמי זיתים – שאינם דורשים עיבוד יומיומי; בעוד שעיקר השימוש בו כיום מנוצל לצורך כניסה שלא כדין לישראל. משכך, נטען כי בכוונת המשיב לשנות את הסדרי הפתיחה של השער, כך שהוא יפתח רק במהלך תקופות המסיק והחריש, למעט במקרים הומניטריים ובהתייחס לבקשות פרטניות שייבחנו כמקובל בהתאם לנהלים. בנסיבות אלה, סבור המשיב כי יש למחוק את העתירה תוך שמירת טענות הצדדים ביחס להחלטה המינהלית החדשה שתתקבל, לאחר מיצוי הליכים כנדרש.

מעבר לכך, גורס המשיב כי דין העתירה להידחות בהיעדר עילה להתערבות בהסדרי הפתיחה של שער עאנין. ראשית, נטען כי מבחינה שנערכה על ידי גורמי המשיב, עולה כי במרבית המקרים שער עאנין משמש לכניסה שלא כדין לישראל ולא לצורך עיבוד אדמות חקלאיות. בהקשר זה, מבהיר המשיב כי בהיתרים המונפקים למעבר למרחב

התפר לצורך עיבוד חקלאי, ניתן לעשות שימוש אך ורק לצורך כניסה למרחב התפר, ואך ורק לצורך עיבוד חקלאי. כל שימוש אחר מנוגד אפוא להוראות המפקד הצבאי.

בנוסף, טוען המשיב כי מסיורי השטח שבוצעו ומניתוח תצלומי אוויר משנים שונות, עולה כי בחלקת האדמה אותן מעבדים תושבי כפר עאנין במרחב התפר מצויים כרמי זיתים, אשר אינם דורשים עיבוד יומיומי של הקרקע או של העצים הגדלים בהן, אלא עיבוד עונתי בלבד בתקופות החריש והמסיק. כן נטען כי מתצלומי האוויר עולה לכאורה כי בין שנת 2002 – עובר להקמת גדר ההפרדה – לשנת 2022 לא נעשה שינוי כלשהו באופי הגידולים במרחב. חרף זאת, לא הובהר בעתירה מדוע יש צורך לפתוח את שער עאנין – שתכליתו לאפשר עיבוד חקלאי – בכל ימות השבוע.

המשיב מוסיף כי במהלך הימים והשעות שבהם שער עאנין אינו פתוח, עומדת לרשות תושבי איו"ש המחזיקים בהיתר כדין אפשרות נוספת לפנות ולבקש כי יתאפשר מעבר בשער נוסף הפתוח בכל ימות השנה, ככל שהדבר לא יחייב מעבר בשטח מדינת ישראל.

עוד מדגיש המשיב כי לשם פתיחת שער עאנין במשך שעות רבות יותר, יהיה צורך בהסטת כוח צבאי ממשימות מבצעיות אחרות, שכן אין כוח צבאי ייעודי שזוהי משימתו. הסטת כוח צבאי בהיעדר צורך אמתי הנוגע לתכליתו של השער כשער חקלאי, גורעת מיכולתם של כוחות הביטחון למלא משימות ביטחוניות אחרות.

בכל הנוגע לתושבי כפר אום-אלריחן, טוען המשיב כי מדובר למעשה בבקשה לשנות את סיווגו של שער עאנין משער חקלאי-עונתי לשער "מרקם חיים". לגישתו, דינה של בקשה זו להידחות ממספר טעמים: ראשית, מעבר לטענה כללית בדבר קיומם של קשרי משפחה בין תושבי אום-אלריחן לתושבי עאנין, העותרים לא פירוטו מהם הצרכים של תושבי אום-אלריחן בהקשר זה. כך למשל, הם לא הציגו נתונים מספריים ולא צירפו עותרים פרטניים שיכולים להעיד כי מדובר בצורך ממשי. על כן, ברי כי העותרים לא ביססו תשתית עובדתית המצדיקה את קבלת טענותיהם. כן מציין המשיב כי טענות אלה של העותרים לא נשמעו בעבר, והן מועלות כעת לראשונה.

שנית, נטען כי תושבי אום-אלריחן יכולים להגיע לכפר עאנין דרך שער שקד-טורה ודרך מחסום ברטעה – המוגדרים שניהם כשערי "מרקם חיים" ופתוחים במשך כל ימות השנה. משכך, לשיטת המשיב האפשרויות החלופיות העומדות בפני העותרים, לצד האפשרות להגיש בקשות פרטניות מהמפקד הצבאי לפתיחת שער עאנין מחוץ לשעות

הפעילות הרגילות, עולות בקנה אחד עם הוראות הדין ועם אמות המידה שנקבעו בפסיקה ביחס למשטר ההיתרים.

6. בתשובה לתגובה המקדמית, טוענים העותרים כי אין ממש בטענות המשיב לפיהן שער עאנין משמש בעיקר לצורך מעבר לישראל; וכי תושבי כפר עאנין עושים שימוש קבוע ומשמעותי בהיתרי הכניסה למרחב התפר לצורך עיבוד חקלאי. כן נטען כי יש לדחות את טענת המשיב לפיה אין צורך בפתיחת השער באופן קבוע מאחר שמדובר בכרמי זיתים. זאת משום שבהתאם לפסיקה, מוטלת על המשיב חובה לשמור על זכות הקניין של תושבי איו"ש ולאפשר להם לשמור על הזיקה לאדמותיהם שבמרחב התפר, ועל המשך מרקם החיים שלהם כפי שהיה לפני הקמת גדר ההפרדה. לגישת העותרים, סוג הגידולים ויעילות העבודה החקלאית אינם שיקולים המצדיקים פגיעה בנגישות הרציפה של בעלי האדמות לאדמותיהם שבמרחב התפר. עוד הם מוסיפים כי עובר להקמת הגדר הם גידלו סוגי גידולים נוספים, ואולם הגדר אילצה אותם לחדול מכך. על כן, המשיב אינו יכול להיתלות בעובדה כי כיום ישנם באדמות עאנין רק גידולי זיתים לצורך הצדקת הסדרי הפתיחה הפוגעניים של שער עאנין.

בכל הנוגע לתושבי כפר אום-אלריחן, חוזרים העותרים על הטענה כי מחסום ברטעה ושער שקד-טורה אינם מהווים חלופה מספקת עבורם, שכן המעבר דרכם לכפר עאנין מחייב נסיעה מעגלית וארוכה, ללא פרופורציה למרחק הקטן בין הכפרים. כמו כן, בתגובה לטענת המשיב כי לא צורפו עותרים פרטניים מלבד ראש המועצה המקומית, טוענים העותרים כי מדובר בטענה טכנית, וכי זו אינה הסיבה האמתית שבגינה מתנגד המשיב לעתירה. כן נטען בהקשר זה כי תושבי כפר אום-אלריחן ביקשו מראש המועצה המקומית לייצג אותם בעתירה.

דיון והכרעה

7. לאחר שנתתי דעתי לטענות הצדדים מזה ומזה, הגעתי למסקנה כי דין העתירה להידחות מהטעמים שיפורטו להלן, וזאת הן ביחס לתושבי כפר עאנין והן ביחס לתושבי כפר אום-אלריחן.

8. בפתח הדברים, יצוין כי המשיב הבהיר בתגובתו כי הוא מתכוון לקבל החלטה המשנה את הסדרי פתיחת שער עאנין וכי משום כך יש למחוק את העתירה. לטעמי אין מקום לקבל טענה זו ולמחוק את העתירה מטעם זה. זאת שכן החלטה על אודות שינוי ההסדרים טרם התקבלה, וההסדרים נושא העתירה הם ההסדרים התקפים היום. מובן כי

ככל שייעשה שינוי בהסדרים אלה – טענות הצדדים שמורות להם, אלא שבעתירה דנן ייבחנו ההסדרים הקיימים.

משטר ההיתרים

9. בית משפט זה דן בחוקיותו של משטר ההיתרים בבג"ץ 9961/03 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' ממשלת ישראל (5.4.2011) (להלן: עניין המוקד להגנת הפרט). באותו עניין, הכיר בית המשפט בפגיעה הקשה והניכרת שנגרמת לחופש התנועה של תושבי איו"ש כתוצאה מסגירת מרחב התפר והחלת משטר ההיתרים, ולקשיים הרבים שמשטר זה גורם הן לתושבי מרחב התפר והן לתושבים המתגוררים מחוצה לו, שלהם זיקה למרחב התפר:

אכן, קשה שלא להסכים כי סגירת שטחי מרחב התפר, כמו גם עצם הקמת גדר הביטחון, מהווים הכבדה קשה על התושבים הפלסטינים, ובוודאי שפגיעתה קשה במיוחד בתושבים חפים מפשע שנקלעו למרחב התפר בעל כורחם עקב מגוריהם במקום או עקב עבודתם, כאשר עסקיהם או שדותיהם ונחלותיהם החקלאיות נותרו כלואים בתוך המרחב. 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, הן של התושבים המתגוררים במרחב התפר והן של אלו הקשורים עימם ונמצאים מחוצה לו (שם, בפסקה 22).

חרף האמור, בית המשפט הוסיף וקבע כי בשל טיבו ומהותו של מרחב התפר – אשר בינו לבין שטח ישראל אין כל חיץ, "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" (שם, בפסקה 17).

על רקע האמור, בחן בית המשפט "במבט על" את ההסדרים שנקבעו לעניין הכניסה למרחב התפר והחלת משטר ההיתרים, והגיע למסקנה כי ככלל הם עומדים במבחני המידתיות. בית המשפט התייחס באופן ספציפי לתושבים בעלי זיקה לאדמות במרחב התפר והבהיר:

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 (ההדגשה הוספה. שם, בפסקה 34).

יחד עם זאת, הותיר בית המשפט פתח לבחינת "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" (שם). מקרים אלה, כך נקבע, ניתן יהיה לברר במסגרת עתירות פרטניות – כזו היא העתירה שלפנינו.

תושבי כפר עאנין

10. מבלי להקל ראש בפגיעה שבוודאי נגרמת לעותרים (כמו גם ליתר תושבי איו"ש) כתוצאה מסגירת מרחב התפר והחלת משטר ההיתרים ומהסדרי הפתיחה המוגבלים של שער עאנין, אינני סבורה כי יש לקבל את העתירה ככל שהיא נוגעת לתושבי כפר עאנין.

11. ביחס לתושבים אלה, מובהר בעתירה כי הטעם הבלעדי שבגיננו הם מבקשים להרחיב את הסדרי הפתיחה של השער הוא הצורך החקלאי בעיבוד אדמותיהם. העותרים אינם חולקים על טענת המשיב לפיה הגידולים היחידים המצויים נכון להיום באדמות הם כרמי זיתים הדורשים עיבוד עונתי בלבד, בתקופות המסיק והחריש. משכך, אינני סבורה כי קיים צורך חקלאי המצדיק את הרחבת הסדרי הפתיחה הקיימים כיום – במסגרתם השער נפתח לאורך כל ימות השנה, פעמיים בשבוע.

בתשובתם לתגובה המקדמית טענו העותרים כי יש להביא בחשבון את הפגיעה בזכות הקניין שלהם ובאפשרותם לשמר את הזיקה לאדמותיהם. אכן, הגבלת ימי ושעות הפתיחה של שער עאנין מהווים פגיעה בזכויות העותרים – כך עולה כאמור גם מפסק הדין בעניין המוקד להגנת הפרט. עם זאת, לאור אמות המידה שהותוו באותו עניין, ובהתחשב בכך שנראה שאין חולק כי הסדרי הפתיחה הקיימים עונים על הצרכים

החקלאיים של תושבי כפר עאנין בעיבוד כרמי הזיתים שבאדמותיהם – לא מצאתי כי פגיעה זו היא בלתי מידתית באופן המצדיק התערבות.

תושבי כפר אום-אלריחן

12. בכל הנוגע לתושבי אום-אלריחן – אני סבורה כי העותרים לא הניחו תשתית עובדתית מספקת לביסוס טענותיהם. כפי שצוין בתגובה המקדמית מטעם המשיב, בעתירה לא הוצגו נתונים מספריים היכולים ללמד על היקף התושבים בכפר אום-אלריחן אשר יש להם קשרי משפחה עם תושבי כפר עאנין; ואף לא צורפו לעתירה עותרים פרטניים מתושבי כפר אום-אלריחן היכולים להעיד על טיב הפגיעה הנגרמת להם כתוצאה מהסדרי הפתיחה הקיימים של שער עאנין, על היקפה של פגיעה זו ועל הקשיים הכרוכים במעבר בדרכים החלופיות.

כמו כן, לא למותר לציין כי נכון להיום שער עאנין מסווג על ידי המשיב כשער המיועד למטרות חקלאיות בלבד ולא כשער "מרקם חיים". משכך, הרי שלמעשה הסעד המבוקש על ידי העותרים בכל הנוגע לתושבי אום-אלריחן איננו רק הרחבת הסדרי הפתיחה, כי אם שינוי הייעוד הקיים של שער עאנין. במצב זה דומה כי הנטל המוטל על העותרים לבסס את טענותיהם כבד אף יותר, ובנטל זה הם לא עמדו.

13. לנוכח האמור, דין העתירה להידחות. בנסיבות העניין, אין צו להוצאות.

ניתן היום, כ' באב התשפ"ג (8.2023.7).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט